

“TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ”

Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi
Ortak Projesi

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

Hazırlayanlar

Juan Carlos Da SILVA

(Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri)



Albrecht STANGE

(AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler)



Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

(İletişimin Denetlenmesi Tedbiri)

Bu eğitim modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi başlıklı, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi/ Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Programı kapsamında yayımlanmıştır. T.C. Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği bu projenin yararlanıcısıdır. Merkezi Finans ve İhale Birimi bu projenin ihale makamıdır. Modülün içeriği hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

Bu eğitim modülünün hazırlanmasına katkıda bulunan ulusal ve uluslararası danışmanlar, hakim ve Cumhuriyet savcılar ile, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, İçişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu temsilci ve uzmanlarına teşekkür ederiz.

İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Modülü Zaman Çizelgesi

09:30 - 12:00		12:00 - 13:30		13:30 - 17:00	
1. Gün Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri	Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri		ARA	ALHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlişkiler: Şüpheli Kavramı	Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi
2. Gün Arama/ El Koyma El Koyma Yakalama/ Gözetim Alma	Arama ve El Koymada Özel Durumlar: Kanun Yolu ve Yasa Dışı Aramanın Sonuçları	Arama ve El Koyma Tedbirlerinin Uygulanması	ARA	Yakalama ve Gözetim İşlemlerinin Hukukî Dayanakları	Yakalama ve Gözetim Alınmaya Karşı Kanun Yolu
3. Gün Tutuklama Adli Kontrol İletişimin Denetlenmesi	Tutuklamanın Gereklilikleri	Tutuklama Kararı Verilebilmesinin Maddî ve Şekilî Koşulları	ARA	İletişimin Denetlenmesi Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Kurallar: "Kişi" ve "Suç Tipi" Bakımından Tedbirin Uygulanması	İletişimin Denetlenmesi, Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Delillerin Değerlendirilmesi
4. Gün Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme	Gizli Soruşturmacı Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	ARA	Tutuklu Kalan Kişinin Hakları ve Tutukluğa Karşı Kanun Yolu	Tutukluğa Alternatif Tedbirler: Adli Kontrol
		Tedbirlerin Sona Ermesi ve Denetlenmesi: Kanun Yolu			Kurs Sonu / Değerlendirme

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ	7
Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri	9
1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev	11
1.2. Koruma Tedbiri Kavramı	13
2. KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ	17
2.1. Koruma Tedbiri Türleri	19
2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri	24
2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	39
3. AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI	67
Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan	69
Temel İlkeler: Şüphe Kavramı	69
3.1. Giriş	71
3.2. Alıştırma	73
3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi	74
3.4. PP Sunumu	74
3.5. Tartışma	80
3.6. Vaka Çalışmaları	80
3.7. Değerlendirme ve Geribildirim	80
4. KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULAMASINDA ORANTILILIK İLKESİ	85
Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulamasında Orantılılık İlkesi	87
4.1. Giriş	89
4.2. Alıştırmalar	92
4.3. Değerlendirme ve Geribildirim	102
5. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ	105
Ders Planı - İletişimin Denetlenmesi Tedbiri	107
Giriş	115
5.1. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi, İlgili Mevzuat ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı	117
5.2. Türk Hukukunda Adî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	124
5.3. Türk Hukukunda Önleme (İstihbarat) Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	193
5.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İletişimin Denetlenmesi	215

KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Ders Planı

- 1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri:
Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev
- 1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri

Gerekli Kaynaklar:

- (Seçmeli) İnternet bağlantılı internet
- Projektör ve perde
- Yazı tahtası ve kalemleri
- (Alternatif olarak) Flipchart ve flipchart kalemleri
- Not kâğıdı ve kalemleri

Dersin Amacı

- Ders sonunda öğrenci:
- Koruma tedbirlerinin alınması gereken bağlamı anlar.
- Farklı türdeki koruma tedbirleri arasındaki farkları anlar ve her bir tedbirin uygulanabileceği koşulları tespit eder.
- Bir koruma tedbirinin mutlaka uygulanması gerekip gerekmediğini veya uzatılması gerekip gerekmediğini değerlendirir.

Dersin Kapsamı

- Ders eğitimin ikinci gününde verilecektir; ders süresi 45 dakikadır.
- Materyaller uyarlanabilir niteliktedir ve konuyla ilgili sadece genel bilgi sahibi olan bir grubun veya Avrupa standartları hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmek isteyen deneyimli bir grubun eğitiminde kullanılabilir.

Yöntem

- Açıklama / anlatma
- Soru - cevap
- Tartışma
- Bireysel ve grup alıştırmaları

Eğitim Araçları

- Ders Materyalleri: Materyallerde, eğitimcilerin bazı konuları işlemesi veya yeni örnekler bulmaları için diğer kaynaklara yapılan atıflara da yer verilmektedir (çalışmanın kolaylaşması için özellikle uzaktan erişilebilir materyaller).
- Ders Materyallerine Göre Uyarlanmış İctihatlar: Önemli sayıda AİHM davasına yer verilmiştir; dolayısıyla eğitici, öğrencilere hangilerinin anlatılacağını ve tartışılan ilkelere örnek oluşturması amacıyla hangilerinin kapsamda tutulacağına karar verebilir.

Dersin İşleniş Süreci

- Eğitici bilgileri sunar. Bu bilgilerin ders araçları ve internet kaynakları ile nasıl tamamlanacağını açıklar.
- Vaka çalışması.
- Eğitilecek grubun özelliklerine göre uyarlanabilir, etkileşimli öğretim araçlarının kullanılması.

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev

a. Minimum Müdâhale İlkesi

Minimum müdâhale, bireylerin kişisel özerkliğine ve özgürlüğüne liberal devletin gösterdiği genel saygının bir uzantısı olarak modern Ceza Hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. Devletin insanların tercihlerine, iyi yönetim ve kamu huzurunun gerektirdiğinden daha fazla karışmaması gerekir.

“Ultima Ratio” olarak da bilinmekle beraber bu, yargıdan ziyade, her şeyden önce ve en önemlisi olarak yasama organına hitap eden anayasal ve kurucu bir ilkedir. Ne var ki bazı düşünürlere göre, bu ilkedен normatif yorumlar veya sonuçlar çıkarabilecek veya çıkarması gereken, sadece yasama organı değil, ilkenin yasaların bekçiliğini yapanlar üzerinde doğrudan bir etkisi varmış gibi aynı zamanda yargı organı da olmaktadır. Eğer ultima ratio, normatif olarak daha yüksek bir alandan -Anayasa veya uluslararası düzeyde bir insan hakları belgesi gibi- yasama organına hitap eden genel bir ilke olarak düşünülürse veya ilkenin kendisi, yasal veya siyasî - ahlakî bir karakterinin olması fark etmeksizin yasama organı tarafından kendisine rehber olarak benimsenirse ancak o zaman yasama organının bu kısıtlamaya saygı mı gösterdiği yoksa kısıtlamayı istismar mı ettiği bakımından bir kontrol mümkün olabilir. Anayasa Mahkemeleri, Ulusalüstü İnsan Hakları Mahkemeleriyle birlikte böyle bir kontrol görevini yerine getirebilirler. Ancak hukukçular ve diğer siyasî organlar da bu kontrolü sağlayabilir.¹

Liberal demokrasinin bu genel ilkesi, Ceza Hukuku alanında yoğun bir şekilde bulunmaktadır. Burada devletin gücünün zorlayıcılığı en çıplak hâliyle görülmektedir ve bunun bir an unutulmasının sonuçları, kişisel yaşamlar üzerinde derin etkilere yol açabilir.

Kendisini ceza hukukunda her yönüyle göstermektedir. Aslî ceza hukukuyla bağlantılı olarak, “en az suçlulaştırma ilkesi” olarak da tasvir edilmiştir. Usûl bakımından görünüşünde ise ilke, yasalarda yazılı olarak şüphelilere verilen güvenceleri pekiştirebilmektedir. Sürecin geri kalanında ise, yargılanma sürecine ulaşmadan önce zayıf davaları ayıklayabilmek adına savcılık tarafından yapılan “gerçekçi mahkûmiyet ihtimâli” testi ve “bakılacak dava olmayan” yerlerde yargı makamının herhangi bir savunma almadan aklanmaya hükmetmesi bulunmaktadır. Daha dar bir anlamda deliller bakımından, minimum müdâhale ilkesi masumiyet karinesi ve kendi aleyhine tanıklık etmeme ayrıcalığıyla yakın bir bağ içerisinde. Daha az somut olmak üzere, minimum müdâhale davalarda delillerin kabul edilebilirliğini yöneten kuralların formüle edilmesinde ve uygulanmasında “mahremiyet” üzerinde ne gibi bir güce sahip olabileceğini açıklamaktadır.²

Koruma tedbirleri alanında bu ilke, orantılılık ilkesinin anlaşılmasının ve daha geniş çapta ise herhangi bir suçtan dolayı suçlu bulunmamış kişilerin haklarının kısıtlanması bakımından, özgürlük yanlısı bir yorumun zemininde yer almaktadır.

1 Bakınız: Uluslararası Çalıştay “ULTIMA RATIO, Genel İlke Avrupa Bağlamında Risk Altında mı?” 2-4 Şubat 2012 tarihinde Oñati Enstitüsü’nde yapılmıştır [IISL International Institute for the Sociology of Law (Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü), Oñati, Bask Ülkesi, <http://www.iisj.es>].

2 Bk.: Paul ROBERT ve Adrian ZUCKERMAN, Ceza Delili, Oxford Üniversitesi Yayınları, Oxford, 2010 (2. Baskı), s. 20.

Yazarlar tarafından da belirtildiği gibi AİHM, kendisinin ve ulusal yargı organlarının görevini, keyfî güç ve anlamsız takdir yetkilerinin kullanımına karşı uygun bir koruma sağlanması itibarıyla hukukun üstünlüğünün güvence altına alınması olarak görmektedir. Özgürlük yanlısı yaklaşım, daima mümkün olan daha az müdâhaleci koruma tedbirlerinin tercih edilmesine imkân sağlar ve belli bir koruma tedbirinin benimsenmesi veya kullanımına izin verilmesi ve izin verilmesi kaçınılmaz olan müdâhalenin kapsamı konularında hâkimlere kolaylık sağlar. Bu anlamda, belli bir koruma tedbirinin alınması için herhangi bir nedenin var olması, yargı aşamasına kadar sürdürülebilmesi için yeterli değildir. Zira aşağıda da tartışılacağı gibi işlemlerin bu aşamasının, sağlam gerekçelere dayanmaksızın geciktiremeyecek olan soruşturma makamlarının göstereceği titizlikle bir arada yürütülmesi gerekmektedir.

b. Ceza Hukukunun Hedefleri: Cezalandırma, Önleme ve Telafi Etme

Ceza yasalarının hayata geçirilmesi, toplumun bu amaçla geliştirdiği hedeflerle bağlantılı olmalıdır. Devletin kendi ellerine teslim ettiği hayatî görevi yerine getirmek istiyorlarsa, hâkim ve savcıların yasa metinlerini yorumlarken veya uygularken bu hedefleri akıllarında bulundurmaları gerekmektedir.

Her ne kadar bütün düzenli toplumlarda Ceza Hukuku var olmuş olsa da, kendisiyle birlikte tanımlanan hedefler zaman içinde gelişim göstermiştir. En ilkel toplumlarda, hukukî ceza ile neden olunan zararın karşılığı olması fikri arasında ayrılmaz bir bağ kurulmuştur. Suçlu, yaptıklarının bedelini ya aynı biçimde ya da kıyaslanabilir bir şekilde ödemek zorundadır. Daha sonra, başarılması önemli olan sonucun işlenen suçta ele almak olmadığı, daha ziyade suçlunun (spesifik tedbir) veya aynı suçta veya bir benzerini işleyebilecek diğer kişilerin (genel tedbir) herhangi bir suç faaliyetinde bulunma konusunda cesaretini kırarak etkin caydırıcı mekanizmalar kurmak olduğu düşüncesiyle koruma tedbiri fikri ortaya çıkmıştır. Bugünlerde bu hedeflere sırt çevrilmeksizin, telafi edici adalet fikri de ceza politikası tasarılarının yanı sıra cezai yaptırım gücü bünyesine katılmıştır. Buradaki amaç, suç faaliyetiyle toplumsal huzur bozulmadan önce mevcut olan duruma eşdeğer bir duruma ulaşabilmektir. Bu da mahkûm bakımından sadece verilen cezayı çekmek sûretiyle pasif bir davranış biçimi ortaya koymayı değil, aynı zamanda özellikle mağdurların ve toplumun geri kalanının belli bir şekilde tazmin edilmesi sûretiyle bozulmuş olan düzenin yeniden sağlanmasında aktif bir rolün üstlenilmesini de gerektirmektedir.

Her ne kadar tedbir ve telafi fikirlerinin, soruşturulmakta / suçlanmakta olan kişinin haklarının geçici olarak kısıtlanmasına ilişkin kararlar üzerinde belli bir etkisi olabilirse de, duruşmalar başlamadan önceki hukukî işlemler sırasında cezalandırma fikrinden uzak durulması gerektiğini akılda bulundurmak önemlidir. Koruma tedbirlerinin hiçbir zaman ön bir ceza veya cezanın beklentisi biçiminde kullanılmaması gerekir.

c. Ceza Muhâkemesinde Uygulanan Koruma Tedbirleri ile Suçun İşlenmesine Karşı Alınan Yasal Önleyici Tedbirler Arasındaki Fark

Geleneksel olarak "zor kullanıcı" yasa uygulama birimlerinin (polis, savcılıklar, mahkemeler) suçla mücadelede tam bir tekele sahip olması gerektiği fikri yaygın bir şekilde yeniden değerlendirilmektedir. Zira tek başlarına suç işleme düzeyleri üzerinde yeterli bir etki sahibi olmalarının pek de muhtemel olmadığı açıktır. Bundan dolayı, suçun önlenmesi (özellikle organize suçların önlenmesi) ulusal ve

uluslararası makamların gündeminde yüksek bir sıraya yerleşmiştir: *“Organize suçun oluşabilmesinin şartlarını zayıflattığı ölçüde, organize suç bakımından herhangi bir bütünsel yaklaşımda önleyicilik bastıracılıktan daha az bir öneme sahip değildir. Birlik, önleyicilik ve bastıracılık ve yargılama süreci içerisinde, organize suçla karşı verilen mücadelenin her aşamasında ihtiyaç duyulan araçlara sahip olmalıdır.”* (AB-Organize Suça Karşı Mücadele Eylem Planı, 1997). *“Yasa yapıcılar, meslek sahipleri ve akademisyenler arasında gittikçe büyüyen bir düşünce vardır ki, organize suçla mücadele için benimsenen geleneksel yaptırım yaklaşımları umulduğu gibi bu faaliyetlerin azalmasının sağlanması için tek başına yeterli olmayacaktır.”* [“Organize Suçun Önlenmesine Yönelik Avrupa Stratejisi”, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Polis Teşkilatı (Europol) Ortak Raporu, 2001.].

Ne var ki bu eylemler, (örneğin iç işlerinde hükümetler yozlaşmayı önlemek için kendi kamu yetkililerinin ahlakî bütünlüğünü güçlendirerek organize suçla karşı bir tepki geliştirebilirler; dış işlerinde ise bazı organize suç örgütlerinin, bazı yasal faaliyetlerden yararlanmasını veya hükümetle ortak bir iş yapmalarını engelleyebilirler vb.) burada ele alınan konudan farklıdır. Zira işlenecek olan suçtan genel itibarıyla kaçınmayı hedeflediklerinden belli cezai işlemlerin kapsamından uyarlanmışlardır.³

1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

a. Temel Özellikleri

Koruma tedbirlerinin gerekçesi, yargı sürecinin olması gerektiği gibi işlemesi için zamana duyulan ihtiyaçtır. Cezai işlemlerde zamanın geçmesiyle ilişkili gecikmeler, beraberinde belli riskleri de getirir. Bu riskin üç boyutu bulunmaktadır: a. Suçun tekrar işlenmesinden kaçınılması; b. Delillerin bulunması ve korunması; c. Ne olursa olsun nihai kararlar verilen hükmün yerine getirilmesinin sağlanması.

Bu nedenle, koruma tedbirleri genel olarak şu özelliklere sahiptir:

aa. Araçlık: Gerekçesi yalnızca daha önce sözü edilen risklerin güvence altına alınmasında bulunmaktadır (dolayısıyla düzgün bir risk değerlendirmesi yapılmaksızın var olamazlar).

bb. Geçicilik: Zaman içerisinde mevcudiyetlerini sürdürmeleri mümkün değildir ve risk ortadan kalktığı an kendileri de kaybolurlar.

cc. Zamana Bağlılık: Yaptırım belli bir zamanla sınırlıdır ve temel haklara müdahale edilirken herhangi bir risk değerlendirmesine bakılmaksızın olabilecek en uzun süresi normalde yasa ile belirlenmektedir.

dd. Değişkenlik: Gerçeklere dayalı şartlar değiştiği zaman, değiştirilebilirler ve hatta bastırılabilirler.

ee. Orantılılık: Haklara yapılan müdahalelerin aşırı olmaması gerekir. AİHM içtihatlarına göre temel hakların nasıl kısıtlanacağıyla ilgili karar alınırken başvurulacak orantılılığın meşru biçimi, şu anda “Huang testi” olarak bilinen yöntemle belirlenmiştir: a. Ulaşılmak istenen amacın yeterli bir öneme sahip olması gerekmektedir; b.

³ Bu alanda yapılmış kapsamlı bir özet için bk.: Avrupa Konseyi/Organize Suçlarda Yasal Koruma Tedbirleri, İyi Uygulama Örnekleri Araştırması n°9.

Ulaşılmak istenen amaçla getirilen kısıtlama arasında rasyonel bir bağın bulunması gerekmektedir; c. Başvurulan yöntemin ulaşılmak istenen amacın gerektirdiğinden kesinlikle daha fazla olmaması gerekmektedir; d. Söz konusu kamu çıkarlarıyla kişisel çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanması gerekir [Bakınız: Huang v. İngiltere İç İşleri Bakanlığı (2005) EWCA Civ (İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi Hukuk Birimi), 105.]; e. Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından verilecek cezayla homojen bir yapı içindedir (Bu da örneğin, soruşturulmakta olan suçla ilgili Ceza Kanunu'nda herhangi bir hapis cezası öngörülmemişse tutuklamaya tedbir amaçlı olarak niçin başvurulamayacağını açıklamaktadır.).

En müdâhaleci koruma tedbiri düşünülduğünde bunun en iyi örneğine ulaşılabılır. Yalnızca herhangi bir suç işlemiş olduklarına dair makul bir şüphenin olması ve serbest bırakıldıkları takdirde kaçabileceklerine veya ciddi bir suç işleyebileceklerine veya adaletin seyrini etkileyebileceklerine dair önemli nedenlerin bulunması hâlinde kişilerin mahkeme önüne çıkmadan önce tutuklanmaları gerekmektedir.

Dolayısıyla duruşma öncesinde tutuklamaya, yalnızca böyle bir tedbirin gerekçesi olan sorunların ele alınabilmesi için başka alternatif bir yönteme başvurmanın mümkün olmaması hâlinde başvurmak gerekir. Duruşma öncesinde tutuklamaya erken bir cezalandırma biçimi olarak başvurmak asla kabul edilemez. Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi madde 9.3 bu ilkeyi açıkça ifade etmektedir: *"Mahkeme önüne çıkmayı bekleyen kişilerin tutuklanması genel bir kural olmayacaktır ancak salıverme, mahkeme sürecindeki herhangi bir aşamada ve mümkün olması hâlinde, hükmün açıklanmasında mahkeme önüne çıkma güvencesinin verilmesine tabi olabilir."* (Ayrıca bakınız: Tokyo Kuralları, Kural 6.1.).

Bu, hangi koruma tedbirine başvurulması ve bunun ne ölçüde, ne kadar süreyle ve aşırılıkta olması gerektiği kararının alınması ile yukarıda konu edilen Ceza Hukukunda minimum müdâhale ilkesi arasındaki bağlantıyı göstermektedir.

b. Koruma Tedbiri Nedir?

Bu mekanizmanın temel özelliklerini akılda bulundurarak, Avrupa İnsan Hakları Mevzuatı perspektifinden yapılacak bir tanım aşağıdaki gibi olacaktır:

aa. Temel haklara bir "müdâhale"dir. Dolayısıyla da, Anayasa ve diğer yasalarda ifade edildiği üzere her vatandaşın sahip olduğu hakları kullanmakta özgür olduğuna dair genel kuralın bir istisnâsıdır. Bu hâliyle, katı bir yoruma tabi olmalıdır (odiosa sunt restringenda).

bb. Yasalarda yazılıdır. "Yasa" sözcüğü sadece yasama organının çıkardıklarını değil, aynı zamanda bu yasalara ek olarak çıkarılan kuralları ve yargı içtihatını da kapsamaktadır. Temel haklara müdâhale edilebilmesini öngören tüm iç hukuk kurallarını bünyesinde bulundurmaktadır. Ancak bu sözcük iç yasalara, yerel yasa yapıcılarına (mahkemeler de dahil olmak üzere) kuralları tamamen kendi uygun gördükleri şekilde düzenleyebilme imkânının verilmesi anlamıyla değinmemektedir. AİHM, daha ziyade "yasanın kalitesini" incelemeye almaktadır: Belli bir kalitesi bulunmayan yasal kurallar, meşru bir amaca hizmet etseler bile Sözleşme bakımından yasa değildirler. Daha kesin olarak Sözleşme, temel insan haklarına müdâhale edilmesine izin veren (veya gerekçe oluşturan) yasaların "hukukun üstünlüğüyle uyumlu" ve özellikle erişilebilir (genellikle yayınlanmış olması anlamında) ve uygulanışında açıkça ve kesinlikle

“öngörülebilir” olmasını gerektirmektedir. Mahkeme, yasaların (ve ek kuralların) her zaman belli bir yoruma veya takdir yetkisine müsaade etmeyecek kadar kesin bir dille yazılmış olamayacağını ve hukukun sürekli gelişmekte olduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak yasalar, “kamu yetkililerinin keyfî müdâhalelerine” karşı belli bir koruma sağlamalıdır. Yasaların belli makamlara, belli bir takdir yetkisini bıraktığı ölçüde, o takdir yetkisinin keyfî olarak kullanımına karşı da usûl bakımından belli bir koruma sağlaması gerekmektedir. Nispeten zayıf bir şekilde ifade edilmiş hukukî bir kural bile, kuralın keyfî olarak kullanımına karşı önlemlerin mevcut olması hâlinde “kurtarılabilir” veya Sözleşme ile uyumlu bulunabilir.

Eğer bir kısıtlamanın dayanağı “yasa” değilse -yani mahkeme tarafından geliştirilmiş olan “kalite” zorunlulukları bakımından yeterli bir hukukî kural değilse- Sözleşme ihlal edilmiş olur. Müdâhalenin veya konu edilen kuralın “meşru bir amaca” hizmet etmiş olması önemli değildir (bir sonraki kısımda tartışılacağı gibi). Hatta tek başına ele alındığında, müdâhale “gerekli” olarak bile değerlendirilebilir. Buna rağmen sistem gene de Sözleşme ile uyumlu değildir. Aslında mahkeme, genellikle diğer meseleleri incelemeyi bile reddedecektir.⁴

cc. “Meşru bir amaca” hizmet eden bir müdâhalelidir. Devlet, herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi meşru gösterebilmek için herhangi bir amacı öne süremez. Tam aksine Sözleşme, bu hakların sınırlandırılabilmesi için gereken olan meşru amaçları da tek tek ifade etmektedir. Ancak bunu son derece genel kavramlarla yapmaktadır (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlakî kurallar, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) ve müdâhaleyi haklı gösterebilecek “meşru bir amacın” belirtilmesi devlet için pek de zor olmamaktadır. Şunu belirtmek yeterlidir ki, Sözleşmede farklı maddelerde ilgili amaçlar değişkenlik gösteren terimlerle ifade edilmiştir ve herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi haklı gösterebilmek için, devletin ilgili maddede (ikinci paragrafta) yer alan meşru amaçlardan birini göstermesi gerekmektedir. Örneğin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü korumakta olan 9. maddede ulusal güvenlik meşru amaçların arasında sayılmamıştır. Dolayısıyla devlet o gerekçeyle bu hakka müdâhale edemez. Aynı şekilde belirtilebilir ki, belli bir (meşru) amaca hizmet ettiğini iddia ederek devletin herhangi bir hakkı kısıtlaması gerçekten de o amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olmalıdır ve farklı bir amaca ulaşmak adına öne sürülmüş bir bahane olmamalıdır. Bu, Sözleşmenin 18. maddesine aykırı olur.⁵

dd. Cezai işlemlerin seyri bakımından uygulanan bir müdâhalelidir.

4 Douwe KORFF, AİHS madde 8-11 ve AİHS madde 2 kapsamında standart yaklaşımlar. http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf.

5 Aynı yerde.

2 KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ

- 2.1. Koruma Tedbiri Türleri
- 2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri
- 2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

2. Koruma Tedbiri Türleri ve Uygulanma Gerekçeleri

2.1. Koruma Tedbiri Türleri

a. Giriş

Kısıtlanmakta olan hakka bağlı olarak, koruma tedbirlerinin birkaç türü belirlenebilir:

aa. Kişisel özgürlükleri etkileyen zorlayıcı tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme)

bb. Diğer kişisel hakları etkileyen zorlayıcı tedbirler (araç kullanma, belli bir meslek faaliyetini yürütme veya herhangi bir kamu görevinde bulunma hakkında yoksun bırakma, oturulan meskenden zorla çıkarılma ...)

cc. Kişisel bütünlüğü etkileyen zorlayıcı tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri, bir sağlık kuruluşuna yatırılma ...)

dd. Mülkiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (mülke el konulması ...)

ee. Mahremiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (özel mülke girilmesi, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi ...)

Geçici kısıtlamaların başka çeşitleri de bulunmaktadır ve bunlar, idarî işlemlerin aksine, cezai işlemlerden bağımsız olarak uygulanmaktadır (sınırdışı edilmeyi bekleyen kaçak göçmenlerin hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmaları gibi). Onları burada ele almayacağız.

b. İçtihat Örnekleri

AİHM’de koruma tedbirlerini ele alan davaların çoğu, mahkeme önüne çıkmak için beklenirken tutuklanmak veya gözaltına alınmak sûretiyle özgürlükten yoksun bırakılmaya ilgilidir. Bu konular başka derslerde ayrıntılarıyla incelendiğinden burada yalnızca diğer koruma tedbirleriyle ilgili örnek içtihat kararlarını ele alacağız.

• Kefaletle Serbest Bırakılma

Letellier v. Fransa, 12369/86, 26 Haziran 1991:

46. Tutukluluğun devam edebilmesi için tek neden şüphelinin kaçmasına ve dolayısıyla da mahkeme önüne çıkmamasına yönelik bir korku olduğunda, örneğin bir depozito ödeyerek mahkeme önüne çıkacağına dair yeterli bir güvence verebilecek bir durumda olması hâlinde kişinin serbest bırakılması gerekmektedir. (...) Mahkeme dikkate almaktadır (...) ki iddia makamı mevcut davada durumun bu şekilde olmadığını belirlememiştir.

Mamedova v. Rusya, 7064/05, 1 Haziran 2006:

78. mevcut davada, başvuru sahibinin gözaltında bulunduğu süre boyunca yetkililer kendisinin mahkeme önüne çıkmasını sağlayabilmek adına daha hafif bir

koruma tedbirine başvurmayı değerlendirmemişlerdir, hâlbuki başvuru sahibinin avukatları birçok defa kendisinin kefaletle veya şehri terk etmemek kaydıyla serbest bırakılmasını -ceza davalarının düzgün bir şekilde işleyişini sağlamak adına Rus yasaları tarafından sağlanan "koruma tedbirlerini"- talep etmişlerdir. Aynı şekilde, yerel mahkemeler de niçin özgürlükten yoksun bırakmanın alternatiflerine başvurulduğunda davanın düzgün bir şekilde ilerlemesinin sağlanamayacağını kendi kararlarında açıklamamışlardır. Özellikle Yeni Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda açık bir şekilde mahkemelerden tutuklamaya alternatif olarak daha az kısıtlayıcı tedbirleri değerlendirmeleri istenmiş olduğu gerçeği düşünülürken bu hata, daha açıklanamaz bir hâl almaktadır.

Bonnechoux v. İsviçre, 8224/78, 5 Aralık 1979, DR18, 100 [DH (80) 1]:

74. Kefalet miktarının öncelikle şüphe altındaki kişinin serveti dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğinden (...) başvuru sahibi miktarın belirlenmesi için gereken en temel bilgiyi vermeyi reddettiği için aşırı miktarda bir kefalet talep edilerek gözaltı süresinin uzatılmış olduğundan şikâyetçi olamaz. Başka bir ifadeyle, yargı yetkililerinin kendisini kefaletle serbest bırakmaya hazır olduğunu duyurduğu bir şüphelinin iyi niyetli bir şekilde, gerekirse kontrol edilebilecek bir biçimde, sahip olduğu servetiyle ilgili yeterli bilgiyi sağlaması gerekir ki yetkililer kefalet için gerekecek miktarı saptayabilsinler.

W. v. İsviçre, 14379/88, 26 Ocak 1993:

33. (...) Davanın şartları ve başvuru sahibinin karakteri, ilgili mahkemelere 18 Mayıs 1988 tarihinde başvuru sahibinin yaptığı kefaletle serbest bırakılması teklifini (bu aynı zamanda kısa bir süre önce, 1 Şubat itibarıyla kendisinin de yapmayı reddetmiş olduğu bir şeydir) reddetme hakkını vermiştir: Hem ödenecek olan paranın miktarı (30.000 CHF) hem de kaynağının ne olduğunun bilinmiyor oluşu, başvuru sahibinin bu parayı kaybetmemek adına kaçmamaya karar vermesi için yeterli bir güvencenin sağlanması bakımından uygun düşmeyeceği anlamına gelmiştir. (...) Son olarak, mahkûm edilmesinin ardından başvuru sahibinin her seferinde cezaevine dönmüş olması mahkemelerin bu yönde benimsediği görüşleri geriye dönük bir şekilde geçersiz kılamaz.

Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, 31315/96, 25 Nisan 2000:

85. Mahkeme, Çek mahkemelerinin esasa ilişkin zamanda başvuru sahibinin 15,000,000 Çek Korunası (CZK) kadar bir depozito ile serbest bırakılması teklifini, bu miktarın başvuru sahibinin mahkeme önüne çıkması adına yeterli bir güvence sağlamadığı gerekçesiyle reddetmiş olduğunu dikkate almaktadır. Bir seferinde Şehir Mahkemesi, başvuru sahibinin sağlık durumunu da göz önüne alarak, 30.000.000 CZK kadar bir depozito yatırması hâlinde kendisini serbest bırakmayı değerlendirmeye hazır olduğunu ifade etmiştir. Şehir Mahkemesi kararını alırken, başvuru sahibinin 28.400.000 CZK tutarında iki karşılıksız çek sunmuş olduğunu, tutuklanmasının öncesinde 338.856.000 ve 236.000.000 CZK değerinde iki iş yeri satın almaya niyet etmiş olduğunu ve bunları 150.000.000 CZK tutarında taksitler hâlinde ödemeyi taahhüt etmiş olduğunu belirtmiştir.

86. Davanın kendine özel şartlarını değerlendirmiş olarak Mahkeme, ne

başvuru sahibinin kefaletle serbest bırakılma talebinin ısrarla reddedilmiş olmasının, ne de son olarak kendisine 30.000.000 CZK kadar bir kefalet biçilmiş olmasının, Mahkeme öncesindeki finansal işlemlerinin büyüklüğü göz önüne alındığında başvuru sahibinin 5. madde §3 kapsamındaki haklarını ihlal etmemiş olduğunu tespit etmektedir...

Iwańczuk v. Polonya, 25196/94, 15 Kasım 2001:

69. Mahkeme, başvuru sahibinin sahip olduğu servetiyle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü derhâlyerine getirmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ancak mahkemeler depozito olarak yatırılması istenen toplam kefalet miktarının hesaplanmasının ardından belirlenen tutarı sürekli bir şekilde değiştirmişlerdir. Asıl zorluk ise kefaletin ne şekilde yatırılacağına yani nakit olarak mı devlet bonosu olarak mı yoksa başvuru sahibinin özel mülkiyetine konacak bir ipotek şeklinde mi yatırılacağına belirlenmesi olmuştur. Şu gerçek göz önünde bulundurulmalıdır ki, yetkililer belli bir noktada başvuru sahibinin ilgili mülk üzerindeki hakkını dikkate almaksızın kefaletin ipotek olarak yatırılmasını reddetmişlerdir. Bu, Mahkemenin görüşüne göre, yetkililerin kefalet konusunda son derece ağız sıkı bir tutum sergilemiş olduğu anlamına gelmektedir ki, başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayacak olursa, belli birtakım resmî el koyma işlemleriyle uğraşmak zorunda kalmalarını gerektirecekti. Mahkemenin kanaatine göre bu, tek başına zaten yetkili yargı makamı tarafından gereksiz olduğuna karar verilmiş olan tutukluluk hâlinin dört ay boyunca sürdürülmesi için yeterli bir gerekçe değildir.

70. Kefaletin miktarı ve yatırılma şekliyle ilgili işlemlerin dört ay on dört gün sürmüş olması gerçeğini, buna karşılık bu süre zarfında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devam etmiş olmasını, karar alındıktan sonra kendisinin tutuklu kalmasına gerek duyulmamış olmasını ve kefaletin ödenme biçimiyle ilgili kararın yetkililer tarafından niçin sürekli değiştirilmiş olduğuna dair tatmin edici nedenlerin öne sürülmemiş olmasını dikkate alarak Mahkeme başvuru sahibinin Sözleşmenin 5. maddesi §3 kapsamındaki haklarının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

Mangouras v. İspanya, 12050/04, 8 Ocak 2009:

38. Mahkeme, başvuru sahibinin seksen üç gün boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunun ve ancak yatırılması istenen 3.000.000 Avro teminat tutarına karşılık gelen bir banka kefalet mektubunun verilmesi neticesinde serbest bırakılmış olduğunun altını çizmektedir. (...)

39. Mahkeme, bu teminat tutarının çok yüksek olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bu teminatın, Prestige adlı geminin armatörünün yani bu davadaki başvuru sahibinin işvereni konumunda bulunan şirketin (Universe Maritime Ltd ticaret unvanlı Yunan şirketinin) sigortacısı olan ve taraflar arasında düzenlenmiş olan mevcut sigorta poliçesi uyarınca, çevre kirliliği nedeniyle meydana gelen zararlarla ilgili olarak bu gemiye ilişkin hukukî sorumluluk riskini üstlenmiş olan London Steamship Owners Mutual Insurance Association (Londra'da vapur sahiplerine yönelik sigorta kurumu) kuruluşu tarafından sağlanmış olduğunu da gözlemlemektedir. Dolayısıyla ilgili teminatın yatırılması, söz konusu armatör ile onun sigortacısı arasında mevcut sigorta poliçesine dayalı bir hukukî ilişki kapsamında gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

40. Bu bağlamda başvuru sahibi, söz konusu teminat yatırıldıktan sonra,

memleketi olan Yunanistan'a dönmüş olup, orada usûlüne uygun olarak ilgili karakola giderek bulunduğu yeri gösteren şekilde imza atmıştır. Davayla ilgili kovuşturma süreci hâlen İspanya'da Corcubion (La Corogne) 1. Soruşturma Mahkemesinde devam etmekte olduğu için, bu sistem İspanyol adlî makamlarına, davalının nerede bulunduğunu sürekli olarak izleme imkânı sağlamaktadır. Bu meyanda Mahkeme, yukarıda belirtilen teminat tutarının o miktarda belirlenmiş olmasının ana amacının, davalının her halükarda duruşmalara katılmasını sağlamaya yönelik olduğunu, nitekim bugüne kadar da bunun sağlanmış olduğunu dikkate almaktadır. (...)

42. Mahkeme, bu davayla ilgili özel konuların yani Uluslararası Deniz Hukukuna özgü ve özellikle de denizlere verilen zararlarla ilgili bir yığın "sorumluluklar manzumesi" çerçevesinde yapılmış olan ihlallerin ve kendisini geçici tutukluluk süresini farklı bir şekilde değerlendirmeye yönlendiren bu davaya özgü özel koşulların dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. Bu konuda Mahkemenin görüşü, bu davanın konusu olan eylemlerin, bu yüzden meydana gelen doğal afetle ilgili sorumlulukların belirlenmesi açısından yerel adlî makamların duyduğu endişeyi doğrular nitelikte olduğudur ve dolayısıyla da bu adlî makamların yüksek tutarda bir kefalet belirleyerek davalının duruşmalarda hazır bulunmasını sağlamayı istemesinin makul olduğu yönündedir.

43. Bu arada Mahkeme, başvuru sahibinin tutuklu kaldığı sürenin, söz konusu davalar (Bakınız, Bojilov v. Bulgaristan, 45114/98, paragraf 38 ve devamı, Hristova v. Bulgaristan, 60859/00, paragraf 111), bu dava konusundan farklı olarak denizlere zarar veren bir suç konusunda karar vermekle ilgili olmasa bile, AİHM tarafından görüşülen diğer davalardakine nazaran daha kısa olduğunu ve ayrıca da başvuru sahibinin tutukluluk hâline, kefalet yatırmak sûretiyle son verilebilme imkânının bulunduğunu gözlemlemiştir.

44. Yukarıda belirtilenlerin ışığında Mahkeme, yerel adlî makamların başvuru sahibi tarafından yatırılması gereken kefalet tutarı miktarının orantılı olmasına yeterince özen gösterdikleri ve başvuru sahibinin bizzat kendisinin de bu tip olası risklere karşı sigorta yaptırmış olan armatör işverenin ücretli çalışanı olmak sıfatıyla bu sigorta kapsamında bulunması (Bakınız, yukarıdaki 39 numaralı paragraf) nedeniyle, başvuru sahibinin özel konumunu yeterince dikkate aldıkları kanaatine varmıştır. Bu sebeple Mahkeme, bu davanın konusu olan teminat miktarının tutarı çok yüksek olmakla birlikte, korunması amaçlanan hukukî çıkar, dava konusu suçun vahameti ve söz konusu yükün denize dökülmüş olmasından kaynaklanan hem çevre kirliliğiyle ilgili hem de ekonomik açıdan doğurduğu sonuçlar bakımından, orantısız olmadığı görüşüne varmıştır.

- **Zorunlu İkamet Emri**

Ciancimino v. İtalya, 12541/86, 27 Mayıs 1991, DR 70, 103:

2. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, özellikle suç örgütlerinin kamu düzenine karşı oluşturduğu ciddi tehdidin niteliği ve mafyayla ilişkisi olduğundan şüphelenilen kişilerle ilgili olarak suçun önlenmesinin önemi dikkate alındığında, zorunlu ikamet tedbirlerinin yukarıda bahsi geçen meşru amaçlara ulaşmak anlamında bir ilke olarak demokratik bir toplum için gerekli olduğu kabul edilebilir. (...) Komisyon, başvuru sahibinin "tehlikeliliğinin" hâlâ devam etmekte olan yargı süreci içerisinde değerlendirilmiş (...) ve bu süreç içerisinde savunmanın haklarına tam bir

saygı gösterilmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ayrıca şunu da dikkate almaktadır ki, değerlendirilmekte olan davada ayrı bir sürece tabi olan tedbirlerin uygulanışı da her şeye rağmen başvuru sahibinin aleyhindeki ceza davasıyla bağlantılıdır ki kendisi üç ayrı ceza davasında çeşitli suçlamalarla yargılanmaktadır (...) mevcut durum böyleyken, Komisyonun düşüncesine göre başvuru sahibinin durumunda ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvurulan tedbir arasında herhangi bir orantısızlık bulunmamaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi, Sözleşmeye ek protokol no. 4 madde 2 açısından incelendiğinde başvuru sahibinin şikâyeti asılsızdır.

- **Ev Hapsi**

Mancini v. İtalya, 44955/98, 2 Ağustos 2001:

17. (...) Sonuçları ve hayata geçirilme biçimi göz önüne alındığında hem cezaevi hapsi hem de ev hapsi Sözleşme'nin 5. maddesi §1 (c) ile sağlanan maksatlar doğrultusunda başvuru sahibinin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelmiştir. Bu yüzden, mevcut dava cezaevinde tutuklu olarak bulundurulmanın daha hafif bir güvenlik tedbirıyla değiştirilmesindeki gecikmeyle ilgilidir. (...)

19. (...) Her ne kadar bazı şartlar altında belli bir psikiyatri hastanesinden başka birine aktarılmanın bazı hastaların genel sağlık durumunda ciddi bir iyileşme sağlayabileceği doğru olsa da böyle bir aktarmanın başvuru sahibinin maruz kaldığı özgürlüğünden yoksun bırakılma biçimini hiçbir şekilde değiştirmediği gerçeği sabittir. Aynı şey, cezaevinde tutuklu kalmanın ev hapsiyle değiştirilmesi için söylenemez. Zira bu, bir kamu kurumundan özel bir eve alınması sûretiyle, tutukluluk yerinin doğasında bir değişiklik yapılması anlamına gelmektedir. Ev hapsinin aksine, bir cezaevinde tutuklu olarak bulunmak kişinin bir kuruluşun geneline entegre olmasını, diğer tutuklularla birlikte belli faaliyetleri ve kaynakları paylaşmasını ve günlük yaşantısının her yönüyle denetim altında tutulmasını gerektirmektedir.

- **Polis Denetimi**

Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994:

39. Mafyanın "demokratik bir toplum" için oluşturduğu tehdit göz önüne alındığında, (özel polis denetimi) tedbiri "kamu düzeninin sağlanması için" ve "suçun önlenmesi için" ayrıca gerekli olmuştur. Özellikle 4 Temmuz 1986 tarihinde Catanzaro Temyiz Mahkemesinin iptal kararı almasına kadar, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmuştur. (...) gizli oturumla alınan bu kararın kayıtlara geçirilene kadar hukukî olarak yürürlüğe girmemiş olduğu kabul edilse bile Mahkeme, hemen uygulanabilir olan ve temel haklarda birini yani başvuru sahibinin istediği gibi hareket edebilme özgürlüğünü ilgilendiren bir kararın gerekçe taslağının hazırlanması için niçin beş ay beklenmiş olması gerektiğini anlamakta güçlük çekmektedir; üstelik kendisi, bu iptal kararından on sekiz gün boyunca da haberdâr edilmemiştir.

40. Mahkeme, en azından 2-20 Aralık 1986 tarihleri arasında konu edilen müdâhalenin yasalarla öngörülmemiş veya gerekmemiş olduğu sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla protokol no. 4'ün 2. maddesi ile ilgili bir ihlal mevcuttur. (...)

- **Pasaportun Teslim Edilmesi**

Scmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195:

2. Başvuru sahibi, 12 Haziran 1984 tarihli kararın alınması ve tutukluluk hâlinde serbest bırakılması sonrasında bile uygulanmasına devam edilen kefalet şartlarının, ülkeyi terk etmesini ve bu durum seyahat belgelerinin reddedilmesini de kapsadığından, ülke içinde de seyahat edebilmesini engellemiş olması nedeniyle Sözleşmeye ek protokol No. 4'ün 2. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu iddia etmektedir. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, mevcut davada protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafında izin verilen kısıtlamaların, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. paragrafının son cümlesiyle bir arada okunması gerekmektedir. Başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayı beklerken serbest bırakılmış ve "mahkeme önüne çıkma güvenceleri" uygulanmıştır. Komisyonun düşüncesine göre bu güvencelerin maddî güvencelerle sınırlı olması için herhangi bir neden yoktur. Ayrıca mevcut şartlarda kefalet şartlarının, başvuru sahibinin ikamet yeri tercihini ve yurt içinde ve yurt dışında seyahat etme özgürlüğünü kısıtlamış olduğu biçimiyle, "suçun önlenmesi için (...) demokratik bir toplumda gerekli ve (...) yasalarda yazılı" olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafının kapsamına girmektedir.

2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri

a. Suç Türünün Değerlendirilmesi

Soruşturma sırasında henüz yasadışı faaliyette bulunduğu kesinleşmemiş birinin temel haklarının kısıtlanması imkânı, masumiyet karinesi ilkesinin istisnâlarından biridir ve dolayısıyla da uygulandığı durumlar sınırlı sayıda kalmalıdır. En temel hakları daha doğrudan etkileyen kısıtlamalar en ciddi ihlallerle bağlantılıdır ve Ceza Hukukunun bir gereği olarak katı bir resmîyetle ve belli bir takım güvencelerle ele alınırlar. Bu güvenlik mekanizmalarının en başında ise AİHS 6. madde yer almaktadır. Hem Sözleşmede yer alan ve AİHM tarafından yorumlanan ilkeler ve kurallar bütünü olarak hem de adlî koruma arayabilmeleri için bireylere son çarenin kapısını açan anahtar olarak.

Buyüzden, yargı sürecinin Ceza Kanunu'na göre yürütülüp yürütülmeyeceğinin netleştirilmesi belirleyici bir öneme sahiptir. Zira bu mekanizmaların işlevsellik kazanıp kazanmayacağını da belirleyen odur. AİHM, yargı sürecinin bu maddenin ve Sözleşmenin sağladığı güvencelerin kapsamına girip girmediğini belirleyebilmek için bazı kriterler geliştirmiştir. Her şeyden önce suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. İkincisi ise, bu son derece resmî kritere bir ek olarak, Avrupa'nın genel hukuk kültürünün dışında kalan sınıflandırmaları gözardı edebilmek için, Mahkeme ilgili hükümleri çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerindeki sınıflandırmaların ışığında inceler. Üçüncüsü ve en önemlisi olarak, Ceza Kanunu'nda bulunanlarla tutarlı olan veya benzer ağırlıkta olan cezaların tamamının AİHS 6. madde altına düşmesi gerektiğini hesaba katmak sûretiyle Mahkeme, kesilecek cezanın niteliğini ve ağırlığını inceler.

Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık (BD), 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003:

82. Mahkeme şunu belirtmektedir ki, Sözleşmenin 6. maddesinin Ceza Hukuku yönünden mevcut davaya uygulanabilirliği için başlangıç noktasının, Engel ve diğerleri (yukarıda bahsi geçen, s. 34-35, s. 82-83) davasında özetlenen kriterler olduğu ihtilaf hâlinde değildir:

"82. (...) (H)er şeyden önce, suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak, ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Ancak bu, bir başlangıç noktasından fazlası değildir. Bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri vardır ve çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerinin yasamalarındaki genel sınıflandırmanın ışığında incelenmeleri gerekmektedir. Suçun kendi niteliği daha büyük öneme sahip bir unsurdur. (...)

Ancak Mahkemenin denetimi bu kadarla sınırlı değildir. İlgili kişinin maruz bırakılmayı göze aldığı cezanın ağırlık derecesini de hesaba katmadığı takdirde, böyle bir denetimin herhangi bir aslı kalmamış olur. Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde ceza olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması "ceza hukuku" alanına dahildir. (...)

83. Bu kriterlere dayanarak Mahkeme, başvuru sahiplerinin bazılarının veya tamamının 6. madde §1 kapsamına giren bir 'cezai suçlama'ya maruz kalıp kalmadıklarını belirleyecektir. (...)"

86. Buna ek olarak, Engel davasında ortaya konan ikinci ve üçüncü kriterin kapsayıcı olmaktan ziyade birer alternatif olduğu, Mahkemenin kendi belirlediği içtihatıdır: 6. maddenin uygulanabilmesi için, suçun kendi niteliği gereğince Sözleşme kapsamında bir "Ceza Hukuku" konusu olarak kabul edilmesi veya suçun kişiyi niteliği veya ağırlığı bakımından genel olarak "Ceza Hukuku" alanına giren bir yaptırıma maruz bırakmış olması yeterlidir.

(...) Bir Ceza Hukuku suçlamasının mevcut olup olmadığı açısından bu kriterlerin her birinin ayrı ayrı çözümlenmesi açık bir sonuca varmayı mümkün kılmadığı takdirde, bu kriterlere kapsayıcı bir şekilde de başvurulabileceği ihtimâli gözardı edilmemiştir.

90. Yerel kanunlar, başvuru sahiplerinin suçlanmakta olduğu suçları disiplin suçu olarak sınıflandırmaktadır: Cezaevi Yönetmeliği'ndeki 47 numaralı Kuralda yer alan (1) ve (17) numaralı paragrafların belirttiği üzere, bir mahkûm tarafından söz konusu davranışın sergilenmesi "disiplin suçu" teşkil edecektir.

Bu yüzden ulusal yasalara göre bu gibi suçların muhâkemesi disiplin konusu olarak ele alınmaktadır ve cezaevi sınırları dahilinde düzenin sürdürülebilmesi maksadıyla tasarlanmışlardır. Bir yöneticinin bulgularının başvuru sahiplerinin adlî sicilinde yer almayacağı gerçeği, basitçe suçun disiplin suçu olarak sınıflandırılmış olmasının doğal sonuçlarından biridir.

91. Ancak ulusal yasalar tarafından bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri bulunmaktadır; "suçun kendi niteliği daha büyük

öneme sahip bir unsurdur.” (Bakınız: Engel ve Diğerleri)

100. Sözleşmenin 6. maddesinde “Ceza Hukuku konusu” kavramının özerk niteliğini açıklarken Mahkeme, Sözleşme Devletlerinin kendi takdir yetkilerini kullanarak bir suçta ceza hukukuna göre suç olmaktan ziyade disiplin suçu olarak sınıflandırmayacaklarına veya “karma” bir suçun işleyenini Ceza Mahkemesinde yargılamak yerine disiplin suçuyla yargılamayacaklarına, zira bunu yapmaları hâlinde kendi egemen iradelerini 6. maddedeki temel şartların işleyişinin üstünde tutmuş olacaklarına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin o madde kapsamındaki görevi, disiplin hukukunun Ceza Hukuku karşısında uygunsuz bir üstünlük elde etmemesini sağlamaktır.

101. (...) Bir mahkûmun kötü davranış biçimi birçok şekil alabilir, her ne kadar bazı eylemlerin sadece birer dâhilî disiplin meselelerinden fazlası olmadığı açıkça da diğerlerine aynı gözle bakılamaz. Konuyla ilgisi bulunan göstergeler ise “bazı konuların diğerlerinden daha ciddi olması”, konuya ilişkin eylemin yasadışılığının cezaevinde gerçekleşmiş olduğu gerçeğinden baskın olabileceği ve Yönetmelik’te disiplin suçu olarak tanımlanan bir davranışın aynı zamanda Ceza Kanunu’na göre de suç teşkil ederek, en azından teorik olarak, hem disiplin hem de Ceza Muhâkemesini gerektirmesidir.

102. Üstelik cezai yaptırımların geleneksel olarak hem cezalandırma hem de caydırma olarak ikili bir amaca hizmet ettiği kabul edilmiştir.

103. (...) Söz konusu suçlar, tüm vatandaşların aksine özel bir statüsü olan kişilere yani mahkûmlara yöneliktir.

Ne var ki, bu gerçek nitelikleri bakımından suçların ilk bakışta disiplin suçu gibi görülmesini sağlamaktadır. Bu, suçun niteliğinin değerlendirilmesinde “konuyla ilgili göstergelerden” yalnızca biridir.

104. İkincisi birinci başvuru sahibine yönelik suçlama, genel ceza hukukuna göre bir suçta karşılık gelmektedir ve aynı şekilde ikinci başvuru sahibine yönelik saldırı suçlamasının da genel Ceza Hukukunun yanı sıra Disiplin Yönetmeliği’nin kapsamında bir suç olduğu açıktır.

105. Üçüncüsü ise, Hükümet cezaevindeki disiplin kurallarının ve disiplin yaptırımlarının öncelikli olarak erken bir salıverme sisteminin başarılı bir şekilde işleyişini sağlamak için tasarlandığını, böylece suçun “cezalandırma” unsurunun öncelikli unsur olan “düzensizliğin önlenmesi” yanında ikincil derecede bir öneme sahip olmasının amaçlandığını arz etmiştir. Mahkemenin düşüncesine göre, ne olursa olsun cezalarına ek birkaç günün eklenmesi belli bir suçluluğun tespitinden sonra, başvuru sahiplerini işledikleri suçlardan dolayı cezalandırmak ve kendileri ve diğer mahkûmlar tarafından suç işlenmesini önlemek amacıyla uygulanmıştır. Bu hedeflerin birbirinin haricinde olmadığı ve cezai yaptırımların karakteristik özellikleri olarak kabul edildikleri için, Hükümet’in söz konusu suçla ilgili cezalandırma ve caydırma amaçları arasında ayırım yapan savunmasını ikna edici bulmamıştır. (...)

106. Buna bağlı olarak Mahkemenin düşüncesine göre, her ne kadar Sözleşmenin maksatları doğrultusunda başvuru sahiplerinin suçlanmakta oldukları suçların “ceza hukukunun” konusunu oluşturduklarının kabul edilebileceği bir

sonuca varmak için yeterli olmasalar da bu unsurlar tamamen bir disiplin konusunu oluşturabilecek bir konunun renginde olmamalarını sağlamaktadır.

107. Mahkeme, dolayısıyla üçüncü kritere bakmayı gerekli görmektedir: Başvuru sahiplerinin maruz bırakılmayı göze aldıkları cezanın niteliği ve ağırlık derecesi.

120. Başvuru sahiplerini "uygulanması muhtemel" olmuş cezaların niteliği ve ağırlık derecesi ilgili Kanun maddesinin potansiyel olarak sağladığı en ağır cezaya bakılarak belirlenecektir.

Gerçekte verilen cezanın bu belirlemeyle ilgisi vardır ancak başlangıçta neyin tehlikeye atılmış olduğunun önemini azaltamaz.

124. Mahkeme, cezaevi müdürü tarafından cezaya birkaç günün daha eklenmesinin, suçluluğun tespitinden sonra cezalandırma maksadıyla özgürlükten yoksun bırakılmanın uygulanmasına yeni bir dönemi eklediğini tespit etmektedir.

125. Durum böyleyken de cezaevi müdürünün bu kararı aldığı sırada başvuru sahiplerinin kendilerine yasal olarak uygulanmakta olan hapis cezasını dolduran mahkûmlar olmaları gerçeği, Mahkemenin görüşüne göre, kendi durumlarının serbest olan vatandaşlardan veya askerî personelden ayırımının yapılmasına hizmet etmez. Ayrıca tam da bu nedenden dolayı cezaevi muhâkeme işlemlerine sağlanacak olan usûlen koruma sorunu Hükümet'in önerdiği gibi 5. madde hükümleri altında değil, 6. madde altında düzgün bir şekilde düşünülmüştür.

126. Mahkemenin gözlemine göre Engel ve diğerleri davasında şunlar tespit edilmiştir:

"Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde yaptırım olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması 'Ceza Hukuku' alanına dâhildir. Tehlikeye atılmış olanın ciddiyeti, Sözleşme Devletlerinin gelenekleri ve Sözleşme tarafından kişinin fiziksel özgürlüğüne saygı gösterilmesine atfedilen önem, bunun böyle olmasını gerektirmektedir."

Buna bağlı olarak, mevcut başvuru sahiplerine uygulanması muhtemel olmuş ve gerçekleşmiş olan özgürlüklerinden yoksun bırakılma cezaları düşünüldüğünde, kendilerine yöneltilen suçlamaların 6. madde kapsamında Ceza Hukukunun konusu olduğuna yönelik bir varsayım mevcuttur ve sadece bu özgürlükten yoksun bırakma cezalarının niteliklerine, sürelerine ve infaz biçimlerine bakıldığında "zararlı olarak kabul edilebilir" olmadıklarının düşünülebilmesi durumunda, istisnâi olarak bu varsayımın aksi tamamıyla ispat edilebilir.

128. Mevcut davada, başvuru sahiplerinin her birine cezaevi müdürü tarafından verilebilecek en çok ek gün sayısı her suç için 42 gündür (Cezaevi Yönetmeliği Kural 50). Birinci başvuru sahibine 40 gün verilmiştir ve bu kendisinin disipline karşı işlediği yirmi ikinci suçu olup şiddet tehditi içeren yedinci suçudur. İkinci başvuru sahibinin tutukluluğuna 7 gün eklenmiştir ve bu kendisinin disipline karşı otuz yedinci suçudur. 1991 tarihli Kanun'daki madde 33 (1) ile sağlanan hükümlere bakıldığında, 40 ve 7 günlük cezalar, yerel bir mahkeme tarafından verilebilecek

sırasıyla 11 ve 2 haftalık hapis cezalarına süreleri bakımından denk gelmektedir.

Ayrıca Mahkemenin gözlemine göre, (...) Büyük Daireye herhangi bir şey sunulmamıştır; bu da verilen ek cezaların cezaevi dışında ve aynı cezaevi rejimine bağlı olarak doldurulacağını göstermektedir.

Konuyla ilgili olarak akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, bir önceki derste de açıklandığı gibi, koruma tedbiri kavramının unsurlarından birisi de soruşturulmakta olan suç için yasalarda belirlenmiş olan ceza ile belli bir homojenlik içinde olmasıdır. Bu örneğin, yasalarda cezası hapis olarak öngörülmemiş bir suç soruşturulurken ihtiyati bir tedbir olarak özgürlüğün kısıtlanmasına niçin başvurulmaması gerektiğini ve idarî ihlaller veya daha küçük suçlar soruşturulurken en temel haklara en çok müdâhaleyi içeren tedbirlerin niçin uygulanmaması gerektiğini açıklamaktadır. Bu ilkenin yerine getirilmesini sağlamak için, suçlaması yapılacak suçun türünün doğru bir şekilde değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin nasıl yasalara ve eldeki verilere dayanılarak yapıldığının mantıklı bir şekilde açıklanması önemlidir. Bunun, sadece koruma tedbirleriyle ilgili kararların alınması sırasında değil, aynı zamanda soruşturma süreci içerisinde ortaya çıkan yeni gerçeklerin ışığında suçun türündeki değişimlere bağlı olarak uygulanmakta olan koruma tedbirlerinin yeniden incelenmesi sırasında da yapılması gereklidir.

Tüm ihtiyati tedbirlerin durumunda olduğu gibi, duruşmaya hazırlık aşamasında hakların geçici olarak kısıtlanmasını haklı çıkaran nedenler iki başlık altında toplanabilir: "fumus boni iuris" (yeterince iyi nedenlerin görülmesi) ve "periculum in mora" (mahkemeye hazırlanmak için gerekli olan gecikmeyle ilgili riskler).

b. Fumus Boni Iuris (Yeterince İyi Nedenlerin Görülmesi)

Bir ceza hukuku kavramı olarak "fumus boni iuris", bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphe bulunmasına denktir. Bir örnek olarak, en belirgin koruma tedbiri ele alınırken AİHS, madde article 5 (1) (c) özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu, böyle bir mahrûmiyetin yalnızca güçlü bir nedeninin olmasını ve dolayısıyla da keyfî olmamasını sağlamaktadır (Bakınız: Bir terörist şüphesini ele alan aşağıdaki Murray v. Birleşik Krallık). Bir şüpheye her zaman samimi olarak sahip olunması ve şüphenin nesnel bir biçimde şüphelenilen kişiyi işlenildiği düşünülen suça bağlayan delile veya bilgiye dayalı olması gerekir.

K.- F. v. Almanya, 25629/94, 27 Kasım 1997:

58. Ev sahibi Bayan S., Bay ve Bayan K.-F.'nin dairesini kiraladığını ancak kiracı yükümlülüklerini yerine getirmemekle kalmayıp, borçlarını ödemediğinden ortadan kaybolmayı amaçladıklarını polise bildirmiştir (...) yapılan ilk araştırmalarla, Bay ve Bayan K.-F.'nin adresinin bir posta kutusundan başka bir şey olmadığı ve daha önce sahtekârlık nedeniyle Bay K. F.'nin hakkında yürütülmüş bir soruşturma olduğu ortaya çıktıktan sonra polis, çifti 4 Temmuz 1991 günü akşam 9:45 itibarıyla gözaltına almış ve kimlik kontrollerinin yapılabilmesi için kendilerini polis karakoluna götürmüştür. Saat 11:30 civarında düzenlenen bir raporda polis, Bay ve Bayan K.-F.'nin kira sahtekârlığına karıştığına dair güçlü bir şüpheye sahip olduklarını ve çiftin kaçma riskinin bulunduğunu ifade etmiştir.

59. Bu şartları dikkate alarak Mahkeme, polis memurlarının kira sahtekârlığından ve Bay ve Bayan K.-F.'nin kaçma tehlikesinin bulunduğu şüphelenmelerinin meşru kabul edilebileceği görüşünü benimseyen Koblenz Temyiz Mahkemesinin vardığı sonucu baştan kabul edebilmektedir. Sonuç olarak başvuru sahibi, 5. madde §1 (c) uyarınca suç işlemiş olduklarına dair güçlü bir şüphenin bulunması nedeniyle gözaltına alınmıştır.

Wloch v. Polonya, 27785/95, 19 Ekim 2000:

109. Ancak gerçekliğinin olmasıyla birlikte, 5. madde §1 (c) kapsamında "makul bir şüphe" bulunması, istinad edilen gerçeklerin Ceza Kanunu'nda ceza gerektiren davranışı tanımlayan bölümlerden birinin altına düştüğünün makul bir şekilde düşünülebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, gözaltında bulunan kişi aleyhine kullanılmakta olan gerçekler ve eylemler gerçekleştikleri zamanda bir suç teşkil etmemişse, "makul bir şüphe" bulunamayacağı da açıktır.

115. Başvuru sahibinin gözaltına alınışı yalnızca suçlanmakta olduğu çocuk tacirliğine karışma suçuyla ilgili şüpheye dayanmış olsa, yerel yasaların yorumlanmasındaki çelişkiler de göz önüne alındığında, böyle bir gözaltının ne kadar yasal olduğu kuşku uyandırmaya yeterli olurdu. Ne var ki suçlama, mahkemeyi yanıltmak amacıyla evlatlık edinme işlemlerinde yer alan kişilerin sahte delil sağlamaları için teşvik edilmesi şüphesine de dayandırılmıştır.

Stepuleac v. Moldova, 8207/06, 6 Kasım 2007:

70. Başvuru sahibinin gözaltına alınması ve duruşma öncesinde mahkemeden kendisinin tutuklanmasının talep edilmesi için savcılık makamı tarafından değinilen tek gerekçe, mağdurun (G.N.) kendisini bir suçu işleyen kişi olarak doğrudan teşhis etmiş olmasıdır. Ne var ki, G.N. tarafından verilen şikâyet dilekçesinde, ne başvuru sahibinin ismi doğrudan belirtilmiştir ne de başvuru sahibinin şirketindeki tüm çalışanların olayla ilgisi olduğu ima edilmiştir. Ceza soruşturması açılmasına yönelik savcılık makamı tarafından alınan karara başvuru sahibinin ismi de eklenmiştir. İsmi için soruşturmanın en başında ve daha fazla delil elde edilmeden önce o karara eklenmiş olduğu belirsizdir. Dikkate alınması gereken başka bir nokta ise, başvuru sahibinin hiçbir zaman şirket binası içerisindeyken herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmakla suçlanmamış olmasıdır ki o şekilde olsa, Tantal Müdürü olarak gözaltına alınması açıklanmış olabilirdi; ancak kişisel olarak şantaja karışmakla suçlanmıştır.

72. Yerel mahkeme tutuklama emri için yapılan talebi incelerken, G.N. tarafından yapılan şikâyetin en az bir yönüyle fesat taşıdığını belirlemiştir. Bunun, en azından G.N.'nin güvenilirliğine şüphe düşürmüş olması gerekirdi. Şirket yönetimiyle yaşadığı anlaşmazlık güttüğü amacın kuşku uyandırması adına yeterli olan başka bir nedendir. Ne var ki, davada çok sayıda savcının görevlendirilmiş olduğu dikkate alındığında emniyet birimi yetkililerinden kolayca elde edilebilecek olan bu bilgiyi doğrulamak yerine, savcılık makamı kısmen G.N.'yi kaçırmış olduğu suçlamasına da dayanarak başvuru sahibini gözaltına almıştır. Bu başvuru sahibinin, herhangi bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin var olup olmadığını belirleyebilmek için soruşturmayı yürüten makamların gerçekleri samimi bir şekilde doğrulamak yerine kendi iddiasına göre kişisel çıkarlara dayanarak kendisini gözaltına aldıkları yönündeki iddiasına destek sağlamaktadır.

73. Yukarıdakilerin ışığında ve özellikle savcılık makamının başvuru sahibinin ismini mağdurun bu yönde bir ifadesi veya kendisine işaret eden herhangi bir delil olmamasına rağmen şüpheliler listesine ekleme kararı ile birlikte, şikâyetin herhangi bir şekilde aslının olup olmadığının belirlenebilmesi için savcılık makamının temel gerçekleri bile araştırmamış olması nedeniyle Mahkeme, sahip olduğu bilginin "ilgili kişinin herhangi bir suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetmediği" sonucuna varmaktadır.

74. Bu nedenle, başvuru sahibinin ilk gözaltına alınışı bakımından Sözleşmenin 5. maddesi §1 ile ilgili bir ihlal mevcuttur.

76. Başvuru sahibi gerçekten de bu suçu işlemiş olsa ve mağduru veya şahitleri baskı altına almayı veya delilleri yok etmeyi istemiş olsa, bunu yapmak için 2005 yılının Aralık ayından önce yeterince zamana sahip olacaktı ve başvuru sahibinin bu yönde bir davranışta bulunduğuna dair herhangi bir delil de mahkemeye sunulmamıştır. Dolayısıyla, devam etmekte olan herhangi bir suç faaliyetinin durdurulabilmesi için kişiyi gözaltına almak adına herhangi bir aciliyet söz konusu olmamıştır ve dava için görevlendirilen 24 soruşturma yetkilisi ilk bakışta şikâyetlerin aslının olup olmadığını doğrulamak için ek bir zaman harcayabilirlerdi. Böyle bir doğrulama yerine, başvuru sahibi soruşturmanın başladığı gün gözaltına alınmıştır.

77. Daha da rahatsız edici olan ise, mağdur olan iki kişinin ifadelerinden anlaşılmaktadır ki şikâyetlerden biri uydurmadır ve soruşturmayı yürüten yetkililer gerçekten o şikâyeti kendisinin yapıp yapmadığını doğrulamamıştır; öte yandan şikâyetlerden diğeri ise başvuru sahibi aleyhine ilk şikâyetin kaydını alanla aynı kişi olarak memur O.'nun doğrudan etkisinin bir sonucudur. Bu, başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olup olmadığına dair makul bir şüphenin varlığının belirlenmesinde her iki şikâyeti de anlamsız kılmaktadır; öte yandan başvuru sahibinin gözaltına alınabilmesi için başka herhangi bir gerekçenin bahsi geçmemektedir.

78. Mahkeme, fikrini değiştirmek veya baskı altında kalmak sûretiyle herhangi bir mağdurun ifadesini geri almasının mümkün olduğu gerçeğinin farkındadır. Ancak bir mağdurun şikâyetini kendi imzalamış olup olmadığı tarafsız bir adlî tıp araştırmasıyla doğrulanabilir ve dosyada şikâyeti kendi imzalamamış olduğuna dair kişinin mahkemeye yalan söylediğini gösteren hiçbir şey yoktur. Gerçekten de mağdurun şikâyeti aslında kendisinin imzalamış olduğu ve daha sonra baskı altında kalarak geri çektiği gösterilebilmiş olsa, yerel mahkeme başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmek için ciddi bir nedene sahip olurdu. Mahkeme tarafından böyle bir sorun ifade edilmemiştir.

79. Başvuru sahibinin isminin şüpheliler listesine nedensiz bir şekilde eklenmiş olmasıyla birlikte yukarıdakilerin hepsi, kendisinin ilk gözaltına alınışıyla bağlantılı olarak anlaşıldığı üzere, başvuru sahibinin kasıtlı olarak hedef alınmış olduğuna dair sorunlu bir izlenim yaratmaktadır.

80. Başvuru sahibinin kasıtlı olarak veya davanın gerçeklerinin düzgün bir şekilde değerlendirilmemiş olmasından dolayı veya iyi niyetli bir hata sonucu gözaltına alınmış olup olmadığı fark etmeksizin, kendisinin ilk defa gözaltına alındığı durumdakine benzer şekilde Mahkeme, dosyada başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin olduğunu destekleyebilecek herhangi bir delil bulamamıştır.

81. Bu nedenle, başvuru sahibinin ikinci defa gözaltına alınışı bakımından da Sözleşmenin 5. maddesi Ş1 uyarınca bir ihlal mevcuttur.

Kandzhov v. Bulgaristan, 68294/01, 6 Kasım 2008:

60. Mahkemenin gözlemine göre, başvuru sahiplerinin eylemleri Adalet Bakanı'nın istifa etmesi çağrısında bulunmak adına imza toplamaktan ve kendisinden "tam bir budala" olarak bahseden iki pankartı göstermekten ibaret olmuştur. Başvuru sahipleri aleyhindeki suçlamaları incelemeye aldığı Yüksek Temyiz Mahkemesi, tam olarak bu eylemlerin barışçıl olduğunu, yoldan geçenlere herhangi bir engel teşkil etmediğini ve herhangi bir kişiyi şiddet kullanmaya tahrik etmesinin pek de muhtemel olmadığını tespit etmiştir. Buna dayanarak, bu eylemlerin holiganlık suçunun herhangi bir parçasını teşkil etmediği ve başvuru sahiplerini mahkûm ederken Plevne Bölge Mahkemesinin bu bakımdan "herhangi bir sav geliştirememiş", sadece genel ifadeler kullanmış olduğu sonucuna varmıştır. Aynı şekilde, başvuru sahibinin 1997 tarihli İç İşleri Bakanlığı Kararnamesi madde 70 (1) uyarınca gözaltına alınması ve 1974 tarihli Ceza Muhâkemesi Kanunu madde 152a Ş3 uyarınca tutuklanması emirleri - ki bunlar herhangi bir mahkeme tarafından incelemeye alınmamıştır - sergilediği davranış biçiminin, unsurları Yüksek Mahkemenin bağlayıcılığı bulunan 1974 tarihli yoruma dayalı kararında kapsamlı bir şekilde saptanmış olan holiganlık suçunu teşkil ettiğine yetkililerin makul bir şekilde inanmış olabileceğini gösterdiği düşünülebilecek herhangi bir şey içermemektedir.

Fumus boni iuris için gerekçe bulunması, delilin mahkûmiyet kararı alınabilmesine ve hatta suçlama yapılabilmesine bile yetmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Örnek teşkil eden Brogan v. Birleşik Krallık ve Murray v. Birleşik Krallık davalarında (her iki dava da Kuzey İrlanda çatışmaları esnasında İngiliz yetkililer tarafından yapılan tutuklamaları ele almaktadır) kabul edilmiştir ki, sorgulamanın amacı var olan bir şüpheyi desteklemek veya çürütmek sûretiyle muhtemel bir suçun soruşturmasının ilerlemesini sağlamaktır. Buna karşın, istinat olunan şüphe için belli bir dayanağın olması gerekmektedir.

Kişinin geçmişte suç işlemiş olması gerçeği - hatta benzer bir suç olsa bile - bu nedenle tek başına makul bir şüphe için yeterli bir dayanak olmayacaktır. Mahkeme tarafından belirtildiği üzere "makul bir şüphe" ilgili kişinin herhangi bir suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetecek gerçeklerin veya bilginin var olması şartına bağlıdır [Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, paragraf 32: Bu dava (başka meselelerin yanısıra) her ikisi de daha önce terör suçlarından mahkûm edilmiş evli bir çiftin gözaltına alınmasını ele alır.].

Murray v. Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994:

58. Mahkeme öncelikle şunu kabul etmekte olduğunu tekrar belirtir ki, özel bilgilerin kullanımı, teröre dayalı şiddetle ve örgütlü terörizmin vatandaşların hayatlarına ve bir bütün olarak demokratik topluma karşı oluşturduğu tehditle mücadele etmek için gereklidir. Ancak bu, her ne zaman belli bir terörizm faaliyetinin meydana gelmiş olduğunu düşünseler (...) soruşturmaları yürüten yetkililerin 5. madde uyarınca istedikleri şüpheliyi sorgulamak için gözaltına almaya sınırsız bir yetkililerinin bulunduğu anlamına gelmemektedir.

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988:

53. Başvuru sahiplerinin ne suçlanmış ne de bir mahkeme önüne çıkarılmış olmaları gerçeği, tutuklanmalarının maksadının 5. madde paragraf 1 (c) ile uyumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. (...B)öyle bir maksadın varlığı, başarılabilecek olandan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir ve 5. madde paragraf 1'in (c) alt paragrafı, gözaltına alma anında veya başvuru sahipleri gözaltındayken polisin kendilerine karşı bir suçlama yapılabilmesine yetecek olan delili elde etmiş olması şartına bağlı değildir. Böyle bir delil elde edilemeyecek olabilir veya (...) ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir (...). Bu davadaki polis soruşturmasının iyi niyetle yürütülmemiş olduğuna veya Mahkemenin de tespit ettiği gibi, gözaltına alınmalarına dayanak oluşturan somut şüpheleri desteklemek veya dağıtmak sûretiyle başvuru sahiplerinin tutuklanmasının bu soruşturmayı ilerletme amacını taşımadığına inanmak için herhangi bir neden yoktur.

Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, 30 Ağustos 1990:

35. Mahkeme, mevcut başvuru sahiplerinin her birinin gözaltına alınmasının veya tutuklanmasının kendilerinin birer terörist olduklarına dair gerçek bir şüpheye dayandığını ve Bay Hartley dâhil her birinin gözaltında buldukları süre içerisinde sadece gerçekleştirmiş olmalarından şüphelenilen terör eylemleri hakkında sorgulanmış olduklarını kabul etmektedir.

Hem Bay Fox hem de Bayan Campbell, IRA ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen terör eylemlerinden dolayı daha önce mahkûm edilmişlerdir ve her ne kadar bu gerçek kendilerini terör türünden bir suçun işlenmesine bağlayan bir şüpheyi pekiştirebilirse de yedi yıl kadar sonra, 1986 yılında, kendilerinin gözaltına alınmasının tek dayanağını oluşturamaz. Başvuru sahiplerinin bu eylemleri gerçekleştirmiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetemez. Yukarıda bahsi geçen unsurlar, tek başlarına "makul bir şüphe" olduğu şekliyle varılan sonucu desteklemekte yetersiz kalmaktadır.

Ulusal yetkililerin öncelikle şüphenin değerlendirmesini yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak hukukî bir varsayıma dayandırmak sûretiyle bir şüpheyi haklı göstermek yeterli değildir:

Ilijkov v. Bulgaristan, 26 Temmuz 2001:

84. Mahkeme tekrar belirtmektedir ki, tutukluluğun devam etmesi, herhangi bir davada yalnızca masumiyet karinesine rağmen kişisel özgürlüğe saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır basan kesinlikte bir kamu çıkarının bulunduğu dair göstergelerin mevcut olması hâlinde haklı gösterilebilir. Zorunlu olarak tutukluluk halinin devam ettiği herhangi bir sistem, kendi başına Sözleşmenin 5. maddesi § 3 ile uyumsuzdur (...).

Tutukluluk hâlinin devam etmesinin dayanaklarına ilişkin unsurlar bakımından yasanın belli şartları öngördüğü yerlerde (...), somut gerçeklerin kişisel özgürlüklere saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır bastığının gene de ikna edici bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir.

85. Üstelik Mahkemenin düşüncesine göre, konuyla ilişkisi olan gerçekleri

tespit etme sorumluluğu da yetkililerin üzerine düşmektedir. Bu gibi meselelerde ispat yükümlülüğünü gözaltına alan kişiye devretmek, özgürlük hakkının tek istisnâsını oluşturan ve çok sayıda katı bir şekilde tanımlanmış durumlar arasında izin verilmiş tek durumun hükmü olan Sözleşmenin 5. maddesindeki kuralı tersine çevirmekle birdir.

c. Periculum in Mora (Mahkemeye Hazırlanmak İçin Gerekli Olan Gecikmeyle İlgili Riskler)

Periculum in mora bakımından, yukarıda bahsi geçen risklerden herhangi biri koruma tedbirlerinin alınabilmesi için sağlam bir gerekçe teşkil edebilir. Şimdi bunlardan bazılarını inceleyeceğiz.

• Yeni Bir Suçun İşlenmesi Riski

Bir suçun işlenmesini önleme ihtiyacı, belli bir kişi tarafından veya genel olarak belli bir suçun işlenmesini sağlayacak şartların veya imkânların ortadan kaldırılmasını amaçlayan herhangi bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi için meşru bir zemin oluşturabilir. Bunun gerektirebilecekleri arasında, örneğin kişinin belli bir konumda herhangi bir faaliyeti gerçekleştirmesinin yasaklanması, elinden belli bir aracın veya silahın alınması, belli bir yerde yaşamasının veya belli bir kişiye (mağdur veya mağdurun ailesi gibi) veya belli türden kişilere (çocuklar gibi) yaklaşmasının yasaklanması vb. olabilir.

Ancak işlenebilecek başka suçlarla ilgili duyulan endişenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olduğunun gösterilebilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, kişinin daha önce soruşturulmakta olan suça benzer ve hatta o suçla tamamen aynı bir suçu işlemiş ve mahkûmiyet almış olması bile, ancak diğer şartların tamamı karşılanmışsa belli bir anlam ifade edebilir (Bakınız: Clooth v. Belçika. Bakınız: Assenov v. Bulgaristan, 28 Ekim 1998).

Clooth v. Belçika, 12 Aralık 1991:

40. Mahkemenin düşüncesine göre, bir suçlamanın ciddiyeti başka bir suçun işlenmesinin önlenmesi için yargı makamları tarafından şüphelinin tutuklanmasını veya tutukluluk hâlinin devam etmesinin sağlanmasını gerektirebilmektedir. Ancak başka şartlar da bulunmakla beraber göz önüne alınması gereken konulardan biri de davanın kendi şartlarının ve ilgili kişinin geçmiş ve kişiliği hesaba katıldığında tehlikenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olup olmadığının belirlenmesidir. Mevcut davada ise, başvuru sahibinin önceki mahkûmiyetlerine neden olan suçlar, ne nitelikleri ne de ciddiyet dereceleri bakımından, konu edilen yargılama sürecinde kendisine yöneltilen suçlamalarla karşılaştırılmazlar.

Ancak daha önce suç veya suçların işlenmiş olduğu önermesinin somutlaştırılması gerekmektedir; örneğin ekonomik zorlukların kişiyi başka bir suç işlemeye meyilli hâle getireceği yönündeki bir savunma ikna edici olmayacaktır (Bakınız: Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969, aşağıda geçmektedir.).

Buna ek olarak, zaten doğası gereği tek bir olay olan bir suçun tekrar işlenmesi endişesiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması süresinin uzatılmasını haklı göstermeye çalışmak uygun değildir, Mahkeme'nin I.A. v. Fransa davasında tespit

ettiği gibi (Bu dava, karısını öldürmekle suçlanmış bir şüpheliyi ele almaktadır.).

I.A. v. Fransa, 23 Eylül 1998, paragraf 102:

"Kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını ısrarla sürdürmesi - mevcut davada söz konusu olan bir durum değildir-kişinin tutukluluk hâlinin devam etmesinin geçerli olması için en gerekli şarttır ancak belli bir süre geçtikten sonra bunun için hâlâ yeterli bulunamaz."

• **Kaçma Riski**

Kişinin yetkili yargı makamı önüne çıkarılabilmesi maksadıyla tutuklanması (veya tutukluluk hâlinin devam etmesi), gerçekten de serbest bırakılması hâlinde kaçma riskinin bulunduğu dair makul bir şüphe mevcutsa yasal olmaktadır. Ancak kişinin kaçma imkânına sahip olması şeklinde genel bir ihtimâle istinad edilmesi yeterli değildir (örneğin aşağıdaki Stögmüller davasına bakınız; bu davada, kaçış riskinin bir kişi için sınırı geçmenin kolay veya mümkün olmasıyla oluşmadığı görüşü benimsenmiştir). Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için söz konusu davaya özel olan tüm ilgili unsurların incelenmesi, her zaman gerekli olacaktır (bu unsurlara ilgili kişinin karakteri, ahlak yapısı, ailesi, mesleği, serveti, aile bağları vb. dâhildir, bakınız aşağıda bahsi geçen Neumeister). Beklenen ceza miktarının da belli bir rolü bulunmaktadır ancak kaçma riski yalnızca böyle bir değerlendirmeye dayandırılmaz. Ayrıca, zamanın geçmesiyle birlikte kaçma riski de konuyla ilgisini kaybeder (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Kozik v. Polonya davası ve Imre v. Macaristan, 2 Aralık 2003, paragraf 45.).

Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969:

15. Bu bakımdan dikkate alınmalıdır ki, olası bir kaçma tehlikesi sırf kişi için sınırı geçmek kolay veya mümkün olduğu için oluşmamaktadır (Ne olursa olsun, bu maksada uygun düşecek şekilde Stögmüller'in pasaportunu teslim etmesi istenebilirdi.); Şartların bir bütün hâlinde bulunması gerekir, özellikle beklenen cezanın ağır olması veya şüphelinin tutuklu bulunmaya yönelik ciddi bir nefretinin olması veya alacağı cezayla karşılaştığında şüpheliye kaçmanın sonuçlarını ve tehlikelerini kötünün iyisi olarak gösterecek şartların bulunması gerekmektedir. Ancak Stögmüller tarafından sergilenen davranış, kendisinin açıkça öyle bir durumda olmadığını göstermektedir.

Neumeister v. Avusturya, 27 Haziran 1968:

10. Ancak kaçma riski yalnızca (ortaya çıkan yeni deliller dolayısıyla Bay Neumeister'in gelebilecek yeni cezalardan korkmasına ilişkin) böyle bir düşünceye dayanılarak değerlendirilemez. Özellikle ilgili kişinin karakterine, ahlak yapısına, ailesine, mesleğine, servetine, aile bağlarına ilişkin diğer unsurlar ve yargılanmakta olduğu ülkeye olan her türlü bağı ya gerçekten bir kaçma tehlikesinin bulunduğunu onaylayabilir ya da duruşma öncesinde tutuklanmasını haklı gösteremeyecek kadar küçük görünmesini sağlayabilir. Ayrıca akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, tutuklu olarak geçirilen zamana bağlı olarak ilgili kişinin tutuklu olarak geçirdiği sürenin mahkûm edilmesi hâlinde kendisine kesilecek olan ceza süresinden düşülmesiyle beraber toplam ceza süresi kendisi için ne kadar az korkutucu görünürse, kaçma tehlikesi de aynı oranda düşecektir.

Kozik v. Polonya, 18 Temmuz 2006:

38. Üstelik yargı yetkilileri serbest bırakılması hâlinde başvuru sahibinin kaçma tehlikesinin bulunduğu görüşünü benimsemişlerdir. Başvuru sahibinin gözaltına alınmadan önce kaçma girişiminde bulunmuş olduğu gerçeğine değinmişlerdir. Mahkeme, başvuru sahibinin adalete engel olma girişiminde bulunmuş olmasının yargı işlemlerinin ilk aşamalarında tutuklu kalmasını haklı gösterdiğine katılmaktadır. Ancak yargı süreci ilerledikçe bu gerekçenin konuyla ilgisini yitirdiği düşüncesindedir. Ayrıca başvuru sahibi tarafından yargıyı engellemeye yönelik olarak başka herhangi bir girişimin olmadığı da hesaba katıldığında, gözaltına alınmadan önce yaşanmış tek bir olayın kendisini dört yıl boyunca tutuklu bırakmayı haklı gösterdiğini kabul etmek zordur.

- **Adaletin Seyrine Müdâhale Edilmesi Riski**

Adaletin yerine getirilmesinde görevi olan herkes için adaletin seyrine müdâhale edilmesi riski, meşru bir endişedir. Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için gereken muhtemel nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Suçlanmakta olan bir kişi, tanıklara ifade vermemeleri için baskı uygulamak, aynı soruşturmada inceleme altında olabilecek başkalarını uyarmak, yargı sürecinde belli sorulara nasıl cevap vereceklerine dair başkalarıyla ağız birliğinde bulunmaya çabalamak ve delilleri yok etmek sûretiyle serbest bırakılmasından doğan fırsatı kendi aleyhindeki dava hazırlığını baltalamak için kullanabilir. Ne var ki çoğu durumda, soruşturma sürecinin çeşitli aşamaları tamamlandıkça, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dair bu gerekçe gittikçe daha az mecburi bir hâl alacaktır. Bazı istisnâi durumlarda ise kovuşturma süreci başlayıncaya kadar bile kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması haklı bulunabilir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen W. v. İsviçre.).

W. v. İsviçre, 26 Ocak 1993

35. Mahkeme şunu kabul etmeye hazırdır ki, özellikle bu gibi birçok araştırmanın yapılmasını gerektiren karmaşık davalarda, yetkililer bir karışıklığa neden olmaması için bir şüphelinin en azından soruşturmanın başlangıcında cezaevinde tutuklu kalmasının gerekli olduğunu düşünebilir. Ancak uzun vadede, böyle bir tutukluluğun haklı gösterilebilmesi için soruşturma şartları - böyle bir davada bile-yeterli olmayacaktır: Olayların normal seyrinde, araştırmalar yapıldıkça, ifadeler alındıkça ve doğrulamalar gerçekleştirildikçe, iddia edilen riskler zamanla ortadan kaybolacaktır [Bakınız: Clooth v. Belçika hükmü (...), paragraf 43.].

36. Önemli bir muvazaa riskinin bulunmuş olduğunu ve dava başlayıncaya kadar da bulunmaya devam ettiğini gösterebilmek adına iddia makamı, temel olarak davanın istisnâi derecedeki kapsamına, el konulan belgelerin olağanüstü büyüklükteki miktarına ve kasıtlı bir şekilde oluşturulmuş karışıklığına ve yurt dışındakiler de dâhil olmak üzere dinlenmesi gereken tanıkların çokluğuna değinmişlerdir. Özellikle gözaltına alınması öncesinde ve sonrasındaki davranışlarıyla, örneğin hesapları karıştırmak ve yok etmek sûretiyle delilleri sistemli bir şekilde yok etmeye yönelik bir amaç taşıdığını göstermiş olan başvuru sahibinin kişiliği üzerine de ikincil bir savunma dayandırılmıştır. İddia makamına göre, özellikle kontrolü altında bulunan altmıştan fazla şirket arasındaki karmaşık bağlarla ve çalışanları üzerindeki etkisiyle de kolaylaşacağı üzere, henüz saklı olan fakat var oldukları başka belgelerden

anlaşılan delilleri yok etmek, ortaya sahte delil çıkarmak ve tanıklarla işbirliği yapmak sûretiyle kazandığı özgürlüğünü kötüye kullanabileceği endişesini haklı çıkaracak kesin göstergeler de mevcut olmuştur. (...M)ahkeme buna katılmamak için bir neden görememektedir (...). Sonuç olarak, söz konusu tutukluluğa dayanak olması bakımından muvazaa riskinin bulunmasını öne sürerken, yetkililerin gerekçe olarak dava şartlarını dikkate alma hakkı mevcuttur.

d. “Takdir Sınırı” Doktrini

AİHS, “demokratik bir toplumda gerekli” olan ve belli bir durumda söz konusu meşru amaca ulaşmak adına, o amaçla “orantılı” olacak şekilde ve söz konusu devlete o alanda bırakılan “takdir sınırı” çerçevesinde müdâhalelere izin vermektedir. Bu da, Sözleşme’nin kendisinin otomatik bir şekilde ihlal edilmiş olmasını gerektirmeyecek ölçüde belli haklara belli şartlar altında müdâhale edilmesi için devletlere belli bir takdir yetkisi tanınması anlamında, genellikle bilindiği şekliyle “takdir sınırı” doktrininin geliştirilmesini sağlamıştır.

Dikkate alınmalıdır ki, bunun bahsi yalnızca 8 ila 11’inci maddeler arasında geçmektedir; dolayısıyla ceza yargılamalarıyla ilgili hükümler ilke olarak bu istisnânın dışında kalmaktadır. Zira 5. maddedeki “özgürlük ve güvenlik hakkı” ve 6. maddedeki “adilce yargılanma hakkı” hükümlerinin kapsamında yer almaktadırlar. Ancak 8. madde, aile ve özel yaşamın korunmasını; 9. madde, dinî inancın veya düşüncenin açıklanmasını; 9. madde, ifade özgürlüğünü ve 11. madde toplanma ve gösteri özgürlüğünü ele aldığı ve ceza yargılamalarında bu hakların tamamı koruma tedbirleri vasıtasıyla kısıtlanabildiği için bu doktrinle ilgili bazı noktaların netleştirilmesi gereklidir.

Her şeyden önce Sözleşme metni, yalnızca herhangi bir müdâhale veya kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması şartına doğrudan değinmektedir (Örneğin bakınız, Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994 ve Schmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195; her ikisinin de yukarıda bahsi geçmektedir.); orantılılığın bahsi doğrudan geçmemektedir. “Gerekli” kelimesinin kendisi ise, daha hafif bir yöntemin mevcut olmamasını ve müdâhaleyle ulaşılmak istenen meşru amacın daha az kısıtlayıcı tedbirlerle sağlanamamasını ima etmektedir. Uygulamada ise Mahkeme, öncelikle müdâhalenin “toplumdaki acil bir ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığını ve öyle olması hâlinde de bu ihtiyacın karşılanabilmesi için gereken müdâhalenin makul bir orantılılığa sahip olup olmadığını incelemektedir. Son olarak da “demokratik bir toplumda” ifadesi, Mahkemenin belli bir ülkedeki müdâhaleyi, böyle bir toplumun ihtiyacı doğrultusunda incelemesini sağlar. Mahkeme Avrupa Konseyi ve üye devletleri tarafından belirlenmiş standartları temel ölçek olarak almaktadır. Uygulamada, bu Mahkemenin AİHS dışındaki AK Sözleşmelerine (Oviedo Bio-etik Sözleşmesi gibi), AKPM ve Komisyon tavsiyelerine ve üye devletlerdeki hukuk uygulamalarına bakabileceği anlamına gelmektedir. Başka sözleşmelere, tavsiyelere ve/veya devlet uygulamalarına yansıdığı şekliyle bir konu üzerinde büyük bir anlaşma söz konusuysa bu, “demokratik bir toplumda” neyin gerekli olduğuna dair güçlü bir gösterge olacaktır.

Bu konu da bir sonraki meseleye bağlanmaktadır: Bilindiği şekliyle devletlere bırakılmış olan “takdir sınırı”. Bu, Mahkemenin 1979 tarihli Sunday Times hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır (daha önceki Handyside hükmüne değinmekle beraber): “Mahkeme, Sözleşmede yüceltilen hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması

sorumluluğunun öncelikle Sözleşme Devletlerinin her birine düştüğünün altını çizmektedir. Buna bağlı olarak, 'Madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına (...) hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır.'

"Buna karşın, madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır.": "Mahkeme, herhangi bir 'kısıtlamanın' (...) 10. madde ile korunmakta olan ifade özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığı (...) konusunda nihai bir hüküm verme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, yerel takdir sınırı belli bir Avrupa denetimiyle birlikte ele alınır ki bu denetim sadece temel yasamayı değil, aynı zamanda bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile uygulamada olan kararları da kapsamaktadır."

(Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26 Nisan 1979 tarihli hüküm, 59 numaralı paragraf, ve bu kararda alıntı yapılan Handyside v. Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976 tarihli hüküm, 48 ve 49 numaralı paragraflar.).

Yukarıda bahsi geçen türde bir konu üzerinde geniş bir anlaşma söz konusuysa, Devletlerin dar bir takdir sınırı olacaktır ve Mahkeme, söz konusu müdâhalenin gerekip gerekmediğini derinlemesine inceleyecektir. Bilakis, konu üzerinde özel bir Sözleşme veya Tavsiye bulunmuyorsa ve farklı devletlerdeki hukuk uygulamaları da aralarında çeşitlilik arz etmekteyse takdir sınırı geniş olacaktır ve Mahkeme, söz konusu meselenin düzenlenmesini temel olarak her devletin kendisine bırakacaktır. Üstelik örneğin, ahlakî sorunlar gibi bazı meselelerde, Mahkeme, devletlere daha geniş bir takdir sınırının bırakılması gerektiğini tespit etme eğilimindedir.¹

e. Koruma Tedbiri Biçimindeki Bir Kısıtlamanın Sürdürülmesinin Gerekçelendirilmesinde Etkililik Şartı

Bir koruma tedbirine başvurma gerekçeleri zaman içerisinde varlığını sürdürse bile bu gerçek, tek başına temel haklara müdâhalenin otomatik bir şekilde yenilenmesini gerektirmemektedir. Tutuklu bulunan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını sürdürmesi, uygulanan tedbirin geçerliliği için olmazsa olmaz bir şarttır ancak belli bir zaman geçtikten sonra (özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumlarda) artık yeterli olmamaktadır; koruma tedbirini uygulamaya devam eden adlî makamlar bu devamı da gerekçelendirmek zorunda olacaktır. İşlemlerin gerçekleştirilmesinde "özel bir titizlik" göstermek ve "konuyla ilgili" ve "yeterli" gerekçeler sunmak zorunda olacaklardır. Makul şüpheye ve göze alınmakta olan cezanın ağırlığına değinilmesi, kendi başlarına tutukluluğun devamı için yeterli nedenler değildir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Mansur v. Türkiye.).

Toth v. Avusturya, 12 Aralık 1991, paragraf 67:

"Herhangi bir davada suçlanmakta olan kişinin mahkeme önüne çıkmadan önceki tutukluluğunun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle adlî makamların üzerine düşmektedir. Bu amaç doğrultusunda, masumiyet karinesini gerektiği gibi dikkate almakla beraber kişi özgürlüğüne saygı gösterilmesi kuralına oluşan istisnâyı haklı gösterebilecek gerçek bir kamu çıkarının varlığının lehine ve aleyhine olan şartları incelemeleri ve karar alırken bunları serbest bırakma uygulamaları karşısında değerlendirmeleri gerekmektedir."

¹ Aynı yerde.

Mansur v. Türkiye, 8 Haziran 1995, paragraf 55:

"Mahkeme şunu belirtmektedir ki, bir şüphelinin kaçma tehlikesinin bulunması, yalnızca göze alınmakta olan cezanın ağırlığına dayanılarak ölçülemez. Kaçma tehlikesinin varlığını onaylayabilecek veya bu ihtimâli mahkeme öncesinde tutuklu bulunmayı gereksizleştirecek kadar zayıflatabilecek başka birçok unsurla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir."

Görülebileceği gibi, AİHM içtihatının bu ilkeyi özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması alanında belirleme fırsatı olmuştur ancak bu ilkenin diğer koruma tedbirlerine de uygulanamaması için hiçbir neden yoktur.

De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, 29 Mayıs 1984, paragraf 52:

"Çabukluk meselesi, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (...). Mevcut şartlar altında, askerî yaşamın ve askerî adaletin çabukluğu gerektiği gibi hesaba katıldığında bile (...), Mahkemenin düşüncesine göre söz konusu dava aralıkları (tutuklanma sonrasında sırasıyla yedi, on bir ve altı gün) 'çabukluk' şartıyla tutarlı olarak kabul edilemez."

O'Hara v Birleşik Krallık, 16 Ekim 2001, paragraf 46:

"Mahkeme, başvuru sahibinin serbest bırakılmadan önce altı gün on üç saat gözaltında kaldığına ve bunun kişiyi mümkün olduğunca çabuk bir süre içerisinde yetkili bir adlî makam karşısına çıkarma şartıyla uyuşmadığına Hükümet tarafından karşı çıkılmadığını dikkate almaktadır. Kendi içtihatını dikkate alarak [özellikle terör şüphelilerinin dört günden fazla gözaltında kalmalarının hızlı adlî kontrol şartıyla uyuşmadığının tespit edildiği Brogan ve diğerleri (...) davası] Mahkeme, bu bakımdan Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu tespit etmektedir."

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988, paragraf 62:

"(D)ört gözaltı süresinden en kısası yani polis gözetiminde geçirilen dört gün altı saat bile (...), 5. maddenin 3. paragrafının ilk kısmıyla izin verilen süre bakımından katı zaman kısıtlamalarının dışında yer almaktadır. bu davanın kendine has özelliklerine herhangi bir hâkim veya adlî makam önüne çıkarılmaksızın bu kadar uzun bir gözaltı süresini gerekçelendirecek kadar önem atfetmek, en sade anlamıyla düşünüldüğünde "en kısa sürede" ifadesinin kabul edilemez genişlikteki bir yorumu olurdu. Bu anlama gelebilecek bir yorumda bulunmak, usûlle ilgili olarak 5. maddenin 3. paragrafıyla bireye verilmekte olan güvenceyi sarsabilecek derecede ciddi bir hasara yol açardı ve bu hükümlerle korunmakta olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçları beraberinde getirirdi. Dolayısıyla Mahkeme, hiçbir başvuru sahibinin gözaltına alındıktan sonra "en kısa sürede" adlî bir makam önüne çıkarılmamış veya "en kısa sürede" serbest bırakılmamış olduğu sonucuna varmak zorundadır. Kuşkusuz başvuru sahiplerinin gözaltına alınmalarına ve tutuklanmalarına neden oluşturan toplumu bir bütün olarak herhangi bir terör faaliyetinden korumaya yönelik meşru bir amacın olduğu gerçeği, tek başına 5. maddenin 3. paragrafında belirtilen kesin şartların yerine getirilmesini sağlamak için yeterli değildir."

Söz konusu davanın kendine has özelliklerini de hesaba katarak, bu ilkenin 6. maddedeki adillik ilkesinin en önemli güvencelerinden birine yani makul bir sürede yargılanma ve usûlen gerçekleşen aşırı gecikmelere karşı korunmaya bağlı olduğu ve bunun da AİHS tarafından belirlenmiş kriterler doğrultusunda incelenmesi gerektiği dikkate alınmalıdır: a. Davanın karmaşıklığı; b. Başvuru sahibinin davranış biçimi; c. İlgili makamların davranış biçimi; d. Başvuru sahibi açısından atfolunan önem (örneğin *Abdoella v. Hollanda*, 25 Kasım 1992, paragraf 24 ve *Jablonska v. Polonya*, 9 Mart 2004, paragraf 39).

İngilizce Özgün Metinden Çeviren: Av. Serkan CENGİZ²

Translated by Serkan Cengiz / Advocate, www.serkancengiz.av.tr. All rights reserved. No part of this translation may be reproduced without the prior permission in writing of the translator.

2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kalashnikov/RUSYA (Başvuru No: 47095/99) KARAR/15 Temmuz 2002

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci Bölüm), 19 Mart 2001 tarihinde daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Bay	J.P. COSTA, <i>Başkan</i>	}	<i>Hâkimler</i>
Bay	W. FUHRMANN		
Bay	W. LOUCAIDES		
Sir	Nicolas BRATZA		
Bayan	H.S. GREVE		
Bay	K. TRAJA		
Bay	A. KOVLER		
Bayan	S. DOLLE, <i>Bölüm Sekreteri</i>		

18 Eylül 2001 ve 24 Haziran 2002 tarihlerinde gereği görüşülerek, 24 Haziran 2002 tarihinde aşağıdaki karar verildi:

Usûl

1. *Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına yönelik Sözleşmenin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Rus vatandaşı Valery Yermilovich Kalashnikov ("başvurucu") tarafından, Rusya Federasyonu aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan 1 Aralık 1998 tarihli başvurudan (No. 47095/99) kaynaklanmıştır.*

2. *Başvurucu özellikle gözaltı koşullarından, gözaltı süresinin uzunluğundan ve aleyhinde yürütülen ceza yargılamasının uzunluğundan yakınmıştır.*

3. *Başvuru, Mahkemenin önceki 3. bölümüne tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü m.52/1). Kısım içinde davayı ele alacak olan (Sözleşme madde 27) Daire, Mahkeme İç Tüzüğü madde 26/1'de belirtildiği şekilde oluşturulmuştur.*

4. *Başvurucu ve Hükümet, kabul edilebilirlik ve esas üzerine görüşlerini sunmuşlardır*

² İzmir Barosu Üyesi, www.serkancengiz.av.tr.

(Mahkeme İç Tüzüğü 54/3-b).

5. Başvurunun kabul edilebilirliği ve esası üzerine, Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda, 18 Eylül 2001 (İç Tüzük m.e 54/4) tarihinde halka açık bir duruşma yapılmıştır.

Mahkemede Hazır Bulunanlar:

(a) Hükümet İçin

Bay P.Laptev, Rusya Federasyonu'nun AIHM huzurundaki temsilcisi
Bay Y.Berestnev
Bay S.Volkovsky
Bay S. Razumov

Danışmanlar

Bay Y. Kalinin
Bay K. Bahtiarov
Bay O. Ankudinov

Uzmanlar

Bay V.Vlasihin

(b) Başvurucu İçin

Bayan K. Moskalkenko, Moskova Uluslararası Koruma Merkezi
Bay N. Sonkin, Moskova Bölge Barosu, Avukat
Bay V. Kalashnikov, Başvurucu

6. Mahkeme; Bay P.Laptev, Bayan K. Moskalkenko ve Bay N. Sonkin'in sunumlarını ve Bay V. Vlasihin, Bay P. Laptev ve Bayan K. Moskalkenko'nun hâkimlerin sorularına vermiş oldukları cevapları dinlemiştir.

Mahkemenin ricası üzerine Hükümet, başvurucunun tutulduğu hücrenin fotoğraflarını göndermiştir. Hükümet ayrıca başvurucunun saliverilmesinden sonra hücrenin yenilenmiş ve yenilenme işlemi süren buraya yakın bir yerin yenilenmiş durumunu gösteren bir video kaydını sunmuştur.

7. Mahkeme, 18 Eylül 2001 tarihli kararı ile başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.

Mahkeme, sonuca ulaşabilmek için dava dosyasında yeterli materyalin olduğu gerekçesiyle, olay yeri incelemesi veya "gerçekleri bulgulama çalışmasının" gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, video kaydında görüldüğü gibi, hücrenin şu andaki koşullarıyla başvurucunun tutulu bulunduğu zamandaki koşulların benzerlik taşımadığının fotoğraflar ile doğrulanması nedeniyle böylesi bir çalışmanın yararlı bir amaca hizmet etmeyeceği düşüncesindedir.

8. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde Bölümlerinin yapılanmasını değiştirmiştir

(İç Tüzük 25/1) fakat dava, eski 3. bölüm içerisinde oluşturulan daire tarafından sürdürülmüştür.

9. Taraflar başvurunun esası üzerine ek görüş sunmamışlardır.

10. Başvurucu, 28 Aralık 2001 tarihinde Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca "hakkaniyete uygun tatmin" için istemlerini; Hükümet, yorumlarını sunmuştur.

Olaylar

I. Davanın Özel Koşulları

11. 1955 yılında doğan ve Moskova'da yaşayan başvuru, şikâyetinin konusunu oluşturan olaylar zamanında, Kuzey Doğu Ticaret Bankası'nın başkanıdır.

12. 8 Şubat 1995 tarihinde başvuru aleyhine cezai kovuşturma başlatılmıştır. Kovuşturma ayrıntıları "B" alt başlığı altında aşağıda verilmiştir. 29 Haziran 1995 tarihinde başvuru, göz altına alınmış ve Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı ile zimmet suçundan hüküm giymiş ve hapis cezasına çarptırılmıştır.

a. Tutukluluk Koşulları

13. Başvuru 29 Haziran 1995'ten, 20 Ekim 1999 tarihine kadar Magadan şehrindeki IZ-47/1 tutulma merkezinde tutulmuştur (Soruşturma Tecrit Koşuşu No. 1). 20 Ekim 1999 tarihinde, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararını takiben, cezasının infazı için Talaya köyünde bulunan AV-261/3 Hapishanesine gönderilmiştir. 9 Aralık 1999 tarihinde Magadan'da bulunan tutukluluk merkezine geri gönderilmiş ve serbest bırakıldığı 26 Haziran 2000'e kadar burada kalmıştır.

1. Olgular Üzerine Başvurucunun Sunumları

14. Başvuru, Magadan tutukluluk merkezindeki tutukluluğunun ilk dönemine ilişkin olarak, 8 adet ranza yatağın bulunduğu 17 m²lik bir hücrede tutulduğunu iddia etmiştir. Buna karşın hücrede neredeyse her zaman 24 kişi barındırılmış, bu sayı nadiren 18'e düşmüştür. Yatak başına 3 kişi olması nedeniyle, tutuklular sırayla uyumuştur. Sırasını bekleyen diğerleri zeminde veya karton kutuların üzerine yatmıştır. Televizyonun gün boyunca açık olması ve hücrede fazla kargaşa olması nedeniyle doğru dürüst uyumak olanaksızlaşmıştır. Odadaki ışıklar hiçbir zaman kapatılmamıştır.

15. Hücrenin köşesinde bulunan tuvalet, mahremiyete uygun olarak düzenlenmemiştir. Tahta bir bölüm ile sadece duş bölümünden ayrılmış fakat yemek masası ve ortak yaşama alanından ayrılmamıştır. Tahta bölümün yüksekliği 1.1 metre olmasına karşın, tuvaletin yerden yüksekliği yarım metreydi. Bu nedenle tuvaleti kullanan kişi, hem hücre arkadaşları, hem de kapıdaki gözetleme deliği sayesinde orada bulunan gardiyan tarafından görülebilmekteydi.

Hücredekiler tuvaletten yalnızca yarım metre uzakta bulunan yemek masasında yemek yemek zorundaydı. Yemekler kötü kaliteydi.

16. Havalandırma sistemi olmayan hücre yazları bunaltıcı bir biçimde sıcak, kışları ise soğuktü. Odanın içindeki havanın yetersiz olması nedeniyle, pencerenin

sürekli açık kalması gerekiyordu. Sigara tiryakileriyle çevrelenmiş olması nedeniyle başvurucu pasif içiciliğe zorlanmıştı. Başvurucu, idare tarafından hiçbir zaman doğru düzgün yatak takımı, çatal kaşık ve mutfak aletleri verilmediğini iddia etmektedir. Yönetim tarafından sadece ince bir yatak ve ince bir battaniye verilmiş ve mutfak malzemelerini hücre arkadaşlarından ödünç almak zorunda kalmıştır, ki, onlar da bu eşyaları akrabalarından almıştır.

17. Tutuklama merkezindeki hücreler, hamam böcekleri ve karıncalar tarafından istila edilmesine rağmen imha edilmelerine yönelik hiçbir çaba olmamıştır. Sağlıkla ilgili olarak alınan tek önlem, haftada bir defa gardiyanlar tarafından verilen 1 litre klor dezenfektanıydı.

18. Başvurucu, pek çok deri hastalığına ve mantara yakalanmış; ayak tırnakları ile bazı el tırnaklarını kaybetmiştir. 11 Kasım 1996'dan 23 Nisan 1997'ye ve 15 Nisan 1997'den 3 Ağustos'a kadar yapılan yargılama sırasında başvurucunun uyuz tedavisi görebilmesi için ara verilmiştir.

Başvurucunun hücresine 6 kez verem ve frengi hastası olan tutuklular yerleştirilmiş, başvurucuya koruyucu antibiyotik iğne yapılmıştır.

19. Başvurucu, günde sadece 1 saat hücresinin dışında yürüyüş yapabildiğini ve genellikle ayda 2 defa sıcak duş alabilme olanağının olduğunu iddia etmiştir.

20. Sonuç olarak başvurucu, 9 Aralık 1999 tarihinde eski tutulma merkezine gönderilmesinden sonra tutuklama koşulları temel olarak değişmemiştir. Uygun yatak takımı, mutfak araçları ve havlular edinememiştir. Doğru düzgün bir tıbbî servisin olmaması nedeniyle deri hastalıkları için uygun bir tedavi yapılmamıştır. Hücresi hâlâ hamam böcekleri tarafından işgal edilmiş durumdaydı ve istilaya karşı yaklaşık 5 yıldır bir ilaçlama yapılmamıştı. Buna karşın Mart-Nisan 2000 tarihinde 8 yataklı hücredeki tutuklu sayısı 11'e indirilmiştir.

2. Olgular Üzerine Hükümet Sunumları

21. Hükümet, başvurucunun hücresinin 20,8 m² olduğunu, başvurucunun ayrı bir ranza, yatak takımı ve mutfak aletleri ile sağlık kontrolünden yararlanma hakkına sahip olduğunu, hücrenin 8 tutuklu için düzenlenmiş olduğunu, tutukluluk merkezlerinin aşırı kalabalık olmasıyla bağlantılı olarak hücrelerdeki her yatağın 2 veya 3 kişi tarafından kullanıldığını verili süre içinde başvurucunun hücresinde 11 veya daha fazla kişi bulunduğunu normal olarak kişi sayısının 14 olduğunu ileri sürmüştür. Yataklar birçok mahkûm tarafından dönüşümlü olarak ve her mahkûmun nöbetleşe 8 saat uyuması için kullanılmıştır. Tüm tutuklulara içi doldurulmuş yatak, pamuk battaniye ve çarşaf temin edilmiştir.

22. Başvurunun hücresinde bir klozet ve duş yeri de dâhil olmak üzere bir sağlık ünitesi bulunmaktaydı. Klozet, hücrenin köşesine yerleştirilmiş ve bir araç ile (1,1 m yüksekliğinde) yaşama yerinden ayrılmış olarak mahremiyet sağlanmıştı. Bu tür standartlar, 25 Ocak 1971 tarihinde onaylanan "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinin Plan ve İnşaat Yönetmeliği"ne uygun olarak tesis edilmiştir.

Hükümet, başvurucunun tutukluluğunun başından bu yana küçük bir gelişme

olduğunu iddia ettiği hücreye dair fotoğrafları mahkemeye sunmuştur. Hükümet ayrıca merkezlerin başvuruçunun saliverilmesinden sonraki durumunu ve önemli gelişmelere dair video kayıtlarını sunmuştur.

23. Hücre, temiz hava ve gün ışığı sağlayan pencerelere sahiptir. Bir havalandırma sistemiyle donatılması olanağı yoktur. Sıcak havalarda daha iyi bir havalandırma için pencere açılabilir durumdadır. Ayrıca tutuklular akrabaları tarafından gönderilmiş küçük fanları edinme olanağına da sahiptir.

24. Hücrede, başvuruçuya ait dilediği zaman açıp kapayabileceği bir televizyon tespit edilmiştir. Bölgede günün belirli bir bölümünde televizyon yayını yapılmıştır.

25. 11 Şubat 1998 tarihinde başvuruçunun hücresinde bulunan ve frengiye yakalanan bir tutuklunun, hastalığın tam olarak tedavisine ilişkin süreyi geçirmesi için derhâl yeri değiştirilmiştir. Başvuruçuda dâhil olmak üzere, bu tutukluyla aynı hücreyi paylaşan diğer tutuklular, 26 Şubat 1998 tarihinde hastalığa uygun önleyici tedaviye ve serolojik kontrol önlemlerine tabi tutulmuşlardır. Bu işlem, 17 Kasım 1989 tarihinde onaylanan, "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinde ve Islahevlerinde Tutulan Kişiler için Sağlık Bakım Rehberi"ne uygun olarak yapılmıştır.

Tutuklama Merkezindeki bloklardan bir tanesi Ocak 1999 tarihinde tâmirat amacıyla kapatılmış ve tutuklular diğer hücrelerde bulunan boş yerlere gönderilmiştir. Başvuruçunun hücresine gönderilen ve bazısı verem hastası olan tutuklular, bir hafta orada kalmışlardır. Bununla birlikte, tıbbî personelin düşüncesine göre, bu kişiler tedavi görüyor olmaları nedeniyle, diğer tutukluları riske sokmamıştır.

2 Haziran 1999 tarihinde, başvuruçunun hücresine yerleştirilen bir tutuklunun hastalığında ilerleme gözlenmiştir. Tutuklu, hastalığın nüksetmesinin önlenmesi için iki aylık bir tedavi görmüştür. Bu kişi açık bir şekilde verem hastalığı belirtilerini taşımadığından, hastalığın diğer tutuklulara bulaştırılma tehlikesi yoktu.

Yinelenen fluografik çalışmalarda, başvuruçunun boğazında bir anormallik görülmemiştir.

15 Haziran 1999 tarihinde frengi tedavisi gören bir tutuklu başvuruçunun hücresine yerleştirilmiştir. Yapılan muayeneler sonrasında olumsuz sonuçlar alınmamıştır. Bununla bağlantılı olarak başvuruçuya yapılan kan testlerinde olumsuz bir sonuç bulgulanmamıştır.

26. Başvuruçuda, sistematik olarak tıbbî personel tarafından muayene edilmiş ve dermatolojist, terapist ve stomatolojistten tıbbî yardım almıştır. Başvuruçuda farklı hastalıklara (nörosirkülatik bozukluk ve uyuz) yakalandığında derhâl tedavi görmüştür. Başvuruçunun tedavi edilmesi amacıyla yargılamalara zaman zaman ara verilmiştir.

27. Başvuruçuda, haftanın 7 günü duş alabiliyor ve günde 2 saate kadar hücresinin dışında yürüyüş yapabiliyordu.

28. Sonuç olarak Hükümet, yargılama öncesi tutuklama merkezlerinde bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasının engellenmesi için yukarıda belirtilen 1989 tarihli bakanlık rehberi uyarınca patojenik mikro organizmalar, kemirgenlerin zamanında

imha edilmesi amacıyla salgın dezenfeksiyonu önlemlerinin alındığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte Hükümet tarafından tutuklama merkezlerinin böcekler tarafından istila edilmesinin bir sorun olduğu kabul edilmiştir.

3. Tıbbî Kayıtlar ve Uzman Raporu

29. Başvurucunun tıbbî kayıtlarına göre başvurucu, Aralık 1996'da uyuza, Temmuz 1997 ve Ağustos 1997'de alerjik deri yangısına, Haziran 1999 tarihinde ayağında mantar enfeksiyonuna, Ağustos 1999 tarihinde elinde mantar enfeksiyonuna, Eylül 1999'da mantara (mycosis: mantar hastalığının ağır bir türü-ç.n), Ekim 1999'da el, ayak ve kasıklarında mantar enfeksiyonuna yakalanmıştır. Kayıtlar ayrıca başvurucunun bu hastalıklara ilişkin tedavi gördüğünü de belirtmektedir.

30. Temmuz 1999 tarihinde yayınlanan tıbbî uzmanların raporu, başvurucunun nörosirkülatik distoni; istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu; kronik on iki parmak bağırsağı ülseri; ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mantar hastalıklarına yakalanmış olduğunu ifade etmiştir.

b. Yargılama Öncesi Tutuklamaya Karşı Ceza Yargılaması ve Temyiz

31. Başvurucunun kendi bankasının fonlarını zimmetine geçirmesinden şüphelenilmiş olması nedeniyle belirlenmiş yerden ayrılması türünde yasaklayıcı bir önleyici tedbire bağlı tutulmuştur. Ceza davası dosyasına 48529 numarası verilmiştir.

32. 17 Şubat 1995 tarihinde başka bir şirketin 2.050.000 adet hisse senedini kötüye kullanmak ile resmen suçlanmıştır.

33. 29 Haziran 1995 tarihinde savcı tarafından onaylanan bir müfettişin emriyle gözaltına alınmış ve ceza soruşturması sırasında gerçeğin ortaya çıkmasının engellendiği gerekçesiyle tutuklanmıştır. Özellikle somut olaylara atıflarda bulunularak, başvurucunun soruşturma için gerekli banka belgelerini vermeyi reddettiği, tanıkları baskı altına aldığı ve belgelerle oynadığı ifade edilmiştir. Emir ayrıca başvurucuya atılı suçun ciddiyetine de göndermede bulunmuştur.

Başvurucunun tutukluluk süresi, yetkili savcı tarafından belirsiz tarihlerde uzatılmıştır.

34. Avukatları 4 Temmuz 1995, 31 Ağustos 1995 ve 26 Eylül 1995 tarihlerinde başvurucunun saliverilmesi amacıyla Magadan Şehir Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu başvurular sırasıyla 14 Temmuz 1995, 9 Eylül 1995 ve 4 Kasım 1995 tarihlerinde reddedilmiştir.

35. Başvurucu, Ağustos 1995'ten Kasım 1995'e kadar dosyayla görevli iki soruşturmacının tatilde olması nedeniyle hiçbir soruşturma faaliyetinin gerçekleşmediğine ve dosyayla geçici olarak görevlendirilen kişinin hiçbir işlem yapmamış olmasına itiraz etmiştir.

36. 14 Aralık 1995 tarihinde, bankasının fonlarını zimmetine geçirdiği gerekçesiyle başvurucu ek olarak 8 ayrı suçtan daha suçlanmıştır.

37. 6 Şubat 1996 tarihinde başvurucuya yöneltilen suçlamalara dair hazırlık soruşturması sona ermiş ve dava Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

38. Başvurucu, 1 Mart 1996 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndererek tahliyesini istemiş, istem 27 Mart 1996 tarihinde reddedilmiştir.

39. Aynı gün Magadan Şehir Mahkemesi, dilekçeyi daha fazla araştırma için Magadan Bölge Savcılığına havale etmiştir. Mahkemenin bu kararına karşı Magadan Bölge Mahkemesine temyiz başvurusu yapılmış, başvuru 29 Nisan 1996 tarihinde reddedilmiştir.

40. 15 Mayıs 1996 tarihine kadar süren ek soruşturma sonrasında, Bölge Savcılığı dosyayı Şehir Mahkemesine geri göndermiştir.

41. Bu arada başvurucu, 16 Mayıs 1996 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur. Dilekçesinde kötü koşullar altında tutulduğunu ve bu nedenle sağlığının kötüleştiğini ifade etmiştir. Tahliye istemi, 26 Mayıs 1996 tarihinde reddedilmiştir.

26 Mayıs 1996 tarihinde başvurucu, yeniden tahliyesini talep etmiştir.

42. 11 Kasım 1996 tarihinde Şehir Mahkemesi, başvurucunun davasını görmeye başlamış ve başvurucu tarafından 23 Haziran 1996 tarihinde yapılmış olan tahliye istemini de reddetmiştir.

43. Başvurucu 27 Aralık 1996 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılan duruşmada sağlık nedenleri ile saliverilmesini talep etmiştir. Başvurucu 8 yatağa rağmen toplam 21 kişinin hücrede tutulduğunu, herkesin sigara içmesine rağmen hiçbir havalandırma sisteminin olmadığını, televizyonun sürekli açık olduğunu ve uyuza yakalandığını ifade etmiştir. Hastalığı doğrulayan tıbbî belgelerin sunulması üzerine Şehir Mahkemesi, duruşmayı 14 Ocak 1997 tarihine ertelemiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurucunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçeleriyle tahliye istemini reddetmiştir.

44. Dava dosyasının Şehir Mahkemesi tarafından incelenmesi 23 Nisan 1997 tarihine kadar devam etmiştir.

Şehir Mahkemesi Başkanı, başvurucunun davasıyla ilgisi olmayan başka bir davada uygunsuz hareket etmesi nedeniyle görevden alınmış ve bu nedenle 7 Mayıs 1997 tarihinde başvurucunun davası ertelenmiştir.

45. Başvurucu, içinde bulunduğu kötü koşulları gerekçe göstererek 15 Haziran 1997 tarihinde yeniden tahliyesini istemiştir.

46. Temmuz 1997 tarihinde başvurucunun davası için başka bir yargıç görevlendirilmiş ve yeni yargıç, duruşma günü olarak 8 Ağustos 1997 tarihini belirlemiştir. Savunma avukatının sağlık nedenlerinden dolayı duruşmaya katılamaması nedeniyle duruşma ertelenmiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurucunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçelerine dayanarak tahliye istemini reddetmiştir.

Başvurucunun 21 Eylül 1997 tarihinde cezaevinden gönderdiği tahliye istemi 21 Ekim 1997 tarihinde reddedilmiştir.

47. Başvurucu 22 Ekim 1997 tarihinde davasıyla ilgili olarak Magadan Bölge Mahkemesine şikâyetle bulunmuş, davasının Şehir Mahkemesinden Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir. Başvurucu ayrıca Rusya Yüksek Mahkemesine, incelenmesi amacıyla Magadan Bölge Mahkemesine iletilen bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 31 Ekim 1997 ve 25 Kasım 1997 tarihli mektuplarında, bu şikâyetler konusunda yetkili ve görevli olmadığını belirtmiş ve başvurucuya davasıyla ilgili tüm sorularını Şehir Mahkemesine yöneltmesi tavsiyesinde bulunmuştur. Bölge Mahkemesi ayrıca başvurucunun davasının incelenmesini Şehir Mahkemesine rica etmiştir.

48. 21 Kasım 1997 tarihlerinde başvurucu, başta Rusya Federasyonu Başkanlık Makamı, Magadan Şehir Mahkemesi, Yüksek Hâkimler Kurulu -meslekî yetkinlik sorunlarıyla ilgilenen bir birim- ve Genel Savcılık Makamı olmak üzere eşitli yetkililere şikâyetlerde bulunmuştur. Şikâyetlerinde suçlamaların esasına dair hiçbir karar olmaksızın korkunç koşullar altında tutulduğunu, çeşitli deri hastalıklarına yakalandığını, ayak tırnaklarının düştüğünü ve kalbinden rahatsız olduğunu ileri sürmüştür.

49. Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı, davanın karmaşıklığına ve hâkimlerin iş yükünün ağırlığına gönderme yaparak, davanın 1 Temmuz 1998 tarihinden önce yeniden görülmeye başlanacağı hususunda, 5 Şubat 1998 tarihli mektubuyla başvurucuyu bilgilendirmiştir.

50. 11 Şubat 1998 tarihinde başvurucu tarafından Genel Savcılık Makamına, Yüksek Mahkemeye ve diğer yetkililere sunulmuş 11 adet şikâyet dilekçesi Bölge Mahkemesi tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

51. Başvurucu, tutukluluk süresinin uzunluğuna ve mahkeme duruşmalarının yokluğuna dikkat çekmek için 23 Şubat 1998 tarihinde başlattığı açlık grevini 17 Mart 1998 tarihine kadar sürdürmüştür.

52. Başvurucu, 1 Mart 1998 tarihinde davasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi için Rusya Federasyonu Başkanı'na ve Duma Hükümetinin parlamenter komitesinin yardımını rica eden şikâyet dilekçesi sunmuştur.

53. 3 Mart 1998 tarihinde Magadan Bölge Adalet Dairesi, başvurucunun Rusya Adalet Bakanlığına sunmuş olduğu şikâyet dilekçesine yanıt olarak, Mahkemenin 1998 yılının ancak ikinci yarısında davasını ele alabileceğini bildirmiştir.

54. Bu arada başvurucu, yargılamaya başlama sürelerini içeren Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinin anayasallığının incelenmesi istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, 10 Mart 1998 tarihli yanıtıyla; tersi iddia edilen hükümlerin, mahkemelerce görülmekte olan bir davadaki uzun tutukluğa ilişkin herhangi bir zaman sınırlaması içermediğini, bu nedenle başvurucunun konuyla ilgili istemlerinin değerlendirmeye alınamayacağı konusunda başvurucuyu bilgilendirmiştir.

55. Başvurucu, davasının görülmesindeki gecikme nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyetle bulunmuş; Kurul, 30 Mart 1998 tarihli yazısıyla Magadan Bölge Mahkemesinden konuyu incelemesini talep etmiştir.

56. Başvurucu, 2 Nisan 1998 tarihinde yargılanma tarihinin tespitindeki gecikme nedeniyle Yüksek Mahkemeye şikâyetinde bulunmuş, şikâyetinde kötü tutukluluk koşullarına da atıfta bulunmuştur. Şikâyetinin bir örneği diğer yetkililere de gönderilmiştir. Başvurucunun çeşitli kurumlara yaptığı tüm şikâyetler, incelenmek üzere bu kurumlar tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

57. Magadan Bölge Mahkemesi, 13 Nisan 1998 tarihinde Şehir Mahkemesinden başvurunun davasının görülmesiyle ilgili ricada bulunulduğuna ilişkin başvurucuyu bilgilendirmiştir. Magadan Bölge Mahkemesi ayrıca davanın Şehir Mahkemesi tarafından görüleceğini, Magadan Bölge Mahkemesinin yalnızca temyiz mahkemesi sıfatıyla görev yapacağını belirtmiştir.

58. Başvurucu, 25 Mayıs 1998 tarihinde Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndermiş ve yargılamanın yapılması amacıyla davasının Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir.

Başvurucunun davasına ilişkin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ve Bölge Mahkemesi Başkanı'nın 28 Mayıs 1998 tarihli kararıyla dosya, Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

59. Başvurucu, duruşmaların başlamasındaki gecikmeler nedeniyle 11 Haziran 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyet dilekçesi sunmuştur.

60. Başvurucu, tahliyesine karar verilmesi istemiyle 16 Haziran 1998 tarihinde Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve başvurusunda hücreindeki kötü koşullar ve aşırı kalabalık nedeniyle sağlık durumunun kötüleştiğini ifade etmiştir.

Aynı gün dosyasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi istemiyle Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesi işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

61. Başvurucu, Khasynskiy İlçe Mahkemesinin hâlâ bir duruşma günü tayin etmemesi nedeniyle, 1 Temmuz 1998 tarihinde Bölge Mahkemesi önünde şikâyetinde bulunmuş ve yargılamanın hızlandırılmasını talep etmiştir.

62. Başvurucunun dosyanın Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine itiraz etmesi üzerine dosya, 3 Temmuz 1998 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

63. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 8 Temmuz 1998 tarihli yazıyla dava açısından ilk derece mahkemesi olarak hareket etmesini gerektirecek herhangi bir gerekçe bulunmadığını ifade etmiştir.

Başvurucu, ertesi gün, içinde bulunduğu kötü tutulma koşullarını gerekçe göstererek salıverilmesi istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.

64. Başvurucu Şehir Mahkemesinin davasını ele almamasının süreklilik gösterdiği gerekçesiyle 31 Temmuz 1998 Yüksek Hâkimler Kuruluna başvurmuştur. Kurul, şikâyet konusunda ve davanın akıbeti hakkında bilgi verilmesi istemiyle, başvurunun dilekçesini Magadan Bölge Mahkemesine göndermiştir. Bölge Mahkemesi ise, 27

Ağustos 1998 tarihinde başvuruçunun şikâyetini Şehir Mahkemesine göndermiştir.

Başvuruçunun ayrıca yargılamaya ilişkin duruşma tarihlerinin belirlenmesindeki gecikme nedeniyle Magadan Bölge Mahkemesine sunduğu şikâyet dilekçesi, 11 Ağustos tarihinde Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

65. Başvuruçunun, 7 Eylül 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuş ve dilekçesinde tüm şikâyetlerinin herhangi bir tedbir alınmaksızın Magadan Şehir Mahkemesi tarafından Şehir Mahkemesine gönderildiğini ifade etmiştir. Başvuruçunun şikâyet dilekçesi, dosyasının incelemeye alınmasındaki sürekli gecikme hâline ilişkin bilgi verilmesi notuyla birlikte 23 Eylül 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine havale edilmiştir. Başvuruçunun, 7 Eylül 1998 tarihinde yargılamasındaki gecikmelere ilişkin olarak Yüksek Mahkemeye şikâyette bulunmuştur.

Başvuruçunun, 5 Ekim 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kurulu ve Bölgesel Yüksek Hâkimler Kurulu önünde başkaca şikâyetlerini de dile getirmiştir.

66. Şehir Mahkemesi, 13 Ekim 1998 tarihinde duruşma günü olarak 28 Ocak 1999 tarihini belirlemiştir.

67. Başvuruçunun, 25 Ekim 1998 tarihinde Şehir Mahkemesi Başkanı'nın eylemleri nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyette bulunmuş ve görünüşe göre hakkında ceza kovuşturması açılmasını talep etmiştir. Dilekçe, 22 Kasım 1998 tarihinde, başvuruçunun şikâyeti ve iddialarının sabit olabileceği ihtimâline binaen yetkili Meslekî Kurulun hazırlayacağı raporun gönderilmesi istemiyle, incelenmek üzere Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmiştir.

16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesi tarafından başvuruçunun tarafından verilmiş bir başka şikâyet dilekçesi, Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

68. Başvuruçunun, tahliye istemiyle 16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine başvurmuştur.

69. Magadan Şehir Mahkemesi, başvuruçunun dosyasının soruşturma yetkililerinin usûl kurallarını ihlal etmeleri nedeniyle, ek bir inceleme yapılması amacıyla 28 Haziran 1999 tarihinde savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Sözü edilen usûlü ihlaller, hazırlık soruşturması sonunda davayla ilgili materyallerin sanığa eksik sunulmasından ve dosya içindeki belgelere ait kesin bir kaydın tutulmamasından oluşmaktadır. Mahkeme, başvuruçuya atılı suçun ciddiyeti ve serbest kalması hâlinde gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesi risklerini gerekçe göstererek tahliye istemini reddetmiştir. Başvuruçunun, bu karara karşı Magadan Bölge Mahkemesi önünde itiraz etmiş; Mahkeme, 15 Mart 1999 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Bölge Mahkemesi, dosyanın soruşturma yetkilerine gönderilmesi kararını temelsiz bularak iptal etmiş ve Şehir Mahkemesine yargılamaya devam edilmesi talimatını vermiştir. Aynı gün verdiği dosyayla ilgili ayrı kararında gerçekte davanın karmaşık bir yapıya sahip olmadığı düşüncesiyle davaya ilişkin gecikmenin haklı görülemeyeceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, Şehir Mahkemesinden bir ay içerisinde davayla ilgili önlemler hakkında kendisine bilgi verilmesini istemiştir.

70. Başvuruçunun, 17 Mart 1999 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.

Aynı gün, herhangi bir nihai mahkeme kararı olmaksızın uzun süre tutulu olduğu gerekçesiyle Yüksek Hâkimler Kurulu'na şikâyette bulunmuştur. Başvurucu 5 gün sonra, yargılanmasındaki sürekli gecikme hâli nedeniyle Bölge Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuştur.

71. Şehir Mahkemesi, 15 Nisan 1999 tarihinde başvurucaunun davasını yeniden görmeye başlamıştır.

Savcı, 20 Nisan 1999 tarihli duruşmada başvurucaunun tutulu bulunduğu sürenin uzunluğunu göz önüne alarak akıl sağlığının tespiti amacıyla psikolojik bir muayeneden geçirilmesini istemiş; Şehir Mahkemesi, bu istemi kabul ederek duruşmayı 30 Nisan 1999 tarihine ertelemiştir.

72. Başvurucu, 30 Nisan 1999 tarihli duruşmada göz altından serbest bırakılmasını içeren başarısız bir başvuruda bulunmuştur. Uykusuzluk nedeniyle acı çektiğini, hücrelerinde bulunan 18 kişinin nöbetleşe uyumak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca dosyasına ilişkin tüm tahkikat işlemlerinin tamamlanmış olması nedeniyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme ihtimâlinin olmadığını ileri sürmüştür.

Duruşmalara katılan savcı, tutukluluk merkezi yönetiminden duruşmalara boyunca başvurucaunun normal koşullarda uyuması ve dinlenmesine izin verilerek duruşmalarda bulunmasının sağlanmasının istenmesini Şehir Mahkemesinden talep etmiştir. Ayrıca tutukluluk merkezlerini denetlemekle görevli savcıdan da benzer bir istemde bulunmuştur.

Başvurucu, sonrasında yetkili savcının hücrelerine geldiğini, koşulların kötü olduğunu kabul ettiğini, fakat tutuklama merkezindeki diğer hücrelerin durumunun daha iyi olmadığını ve koşulları iyileştirmek için para olmadığını söylediğini ileri sürmüştür.

73. Başvurucu, 8 Haziran 1999 tarihli duruşmada tahliyesini istemiştir. Hücrelerinde 18 kişinin bulunduğunu, bu nedenle mahkeme önüne çıkarılmadan önce kendisini gerektiği gibi hazırlayamadığını ifade etmiştir. Ayrıca 2 defa uyuza yakalanmış olmasına rağmen çarşaflarının değiştirilmediğini dile getirmiştir. Başvurucaunun istemi reddedilmiştir.

74. Başvurucu, 16 Haziran 1999 tarihli duruşmada tutukluluk koşullarına gönderme yaparak tahliye istemini içeren bir başka dilekçe daha sunmuştur. Yatağını istila eden böceklerin ısırıkları nedeniyle bütün vücudunun yaralarla kaplandığını ve mantar enfeksiyonu olduğunu, yatağını iki tutuklu ile paylaştığını, tutukluların iki haftada bir duş alabildiğini, herkesin sigara içmesi nedeniyle içerdeki hava boğucu olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu kendini iyi hissetmemektedir ve kalbinden rahatsızdır. 96 kilodan 67 kiloya düşmüştür. Başvurucu ayrıca tahliyesi hâlinde davasının incelenmesini engelleme olasılığının olmadığını iddia etmiştir.

Şehir Mahkemesi, başvurucaunun taleplerinin duruşma konseptinin dışında olması nedeniyle bu istemleri incelemeyi reddetmiştir.

75. Yüksek Hâkimler Kurulu, Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı'nı, Bölge Mahkemesi Başkanı ve beraberinde iki yardımcısını başvurucaunun yargılanmasındaki gecikme

nedeniyle 22 Haziran 1999 tarihinde görevden almıştır.

76. 23 Haziran 1999 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılacak duruşma öncesinde başvuru kendisini iyi hissetmediğini ve duruşmaya katılamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme başvuru sağık durumunun duruşmalara katılmasına izin verecek durumda olup olmadığı ve hastaneye kaldırılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme yapılması amacıyla uzmanlardan oluşan bir komisyonu görevlendirmiştir.

Uzmanlar, Temmuz 1999 (gün belli değil) tarihli sonuç raporunda başvuru çok sayıda rahatsızlığı bulunduğunu tespit etmiş (Bakınız: Paragraf 30) ve ayrıca başvuru sağık durumunun duruşmalara katılmasına ve ifade vermesine engel oluşturmayacağına karar vermiştir.

77. 15 Temmuz 1999 tarihli duruşmada tahliyesini talep eden başvuru, Mahkemenin delillerin değerlendirmesini hemen hemen sonuçlandırdığını, kendisinin maddî gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Başvurunun istemi reddedilmiştir.

78. Şehir Mahkemesi, aynı tarihli başka bir kararda, 15 Nisan-15 Temmuz 1999 tarihleri arasında, başvuru tarafından sunulmuş, önceden reddedilen yinelenmiş dilekçeleri içeren 30 dilekçenin incelendiğini not etmektedir. Mahkeme, başvuru sadece kendi istemleri kabul edilirse ifade vereceğini söylediğini not etmiş ve böylesi bir koşulun yargılamayı geciktirdiğine karar vermiştir.

79. Şehir Mahkemesi, davetiye gönderilen 29 tanıktan 9'unu dinlemiştir. Mahkeme huzurunda dinlenmeyen 12 tanığın hazırlık soruşturmasında verdikleri ifadeler mahkemede okunmuştur.

80. Şehir Mahkemesi, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla başvuru iddianamede üzerine atılı suçlardan yalnızca birisinden suçlu bulmuş, kendi içinde 9 ayrı suçta göndermede bulunan diğer iki suçtan beraatine karar vermiştir. Mahkeme, başvuru 5 yıl 6 ay çalışma kampı cezasına mahkûm etmiş ve cezanın başlangıç tarihini 29 Haziran 1995 olarak belirlemiştir. Şehir Mahkemesi, hazırlık soruşturmasının kötü kalitede hazırlandığını, savcılarının mazur görülemeyecek şekilde iddianamedeki atılı suçları artırma çabası içinde olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca ilgili ve gerekli belgelerin mahkemeye sunulmasında bir dizi usûl kuralı ihlalinin varlığını saptamıştır. Gecikmelere neden olan bu kusurlar yargılama sırasında düzeltilmek zorundaydı. Mahkeme, hazırlık soruşturmasının Magadan Bölgesi Savcılık Bürosu ve soruşturma görevlileri tarafından yapılan uygun bir usûl denetiminden yoksun olduğunu not etmiştir.

Mahkeme, aynı günlü ayrı bir hükmüyle iddianamenin bir bölümünü ek soruşturma için savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Başvuru hükmü, Yüksek Mahkeme önünde temyiz etmiş; karar, 30 Eylül 1999'da hukuka uygun bulunmuştur.

81. Şehir Mahkemesi'nin 3 Ağustos 1999 tarihli ilamına karşı, yayımlandıktan itibaren 7 gün içinde Bölge Mahkemesi önünde temyiz yolu açıktır. Başvuru cezalandırılmasında Bölge Mahkemesinin katkısı olduğu, bundan dolayı temyiz incelemesinin muhtemel bir başarı şansı sunmayacağı düşüncesiyle temyiz başvurusunda bulunmamıştır. Bu nedenle mahkeme kararı 11 Ağustos 1999 tarihinde kesinleşmiştir.

82. Başvurucu, cezasının kalan kısmını geçirmek için, yine aynı cezaevinde bulunan lojistik hizmet takımına gönderilmesi istemiyle tutulu bulunduğu cezaevi müdürüne başvurmuştur.

83. 25 Ekim 1999 tarihinde başvurucu, ilk derece mahkemesi kararının incelenmesi amacıyla, Rusya Yüksek Mahkeme Başkanı önünde olağanüstü bir temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvuru, 11 Kasım 1999'da kabul edilmiştir.

Başvurucu, 30 Kasım 1999 tarihinde Yüksek Mahkeme önünde bir başka olağanüstü temyiz başvurusunda bulunmuş; başvuru, 9 Haziran 1999 tarihinde reddedilmiştir.

84. Devam eden ceza yargılamasında, 24 Eylül 1999 tarihinde, başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbiri, belirli bir mahallin dışına çıkılmaması tedbiri ile değiştirilmiştir. Buna rağmen başvurucu, ilk cezanın infazı nedeniyle cezaevinde kalmaya devam etmiştir.

85. 29 Eylül 1999 tarihinde, başvurucuya atılı olan diğer suçlara ilişkin ceza yargılamasına, başvurucu tarafından işlenen bu eylemlerin bir suç oluşturmadığı gerekçesiyle son verilmiştir.

Ancak 30 Eylül 1999 tarihinde, bankanın başkanı olarak kontrolü altında bulunan ekonomik değerlerin kötüye kullanmış olması iddiasıyla yeni bir dava açılmıştır.

86. Hazırlık soruşturmasının 19 Ekim 1999 tarihinde bitirilmesi üzerine, yetkili savcı iddianameyi onaylamış ve davayı Magadan Şehir Mahkemesine göndermiştir. İddianame ilk dava dosyasının numarasını taşıyor ve davayla ilgili yargılamanın 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ifade ediyordu. Başvurucunun yargılanmasına 20 Aralık 1999 tarihinde başlanmış, Şehir Mahkemesinin 31 Mart 2000 tarihli kararıyla atılı yeni suçlamadan beraat etmiştir.

87. Başvurucu 26 Mayıs 2000 tarihinde af ilanını takiben 26 Haziran 1996 tarihinde salıverilmiştir.

II. Ulusal Hukuk

88. (Paragraf 90'a kadar olan bölüm ilgili devletin ulusal yasalarına ait maddeler olduğu için çevrilmemiştir. ç.n)

89.

90. ...

III. Rusya Federasyonunun Çekincesi

91. Sözleşmenin onay enstrümanına, Rusya Federasyonu tarafından 5 Mayıs 1998 tarihinde, aşağıda içeriği yazılı çekince konulmuştur:

"Sözleşmenin 64. maddesine göre Rusya Federasyonu, son değişiklikler ve eklerle birlikte 27 Ekim 1960 tarihli SSCB Ceza Yargılama Yasasının, bir suç işlediğinden şüpheleneni kişinin tutulması, gözaltına alınması ve yakalanmasına ilişkin prosedürü düzenleyen 11/1, 89/1, 90, 92, 96, 96/1, 96/2, 97, 101 ve 122 maddelerinin Rusya Federasyonu Anayasasının 2. bölüm, 6. başlık, 2. paragraf tarafından onaylandığını,

(...) Sözleşmenin 5. maddesinin 3. ve 4. paragraflarında yer alan koşulların bunu engellemeyeceğini deklare eder.”

Hukuk

I. Sözleşmenin 3. Maddesinin İhlali İddiası

92. Başvurucu Magadan, IZ-47/1 no.lu tutukluluk merkezindeki koşullardan yakınmaktadır. Başvurucu Sözleşmenin 3. maddesini dayanak göstermektedir.

Maddeye göre;

“Hiç kimse, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

Başvurucu, fiziksel sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan, onu aşığılayan ve acı çekmesine neden olan hücreindeki kalabalık ve sağlıksız koşulların yanı sıra, bu koşullardaki uzun tutukluluğuna göndermede bulunmuştur.

93. Hükümet, başvuruçunun tutulma koşullarının işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı olarak değerlendirilemeyeceğini, koşulların Rusya’daki pek çok tutuklunun durumundan farklı olmadığı gibi, daha kötü de olmadığını, aşırı kalabalığın yargılama öncesi tutukluluk merkezlerindeki genel bir sorun olduğunu, yetkililerin başvuruçuya fiziksel bir acı veya onun sağlığına zarar verme niyetinde olmadıklarını iddia etmiştir. Ayrıca tutuklama merkezi yönetiminin hastalıktan şikâyetçi olanlara tedavi sağlanması ve hastalığın diğerlerine yayılmasını önlemek amacıyla gereken tüm önlemleri aldığını belirtmiştir.

94. Rusya’daki tutukluluk koşullarının, ekonomik nedenlerden dolayı çok yetersiz olduğu ve Avrupa Konseyine üye diğer devletlerdeki gibi cezaevi kurumları oluşturmak için koşulların çok alt düzeyde olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte Hükümet, Rusya’daki tutukluluk koşullarını düzeltmek için yapabileceğinin en iyisini yapmıştır. Hükümet, yeni yargılama öncesi tutukluluk merkezlerinin yapılmasını, var olan merkezlerden birinin yeniden yapılandırılmasını, tutukevlerindeki verem ve diğer hastalıklarının ortadan kaldırılmasını hedef alan iş programlarından birisini kabul etmiştir. Yargılama öncesi tutukluluk merkezlerindeki sağlık koşullarının düzeltilmesi ve tutuklulara ayrılan alanın iki kat daha artırılması için bu programların yürütülmesine onay verilmiştir.

95. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin, demokratik bir toplumun en temel değerlerinden birisini kutsal olarak kabul ettiğini hatırlatmaktadır: Üçüncü madde, mağdurun davranışına ve içinde bulunduğu koşullara bakılmaksızın işkence, insanlık dışı ya da küçültücü ceza ve davranışı kesin bir dille yasaklamıştır [Bakınız: Örneğin, Labita/İtalya (GC), no. 26772/95, 119, AİHM 2000-IV].

Mahkeme, ayrıca kendi içtihatlarını göz önüne alarak, eğer bu dava 3. maddenin alanı içinde yer alıyorsa, kötü muamelenin mutlaka en az şiddet derecesine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu en az ölçütü görecelidir. Davanın tüm koşullarına, muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine ve bazı davalarda cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumuna bağlıdır (Bakınız: 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı, Seri A, no. 25, p. 65-162 arası).

Mahkeme, muamelenin "insanlık dışı" olduğu düşüncesindedir; çünkü, muamele önceden tasarlanmıştır, aralıksız olarak saatlerce uygulanmıştır ve hem gerçek bir bedensel zarara hem de fiziksel ve ruhsal acıya neden olmuştur. Bu davranış, "küçültücü" sayılabilir; çünkü, böylesi bir davranış mağdurda korku, küçültülme ve alçaltma kapasitesine sahip derin ıstırap ve aşağılanma duygusu uyandırmıştır [Bakınız: Kudla/Polonya (GC), no. 30210/96, 92, AİHM 2000-XI]. 3. madde anlamında özel bir davranış şeklinin "küçültücü" olup olmadığı konusunda Mahkeme, ilgili kişinin alçaltma ve küçültmeye hedef olup olmadığını ve kadın ya da erkeğin kişiliğini ters şekilde etkileyip etkilemediğini yani bir anlamda muamelenin 3. maddeyle çelişip çelişmediğini dikkate alacaktır (Bakınız: 16 Aralık 1997 tarihli Raninen/Finlandiya kararı, Hükümler ve Kararlar Raporu, 1997-VIII, pp 2821-22, 55). Bununla birlikte, böylesi herhangi bir niyetin yokluğu, 3. maddenin ihlalinin tespiti sonucunu doğurmaz (Bakınız: Peers/Yunanistan, no. 28524/95, 74, AİHM 2001-III). Derin ıstırap ve aşağılama esasında bunlardan daha öte şeyleri kapsamak zorundadır. Derin ıstırap ya da aşağılamanın kaçınılmaz ögesi ile kişiye verilen meşru ceza ya da muamele şekliyle arasında bir bağlantı bulunmalıdır.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan önlemler sıklıkla böylesi bir ögeyi içerebilir. Yargılama süresindeki tutukluluğun, kendi içinde 3. madde anlamında birtakım sorunlar ortaya çıkardığı söylenemez. Ya da söz konusu madde hükmü, bir tutuklunun sağlık gerekçeleriyle salıverilmesi, sivil bir hastaneye yerleştirilmesi, özel bir tıbbî tedaviden yararlanmasına olanak sağlayan genel bir yükümlülük olarak yorumlanamaz.

Buna karşın bu koşul uyarınca Devlet, bir kişinin insanlık onuruna uygun koşullarda tutulmasını sağlamalı; muamele ve önlemin yerine getiriliş biçimi, kişiyi tutukluluktan doğasından gelen ıstırapın kaçınılmaz derecesini aşan yoğunlukta bir sıkıntının ya da üzüntünün öznesi hâline getirmemeli; verilen cezanın gerektirdiği uygulama, kişinin sağlığını ve refahını uygun şekilde güvence altına almalıdır (Bakınız: Kudla/Polonya, p. 92-94).

Tutukluluk koşulları ele alındığı zaman, başvuruçunun ileri sürdüğü belirli iddialar gibi, bu koşulların toplu etkilerinin de hesaba katılması zorunludur.

96. Görülmekte olan davada Mahkeme, başvuruçunun 29 Haziran 1995'den 20 Ekim 1999 tarihine ve 9 Aralık 1999'dan 26 Haziran 2000 tarihine kadar Magadan IZ- 47-1 no.lu merkezde tutulduğunu belirtmektedir. Mahkeme, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine uygun olarak, üye devletler açısından Sözleşme'nin, sadece yürürlüğe girme tarihinden sonra gerçekleşen olaylar açısından bağlayıcı olduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşme, Rusya açısından 5 Mayıs 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşın, başvuruçunun dava sırasında ve hüküm sonrasındaki tutulma koşullarının yarattığı etki, değerlendirilirkenki bu etki, başvuruçunun tutukluluk süresinin her aşamasında aynıdır; Mahkeme, 5 Mayıs 1998 öncesi süreci de kapsayacak şekilde, başvuruçunun tutulduğu tüm süreci değerlendirmeye alabilir.

97. Mahkeme, ilk olarak başvuruçunun tutulduğu hücrenin boyutlarının 17 m² (başvuruçuya göre) ile 20,8 m² (Hükümete göre) arasında olduğunu belirtmektedir. Hücre, ranzalarla donatılmış ve 8 kişi için dizayn edilmiştir. Bu barınma yerinin kabul edilebilir standartlara ulaşmış olup olmadığı sorgulanabilir. Mahkeme, bu konuyla bağlantılı olarak bir tutulma hücresinin "Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışları Önleme Komitesi"nin (CPT) her hükümlü ya da tutuklu için yaklaşık 7 m² olmasını arzu edilir bulduğunu hatırlatmaktadır (Bakınız: 2. Genel

Rapor – CPT/Bilgi (92) 3, p. 43). Örneğin bir koğuşu/hücreyi paylaşan 8 kişi için m². Hücresinin 8 kişi için düzenlendiği bulgusuna rağmen, başvurunun Mahkemeye yaptığı sunumlara göre, tüm tutukluluk süresi boyunca hücresindeki kişi sayısı genel olarak 18 ile 24 arasındadır. Başvurucu, 27 Aralık 1996 tarihli tahliye istemli başvurusunda, 8 yataklı hücresindeki kişi sayısını 21 olarak ifade etmiştir. 8 Haziran 1999 tarihli benzer bir başvurusunda ise, kişi sayısını 18 olarak ifade etmiştir (Bakınız: Yukarıda 43. ve 74. paragraflar).

Mahkeme, Hükümetin tutukluluk merkezlerindeki genel aşırı kalabalık nedeniyle, hücredeki her yatağın 2 ya da 3 kişi tarafından kullanıldığını kabul ettiğini not etmektedir. Bu arada Hükümet, hücredeki kişilerin sayısı konusunda başvuruyla aynı fikirde değildir. Hükümet sunumlarında, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 11 ya da biraz daha fazla kişi bulunduğunu ve normal koşullarda bu sayının 14 olduğunu belirtmektedir. Ancak Hükümet, kendi itirazını destekleyecek herhangi bir kanıt sunmamıştır. Başvurucuya göre, sadece Mart-Nisan 2000 tarihinde hücresindeki kişi sayısı 11'e inmiştir.

Mahkeme bu noktada Hükümetle başvuru arasındaki uyumsuzluğu çözmeyi gerekli görmemektedir. İleri sürülen rakamlar, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 1 kişi için mevcut alanın 0,9 ile 1,9 m² arasında olduğunu göstermektedir. Bundan dolayı, Mahkemenin görüşü hücrelerin sürekli ve aşırı şekilde kalabalık olduğudur. Olayların bu durumu, kendi içinde Sözleşmenin 3. maddesi anlamında bir sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Vahim boyuttaki aşırı kalabalık nedeniyle başvurunun hücresinde bulunan kişiler, 8'er saatlik dilimlerle nöbetleşe uyumak zorunda kalmışlardır. Başvurunun 16 Haziran 1998 tarihli tahliye isteminden, onun o tarihlerde yatağını diğer 2 kişiyle paylaştığı anlaşılmaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 74). Hücredeki sürekli aydınlatma ve hücrede bulunan çok sayıda kişilerin yarattığı genel karışıklık ve gürültü nedeniyle uyuma koşulları daha da kötüleşmiştir. Sonuç olarak ortaya çıkan uyuyamama halinin başvuru üzerinde ağır bir fiziksel ve psikolojik yük oluşturduğu kuvvetle muhtemeldir.

Mahkeme ayrıca, aşırı sayıda kişiyi barındıran ve görünüşe göre sigara içmenin yasak olmadığı başvurunun hücresinde yeterli bir havalandırmanın olmadığını gözlemlemiştir. Gün içinde 1 ya da 2 saat için açık hava aktivitelerine izin verilmiş olmasına rağmen, başvuru bu saatler dışındaki zamanda çok sınırlı bir alan ve boğucu bir atmosfer içeren hücreye kapatılmıştır.

98. Mahkeme, başvurunun hücresinin haşaratlarca (bit, pire ve fare gibi-ç.n) istila edildiğini ve tutukluluğu boyunca bu durumun giderilmediğini not etmektedir. Hükümet, haşaratın bir sorun olduğunu ve tutulma merkezlerinde böylesi bir istila olduğunu kabul etmiş ve bakanlığa ait 1989 tarihli tutulma merkezleri için dezenfeksiyon önlemleri alma rehberine gönderme yapmıştır. Ancak başvurunun hücresinde bu rehberin uygulandığı görülmemektedir.

Başvurucu, tutukluluğu süresince çeşitli deri hastalıklarına ve mantar enfeksiyonlarına yakalanmış; bu durum özellikle 1996, 1997 ve 1999 yılları boyunca yargılamadan geri çekilmesini (duruşmalara katılamama gibi-ç.n) zorunlu kılmıştır. Başvurucu bu hastalıklar için tedavi görürken, hücredeki kötü koşullar nedeniyle haşaratın üremeyi sürdürmesi değiştirilemediğinden, hastalıkların nüksettiği doğrudur.

Mahkeme, Hükümetin salgının önlendiğini ileri sürmesine rağmen, başvuruçunun birçok kere frengili ve tüberkülozlu kişilerle birlikte tutulduğunu ciddi bir endişeyle not etmektedir.

99. Yukarıda açıklanan sağlıksız ve aşırı kalabalık koşulların yanına tuvaletleri de eklemek gerekmektedir. Hücrenin köşesindeki klozet ile duşu, 1,1 m yüksekliğindeki bölme ayırmaktadır fakat bu bölüm yaşam alanından ayrılmış değildir. Tuvalet girişinde paravan yoktur. Bu nedenle başvuruçunun hücredeki kişilerin önünde tuvaleti kullanmak ve hücre arkadaşları kullanırken de orada olmak zorunda kalmıştır. Hükümetçe gönderilen fotoğraflar, gerçek bir mahremiyeti olmayan pis ve bakımsız bir hücre ile tuvaleti göstermektedir.

Mahkeme, başvuruçunun hücrenin de bulunduğu Magadan tutukluluk merkezlerinde gözle görülür şekilde gerçekleştirilmiş temel gelişmelerden (Hükümet tarafından Mahkemeye sunulan video kayıtlarında gösterildiği üzere) büyük bir memnuniyet duymakla birlikte, bu durumun başvuruçunun gösterilen zamanda katlanmak zorunda kaldığı tümüyle kabul edilemez koşulları azaltmadığına dikkat çekmektedir.

100. Başvuruçunun tutukluluk koşulları, davasına bakan Mahkeme için de bir sorundur. Nisan ve Haziran 1999 tarihlerinde Mahkeme, başvuruçunun yargılanma ehliyetinin olup olmadığını ve hastaneye kaldırılmasının gerekip gerekmediğini tespit etmek üzere, yaklaşık 4 yıldan sonra tutukluluk koşullarının fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki etkileri için tıbbi uzman görüşleri istemiştir (Bakınız: Yukarıda p. 71 ve 76). Birliktaşilerin her 2 soruya da olumsuz yanıt vermesine rağmen Mahkeme, başvuruçuda sinir ileti bozukluğu kaynaklı distoni, istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu, kronik 12 parmak bağırsağı ülseri, ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mikoz hastalıklarını listeleyen Temmuz 1999 tarihli rapora dikkat çekmektedir (Bakınız: Yukarıda p. 30).

101. Mahkeme, bu davada başvuruçunun aşağılanması ve alçaltılmasını amaçlayan bir muameleye dair herhangi bir belirtinin olmadığını kabul etmektedir. Muamelenin amacının mağduru küçültmek ya da alçaltmak olup olmadığı sorunu değerlendirmeye alınacak bir faktör olmasına rağmen böyle bir amacın yokluğu, 3. maddenin ihlal edildiği tespitini engelleyemez (Bakınız: Yukarıda sözü edilen Peers/Yunanistan). Mahkeme, başvuruçunun yaklaşık olarak 4 yıl, 10 ay katlanmak zorunda kaldığı tutukluluk koşullarının, hatırı sayılır biçimde ruhsal rahatsızlık ve acıya neden olabileceğini, insanlık onurunu azaltabileceğini, aşağılanma ve alçaltılmaya neden olan böylesi duyguları ortaya çıkartabileceğini dikkate almaktadır.

102. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, başvuruçunun tutukluluk koşullarının, özellikle aşırı kalabalığın, sağlıksız çevrenin ve bunların başvuruçunun sağlığı ve refahı üzerindeki zararlı etkilerinin tutukluluk süresiyle birleştirildiğinde, alçaltıcı muamele oluşacağını bulgulamaktadır.

103. Dolayısıyla, Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşmenin 5/3 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

104. Başvuruçunun uzun süren tutukluluğunun, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğinden yakınmıştır. Maddeye göre:

“Bu maddenin 1 (c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkesin (...) adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya veya makul süre içinde yargılanmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.”

a. Hükümetin İlk İtirazları

105. *Hükümet itirazında, başvurunun şikâyetinin, Rusya'nın çekincesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış; çekincenin, başvurunun hem hazırlık soruşturması ve hem de mahkeme süreci boyunca tutulu bulunduğu dönemi kapsadığını ileri sürmüştür. Hükümet, yukarıda sözü edilen Ceza Usûl Yasası maddelerinin içeriğine ve çekince metnine gönderme yapmıştır. Yasanın özellikle 11, 89, 92 ve 101 (Bakınız: Yukarıda 89. paragraf) maddeleri; mahkemeleri, yargılama aşamasında bir karar verinceye kadar önleyici gözaltı tedbirlerini uygulamak üzere yetkilendirmiştir.*

106. *Başvurucu, süre giden uzun tutukluluk hâlinin çekinceyle ilgisi olmadığını, Rusya'nın çekincesinin somut davada uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Çekincenin amacı, tutukluluğun devamına karar vermek ve gerektiğinde böylesi bir tutuklamanın uzatılmasını onaylamak yetkisine sahip savcının hakkını korumaktır.*

107. *Mahkeme yakalama prosedürü, gözaltına alma ve suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin tutulmasıyla ilgili olarak, çekince metninde anılan Ceza Usûl Yasasının özel hükümlerinin geçici uygulamasının, Sözleşmenin 5/3 maddesinin alanının dışında şekillendirilmiş olduğunu gözlemiştir. Bu hükümler, her biri kendi kararlarını almaya ehil yetkililerin listesini ve gözaltı birimlerini de içeren önleyici tedbirlerin uygulanması için yöntem ve koşulları planlamaktadır.*

Mahkeme, bir kişinin suçun kovuşturulması boyunca yetkili savcının emriyle 18 ay'a kadar gözaltında tutulabileceğini hükme bağlayan Ceza Usûl Yasasının 97. maddesine gönderme yapan çekinceye dikkat çekmektedir.

Hazırlık aşamasındaki tutukluluk sürelerine yapılan göndermeye rağmen Mahkeme, çekincenin önleyici gözaltı tedbirinin uygulanması usûlüyle ilgili olduğunu; oysa ki başvurunun şikâyetinin tutukluluğun hukukîliği hakkında değil, uzunluğu hakkında olduğunu gözlemektedir.

108. *Bunedenle Mahkeme, söz konusu çekincenin somut davada uygulanamayacağını tespit etmiştir.*

b. Şikâyetin Esasları

1. Değerlendirmeye Alınan Süre

109. *Başvurunun tutukluluk süresinin başladığı 29 Haziran 1995 tarihi hakkında herhangi bir uyuşmazlık yoktur.*

Başvurucu tutukluluk süresinin Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki ikinci nihai kararını verdiği 31 Mart 2000 tarihinde bittiğini ileri sürmüştür. Hükümet, buna itiraz etmiş ve sürenin Şehir Mahkemesi tarafından 3 Ağustos 1999 tarihinde verilen ilk nihai kararla sona erdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Mahkemenin başvurunun tutukluluk

süresinin uzunluğuna ilişkin incelemesini, Sözleşmenin Rusya için yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den 3 Ağustos 1999 tarihine kadar olan süreyle sınırlı tutması gerektiğine ilişkin itirazını sürdürmüştür.

110. Mahkeme öncelikle, Sözleşmenin m. 5/3 hükmüne göre yargılama sırasındaki uzun tutukluluğun karara bağlanması için, sürenin saniğin gözaltına alındığı günden başladığını ve sadece ilk derece mahkemesi tarafından karar verilse bile suçlamanın sonuçlandırılmasıyla bittiğini hatırlatmaktadır (Bakınız: Diğerleri arasında, 27 Temmuz 1968 tarihli Wemhoff/Almanya kararı, Seri A no. 7, p. 23, p. 9 ve yukarıda söz edilen Labita/İtalya kararı, p. 147). Bu nedenle 29 Temmuz 1995'te başvurucunun yakalanmasıyla başlayan ve yargılama sürecinde devam eden tutukluluk, başvurucunun Magadan Şehir Mahkemesi tarafından cezalandırıldığı ve hüküm giydiği tarih olan 3 Ağustos 1999 tarihinde sona ermiştir. Daha sonraki suçlamalardan kaynaklanan tutukluluk hâli, başvurucunun 3 Ağustos 1999 tarihinden itibaren Sözleşmenin 5. maddesinin 1 (a) fıkrası anlamında yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyetini çektiği olgusunu değiştirmez.

Bu nedenle, başvurucunun yargılama sırasındaki toplam tutukluluk süresi 4 yıl, 1 ay, 4 gündür.

111. 5 Mayıs 1998'ten önceki sürenin Mahkemenin yargılama yetkisinin dışında kalmasından dolayı Mahkeme, sadece bu tarihle Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı arasında geçen 1 yıl, 2 ay, 29 günlük süreyi değerlendirmeye alabilir. Buna karşın başvurucunun 29 Haziran 1995 tarihinde alıkonulmuş olması nedeniyle 5 Mayıs 1998'e kadar olan süre içinde başvurucunun 2 yıl, 10 ay, 6 gündür tutuklu olduğu gerçeği göz önüne alınmak zorundadır (Bakınız: 8 Temmuz 1995 tarihli Mansur/Türkiye kararı, Seri A, no. 319-B, p. 49- 51).

2. Tutukluluk Süresinin Makullüğü

(a) Tarafların Sunumları

112. Başvurucu, maddî gerçeğin bulunmasını engellemeye çalıştığına dair herhangi bir kanıt olmadığını, dolayısıyla gözaltına alınmasının ve tutukluluk süresinin uzatılmasının gerekli olmadığı iddiasını sürdürmüştür. Yetkililerin tutukluluğunu haklı çıkarmak amacıyla gösterdiği gerekçeler yeterli ya da konuyla ilgili değildir.

Başvurucu, Magadan Bölge Mahkemesi tarafından 15 Mart 1999 tarihinde de tespit edildiği gibi, davasının özel bir karmaşıklık içermediğini ileri sürmüştür. Dokuz bölümlük dava dosyasının üç bölümü başvurucunun yetkililere gönderdiği şikâyet dilekçelerinden oluşmaktadır. Soruşturma, 29 tanığın sorgulanmasını içermektedir ve iki şahsî davacı bulunmaktadır.

Sonuç olarak başvurucu, yargılamanın yetkililerin gerekli çabasıyla yürütülmediğini iddia etmiştir. Soruşturmasının kötü yürütülmüş olmasının uzun tutukluluğa, iddianamede yer alan çok sayıda suçlamaların haksızca artırılması eğilimine ve denetleme birimlerinin bu çalışmalar üzerinde kontrol yoksunluğuna neden olduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan başvurucu, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli tespitlerine gönderme yapmıştır (Yukarıda p. 80).

113. Hükümet, başvurucunun gerçeğin soruşturulmasına engel olduğu gerekçesiyle

yakalandığına işaret etmektedir. Ayrıca başvuruçunun yargılama öncesindeki tutukluluk süresini, davasının karmaşıklığı nedeniyle makul olarak değerlendirmektedir. Dava dosyası hatırı sayılır bir büyüklüğe sahip olup (9 bölüm), çok sayıda tanığı ve mağduru içermektedir.

(b) Mahkemenin Değerlendirmesi

(i) Mahkemenin İçtihatlarınca Oluşturulan İlkeler

114. Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı sorusunun soyut olarak değerlendirilemeyeceğini hatırlatmaktadır. Bir sanığın tutuklu kalmasının makul olup olmadığı, her davanın özel koşullarına göre incelenmelidir. Masumiyet karinesine rağmen yalnızca kamu yararı olduğuna ilişkin gerçek/samimi kanıtların varlığı, Sözleşmenin 5. maddesinde hüküm altına alınan kişi özgürlüğüne saygı kuralından ağır basar ve belirli bir davada süre giden tutukluluk haklılık kazanabilir (Bakınız: Yukarıda anılan, Kudla/Polonya davası).

Yargılama öncesi tutukluluğun makul bir süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Ulusal yetkililer bu sonuca ulaşmak amacıyla masumiyet karinesi prensibine gereken özeni göstererek, yukarıda belirtilen ve 5. madde hükmünden ayrılmayı haklılaştıran kamu yararı gereğini tartışan tüm olguları incelemek ve salıverme istemleri için verdikleri kararlarda bu olgulara yer vermek zorundadırlar. Mahkeme, bu kararlarda belirtilen gerekçeler ve başvuruçunun savunmalarında iyi belgelendirilmiş her olgu, temelinde 5. maddenin 3. fıkrasının ihlalinin söz konusu olup olmadığı konusunda karar vermeye davet edilmektedir (Bakınız: Yukarıda Labita/İtalya kararının 152. p.).

Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin varlığı, tutukluluğun sürdürülmesi için bir koşuldur. Fakat belirli bir süreden sonra, tutukluğun sürdürülmesi için tek başına makul şüphe yeterli değildir. Mahkeme, böyle bir durumda yetkililerin özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin gerekçelerinin haklılığını tespit etmek zorundadır. Mahkeme, bu tür gerekçelerin "konuyla ilgili" ve "yeterli" olduğu durumlarda, yargılama sırasında ulusal makamların "özel bir çaba" gösterdiğine ikna edilmelidir. Davanın karmaşıklığı ve soruşturmanın özel karakteristiği bu açıdan göz önüne alınması gereken etmenlerdir (Örneğin 18 Aralık 1996 tarihli Scott/İspanya kararı, Raporlar 1996-VI, pp 2399-2400, başlık 74 ve 23 Eylül 1998 tarihli I./Fransa kararı, Raporlar, 1998-VII, p. 2978, başlık 102).

(ii) Görülmekte Olan Davada Yukarıda Belirtilen İlkelerin Uygulanışı

(a) Tutukluluk Gerekçeleri

115. Magadan Şehir Mahkemesi, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında yer alan süre boyunca başvuruçunun salıverilme istemlerini reddederken, yöneltilen suçlamaların ciddiliğine ve serbestken maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme tehlikesine dayanmıştır (Bakınız: p. 69). Mahkeme benzer gerekçelerin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvuruçunun tutukluluğunun sürdürülmesine ilişkin 27 Aralık 1996 ve 8 Ağustos 1997 tarihli kararlarında da dile getirdiğini gözlemektedir (Bakınız: p. 43 ve 46).

Mahkeme ayrıca yargılama sırasında başvuruçunun tutukluluğunun sürdürülmesine

ilişkin 29 Haziran 1995 tarihli kararın temel gerekçesinin, soruşturma için gerekli olan belirli banka belgelerinin tesliminin başvuru tarafından reddedilerek soruşturmanın engellendiği, başvuru tanıklar üzerinde baskı kurduğu ve kanıtların değiştirildiği iddiası olduğunu not etmektedir. Bu karar, aynı zamanda yöneltilen suçlamaların ciddiyetini de değerlendirmeye almıştır.

116. Mahkeme, bir kişinin ciddi suçlara karıştığı konusunda kuvvetli şüphenin varlığının, yargılama öncesi uzun tutukluluk için tek başına haklı görülemeyeceğini hatırlatmaktadır. Magadan Şehir Mahkemesinin, davanın incelenmesinin engellenmesi tehlikesi gerekçesiyle başvuru tutukluluğunun devamına karar verdiğini dikkate alan Mahkeme, 29 Haziran 1995 tarihli soruşturmacı emrine rağmen Şehir Mahkemesinin 1996, 1997 ve 1999 tarihli benzer kararlarında belirttiği sonuçları destekleyen hiçbir gerçek koşuldan söz etmediğini belirtmektedir. Şehir Mahkemesinin kararlarında gerekçe gösterilen tehlikenin, konuyla ilgili sürede mevcut olduğunu gösteren hiçbir faktöre atıfta bulunulmamıştır.

117. Mahkeme, atılı suçlamalara ilişkin şüphe ve soruşturma ile ilgili müdâhalenin başvuru başlangıçtaki tutukluluğunu gerektirebileceğini kabul etmektedir. Buna karşın, yargılamanın ilerlemesi ve delil toplamanın sonuçlanması nedeniyle bu gerekçe kaçınılmaz olarak temelsizleşmiştir.

118. Kısaca Mahkeme, başvuru tutukluluğunun haklılığı için yetkililerce temel alınan gerekçelerin konuyla ilgili ve başlangıçta yeterli bulunmasına rağmen, geçen süre içinde bu karakterini kaybettiğini tespit etmiştir.

• Yargılamanın Yürütümü

119. Ceza soruşturmasının süresiyle ilgili olarak Mahkeme, davanın özel bir karmaşıklığı olmadığına ve hazırlık soruşturmasının yargılamada gecikmeye neden olacak şekilde kötü olduğuna dikkat çekmektedir (Bakınız: p. 69 ve 80). Mahkeme, farklı bir sonuca ulaşmak için bir gerekçe bulamamıştır. Mahkeme, yerel mahkemelere göre, savcıların haksız bir şekilde iddianamede belirtilen suçlamaların sayısını artırmalarının (Bakınız: p. 80) bir kusur olduğunu ve başvuru Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla üzerine atılı dokuz suçtan yalnızca birinden suçlu olduğunun kanıtlandığını gözlemektedir.

120. Mahkeme, sonraki yargısal süreçte Magadan Şehir Mahkemesinde görülen davada önemli gecikmeler olduğunu gözlemektedir. 11 Kasım 1996 tarihinde başlayan yargılamaya mahkeme başkanı olan yargıç'ın görevden alınması nedeniyle 7 Mayıs 1999 tarihinde ara verilmiş ve yargılama, Temmuz-Ağustos 1997 (yeni bir yargıcın atanması ve duruşma günü belirlenmesi), Mayıs-Temmuz 1998 (davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi), Kasım 1998 (duruşma günü verilmesi), Ocak ve Mart 1998 (soruşturmanın genişletilmesi kararları) tarihlerinde belirli usûlü adımların atılmış olmasına rağmen, 15 Nisan 1999 tarihine kadar başlamamıştır.

8 Ağustos 1997 tarihli duruşmanın, başvuru avukatının yokluğu nedeniyle ertelenmiş olması ve başvuru davasının başka bir mahkemeye gönderilmesine itiraz etmesi nedeniyle -yargılamayı hızlandırmak amacıyla yapılan bir harekettir- Mahkeme, başvuru iki duruşma arasındaki sürenin uzunluğuna esaslı bir katkısının olmadığını tespit etmiştir. Bu süre içinde davada herhangi bir gelişme olmamıştır.

Bundan dolayı, yargılamanın uzamasının ne davanın karmaşıklığı ne de başvuru tutumunun atfedilemeyeceği açıktır. Soruşturmanın karakteristik özelliklerini ve mahkeme sürecindeki esaslı gecikmeleri dikkate alarak Mahkeme, yetkililerin gereken hızda hareket etmedikleri düşüncesindedir.

- Sonuç

121. Yukarıda belirtilen arka plan ışığında Mahkeme, başvuru tutumunun yargılama sırasında cezaevinde geçirdiği sürenin "makul süre"yi aştığını tespit etmiştir. Bu nedenle 5. maddenin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

III. Sözleşmenin 6/1 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

122. Başvurucu, kendisine yöneltilen suçlamaların Sözleşmenin 6/1 maddesinin gerektirdiği şekilde makul bir süre içinde sonuçlandırılmaması nedeniyle yakınmada bulunmuştur. Konuyla ilgili hüküm aşağıdadır;

"Herkes, kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda (...) yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından makul süre içerisinde görülmesini (...) karar verilmesini istemek hakkına sahiptir."

a. Değerlendirmeye Alınacak Süre

123. Başvurucu, hesaplamada göz önüne alınması gereken sürenin, kendisine suç atfında bulunan 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ve 31 Mart 2000 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki 2. hükmünü vermesiyle sona erdiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, hesaplamada göz önüne alınacak sürenin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvuru tutumunun davasının gönderilmesine ilişkin 6 Şubat 1996 tarihli kararından, Şehir Mahkemesinin ilk hükmünü açıkladığı 3 Ağustos 1999 tarihine kadar devam ettiğini ileri sürmüştür.

124. Mahkeme, ceza yargılamasının uzunluğunun saptanmasında göz önüne alınması gereken sürenin, özerk ve tözel anlamıyla, terimsel olarak kişinin "suçlandığı" günden başladığını hatırlatır. (Bakınız: 10 Aralık 1982 tarihli Corigliano/İtalya kararı, Seri A no. 57, p. 13, 34. başlık ve 24 Kasım 1993 tarihli İmbriosca/İsviçre kararı, Seri A no. 275, p.13, 36. başlık). Bu süre, suçlamaya ilişkin nihai kararın verildiği ya da yargılamanın kesildiği tarihte sona erer.

Bu nedenle görülmekte olan davada göz önüne alınacak süre başvuru tutumunun görevi kötüye kullanma suçlaması nedeniyle şüpheli sıfatını edindiği 8 Şubat 1995 tarihinde başlamıştır. Söz konusu sürenin bitimiyle ilgili olarak Mahkeme, diğer suçlamaların sürdürülmemesine ilişkin 29 Eylül 1999 tarihli kararını takiben, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli nihai kararından sonra ve aynı olaylar temelinde 30 Eylül 1999 tarihinde, yeni bir suçlamayla başvurucuya dava açıldığına dikkat çekmektedir. Mahkeme, yeni suçlamanın 8 Eylül 1995 tarihinde başlatılan 48529 no.lu ilk davanın bir parçası olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullar altında ve yeni suçlamanın zamanlamasını da dikkate alan Mahkeme, göz önüne alınacak sürenin son suçlamayı sonuçlandıran 31 Mart 2000 tarihli Şehir Mahkemesi kararıyla sona erdiğini tespit etmektedir.

Sayırsız yargılamaya rağmen yürürlükte bulunan tek dereceli yargılamada, değerlendirmeye alınan süre, 8 Şubat 1995'ten 31 Mart 2000'e kadar toplam 5 yıl, 1 ay, 23 gündür. Mahkemenin yargılama yetkisi, Sözleşmenin Rusya açısından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den sonraki süreyi kapsadığından, Mahkeme, bu tarihteki mevcut yargılamanın durumunu değerlendirmeye alabilir (Bakınız: Mutatis mutandis, 8 Temmuz 1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı, seri A no. 319-A, p. 16-40).

b. Yargılama Süresinin Makullüğü

125. Mahkeme, yargılama süresinin makullüğünün, mahkeme içtihatlarında belirtilen kriter dikkate alınarak davanın özel koşulları, özellikle davanın karmaşıklığı, başvuru ve yetkili makamların yargılamadaki tutumu ışığında değerlendirileceğini hatırlatmaktadır. Bu son noktada, başvuru açısından riskli olan olgular değerlendirmeye alınmak zorundadır (Bakınız: Yukarıda söz edilen Kulda/Polonya kararı, p. 124).

1. Tarafların Sunumları

126. Başvurucu, davanın özel bir karmaşıklık içermediği ve bunun meydana gelen gecikmeleri haklı gösteremeyeceğine ilişkin Magadan Bölge Mahkemesinin 15 Mart 1999 tarihli tespitine gönderme yapmıştır.

Başvurucu, kendi tutumu hakkında ise, şikâyetlerinin yargılamayı hızlandırmayı amaçladığını ileri sürmüştür. Ayrıca Sözleşmenin 6. maddesinin, ne kendisinin yargıyla aktif bir işbirliğini ne de yasal yolları takip etme girişiminin kendisine karşı kullanılmasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Yetkililerin tutumu konusunda ise Magadan Şehir Mahkemesinin, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla saptanan hazırlık soruşturmasının kötü kalitesine ve soruşturmada yapılan hatalara gönderme yapmıştır. Ek olarak Şehir Mahkemesi, Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinde belirtilen yargılamanın başlatılma sürelerine uymayarak iç hukuku bizzat ihlal etmiştir. Yargılama sırasında sadece 9 tanığın dinlenmiş olduğuna dikkat çekilmiştir. Başvurucu ayrıca kendisiyle hiçbir şekilde ilgisi olmayan mahkeme yargıcının davadan alınmasına ve davasının hızlandırılmasında etkin olmadığı kanıtlanan dava dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine atıfta bulunmaktadır.

127. Hükümet, başvuru davanın incelenmesinin uzun sürdüğünü kabul etmiş fakat sürenin makul olduğunu ileri sürmüştür. Davanın karmaşıklığı ve dosyanın kapsamlılığı yanında davanın eksiksiz ve ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesinin davanın uzun sürmesine neden olduğu iddiasını sürdürmüştür.

Ayrıca başvuru, daha önceden reddedilmiş istemlerine rağmen yinelenen istemleri de dâhil olmak üzere çok sayıda dilekçe göndererek yargılamanın uzun sürmesine katkıda bulunmuştur. Hükümet, başvuru davanın yargılama sırasında sunduğu çok sayıda dilekçeyi, yargılamayı geciktirmek için kasıtlı girişim olarak tespit eden Magadan Şehir Mahkemesinin 15 Temmuz 1999 ve 22 Temmuz 1999 tarihli kararlarına bu açıdan gönderme yapmaktadır. Başvurucunun davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi için duruşmalar arasında sunduğu dilekçeler ayrıca gecikmeye neden olmuştur. Dava dosyasının %30'unun başvuru davanın şikâyetlerinden ve istemlerinden oluştuğuna işaret edilmiştir.

Hükümet ayrıca başvuruçunun tutukluluk süresinin, cezasından indirildiğine işaret etmektedir. Bu nedenle başvuruçunun yargılamalar sırasındaki tutukluluk süresinin, hapsedildiği toplam süre üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Sonuç olarak Hükümet, bankaya ve banka müşterilerine verdiği zararları tazmin etmeden, cezasının tamamlanmasından önce, af yoluyla yetkililerin başvuruçuyu tahliye ederek ona karşı insancıl bir tavır gösterdiklerini ifade etmiştir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) Davanın Karmaşıklığı

128. Mahkeme, başvuruçunun tek sanık olduğu yargılamaların, sorgulanan tanıkları da kapsayan çok sayıda kanıtla birlikte finansal suçlarla ilgili olduğuna dikkat etmektedir. Yani sıra Mahkeme, yargılamanın ertelendiği 7 Mayıs 1997 tarihinden, yeniden başladığı 15 Nisan 1999 tarihine kadar soruşturmasal önlemlerin alınmadığını da gözlemlemektedir.

Mahkeme, davanın yargılamadaki gecikmeyi haklı kılacak biçimde karmaşık olmadığına ilişkin yerel mahkemenin saptamasını dikkate almaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 69).

Bu nedenle yargılama süresinin uzunluğundan soruşturmanın gerekleri ya da davanın karmaşıklığı sorumlu değildir.

(b) Başvuruçunun Tutumu

129. Mahkeme, yerel mahkemedeki yargılama süreçlerinin tamamında başvuruçunun hem yargılama boyunca ve hem de duruşma aralarında davasıyla bağlantılı sayısız dilekçe sunduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme, 6. maddenin cezai alanda kendisine suç atfedilen kişinin, yargı makamlarıyla işbirliği yapmasını gerektirmediğini hatırlatmaktadır (Bakınız: 25 Şubat 1993 tarihli Dobbartin/Fransa kararı, Seri A, no. 256-D, p. 117 -43).

Mahkeme, başvuruçunun yargılama boyunca sunduğu dilekçelerinin, 15 Nisan 1999 tarihinde yargılama mahkemesince davanın incelenmesini engelleyici bulunduğunu gözlemektedir. Bununla birlikte, 11 Kasım 1996'dan 7 Mayıs 1997'ye ve 20 Aralık 1999'dan 31 Mart 2000'e kadar süren diğer yargılama dönemleri boyunca başvuruçunun davranışının herhangi bir şekilde yargılamayı yavaşlatıcı olduğunun söylendiğine ilişkin bir kanıt yoktur.

Mahkeme, duruşmalar arasında başvuruçunun tarafından sunulan dilekçelerin temel olarak davasını inceleyen yargılama mahkemesinin ihmali sürdürmesiyle ilgili olduğunu not etmektedir. Mahkeme, bu dilekçelerin, -özellikle büyük bir kısmı etkisiz bırakılmıştır- yargılamaları yavaşlatmaya katkıda bulunduğunu saptayamamıştır. Davanın yargılamaların hızlandırılması için başka bir mahkemeye gönderildiği doğrudan, başvuruçunun, göndermeden sonra davasında ilerleme olmadığı sonucuna itiraz etmek için mahkemeyi eleştirememelidir.

Mahkeme ayrıca, 8 Ağustos 1997 tarihinde, başvuruçunun avukatının katılmaması nedeniyle duruşmanın bir kez ertelendiğini not etmektedir.

130. Mahkeme, başvurunun belirli gecikmeler için sorumlu tutulabilecek olmasına rağmen, özünde onun tutumunun yargılamaların uzamasına katkıda bulunmadığı düşüncesindedir.

(c) Ulusal Yetkililerin Tutumu

131. Yukarıda söz edildiği üzere, iç hukuktaki yargılamalarda başvurunun tutumu ya da davanın karmaşıklığı ile açıklanamayacak önemli gecikmeler yaşanmıştır. Dava, özellikle yargılama mahkemesi önünde 7 Mayıs 1997'den 15 Nisan 1999'a kadar yaklaşık 2 yıl beklemiştir.

132. Başvurucu yargılamalar boyunca alıkonulmuştur. Mahkeme, davayla ilgilenen mahkemeler açısından bu durumun adaletin süratle yerine getirilmesi için bir çabayı gerektirdiğini gözlemlemektedir.

133. Mahkeme, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli hükmünü ve 29 Eylül 1999 tarihli suçlamaların sürdürülmesini kesen kararını takiben yetkililerin aynı olaylar temelinde başvurucuya karşı yeni bir suçlamayla dava açtıklarını, bunun ilk derece mahkemesi önünde 4,5 yılda sonuçlanan yargılamanın uzamasına katkıda bulunduğunu not etmektedir.

134. Mahkeme, özellikle Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998 tarihinden sonra yetkililerin görevlerini özel bir çabayla yerine getirmekte başarısız oldukları düşüncesindedir.

3. Sonuç

135. Aktarılan arka plan dikkate alındığında Mahkeme, yargılamanın uzunluğunun "makul süre" koşulunun gereklerini yerine getirmediği düşüncesindedir.

IV. Sözleşmenin 41. Maddesine İlişkin Başvuru

136. Sözleşmenin 41. Maddesi:

"Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde hakkaniyete uygun bir sûrette zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

a. Maddî Zarar

137. Başvurucu aşağıdaki aktarılan kalemler ışığında zararların giderilmesini istemiştir:

(1) Kuzeydoğu Ticaret Bankasının Başkanı olmasından dolayı maaş kaybı için 130.599 ABD Doları, Temmuz 1995'ten 20 Nisan 2000'e kadar tutuklu olarak geçen süre nedeniyle;

(2) Yakalanmasından dolayı diğer şirketlerden çıkarılması nedeniyle uğradığı maaş kaybı için 203.000 ABD Doları;

(3) Yakalanmasını takiben şirketindeki mülkiyet haklarının kaybı için 500.000 ABD Doları;

- (4) Otomobilinin kaybı için 8.600 ABD Doları;
(5) Sahip olduğu hisse senetlerini, 1995 yılı değerlerinde piyasada satamamasından doğan kâr kaybı için 11.734.376 ABD Doları;
(6) 1997 yılında iflası açıklanan fabrikada çoğunluk hisselerinden doğan kaybı için 436.226 ABD Doları.
Başvurucunun tüm istemi, toplam olarak 13.012.702 ABD Dolarıdır.

138. Hükümet, bu isteklere itiraz etmiştir.

139. Mahkeme, yalnızca bulgularan ihlalin gerçekten şikâyet edilen zarar ya da kayıplara neden olduğuna ikna olduğunda, 41. madde hükmüne göre maddî tazminata karar verebileceğini hatırlatmaktadır.

(1) numaralı istek kalemi dikkate alındığında Mahkeme, bulguladığı ihlaller ile ileri sürülen zarar arasında bir nedensellik bağı kurulamadığı düşüncesindedir.

Bundan dolayı Mahkeme, başvurunun bu başlık altındaki istemini reddetmektedir.

b. Manevi Zarar

140. Başvurucu, manevi zararı için 9.636.000 Fransız Fransı istemiştir.

141. Hükümet, isteğin aşırı olduğunu ve ihlal bulgularının yeterli bir tatmin oluşturabileceğini ileri sürmüştür.

142. Mahkeme, başvurunun yargılama sırasındaki böylesi cezaevi koşullarında süren uzun tutukluluğunda olduğu gibi, ceza yargılamasının uzunluğunun tek başına ihlal bulgularıyla tazmin edilemeyecek endişe, belirsizlik ve hüsrana duygularına neden olacağı düşüncesindedir.

143. Mahkeme, eşit temelde karar vererek başvuru lehine 5.000 Euro, manevi tazminata hükmeder.

c. Ücretler ve Masraflar

144. Başvurucu, iç hukuk yargılamaları sırasında avukatı tarafından verilen hizmetin yaklaşık olarak 40.000 ABD Doları tutarında olduğunu ileri sürmüştür.

145. Hükümet, ilgili sürede Magadan bölgesindeki avukat ücretlerinin düzeyine rağmen, bu istemin aşırı ve desteklenmemiş olduğuna işaret etmiştir.

146. Mahkeme, Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca tazminatın ücret ve masrafları içermesi için Sözleşme ihlali oluşturduğu bulgularan sorunun önlenmesi veya tazmin edilmesinin sağlanması için, bunların gerçekten ve zorunlu olarak meydana geldiğinin ve miktar olarak makul olduğunun kanıtlanmak zorunda olduğunu hatırlatır (Bakınız: Örneğin Nielsen ve Johnson/Norveç [GC] no. 23118/93, p. 43, AİHM 1999-VIII). Sunulan belgelerden başvurunun kefaletle tahliyesini sağlaması girişimleriyle bağlantılı olarak, başvuru açısından yasal ücret ve masraflarının meydana geldiği açıktır. Bununla birlikte, başvuru istediği miktara ilişkin sadece kısmî destekleyici belge sunmuştur. Ayrıca, bu ücretler Sözleşmenin 3., 5/3. ve 6/1. maddelerinin ihlaliyle ilgili değildir.

Mahkeme, eşit temelde bir değerlendirme yaparak bu başlık altında, başvuruçunun 3.000 Euro ile tazmin edilmesini makul olduğuna karar verir.

d. Temerrüt Faizi

147. *Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankasının yıllık borç verme faizlerine artı %3 eklenerek tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.*

Bu Nedenlerle Mahkeme Oybirliğiyle,

- 1.** Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
- 2.** Sözleşmenin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine;
- 3.** Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine;
- 4.**

(a) Sorumlu Devletin, Mahkeme kararının Sözleşmenin 44/2. maddesi uyarınca kesinleşeceği tarihten itibaren 3 ay içinde aşağıda yazılı miktarları ödemenin yapılacağı tarihteki Rus Rublesine çevirerek başvuruçuya ödemesine;

- a.** Manevi tazminat için 5.000 Euro;
- b.** Ücret ve masraflar için 3.000 Euro;
- c.** Yukarıda belirtilen miktarlar herhangi bir vergiden muaf olmak üzere;

(b) Yukarıda söz edilen 3 aylık sürenin dolmasından itibaren ödeme tarihine kadarki süre için, Avrupa Merkez Bankasının borç verme faizlerine eşitlenecek yıllık basit faize 3 puan eklenmesine;

5. Başvuruçunun hakkaniyeti uygun tatminine ilişkin diğer istemlerinin reddine karar vermiştir.

İngilizce olarak hazırlanan bu metin, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77-2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 15 Temmuz 2002 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLE

Yazı İşleri Müdürü

J-P. COSTA

Başkan

Not: Sözleşmenin 45/2,i ve İç Tüzük'ün 74/2 maddeleri uyarınca, Yargıç Bay Kovler'in ayrık görüşü, özgün karara ekli olmasına rağmen tarafımızdan çevrilmemiştir (-ç.n).

3 AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI

Ders Planı

- 3.1. Giriş
- 3.2. Alıştırma
- 3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi
- 3.4. PP Sunumu
- 3.5. Tartışma
- 3.6. Vaka Çalışmaları
- 3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:

- Ceza Muhâkemesinde şüphenin asli önemini kavramak
- Hem AİHS hem iç hukukta şüphenin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımları öğrenmek
- Münferit şüphe düzeylerini tanımak ve bunların değerlendirilmesi
- Uygulamada münferit şüphe düzeylerinden uygun şekilde faydalanmak

Dersin Kapsamı

Bu ders meslek içi eğitim modülünün 2. gün programının bir bölümüdür ve 100 dakika sürecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Alıştırma
- Sorular ve cevaplar
- Tartışma

Araçlar

- Power Point Sunum
- Kurs Materyali
- Vaka çalışmaları

Dersin İşleniş Süreci

- Giriş Sözlü Ders: Ceza Muhâkemesinde Suç Kavramının Esası
- Alıştırma: İlgili Türk Mevzuatının Kontrol Edilmesi
- Alıştırmanın Değerlendirilmesi
- Power-Point Sunumu: Şüphe Dereceleri
- Çalışma Grupları Hâlinde Vaka Çalışmaları
- Tartışma
- Değerlendirme

3. AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

3.1. Giriş

- Bu bölümde eğitici, şüphe kavramını genel anlamıyla çeşitli yoğunluktaki farklı izlenimlere göre açıklayacaktır.
- Bu izlenimlerden her birinin ceza usûlünde hukukî bir anlamı olmak zorunda değildir ve ilgili şüphe dereceleriyle ilgili özelliklerin açıklanmasına ilişkin dilbilimsel tartışmalar olduğunun açıklanması önemlidir.

Toplumsal sistemler, toplumsal huzuru korumak için kurallara itaatsizliği kovuşturmayı görev addettiklerinden çok farklı gereklilikler ve varsayımları karşılamaları gereklidir.

Cezai tepkileri elbette yalnız gerçek faili hedef alır ve hem uygun hem kabul edilebilir olmaları gereklidir.

Kabulü, hâkimin kişiliğine güvene dayandıran hukuk sistemleri vardır. Hâkimin otoritesi sorgulanmamalıdır. Güven, soruşturmanın seyri ile ilgili resmî kuralların katı olmasıyla da tesis edilir. Hukukun meslekten olmayanların da kuvvetli katılımıyla örfî hukuk ailelerindeki gibi hukuk sistemleri sık sık bu modeli takip eder. Bu, bazen bırakın yazılı gerekçeyi açık gerekçelendirmeden kaçınmak veya hatta her türlü (yazılı) gerekçeyi yasaklamak kadar ileri gider.

Oysa Kıta Avrupa'sı geleneğindeki çoğu hukuk sistemi ve Türk hukuk sistemi bir kararın gerekçelerinin ilgili şahıs, halk ve duruma göre daha sonraki temyiz aşaması için anlaşılabilir ve doğrulanabilir olmasını şart kılar.

Aslında AİHS, kendi mahkemesinin kararları ile ilgili olarak AİHS'nin 45. maddesindeki yolu eşit derecede izlemektedir.

Gerekçe bildirme yükümlülüğü elbette önce doğru kararın tesis edilmesi gerçeğini değiştirmez -insanın hata yapmaya meyilli insanlar tarafından-. Orta Çağ hukuk sistemleri bu problemi mahkûmiyetin ancak itirafa dayanılarak verilmesiyle çözmeyi denediler. Bu yöntemin değerini kanıtladığı söylenemez. İşkencenin önünü aşmıştır. Böylece azar azar diğer delil vasıtaları hukuk sistemlerine girdiler ve işkencenin kaldırılmasını sağladılar. Bu delil vasıtaları başlangıçta tanıklar, daha sonra diğer delillerdi. Tanıklarla ilgili olarak gelişme belirli tanıklardan ve salt resmî ifadelerin alınmasından bugünün tanıkların ifadelerinin değerlendirilmesi ve takdirine ilerlemiştir.

Gerçeği bulmanın sübjektif riskleri bakımından hukuk sistemleri kısmen riskleri delille ilgili katı kurallara sahip olarak telafi etmeye çalışırlar. Ayrıca, soruşturmanın kati sûrette kurallara bağlanmış seyrinin de gerçeğin bulunmasının şeffaf olmasını ve hâkimin nihai olarak belirleyici inancının keyfî ve tesadüfi olmamasını temin etmesi amaçlanmaktadır.

Belirli ilkeler yardımcıdır, 2300 yıldır şüphe halinde davalının daha lehinde hüküm vermek ("in dubio pro reo") ve 14. yüzyılın başlangıcı itibarıyla masumiyet karinesi ilkesi gibi. Bunun anlamı mahkemenin nihai kararı yürürlüğe girene kadar sanığın masum addedilmesi gerektiğidir.

Bu ilke 1948'de BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. kısmının 11. maddesinde ve AİHS'nin 2. kısmının 6. maddesinde yerini almıştır.

Böylelikle mahkemenin davalının suçluluğuna kanaat getirmiş olması mahkemenin kararının bir ön koşuludur. Oysa çoğu hukuk sistemi bu kişisel inancın sübjektif olduğunu ve olası şüphelerin üstesinden gelmesi gerektiğini, öte yandan giderilen şüphe ile yalnız teorik olasılık olan şüpheler arasındaki sınırın kesin olmadığını hesaba katmaktadır. Bu sebeple, mahkemenin suçlulukla ilgili makul hiçbir şüphesinin olmamasının ve bilimsel olarak tamamen imkânsız olmasalar bile abartılı ve saçma durumlara dayanmış olmamasının kabul edilebilir bir mahkûmiyet için yeterli olduğunu düşünürler.

Bu ilkeleri uygulayarak ve gerekli tespitlerin iyi düzenlenmiş yargılama yapılmış olmasından yola çıkarak hukuk sistemleri failin- insan olarak suçlu olduğu söylenebildiği sürece cezalandırılmış olmasını, ama aynı zamanda masum insanların mahkûm edilmemesini temin ederler.

Bu durum kural olarak yalnız mahkûmiyet zamanı için geçerlidir. Ancak bir suçun işlenmesinden gerçekten suçlu olan kişi sırf mahkûmiyet için gereklilikler henüz tam olarak karşılanmadığı için asla cezalandırılmaması toplumda huzur için kabul edilemez olacaktır.

Bu sebeple hukuk sistemleri mahkûmiyet için gerekli olguların ve diğer delilin hangi koşullar altında tesis edilebileceği sorusu ile ilgilenmelidir.

Masumiyet karinesi başlangıçtan beri bir engel olmak zorunda değildir. Herkesin masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülmeyeceği bakımından soruşturmaya tabi olması gerektiği oybirliği ile kabul edilmektedir.

Yargılama öncesi safhada ceza soruşturmasının amacı tam da budur. AİHS ciddiye alındığında soru, fail olduğu iddia edilen şahsı aleyhinde materyal derleyerek dava edip kovuşturmak değil mevcut delile veya saptanacak delillere göre masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülmeyeceğini kontrol etmektir. Bu sırf bir konuşma şekli değildir, polisin ve kovuşturmanın öz imgesini ve sonuçta muhtemelen masum bir şahısla ilişkileri belirler. Çeşitli dillerde bu makamların, kovuşturma makamları veya soruşturma makamları olarak adlandırılmış olmaları çok fazla önemli değildir. Bunlar dillerdeki dilsel farklılıklardır.

Bu usûlün nihai varış yerini bilmeliyiz. Sanığın suçlu olduğu mahkemenin inancıdır (Bir dakikalığına mahkemenin böyle bir inanca sahip olmadığı ve bu sebeple yargılamanın sona erdirilmesi gerektiği durumu bir kenara bırakalım.).

Bu işlemlerin başlangıç noktası tam olarak neresidir?

Olası cevap olan dosyanın esasa alındığı ve soruşturmaların başlaması ancak şeklen doğrudur. Ne de olsa bu faaliyetler için görünür bir sebep olmalıdır.

Aslında ceza soruşturmasından bahsettiğimizde başlangıç noktası belirli bir şahsın suçu işlemiş olabileceği şüphesidir. Bu sebeple "şüphe" yargılama öncesi ceza soruşturmasının temelindeki kavramdır.

Bu kavramın, Türk Ceza Usûl Kanunu'nda olduğu gibi birçok ceza, Usûl Kanunu'nda tanımlanmamış olması ama en iyi durumda farklı terimlerle ifa edilmesi ilginçtir. Türk CMUK'nun 160. maddesinde durum böyledir. Genellikle ve açıkça "şüphe" bilinen bir olgu olarak kabul edilir. Bu, düşüncenin konusunun henüz kesin addedilmemesi ile kanaat getirmekten farklı bir entelektüel zihin durumu olarak açıklanabilir. Bu düşüncenin ilk ortaya çıkışından başlayarak nihai inanca kadar dinamik bir soruşturma ve delil toplama süreci devam eder, burada şüphe unsurları duruma göre sonuçta bir mahkûmiyet haline gelene kadar gittikçe kuvvetlenir, CMUK 170. maddede bahsedilen yeterli şüphe anını geçer.

Oysa bu seyrin çeşitli yönlere gidebileceği de doğrudur. Son nokta şüphelinin bir suç işlemiş olduğuna kanaat olabilir veya tersine bir suç işlememiş olduğuna. Bu sebeple "şüphe" kavramının her zaman iki ucu açıktır.

Profesyonel olmayan bir şekilde yürütülen birçok soruşturma bu belirsizliğe yeterince dikkat edilmemesinin eksikliğini gösterir. Ancak masumiyet karinesi ve "in dubio pro reo" ilkesi ile birlikte bu, Ceza Muhâkemesi alanında hukukun üstünlüğü bakımından merkezî husustur.

Şüphenin ilk ortaya çıkışından inanca ulaşana kadar dinamik bir süreç devam ediyorsa ceza soruşturma usûlünün tüm skalayı kullanıp kullanamayacağı sorulmalıdır. Aslına bakarsanız, aşağıdaki derste tartışılacak olan masumiyet karinesi ve orantılılık ilkesi bir kısıtlamaya yol açar.

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi olayları netleştirmeye mutlak bir engel değilse de sınırlar vardır. Hukukun üstünlüğüne bağlı olan tüm hukuk sistemleri başlangıç noktası olarak veya soruşturmaya esas olarak şüpheye ancak somut göstergeler, olgular mevcutsa itibar eder. Böylesi olgulara dayanmayan hiçbir karine hukukun üstünlüğüne göre soruşturmalar için başlangıç noktası olarak kabul edilemez. Sonuç olarak CMUK'un 160. maddesine göre savcı, ister suç ihbârı ile ister başka şekilde olsun, bir suç işlendiğine dair izlenim yaratan bir olgudan haberdar olduğunda harekete geçmelidir. Diğer taraftan bunun anlamı yalnız böylesi olguların harekete geçmeyi zorunlu kılmasıdır. Bu nedenle böylesi elverişli, doğrulanabilir olgular olmadan soruşturma kabul edilemez olacaktır.

Bu, kısıtlamalardan biridir. Diğer soruşturma işlemlerinin masumiyet karinesine göre masum olduğu varsayılan bir şahsın özgürlük alanına farklı şekillerde tecavüz etmesi olgusundan doğar. Hukukun üstünlüğü gereğince tüm Ceza Usûl Kanunları bu sebeple usûle ait hangi durumda özgürlük alanına tecavüzlerin olabileceğine dair açıklamalar veya netleştirmeler getirirler ve bunu yaparken şüphenin gücüne göre ayırım yaparlar.

3.2. Alıştırma

- Müteakip iki bölümde, şüphe nosyonunun Türk Ceza Mevzuatında kullanıldığı bağlamın gösterilmesi ve değerlendirilmesi yapılacaktır.
- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

- a. CMK'nın "şüphe" kavramını nerede kullandığını öğrenin.
- b. Bu bağlamda başka hangi kavramlar kullanılır?

c. Bu açıklayıcı ifadelerin kullanımında bir sistem görüyor musunuz?
(Bakınız: Ekli tablolar)

3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi

- Özellikle yukarıda yer alan alıştırmanın c. bölümü, aşağıdaki sunumun başlangıç noktasını oluşturacaktır.

3.4. PP Sunumu

- Bütün slaytlarla ilgili yorum yapılabilir. Aşağıdaki metinler eğiticinin kendisi tarafından yapılacak sunumlara temel teşkil edecektir.
- İlgili nosyon veya tanımın açıklanmasında sadece ilgili metinlerin gösterilmesi amacıyla slaytlar hareketli olarak hazırlanmıştır. Hareketli slaytların değiştirilmesinde SPACE (Boşluk), RETURN (geri), PAGE DOWN (sayfa aşağı), ARROW DOWN (aşağı ok) veya ARROW RIGHT (yukarı ok) kullanılabilir.

Slayt 1 AİHS Kapsamında "Şüphe" Kavramı

AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi "makul şüphe"den yakalama veya yargılama öncesi tutuklama için ön şart olarak bahsetmektedir. AİHM, birçok durumda 5/1-c maddesi bakımından iç hukuk ve AİHS gereğince ilgili ön koşullar hakkında karar vermiştir. Bu hususta konuyla en ilgili kararlar şunlar olmuştur:

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, 30.8.1990

Murray/ Birleşik Krallık, 28.10.1994

Wloch/Polonya, 19.10.2000

Lisse/Fransa, 16.1.2001 (D)

O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001.

Ancak sözleşmenin, sözleşmeci devletlerin her birinin kabulü ve üyeliğini karşılamak için çeşitli ulusal düzenlemeler ve fikirler arasında bir kesişme bulmasını gerektiği unutulmamalıdır. Böylesi farklı düzenlemelerin birleştirilmesinin sonucu minimum kesişmedir. Böylece örneğin Birleşik Krallık bakımından (bk. O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001) kararlar, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan ve orada yakalama emri verilmesi için gereken "gerçek makul şüphe" lafzını değerlendirmelidir. Doğrusu, çoğu sözleşmeci devlette ifade tarzı, kısmen dil yüzünden farklıdır. Sözleşmeci, devletlerin her hukuk sistemi mahkûm olmamış/henüz mahkûm olmamış kişilerin özellikle yakalama ve tutuklamalarda özgürlüğüne önemli tecavüz hâlinde yüksek şüphe düzeyleri aramaz.

	<p>Ancak çoğu hukuk sistemi yapar ise Türk CMUK 100. madde de yapar mı? Bir başka örnek ise Alman CMUK olabilir mi?</p> <p>Bu yüzden yapı nedeniyle AİHS ile başlamamak ve yalnız AİHS'ye dayanmamak, şüphelinin olası nüansları hakkında ayrıntılı bir açıklamayı daha sofistike bir şekilde yapmak uygun görünmektedir.</p>
<p>Slayt 2 Ceza Soruşturmasında Şüphelinin Ortaya Çıkışı ve Daha Sonraki Gelişimi</p>	<p>(üst başlık)</p>
<p>Slayt 3</p> <ul style="list-style-type: none"> • İlk Bakışta Bir Şeyin Görünmesi Gerektiğinden Farklı Olduğunun Varsayılması/ Şüphelenilmesi • Objektif ve Sübjektif Nitelikte Göstergelere Dayanma <ul style="list-style-type: none"> • Olayın Niteliği • Şeylerin Hâli • Şahısların Davranışı veya İfadeleri • Normalden Görünür Sapma 	<p>Gerçek durumları, sınıflandırmalar ve tanımlarla hukuk dilinde sınıflandırmaya çalışmak tipik bir hukukî tekniktir. Ekte sunulan slaytlar bu amaçla tartışılacaktır.</p> <p>Farklı hukuk sistemleri ve hukuk dili ne olursa olsun, her hukuk sisteminin şüpheli kavramını açıklamak zorunda olduğu ve soruşturmaların temelini tam olarak ne olacağı ve ne olmayacağını ortaya koymak eğiticinin sorumluluğundadır.</p> <p>Dolayısıyla genel anlamda "şüphelinin" artmasına neden olarak açıklanabilecek çeşitli durumların birbirinden ayırt edilmesi ve bu türden bir "şüphelinin" hangi derecesinin hukukî sonuçları olabileceği ve neden bazı durumlarda kritik çizgiye (henüz) ulaşılmadığının tespit edilebilmesi büyük önem arz etmektedir.</p>
<p>Slayt 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • Şüphelinin Ortaya Çıkışı • Sezgi ("Arkada Daha Çok Şey Var Gibi Görünüyor") • Sübjektif Değerlendirme ("Bir Şeyler Yanlış") • Net İşaretler • Strateji (Olguların Analizi ve Değerlendirme) 	<p>Şüpheli bilginin kavranması (algılanması) ve değerlendirilmesinden kaynaklanır.</p>

<p>Slayt 5</p> <ul style="list-style-type: none">• Şüphenin Farklı Biçimleri• Güvensizlik• Bir Şeyin Yanlış Olduğuna Dair Kesin İzlenim, Örneğin Bir Şahsın İfadeleri Hakkında Şüphe	<p>Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.</p>
<p>Slayt 6</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Karine</p> <ul style="list-style-type: none">• Deneyime Dayanan, Spesifik Olgular Olmadan Varsayım• Durumların Algılanması ve Değerlendirilmesinden Kaynaklanır• Henüz Mevcut Olmayan/Mevcut Olması Zorunlu Olmayan Olgular	<p>Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.</p>
<p>Slayt 7</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Müphem Şüphe</p> <ul style="list-style-type: none">• Algılarla Desteklenen Karine• Meslekten Olmayanların Algılayamayacağı Ama Meslekî Deneyime Uyan Şüphe	
<p>Slayt 8</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Haklı Nedenlere Dayanan, Makul Şüphe</p> <ul style="list-style-type: none">• Bir Suç İşlenmiş Olduğun İzlenimi Yaratan Genellikle Algılanabilir Mevcut Olgu(lar) (CMUK 160. madde)• Mantıklı Bir Şekilde ve Gerçeklere Dayanarak Açıklanabilen Olgular• Karinenin Sınırının Aşılması	<p>Makul şüphe, AİHS'ne bağlı herhangi bir hukuk sisteminde resmî soruşturmalar için asgari gerekliliktir. Bu anlamlıdır. Çünkü ancak o zaman olguları kontrol etme ve onlardan çıkarılan sonuçları kontrol etme olasılığı vardır.</p> <p>Türk CMK'un 160. maddesi 8. slaytta gösterilen tanımı kullanmaktadır. Hukuk uygulaması ve yargılama bazı hukuk sistemlerinde "makul" kavramının ötesinde gerekli şartları tanımlamak için başkaca açıklamalar önermişlerdir.</p> <p>Örnek verecek olursak Alman yargı sisteminde ve teorisinde soruşturmaya başlamanın temeli için spesifik bir tanım bulursunuz. Buna</p>

“başlangıç şüphesi” adı verilir ve bir suçun işlenmiş olduğunu veya şüphelinin suçun işlenmesine karışmış olduğunun mümkün görünmesi için yalnız başına veya diğer olgularla birlikte netleştirilmesi gereken bir veya daha fazla olgunun mevcudiyetini gerektirir.

Bu, keyfî soruşturmalar için kesin bir kısıtlamadır. Zaten bilinen olgu, bir suçun hukukî ön koşullarını karşılamak için gereken vakanın olgularının tamamı ile bir ilişki ve bağlantıya sahip olmalıdır. Zaten bilinen olgu, suçun oluşması için lüzumlu olan olgular zincirinin bir parçası değilse “bir suçun işlenmiş olduğu izlenimi” için esas olmayacaktır. Ama gerekli olgularla ilgili vargılara izin verdiği müddetçe olgu, zincirinin doğrudan bir parçası olmak zorunda değildir.

Fox, Campbell ve Hartley – Birleşik Krallık kararı, 12244/86, 12245/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990.

(...) “makul bir şüpheli” olması, ilgili kişinin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi tatmin edecek gerçeklikler veya bilgilerin var olduğunu önceden varsayar. “Makul” olarak nitelendirilebilecek hususlar yine de koşulların tamamına bağlı olacaktır...

Ferrari-Bravo – İtalya kararı, 9627/81, 14 Mart 1984, DR37, 15.

(...) Komisyon, yakalama veya tutuklamayla ilgili herhangi bir sorunun söz konusu olamayacağını, çünkü bu fiillerin ancak isnat edilen suçla ilgili gerçekler ve olaylar kanıtlandığında gerekçelendirilebileceğini vurgulamıştır. Çünkü tutuklama ile kolaylaştırılması amaçlanan hazırlık soruşturmasının amacı budur.

Slayt 9

Şüphelinin Farklı Biçimleri Kuvvetli Şüpheli

- Başka Hiçbir Sonucun Çıkarılamayacağı Şekilde Net ve Aşikâr Suçla ve İşlenmesiyle İlgili Göstergeler
- Bir Şahsın Fail veya Müşterek Fail Olduğu

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi vakanın netleştirilmesine yönelik soruşturmalara karşı bir engel değildir. Ancak bu soruşturmalar ve sonuçları davalının kişisel özgürlüklerine ne kadar çok tecavüz ederse masumiyet karinesi de de facto baltalanmış ve dışlanmış olur. Bu nedenle orantılılık ilkesi, olası etkilerin dikkate alınmasını ve bir tarafta soruşturma yapma ihtiyacı diğer yanda davalının kişisel özgürlüğü arasında bir denge bulunmasını talep eder. Böylece CMUK 100. madde, diğer birçok mevzuat gibi

- **Olgular Göz Önünde Bulundurulduğunda Mahkûmiyetin Beklenebileceği Hususunda Hatırı Sayılır Olasılık**

yakalama talep edildiğinde ve yakalamaya karar verildiğinde daha kuvvetli bir şüphe biçimini gerekli kılar.

Yukarıda AİHS'nin bu ayrımı yapmadığı ve neden yapmadığı açıklanmıştır.

Baars- Hollanda kararı, 44320/98, 28 Ekim 2003.

Mahkeme, Alman mahkemelerinin, karar verilebilmesi için yapmaları gerektiği gibi, başvurularla ilgili hala kuvvetli şüphelerin olduğunu göstermek istediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, kullanılan kavramların belirsiz ve yetersiz görünmesi hâlinde bile, ulusal mahkemelerin kendilerini "makul şüphenin" var olması ve sanığın "suç işlemiş olması" esaslarıyla sınırlamış olduğunu eklemiştir. Özellikle Sn Lutz'un önceki ifadeleri başta olmak üzere deliller temel alındığında, kararların "şüphe durumunu" açıkladığı ve bir suç bulgusu içermediği görülmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, bir önce bahsedilen Minelli davasında değerlendirilen ayrıntılı kararlarla bir tezat oluştuğunu tespit etmiştir.

29. Ancak mevcut davada Temyiz Mahkemesi, sahtecilikle suçlanan başvurucu hakkında herhangi bir hükümde bulunmamak için kararını "faturanın başvurucu tarafından sahte olarak düzenlendiği" görüşüne dayandırmış ve bu görüşe ilişkin unsurları ayrıntılı olarak açıklamıştır.

30. Bu koşullar altında Temyiz Mahkemesinin sadece başvurucuyla ilgili hala kuvvetli şüphe olduğunu belirtmiş olduğu söylenemez.

31. Temyiz Mahkemesinin gerekçesi, "başvurucu kanuna göre suçlu bulunmadan" başvurucunun suçunun esastan tespit edildiği anlamına gelmektedir. Gerekçe soruşturmada Sn. B. aleyhine tespit edilen bulgulara dayandırılmıştır. Başvurucu 6. maddenin savunmaya sağladığı koruma olmaksızın bahsedilen soruşturma sürecine sadece tanık olarak katılmıştır.

Slayt 10
Şüphenin Farklı Biçimleri
Yeterli Şüphe

Soruşturma aşamasının sonunda toplanan delillerin bir suçun işlendiğine dair yeterli şüphe teşkil ettiği durumlarda savcılık CMUK 172. maddeye göre, kural olarak bir iddianame

- **Yargılama Öncesi Soruşturmanın Sonunda İddianamenin Zamanını Belirler**
- **Şimdiye Kadar Saptanan, Bir Mahkûmiyetin Muhtemel Görüldüğüne Dair Delil**

hazırlamalıdır, Aksi takdirde kamu davası açmak için gerekli şüpheyi haklı çıkarmaya yeterli ağırlıkta delil olmadığında veya kovuşturma için yasal hiçbir olasılık olmadığında 172. maddeye göre "kovuşturmaya yer olmadığına" karar vermelidir.

Her iki alternatif de sırasıyla yeterli şüphe ve yeterli ağırlıktan bahseder ki bu yargılamada yeterli kabul edilen şüphenin nihayet yargısal bir inanç haline gelmek üzere daha kuvvetlenmeyeceği olasılığına biraz yer bırakır. Aslında terim, neyin yeterli kabul edileceğine dair münferit değerlendirmeye tabidir ve bu sebeple bazı vakalarda tartışmaya yer bırakır.

Birincisi, neyin yeterli olduğuna karar vermek savcılığın takdirine kalmıştır. Diğer yandan iddianame hazırlanmadığında savcılık, mağdurun CMUK 173'e göre itiraz dilekçesi vermesi riski altındadır. İddianamenin hazırlanması hâlinde savcılık iddianamenin iddia edilen eksiklikler nedeniyle CMUK 174'e göre iadesi riskiyle karşı karşıyadır. Böylece CMUK 170 anlamında şüphenin yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi üzerinde düşünülmelidir.

Slayt 11 Şüphenin Farklı Biçimleri Yargısal İnanç

Sanığın itham edilen suçu işlediğinin kanıtlandığı hallerde mahkûmiyet kararı CMUK 223(5)'e göre verilir.

Suçlunun mahkûmiyetine karar vermek için kişisel kanaat kesinlikle gereklidir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi kişisel inanç makul şüpheyi aşmalıdır, doğru. Ama mutlak kesinlik ve makul şüphe olmadan kişisel inanç arasındaki boşluk her davada doldurulamaz ve bu nedenle göz ardı edilebilir.

CMUK 217 (1) bu gerçeği dikkate alır:

Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.
Bu deliller, hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

Sonuç olarak yargısal inanç da en kuvvetli biçimi olarak şüphenin çeşitli biçimleri arasında sayılmalıdır.

3.5. Tartışma

- Eğiticiler, sunulan çeşitli şüpheli derecelerine göre farklı durumları birbirinden ayırt edebilmeli ve hangi aşamada hukuk yoluna başvurulacağına dair yeterli ve doğru sonuçlara ulaşabilmelidirler.
- 6. bölümde yer alan vaka çalışmalarından önce öğrenciler bu tip durumlarla ilgili kendi örneklerini vereceklerdir.

3.6. Vaka Çalışmaları

- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları, 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

1. Polis memuru A, yakındaki köyde genç erkeklerin bir toplantı yapacağını öğrenir. Daha önceki benzer olaylardan kısmen uyuşturucu ve alkol kullanılmasıyla birlikte araba yarışlarının yapıldığını bilmektedir. A, bu sefer de bu tip olayların olabileceğini tahmin eder.
2. Söz konusu toplantı gecesi içinde birkaç gençle komşu köy yönünden bir araba gelmektedir. A, alkol veya uyuşturucu ile ilgili bir suçun işlenmiş olabileceğinden şüpheli eder.
3. Araba A'nın yanından geçtiğinde zikzaklar çizerek hatırı sayılır hız yapmaktadır.
4. Daha sonra araba, diğer polisler tarafından durdurulur. Sürücü alkol kokmaktadır ve göz bebekleri büyümüştür. Polis önleyici tedbirler alınmasını gerekli görür.
5. Tıbbî muayene sürücünün %0.1,7 g'a ulaşan alkol zehirlenmesini kanıtlar. Tanıkların ifadeleri alınır.

İlgili vakaları karşılaştırın.

Hangi durumda harekete geçmek mümkündür?

Neden? Hangi hareket?

3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ceza İşlemlerini Yönlendiren Şüphe Kavramı Türk CMK İle İlgili Anahtar Sözcükler

Şüphe

Madde No 2 Bölüm 1

Suç şüphesi altında bulunan kişi (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüpheli veya sanığın fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunuyorsa (...)

Madde No 89 Bölüm 1

(Zehirlenmeden, ...) şüphelenmeyi gerektirecek sebepler varsa (...)

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde (...)

Madde No 100 Bölüm 2 a Bendi

(...) kaçacağı şüphesini uyandıran olgular (...)

Madde No 100 Bölüm 2 b Bendi

Şüpheli veya sanığın davranışları (...) girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa (...)

Madde No 100 Bölüm 3

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde "müzekkere ile tutuklama nedeni" var sayılabilir.

Madde No 121 Bölüm 1

(...) şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemişse...

Madde No 128 Bölüm 1

(...) soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hâllerde (...) el konabilir.

Madde No 133 Bölüm 1

Suçun (...) işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde (...)

Madde No 135 Bölüm 1

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûrette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda (...)

Madde No 138 Bölüm 1

Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında (...) ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 138 Bölüm 2

(...) yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan ve ancak 135.

maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüpheli sebeplerinin bulunması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüpheli sebepleri bulunması hâlinde (...)

Madde No 147 Bölüm 1 f Bendi

(...) ve kendisi aleyhine var olan şüpheli nedenlerini ortadan kaldırmak (...) olanağı tanınır.

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheli destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Madde No 170 Bölüm 2

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheli oluşturuyorsa (...)

Madde No 171 Bölüm 2

Yeterli şüpheli olmasına rağmen, Cumhuriyet Savcısı (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüpheli oluşturacak delil elde edilememesi (...)

Yeterli

Madde No 91 Bölüm 5

(...) ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe (...)

Madde No 146 Bölüm 1

Hakkında (...) yakalama emir düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan (...)

Madde No 170 Bölüm 2

(...) suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheli oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı...

Madde No 171 Bölüm 2

(...) Cumhuriyet Savcısı (...) yeterli şüphelinin varlığına rağmen (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) kamu davasının açılması için yeterli şüpheli oluşturacak delil elde edilmemesi (...)

Madde No 173 Bölüm 3

(...) soruşturma sonunda kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa (...)

İzlenim

Madde No 160 Bölüm 1

Cumhuriyet Savcısı (...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (...)

Makul

Madde No 138 Bölüm 1

(...) bir başka suçun işlendiğinden şüphe etmek için makul nedenler varsa (...)

Muhtemel

Madde No 129 Bölüm 1

(...) bu eşyaların suçun delilini oluşturduğuna inanmak için muhtemel sebep varsa (...)

Belirtmek-Bulgu

Madde No 2 Bölüm 1 j Bendi No. 3

(...) bir suçun kısa bir süre önce işlendiğini gösteren delil (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüphelinin veya sanığın suç fiilini işlediğini gösteren kuvvetli şüphe belirtilerinin olması hâlinde (...)

Madde No 91 Bölüm 2

(...) ve kişinin suç işlemiş olduğu inancına delalet eden delil mevcut ise (...)

Madde No 135 Bölüm 1

(...) suçun işlenmiş olduğuna delalet eden kuvvetli şüphe sebepleri varsa (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlenmiş olduğunu hususunda kuvvetli şüphe belirtileri olması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe belirtileri bulunması hâlinde (...)

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Olay

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde, (...)

Madde No 100 Bölüm 2

(...) şüphesini haklı çıkaran olgular (...)

Madde No 117 Bölüm 2

(...) kabul edilmesine olanak sağlayan olaylar (...)

Madde No 160 Bölüm 1

(...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli (...)

4 KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMASINDA ORANTILILIK İLKESİ

Ders Planı

4.1. Giriş

4.2. Ağırtırmalar

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:
- Orantılılık ilkesinin tarihi gelişimini kavrayabilmek
- Yeteri kadar güç uygulama yöntemi olarak orantılılık ilkesinin temel önemini anlayabilmek
- Tek bir duruma orantılılık ilkesi uygulanırken dengelenmesi gereken farklı öğeleri değerlendirebilmek

Dersin Kapsamı

Bu ders, hizmet içi eğitim modülünün 2. gününde yer alan bir bölümdür ve 50 dakikada işlenecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Soru cevap
- Tartışma
- Alıştırmalar

Araçlar

- Ders materyali
- Olay incelemesi

Dersin İşleniş Süreci

- Orantılılık ilkesinin hukukî ve tarihî geçmişine ilişkin bilgi alınması *15 dakika*
- Vaka çalışmaları (yukarı bk.) *20 dakika*
- Değerlendirme ve geribildirim *15 dakika*

4. Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Giriş Notu

Sürenin sınırlı olması nedeniyle bu ders, çeşitli öğretim yöntemlerinin uygulanması için uygun değildir. Öğrenciler yine de orantılılık ilkesine ilişkin temel hususlar konusunda çalışma fırsatı bulacaklardır. Özellikle 1. vaka çalışması ile (orantılılıkla ilgili olarak algıların nasıl farklılaştığını gösteren üç hâkimin muhalif oy verdiği vaka) sadece bir tek özel sonuca ulaşılması konusunda herhangi bir zorlamaya neden olmadan orantılılık ilkesinin ölçülmesindeki hukukî hassasiyetin öğrenilmesi ve ortaya konulması mümkün olabilecektir.

Öğrencilerin vasıflarına bağlı olarak ve ele alınacak metinler bütünüyle dikkate alındığında, bazı öğrenciler için belirlenen süre içinde sonuç elde edilmesi zor olabilir. Dolayısıyla 2. vaka çalışmasını yedekte tutarak sadece 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılması bir seçenek olabilir.

4.1. Giriş

Bu bölümde eğitici, anayasa hukukunun bir ürünü ve göstergesi olarak orantılılık ilkesinin tarihi bağlamını sunacaktır. Vurgulanması gereken diğer bir konu ise, ilgili hukuk sistemlerinde farklı gelişmeler olması nedeniyle ulaşılabilecek hedef ile bu amaçla kullanılacak araçlar arasındaki ilişkiye yönelik çeşitli dilsel ve fikrî yaklaşımlar söz konusudur. AİHM, sözleşme taraflarının tümü tarafından kabul edilebilir ortak bir payda bulmak zorunda kalmıştır.

Her ne kadar kökeni anayasa hukukuna dayansa da, orantılılık ilkesinin hükümlerin verilmesi de dâhil olmak üzere Ceza Muhâkemesinde hayatî bir önemi bulunmaktadır. Bugün, hukukun üstünlüğüne dayanan herhangi bir hukuk sisteminin temel kurumlarından biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, uluslararası ilişkiler bakımından da önemli bir konu hâline gelmiştir. Böylece Avrupa Birliğine üye devletler, AB Lizbon Antlaşması'na 2 numaralı Ek Protokol'de, Antlaşma'nın 5. maddesinde bahsedildiği gibi tamamlama ve orantılılık ilkelerinin tüm AB kurumlarında uygulanması üzerinde anlaşmışlardır.

Benzer biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da orantılılık ilkesiyle belirlenmektedir. Kavramın kendisine Sözleşmede yer verilmemiştir.

Aslında, "orantılılık ilkesi" kavramı, Sözleşme hazırlandığında henüz açıkça bilinmemekteydi. Avrupa kurumları alanı içerisinde ilk kez 1970 yılında hukukî bir düzeyde Avrupa Adalet Divanı tarafından kullanılmıştır. Buna paralel olarak, kendisine çeşitli hukuk sistemlerinde yer bulmuştur.

Ancak sahip olunan her güç konumunun istismara dayalı bir şekilde kullanılamayacağı daha önceki bir zamana kadar uzanır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Sözleşme ile korunan haklar yalnızca "demokratik bir toplumda gerekli" ise kısıtlanabilir ve bu doğrultuda hakların meşru bir şekilde kısıtlanmasına imkân veren amaçlar belirlenmektedir. Örneğin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. madde; aile ve özel yaşamın mahremiyetiyle ilgili 8. madde; din, vicdan ve kanaat özgürlüğüyle ilgili 9. madde; ifade özgürlüğüyle ilgili 10. madde; toplanma ve örgütlenme özgürlüğüyle ilgili 11. madde ve hareket özgürlüğüyle ilgili 4 numaralı

Ek Protokol'ün 2. maddesi, Avrupa Adalet Divanı, AİHM ve özellikle üye devletlerdeki genel anayasa geleneğine bu anlamda önyak olmuştur.

1980'lerden itibaren özellikle Güney Avrupa ülkeleri kendi doktrinlerinde ve içtihatlarında orantılılık ilkesini anayasal bir ilke olarak benimsemiş ve onları Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri takip etmiştir. Adli kontrole ilişkin yasalarının anayasallığı bakımından buna hukuk geleneklerinde yer vermeyen devletler bu modele karşı daha fazla ilgi göstermiş ve idarî eylemlerin kontrolünde daha yeterli dayanaklar olarak İngiltere'de olduğu gibi "makuliyet" veya Fransa'da olduğu gibi "erreur manifest" (hata duyurusu) yöntemlerine başvurmuşlardır. Oralarda bile teori, orantılılık ilkesinin yanında olmuştur.

Yargı işlemleri bakımından "orantılılık" kavramının 19. yüzyılın sonlarında, Prusya Yüksek İdari Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olması da ilginçtir. Mahkeme içtihadında polisin veya diğer hükümet kurumlarının vatandaşlarla olan ilişkilerinde keyfiyet uygulayabilmelerine karşı bir dengenin kurulabilmesinin gerekli olduğunu düşünmüştür. Mahkeme, dava için gerekli olduğu durumlar haricinde, hükümet birimlerinin kendilerine verilmiş yetkiyi suiistimal etmemeleri ve ilkesiz bir şekilde kullanmamaları için kendilerine böyle bir yükümlülük getirmek istemiştir.

Almanya açısından, orantılılık ilkesine bugüne kadar bile bazı federal eyaletlerin polis yasaları dışında yasa metinlerinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu ilke, anayasa tarafından ortaya konulduğu üzere hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet olarak kendisine yönelik değerlendirmesinin bir ifadesi ve anayasa düzeyinde bir ilke olarak düşünülmektedir. Aslında örfî hukuk olarak da kabul edilmektedir. Yurt dışında ise "savaş sonrası anayasal paradigmanın" bir parçası ve örneği olarak olumlu bir şekilde karşılanmıştır.

Bu arada, orantılılık ilkesi hem birincil Avrupa Birliği yasamasının hem de Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin somut bir parametresidir. Buna bağlı olarak, orantılılık ilkesinden açıkça söz eden kısıtlamalara ilişkin genel hükümler son yıllarda birçok ulusal anayasada yerini almıştır. Buna örnek olarak 2001 yılından itibaren Türk Anayasasının 13. maddesi verilebilir.

Anayasa hukuku bakımından ise orantılılık ilkesi, Avrupa dışındaki ülkelerin anayasalarına da girmiştir ve bunlara örnek olarak Brezilya, Kore ve Japonya verilebilir. Avrupa'dan esinlenen bu orantılılık ilkesinin dışında farklı bir yapıya sahip olsa da Kanada Hukuku da uluslararası bir hukuk kaynağı olarak mevcuttur. 1982 tarihli Kanada Temel Haklar Rehberi, yalnızca "özgür ve demokratik bir toplumda meşru olduğu gösterilebilecek olan yasalarda yazılı makul sınırlamalara" izin vermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri yasaları bakımından ise, Yüksek Mahkeme yargıçları orantılılık ilkesini açıkça kabul etmeyi ve entegre etmeyi ABD doktrininden çok daha fazla reddetmektedirler. Bunun yerine, Kanada modelinden çok daha fazla bir şekilde durumların her birindeki şartların kendi içerisinde dengelenmesi söz konusudur. Böyle bir dengeleme, Avrupa'da çok daha açık bir şekilde tanımlanmış ve uygulanmakta olan orantılılık ilkesinden farklıdır. Öte yandan, günlük yaşamda cezai işlemlerdeki farklılıklar o kadar da büyük değildir ve elbette dengeleme süreci Avrupa modelinde açıkça kontrol konusu olan bireysel durumların hesaba katılabilmesi için de herhangi bir engel teşkil etmemektedir.

Öyleyse Avrupa modeli tam olarak nasıl görünmektedir? Ve orantılılık ilkesi soruşturma ve kovuşturma yetkililerinin günlük uygulamalarını nasıl ve nerede etkilemektedir? Sonuçta bu eğitim anayasa hukuku uzmanlarına değil, uygulayıcılara yöneliktir.

Öte yandan, gündelik uygulamalarda bazen yürürlükte olan yasanın uygulanışında belli bir durumun değerlendirilmesi sorunu, orantılılık ilkesinin uygulanışı bakımından ulusal yasaların kendilerinin birer engel teşkil edip etmediği sorunuyla kesişmektedir.

Birçok durumda, özellikle eylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirilmesinde, bu iki mesele birbirinden tamamen ayrı tutulamazlar. Herhangi bir durum değerlendirilirken veya hakkında belli bir hükme varılırken, sadece temel haklara getirilecek olan kısıtlamaya orantılılık ilkesi bakımından ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmediğine değil, aynı zamanda duruma göre değişiklik göstermekle beraber ulusal yasaların böyle bir müdâhaleye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aleyhinde izin verip vermediğine ve bu konuda ne yapılabileceğine de odaklanılmalıdır. Örneğin ifade özgürlüğünün ihtilaf altında bulunduğu bir yerde, sorun sadece belli şartlar altında herhangi bir ifade veya duyuru yasaklanırken böyle bir kısıtlamaya ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmemesi değil, aynı zamanda böyle bir kısıtlamanın AIHS 10. madde ile uyuşup uyuşmamasıdır. Sözleşmeye taraf olan bütün üye devletler öyle ya da böyle yürürlükte olan ulusal yasalarının Sözleşmeyle çelişmesi ve hatta durumuna göre orantısız olması nedeniyle suçlanmıştır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısı hesaba katıldığında, kültürlerin ve hukuk geleneklerinin arasında bulunabilecek farklardan dolayı daima saygı gösterilmesi gereken bazı yasama ve uygulama farkları ortaya çıkabilir.

Bu nedenle Sözleşme, en küçük ortak payda olarak öngörülmüştür. Sözleşmeyle oluşturulan koruma mekanizması, bazı açılardan insan haklarını güvenceye alan ulusal sistemlerin tamamlayıcısıdır. Bu bağlamda "gereklilik" kavramıyla ima edilen toplumun acil bir ihtiyacının gerçekliği bakımından ilk değerlendirmesini yapmak ulusal yetkililere düşmektedir.

Buna bağlı olarak, 10. maddenin 2. paragrafı Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına ("yasalarda yazılı olma") hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır. Takdir sınırı, Mahkeme ile üye devletlerarasında çıkabilecek zarar verici bir çatışmadan kaçınabilmek için gerekli olan esnekliği sağlar ve devletlerin egemenlikleriyle Sözleşme altındaki yükümlülüklerinin dengelenmesini mümkün kılar.

Mahkemenin takdir sınırını ilk kez tartıştığı dava (Handyside v. Birleşik Krallık, 7.12.1976 tarihli hüküm, § 4849).

Takdir sınırı doktrininin gelişimi, bir tarafta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve içtihatlarıyla diğer tarafta ulusal yasaların arasındaki ilişki için önem arz etmiş olabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınan ve uygulamada karşılaşılan davaların çoğunun AIHS ilkeleriyle yasalar arasındaki uyumsuzluklarla ilgili olmadığı da ayrıca doğrudur; bunlar daha ziyade, belli bir davada yetkililerin veya resmî görevlilerin orantılılık ilkesini uygulamış olması veya bunun tam tersi bir şekilde

söz konusu kişinin haklarını ihlal etmiş olması sorunuyla ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, normalde temel haklara yapılan müdâhaleleri böyle bir müdâhalenin meşru olup olmadığı sorusuna dayanarak incelemektedir. Müdâhalenin meşru olup olmadığının belirlenmesinde yardımcı olması için normal şartlar altında 3 soruyu cevaplandırmaktadır: 1. Yasalara uygun muydu? 2. Kamu çıkarına hizmet etmiş miydi? 3. Ölçülü müydü?

Orantılılık ilkesinin ortaya çıkmasına yardımcı olan kaynaklarından biri olarak Alman Doktrini, bu bakımdan biraz daha yakın bir ayırım yapmaktadır ki bu da söz konusu olayı değerlendirirken belli bir kolaylık sağlayabilir.

- Söz konusu eylem uygun mu veya uygun muydu?

En azından istenen sonucun teşvik edilebilir olması hâlinde eylem uygun demektir. Sonuca gerçekten ulaşılmış olması gerekli değildir.

- Söz konusu eylem gerekli mi veya gerekli miydi?

Daha az zarar veren bir yöntem veya eylem aynı sonuca yol açabilecekse söz konusu eylem gereklidir.

Yalnızca tek bir yöntemin uygun olması hâlinde eylem alternatifsizlikten dolayı gerekli olacaktır.

- Yeterliliğe (daha dar anlamıyla orantılılığa) uyulmakta mı veya uyuldu mu?

Söz konusu kişinin dezavantajıyla ulaşılmak istenen amaç arasında sağlıklı bir ilişki varsa eylem yeterli demektir.

Kişinin uğradığı zarar ve kamu çıkarı arasında herhangi bir orantısızlık olmamalıdır. Daha ziyade, hukuken korunmakta olan haklar mümkün olduğunca dengelenmelidir yani ortaya çıkan yarar ve oluşan zarar arasında meşru bir ilişki olması gerekir. Sonuç itibarıyla ulaşılmak istenen hedefle Ölçülü olmamaları hâlinde kaçınmak istedikleri zarardan daha büyük bir zarara neden olacakları için kamu kurumları tarafından bu şekilde gerçekleştirilen eylemler orantısız olacaktır.

Kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin orantılılığının değerlendirilebilmesi için eylemin maksadının önceden belirlenmiş olması zorunludur. Bu Orantılılığın ilk kriteridir. Ayırım yapmaksızın sağa sola ateş eden bir teröristin, bir polis tarafından vurularak öldürülmesi ölçülü olabilir. Bunun tam tersi bir durumda, sadece bir sakız çalarken yakalanmış bir çocuğun kasten vurularak öldürülmesi kesinlikle ölçülü olmaz.

4.2. Alıştırmalar

- Öğrenci sayısına bağlı olarak oluşturulacak küçük çalışma grupları, paralel olarak bir vaka üzerinde çalışmalıdır.
- Yukarıda belirtildiği gibi, sürenin sınırlı olması nedeniyle öğrencilerin tamamının her 2 vaka üzerinde çalışmasını muhtemelen mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılmasına veya 2 vaka çalışmasını farklı çalışma

gruplarına verilmesi konusu eğiticiye kalmıştır.

Dersin verilmesine ilişkin ilk deneyimlerden sonra metinlerin önceden dağıtılması düşünülebilir (en azından 2. vaka çalışmasına ait hacimli metinlerin dağıtılması düşünülebilir).

Alıştırma

AlHM'ye sunulmuş olan aşağıdaki davaları inceleyiniz.

Ne gibi sonuçlar çıkarılmalıdır (çıkarılmıştır)?

Burada Mahkemenin kararı (veya daha öncesinde ulusal mahkemenin kararı) ne olmalıdır?

Dava 1. (Buck-Almanya 28.04.2005)

Dettingen belediye yetkilileri, 1996 yılının Ağustos ayında başvuru sahibinin oğlu V.B.'ye, 21 Mayıs 1996 akşamı başvuru sahibinin şirketi olan Trincomat özel limitet şirketine ait bir araçta seyahat ederken saatte 50 km olan hız limitini saatte 28 km kadar aştığı için 120 Alman Markı (DEM) tutarında bir ceza kesmiş ve 36 DEM tutarında masraf çıkarmıştır [Yol Trafik Yönetmeliklerinde, Yönetmelik 3 § 3 (1) ve 49 § 1 (3) ve Yol Trafik Kanunu'nun 24. maddesi]. Başvuru sahibi adı geçen şirketin sahibi ve yöneticisidir.

V.B., 4 Eylül'de cezayı kesen idari karara karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Davanın ilk duruşması, 12 Mart 1997 günü Bad Urach Bölge Mahkemesi huzurunda gerçekleşmiştir. V.B., suçsuz olduğunu savunmuş ve o gün söz konusu şirket aracını kendisinden başka 15 kişinin daha kullanmış olabileceğini ifade etmiştir. Tanık olarak çağrılan başvuru sahibi ifade vermeyi reddetmiştir ve bir aile ferdi olarak bunu yapmaya hakkı vardır. Duruşma 19 Mart 1997 gününe ertelenmiştir.

Başvuru sahibi, 13 Mart 1997 günü sabah saat 10'da bir polis memuru tarafından oğlu aleyhine yürütülen dava süreciyle ilgili olarak çalışanları hakkında ifade vermesinin istenmesi üzerine, tekrar bunu yapmak istemediğini ve hiçbir çalışanın o an itibarıyla iş yerinde bulunmadığını belirtmiştir. Aynı gün içerisinde bir polis memuru, Bad Urach Bölge Mahkemesi hâkiminin emriyle Dettingen şehrinden başvuru sahibinin oğlunun bir resmîni vermesini istemiştir. Başvuru sahibinin ilgili zamandaki çalışanları hakkında Dettingen ticaret makamında (Gewerbeamt) yapılan polis araştırmasından hiçbir şey çıkmamıştır.

Bad Urach Bölge Mahkemesi, V.B. aleyhinde yürütülen yargı sürecinin bağlamında 13 Mart 1997 günü başvuru sahibinin iş yerinin ve evinin aranabilmesi için bir izin çıkarmıştır.

Yaklaşık 10.000 sakini olan Dettingen kasabasındaki ev ve iş yerinin araması aynı gün saat 2'de yerel polis karakolundan gelen 4 polis tarafından yapılmıştır. Personel dosyaları ve çalışma saati beyannameleri gibi bazı belgelere el konulmuş ve kopyaları çıkarıldıktan sonra ertesi gün başvuru sahibine iade edilmiştir. Belgelerde 4 kadın ve 2'si erkek olmak üzere söz konusu zamanda başvuru sahibinin şirketinde

çalışmakta olan 6 kişinin daha ismi açığa çıkmış ve ayrıca başvuru sahibinin başka bir akrabasının daha hız sınırı aşıldığında şirket aracını kullanıyor olabileceği saptanmıştır. Başvuru sahibi aramaya itiraz etmiş ve avukatının da yardımıyla, arama izninin çıkarıldığı 13 Mart 1997 günü arama ve el koyma iznine karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Başvuru sahibi, Bad Urach Bölge Mahkemesinin emriyle iş yerinin ve evinin aranmasının, aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmesinden şikâyetçi olmuştur. Özellikle, üçüncü bir kişi tarafından belli bir yönetmeliğin ihlali sonucu yürütülen bir soruşturma kapsamında yapılan aramanın orantısız olduğunu savunmuştur. Sözleşmenin 8. maddesine istinat etmiştir.

- a. AİHS kapsamındaki temel haklara herhangi bir müdâhale söz konusu mudur?
- b. Öyle olması hâlinde mevcut durum için meşru mudur?

İlgili Ulusal Kanun

Şikâyet konusu olan arama, Karayolu Trafik Kanunu'nu (Straßenverkehrsgesetz) ihlal eden bir suçla ilgili soruşturma bağlamında yapılmıştır. Karayolu Trafik Yönetmeliklerinden 3. Yönetmelik (Straßenverkehrsordnung) hız sınırlarıyla ilgilidir. Yönetmeliğin 3(1) nolu alt bölümüne göre şehir içi hız sınırı saatte 50 km olarak belirlenmiştir. Yönetmeliğin 49 § 1 (3) sayılı maddesi uyarınca 3 nolu yönetmeliğin ihlal edilmesi hafif/adi suç (Ordnungswidrigkeit) sayılmaktadır; Karayolu Trafik Kanunu'nun 24. maddesine göre böyle bir suç para cezası ile cezalandırılabilir.

Hafif/adi suçlar konusu yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun (Ordnungswidrigkeitengesetz) çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu tip suçların önem derecesi düşüktür ve dolayısıyla Alman Hukukuna göre cezai suçlar kategorisinden çıkarılmıştır. Bu suçlar, cezai suçlara uygulanan kurallardan ziyade kısmî olarak özel kurallara tabidir. Yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun'un 46(1) no.lu maddesine göre, ceza usûlünü düzenleyen genel hukuk hükümleri –özellikle Ceza Muhâkemesi Kanunu– yönetmelik ihlalleriyle ilgili usûle benzer şekilde uygulanabilir ancak bahse konu, kanundaki istisnâlar geçerlidir.

Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun (Straf-prozessordnung) 103. maddesine göre, cezai bir suç işlediğine dair hakkında herhangi bir şüphe bulunmayan bir kişinin evinin veya o kişiye ait başka yerlerin aranması ancak hakkında suç isnat edilen bir kişinin yakalanması, suç delillerinin araştırılması veya belirli eşyalara el konulması amacıyla gerçekleştirilebilir; böyle bir aramada ilgili kişi, delili veya nesnelerin aranacak yerde bulunduğunu gösteren bilgilerin olması şarttır. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca arama emri ancak hâkim tarafından verilebilir; ivedilik arz eden durumlarda (Gefahr im Verzug) ise bu emir savcı veya savcılık yetkilileri tarafından da verilebilir. Bir konut veya işyerinin hâkim veya savcı olmaksızın aranması için aramaya bir belediye görevlisi veya aramanın yapılacağı belediyeliğe kayıtlı iki mukimin katılması talep edilecektir.

Dava 2. (Kucera v. Slovakya 17.07.2007)

Başvuru sahibi, Považská Bystrica Bölgesindeki polis biriminin müdürüdür. Başvurusu kendisi aleyhinde açılan ceza davasıyla ilgilidir ve bu davanın şartları aşağıda açıklanmaktadır.

a. Polis Tarafından Başvuru Sahibinin Apartman Dairesine Girilmesi

{ } Başvuru sahibine göre, 17 Aralık 1997 sabahı saat 6'da, maskeli ve silahlı birkaç polis bir baskın yapmış ve kendi izni olmaksızın evine girmiştir. Polisler, başvuru sahibi ve karısına bir polis müfettişinin kararını göstermişlerdir. Karar 17 Aralık 1997 tarihidir ve başka birkaç kişiyle birlikte kendisini para sızdırmakla suçlamaktadır. Müfettiş, şüphelinin bir limitet şirket sahibini, şirketteki hisselerini ve arabasını üçüncü bir şahsa aktarmaya zorladığından şüphelenmiştir.

Hükümete göre polis, başvuru sahibinin kapısına gelmiş ve başvuru sahibinin izniyle içeri girmiştir. Ziyaretlerinin maksadı ise müfettişin kararını başvuru sahibi ve karısına bildirmek olmuştur.

Başvuru sahibi, Žilina Bölgesel Soruşturma Bürosu'na getirilmiştir. Başvuru sahibinin karısına çocuğunu kreşe götürmesi için izin verilmiştir ve daha sonra kendisi de Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürüldükten sonra Başvuru sahibiyle birlikte sorgulamaları yapılmıştır. Başvuru sahibi 18 Aralık 1997 sabahı saat 5'e kadar bir hücrede tutulmuş ve bir savcının emriyle serbest bırakılmıştır.

19 Aralık 1997 günü Žilina Polis Müdâhale Birimi'nde görevli bir memur tarafından 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine yapılan ziyaret hakkında bir rapor düzenlenmiştir. Raporda ziyaretin maksadına ulaştığı ve başvuru sahibinin Bölgesel Soruşturma Bürosu'na götürüldüğü belirtilmiştir. Herhangi bir zorlayıcı tedbire başvurulması gerekmemiş, kimse yaralanmamış veya zarar görmemiştir.

Başvuru sahibi, 4 Şubat 1998 günü 17 Aralık 1997 günü gerçekleşen olayla ilgili bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Şikâyet, İçişleri Bakanlığına bağlı Polis Teşkilatı Denetim Birimine aktarılmıştır.

Başvuru sahibi, 5 Mart 1998 günü soruşturmayı yürüten müfettişe, kapıyı açtıktan sonra polisin evine herhangi bir arama izni olmadan girdiğini ifade etmiştir. Kendisine bir zarf vermişler ve kendi izni olmadan evde çevrelerine bakmışlardır.

Başvuru sahibinin karısı, 22 Nisan 1998 günü sorgulanmıştır Polis geldiğinde kendisinin uyumakta olduğunu belirtmiştir. Kocası kapıyı açtıktan sonra polisler ne olduğunu ve ne istediklerini sorduğunu duymuştur. Kendisi de kapıya gitmiş ve ikisi maske takmış olan dört polisin koridorda olduğunu görmüştür. Kendisinden bir belgeyi imzalaması istenmiştir. Sonrasında ise maskeli polisler kocasıyla birlikte ayrılmış ve sivil kıyafetleri bulunan diğer iki polis ise kreşe giderken kendisiyle gelmeden önce apartmanda kalmışlardır. Memurlar daha sonra kendisini Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürmüşlerdir. Herhangi bir güç kullanılmamıştır. Kocasının polislere eve girme izni verdiğini duymadığını söylemiştir.

Müfettiş, 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine giden polislerden üçünün ifadesini almıştır. Polis Müdâhale Biriminden Memur B., başvuru sahibinin suçlamayı okumak ve üstünü giyinmek için izin istediğini belirtmiştir. Ceza takibini yürüten polisler de bunun üzerine içeri girip giremeyeceklerini sormuşlardır. Memur B.'ye göre başvuru sahibi buna olumlu yönde cevap vermiştir. Ceza takibinden iki polis ve müdâhale biriminden de iki polis apartmana girmiştir. Memur M., 24 Nisan 1998 günü başvuru sahibinin kendilerini evinin koridoruna davet ettiğini zira kendileriyle ön kapıda ilgilenmek istemediğini belirtmiştir. Polisler hem başvuru sahibine hem de

karısına suçlamayı tebliğ etmiştir. Güç kullanmamışlar ve apartmanı aramamışlardır. Son olarak da 26 Mayıs 1998 günü Baş Komiser B., bütün meselenin bir yanlışlıktan ibaret olduğunu düşündüğü için başvuru sahibinin kendilerini içeri davet ettiğini ifade etmiştir. Herhangi bir arama yapılmamıştır.

Polis Teşkilatı Denetim Birimi, 28 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin 17 Aralık 1997 günü evine polislerin girmesiyle ilgili şikâyetini geri çevirmiştir. Karar başvuru sahibi, karısı ve olayda yer alan polislerden üçünün açıklamalarına dayandırılmıştır. Denetim Birimi, herhangi bir suçun işlenmiş olduğuna dair delil olmadığı sonucuna varmıştır.

b. Cezai İşlemler ve Başvuru Sahibinin Tutukluluk Hâlinin Devamı

Polis, 19 Aralık 1997 günü başvuru sahibini bir kez daha gözaltına almıştır. Trenčín İlçe Mahkemesinden bir hâkim, 20 Aralık 1997 günü 19 Aralık 1997 gününden itibaren başlamak üzere tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 67. maddesi § 1(b) referans gösterilmiştir.

Hâkimin tespitine göre mağdur Bay R., fiziksel tasfiye tehditleri de dâhil olmak üzere şüphelinin işlediğini iddia ettiği suçları ayrıntılarıyla anlatmıştır. Bu ifadelerin tümüyle asılsız olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Dolayısıyla Hâkim, mağdur olduğu iddia edilen kişi üzerinde daha fazla baskı kurmalarını önlemek adına şüphelilerin tutuklu kalmalarının gerekli olduğunu düşünmüştür.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 27 Ocak 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı kararına karşı yaptığı şikâyeti geri çevirmiştir. Tespit edilene göre, başvuru sahibinin ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilerin iddia edilen eylemleri mağdur olduğu iddia edilen kişi ve birkaç tanık tarafından ayrıntılarıyla anlatılmıştır. Hem bu suçlamaların ciddi niteliği hem de daha fazla delil gerekmesi soruşturmanın tehlikeye düşmemesi adına şüphelilerin serbest bırakılmaması kararını haklı çıkarmıştır.

Başvuru sahibi, 25 Şubat 1998 tarihli bir mektupla serbest kalmayı istemiştir. Mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişi tarafından başvuru sahibine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu gösterdiğini savunmuştur.

Serbest bırakılma talebi, 5 Mart 1998 tarihli olarak Trenčín Bölge Savcılığı tarafından kayda geçirilmiştir. Savcı, başvuru sahibini serbest bırakmayı reddetmiş ve talebi aynı gün içerisinde Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 12 Mart 1998 günü mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin suçlamalarının asılsız olduğunu göstermemesi ve Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluğunun hala gerekli olması nedeniyle talebi reddetmiştir. Karar, başvuru sahibi ve avukatına sırasıyla 18 ve 19 Mart 1998 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi, 23 ve 26 Mart 1998 tarihlerinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. İddiasına göre, soruşturma uzun süredir devam etmesine rağmen kendisine karşı doğrudan bir delil elde edilmemiştir. Başvuru sahibi, kendisine herhangi bir baskı yapmamış olduğunu doğrudan belirtmiş olan mağdur olduğu iddia edilen kişinin önünde çapraz sorguya alınmıştır.

Dosya, 2 Nisan 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Trenčín Bölge Mahkemesi, 12 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin talebini geri çevirirken, gerekçe olarak İlçe Mahkemesinin kararını göstermiştir. Ayrıca başvuru sahibinin 19 Ocak 1998 günü cezaevinden karısına gizlice bir mektup yollama girişiminde bulunmuş olması gerekçesiyle tutukluluğunun gerekli olduğunu da eklemiştir. Karar başvuru sahibine 28 Mayıs 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan iki hâkimden biri olan Hâkim, T. 8 Haziran 1998 günü Mahkeme başkanına daha önce mağdur olduğu iddia edilen kişinin avukatlığını yapmış olduğu ve başvuru sahibinin kendisi ve karısıyla temasını sürdürdüğü için çıkar çatışması içerisinde olduğunu bildirmiştir.

Hâkim, Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 gereğince başka bir hâkimle değiştirilmesini kabul ettiğini belirtmiştir. Hâkim T., 18 Haziran 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesinden resmî olarak affını istemiştir. Bölge Mahkemesi, 7 Temmuz 1998 günü talebi kabul etmiştir. Kararda Hâkim T.'nin başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin bir karar vermesi için kendisine gönderilmesinden sonra affını istediği belirtilmiştir.

Bu arada 13 Haziran 1998 günü İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan başka bir hâkim olan Hâkim S., başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan diğer dört şüphelinin tutukluluk süresini 19 Aralık 1998 tarihine kadar uzatmıştır. Başvuru sahibi bakımından, kararda cezaevinden karısına gizlice mektup göndermeye çalıştığı belirtilmiştir. Karısı ise savcının veya soruşturmayı yürüten yetkilinin önceden izni olmaksızın ve davaya bakan hâkimin yokluğunda Trenčín Bölge Mahkemesine giderek dosya hakkında bilgi almıştır. Şüphelinin tanıklara veya kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilere karışma ve davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmuştur.

Başvuru sahibi, 13 Haziran 1998 günü tutukluluk süresini uzatan hâkimin, o an itibarıyla diğer hâkimin henüz davadan çekilme talebinin işleme konmamış olması sebebiyle davayla ilgilenme yetkisinin bulunmamasından şikâyetçi olmuştur.

Başsavcılık, 22 Eylül 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluğunun uzatılmasına ilişkin olarak 13 Haziran 1998 tarihinde alınan kararın Ceza Muhâkemesi Kanunu 71. madde § 1 uyarınca alınmış olduğunu tespit etmiştir. Bu meyanda, mektupta Trenčín İlçe Mahkemesi başkanının Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 uyarınca dosya üzerinde işlem yapmak için herhangi bir neden göremediği ve bu nedenle 18 Haziran 1998 günü hâkimin davadan çekilmesine izin verilmesini istediği belirtilmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluk halinin uzatılması kararı ve hâkimin davadan çekilme talebiyle ilgili karar birbirlerinden tamamen bağımsız bir şekilde alınmış kararlardır ve davayı herhangi bir şekilde etkilememiştir.

Hükümet ise 16 Ocak 2004 tarihinde Trenčín İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından verilen bir ifadeyi sunmuş ve esasa ilişkin zamanda Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına yalnızca Hâkim T. ve S.'nin bakmakta olduğunu belirtmiştir. Savcının başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüphelilerin tutukluluk sürelerinin uzatılması önerisi, İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından 1998 yılı için çıkarılan çalışma programı doğrultusunda Hâkim S.'nin kısmında yeni bir kayıt olarak alınmıştır.

Dosyaya 4Tp 41/98 numarası verilmiştir. Hâkim S., öneri üzerindeki hükmünü 13 Haziran 1998 tarihinde vermiştir.

Hâkim T. bakımından ise, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin incelenmesi yalnızca kendisine düşmüştür. Dosyanın kaydı 3Tp 42/98 numarasıyla yapılmıştır. Başvuru sahibi aleyhindeki ceza davasından Hâkim T.'nin tamamen çekilmesinin ardından, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebi Hâkim S.'ye gönderilmiştir.

Bu konudaki uygulama, başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüpheliler aleyhindeki ceza kovuşturması başlamadan önce İlçe Mahkemesinin üzerinde karar almasını gerektiren her yeni talebin ayrı ayrı kaydedilmesidir. Bunun sonucu olarak da farklı hâkimler aynı şüpheliyle ilgili çeşitli meseleler hakkında karar almışlardır.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 26 Temmuz 1998 günü başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini 20 Aralık 1997 ve 13 Haziran 1998 tarihli kararlarında açıklanan nedenlerden dolayı geri çevirmiştir. Karar, başvuru sahibinin tutukluluğu hakkında 26 Nisan 1998 günü Başsavcılığa yaptığı şikâyetle ilgili olarak alınmıştır. Şikâyet, bir serbest bırakılma başvurusu olarak görülmüş ve 5 Haziran 1998 günü karara bağlanması için Trenčín İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

Başvuru sahibi, 11 Ağustos 1998 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Davanın şartlarına ve bazı tanıkların ifadelerine değinerek, kendisine karşı herhangi bir delilin bulunmadığını iddia etmiştir. Mağdur olduğu iddia edilen kişiyi tehdit etmiş olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Cezaevinden karısına yollamaya çalıştığı mektubun içeriği tamamen kişiseldir ve ceza kovuşturmasının üzerinde herhangi bir dayanağı yoktur. Karısı ise Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca Bölge Mahkemesinin iki çalışanın huzurunda dava dosyası hakkında bilgi edinmiştir.

Savcı talebi 28 Ağustos 1998 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiş ve talep 10 Eylül 1998 günü geri çevrilmiştir. Karar, 21 Eylül 1998 günü tebliğ edilmiştir. Kararda davanın karışık olduğu ve mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin, başvuru sahibinin serbest kalması hâlinde tanıklara müdâhale edebileceğine dair korkusunun hak verilebilir olduğunu gösterdiği belirtilmiştir.

Başvuru sahibi, 25 ve 29 Eylül 1998 günü sunduğu şikâyetinde, kendisi aleyhindeki suçlamalarla ilgili yürütülen soruşturmanın sona erdiğini, tanıkların dinlenmiş olduğunu ve kendisinin tanıklara müdâhale etmeye çalışmış olduğunu gösteren hiçbir şeyin olmadığını iddia etmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 5 Kasım 1998 günü başvuru sahibinin talebini reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin görüşüne göre, toplanan deliller başvuru sahibinin suçlanmakta olduğu suçları işlemiş olduğuna dair şüpheleri zayıflatmamıştır. Söz konusu suçun ciddi niteliği ve suçun organize bir grup tarafından işlenmiş olabileceği ihtimâli, Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamının gerekli olduğuna dair alınan kararı meşru kılmıştır. Dosya 22 Aralık 1998 günü İlçe Mahkemesine geri gönderilmiştir. Bölge Mahkemesinin 5 Kasım 1998 tarihli kararı başvuru sahibine 15 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi 16 Kasım 1998 günü, Trenčín Bölge Savcılığında Ceza

Muhâkemesi Kanunu 23. madde § 1 gereğince kendisi ve karısı aleyhindeki suçlamaların ayrı bir dava dosyasında görülmesi talebinde bulunmuştur. Dava sürecinde diğerleriyle ilgili başka birkaç suçlamanın inceleme altında olduğunu açıklamıştır. Bunun sonucu olarak da, birkaç aydır başvuru sahibinin aleyhindeki suçlamaların soruşturulmasıyla ilgili herhangi bir ilerleme kaydedilmemiştir. Kendisine yönelik suçlamaların soruşturulması Ekim 1998'de sona erdiğinden, tutukluluk hâlinin devamı için hiçbir neden yoktur.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 4 Aralık 1998 günü başvuru sahibinin 23 Kasım 1998 günü yaptığı serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Hâkimin tespitine göre, başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı için yukarıdaki kararlarda açıklanan nedenler hâlâ geçerlidir. Söz konusu suçlar ciddi olmakla beraber organize bir suç kapsamında işlenmiş olduğu şüphesi mevcuttur. Karar 15 Aralık 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 9 Şubat 1999 günü başvuru sahibinin İlçe Mahkemesinin kararına 18 Aralık 1998 günü yaptığı itirazı reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin kararı başvuru sahibine 25 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Bu arada, Trenčín İlçe Mahkemesi, 7 Aralık 1998 günü başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte şüpheli olarak bulunan dört kişinin tutukluluk süresini 9 Haziran 1999 tarihine kadar uzatmıştır. Kararda, davanın karışık olduğu ve olaya karışanların başka suçlardan dolayı da şüpheli buldukları belirtilmiştir. Konuyla ilgili gerçeklerin belirlenebilmesi için Alman yetkililerle işbirliğine gidilmesi gerekli olmuştur. Şüphelinin tanıklara müdâhale etme veya davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmaktadır. Karar şüphelilerin tutukluluğuyla ilgili önceki kararlara değinmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluğunun devamıyla ilgili kesin bir gerekçe sunmamıştır.

Başvuru sahibi, 16 Şubat 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Savcı talebi 3 Mart 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi talebi, 16 Mart 1999 günü geri çevirmiştir. Kararda şüphelilerden birinin Çek Cumhuriyeti'nde gözaltına alındığı ve Slovakya'ya iadesinin yapılacağı belirtilmiştir. Başvuru sahibinin şüpheli olarak bulunduğu suç faaliyetinin soruşturulması da dahil olmak üzere daha fazla soruşturma yürütülmesi gerekmektedir. Nihai karar 26 Mart 1999 günü alınmıştır.

Bu arada, 25 Mart 1999 günü başvuru sahibi bir kez daha serbest bırakılma başvurusunda bulunmuştur. Bölge Savcılığı 6 Nisan 1999 günü, en son başvurusuyla ilgili nihai kararın alınmasından sonra on dört gün geçene kadar Ceza Muhâkemesi Kanunu 72. madde § 2 gereğince yeniden başvuru yapamayacağını kendisine bildirmiştir.

Başvuru sahibi 15 Nisan 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. İncelenmekte olan suçlara karıştığını gösteren herhangi bir şeyin olmadığını savunmuştur.

Savcı serbest bırakılma başvurusuyla birlikte dosyayı 16 Nisan 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi, 20 Nisan 1999 günü talebi geri çevirirken, başvuru sahibinin tutukluluk halinin devamının Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) uyarınca gerekli olduğu görüşünü benimsemiştir. Başvuru sahibi, 26 Nisan 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Davayla ilgili

soruşturmanın sona erdiğini savunmuştur. Dosya 20 Mayıs 1999 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Bölge Mahkemesi 10 Haziran 1999 günü şikâyeti geri çevirmiştir.

Bu arada, 11 Mayıs 1999 günü başvuru sahibi ve avukatı dosyayı incelemişlerdir. Savcı 9 Haziran 1999 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesi huzurunda başvuru sahibi, karısı ve başka yedi kişinin hakkındaki iddianameyi okumuştur. Başvuru sahibi ve karısı, organize bir grubun üyeleri olarak para sızdırmakla suçlanmışlardır. İddianamede başvuru sahibi veya karısını ilgilendirmeyen 9 başka suçta daha yer verilmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 23 Haziran 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Başvuru sahibi, 30 Haziran 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Sonuçta yurt dışında bulunan mağdur taraf Bay R.'yi tehdit etmediğini iddia etmiştir. Tutukluluk halinin devamı için geçerli bir neden yoktur.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 16 Eylül 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini bir kez daha reddetmiştir. Karar, başvuru sahibinin kendisini 4 Mart 1997 tarihinde tehdit ettiğine dair Bay R. tarafından verilmiş bir ifadeye değinmiştir.

Başvuru sahibi, 19 Aralık 1999 günü tutukluluğundan serbest bırakılmıştır. Tutuklu bulunduğu süre boyunca, 29 Ocak 1999 tarihine kadar karısı tarafından ziyaret edilmesine izin verilmemiştir. Bunun öncesinde de başvuru sahibi ve karısının avukatı, 6 Mayıs 1999 günü gerekmesi hâlinde soruşturma yetkililerinden birinin eşliğinde müvekkillerinin görüşebilmesine izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Başvuru sahibinin karısıyla uzun süredir görüşmemesinden doğan mağduriyete ve söz konusu suçlara yönelik yürütülen soruşturmanın fiilen sona ermiş olmasına değinilmiştir.

Başvuru sahibinin karısı, 11 Şubat 1999 günü başvuru sahibini 24 Şubat 1999 tarihinde ziyaret edebilmek için yaptığı izin talebinin reddedilmesine itiraz etmiştir. Soruşturmayı yürüten yetkili tarafından başvuru sahibini ve karısını daha fazla sorgulamayı düşünmediği yönünde 15 Ocak 1999 tarihinde verilen ifadeye değinilmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 28 Ocak 2000 tarihinde para sızdırma suçunu işlediklerinin gösterilememiş olmasından dolayı Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (c) gereğince başvuru sahibi ve karısının beraatına karar vermiştir. Mahkeme diğer sanıklardan yedisini mahkûm etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 7 Şubat 2001 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesinin 28 Ocak 2000 tarihli hükmünün ilgili kısmını bozmuştur. Yüksek Mahkeme başvuru sahibi ve karısının eylemlerinin suç teşkil etmediği görüşünü benimseyerek, Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (b) gereğince beraat etmelerine karar vermiştir.

a. Başvuru sahibi, polisin evine yasaya aykırı bir şekilde girmesinden ve tutukluluk hâlinin devamı süresince karısıyla görüşmesine müsaade edilmemesinden şikâyetçi olmuştur.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir midir?

b. Başvuru sahibi, tutukluluk halinin fazla uzun sürmüş olduğundan şikâyet etmektedir. Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu iddia etmektedir.
Haklı mıdır?

c. Başvuru sahibi aynı zamanda 25 Şubat 1998, 11 Ağustos 1998 ve 23 Kasım 1998 tarihlerinde tutukluluk hâlinde serbest bırakılmasına dair yaptığı taleplerin hızlı bir şekilde karara bağlanmamış olduğundan şikâyetçidir.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir mi?

Konuyla İlgili Yerel Yasa Ve Uygulamalar (Dava 2)

Ceza Muhâkemesi Kanunu

Madde 23 § 1 tarafından verilene göre, belli bir kovuşturmayı hızlandırmak maksadıyla veya başka önemli herhangi bir nedenle, belli bir suç veya şüpheli için yürütülen kovuşturma ayrı bir dava olarak yürütülebilir.

Madde 67 § 1(b) gereğince bir şüpheli, yalnızca serbest bırakılması hâlinde tanıklara veya diğer şüphelilere müdâhale edebilmesi veya davayla ilgili gerçeklerin soruşturulmasına engel çıkarabilmesi için somut gerekçelerin mevcut olması hâlinde tutuklu bulundurulabilir.

Madde 71, yargılama öncesinde ve yargılama sürecindeki tutukluluk süresine sınırlama getirmektedir. Eğer yargılama öncesi tutukluluk hali altı aydan uzun sürerse ve eğer sanığın serbest bırakılması ceza soruşturmasının amacına engel teşkil eder veya zarar verirse, hâkim, savcının başvurusu üzerine, tutukluluk süresini bir yıla kadar uzatabilir; iki yıldan uzun olmamak üzere bu sürenin daha fazla uzatılmasına ancak bir mahkeme kararı karar verebilir.

Madde 72 § 2 başvuru sahibine serbest bırakılması için herhangi bir zamanda başvuru yapabilme hakkını vermektedir. Savcı, böyle bir başvuruyu dava başlamadan önce geri çevirirse, onu doğruca mahkemeye göndermelidir. Serbest bırakılmakla ilgili bir talebin kararı gecikmeksizin alınmalıdır. Serbest bırakılmasını haklı gösteren yeni bir gerekçe sunmadıkça, bir şüpheli başvurusunun reddedilmesiyle ilgili nihai kararın alınmasının ardından ancak 14 gün sonra yeni bir başvuru yapabilmektedir.

Medeni Kanun

Bir kişinin saygınlığının, şerefının, itibarının ve iyi isminin korunması hakkı Medeni Kanun'un 11. maddesi ve sonrasındaki hükümlerle güvence altındadır.

11. maddeye göre tüm gerçek kişiler, kişiliğinin, özellikle yaşamının ve sağlığının, medeni ve insan saygınlığının, mahremiyetinin, isminin ve kişisel özelliklerinin korunması hakkına sahiptir.

Madde 13 § 1 gereğince tüm gerçek kişiler, kendi haklarının haksız yere ihlal edilmesinin önlenmesini talep etme, böyle bir ihlalden doğan zararlarını karşılatma ve

uygun bir şekilde tazmin edilme hakkına sahiptir.

1993 Tarihli Polis Teşkilatı Kanunu

Madde 8(1) gereğince, polis memurları kendi görevlerini yerine getirirken başkalarının şerefine ve saygınlığına saygı göstermekle yükümlüdür. Eylemlerinin maksadını gerçekleştirmek isterken, zarar vermekten ve kişilerin hakkına gereğinden fazla bir şekilde müdâhale etmekten kaçınmaları gerekmektedir. 8. maddenin 2. paragrafı gereğince, bir polisin eylemi kişinin herhangi bir hakkına müdâhale içeriyorsa, kişiye haklarının mümkün olduğunca çabuk bir şekilde bildirilmesi gerekmektedir.

Madde 29(1), başka durumlarla birlikte bir kişinin hayatının risk altında olduğu veya ciddi bir suçun failinin herhangi bir mekanda bulunduğu fakat dışarı çıkması emrine uymadığı yerlerde, polise bir tehlikeyi önleme maksadıyla tedbir almak adına evlere girme izni vermektedir. 29. maddenin 3. paragrafı, söz konusu kişinin yaşamı veya sağlığı tehlike altında bulunmadıkça veya durumun şartları gecikmeye izin vermedikçe, böyle bir eylemin tarafsız üçüncü bir şahsın eşliğinde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

1993 Tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası

Esasa ilişkin zamanda yürürlükte olan 1993 tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası (Zákon o výkone vázby) Madde 10 gereğince, başka nedenler de bulunmakla beraber Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamındaki nedenlerden dolayı tutuklu bulunan bir kişi, yalnızca söz konusu davayla ilgilenen yetkili bir makamın önceden sağladığı yazılı bir izinle ziyaret edilebilmektedir.

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Orantılılık İlkesi ile İlgili AİHM Kararları Listesi (2009 Yılına Kadar)

Murray v. the United Kingdom, 14310/88, 28 October 1994.

Dalan v. Turkey, 38585/97, 7 June 2005.

Fahriye Caliskan v. Turkey, 40516/98, 2 October 2007.

Ploski v. Poland, 26761/95, 12 November 2002.

Labita v. Italy [GC], 26772/95, 6 April 2000.

Roemen and Schmit v. Luxembourg, 51772/99, 25 February 2003.

Buck v. Germany, 41604/98, 28 April 2005.

Smirnov v. Russia, 71362/01, 7 June 2007.

Kucera v. Slovakia, 48666/99, 17 July 2007.

Andre and others v. France, 18603/03, 24 July 2008.

Keegan v. the United Kingdom, 28867/03, 18 July 2006.

Z v. Finland, 22009/93, 25 February 1997.

S. and Marper v. the United Kingdom [GC], 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

Craxi v. Italy (No. 2), 25337/94, 17 July 2003.

Worm v. Austria, 22714/93, 29 August 1997.

News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96, 11 January 2000.

Dabrowski v. Poland, 18235/02, 19 December 2006.

Dupuis and others v. France, 1914/02, 7 June 2007.

Falk v. the Netherlands (dec.) 66273/01, 19 October 2004.

Kyprianou v. Cyprus [GC], 73797/01, 15 December 2005.

Saday v. Turkey, 32458/96, 30 March 2006.

Panovits v. Cyprus, 4268/04, 11 December 2008.

Cordova v. Italy (No. 1), 40877/98, 30 January 2003.

Krombach v. France, 29731/96, 13 February 2001.

Poitrimol v. France, 14032/88, 23 November 1993.

July and Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14 February 2007.

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

Ders Planı
Giriş

- 8.1. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi, İlgili Mevzuat ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
- 8.2. Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi
- 8.3. Türk Hukukunda Önleme (İstihbarat) Amaçlı İletişimin Denetlenmesi
- 8.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İletişimin Denetlenmesi

Ders Planı - İletişimin Denetlenmesi Tedbiri

Dersin Amacı

- Haberleşme hürriyetinin önemi ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin (adlî ve istihbârî amaçlı) haberleşme hürriyeti üzerine etkisi konusunda bilgi sahibi olmak.
- İletişimin denetlenmesi konusunda ulusal ve uluslararası düzenlemeleri incelemek ve AİHM tarafından bu konuda ortaya konulan ilkeler konusunda bilgi düzeyini artırmak.
- İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında ortaya sorunlara, kanun hükümlerinden hareketle çözüm önerileri getirmek.
- İletişimin denetlenmesi konusunda iç hukukta (ve uluslararası hukukta) yer alan normlardan hareketle en iyi uygulama (best practice) örneği oluşturmak.

Dersin Kapsamı

Hâkim ve savcı adaylarını eğitecek profesyonellere yönelik olarak hazırlanan bu modül, dört ana bölümden oluşmaktadır:

- Haberleşme Hürriyeti Ve Bu Hürriyete Yönelik "Hukuka Uygun" Müdâhalelerin Sınırı
- Adlî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi
- İstihbârî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi
- AİHM İçtihatlarında (Case Law) İletişimin Denetlenmesi

BİRİNCİ DERS

Haberleşme Hürriyeti ve Bu Hürriyete Yönelik 'Hukuka Uygun' Müdâhalelerin Sınırı

Dersin Amacı

Birinci dersin sonunda öğrenci;

- Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı ve Haberleşme Hürriyeti Arasındaki İlişkiyi Kavrar.
- Haberleşmenin Gizliliğinin Demokratik Toplumlar Açısından Önemi Anlar.
- Haberleşme Hürriyetinin Kapsamı Hakkında Bilgi Sahibi Olur.
- Haberleşme Hürriyetinin Sınırlanabileceği Hâlleri Öğrenir.
- Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Haberleşme Hürriyetine Yönelik Müdâhaleler Açısından Fonksiyonu Görev Hakkında Bilgi Sahibi Olur.

Yöntem

- Sözlü Anlatım
- Soru/Cevap
- Grup İçi Tartışma

Araçlar

- Eğitim Materyali
- Power-Point Sunusu

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi

- * Özel hayatın gizliliği hangi unsurları kapsar?
- * Haberleşme hürriyeti özel hayatın gizliliğine dahil midir?
- * Hangi araçlarla gerçekleştirilen haberleşmeler bakımından mahremiyet/

gizlilik beklentisi vardır?

* Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin demokratik toplumlarda açısından önemi nedir?

* İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması açısından tıb etkin bir rol alır mı?

- Konu bitiminde özel hayatın gizliliğine saygı hakkı bakımından Malone-Birleşik Krallık kararı; haberleşme hürriyeti bakımından da Kennedy-Birleşik Krallık Kararı (veya Kopp ve Diğerleri-Almanya) kararı derinlemesine analiz edilebilir.

Örnek Olay: A Tic. Ltd. Şirketinin iki yöneticisi hakkında, göçmen kaçakçılığı suçunu işlediklerinden bahisle, kolluk görevlilerinin 5 ay süren ön alan soruşturması yapılmıştır. Bu ön alan soruşturması sonucunda, söz konusu kimseler hakkında kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunduğu ve gecikmesinde sakınca bulunduğundan bahisle Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile A. Tic. Ltd. Şti'nin yönetim binasında bulunan santral telefonu için iletişimin denetlenmesi kararı verilmiştir. Bu uygulamayı, haberleşme hürriyetine yönelik müdâhalesini sınırını, meşru bir amacının olup olmadığını ve ölçülü olup olmadığını AİHM İçtihatları bağlamında değerlendiriniz.

- Değerlendirme ve geribildirim

İKİNCİ VE ÜÇÜNCÜ DERS (45 dakika + 45 dakika= 90 Dakika) Adlî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 135 vd. hükümlerinde yer alan, adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin türlerini, her tedbirin uygulanma koşullarını, şüphe derecelerini, tedbirin uygulanabileceği suç türleri ve kişileri öğrenir.
- Tedbirin uygulanmasına ilişkin yasakları (ve delil yasaklarını) öğrenir.
- Tedbirin uygulanmasında elde edilen bulguların delil değeri hakkında bilgi sahibi olur.
- Tedbirin uygulanmasına ilişkin CMK m. 135 vd. hükümleri ve kanunda yer alan güvence mekanizması ile AİHM İçtihadı arasında benzerlik ve farklılıkları görür.

Yöntem

- Sözlü Anlatım
- Soru/Cevap
- Grup İçi Tartışma

Araçlar

- Power-Point Sunusu
- Eğitim Materyali
- Örnek Olay Çözümleri
- Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan Temin Edilecek Örnek Kararlar (Gizliliği İhlal Etmemek Kaydıyla) Bağlamında Yazılı Emir ve Kararların İncelenmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Eğitim materyalinden hareketle, power point sunusu hazırlanır. Ders materyali okunarak derse hazırlık yapılmış hâlde gelinir ve şu sorulara cevap aranır:
 - * Her suç bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir mi?

- * Her şüphe derecesinde bu tedbir uygulanabilir mi?
- * Her suç bakımından bu tedbir uygulanabilir mi? Bu tedbire başvurulacağı anda, eldeki delil durumu itibarıyla suç tipinin değerlendirilmesi/takdir edilmesine gerek var mıdır? Bu değerlendirme önem arzeder mi? Hukukî değerlendirme hatasının önemi var mıdır?
- * İletişimin denetlenmesi tedbiri ile diğer koruma tedbiri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi var mıdır?
- * İletişimin denetlenmesi tedbiri, kendi içerisinde kademeli olarak uygulanabilir mi? (İletişimin Tespiti-Dinleme, Kayda Alma ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi- Mobil Cihazın Yerinin Tespiti)
- * İletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında yer alan "alt tedbirler" bir bütün hâlinde uygulanabilir mi?
- * İletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi bakımından sınırı var mıdır?
- * İletişimin denetlenmesi tedbirinin konu (haberleşme türü) ve haberleşen kişiler bakımından bir sınırı var mıdır?
- * Kişinin müdafii ile gerçekleştirdiği haberleşme denetlenebilir mi?
- * İletişimin denetlenmesinden elde edilen bulgular delil olarak kullanılabilir mi? Tesadüfen elde edilen bulguların delil değeri var mıdır?
- * Kanundaki koşullara aykırı olarak gerçekleştirilen ve güvenceler ihlal edilerek icra edilen iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ilgililere sağlanan haklar nelerdir?
- Konu anlatımı bitiminde aşağıdaki örnek olayın çözümü:

Örnek Olay 1: Kolluk görevlileri tarafından 6 ay boyunca yapılan ön alan soruşturması sonrasında, fail A ve B'nin yöneticisi olduğu örgütün (silahsız) tapuda bir kısım usûlsüzlükler yapmak sûretiyle hazineye ait taşınmazları üçüncü kişilerin mülkiyetine geçirdikleri yönünde somut tutamak noktaları bulunduğu bahisle durum Cumhuriyet Savcısı'na bildirilmiştir. Cumhuriyet Savcısı ise, yazılı emir ile, şüpheli A, B ve örgüt üyesi olan C hakkında iletişimin denetlenmesi kararı vermiştir. Denetim kapsamında, A ve B'nin örgüt yöneticisi olduğu ve C'nin de örgüt üyesi olduğu yönünde yeterli şüphe elde edilmesi nedeniyle iddianame düzenlenmiştir. Buna göre:

- * Somut olayda, A,B ve C hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına (suç tipi yönünden) karar verilebilir mi?
- * Tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı'nın karar vermesi yerinde midir?
- * A,B ve C hakkında uygulanan tedbir kapsamında elde edilen bulgular delil olarak kullanılabilir mi?

Örnek Olay 2: Basit cinsel saldırı ve basit tehdit suçlarını işlediğinden bahisle hakkında soruşturma başlatılan C hakkında, "delil elde etmek amacıyla" hâkim kararı ile iletişimin dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile birlikte, olay gerçekleşmeden 10 gün öncesi ve sonrası için iletişimin tespitine; "şüphelinin yakalanması amacıyla da" şüphelinin kullandığı mobil haberleşme cihazının yerinin tespit edilmesine karar verilmiştir. Bu sûrette şüpheliye ulaşılamayınca, şüphelinin müdafinin şüphelinin bulunduğu yeri bildiği yönünde beyanlarda bulunması nedeniyle, "şüpheliye yakalamak amacıyla" müdafii M'nin cep telefonunun yerinin tespiti sûretiyle şüpheli C'ye ulaşılmış ve C yakalanmıştır. Buna göre:

- * C hakkında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanması yerinde midir? Bu tedbirin uygulanmasında elde edilen bulgular delil olarak kullanılabilir mi?

- * C hakkında iletişimin tespiti tedbirinin uygulanması yerinde midir?
- * C'nin kullandığı mobil haberleşme cihazının yerinin tespitine karar verilmesi yerinde midir?
- * Müdafî M'nin kullandığı mobil haberleşme cihazının yeri tespit edilerek C'nin yakalanması hukuka uygun mudur?

Örnek Olay 3: X Bankası'nın (...) Şubesi'nde Koruma Memuru (özel güvenlik görevlisi) olarak görev yapan ve fakat geçici olarak veznede görevlendirilen K'nin bir kısım hesap sahiplerinin hesaplarından arkadaşı M adına açtığı başka bir hesaba yüklü miktarda para aktardığı yönünde hesap sahiplerinden birisinin şikâyeti üzerine soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında hâkim kararı ile K ve M hakkında, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanmasına karar verilmiş ve bu kapsamda 2 ay süreyle denetim yapılmıştır. Denetim sonunda elde edilen bulgulardan hareketle iddianame düzenlenmiş ve iddianame mahkemece kabul edilmiştir. Kovuşturma sırasında, X Bankası tarafından mahkemeye sunulan belgelerle, K'nin koruma memuru (özel güvenlik görevlisi) olduğu ve geçici olarak veznede görevlendirildiğine ilişkin bir belge sunulmuştur. Buna göre:

- * Soruşturma konusu suça ilişkin olarak, K ve M hakkında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirine başvurulabilir mi? Tedbirin uygulanması son çare midir?
- * Tedbirin uygulanmasında elde edilen bulguların, güveni kötüye kullanma (TCK m. 155) suçunun ispatında kullanılabilmesi mümkün müdür?

Örnek Olay 4: (...) Çarşısında esnafılık yapan L'nin silahla vurularak öldürüldüğü olaya ilişkin olarak, L'nin işyerinden çıktığı sırada L'yi takip eden ve bir gün önce alacak meselesi yüzünden tartıştığı ve "olay sonrasında adresinde kendisine ulaşılamayan" şüpheli K hakkında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri ile birlikte, olaydan 10 gün öncesi ve olay sonrasındaki 24 saate ilişkin olarak iletişimin tespiti ve K'nin kullandığı mobil haberleşme cihazının yerinin tespitine karar verilmiştir. Tedbirin uygulanması sırasında K, kardeşi S ile görüşürken, "L'nin ölümü hak ettiğini, pişman olmadığını" beyan etmiştir. Bu beyan ise, görevli polis memuru P tarafından kaydedilmiştir. Ayrıca, denetim kapsamında K'nin kız arkadaşı ve bir başkası ile evli bulunan Z ile yaptığı ve olay ile ilgisi olmayan tamamen özel hayatın sır alanına ilişkin konuşmalar da kaydedilmiştir. Buna göre:

- * Şüpheli K hakkında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri yönünden, suç türü ve şüphe derecesi uygun mudur?
- * Şüpheli K hakkında, iletişimin tespiti ve mobil cihazın yerinin tespiti tedbirlerinin uygulanması yerinde midir?
- * Şüpheli K ile kardeşi S'nin yaptığı görüşmenin kaydedilmesi yerinde midir? P'nin tanıklığına başvurulabilir mi?
- * Şüpheli K ile kardeşi S arasında görüşme içeriği delil olarak kullanılabilir mi?
- * Şüpheli K ile kız arkadaşı Z arasındaki görüşme kayıtlarına iddianamede yer verilebilir mi?

Örnek Olay 5: Şüpheli İ hakkında, bir kamu kurumunun ihâlelerine fesat karıştırdığından bahisle ve kuvvetli şüphe sebeplerine (suçtan zarar gören kurumun bildirim, ihâlelere teklif veren kimselerin şikâyeti vs.) dayanılarak, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ve hâkim kararı ile, 2 ay süreyle iletişimin dinlenmesi, kayda

alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanmasına karar verilmiştir. 1 ay süreyle uygulanan denetim kapsamında, isnat edilen suça ilişkin olarak herhangi bir delil elde edilememiş ve tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından son verilmiştir. Daha sonra, yeterli şüpheye ulaşılamadığından bahisle de, İ hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Buna göre:

- * Somut olayda, 2 aylık süre dolmadan tedbirin uygulanmasına son verilmesi yerinde midir?
- * Şüpheli İ hakkında, kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğine göre, 1 ay süreyle yapılan denetim sonucunda elde edilen bulgular yok edilebilir mi? Edilebilir ise ne zaman?
- * Şüpheli İ'ye uygulanan tedbir hakkında bildirim yapılır mı?

- Yargıtay Kararlarından (özellikle Ceza Genel Kurulu Kararları) hareketle, adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanma koşullarının, yanlışların ve doğruların tartışılması.
- Değerlendirme ve geribildirim

DÖRDÜNCÜ DERS

(45 Dakika)

İstihbâri Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- İstihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin türlerini, tedbire başvurabilecek mercileri (adlî-idari) her tedbirin uygulanma koşullarını, şüphe derecelerini, tedbirin uygulanabileceği suç türlerini ve tedbir kapsamındaki kişileri öğrenir.
- Tedbirin uygulanmasına ilişkin yasakları öğrenir.
- Tedbirin uygulanmasında elde edilen bulguların delil değeri hakkında bilgi sahibi olur.
- Tedbirin uygulanmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin getirdiği güvence mekanizması hakkında bilgi sahibi olur.

Yöntem

- Sözlü Anlatım
- Soru-Cevap

Araçlar

1. Power-Point Sunumu
2. Eğitim Materyali
3. Örnek Olay Çözümü
4. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan Temin Edilecek Örnek Kararlar (Gizliliği İhlal Etmek Kaydıyla) Bağlamında Yazılı Emir Ve Kararların İncelenmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
- Ders Materyalinin İlk Bölümünün Okunarak ve Aşağıda verilen Sorulara Hazırlanılarak Gelinmesi:
 - * Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilebilir mi?
 - * Hangi suçlar hakkında ve hangi şüphe derecesinde bu tedbir uygulanabilir?
 - * Tedbirin uygulanacağı kişiler kimlerdir?

- * Tedbirin uygulanmasına karar verebilecek merciler hangileridir?
- * Tedbirin uygulanmasından elde edilen bulgular hangi amaçlarla kullanılabilir?
- * Tedbirin uygulanmasından elde edilen bulguların, ceza soruşturması ve kovuşturmasının etkisi var mıdır?
- Yargıtay Kararlarından (özellikle Ceza Genel Kurulu Kararları) hareketle, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanma koşullarının, yanlışların ve doğruların AİHM İçtihadında (case-law) belirlenen ilkeler bağlamında tartışılması.
- Değerlendirme ve geribildirim

BEŞİNCİ DERS

(45 Dakika)

AİHM İçtihatlarında (Case Law) İletişimin Denetlenmesi

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- İletişimin denetlenmesine ilişkin AİHM Kararları (temel kararlar) hakkında bilgi sahibi olur.
- Adli ve istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirin uygulanmasına ilişkin olarak AİHM tarafından ortaya konulan temel ilkeleri öğrenir.
- AİHM tarafından ortaya konulan temel ilkeler bağlamında, doğru ve etkin bir iletişimin denetlenmesi uygulamasının nasıl olması gerektiği hakkında fikir edinir.
- Türk Hukukundaki yasal güvencelerin ve uygulamanın AİHM içtihadında ortaya konulan ilkelerle karşılaştırmasını yapar.

Yöntem

Sözlü Anlatım

Soru-Cevap

Araçlar

Power-Point Sunusu

Eğitim Materyali

AİHM Karar Kritiği

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
 - Ders Materyalinin İlk Bölümünün Okunarak ve Aşağıdaki Sorulara Hazırlanılarak Gelinmesi
- AİHM Kararlarında:
- * İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin belirli bir şüphe derecesi zorunlu görülüyor mu?
 - * Kişi ve suç kategorisi var mı?
 - * Son çare prensibi aranıyor mu?
 - * İletişimin denetlenmesinde elde edilen bulguların korunması zorunlu mu?
 - * Tedbirin uygulanmasına ilişkin bir süre sınırlaması var mı?
 - * Tedbirin uygulandığına ilişkin olarak ilgisine geribildirim yapılması "olmazsa olmaz" bir unsur mudur?
 - * İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması "denetlenmeli" midir?
 - * İletişimin denetlenmesi istem ve kararlarının gerekçelendirilmesinde aranan unsurlar nelerdir?
 - * İletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların kullanılması sınırlandırılmış mıdır?

- * İletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tesadüfi delillerin kullanılması sınırlandırılmış mıdır?
- * Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması demokratik toplumlar açısından zorunlu mudur?
- Konu bitiminde, Klass ve Diğerleri-Almanya, Kruslin ve Huvig- Fransa ve Kennedy-Birleşik Krallık kararlarının (HUDOC'tan temin edilebilir ise daha yakın tarihli kararların) analizi.
- Değerlendirme ve geribildirim

Giriş

Haberleşme, insanların bir toplumun parçası olarak diğer insanlar ve gruplar ile karşılıklı duygu, düşünce ve bilgi alışverişine duyulan ihtiyacın zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. **Haberleşme, insan ilişkilerinin temelinde yer almaktadır.** Bu yönüyle haberleşme eylemi düşünce ve kanaat hürriyetinin (bilgi alma ve verme) bir uzantısıdır.

Bireyler, kendi rızaları olmaksızın, haberleşmelerinin mahremiyetinin ihlal edilmesinden rahatsızlık duyar ve bu rahatsızlık arttıkça insan kişiliği üzerinde bir kısım olumsuz etkiler söz konusu olur. **Haberleşme mahremiyetinin (ve özel hayatlarının) keyfî ve çok sık ihlal edildiği durumlarda, bireyler düşüncelerini açıklamaktan korkar ve kişiliğini, benliğini kaybetme korkusu yaşar.**

Bireylerin sır alanı olarak kabul edilen özel hayatlarına ve haberleşmelerinin gizliliğine yapılan müdâhaleler ile devletin özgürlükçü niteliği arasında ters bir ilişki vardır. Özel hayata ve haberleşme hürriyetine yönelik müdâhaleler ne kadar çok ise devlet o kadar çok otoriter bir yapıya sahip demektir.

Haberleşme hürriyeti sınırsız bir hürriyet değildir. Demokratik toplumlarda haklı gerekçelerle ve hukukun izin verdiği sınırlar dâhilinde, haberleşme hürriyetine müdâhale edilebilmektedir. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak "haklı nedenlerle" haberleşme hürriyeti sınırlanabilmektedir.

Bu yönüyle, gerek bireyin ve gerekse devletin güven arayışının bir sonucu olarak haberleşme hürriyetine dönük müdâhalelerin, Anayasa ve kanunlarda öngörülen şekil ve şartlarda, mutlak sûrette meşru bir amaçtan hareketle, ölçülü bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, adî ve istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri yasal şartları yönüyle ele alınacak ve gerek iç hukuk uygulamamızda ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında (case law) ortaya konulan ilkelerden hareketle en iyi uygulama rehberi (*best practice guide*) oluşturulmaya çalışılacaktır. Çalışmanın bu özelliği gereği, zorunlu olmadıkça doktriner tartışmalara yer verilmeyecek ve söz konusu tedbirler uygulamaya bakan yönüyle ele alınacaktır.

5. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

5.1. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi, İlgili Mevzuat ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

5.1.1. Genel Olarak

§.1. Bilim ve teknoloji alanında ortaya çıkan yeni gelişmeler ve suçluların bu teknolojik gelişmelerden geniş ölçüde faydalanması, suç ve suçlulukla mücadelede yeni yöntemler kullanmayı zorunlu hâle getirmiştir. Hukuk sistemimiz içerisinde de suç ve suçluluk ile etkin mücadele için, teknolojik yeniliklere ve yeni yöntemlere yer verilmiştir.¹

§.2. Suçla mücadelede yeni bir yöntem olarak benimsenen iletişimin denetlenmesi tedbiri, suç soruşturma makamları tarafından en etkin ve en geniş şekilde uygulanmak istenmektedir. Kolluğun bu isteğini haklı çıkaran sayısız olay gündelik hayatımızda karşımıza çıkmakta, alınacak tedbirlerle önlenmesi mümkün olan bu olayların vuku bulması toplumda rahatsızlıklara neden olmaktadır.²

§.3. Özellikle terörizm ve örgütlü suçlar toplumun dengelerini sarstığı kadar, bireylerin de güvenliklerini tehdit eder mahiyet kazanmıştır.³ Günümüz modern teknolojisinin özellikle kişiler ve kitleler arasında iletişim konusunda sunduğu sınırsız imkânlar suç aktiviteleri planlanmış ve gizli bir şekilde yürütülen ve belki de *varlık sebeplerini gizlilik koşuluna bağlayan* suç örgütleri tarafından da yakından takip edilmekte ve örgüt üyelerinin birbirleri ile iletişimlerinde de kullanılmaktadır.⁴

§.4. Terör ve organize suç örgütleri ile (ve genel anlamda suç ve suçlulukla) mücadelede başarılı olabilmek için hukuku uygulayan ve kamu güvenliğinin temin edilmesinden sorumlu olan makamların sadece tepkisel ve geleneksel metodları uygulayarak suçu önlemesi mümkün değildir. Bu anlamda, iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, suç ve suçlulukla mücadele amacına hizmet eder bir mahiyet taşımakla birlikte, insanların özel hayatlarının gizliliğini de örseler bir yapıya sahip bulunmaktadır.⁵

§.5. Demokratik bir toplumda, bireylerin özgürlüğü ve güvenliği biri diğeri için feda edilemeyen iki önemli öğedir. Demokratik bir devlet, bir yandan güvenliği sağlamayı amaç edinirken, öte yandan *"suç önleme amacı için dahi olsa"* bireylerinin özgürlüklerine en az müdâhale ile bunu yapmak⁶ ve üçüncü kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla yükümlüdür.

§.6. Demokratik toplum düzeninin korunması için devletlere tanınmış olan bu düzenleme alanı, sınırsız olmadığı gibi, demokratik toplumu savunma gerekçesiyle çıkarılan ve iletişim özgürlüğüne ve özel hayata izinsiz ve gizli müdâhale niteliği

1 Birtek/Karagöz, s. 71.

2 Yardımcı, s. 1.

3 Yardımcı, s. 2.

4 Birtek, İstihbarat Amacıyla(...), s. 101.

5 Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 34, 69.

6 AİHM, devletlerin örgütlü suçluluk ve kendi varlığına yönelmiş olan tehditlerle etkin bir şekilde mücadele edebilmesi ve toplumun ve kendi güvenliğini sağlayabilmesi amacıyla, söz konusu tehdit unsurlarını gizli bir biçimde izlemesi ve gerektiğinde onların özel hayatının en gizli olanı olan iletişimlerine (mail, telekomünikasyon, mektup vs.) dahi müdâhale edebilme imkânına hukuken sahip olmasını, demokratik bir toplumda gerekli bir müdâhale olarak kabul edilmektedir. Bk. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve Diğerleri- Almanya Kararı par. 23-48 ve aynı yönde bk. 2 Ağustos 1984 tarihli Malone- Birleşik Krallık Kararı par. 81

taşıyan bir kanun, demokrasiyi zayıflatma ve hatta yıkmaya tehlikesini de taşımaktadır. Bu sebeple, devletlerin suçla mücadele adına kendilerince uygun gördükleri her tedbir alamayacakları⁷ ve suçları önlemek için alınan tedbirlerin de demokratik toplumda *mutlak sûrette gerekli* ve ölçülü olması gerektiği açıktır.⁸

Ş.7. İletişimin denetlenmesi, koruma tedbiri niteliğindedir. Bu nedenle koruma tedbirlerinde amaçlanan temel hedefler ile iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilmesi beklenen hedefler paralellik göstermektedir.

Ş.8. Koruma tedbirleri, Ceza Muhâkemesinin yürütülmesini sağlamaya, Muhâkeme sonucunda somut olaya uygun bir karar vermeye ve verilen kararın yerine getirilmesini gerçekleştirmeye yönelik olarak başvuru,⁹ her biri bir ya da daha çok temel hakka dokunur nitelik taşıyan¹⁰ tedbirlerdir. Koruma tedbirlerinin iki temel amacından delile ve şüpheli veya sanığa ulaşma amaçları, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde de bulunmaktadır.

Ş.9. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin etkinliği tedbirin gizliliği ile doğru orantılıdır. Ancak, tedbirin gizli oluşu, bu tedbirin kötüye kullanılmasına da kapı aralamaktadır. Özel hayatın en fazla müdâhale edilen alanı, kişiler arasındaki haberleşmedir.¹¹

5.1.2 Haberleşme Hürriyeti ve İletişimin Denetlenmesi

Ş.10. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesine göre: *"Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmağa hakkı vardır."*

Ş.11. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi uygulamasında haberleşme hürriyeti bakımından, dokunulmazlık (integrity) ve gizlilik (confidentiality) hukuken (de jure) ve fiilen (de facto) korunması gereken iki önemli unsur olarak kabul edilmektedir. Komite, elektronik ya da diğer yöntemlerle yapılan gözetimin, telefon, telgraf ve diğer elektronik haberleşme araçlarına dışarıdan illegal müdâhalelerin önlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Ş.12. Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme (AİHS) kapsamında haberleşme hürriyeti AİHS'in "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesine göre: *"Her şahıs husûsî ve ailevi hayatına, meskenini ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasında resmî bir makamın müdâhalesi demokratik bir cemiyette ancak mille güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisâdî refahı, nizâmın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zarurî bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilir."*

Ş.13. Gerek İHEB ve MSHİUAS ve gerekse AİHS nazarında bakıldığında uluslararası metinlerde haberleşme hürriyetinin özel hayatın bir alt unsuru olarak

7 Klass ve Diğerleri- Almanya Kararı prg. 48-49.

8 Birtek, İstihbarat Amacıyla (...), s. 102.

9 Kunter, s. 655; Toroslu/Feyzioğlu, s. 210; Erem, s. 435.

10 Centel/Zafer, s.244.

11 Karagöz/Birtek, s. 71-72.

düzenlenmesinin yanında bu hürriyete ilişkin olarak sadece devlet tarafından gelecek müdâhalelere karşı bir hukukî koruma sağlandığı görülmektedir. Birey hürriyetine yönelik müdâhalelerin çoğunlukla otoriteden/devletten kaynaklanması ve bu yönüyle İHEB ve AHİS'in birey ile devlet arasındaki "dikey" ilişkiyi düzenlemesi sebebiyle, söz konusu metinlerde haberleşme hürriyetinin başka kişilerce ihlal edilmesinden çok, devlet tarafından yapılan müdâhalelere karşı bir koruma getirildiği görülmektedir.¹²

§.14. 1982 Anayasasının haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesine göre: "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

§.15. Haberleşme hürriyeti kavramsal çerçevede özel hayatın gizliliği ve mahremiyet hakkı içerisinde yer alsa da, günümüz toplumlarında haberleşmenin bireysel ve toplumsal yaşamın zorunlu bir unsuru hâline gelmiş olması dikkate alındığında haberleşme hürriyetinin önemi ve hukuksal anlamda korunması bakımından, söz konusu hürriyetin özel hayata saygı hakkından bağımsız ve müstakil bir hak olarak kabul edilmesi ve normatif anlamda korunması gerekmektedir. Nitekim yukarıda görüldüğü üzere 1982 Anayasası haberleşme hürriyetini bağımsız bir hürriyet olarak düzenlemiştir.

§.16. Haberleşme hürriyeti, düşünce ve kanaatlerin ifade edilmesinde bir araç olması sebebiyle düşünce ve ifade özgürlüğüyle; haberleşme içeriğinin gizliliği ve özel hayatı ilgilendirmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı bir hürriyettir.

§.17. Günümüzde gerek bireysel ve gerekse kitlesel haberleşme vasıtalarının karşı konulamaz bir biçimde gelişmesi ve kullanımının yaygınlaşması neticesinde bireyler arasındaki özel haberleşmenin gizliliğinin korunması demokratik devletin bir gereği hâline gelmiştir.

§.18. Haberleşme hürriyetine yönelik müdâhalenin varlığını tespit ederken, özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğinin ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Haberleşme hürriyetine zarar verilmesi için özel hayata saygı hakkına da zarar verilmesi gerekmez.¹³

§.19. Temel hak ve hürriyetler içerisinde yer alan ve nihayet 1982 Anayasası bağlamında kişi hak ve ödevleri (negatif statü hakları) içerisinde düzenlenen haberleşme hürriyeti bakımından devletin müdâhale etmeme yükümlülüğü vardır. Ancak negatif statü hakları bakımından devletin müdâhale etmeme biçiminde negatif bir yükümlülüğünün olması bu hakların devlet tarafından korunmayacağı

12 Yılmaz, s. 307.

13 Yıldırım, s. 391-392.

anlamı gelmemektedir.

§.20. Kamu otoritesi, bir yandan bu haklara müdâhale etmeme yönünden negatif bir yükümlülük altında iken, diğer yandan da kişinin temel hak ve hürriyetlerine diğer bireyler tarafından gelebilecek muhtemel müdâhaleleri engellemek bakımından "*kişi hürriyetlerini haksız saldırılara karşı koruma*" yükümlülüğü altındadır.

§.21. AIHM, Botta-İtalya Davası'nda, AIHS m. 8/1 hükmünün, yalnızca bireyi devletin keyfî müdâhalelerinden korumak amacıyla olmadığını aynı zamanda bu negatif taahhülle birlikte özel hayata etkin biçimde saygı gösterilmesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu belirtmiştir

§.22. Devletin, bireyin özel hayatının gizliliğinin korunması bakımından yükümlülüklerini/görevini yerine getirerek bireyin maddî ve manevî varlığını geliştirebildiği "*küçük dünyasının*" genişliği ile ülkedeki rejimin demokratik özgürlükçü yapısının doğru orantıda olduğu da ifade edilmektedir.¹⁴

§.23. Haberleşme hürriyetinde temel ilke, bireyin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin ilgililerin izin ve onayı olmadan üçüncü kişilerin algı ve müdâhalesinden korunmasıdır.¹⁵

§.24. Haberleşme hangi araç ile yapılırsa yapılsın, haberleşme hürriyetine tanınan hukukî korumadan faydalanır. Çünkü haberleşmenin gizliliğinin korunmasında esas olan haberleşme aracının değil, haberleşme içeriğinin izin verilmeyen kişilerin bilgi ve algısından korunmasıdır.

§.25. Haberleşmenin gizli ve dokunulmaz oluşu bireyin kendini ifade edebilmesi ve istediği zaman ve istediği kimse ile, kendi seçtiği haberleşme vasıtası ile görüşebilmesi kişinin kendisini ifadesinin bir aracıdır. Bu sebeptendir ki yukarıda izah olunduğu üzere haberleşme hürriyeti, insan kişiliğinin ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir.

§.26. Haberleşmenin gizliliğine yapılan müdâhaleler, elektronik haberleşme araçlarının icadı ile birlikte ortaya çıkmış bir sorundur. Bireylerin özel hayatının ve haberleşmelerinin gizliliğinin diğer bireyler tarafından ihlal edilmesi ya da devlet tarafından hukuka aykırı olarak bu gizli alana müdâhale edilmesi kişiliğin yıkımı sonucunu doğuran bir izlenme/dinleme paranoyasının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunması ve bu gizli alanlara müdâhalelerin sıklığı ile devletin demokratikliği arasında ters orantı bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁶

5.1.3. İletişimin Denetlenmesi: Kavram ve Kapsam

§.27. CMK m. 135 hükmünde düzenlenen iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, "telekomünikasyon yoluyla" gerçekleştirilen her türlü haberleşme aracı bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bireyler aracılığıyla ya da yüz yüze veya

¹⁴ Eryılmaz, s. 65.

¹⁵ Kaboğlu, s. 192.

¹⁶ Birtek, İstihbarat Amacıyla İletişim (...), s. 104.

posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşmeler CMK m. 135 kapsamı dışındadır.¹⁷

§.28. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin konusunu teşkil eden telekomünikasyon; işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasıdır.

§.29. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim de bir kişi tarafından gerçekleştirilen her türlü yazı, ses, görüntü, sembol, işaret ve akla gelebilecek her türlü veri paylaşımının, yukarıda sayılan teknolojik araçların kullanılması sûretiyle muhatap kişiye aktarılmasıdır.

§.30. Haberleşme kavramı dinamik ve genişletici yoruma müsait bir kavramdır. Bu yönüyle, "haberleşme" kavramının gerek AİHS ve gerekse ulusal mevzuatta sınırlayıcı bir biçimde tanımlanmamış olması, haberleşme hürriyetinin gelişen teknoloji karşısında etkin bir biçimde korunmasına hizmet etmektedir.

§.31. Haberleşme kavramını her somut olay bakımından olaya özgü bir biçimde değerlendirilmeli ve haberleşme araçlarındaki teknolojik gelişmeye paralel olarak daha sofistike ve güncel bir yoruma tabi tutularak, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin kapsamı belirlenmelidir.

§.32. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, ülke içerisinde yapılan haberleşmeleri kapsadığı gibi, yabancı ülkede bulunan kullanıcılarla yapılan görüşmeleri de kapsamaktadır.

§.33. CMK m. 135 çerçevesinde bir iletişimin denetlenmesi aşamasında, hedef kişiye odaklı olmak üzere; gerçekleştirilen iletişimin içerikleri, iletişimin başladığı, devam ettiği ve sona erdiği süreler, arama başka bir yere yönlendirilmişse, aracı numaraların bilgileri ile gerçek aranan numara bilgileri, bağlantı sağlanmasa bile giden ya da gelen aramaya ilişkin bilgiler, iletişimi denetlenen kişinin kimliğine dair bilgiler, servis numarası ya da diğer ayırt edici bilgiler, ağ operatörleri veya servis sağlayıcılar tarafından sağlanan ve iletişimi denetlenen hedef kişi tarafından kullanılan telekomünikasyon sisteminin belirgin özelliklerine ilişkin bilgiler, mobil kullanıcılarla ilgili coğrafi yer bilgileri, iletişimde kullanılan ayırt edici sinyal giriş bilgileri, hedef kişi tarafından iletilen tüm sinyaller, tedbirin kapsamı içerisinde.

§.34. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen her türlü iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerini içine alan bir üst kavramı ifade etmektedir.¹⁸

§.35. İletişimin denetlenmesi tedbiri, uygulamada genel olarak sabit ve mobil telefonlarla gerçekleştirilen iletişime yönelmiş bulunmakta, bunun yanısıra e-posta yoluyla yapılan iletişimi de kapsamaktadır. Şüpheli veya sanığın Sabit Telefon (Lokal, Ankesör) görüşmeleri, Uluslararası görüşmeleri, Gsm görüşmeleri (WAP,GPRS), STH görüşmeleri (Voip, Ses ve Görüntü), Uydu aracılığıyla yapılan görüşmeler ve İnternet vasıtasıyla kurduğu (E-Posta, Web, Chat, Ftp) iletişimin tespiti mümkündür.

¹⁷ Posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşmenin denetlenmesi, CMK m. 129 vd. hükümlerinde yer alan postada elkoyma koruma tedbiri kapsamında iken; yüz yüze yapılan haberleşmenin denetimi ise CMK m. 140 hükmünde düzenlenen teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kapsamındadır.

¹⁸ Geleri, s. 76.

§.36. CMK m.135 kapsamında, iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilebilmesi için ortada bir suç soruşturması ya da kovuşturması bulunması ve **iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarda da bu soruşturma veya kovuşturma numarasının belirtilmesi** zorunludur. Bunun dışındaki hâllerde, örneğin disiplin soruşturması nedeniyle bir kimsenin iletişiminin denetlenmesi yoluna gidilemeyecektir.¹⁹

5.1.4. Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesine İlişkin Mevzuat ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

§.37. İletişimin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdâhale ve bu hakkın sınırlandırılması olduğuna göre, öncelikle Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ilkelerine uyulması gerekmektedir.²⁰

§.38. Anayasanın 13. maddesinden hareketle, haberleşme hürriyetine yönelik "hukuka uygun" bir müdâhaleden/sınırlandırmadan söz edebilmek için, sınırlandırmanın kanun ile yapılması, hakkın özüne dokunmaması, ölçülü olması, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen "haklı" sebeplere dayanması, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olması gerekmektedir. Ayrıca, temel hak ve hürriyete ilişkin sınırlamaya yer veren kanunî düzenleme, bireyler tarafından "bilinebilir", "anlaşılabilir", "öngörülebilir" olmalıdır.

§.39. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine Türk Hukuk sisteminde ilk defa 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda açık bir biçimde yer verilmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği 1999 yılı öncesinde iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmamaktaydı.

§.40. 1999 öncesi dönemde, adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun 91. maddesinde yer alan, "*Maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgraf hanede zaptı*" koruma tedbirine (el koyma tedbirine) kıyasla uygulanmaktaydı.²¹ Mahkemelerce, madde metninde geçen vesair mersule kavramının içerisine telefon gibi iletişim vasıtalarının da gireceği şeklinde yorumlanmıştır.²² Ancak AİHM, Ağaoğlu-Türkiye Kararı ile, söz konusu tarihte (1991 yılı itibarıyla) "*Türk Hukukunda, telefon dinlemeye ilişkin açık ve yazılı bir hüküm bulunmadığı ve telefon dinlemeye ilişkin hâkim kararında, telefon, telgraf ve diğer mesajlara ilişkin elkoyma tedbirine kıyasen telefon dinleme tedbirinin uygulanmasına karar verildiği ve bu durumun Sözleşmeye aykırı olduğunu*" ortaya koymuş ve ihlal kararı vermiştir.

§.41. İletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olarak 5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 135 vd. maddelerinde açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.²³ Ayrıca CMK m.135/7 hükmüyle de, CMK'da belirlenen esas ve usûller dışında iletişimin denetlenmesi yasaklanmıştır. Bu yönüyle haberleşme hürriyetine ilişkin sınırlama (iletişimin denetlenmesi) kanun ile yapılmıştır ve kanun hükümleri,

19 Yar. 4. CD. 06.11.2007 tarih, E. 2007/8700, K. 2007/8903 (Karar yayınlanmamıştır).

20 Centel/Zafer, s. 361.

21 Birtek, İstihbarat Amacıyla (...), s. 108.

22 Bu dönemde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 72/7-288 sayılı ve 1973 tarihli bir kararında, "Usûlüne göre alınan hâkim kararıyla, ilgili memurlarca dinlenerek banda geçirilen ve metinleri dosyada bulunan telefon konuşmaları delil olarak kabul edilir." görüşünü benimsemiştir.

23 CMK m. 135 hükmü, 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanun ile değiştirilmiştir.

niteliği itibariyle “öngörülebilir”, “anlaşılabilir” ve “bilenebilir” bir nitelik taşımaktadır.

§.42. CMK'nın 135. maddesi dayanağını, Anayasa'nın 22. maddesinden almaktadır. Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan, *kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* sebepleri CMK'da yer alan hükmün dayanağını teşkil etmektedir. Bu yönüyle, iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, demokratik bir toplumda olması gereken ve meşru bir amaca yönelik bir sınırlamadır.

§.43. CMK m. 135'te yer alan koruma tedbirinin, kanunda sayılan suç tiplerinde uygulanabilecek olması (m. 135/6,a da 14 bent hâlinde sayılan katalog suçlar), tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle yaptığı görüşmeler bakımından “haberleşme içeriklerinin kaydedilmesinin yasaklanması” ve CMK m. 136/1 hükmü uyarınca, Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında tedbirin uygulanmasının *yasaklanması*, 135/1 uyarınca iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin ikincil niteliği *-başka sûrette delil elde etme imkânı bulunmayan durumlarda uygulanabilir olması-* nazara alındığında, anılan koruma tedbirinden elde edilmek istenen amaç ile haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik bir devlette olması gereken ölçüde bir sınırlama olduğunu göstermektedir.

§.44. C.M.K. 135'e aykırı uygulamalar, C.M.K. m. 141 vd. maddelerde yer alan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kapsamında yer alması da, genel hükümlere (hizmet kusuru prensibine) dayanılarak idareye karşı tazminat davası açılabilmesi, bu maddeye aykırı olarak uygulanan tedbir sonucunda ele geçirilen bulguların, hukuka aykırı delil kapsamında olması ve hukukî bir güce sahip olmaması; bu maddeye aykırı hareketin T.C.K. m. 132 bağlamında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturması ve kamu görevlilerinin yükümlülüklerini düzenleyen mevzuat uyarınca (657 Sayılı DMK vs.) disiplin yaptırımını gerektirmesi, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin kötüye kullanılmasına engel olabilecek nitelikteki hukukî güvence olarak karşımıza çıkmaktadır.

5.1.5. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB)

§.45. Ülkemizde telefon dinleme konusunda, bir taraftan yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek, diğer taraftan da uluslararası standartlara uygun olarak bu tedbirleri uygulamak amacıyla, tüm iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tek bir merkezden yürütülmesi benimsenmiştir. Bu amaçla 5397 sayılı Kanun'la Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen hükümlerle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kurulmuştur.

§.46. Gerek adlî ve gerekse istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri TİB aracılığıyla uygulanmaktadır. Kurumun çalışma usûl ve esasları Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte (TİB Yönetmeliği) düzenlenmiştir. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir.

§.47. Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile Hukuk, Teknik İşletme, Bilgi Sistemleri, İdarî ve İnternet daire başkanlıklarından oluşur. Başkanlıkta, Millî İstihbârat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili

birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

§.48. TİB, 23 Temmuz 2006 tarihinden itibaren iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerini yapan tek kurumdur. TİB'den başka hiçbir kurum veya kuruluş ile gerçek veya tüzel kişilerin bu işlemleri yapma yetkisi bulunmamaktadır.²⁴

§.49. TİB idari bir organ niteliğindedir. Yaptığı iş ve işlemler yargısal denetime tabi olacaktır. Bunun sağlanabilmesi amacıyla gerektiğinde denetim yapılabilmesine elverişli şekilde, yapılan iş ve işlemlerle ilgili kayıtların tutulması gerekmektedir (TİB Yönetmeliği m. 25).

§.50. Yetkili merciler (Cumhuriyet Savcısı/mahkeme/hâkim) tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı itiraz yolunun açık olup olmadığı ve TİB'in itiraz yetkisi kanunda düzenlenmemiştir.^{25 26}

§.51. TİB, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında koordinasyon görevini yerine getiren bir kurum olduğundan, iletişimin denetlenmesi mahiyetini taşımayan, "Abone bilgileri, telefon numarası, elektronik cihaz bilgileri veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kod" bilgileri CMK m. 160 ve 161 kapsamında (Cumhuriyet Savcısının soruşturmaya ilişkin genel yetkisi) doğrudan elektronik haberleşme sekrötünde faaliyet gösteren işletmecilerden istenebilir.

5.2. Türk Hukukunda Adlî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

5.2.1. Adlî Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Amacı, Tanımı, Kapsamı ve Türleri

a. Genel Olarak

§.52. Gerek Anayasamızın yukarıda yer verilen 13. ve 22. maddelerinde yer alan hükümler ve gerekse tarafı olduğumuz AİHS'ne göre, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerin açıkça ve yasal normlarla düzenlenmesi zorunlu hâle gelmiştir.

§.53. İletişimin denetlenmesi bir Ceza Muhâkemesi koruma tedbidir. Bu yönüyle koruma tedbirlerinde bulunan özellikler iletişimin denetlenmesi bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda iletişimin denetlenmesi tedbiri geçicidir, bazı temel hakları sınırlandırır, amaçlanan fayda elde edildiğinde son verilir, Muhâkemenin yapılabilmesi

²⁴ 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun, 17/4/2014 tarih 6532/3 md. ile değiştirilen 6. maddesinin g bendi uyarınca MİT, "Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir". Ayrıca, 6. maddeye 6532 sayılı kanunun 3. maddesi ile eklenen 10. fıkraya hükmü uyarınca da, "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir."

²⁵ TİB'in itiraz yetkisi, 14.01.2007 tarih ve 26434 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) 10. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 06.12.2012 tarih ve 2012/578 YD İtiraz Numaralı kararı ile, Adalet Bakanlığı Yönetmeliğinin yürürlüğü durdurulmuştur. Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı yönetmeliğine dayanılarak TİB'in itiraz yetkisi kaldırılmış olsa da, 10.11.2005 tarih ve 25989 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin (Başbakanlık Yönetmeliği) 17. maddesinin c bendi uyarınca, itiraz yetkisi bulunmaktadır.

²⁶ İnternet ortamında yayın yapan web sitelerine erişimin engellenmesi konusunda Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme/hâkim tarafından verilen kararlara karşı TİB'in itiraz yetkisi 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un m. 8/2 hükmünde açık bir biçimde düzenlenmiştir.

veya verilen kararın yerine getirilebilmesi amacıyla uygulanır.²⁷

b. Amaç

§.54. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanmasında amaç, tıpkı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, işlendiği yönünde kuvvetli şüpheler bulunan suç ile ilgili delillere ulaşmak ve/veya şüpheli veya sanığı yakalamaktır.

§.55. İletişimin denetlenmesi tedbirlerine delil elde etmek ve şüpheli veya sanığın yakalanması amaçlarıyla başvurulabilecektir. Ancak iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri sadece delil elde etmek amacıyla uygulanacaktır.

§.56. Mobil telefonun yerinin tespiti ise sadece şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla uygulanabilecektir. Diğer bir ifadeyle şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulabilecek tedbir mobil telefonun yerinin tespitidir. CMK m. 135/1 hükmünde, "başka sûrette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması" ifadesinden hareketle, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin "delil elde etme" amacıyla kullanılabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, bir kısım örgütlü suçlar bakımından (ve kesintisiz suçlarda) şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla birlikte, delil elde etme amacı da bir arada bulanacağından, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri kapsamında şüpheli veya sanığın yakalanması da sağlanabilecektir. Ancak, salt şüpheli veya sanığı yakalamak amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz.²⁸

§.57. İletişimin denetlenmesi sûretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılması olanaksızdır.

§.58. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için açılmış bir soruşturmanın (veya kovuşturmanın) bulunması gerekmektedir.

§.59. Acil yardım çağrıları ve bir suçun işlendiği yönünde emarenin/şüphenin söz konusu olmadığı kayıp (şahıs) bildirimleri bakımından CMK m. 135 hükmü uygulanamaz. Bu durumlar bakımından, 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 31/4 ve 05.06.2012 tarih ve 28134 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Acil Yardım Çağrı Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik hükümleri uygulanmalıdır.²⁹

²⁷ Erdem- Özbek, s. 255; Karayazgan, s. 53.

²⁸ Yargıtay 5. CD'nin 11.07.2012 tarih, E. 2009/9137 ve K. 2012/8215 sayılı kararında belirtildiği üzere, "(...) Sanık Nurettin için verilen iletişim dinlenmesi kararının, sanık Nurettin'in, ateşli silahla adam öldürme ve yaralama olayının firari şüphelisi olan Cengiz Süslü isimli şahıs ile irtibatla olduğu, firari şüpheli şahsın tespiti ve yakalanmasını sağlamak için Nurettin'e ait telefon vasıtasıyla bu şahsa ulaşılacağı değerlendirilmek suretiyle verildiği anlaşılmalı, 5271 sayılı CMK'nın 135/1 maddesi uyarınca iletişimin dinlenmesi kararının ancak "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda...", şüpheli veya sanık için verilebileceği" hükmü gözetildiğinde usûlsüz olduğu, mahkemenin kabulüne göre ise, söz konusu iletişimin dinlenmesi kararının, hakkında ateşli silahla adam öldürme ve yaralama suçundan yürütülmekte olan soruşturma kapsamında hakkında yakalama emri bulunan sanık Nurettin'in yakalanmasını temin amacıyla alındığının belirtilmesi karşısında, aynı Yasanın 135/4 maddesi uyarınca şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için ancak mobil telefonun yerinin tespitinin mümkün olduğu anlaşılmalı, yine verilen iletişimin dinlenmesi kararının usûlsüz olup bu karara dayanılarak elde edilen dinleme kayıtları hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacağı gözetilerek, dosya kapsamında belirtilen dinleme kayıtları dışında da sanıkların mahkûmiyetine yeter nitelikte, somut ve kesin delil bulunmadığından atılı suçlardan sanıkların beraetlerine karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle, CMK'nın 206/2-a ve 230/1-b maddelerine de muhâlefet edilmek suretiyle mahkûmiyetlerine hükmedilmesi" yasaya aykırıdır.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. Birtek, Acil Yardım Çağrıları ve Kayıp (Şahıs) Başvuruları Bakımından Adres ve Konum Bilgisinin Tespiti ve Haberleşme Trafik Verilerinin Kaydedilmesi, TAAD, S. 14.

c. Tanımlar

§.60. CMK'nda iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramları kullanılmaktadır. Yine telekomünikasyon ifadesi Kanun'un değişik yerlerinde kullanılmaktadır. Ancak Kanun'da bu kavramlarla ilgili bir açıklama yer almamaktadır.

§.61. Telekomünikasyon kavramı hem TİB Yönetmeliğinde hem de 14.01.2007 tarihli Yönetmelikte tanımlanmıştır. Buna göre **telekomünikasyon**, "işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder".

§.62. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektro manyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerle, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması şeklinde tanımlanabilir.

§.63. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak sûretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir.³⁰

§.64. 14.01.2007 tarihli Yönetmeliğe göre, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemlerini ifade etmektedir.³¹

§.65. İletişimin tespiti ise, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir.

§.66. Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder. **Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi** kavramı ise, iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade etmektedir.

§.67. CMK m. 135 hükmünde özellikle telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişim tabiri kullanılmıştır. Bu tanımlar bağlamında telefon konuşmaları hiç kuşkusuz iletişim kapsamında değerlendirilmektedir.³² Ancak sadece telefon dinlemeler değil, faks, e-posta vb. araçlarla yapılan iletişimin de bu kapsamda denetlenebilmesinin

³⁰ Öztürk-Erdem, s. 600.

³¹ Çolak-Taşkın, s. 617.

³² Dinç, s. 422.

yolu açık tutulmuştur. Önemli olan iletişimin telekomünikasyon yolu ile yapılmasıdır. Posta yolu ile iletişimin dinlenmesinde kendi kuralları uygulanacaktır.³³

§.68. SMS (kısa mesaj) iletişimi de CMK'nun 135 ve devamı maddeleri kapsamında telekomünikasyon yoluyla kurulan bir iletişim türüdür.³⁴ Telgraf ile yapılan iletişim de niteliği gereği 135 ve devamı maddelerine göre denetlemeye tabi tutulamaz.³⁵

d. Kapsam

§.69. CMK m. 135 bağlamında denetime konu iletişim, her türlü iletişim değil, sadece telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimdir. Öte yandan sadece telefon aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim değil; faks, elektronik posta vb yollarla gerçekleştirilen iletişim de kapsam içerisinde yer almaktadır.³⁶

§.70. İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim aracı sahibinin farklı kişiler olması hâlinde, bu durum talep ve kararda açıkça belirtilmelidir.

§.71. Resmî veya özel her türlü kurumun tarafından tutulan çağrı merkezi kayıtları haberleşmenin gizliliği kapsamında yer alsa da, bu kayıtlar ilgilinin rızası ve işlem güvenliği (veya hizmetin etkin yürütülmesi) maksadıyla tutulduklarından ve geçmişe dönük olduklarından, bu türden kayıtlar CMK m. 135 kapsamında olmayıp, CMK m. 160, 161 ve CMK m. 206 kapsamında doğrudan, ilgili kaydı tutan kurumdan (elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerden) talep edilebilir.

§.72. İletişim aracının şüphelinin evinde veya işyerinde olması, tedbirin uygulanması açısından bir önem taşımaz. Denetleme kararı evden veya işyerinden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale etme yetkisi de vermektedir.³⁷ Yine, ticari ya da idari veya mobil ya da jetonlu, ankesörlü veya kartlı telefonlar marifetiyle yapılan bütün iletişim CMK m. 135 kapsamındadır. Ayrıca dahili telefonlarla gerçekleştirilen haberleşmeler, teknik olarak CMK m. 135 kapsamına girse de, dahili haberleşmeyi sağlayan telefonların dinlenebilmesi ancak bağlı bulunduğu santralin dinlenmesi ile mümkün olabileceğinden bu türden bir denetimin yapılabilmesi mümkün değildir.

§.73. Herhangi bir kamu kuruluşunda bulunan telefon da, maddede belirtilen koşulların varlığı hâlinde denetlenebilecektir.³⁸ Ancak kamu kuruluşunda haberleşmeyi sağlayan telefon numarası, söz konusu kuruluştaki bütün aramaların koordine edildiği bir "santral" ise, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla bu santral marifetiyle gerçekleştirilen "bütün" haberleşmeler bakımından iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulabilmesi mümkün değildir.

33 Yiğit, s. 15; Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 104.

34 Ünver-Hakeri, Ceza Muhâkemesi Hukuku, s. 544.

35 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 702.

36 Koyuncu, s. 78.

37 Centel-Zafer, s. 365.

38 Yiğit, s. 23.

e. İletişimin Denetlenmesinin Türleri

§.74. İletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak sûretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini kapsamına almaktadır.³⁹

§.75. Gerek CMK'nın 135. maddesinde gerekse 5397 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerde, dört tür iletişimin denetlenmesi işlemi sayılmaktadır. Bunlar; iletişimin tespiti, iletişimin dinlenilmesi ve kaydedilmesi ve iletişimin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleridir. Bunların yanında bir de mobil telefonun yerinin tespiti işlemi bulunmaktadır.

§.76. İletişimin tespiti, sadece sanık veya şüphelinin telekomünikasyon yoluyla kimler ile iletişim kurduğunun belirlenmesi anlamına gelmektedir.⁴⁰ Bu açıdan bakıldığında iletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesidir.⁴¹

§.77. 14.01.2007 tarihli Yönetmelikte iletişimin tespiti, "iletişimin içeriğine müdâhale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri" olarak tanımlanmıştır.

§.78. İletişimin tespiti kavramı uygulamada HTS (Historical Traffic Search), geçmişe yönelik olarak telefon trafiğinin araştırılması olarak adlandırılmakta ve dinleme işleminin aksine geçmişe yönelik telefon kayıtları bilgilerini içermektedir.

§.79. Yargıtay 4. CD. 29.11.2006 tarih ve 4669/17007 sayılı kararı,⁴² şüpheli veya sanığın iletişiminin tespitinin CMK 135 vd. hükümlerine tabi olmayıp, Cumhuriyet Savcısının, CMK'nın 160 ve 161. maddelerinde tanımlanan genel yetkisi içerisinde olduğu yönünde yorumlanabilir ise de kararın gerekçesi dikkatli bir biçimde incelendiğinde, şüpheli veya sanığın iletişiminin tespitinin CMK. m. 135/1 kapsamında bulunduğu işaret edildiği açıktır. Nitekim bizim de katıldığımız Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 30.11.2011 tarih, E. 2011/23240 ve K. 2012/6986 sayılı kararına göre: "İletişimin içeriğine müdâhale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yerbilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri (10.11.2005 gün ve 25 984 sayılı RG'de yayımlanan Yönetmelik m. 3 / f) ifade eden "iletişimin tespiti" işlemi yukarıda belirtilen C.M.K.'nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, **hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheli ve sanığın iletişiminin tespiti, C.M.K.'nun 135 /1. maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla mümkün olacaktır.**"⁴³

39 ERDEM, s. 97

40 Özbek, s. 421.

41 Çolak-Taşkın, s. 622.

42 Bu kararın gerekçesinde Yargıtay: "İletişimin tesbiti tedbiri, CYY'nin 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılma bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısın 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmesinin" isabetli olacağına karar vermiştir.

43 Aynı yönde bk. Yar. 5. Ceza Dairesi 2005/14969 E.N., 2005/20489 K.N

§.80. İletişimin tespiti, CMK'nın 135. maddesinde sayılan katalog suçlarla sınırlı olmaksızın her türlü suç için kullanılabilir. ⁴⁴ Diğer tedbirler için öngörülen katalog suçlar, iletişimin tespiti için söz konusu değildir.

§.81. İletişimin tespitine ilişkin kararlar TİB tarafından yerine getirilmektedir. Ancak bazen hukuk mahkemeleri tarafından da, CMK m. 135 hükmüne aykırı olarak (suç soruşturması ve kovuşturması olmaksızın) iletişimin tespiti kararları verilebilmektedir. Bu nitelikteki kararların uygulanmasında TİB görevli değildir. ⁴⁵ TİB sadece bir suç soruşturması veya kovuşturması ile sınırlı olmak üzere iletişimin tespiti işlemlerinde görev almaktadır.

§.82. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin araya bir vasıta sokulmak sûretiyle gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir. İletişimi sağlayan araçlar çok geniş ve çağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif ekipmanlar olup telefon, faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçların tamamını kapsamaktadır. ⁴⁶

§.83. İletişimin dinlenmesine ilişkin yetki, kurulan iletişimin dışında ve telefonların bir alıcı-verici gibi kullanılması sûretiyle bulunduğu yerde konuşulanların dinlenmesi ve kaydedilmesini kapsamaz. Bu teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamında kalmaktadır. Bu yolun kullanılabilmesi için teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin şartların (CMK m. 140) oluşturulması gerekmektedir.

§.84. Örgütlü suçlarla mücadelede sadece iletişimin dinlenmesi yeterli değildir. Zira bu örgüt elemanları telefonların dinlendiğini bilmekte ve yapılan telefon konuşmalarında kolluğun işine yarayacak bilgiler vermedikleri, şifreli konuştukları, bazen yanlış bilgiler vererek kolluk güçlerini başka yerlere yönlendirdikleri bilinmektedir. Telefon konuşmaları bir sefer dinlenerek bundan sonuç çıkartmanın mümkün olmayabileceği durumlar göz önüne alınarak, iletişimin kaydedilmesine de imkân verilmiştir. ⁴⁷ Bu sayede kayıtlar tekrar tekrar dinlenerek daha iyi sonuçlar çıkartmak mümkün olacaktır.

§.85. İletişimin kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan iletişimin yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından bir kayıt cihazı yardımıyla kaydedilmesidir. ⁴⁸

§.86. İletişimin dinlenmesi kural olarak bir kamu görevlisinin şüpheli veya sanığın diğer kişilerle kurduğu iletişimin içeriğine müdâhale edilmeksizin dinlenmesidir. Bu işlemlerin ispat aracı olarak kullanılabilmesinin temini için kaydedilmesi de benimsenmiştir.

§.87. Faks ile yapılan haberleşmelerde veya internet üzerinden yapılan yazışmalarda her ne kadar dinleme değil de okuma söz konusu ise de, bu işlemler de iletişimin dinlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir. ⁴⁹ Şu hâlde faksların veya

44 Şahin, s. 379; Çolak-Taşkın, s. 622.

45 Ceza mahkemeleri dışındaki mercilerin, "iletişimin tespitine" ilişkin kararları, doğrudan elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilere gönderilmek suretiyle icra edilebilir. Bu konuda TİB'e verilmiş herhangi bir yasal yetki söz konusu değildir.

46 Çoksezen, s. 3.

47 Erdem-Özbek, s. 266.

48 Özbek, s. 422.

49 Kunter-Yenisay-Nuhoğlu, s. 706.

elektronik posta iletilerinin okunması için de CMK'nın 135. maddesinde belirtilen koşullar aranacaktır. Ancak mektup, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim kapsamında olmadığı için mektubun açılması CMK m. 129 hükmüne tabidir.

Ş.88. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ancak ve sadece katalog suçlar için ve sadece şüpheli ve sanık hakkında başvurulabilecek bir yöntemdir. Mağdurun iletişimi bakımından, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine başvurulamaz.

Ş.89. Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalandırılması amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder.

Ş.90. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ise, iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp, yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade etmektedir.

Ş.91. Örneğin telefon görüşmesi, telefon görüşmesi içerik bilgisi ve faturalama bilgisi olmak üzere iki temel bilgi içermektedir. Telefon görüşme içerik bilgisi ancak telefon dinlenmesi ve kayda alınmasının konusunu oluşturabilmektedir. Buna karşılık **faturalama bilgisi**, sunulan iletişim hizmeti karşılığında alınacak ücrete temel teşkil edecek bilgileri kapsamaktadır. Kişinin telefon numarası, aranan telefon numarası, "gerçekleşen" aramanın süresi ile ilgili bilgileri kapsamaktadır. Bu bağlamda faturalama bilgisi, ancak iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerinde kullanılabilir.

Ş.92. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, bu verilerden fatura, yazılım ve mekanik bilgilerin bir sanal havuza alınarak ikinci bir işlemde geçirildikten sonra farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesidir. Burada iletişim içeriğine müdahale söz konusu değildir. Zaten bu bilgiler firmalar tarafından faturalama işlemlerinde kullanılmak üzere saklanmaktadır.⁵⁰

Ş.93. Tespit arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler iken; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin, sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri ifade eder. Örneğin, uyuşturucu kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak şüpheli hakkında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin karar verilmişse; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kapsamında, talep sahibi makama, şüphelinin kullandığı telefonun tedbir süresince bulunduğu yeri anlık olarak ve baz istasyonu adres bilgisinden daha detaylı bir şekilde şüphelinin baz istasyonu kapsama alanı içerisindeki bulunabileceği yer bilgisi verilmektedir.

Ş.94. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile iletişimin tespiti işlemleri birbirine çok yakın olması, çakışmaya ve uygulamada karışıklığa yol açabilir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işleminin, iletişimin tespiti adı altında sıradan suçlar bakımından da uygulanmasına neden olabilir ve insan hakkı ihlaline yol açabilir.⁵¹

50 Şahin, s. 381.

51 Keklik, s. 4.

§.95. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri de ancak ve sadece katalog suçlar için ve sadece şüpheli ya da sanık hakkında başvurulabilecek bir yöntemdir.

§.96. Mobil telefonun yerinin tespiti, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla şüpheliye ulaşmak için buna elverişli herhangi bir mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir. Mobil telefon, şüpheli adına kayıtlı veya şüpheli tarafından kullanılan bir telefon olabileceği gibi bir başkasına ait bir telefon (örneğin, şüpheli ile birlikte bulunan mağdura vs.) veya bir başkası tarafından kullanılan telefon da olabilir.

§.97. İletişimin dinlenmesinde olduğu gibi amaç delil elde etmek değildir. Hakkında yeteri kadar delil olan şüpheli veya sanığın yakalanması için yerinin belirlenmesi amacıyla bu tedbire başvurulması öngörülmüştür.

§.98. Şüpheli veya sanığın yerinin belirlenmesi için mobil telefonun yeri, ilgili hizmeti veren kuruluş yardımıyla belirlenebilmektedir. Sabit telefonların yerleri ve adresleri zaten bellidir. Bu tedbir ile günümüzde çok büyük bir kullanım alanına sahip olan cep telefonu olarak da adlandırılan mobil telefonların yeri belirlenecektir. Mobil telefona sinyal gönderilerek, sinyalin geri alındığı baz istasyonu tespit edilebilmektedir. Kolluk görevlileri de baz istasyonunun çevresinde araştırmalarını yoğunlaştırarak şüpheli veya sanığı yakalayabilmektedir.

§.99. Mobil telefonun yerinin tespitine karar verilebilmesi için katalog suçlarla ilgili bir sınırlama öngörülmemiştir. Her suç bakımından şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla bu yola başvurulabilir.⁵² Ancak düzenlemeye göre hükümlünün yakalanması amacıyla bu tedbir uygulanamaz. Zira maddede açıkça "şüpheli veya sanığın" ifadesi kullanılmıştır.

f. Diğer İletişim Bilgilerin İstenmesi

§.100. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında, dinleme, kaydetme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve tespit işlemleri dışında kalan abone bilgileri, telefon numarası, elektronik cihaz bilgileri veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu gibi iletişimin tespiti kapsamı dışındaki bilgiler de bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada Cumhuriyet savcıları veya mahkemeler tarafından doğrudan işletmecilerden talep edilebilir.

§.101. İletişimin tespiti veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile diğer iletişim bilgilerinin karıştırılması mümkün olabilmektedir. Diğer iletişim bilgilerinden kastedilen,

- Abone ismi
- Abone adresi
- Abone kimlik bilgileri
- Telefon numarası
- İmei numarası sorgusu veya eşleştirmesi, (İmei numarasından kullanıcı, kullanım tarihi, kimlik ve adres bilgisi araştırması)
- İp sorgusu bilgileri
- Sim kart bilgisi ve eşleştirmesi
- İmsi bilgisi
- Puk numarası bilgisi

52 Özbek, s. 424; Şahin, s. 379; Ünver-Hakeri, s. 172.

- Kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi
- Roaming bilgisi
- Telefonun açık olup olmadığı bilgisidir.

Ş.102. Bu bilgilerin istenmesi ve alınması bakımından özel bir düzenleme sözü konusu değildir. Bir soruşturma veya kovuşturma sırasında mahkemenin ve savcılığın bilgi ve belge isteme yetkisi kapsamında (CMK m.332) bu bilgiler istenebilir. Bu bilgiler doğrudan GSM işletmeleri ve Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nden istenebilir. Bu tür taleplerin TİB'na iletilmesine gerek yoktur. Ayrıca hukuk mahkemeleri de bu nitelikteki bilgileri ilgili kurumlardan talep edebilirler.⁵³

g. Mağdurun İletişiminin Tespiti ve Baz Sorgusu

Ş.103. CMK m.135 vd. yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri şüpheli ve sanık hakkında (soruşturma ve kovuşturma evresinde) uygulanabilen bir koruma tedbiridir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin şüpheli ve sanık dışındaki kişiler hakkında uygulanabilmesi mümkün değildir.

Ş.104. CMK m.135 vd. maddelerinde suç mağdurunun iletişiminin denetlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında kıyas serbestisi bulunmakla birlikte, koruma tedbirleri bakımından kıyas yapılamayacağı da açık olduğuna göre, mağdurun iletişiminin CMK m.135 vd. maddelerine göre denetlenebilmesi mümkün değildir.

Ş.105. Suç mağdurunun iletişiminin denetlenmesi bakımından ise CMK kapsamında herhangi bir hüküm ihdas edilmiş değildir. Bu nedenle, soruşturma veya kovuşturma makamlarının mağdurun rızası bulunmaksızın mağdurun iletişimine müdahale edebilmesi mümkün değildir. Ancak suç mağdurunun iletişiminin denetlenmesi bakımından rızasının bulunduğu hâllerde iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusu ikili bir ayırım ile ele alınmalıdır.

Ş.106. İlk olarak mağdurun rızası, "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından*" değerlendirilmelidir. Haberleşmenin iki taraflı olması, haberleşmenin gizliliği üzerinde haberleşen tarafların ortak hak sahibi olması ve nihayet haberleşmenin gizliliğine ağır bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle, sadece bir tarafın rızası ile uygulanamaz.

Ş.107. Cumhuriyet Savcısının CMK 160 ve 161. maddelerinde yer alan genel nitelikteki soruşturma yetkileri kapsamında "mağdurun rızası ile", iletişimin kaydedilmesi, dinlenmesi ya da sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi mümkün⁵⁴ değildir.⁵⁵

53 Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2009/1721 E.N. , 2009/5855 K.N. Sayılı Kararında: "Soruşturma konusu konut dokunulmazlığını bozma suçunu kimin işlediğinin belirlenmesi için, yakınanın evinde bulunduğu ileri sürdüğü ve eve giren kişiye ait olduğunu iddia ettiği cep telefonu ve sim kartının; abone adı, kimlik bilgileri, telefon numarası ve sim kart bilgilerinin işletmeciler kurumlardan istenmesi için CYY'nin 135. maddesinin birinci fıkrasında yazılı bulunan "iletişimin tespiti" kararına gereksinim bulunmamaktadır. Söz konusu bu bilgilerin, Cumhuriyet Savcısının CYY'nin 160 ve 161. maddelerinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında, yargıç kararı olmadan, ilgili kurumdan istenmesi olanaklıdır."denilmektedir.

54 Aynı yönde bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.11.2011 tarih ve E. 2011/6-140, K. 2011/122 Sayılı Karar.

55 Mağdurun rızasının varlığı hâlinde, CMK 135 vd. hükümlerinin değil, TCK 26/2'de yer alan mağdurun rızası ve CMK 160-161 de yer alan genel delil toplama yetkisinin geçerli olduğu yönündeki görüş için bk. Şen, Telefon Dinleme, s. 89; aynı yönde Şahbaz, s. 123-125; Akyürek, s. 288. Özbek'e göre ise hukukumuzda mağdurun kendi telefon/telefonları (iletişim araçları) bakımından bir tespitin yapılmasını talep edebilmesi mümkün olmakla birlikte böyle bir tespit, örneğin tehdit edildiğini iddia eden mağdurun telefon kayıtlarının tespit edilmesi, m.135 çerçevesinde değil ancak m.160 vd. çerçevesinde düşünülebilir. Bu durumda artık hâkim kararına gerek yoktur (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhâkemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara 2013, s.432).

§.108. İletişimin tespiti bakımından ise, bir kimsenin haberleşme trafiğini gösteren bilgilerin de haberleşmenin gizliliği kapsamında olduğundan, iletişimin tespiti bakımından da yukarıda yer alan açıklamalar kural olarak geçerlidir.

§.109. Ancak CMK 135 vd. hükümlerinde yer almamakla birlikte, sıklıkla telefon haberleşme yoluyla işlenen huzur ve sükûnu bozma, hakaret, tehdit veya şantaj gibi suçların mağduru olduğundan bahisle rıza göstererek iletişimin tespitini istemesi ve bu istem üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından iletişimin tespitinin ilgili kurumdan (TİB Başkanlığı) talep edilebilmesi imkânı bulunmaktadır.

§.110. Danıştay tarafından yürürlüğü durdurulan, 14.02.2007 tarih ve 26434 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 10/4 hükmü uyarınca: *“Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet Savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan (TİB Başkanlığı) istenir.”* Bu hükümden hareketle, mağdurun rızası üzerine ve yönetmelikte belirlenen diğer şartların varlığı hâlinde (maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılama bakımından zorunluluk bulunması) mağdurun iletişiminin “tespit” edilebilmesi mümkündür.⁵⁶

§.111. Her ne kadar söz konusu Yönetmeliğin yürürlüğü durdurulmuş olsa ve iletişimin tespiti işlemi haberleşmenin gizliliği kapsamında yer alsada, yukarıda zikredildiği üzere, iletişimin tespiti kapsamında yer alan “faturalandırmaya esas bilgilere”, suç mağdurunun her zaman ulaşabilmesi mümkündür. Bu bilgiler yönünden, “haberleşmenin tarafı olan mağdurun her zaman bu bilgilere ulaşabileceğini bilen diğer tarafın -mağdur yönünden- mahremiyet beklentisi de bulunmamaktadır.

§.112. Suç mağduru tarafından ulaşılan veya onun rızası ile CMK m. 160 ve 161 hükümlerine dayanılarak elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerden istenen *“faturalandırmaya esas veriler”* bakımından, şikâyet hakkının kullanılması (TCK m.73/1 ve CMK 158/1) ve CMK 234/1, a-1 hükmü kapsamında “delillerin toplanmasını isteme hakkı” bir arada bulunmakta ve mağdurun rızası ile yapılan iletişimin tespiti işlemi hukuka uygun bir müdâhale hâline getirmektedir.

§.113. Nitekim Yargıtay,⁵⁷ *“Mağdurun telefonla aranmasına ilişkin telefon dökümlerinin (iletişimin tespiti) genel hükümler çerçevesinde getirtilebilmesi ve incelenmesinin”* Cumhuriyet Savcısının CMK m. 160 ve 161 hükümlerinde yer alan genel soruşturma yetkisi kapsamında olduğuna, suç şüphelisinin kimliğinin tespit edilebilmesi için Cumhuriyet Savcısının mağdurun iletişiminin tespiti işlemi yaptırabileceğine karar vermiştir. Söz konusu içtihat istikrar kazanmıştır.⁵⁸

56 Karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukukunda ilgilinin rızası üzerine iletişimin denetlenmesi konusunda açıklamalar için bk. Kaymaz, s. 282 vd.

57 Yargıtay 4. CD. 28.03. 2006 tarih ve 2879/6168.

58 Nitekim Yargıtay 13. CD'nin 30.11.2011 tarih ve 23240/6986 sayılı kararına göre de: “(…) Yargıtay’ımızın istikrar bulmuş içtihatları uyarınca, müşteki - mağdurun iletişiminin tespiti işleminin, 5271 sayılı CMK’nın 135. maddesi kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısı ve mahkemelerin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.”

5.2.2. Adfî Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Koşulları ve Uygulanması

a. Genel Olarak

Ş.114. İletişimin denetlenmesi tedbirinin şüpheli veya sanık hakkında uygulanmasıyla birlikte bu kimse ile iletişime geçen kimselerin de haberleşmelerinin gizliliğini ihlal etmesi ve bu yönüyle de aynı anda birden fazla kimsenin özel hayatına (ve haberleşmelerinin mahremiyetine) ağır bir müdâhale olması nedeniyle, kanun koyucu iletişimin denetlenmesinin uygulama koşullarını klasik koruma tedbirlerine (arama, elkoyma vs.) nazaran daha ayrıntılı ve sınırlı bir biçimde düzenlemiştir.

Ş.115. Niteliği gereği gizli olan ve özel hayatın "sır" alanına müdâhale niteliği taşıyan bu koruma tedbirinin kötüye kullanılması yönünde potansiyel bir tehlike mevcut olup, kanun koyucu bu tehlikeyi bertaraf etmek için güvence niteliğinde hükümlere ve ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir.

Ş.116. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında, koşulları ve uygulanması yönünden birden fazla koruma tedbiri yer almaktadır. Koşulları bakımından ele alındığında, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi birinci kategoride, iletişimin tespiti ikinci kategoride, (haberleşme trafik verileri) mobil telefonun yerinin tespiti de üçüncü kategoride düzenlenmektedir.

Ş.117. CMK'da üç kategori hâlinde düzenlenen bu koruma tedbirlerinin kanunda belirtilen uygulama koşullarına uyulmaması hâlinde, elde edilen bulgular delil olarak kullanılamayacaktır.

b. İletişimin Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Bakımından Koşullar

1. Tedbirin Uygulanacağı Kişi Yönünden "Şüpheli veya Sanık"

Ş.118. CMK m. 135/1 hükmü uyarınca, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı, **sadece** şüpheli veya sanık hakkında verilebilir.

Ş.119. Bir kişinin şüpheli sıfatını alması için, o kişi hakkında katalog suçlardan (CMK m. 135/6) birisiyle ilgili bir suç isnadının yapılması ve bunun araştırılmasına yönelik olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından bir ceza soruşturması açılması gerekir.

Ş.120. Ceza soruşturmasının bir idari (ön) soruşturmaya bağlı olduğu durumlarda (4483 Sayılı Kanun veya 2547 Sayılı Kanun'un 53/c bendi vs.) bu idari (ön) soruşturma CMK m. 160 ve 161 bağlamında "soruşturma" olarak kabul edilemez⁵⁹ ve bu evrede iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbiri uygulanamaz.

Ş.121. İletişim/haberleşme en az iki taraflı bir işlem olduğu için, şüpheli veya sanık hakkında uygulanan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbiri sırasında, haberleşmenin diğer tarafının da dolaylı

⁵⁹ "O hâlde, soruşturma evresi, suç şüphesinin Cumhuriyet Savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağından (...)" Yargıtay CGK, 17.10.2006 tarih, E. 2006/5-165 ve K. 2006/213 (Karar uyap mevzuat programından alınmıştır).

olarak tedbirin kapsamına girmesi söz konusudur.⁶⁰

§.122. İletişimin denetlenmesi tedbiri, şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olan iletişim araçları ile adına kayıtlı olmamakla birlikte şüpheli veya sanığın kullandığı iletişim araçları için uygulanabilir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, iletişim aracına değil, "kişiye bağlı olarak" uygulanan bir tedbirdir.

§.123. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim aracı sahibinin farklı kişiler olması hâlinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilmelidir. 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı kanununun 12. maddesi ile, CMK m. 135 hükmüne eklenen ikinci fıkra hükmüne göre,⁶¹ *"Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir."* Bu hükümlerle, ister şüpheliye veya sanığa isterse bir başkasına ait olsun, denetime konu iletişim aracının sahibine ve biliniyorsa kullanıcıya ilişkin belgenin, iletişimin denetlenmesine ilişkin karar taleplere eklenmesi (ve bu belgenin karar mercii tarafından incelenmesi) zorunluluğu getirilmiştir.

§.124. CMK'nun 135 inci maddesinde, şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. İletişimin denetlenmesi kararı, şüpheli ve sanığın iletişim kuracağı tahmin edilen kişiler hakkında verilebilir mi? Örneğin şüphelinin kullandığı tespit edilen (X) numaralı telefon mu dinlemeye alınacaktır? Yoksa şüpheli ya da sanığın iletişim kuracağı tahmin edildiği kişilerle ilgili de denetleme kararı verilerek, şüpheli veya sanığın yaptığı görüşmeler kayda alınacak mıdır?

§.125. CMK üçüncü kişilerin iletişimlerinin denetlenmeyeceğini açıkça belirtmemekle birlikte, bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabileceği açık şekilde vurgulanmıştır. Düzenlemelerden üçüncü kişilerin iletişim araçları ile ilgili de dinleme kararı verilebileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Aksi hâlde, kullanımı sıkı şartlara bağlanmış olan bu tedbirin, uygulama alanı son derece genişletilmiş olacaktır. Bu nedenle hiçbir şekilde şüpheli veya sanıkla ilgili delil elde etmek amacıyla üçüncü kişilerin iletişimlerini denetlenemez.⁶² Ancak şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlendiği sırada, şüpheli veya sanık ile görüşen kimselerin de soruşturma veya kovuşturma konusu suça katıldığı yönünde bilgiler elde edilir ise, bu bilgiler CMK m. 138 kapsamında tesadüfen elde edilen delil olarak değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca, şüpheli veya sanık ile görüşen kimsenin soruşturma konusu suça katıldığı yönünde bilgi elde edilir ise diğer kanunî şartların da varlığı hâlinde bu kişi bakımından alınacak yeni bir iletişimin denetlenmesi kararı ile bu kimsenin de iletişimi denetlenebilecektir.

1.1. Suça İştirak, Yardım ve Yataklık Edenlerin Durumu

§.126. CMK'nın 135 nci maddesinde, suça iştirâk eden (TCK m. 37, 38) veya suçun işlenmesine yardım eden (TCK m. 39) kimseler bakımından herhangi bir hüküm ihdas edilmemiştir. Bununla birlikte bu kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanamayacağı söylenemez. Kanunda sayılan katalog suçlara iştirâk

60 Özbek, s. 425.

61 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesiyle, bu maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere ikinci fıkra eklenmiş ve fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir. Bu metnin hazırlanması bakımından, fıkra numaralarının madde metnindeki ilk hâli (teselsül ettirilmeksizin) esas alınmıştır.

62 Çolak-Taşkın, s. 625.

edenler zaten o katalog suçun "şüpheli veya sanığı" olacakları için bunlarla ilgili olarak da iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecektir.

§.127. Buna karşılık suçun işlenmesinden sonra, şüpheliye veya sanığa yardım edilmesi TCK anlamında, yardım eden kimseyi katalog suçun şüphelisi veya sanığı yapmayıp, münhasır bir suç tipinin oluşumuna sebebiyet verir ve bu suç tipleri (TCK m. 281, 283, 284) bakımından CMK m. 135/6 hükmü uyarınca (katalog suçlar içerisinde yer almadığından) iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine başvurulamaz.

§.128. Ancak, suçtan sonra şüpheliye veya sanığa yapılan yardım ayrı bir suç olarak düzenlenmişse ve bu suç tipi katalog suçlar içerisinde yer alıyor ise, bu kimse bakımından da "ayrı bir iletişimin denetlenmesi kararı alınarak" tedbirin uygulanmasına karar verilebilir.⁶³

1.2. Milletvekilleri

§.129. CMK'nda, iletişiminin denetlenmesine karar verilecek şüpheli veya sanığın konum veya görevi bakımından bir istisnâya yer verilmemiştir. Hakkında soruşturma başlatılmış olan herkesin, koşullarının varlığı hâlinde iletişimi denetlenebilir.⁶⁴ Bu bağlamda, milletvekillerinin iletişimlerinin denetlenemeyeceğine dair bir istisnâ söz konusu değildir.⁶⁵

§.130. Anayasanın 83. maddesi uyarınca, milletvekilleri dokunulmazlığa sahiptir. Buna göre milletvekilleri işledikleri bir suçla ilgili olarak TBMM'nin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz. Ancak, suç işleyen milletvekili hakkında ilgili Cumhuriyet Savcılığı soruşturma işlemlerini yapar, delilleri toplar ve bir fezleke ile TBMM'ne dokunulmazlığının kaldırılması için gönderir.

§.131. Anayasanın 83. maddesi, milletvekilleri hakkında suç soruşturması yapılmasını ve hatta tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin uygulanmasını yasaklamamaktadır.

§.132. Dolayısıyla mevcut düzenlemelere göre koşullarının oluşması hâlinde bir milletvekili için de soruşturma yapılabileceğinden ve bu soruşturma kapsamında delil toplama işlemi de yapılabileceğinden, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir.

§.133. Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu hâlde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır." Buna göre, ağır cezalı suçüstü hâlinde ve Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen durumlarda bir milletvekili hakkında ceza soruşturması "TBMM'nin ilgili milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararı olmaksızın" yapılabileceğinden bu durumlarda söz konusu milletvekili hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilecektir.

63 Çolak-Taşkın, s. 625.

64 Öztürk-Erdem, s. 605.

65 Ergül, s. 3.

1.3. Hâkimler ve Savcılar

§.134. İletişimin denetlenmesi konusunda hâkim ve savcılar bakımından da bir istisnâ söz konusu değildir. Hâkim ve savcıların kişisel bir suç işlemeleri hâlinde, diğer koşullar varsa haklarında iletişimin denetlenmesi tedbirleri uygulanabilir.

§.135. Hâkim ve savcıların görevleriyle ilgili bir suç işlemeleri hâlinde ise soruşturulmaları HSYK'nın iznine tabidir. Soruşturma izninin alınmasını müteakip diğer koşulların oluşması hâlinde iletişimleri denetlenebilir. 6087 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre soruşturmanın müfettişler tarafından yapılması hâlinde, müfettişler Cumhuriyet savcılarının yetkisine sahiptir. Ancak müfettişler, Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin yetilerini kullanamazlar. Şu hâlde, bir hâkimle ilgili yürütülen soruşturmada, diğer koşulların varlığı hâlinde, sadece hâkim kararı ile iletişim denetlenebilir.⁶⁶

§.136. Hâkim ve savcıların, görevle ilgili ağır cezalı suçüstü hâllerinde, diğer koşulların da varlığı hâlinde genel hükümlere göre, iletişimlerinin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir.

1.4. Kamu Görevlileri

§.137. Kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işlemiş oldukları suçların soruşturmasının başlatılabilmesi için 4483 Sayılı Kanun veya diğer özel kanunlar (2547 s.K. m. 53/c vs.) gereğince önceden izin alınması gerekmektedir. Bu kişilerle ilgili olarak izin alındıktan ve soruşturma başlatıldıktan sonra iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması mümkündür. Ancak, ağır cezalı suçüstü hâlinde doğrudan doğruya soruşturma yapılabileceğinden (4483 s. K. m. 2/3) bu durumda iletişimin denetlenmesine de karar verilebilecektir.

§.138. Görev sırasında işlenmiş olsa dahi, ilgili kanunlarda doğrudan soruşturulacağı belirtilen suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi kararları verilebilir. Örneğin, 3628 sayılı Kanun'un m.17/1 hükmü uyarınca rüşvet, zimmet, irtikap, ihâleye fesat karıştırma vb. suçlar.

1.5. Müşteki veya Mağdurun İletişiminin Denetlenmesi ve İletişimin Denetlenmesinde Rıza

§.139. CMK m. 135, sadece şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesine imkân tanımaktadır. Şüpheli veya sanık dışında bir kimsenin iletişiminin denetlenebilmesi mümkün değildir. Mağdur veya müşteki bu kimselerden olmadığı için, mağdur veya müştekinin kendi rızası ile de olsa, iletişiminin denetlenebilmesi mümkün değildir.

66 Danıştay 5. D. 28.12.2009 tarih, E. 2009/5240 sayılı kararına göre: "Bazı kamu kurumlarına tanınan iletişimin dinlenmesi yetkisinin, Adalet Bakanlığı müfettiş ya da başmüfettişlerine tanınmış olduğu yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda da bu yönde bir düzenleme mevcut değildir. İşlevlerinin yönetsel niteliği dikkate alındığında, Adalet Bakanlığı müfettişlerinin özel bir ceza yargılaması koruma önleminin içinde bulunmalarına olanak yoktur. Adalet Bakanlığı müfettişlerinin görev ve yetkileri 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Adalet müfettişlerinin kanun ve tüzük ile verilen yetkilerini, mevzuatın öngördüğü sınırların dışına çıkacak şekilde genişleten ve onlara haberleşmenin tespiti ve dinlenilmesi adı altında yeni bir delil toplama yetkisi tanıyan dava konusu yönetmelik hükmü hukuka aykırıdır." (www.kazanci.com). 2802 sayılı, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun, adalet müfettişlerinin yetkilerini düzenleyen 101. maddesine göre, "Soruşturmanın zorunlu kıldığı hâllerde arama yaparlar." Şu hâlde, arama için dahi, soruşturmanın zorunlu kıldığı hâllerde yetkili olan adalet müfettişlerinin, gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle soruşturma altındaki hâkim veya savcının iletişiminin denetlenmesine "bizzat" karar verilebilmesi mümkün değildir.

Ş.140. CMK m.135 hükmünde yer alan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden sadece, "mobil telefonun yerinin tespiti" tedbiri üçüncü kişiler yönünden uygulanabilir. Ayrıca bu tedbire ancak "şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla" başvurulabilir.

Ş.141. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.11.2011 tarih, E. 2011/5-140 ve K. 2011/222 Sayılı Kararında da, "5271 sayılı CYY'nın 135. maddesinde açıkça şüpheli ve sanıktan bahsedildiğinden, dördüncü fıkrada belirtilen mobil telefonun yerinin tespiti dışında maddede düzenlenen tedbirlerin üçüncü kişiler yönünden uygulanması olanaklı değildir." denilmek sùretiyle, CMK m. 135 hükmünde yer alan "mobil telefonun yerinin tespiti" dışındaki işlemlerin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sırasında ve denetlenecek olan telefon hattının şüpheli tarafından kullanıldığına ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması hâlinde uygulanması gerektiği vurgulanmış ve CMK 135 vd. hükümlerinin "baz istasyonu sorgusuna imkân vermediği" sonucuna ulaşmıştır.⁶⁷ Baz istasyonu sorgulamasında, yürütülen suç soruşturmasıyla ilgisi bulunmayan ve o baz istasyonu marifetiyle haberleşen bütün kimselerin haberleşmelerinin gizliliğine müdâhale edileceğinden ve nihayet baz sorgusu belli bir kişiye (şüpheliye ve sanığa) yönelik olarak yapılmadığından ölçülü olmadığı gibi, yasaya aykırı bir uygulamadır.

Ş.142. Yargıtay'a göre,⁶⁸ "Mağdurun telefonla aranmasına ilişkin telefon dökümlerinin (iletişimin tespiti) genel hükümler çerçevesinde getirilebilmesi ve incelenmesinin" Cumhuriyet Savcısı'nın CMK m. 160 ve 161 hükümlerinde yer alan genel soruşturma yetkisi kapsamında olduğundan, suç şüphelisinin kimliğinin tespit edilebilmesi için Cumhuriyet Savcısı mağdur veya müşteki hakkında "iletişimin tespiti" işlemini yaptırabilir. Söz konusu içtihat istikrar kazanmıştır.^{69 70}

1.6. Müşteki veya Mağdurun, Şüpheli veya Sanığın İletişimini Denetlemesi

Ş.143. Şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebilmesi ancak CMK m.135 hükmünde yer verilen şartların gerçekleşmesi hâlinde ve kural olarak Ağır Ceza Mahkemesi ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile mümkündür. Bu hüküm dışında, suç mağduru da olsa herhangi bir kimsenin, diğer bir kimsenin haberleşme hürriyetine müdâhalede bulunması hukuka aykırıdır.

Ş.144. Suç mağduru da olsa, bir kimsenin bir başkasının haberleşme hürriyetine müdâhale ederek, elde ettiği bulgular yasak delil kapsamındadır. Ayrıca,

67 Birtek, Acil Yardım Çağruları ve Kayıp (Şahıs) Başvuruları Bakımından Adres ve Konum Bilgisinin Tespiti ve Haberleşme Trafik Verilerinin Kaydedilmesi, s. 420.

68 Yargıtay 4. CD. 28.03. 2006 tarih, E. 2006/2879 ve K. 2006/6168.

69 Nitekim Yargıtay 13. CD'nin 30.11.2011 tarih, E. 2011/23240 ve K. 2011/6986 Sayılı Kararına göre de: "(...) Yargıtayımızın istikrar bulmuş içtihatları uyarınca, müşteki - mağdurun iletişiminin tespiti işleminin, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısı ve mahkemelerin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir."

70 Suç mağdurunun iletişiminin "tespiti" işlemi, 14.01.2007 tarih ve 26434 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) m. 10/4 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmeye göre, "Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet Savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir".

Anılan hüküm, suç mağdurunun açık rızasının bulunması ve iletişim aracının bizzat mağdura ait olması şartıyla sadece "iletişimin tespiti"ne (haberleşme içeriğine müdâhale olmaksızın sadece iletişim aracının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlere) imkan tanımaktaydı. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 06.12.2012 tarih ve YD İtiraz Numaralı kararı ile, 14.01.2007 tarih ve 26434 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" (Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir.

bu eylem, TCK m. 132 anlamında, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.

§.145. Ancak, herhangi bir açık yasal düzenleme bulunmasa da, TCK'da yer alan genel hükümlerden hareketle, bir kimsenin mağduru olduğu suç bakımından, şüpheli veya sanığın kendisiyle kurduğu iletişimi kaydetmesi ve bunun delil olarak kullanılması, içtihatla ve "sınırlı bir biçimde" ve sıkı şartlar altında kabul edilmektedir.

§.146. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.06.2011 tarih ve E. 2010/5-187, K. 2011/131 Sayılı Kararında: *"Katılanan kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek sûretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir."* denilmekte ve bu türden bir kaydı gerçekleştiren kimsenin eyleminin bir başkasının özel hayatına müdâhale niteliği taşımadığını, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların muhafazası ve yetkili makamlara sunulması amacına yönelik olduğu vurgulanmıştır.⁷¹

§.147. Ancak mağdur bakımından hakaret, tehdit, şantaj, rüşvet teklifi vs. gibi zorlayıcı ve acil bir durum olmadıkça, mağdurun "delil toplamak amacıyla" şüpheli veya sanığın iletişimine müdâhale etmesi hukuka aykırıdır. Belirtmek gerekir ki, ceza yargılaması sisteminde Cumhuriyet Savcısı (ve emrindeki kolluk) ve bazı hâllerde de mahkeme veya hâkim dışındaki kimselerin delil toplama yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷² Özel kişiler (örneğin mağdur) tarafından sunulan deliller insan haysiyetinin dokunulmazlığını ihlal etmedikçe delil olarak kabul edilebilir.⁷³ Ceza yargılaması bakımından, özel kimselerin, *"hak ihlalinde bulunmamak koşuluyla"* delil sunabilme yetkisi bulunmaktadır.⁷⁴ Bu maksadı aşan ve başkalarının haberleşme hürriyetini ihlal niteliği taşıyan müdâhaleler hukuka aykırı olup, bu müdâhaleden elde edilen bulgular da delil olarak kabul edilemez.

1.7. Üçüncü Kişilerin İletişiminin Dolaylı Olarak Denetlenmesi

§.148. Haberleşme en az iki taraf arasında gerçekleştirilen bir eylem olduğu için, haberleşmenin bir tarafı olan şüpheli veya sanık hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulandığında, bu kimse ile haberleşen diğer kimseler de "pasif" olarak bu tedbirden etkilenmektedir. Şüpheli veya sanığın, kiminle ne zaman haberleşeceği önceden bilinemeyeceğinden, bu tedbirden pasif olarak etkilenecek bu kimselerin tedbire katlanması gerekmektedir.

§.149. Üçüncü kişilerin denetlenmesi konusu CMK'da düzenlenmemiştir. Bu kişilerin pasif olarak denetlenmesi nedeniyle, hakkında "doğrudan" denetim kararı bulunmayan bu kimseler hakkında elde edilen delillerin kullanılması ile ilgili olarak CMK m. 138 kapsamında yeterli güvenceler getirilmiştir. Ayrıca, şüpheli ile iletişime geçen kimsenin tanıklıktan çekinme hakkı olan bir kimse (veya avukatı) olması durumunda da elde edilen bulguların delil olarak kullanılması yasaklanmıştır (CMK m. 135/2)

71 Yargıtay 2. CD. 22.01.2009 tarih ve E. 2008/11929, K. 2009/922 Sayılı Kararında da, "şikâyetçi tarafından hakaret ve tehdit içeren telefon görüşmesinin kaydı alınması"nın yasal delil niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir.

72 Özbek, s. 658 vd.; Soyaslan, s. 396.

73 Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, s. 392.

74 Özbek, s. 675, 676. Centel/Zafer, 689. Nitekim Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre de, soruşturma makamlarına ve özel kişilere başkalarının getirilen veya "tesadüfen" ele geçirilen deliller Anayasa m.38/6 kapsamında kanuna aykırı delil değildir. Açıklamalar için bk. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376

1.8. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin “Şüpheli ve Sanığa Bağlı Oluşu”

§.150. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için, öncelikle işlenmiş bir suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olması ve *şüpheli veya sanığın kimliğinin de tespit edilmiş bulunması* gerekmektedir.

§.151. İletişimin denetlenmesi “şüpheli veya sanığın kullandığı” (şüpheli veya sanığın kendi adına kayıtlı olmasına gerek yok) numara üzerinden yapılır. Nitekim CMK m. 135/2⁷⁵ hükmünde iletişimin denetlenmesi kararında, *“hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu”*nun bulunması zorunluluğu getirilmiştir.

§.152. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanacağı haberleşme aracı ve numarası tedbir kararında yazılmalıdır. Şüpheli veya sanığın “gelecekte kullanacağı bütün numaralar ve haberleşme araçları” bakımından genel ve sınırsız bir biçimde, iletişimin denetlenmesi kararı verilemez. Yine, belli bir ankesörlü telefon numarasından yapılan *bütün* telefon görüşmeleri veya bir kurumdaki telefon santrali bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz.⁷⁶

§.153. Şüpheli veya sanığın kullandığı haberleşme aracı (ve belli bir telefon numarası) hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, şüphelinin başka bir numarayı kullanmaya başlaması hâlinde, ilk karara dayanılarak bu numaranın dinlenmesine devam edilemez. Şüpheli veya sanığın kullanmaya başladığı bu yeni numara belirlenir belirlenmez, derhâl yeni bir karar (veya ek karar) alınması gerekmektedir. Aksi hâlde kolluk görevlilerinin insiyatifi ile yeni kullanılmaya başlandığı düşünülen telefonun, önceden diğer numaralı telefon için verilen dinleme kararı uyarınca dinlenmesine geçilmesi hâlinde, getirilmek istenen güvence kaybolacak, ilgisiz birçok kişinin dinlenmesi söz konusu olabilecektir.

§.154. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında, şüpheli ve sanığın kimliğine bağlı olarak, şüphelinin kullandığı veya ilerde kullanacağı tüm telefonların dinlenmesi için genel bir karar verilemez.

2. Tedbirin Uygulanacağı Suç Türleri

§.155. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması öngörülen suçlar, CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasındaki katalog hâlinde sayılmaksûretiyle belirlenmiştir. İletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine, ancak sayılan bu katalog suçlar için karar verilebilir. Bu suçlar,

a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80)

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83)

⁷⁵ Fıkra numaraları teselsül ettirildikten sonraki 2. Fıkra.

⁷⁶ Ancak 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun, 17/4/2014 tarih 6532/3 maddesi ile eklenen 10. fıkra hükmü uyarınca da, “Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.”

3. İşkence (madde 94, 95)
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102)
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103)
6. **(Ek: 21/2/2014 - 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma** (madde 148, 149)
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), (2)
8. Parada sahtecilik (madde 197), (2)
9. (Mülga: 21/2/2014 - 6526/12 md.)⁷⁷
10. (Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227)⁷⁸
11. İhâleye fesat karıştırma (madde 235), (1) (2)
12. Rüşvet (madde 252)
13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282)
14. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315)
15. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları
 - b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları
 - c. (Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu
 - d. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar
 - e. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar

§.156. Katalog suçlar haricindeki bir suçun soruşturulması kapsamında kişilerin iletişimlerinin denetlenmesine karar verilmez.

2.1. Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlar

§.157. İletişimin denetlenmesi tedbiri, sadece sınırlı olarak sayılan suçlar

⁷⁷ 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 12. maddesi ile, "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220)" iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suçlar içerisinde çıkarılmıştır.

⁷⁸ İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması öngörülen katalog suçlar arasında hâlinde "Fuhuş" da sayılmaktaydı. Ancak 06/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunun 45. maddesi ile, 227 nci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve böylece fuhuş suçu katalog suçlarından çıkarılmıştır. Mevcut durum itibarıyla, mülga TCK m. 227/3 kapsamındaki eylemler, TCK m. 80 kapsamında değerlendirilmektedir. TCK m. 80 hükmünde düzenlenen insan ticareti suçu ise, katalog suçlar arasında yer almaktadır.

için uygulanabilir. CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar arasında açıkça gösterilmiş olmadıkça, bu tedbire başvurulamayacaktır.

§.158. 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 12. maddesi ile, **"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220)" iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suçlar içerisinde çıkarılmıştır.**

Bu kapsamda, amaç suç olarak TCK m. 220 bakımından iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak, suç işlemek maksadıyla kurulmuş bir örgütün faaliyetleri kapsamında, CMK m. 135/7 hükmünde yer alan katalog suçlardan birinin (araç suçlar) (Örn. Rüşvet, yağma, nitelikli hırsızlık, kasten öldürme vs.) işlendiğine ilişkin "somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin bulunması hâlinde" bu suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir.

§.159. Ancak bilinmelidir ki, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına karar verildiği anda, sözü edilen araç suçlar yönünden somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir. **Somut delillere dayanmaksızın**, araç suçların işlendiğinden bahisle, suç işlemek maksadıyla örgüt kurma suçuna ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi ve bu sûretle CMK m. 135/7 hükmünün etrafının dolanılması hukuka aykırıdır. Bu şekilde elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesi ve bu delillere dayanılarak TCK m. 220 kapsamında mahkûmiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir.⁷⁹

2.2. Terörle Mücadele Kanunu Kapsamındaki Suçlar

§.160. TCK m. 220 hükmünde yer alan suç işlemek maksadıyla örgüt kurma suçu, CMK'nın 135. maddesinin yedince fıkrasında yer alan katalog suçlar içerisinde çıkarılmıştır.

Ancak suç işlemek amacıyla **kurulan örgüt TCK m. 314 veya 315 kapsamında ise, bu hâlde iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecektir. Silahlı örgüt ve silahlı örgüte yardım etme (TCK M. 314, 315) suçları, CMK m. 135/7-14 hükmünde sayılan katalog suçlar içerisinde yer almaktadır.**

§.161. 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 19. maddesi ile, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi yürürlükten kaldırıldığından,⁸⁰ **terör örgütüne üye olma, terör örgütüne bilerek yardım etme ve terör örgütünün propagandasını yapma suçları yönünden de iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilme imkânı ortadan kaldırılmıştır.**

⁷⁹ Yargıtay 5. CD. 09.01.2013 tarih, E. 2012/4693 ve K. 2013/110 sayılı kararında: "(...) Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda yapılan bu düzenlemede de sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili olarak, sınırlı hâllerde telefon haberleşmesinin dinlenmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisine uygun olması gerekmektedir. Bu hâlde, durum derhâl C.Savcısına bildirilerek bu kanıtın değerlendirilmesi söz konusu olabilecek ve yasa dışı elde edilmiş kanıt olarak değerlendirilmeyecektir. (Karar yayınlanmamıştır.)

⁸⁰ 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 1. Maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen Geçici 14. maddenin 6. Fıkrasına göre: "Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış atıflar Ağır Ceza Mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; a. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna, b. Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c. İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), yapılmış sayılır."

§.162. 07.02.2013 tarih ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, "3713 sayılı Kanunun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri", terörizmin finansmanı suçu hakkında da uygulanacağı belirtilmiş olsa da, **TMK m. 10 hükmü** (terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin hüküm) **kaldırılarak, genel soruşturma ve kovuşturma usûlleri benimsendiğinden ve nihayet terörizmin finansmanı suçu CMK m. 135/7 hükmünde yer alan katalog içerisinde sayılmadığından, bu suç bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi mümkün değildir.**

2.3. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun İle Eklene Suçlar

§.163. 31.03.2011 tarih ve 6222 Sayılı, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 23. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aynı kanunun 11. maddesinde düzenlenen, "Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin etme" (şike) suçları nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

3. Suç Vasfının Değişmesi

§.164. İletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verilen kararın uygulanması sırasında, suç vasfının değişmesi hâlinde nasıl bir yöntem izleneceği kanunda belirtilmemiştir. Suç vasfının değişmesi iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, tedbire konu suçun katalog dışı bir suç vasfını alması; ikincisi ise, tedbire konu suçun vasfının yine katalog içerisinde yer alan başka bir suça dönüşmesi.

§.165. Tedbire konu suç, katalog harici bir suça dönüşmüş ise, tedbirin derhâl sonlandırılması gerekir. Aksi hâlde söz konusu suçun soruşturulmasında ve kovuşturulmasında bu tedbire başvurulması mümkün olmadığından elde edilen delil yasadik delil kapsamında kalacak ve değerlendirilemeyecektir.

§.166. Tedbire konu suçun, katalog dâhilinde bir suça dönüşmesi hâlinde de tedbire son verilmesi gerekir. Bu durumda yeni suça göre iletişimin denetlenmesi koşullarının tekrar irdelenmesi, koşulları varsa söz konusu suç için yeni bir karar verilmesi gerekir.

§.167. Uygulamada belirli bir suçtan soruşturma yürütülüp dava açıldığı hâlde, kovuşturma safhasında suçun niteliğinin değişmesine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür durumlarda yargılamaya konu eylemin mahkeme tarafından nasıl değerlendirildiği büyük önem kazanmaktadır. Zira denetleme sonucu elde edilen delilin hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için, eylemin mahkemece nitelendirildiği şeklinin de bu tedbirin uygulanmasına imkân vermesi ve katalog suçlardan birisi olması gerekir.⁸¹ Başka bir anlatımla soruşturma aşamasında katalog suç olarak nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan ve bazı deliller elde edilen suç, kovuşturma aşamasında nitelik değiştirerek katalog harici suçlardan birisine dönüşürse, CMK m.225/2 hükmü uyarınca mahkeme, fiilin değerlendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağılı olmadığından, denetleme sonucu elde edilen bilgiler de kovuşturma aşamasında

81 Keklik, s. 4.

delil olarak kullanılamayacaktır.⁸²

Ş.168. Aksi bir kabul, CMK m. 135 ile getirilen güvencelerin etrafı dolanılmak sûretiyle etkisiz kalması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, tedbire konu suçun "aynı kısımda düzenlenen", "unsurları itibariyle mahiyeti ancak kovuşturmada ortaya çıkabilecek", "biri diğerinin özel görünüş biçimi olan (genel hüküm-özel hüküm ilişkisi vs.) suçlar bakımından, suçun katalog dahilinde başka bir suça dönüşmesi veya katalog dışında bir suç hâlini alması hâlinde delilin kullanılabilmesinin mümkün olduğu tartışmalı olmakla birlikte genellikle kabul edilmektedir.

Ş.169. Yargıtay CGK, suç vasfının değiştiği bir olayla ilgili olarak "(...) suç niteliğinin değişmesi sûretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir." demiştir.⁸³

Ş.170. Nitekim Yargıtay **5. C.D. 17.01.2014 tarih, E. 2013/16791 ve K. 2014/516 Sayılı Kararında** (Şike Kararı): "Dönüşen yeni suçun, katalog kapsamında yer alması nedeniyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasına yasal bir engel bulunmaması, tedbir kararı verilmesinin, dönüşen bu suçlar bakımından da mümkün olması, yapılan yargılama sonucu amaç suçun örgütlü olarak işlendiğinin anlaşılması, örgütün temadi niteliği, mahkemeden usûlüne uygun koruma tedbiri kararlarının alınmış olması nedenleriyle **kanuna karşı hile yoluna başvurulmadığından**, elde edilen delillerin hukuka aykırı olmadığı kabulü gerektiği" ifade edilmiştir.⁸⁴

4. İştirak Hâlinde İşlenen Suçlar ile Teşebbüs veya Hazırlık Hareketleri Aşamasında Kalan Suçlar

Ş.171. CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan suçlara teşebbüs veya iştirâkin söz konusu olması, iletişimin denetlenmesi bakımından önem taşımaz.⁸⁵ Zira teşebbüs aşamasında kalan bir eylem, "suçun özel görünüş biçimi" olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır.

Ş.172. Bununla birlikte katalog suçların, henüz hazırlık hareketleri aşamasında kaldığı durumda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanaksızdır.⁸⁶ Hazırlık hareketleri ceza sistemimizde suç olarak kabul edilmemekte ve

82 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 131.

83 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.06.2007 tarih, E. 2006/5-154 ve K. 2007/145 (www.kazanci.com).

84 Karar yayınlanmamıştır. Yine Yargıtay 5.CD'nin, 14.11.2012 tarih, E. 2010/1192 ve K. 2012/11385 Sayılı bir başka kararında da, "(...) Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/06/2007 gün ve 2006/5.MD-154/145 sayılı Kararında belirtildiği üzere, rüşvet suçu 5271 sayılı CMK'nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç ve nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de iletişimin tespiti suretiyle elde edilen delillerin CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişiler için de yasal delil olarak kabul edileceğinden sanık Gürsel Biçer hakkında Keçiborlu Sulh Ceza Mahkemesinin 08/08/2006 tarih ve 2006/171-164 Değişik İş sayılı iletişimin tespiti kararı kapsamında diğer sanıklar hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğu kabul edilmekte; (...) Her ne kadar mahkemece sanık Gürsel Biçer dışındaki sanıklar hakkında usûlüne uygun iletişimin tespiti kararı bulunmadığı, sanık Gürsel'in iletişiminin tespiti ve kayda alınması sırasında diğer sanıkların Gürsel ile konuşmalarının kayıt altına alındığı bu nedenle usûlüne uygun olmayan telefon kayıtlarının CMK'nın 206/2-a, 217. maddeleri gereğince hükme esas alınmayacağı gerekçesiyle sanıkların beraetlerine karar verilmiş ise de yukarıda bahsedilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı dikkate alındığında, sanık Gürsel Biçer hakkındaki Keçiborlu Sulh Ceza Mahkemesinin 08/08/2006 tarih ve 2006/171-164 Değişik İş sayılı iletişimin tespiti kararı kapsamında diğer sanıklar hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle hüküm kurulması" hukuka aykırı bulunmuştur.

85 Öztürk-Erdem, s. 608.

86 Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 98; Öztürk-Erdem, s. 608.

cezalandırılmamaktadır. Ancak, aslında hazırlık hareketleri olduğu hâlde, suç politikası gereği "suç" olarak kabul edilen eylemler bakımından (Örneğin, TCK m. 314, 315 gibi) tedbire başvurulabilir.

5. İletişimin Tespiti ve Mobil Telefonun Yerinin Belirlenmesi Tedbirlerinin Uygulanacağı Suçlar

§.173. İletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanması için yukarıda sayılan katalog suçlardan birisinin işlenmiş olması gerekmektedir. Buna karşılık iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbiri için böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Her türlü suçla ilgili olarak bu iki tedbir uygulanabilmektedir.

6. Tedbirin Uygulanacağı Evre

§.174. CMK'nun 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine, hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde başvurulabileceği açıkça belirtilmektedir. Soruşturma başlatılmadan önceki aşamada iletişimin denetlenmesine karar verilemeyeceği gibi, tedbirin kesin hükümden sonra da uygulanması mümkün değildir.⁸⁷

7. Tedbirin Uygulanacağı Şüphe Derecesi

§.175. Şüphe, zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangi seçeneğin doğru olduğunu kestirememesi hâlidir.⁸⁸ Ceza Muhâkemesinde şüphe, "basit şüphe" ve "yoğun şüphe" olmak üzere ikiye ayrılır. Yoğun şüphe de kendi içinde "yeterli şüphe" ve "kuvvetli şüphe" olmak üzere ikiye ayrılır.⁸⁹ Basit şüphe, fiilin suç olduğu ve soruşturulabilir nitelik arz ettiği hâlidir. Yeterli şüphe, eldeki delillere göre yapılacak muhâkeme sonunda sanığın mahkûm olması ihtimâlinin beraat etme ihtimâline göre daha kuvvetli olması hâlidir. Kuvvetli şüphe ise, mevcut delillere göre yapılacak muhâkeme sonunda mahkûm olma ihtimâlinin kuvvetle muhtemel olması hâlidir.⁹⁰

§.176. İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için, katalog suçlardan birisinin işlendiğine ilişkin "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri"nin⁹¹ varlığı aranmıştır.

7.1. Kuvvetli Şüphe Sebebi

§.177. CMK'nın 135. maddesinde "kuvvetli şüphe sebeplerinden" söz edilmektedir. CMK'nın 100. maddesinin birinci fıkrasında tutuklama kararı verilebilmesi için "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu" aranırken; iletişimin denetlenmesine ilişkin karar verilebilmesi bakımından ise "kuvvetli şüphe sebebi" aranmaktadır.

CMK m. 135/1 hükmü, 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele**

87 Öztürk-Erdem, s. 605.

88 Öztürk-Erdem, s. 494.

89 Erdem-Özbek, s. 276.

90 Öztürk-Erdem, s. 494.

91 Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için her hangi bir şüphe derecesi aranmamıştır.

Kanunu Ve Ceza Muhâkemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile "kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ifadesi, "(...) somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" biçiminde değiştirilmiştir. Şu hâlde, CMK m. 135 hükmünün uygulanabilmesi için, kuvvetli şüphenin SOMUT DELİLLERE DAYANMASI ŞARTI GETİRİLMİŞ ve bu tedbire başvurulması çok sıkı şartlara bağlanarak zorlaştırılmıştır.

Ş.178. Şüphe derecelerini basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere sıraladığımızda, "kuvvetli şüphe sebebi" kavramının basit şüphenin biraz üzerinde ama yeterli şüphenin de biraz aşağısında yer aldığını söyleyebiliriz. Eldeki deliller yeterli şüphe oluşturuyorsa zaten kamu davası açılacaktır. Kuvvetli şüphe derecesine ulaşıyorsa da tutuklama dahil her türlü tedbire başvurulacak kadar delil elde edilmiş demektir. Her iki hâlde de iletişimin denetlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Basit şüphe ile yeterli şüphe arasında yer alan bazı sebepler veya somut belirtilerin oluşması hâlinde bu tedbirin uygulanmasına başvurulabilecektir.⁹²

Ş.179. İletişimin denetlenmesi tedbirine sadece katalog suçlar için başvurulabilmesi ve tedbirin "kişi" (şüpheli/sanık) ile ilgili olarak uygulanması nedeniyle, kuvvetli şüphe sebebinin katalog suçu işleyen kişi bakımından aranması ve mutlaka şüphelinin suçla bağlantısının ortaya konulması ve suç şüphesine ilişkin **SOMUT DELİLLERİN** ortaya konulması ve iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda bu delillerin gösterilmesi gerekmektedir.

8. Başka Yolla Delil Elde Edilememesi (Son Çare Prensibi)

Ş.180. İletişimin denetlenmesi, en son çare (ultima ratio) olarak başvurulacak tedbirlerdendir. Başka tedbirlerle failin belirlenmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin denetlenmesine karar verilemez. Ancak burada, diğer tedbirlerin uygulanması ve delil elde edilememiş olması gerekmez. Bu tedbirlere başvurulsa dahi sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin varlığı yeterlidir.⁹³ Bu kabul söz konusu tedbirin kötüye kullanılabilmesi olasılığını artıracak niteliktedir. Bu nedenle, **tedbirin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi bakımından tedbire son çare olarak başvuruluyor olmasının gerekçeleri kararda açıkça ve ayrıntılı olarak gösterilmelidir.**

Ş.181. Klasik (birincil) koruma tedbirlerine başvurulduktan sonra, iletişimin denetlenmesine karar verilebileceğini kabul etmek, **iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulanamaz hâle getirirse de,** kanun koyucunun, 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhâkemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile "kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ifadesini, "(...) somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" biçiminde değiştirmesi ile**

⁹² Yargıtay 5. CD. 17.01.2014 tarih, E. 2013/16791 ve K. 2014/516 Sayılı Kararında (Şike Kararı) kuvvetli şüphe sebebi koşuluna ilişkin olarak şu görüşler ortaya konulmuştur: "CMK m. 135 vd. bakımından kuvvetli suç şüphesinin tartışmalı olduğu, kanun koyucunun söz konusu tedbirlerin aşırı biçimde ve sıklıkla kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla kuvvetli suç şüphesini aradığı, ancak bu tedbire başvurulması için şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin mevcut olması şeklinde anlaşılacak derece ve zorlukta bir koşul öngörmediği, aksini kabul hâlinde bu tedbirlere başvurulmasının neredeyse imkansız ve anlamsız hâle geleceği, kaldı ki maddelerdeki kuvvetli şüphe sebepleri terimi, şüpheli veya sanığın mahkûm edilmesi ihtimalinin yüksek olduğu biçiminde anlaşıldığı takdirde bu aşamada söz konusu tedbirlere başvurma oranlılık ilkesi açısından da yerinde olmayacağı, zira şüpheli veya sanık hakkında, onun büyük ihtimale mahkûm edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığına göre, artık bu tedbirlere başvurma gereğinin bulunmayacağı, yine bu tedbirlere başvurulabilmesi için kuvvetli suç şüphesi şartının aranmasının tedbirlere başvuru koşullarından olan, başka yolla delil elde edilmesinin bulunmaması biçiminde ikincilik ilkesi ile de bağdaşmayacağını kabul etmek gerekir." (Karar yayınlanmamıştır).

⁹³ Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 100.

birlikte artık, klasik koruma tedbirlerine başvurarak **SOMUT DELİL ELDE ETMEKSİZİN, İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNE BAŞVURULABİLMESİ İMKANSIZ HÂLE GELMİŞTİR.** Bu yönüyle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin ikincil (son çare) niteliği, yasa koyucu tarafından kesin bir biçimde ortaya konulmuştur.

§.182. Kanun koyucu, öncelikle klasik Ceza Muhâkemesi tedbirleri ile delil toplanmasını ve bu delillerden hareketle ve gerek bulunması hâlinde son çare olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını amaç edinmiştir. Şu hâlde, Cumhuriyet Savcısı, klasik koruma tedbirlerini uygulayarak elde ettiği **SOMUT DELİLLERLE** yeterli şüpheye ulaşamamış ise, ancak son çare olarak iletişimin denetlenmesi tedbirini (resen veya mahkemeden talep ederek) uygulayabilecektir.

8.1. Tedbirin Diğer İkincil Tedbirlerle Göre Öncelik - Sonralık İlişkisi

§.183. İletişimin denetlenmesi ile arama, elkoyma, adlî kontrol gibi diğer koruma tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır ve aynı ölçüde olayı aydınlatma şansı bulunan diğer koruma tedbirleri, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine göre bir önceliğe sahiptir.⁹⁴ 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhâkemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un** 12. Maddesi ile değiştirilen **CMK m. 135/1 hükmüyle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin, klasik tedbirlerden sonra "son çare" olarak uygulanması prensibi kesin bir biçimde ortaya konulmuştur.**

§.184. Ancak iletişimin denetlenmesi ile gizli görevli kullanma (CMK m. 139) ve teknik araçlarla izleme tedbirleri (CMK m. 140) arasından, temel hak ve özgürlüklere daha az müdâhale oluşturan tedbire öncelik tanınmalıdır. Ancak bu durum, gerektiğinde her üç tedbire de, aynı olayda birlikte başvurulabilmesine engel değildir.⁹⁵

§.185. Ceza Muhâkemesinde, soruşturma evresinin "dağınıklığı" ilkesinden hareketle ve bir kısım suçların yapısı gereğince (örneğin, TCK m. 79,80, 220/1 vs.) son çare olarak öngürülen tedbirleri olarak kabul edilen (CMK m. 135, 139 ve 140) hükümlerine hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde aynı anda başvurulabilecektir. Tedricilik ya da öncelik sonralık prensibi, ikincil koruma tedbirleri arasında geçerli değildir. İkincil koruma tedbirlerinin hepsinin aynı anda uygulanmasının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

9. Talep ve Karar

9.1. Cumhuriyet Savcısının Talebi

§.186. Cumhuriyet Savcısı, koşulların varlığı hâlinde ve "gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde" evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra, adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen **veya** resen kendisinin tespit ettiği bilgi ve belgeleri de ekleyerek, diğer koşulların varlığı hâlinde, iletişimin denetlenmesine karar vermesi için hâkimden (CMK m. 135/1 hükmü uyarınca işlemin

⁹⁴ Öztürk-Erdem, s. 603; Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 100.

⁹⁵ Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 100.

yapılacağı yer AĞIR CEZA MAHKEMESİ'nden) talepte bulunur.

§.187. İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin Cumhuriyet Savcısının hazırlayacağı talep yazısında, aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

a. Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası

b. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin **somut deliller** ve somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu

c. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler

ç. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği

d. İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu

e. Tedbirin türü

f. Tedbirin kapsamı

g. Tedbirin süresi.

§.188. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine karar verilebilir. Buna karşın kovuşturma aşamasında Sulh Ceza ve Asliye Ceza mahkemelerinin iletişimin denetlenmesi tedbirini resen uygulayabilmesi mümkün değildir. 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un** 12. Maddesi ile değiştirilen **CMK m. 135/1 hükmüyle, soruşturma ve kovuşturma evresinde (gecikmesinde sakınca bulunan hâller hariç) iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından ancak AĞIR CEZA MAHKEMESİ bu tedbirlerin uygulanmasına karar verebilecektir.**

CMK m. 163 uyarınca, Sulh Ceza Hâkiminin "zorunluluk savcısı" olarak görev yaptığı durumlarda da, **"gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde"** iletişimin denetlenmesine karar verebilmesi mümkündür.

9.2. Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı

§.189. İletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi, kural olarak (gecikmesinde sakınca bulunan hâller dışında) Ağır Ceza Mahkemesine aittir. Kararı vermeye yetkili ve görevli **Ağır Ceza Mahkemesi, soruşturmanın yapıldığı yerdeki Ağır Ceza Mahkemesidir. Ağır Ceza Mahkemesi, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusundaki kararını OYBİRLİĞİ ile verir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.(CMK m. 135/1)**

§.190. Kovuşturma evresinde, Ağır Ceza Mahkemeleri **oybirliği ile olmak kaydıyla**, iletişimin denetlenmesine karar verebilecek iken; **Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemeleri doğrudan iletişimin denetlenmesine karar veremeyecektir.** Bu mahkemelerin, Ağır Ceza Mahkemesi'nden talepte bulunması gerekmektedir.

§.191. Hâkimin iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak vereceği kararlar Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca gerekçeli olmak zorundadır. Gerekçede CMK'nın 135. maddesinde belirtilen tüm koşulların varlığının açıkça belirtilmesi gerekir.⁹⁶

9.3. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâller (Cumhuriyet Savcısı Kararı)

§.192. Kural olarak iletişimin denetlenmesi kararını mahkeme (Ağır Ceza Mahkemesi) verir. Ancak soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı da iletişimin denetlenmesine karar verebilir. Cumhuriyet Savcısının bu kararı verebilmesi için diğer koşulların yanında "gecikmesinde sakınca bulunan hâlin" varlığı da gerekmektedir.

§.193. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hâli" olarak tanımlanmıştır.

§.194. Cumhuriyet Savcısının verdiği kararların denetlenmesinde, gecikmesinde sakınca bulunan hâlin var olup olmadığı da irdelenecektir. Cumhuriyet Savcısı da, verdiği kararda, gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığını ve gerekçesini açıkça ortaya koymalıdır. Aksi hâlde elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması ve yargılamada kullanılamaması gibi bir tehlike ile karşı karşıya kalınabilir.⁹⁷

§.195. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının verdiği iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar, onanması amacıyla "derhâl" yetkili Ağır Ceza Mahkemesine (mahkemeye) gönderilecektir. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gönderilen ilgili yazı, hâkim tarafından saat de belirtilmek sûretiyle işleme alınır.

§.196. Cumhuriyet Savcısının verdiği kararın mahkeme tarafından onaylanması talebi, havale edildiği saatten itibaren 24 saat içerisinde karara bağlanır. 24 saatlik süre içinde karar verilmemesi, kararın onaylanmaması anlamına gelir ve tedbire derhâl son verilir.

§.197. Evrak, hangi nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesi'nin değişik iş defterine kaydedilmişse, o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılır. Söz konusu mahkemenin nöbeti sona erse dahi, teslim alınan ve havale edilen onay talebi,

96 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 117.

97 Yargıtay 5. C.D. 17.01.2014 tarih , E. 2013/16791 ve K. 2014/516 Sayılı Kararında (Şike Kararı), gecikmesinde sakınca bulunan hâl koşuluna ilişkin olarak şu görüş ortaya konulmuştur: "Koruma tedbirlerine başvurma, ancak bu tedbirlere başvurma gerçeğinden zorunlu olduğu hâllerle sınırlı olması gerektiği, yani bu tedbirlere başvurmada, Ceza Muhâkemesinin bundan zarar görmesi olduğu, ceza yargılamasında bu zararın maddi gerçeğe ulaşamaması ve delillerin elde edilememesi olabileceği, bir koruma tedbirine hâkim veya mahkeme tarafından karar verilmesinin, bu kararın her hâlükarda hukuka ve/veya kanuna uygunluğu anlamına gelmeyeceği, bu kararın sadece kanuna uygunluk için "görünüşte bir karine" olacağı, hukuka uygunluk için önemli olan kararın verildiği anda ve icra edildiği anda, gerek kararın gerekse hukuk kurallarına uygun olması, koruma tedbirinin genel ve özel koşullarını taşıması olduğu, koruma tedbiri sonrasında bir delil veya emarenin elde edilip edilmemesinin de hukuka uygunluk açısından bir ölçüt olmadığı, koruma tedbirinden neyin elde edildiğinden ziyare -o tedbire başvurulması kararı ve icrasının hukuka ve kanûni gerekliliklere uygunluğunun esas olduğu (...)"

nöbeti başlayan diğer mahkemeye sevk edilmeksizin, aynı mahkeme tarafından sonuçlandırılır. Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilir.

9.3.1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Denetleyeceği Hususlar

§.198. Cumhuriyet Savcısının verdiği karar, mahkeme tarafından denetlenerek onaylanacak veya iptal edilecektir. Mahkeme, kural olarak verilen kararın 135. maddede belirtilen koşullara uygun olup olmadığını denetleyecektir. Örneğin verilen kararın katalog suçlara ilişkin olup olmadığı, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunup bulunmadığı, başka yollarla delil elde edilip edilmeyeceği gibi konuları irdelenecektir. Ayrıca Ağır Ceza Mahkemesi, savcı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararının, gerçekten gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlde verilip verilmediğini de denetlemek durumundadır.

9.3.2. Kararın Onaylanmaması Hâlinde Tedbirin Uygulanmasına Son Verilmesi

§.199. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından onaylanmaması ya da 24 saatlik sürenin geçirilmesi nedeniyle onaylanmamış sayılması hâllerinde tedbir, Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılacaktır. Bu zaman zarfında yapılan denetleme sonucu elde edilen veriler en geç on gün içinde yok edilir.

9.4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin ve Cumhuriyet Savcısı Kararlarında Bulunması Gereken Bilgiler ve Bu Bilgilerdeki Eksikliklerin Sonucu

§.200. Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararları yazılı olmalı ve şu hususları içermelidir:

a. Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası

b. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suçla ilişkin SOMUT **DELİLLERE DAYANAN** kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu

c. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler

ç. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği

d. İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu

e. Tedbirin türü

f. Tedbirin kapsamı

g. Tedbirin süresi

§.201. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararlarda, ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığına ilişkin bilgi, açıklama veya

gereçlerin de bulunması ve kuvvetli şüphenin dayanağı olan SOMUT DELİLLERİN nelerden ibaret olduğunun talepte gösterilmesi gerekir.

§.202. Bazen hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişi ile iletişim aracının sahibinin farklı kişiler olması mümkündür. Bu durumda iletişim aracını kullanan kişi ile sahibinin farklı kişiler olduğunun talep ve kararda açıkça belirtilmesi gerekir. Ayrıca, CMK m. 135/2 hükmü uyarınca, **“talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor”**un da eklenmesi gerekmektedir.

§.203. Adli amaçlı iletişimin dinlenmesine ilişkin mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı'nın verdiği kararlarda, bulunması zorunlu olan bilgilerin yer almaması hâlinde ne yapılacağı mevzuatta belirtilmemiştir. Ancak, diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kararlarda bulunması gereken bilgilerin bulunmaması hâlinde Başkanlık, kararı veren merciden kararın düzeltilmesini/eksikliklerin giderilmesini isteyebilecektir. Bazı bilgi eksikliklerinde –kimlik bilgisi eksiklikleri, soruşturma numarası eksikliği, sürenin belirtilmemesi gibi- tedbiri uygulamaya başlayarak karara itiraz edecek ve düzeltilmesini isteyecektir. Bazı bilgi eksikliklerinde ise –tedbirin türünün belirtilmemesi, soruşturma numarasının bulunmaması, telefon numarasının belirtilmemesi, katalog dışı bir suç için dinleme kararı verilmesi gibi- tedbiri uygulamaya başlamaksızın itiraz ederek (veya kararı düzeltilmek üzere Cumhuriyet Savcısı'na iade ederek) kararın düzeltilmesini isteyecektir.⁹⁸

10. Yeniden İletişimin Denetlenmesi Talebi ve Kararı

§.204. CMK'nda şüphelinin ikinci kez yakalanması (91/5) ve ikinci kez ifadesinin alınması (148/5), kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin karardan sonra ikinci kez soruşturma başlatılması (CMK m. 172/2) konularında özel hükümlere yer verilmiştir. Buna karşın iletişimin ikinci kez denetlenmesine karar verilip verilmeyeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.

§.205. İletişimin denetlenmesi talebi ret edilmiş olan bir şüpheli hakkında, koşullarda bir değişiklik meydana gelmediği sürece, “aynı delillere” ve “aynı şüphe sebeplerine” dayanılarak yeniden tedbir talebinde bulunulamaz. Yeniden iletişimin denetlenmesi talebinde bulunulabilmesi için söz konusu koşullar değişmiş olmalıdır.

11. Kararlara Karşı İtiraz

§.206. CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı açıkça “itiraz edilebilir” şeklünde bir hüküm bulunmama ile beraber,

98 Uygulamada TİB genellikle aşağıda belirtilen sebeplerle kararlara itiraz etmekte ya da evrakı iade etmekteydi:

- Sanık, şüpheli, müşteki dışında HTS talepleri
- Hedef Numaranın bulunmaması
- Tespit tarih aralığının olmaması veya hatalı yazılması
- Soruşturma numarasının olmaması
- Baz sorgusu istenmesi
- İmzanın eksikliği
- Numaranın başka savcılığa talep edilip edilmediği (soruşturmaların gizliliği nedeniyle)
- Ankesörlü telefon sorgusu
- Başkanlık görev alanına girmeyen talepler
- Mesaj içeriği talebi
- Tespit trankına bağlama (Sabit telefondan rahatsız eden kişinin belirlenmesi amacıyla aradığı anda tespitini sağlama işlemi)
- Mükerrer talep. DDK Raporu s. 161

sistem bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu kararlara karşı da itiraz yoluna başvurulabilir. 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un** 12. maddesi ile değiştirilen **CMK m. 135/1 hükmüyle, Cumhuriyet Savcısı'nın, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanması talebinin Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmesi hâlinde, bu karara itiraz edilebileceği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacak itiraz üzerine de, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ancak OYBİRLİĞİ ile karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.**

Ş.207. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı CMK'nın 267'nci maddesi uyarınca itiraz edilebilir. Bu kararlara karşı Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafii, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi tarafından itiraz edilebilir (CMK m. 260,261).

Ş.208. Ağır Ceza Mahkemesinin iletişimin denetlenmesine ilişkin verdiği kararlara karşı, aleyhine karar verilen şüpheli ve sanık ile şüpheli veya sanığın müdafii, yasal temsilcisi veya eşi itiraz edebilir. Buna karşılık mahkemenin iletişimin denetlenmesi talebini reddi hâlinde, bu karara karşı da katılan ve suçtan zarar gören ile bunların vekilleri itiraz edebilir. Ancak iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler gizlilik ilkesi içinde uygulanacağından, çok defa böyle bir tedbirin uygulandığından ilgililerin haberi olmayacaktır. Bu durumda itiraz etme olanağı da bulunmamaktadır.⁹⁹

Ş.209. TİB'in itiraz yetkisi, 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) 10. maddesinde düzenlenmişti. Ancak, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 06.12.2012 tarih ve 2012/578 YD itiraz numaralı kararı ile Adalet Bakanlığı Yönetmeliği'nin yürürlüğü durdurulmuştur. Bu nedenle, söz konusu Yönetmeliğe dayanılarak TİB'in itiraz yetkisi bulunmasa da, 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in (Başbakanlık Yönetmeliği) 17. maddesinin c bendi uyarınca, TİB'in itiraz yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁰

Ş.210. CMK'nın 137'nci maddesi uyarınca tedbirin uygulandığı, ilgiliye daha sonradan haber verilecektir. Ancak tedbirin uygulandığının ilgiliye bildirilmesi, tedbire son verildikten sonra yapılacağından, bu aşamada yapılacak itirazın anlamı olmayacaktır.

Ş.211. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı ilgililer, kararı öğrendikleri tarihten itibaren 7 gün içinde itiraz

99 Centel-Zafer, s. 364.

100 "Başkanlığın görevleri

Madde 17- Başkanlığın görevleri şunlardır:

a. 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

b. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

c. (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak."

edebilirler. İtiraz, kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt kâtibine beyanda bulunmak sûretiyle yapılır. Kararına itiraz edilen hâkim, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir (CMK m. 268).

§.212. İletişimin denetlenmesine kovuşturma aşamasında ve mahkeme (Ağır Ceza Mahkemesi) tarafından karar verilmesi hâlinde itirazın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Zira, kural olarak sadece hâkim kararlarına itiraz edilebilir. Mahkeme kararlarına itiraz ise ancak kanunda sayılan durumlarda mümkündür.¹⁰¹ 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un** 12. Maddesi ile değiştirilen CMK m. 135/1 hükmüyle **dolaylı olarak** Ağır Ceza Mahkemesinin kararına itiraz olunabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. **Ancak, CMK m. 135/1/ son cümlede yer alan "İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." ifadesinin, CMK m. 267/1 anlamında** "kanunun gösterdiği hâller"den sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. Kanun koyucu, mahkeme kararlarına karşı itirazı düzenlediği bütün hükümlerde (CMK 60/4, 75/6, 76/5, 101/5, 104/2, 105/1, 111/2, 143/1, 223/8, 231/12, 248/8) açıkça, **"Bu kararlara karşı itiraz edilebilir."** ifadesine yer vermiştir. Oysa, CMK m. 135/1, son cümlede yer alan ifade, mahkeme kararına karşı başvurulabilecek itiraz yolunu **"açıkça"** tanımamaktadır. Ancak söz konusu hükümden, Ağır Ceza Mahkemesi'nin iletişimin denetlenmesine ilişkin kararına karşı (soruşturmada veya kovuşturmada) itiraz edilebileceği sonucu (dolaylı olarak) çıkmaktadır.

12. İletişimin Denetlenmesinde Süre (Tedbirin Uygulanacağı Süre)

§.213. İletişimin denetlenmesinin koşullarından birisi de süreyle ilgilidir. Buna göre, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar **en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir** (21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle tedbirin uygulanmasına ilişkin süreler kısaltılmıştır).

§.214. Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez. Henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise, tedbirin uygulanmasına derhâl son verilmesi gerekir.¹⁰²

İletişimin denetlenmesi kararının yerine getirilmesi sırasında, şüphelinin başka bir iletişim aracını kullandığı belirlendiğinde, buna ilişkin verilecek karar ya da kararların süresi, önceki tedbir kararında verilen sürenin bitiş tarihini geçemez.

12.1. Sürenin Başlangıcı

§.215. CMK'nda iletişimin denetlenmesi süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak, iletişimin denetlenmesi süresinin başlangıç anı, kararın verildiği an değildir. Zira savcılığın, kolluğun ve TİB'nin yapması gereken bazı hazırlık işlemlerini yapması gerekmektedir. İletişimin denetlenmesi bir koruma tedbiri olduğundan, haberleşme hürriyetine yapılmış "hukuka uygun" bir müdâhale niteliğindedir. Şu hâlde, tedbirin uygulanmasının "TİB'in, kararı sisteme tanıttığı anda" başlayacağına ilişkin Adalet Bakanlığı Yönetmeliği'nin yürürlüğü durdurulmuş olsa da,

¹⁰¹ İnan, s. 70.

¹⁰² Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 104.

"karar sisteme tanıtılmadan kişilerin haberleşme hürriyetlerine müdâhale söz konusu olmadığından", bu yönetmelik hükmü olmaksızın da, "kararın sisteme tanıtıldığı ve potansiyel olarak haberleşme hürriyetine müdâhale edilebilme imkânının ortaya çıktığı anı" sürenin başlangıcı olarak esas almak gerekir. Ancak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan Yönetmeliğin yürürlüğü durdurulduğu için sürenin başlangıcının ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir boşluğun bulunduğu da söylenmelidir.

12.2. Sürenin Uzatılması

§.216. CMK m. 135/3 hükmü uyarınca, koşulları varsa iletişimin denetlenmesine ilişkin süre bir defa daha uzatılabilir. Uzatma süresi de **en fazla bir ay** olabilir. Ancak, örgütlü suçlar bakımından tedbirin uygulanma süresine bir istisnâ getirilmiştir. Buna göre, "Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, mahkeme yukarıdaki sürelerle ek olarak **her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere** uzatılmasına karar verebilir."¹⁰³ Şu hâlde, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirini, uzatma süreleriyle birlikte en fazla 6 ay süreyle uygulanabilecektir.

§.217. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanması bakımından, süre bakımından bir üst sınır belirtilmesi Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen "Orantılılık" prensibine uygundur. Ayrıca, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda belirtilen süre dolmamış olsa bile, CMK m. 170/2 bağlamında iddianame düzenlemek için yeterli şüphe sebeplerine ulaşıldığı anda da (veya kovuşturma aşamasında delil elde edildiği anda), bu suçlar yönünden tedbirin uygulanmasına son verilmelidir.

§.218. Tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin kararların da, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından OYBİRLİĞİ ile tarafından verilmesi zorunludur. Artık burada gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığı ileri sürülemez ve süre Cumhuriyet Savcısının kararı ile uzatılamaz.

§.219. Sürenin uzatılmasına karar verilebilmesi için, tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların hâlen mevcut olması ve mevcut olduğunun da uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir.¹⁰⁴

§.220. Tedbir süresinin uzatılmasına yönelik taleplerin incelenmesinde, ilk defa karar verilmesi için gerekli olan koşullara ek olarak, yeni somut olguların ve ek SOMUT DELİLLERİN aranması da gerekebilir. Çünkü üç aylık bir sürede iletişimin denetlenmesine rağmen suçluluğa dair herhangi bir "yeni" delil elde edilememişse, hakkında tedbir uygulanan kişiyle ilgili şüphe yoğunluğunun aynen devam ettiği söylenemez. Bu durumda tedbirin uygulanabilmesi için gerekli şüphenin varlığını gösterir yeni somut olgular aranmalıdır.¹⁰⁵

§.221. Kural olarak uzatma kararı, ilk kararda belirtilen süre henüz dolmadan verilmelidir. Süre dolduktan sonra, beklenerek süre uzatma kararı verilmesi yerinde değildir. Bu türden bir uygulama CMK m. 135 hükmünde yer verilen güvencelerin etrafının dolanılması anlamına gelir. Bu nedenle, uzatma kararı ya ilk kararda belirtilen

¹⁰³ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 12 nci maddesiyle tedbirin uygulanmasına ilişkin süreler kısaltılmıştır.

¹⁰⁴ Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 104.

¹⁰⁵ Keklik, s. 7.

süre içerisinde ya da bu sürenin bitimini müteakip “kısa bir süre içerisinde” verilmelidir.

§.222. İlk kararda belirtilen süre bitmeden uzatma kararı verilmesi hâlinde, uzatma süresi, ilk kararda belirtilen sürenin bitiminden itibaren kendiliğinden işlemeye başlar. Ancak, ilk kararda belirtilen sürenin dolmasını müteakip (kısa süre içinde) verilen uzatma kararının süresi, kararın sisteme tanıtıldığı anda işlemeye başlar.

§.223. İlk kararın süresinin dolmasından sonra belirli bir zaman geçmesini müteakip uzatma kararı alınması ve uygulanması doğru değildir. Bu aynı soruşturma veya kovuşturma kapsamında ikinci bir denetleme kararı verilmesi anlamına gelir. Bu yetkinin uzunca bir zamana yayılarak istenildiği an kullanılması doğru değildir.¹⁰⁶

13. Koşullara Uyulmaksızın İletişimin Denetlenmesinin Sonucu

§.224. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, şüpheliye veya sanığa ya da soruşturma ya da kovuşturma konusu suç ile ilgili delillere ulaşmak konusunda büyük kolaylık sağlamaktadır. Ancak temel hak ve hürriyetler açısından bakıldığında haberleşme hürriyetinin (ve özel hayatın) en mahrem alanına “hukuka uygun” ve fakat ağır bir müdâhale niteliği de taşımaktadır.

§.225. Suç soruşturması ve kovuşturması ile haberleşme hürriyeti (ve özel hayat) arasında bir denge kurulması amacıyla, CMK m. 135 vd. hükümlerinde iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sıkı koşullar altında ve “son çare” olarak uygulanması gereken bir tedbir olarak düşünülmüştür.

§.226. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin olarak, yukarıda açıklanan koşullara uyulmaksızın başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında da çok önemli deliller elde edilebilir. Kişiler iletişimlerinin içeriğinde işledikleri suçları ikrar edebilirler. Ancak bu delillerin, koşullara uyulmaksızın elde edilmesi hâlinde, söz konusu delil “yasak delil/hukuka aykırı delil” niteliği taşıyacağı için, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılamayacaktır.¹⁰⁷

§.227. Böyle bir durumda hem elde edilen delil ve bu delil aracılığıyla ulaşılan delil/deliller kullanılamaz (yasak delilin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi), hem de başka yollarla elde etme olasılığı zayıflamış veya tükenmiş olabilir. Ayrıca, koşullara aykırı olarak iletişimin denetlenmesi hâlinde, sorumlular hakkında idari (disiplin), hukukî (tazminat) ve suç kastının bulunması hâlinde de cezai sorumluluk (TCK m. 132) doğabilir.

c. İletişimin Tespiti Bakımından Koşullar

§.228. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesidir. Bir başka tanıma göre iletişimin tespiti, kimin kimle, hangi tarihte, ne kadar süreyle, kaç defa ve nerede görüştüğüne dair bilgilerdir.¹⁰⁸ İletişimin tespiti, “iletişimin içeriğine müdâhale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve

106 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 116.

107 “Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 7.3.2007 tarih, E. 2007/5, MD-23 ve K. 2007/167 (Karar için bk. Şirin/ Aşaner / Güven / Yalvaç / Özdemir / Erel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2008, s. 841.

108 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 109.

kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri”dir. İletişimin tespiti kapsamında, “iletişim sırasında kullanılan baz istasyonu bilgisi, gsm hattının takıldığı telefona ait İMEİ no bilgisi, görüşülen karşı numaraya ait abonelik bilgileri, karşı numaraya ait baz istasyonu bilgisi, karşı numaraya ait İMEİ no bilgileri” de verilmektedir.

Ş.229. Amaç: İletişimin tespiti tedbirinin amacı diğer tedbirlerde olduğu gibi, başka yollarla elde edilemeyen delillerin elde edilmesidir.

Ş.230. Tedbirin Uygulanacağı Kişiler: Tedbirin uygulanacağı kişiler şüpheli veya sanıktır.

Ancak yukarıdaki anlatılanlardan farklı olarak şikâyetçinin de (CMK m.160, 161 hükümleri kapsamında) iletişiminin tespiti yapılabilir.

Ş.231. Tedbirin Uygulanacağı Suçlar: İletişimin tespiti, CMK'nın 135. maddesinde sayılan katalog suçlarla sınırlı olmaksızın her türlü suç için kullanılabilir.¹⁰⁹

Ş.232. Tedbirin Uygulanacağı Evre: İletişimin tespiti tedbirine hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde başvurulabilir.

Ş.233. İletişimin Tespiti Tedbiri Kapsamında Kalan Bilgiler: İletişimin tespiti tedbiri kapsamında iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler belirlenerek adlî mercilere sunulmaktadır. İletişimin tespiti kavramı uygulamada HTS (Historical Traffic Search) olarak adlandırılmakta ve geçmişe yönelik olarak telefon trafiği araştırılmaktadır.

Ş.234. Buna karşılık sadece abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, abone sözleşmesi ve buna dair belgeler, telefon numarası, İMEİ numara sorgusu ve eşleştirmesi, IP sorgusu bilgileri, SIM kart bilgileri ve eşleştirilmesi, IMSI bilgileri, PUK numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirilmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı bilgileri iletişimin tespiti kapsamında değildir. Bu bilgileri Cumhuriyet Savcısı, CMK m. 160, 161 ve 332. maddesindeki yetkileri kapsamında isteyebilir ve alabilir. Bu bilgiler aslında TİB'den değil, ilgili servis sağlayıcılardan veya operatörlerden istenecektir.

Ş.235. İMEİ numarası da GSM operatörlerinden istenmekteydi. Ancak bir numaranın İMEİ kontrolü için kaç tane GSM operatörü varsa hepsine savcılar tarafından yazı yazılmakta ve cevap gelmesi beklenmekteydi. Bu ise soruşturma sürecinde önemli bir zaman kaybına neden olabiliyordu. Bu sorunun çözümü amacıyla 26.08.2008 tarihinden itibaren TİB İMEİ numaralarının kontrolünü yapmakta tüm GSM operatörlerinden alınacak bilgiler tek merkezden -TİB'den- alınabilmektedir.¹¹⁰

Ş.236. Kuvvetli Şüphe Sebebi: Kuvvetli şüphe sebebi bakımından yukarıda anlatılan koşullar aynen bu tedbir için de geçerlidir. İletişimin tespiti tedbirine ancak şüpheli veya sanığın suçu işlendiğine ilişkin “somut delillere dayanan” kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde başvurulabilir.

¹⁰⁹ Şahin, s. 379.

¹¹⁰ DDK Raporu, s. 169.

§.237. Başka Yolla Delil Elde Edilememesi: İletişimin tespiti tedbirine başvurulabilmesi için bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması gerekir.

§.238. Talep ve Karar: İletişimin tespiti kararı kural olarak hâkim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı da karar verebilir. Cumhuriyet Savcısının verdiği kararların derhâl hâkim onayına sunulması ve hâkimin (Sulh Ceza Hâkimi) de en geç 24 saat içinde Cumhuriyet Savcısının verdiği kararı onaylaması veya iptal etmesi gerekmektedir. CMK m.135/1 hükmü, sadece iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından Ağır Ceza Mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi şartını aramıştır. İletişimin tespiti CMK m. 135/1 kapsamında değildir. Bu nedenle, iletişimin tespiti bakımından Ağır Ceza Mahkemesinin kararına gerek bulunmamaktadır. İletişimin tespiti işleminin, haberleşmenin mahremiyetine dahil olması nedeniyle, soruşturma aşamasında kural olarak Sulh Ceza Hâkimi'nin kararı ile uygulanması gerekmektedir (Anayasa m. 22 ve CMK m. 162/1). Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı da iletişimin tespiti tedbirinin uygulanmasına karar verebilir.

§.239. Süre: İletişimin tespiti kararlarının da **iki aylık bir süre için uygulanabileceği, gerekmesi ve koşullarının varlığı hâlinde bir ay daha uzatılabilmesi mümkündür.** Ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından ise, her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılabilmesi mümkündür (uzatmalarla birlikte toplamda 6 aydır).

§.240. İletişimin tespiti tedbirine, uygulamada, genellikle suç işlenmeden önce ve suç işlendikten sonraki "belirli bir aralığı" kapsar bir şekilde (geçmişe dönük olarak) başvurulmaktadır.

§.241. İletişimin Tespiti Kararlarının Yerine Getirileceği Mercii: İlgili Cumhuriyet savcıları, hâkim veya mahkemeler tarafından verilen iletişimin tespiti kararları TİB'e gönderilecektir. TİB, bu kararın gereğini yerine getirecek ve ilgili servis sağlayıcılardan alacağı verileri kararı veren mercie ileticektir.

§.242. Özetle, iletişimin tespiti tedbiri, yukarıda anlatılan genel koşullardan sadece şikâyetçinin de iletişiminin tespitine karar verilebilmesi ve katalog suçlarla ilgili bir sınırlamanın bulunmaması bakımından ayrılmaktadır. Diğer koşullar iletişimin tespiti bakımından da geçerlidir.

d. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti Bakımından Koşullar

§.243. CMK'nın 135. maddesinde yer verilen iletişimin denetlenmesi işlemlerinden birisi de mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir. Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi, haberleşme içeriğine müdâhale edilmeksizin ve fakat haberleşme aracının "yerinin tespit edilebilmesi" kolaylığından faydalanılmak sûretiyle, şüphelinin veya sanığın yakalanmasında kullanılabilen bir tedbirdir.

§.244. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanma koşulları, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanma koşullarına atıf yapmak sûretiyle açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu koşullardan ayrılan hususlar vurgulanacaktır.

Ş.245. Amaç: Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla verilir.

Ş.246. Tedbirin Uygulanacağı Kişi: Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, öncelikle şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilecektir. Bundan başka aynı amaçla, şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin de mobil telefonlarının yerinin tespiti mümkündür. Örneğin şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla yerinin belirlenmesine olanak veriyorsa, CMK m. 160 ve 161 hükümleri uyarınca, kaçırılan bir mağdurun veya şüphelinin sevgilisinin de mobil telefonunun yeri tespit edilebilir.

Ş.247. Tedbirin Uygulanacağı Suç: Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararlar bakımından 135. maddedeki katalog suç sınırlaması bulunmamaktadır. Her türlü suçla ilgili mobil telefonun yerinin tespitine karar verilebilmektedir.¹¹¹ Genel koşullarda olduğu gibi katalog suç sayımı yapılmamıştır. Bu bakımdan genel koşullardan ayrılmaktadır.¹¹²

Ş.248. Tedbirin Uygulanacağı Evre: Mobil telefonun yerini tespiti tedbiri hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde uygulanabilir.

Ş.249. Kuvvetli Şüphe Sebebi: Mobil telefonun yerinin tespiti bakımından kuvvetli şüphe koşulu aranmamaktadır.

Ş.250. Başka Yollarla Delil Elde Edilememesi: Mobil telefonun yerinin tespit edilebilmesi için başka yollarla bu sonucun elde edilememesi gerekmez. Her zaman şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla bu tedbire başvurulabilir.

Ş.251. Talep veya Karar: Mobil telefonun yerinin tespitine kural olarak hâkim (Sulh Ceza Hâkimi) karar verebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı da bu tedbire karar verebilir.¹¹³ Cumhuriyet Savcısı verdiği mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin karar hâkim onayına sunulmak zorunda değildir.¹¹⁴ **Bu yönüyle genel koşullardan ayrılmaktadır. Bu tedbirin uygulanması bakımından, Cumhuriyet Savcısı doğrudan yetkili kılınmıştır.**

Ş.252. Kararda Yer Alması Gereken Bilgiler: Mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında yer alması gereken bilgiler diğer tedbirlere göre daha esnek ve azdır. Buna göre mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında:

1. Mobil telefon numarası ve
2. Tespit işleminin süresi belirtilir.

Ş.253. Süre: Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir

¹¹¹ Şahin, s. 379.

¹¹² Öztürk-Erdem, mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin de sadece CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan katalog suçların şüpheli veya sanıklarının yakalanması amacıyla uygulanabileceğini belirtmektedir (Öztürk-Erdem, s. 607.). Ancak biz bu yaklaşıma katılmıyoruz. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanması için suç sınırlaması bulunmamaktadır.

¹¹³ Öztürk-Erdem, karar verme yetkisinin kural olarak hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı ile sınırlı tutulmasını yapılıcak işlemin rutin bir işlem olması nedeniyle eleştirmektedir (Öztürk-Erdem, s. 607.).

¹¹⁴ Yiğit, s. 26.

ay daha uzatılabilir (uzatma süresiyle birlikte toplam, 3 ay).¹¹⁵

§.254. Bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti kararları daha uzun bir süre için uygulanamaz.

§.255. Koşullara Uyulmaksızın Tedbirin Uygulanması: Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin, kanunda sayılan koşullara aykırı olarak uygulanması sûretiyle şüpheli veya sanığın yakalanması hâlinde, yakalanan şüpheli veya sanık salıverilmez. Burada, delil yasağı ya da delil aracı yasağı söz konusu da değildir. Ancak hukuka veya kanunlara aykırı olarak bu tedbiri uygulayan kişiler hakkında hukukî, cezai ve idari yaptırımlar söz konusu olabilir.

e. Diğer İletişim Bilgilerinin İstenmesi Bakımından Koşullar

§.256. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin içerisinde yer alan bir diğer koruma tedbiri de diğer iletişim bilgilerinin istenmesidir. Aslında bu tedbir CMK'nın 135. maddesinde belirtilmemiştir.

§.257. Diğer bilgilerin istenmesi tedbiri, çok daha geniş bir alanda uygulanabilecektir. Diğer iletişim bilgilerinin istenmesinde, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği ilkelerine bir müdahale niteliği bulunmamaktadır. CMK'nın 160 ve 332. maddesi kapsamında hâkim ve Cumhuriyet savcılarının bilgi isteme yetkisi kapsamında da değerlendirilebilir.¹¹⁶

§.258. Bu bilgilerin istenmesi için, tedbirin uygulanacağı evre, suç ve kişi bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Kuvvetli şüphe ve başka yollarla sonuç alınamaması kuralı aranmamıştır. Süre bakımından herhangi bir sınırlama da getirilmemiştir.

f. İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Uygulanması

§.259. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması aşamasında hâkim, Cumhuriyet Savcısı, adlî kolluk ve TİB görev almaktadır. İşlemler TİB üzerinden yürütülmekte ve işlemlerin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülmesinden Başkanlık sorumlu olmaktadır. Ancak iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin koşullarının bulunup bulunmadığı ve iletişimin denetlenmesinden elde edilen bilgilerin kullanılması ve akabinde yasal şartları ortaya çıktığında yok edilmesi Cumhuriyet Savcısı (ve kolluğun) ve kararı veren hâkimin/mahkemenin sorumluluğundadır.

1. Gizlilik

§.260. CMK m. 135/5 hükmü uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbiri gizli olarak uygulanacaktır. İletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin kararların, mahkeme kaleminde kalan sûretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbirler alınacaktır. İletişimin denetlenmesine ilişkin karar, TCK m. 285/2 kapsamında, soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken karar, niteliğindedir.

§.261. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmayacak

¹¹⁵ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 12'nci maddesiyle değişik.

¹¹⁶ Yargıtay 2. C.D.'nin, 25.06.2007 tarih, E. 2009/22575 ve K.2009/ 31143 sayılı kararı (www.kazanci.com).

olup tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde karar, ilgili kartonuna ilave edilecektir.

§.262. Gizliliğin sağlanması amacıyla bu işleri yürütmekte görevlendirilecek personel, ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından birlikte belirlenir.

§.263. 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'te (Başbakanlık Yönetmeliği), iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine dair kararlar, Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Başkanlığa iletileceği, kararların işletmecilere gönderilmeyeceği, söz konusu kararların ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirileceği, işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanacağı hüküm altına alınmıştır.

§.264. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet Savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilir. Kolluk birimi, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını Başkanlığa bildirir ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilir. Aidiyet numarası, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması işlemlerini yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen numaradır.

§.265. Kovuşturma evresine geçildiğinde dosya aleniyet kazanacağından, tedbirle ilgili bir gizlilik söz konusu olmayacaktır.

§.266. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında, gizlilik ilkesi gereğince, tedbiri uygulayan birimin yetkilileri dışındaki diğer birim âmirlerinin ve müdürlerinin dahi bilgilendirilmemesi gerekecektir.

§.267. İletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen kayıtların basın yayın organlarında yer alması insan haklarına ve özel hayatın gizliliğine yapılan ağır müdâhalelerdendir.¹¹⁷ Yargılama mercileri bu bilgilere ulaşabilirler, ancak bu bilgilerin kamuoyuna açıklanmasına gerek yoktur. Bu uygulama, masumiyet karinesine de aykırıdır. Mahkeme kararı ile henüz mahkûm edilmemiş kişilerin, toplum nezdinde mahkûm edilmesi (lekelenmeme hakkının ihlali) ve suçlu olarak lanse edilmesi söz konusudur. Bu hatalı uygulamaya son vermek amacıyla CMK'nın 157. maddesinde soruşturma aşamasındaki tüm işlemlerin gizli olduğu hükme bağlanmış ve aykırı davranışların TCK'nın 285. maddesine göre cezalandırılacakları belirtilmiştir.

§.268. Gizlilik konusuna ilişkin olarak AHİM 2003 yılında verdiği Craxi v. İtalya kararında Mahkeme, "Özel hayata giren konuların, Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edecek şekilde kamuya açıldığını belirlemiş, bunun yanında özel hayatın gizliliği

¹¹⁷ Nitekim AHİM, 17.7.2003 tarihli BettiNo. Craxi 2 İtalya kararında yasal olarak uygulanan bir iletişim denetlenmesi tedbiri sonunda elde edilen bilgilerin tutanağa bağlanarak dosyaya aktarılması ve daha sonra da bu metinlerin gazetelerde yayınlanmasında Devletin gereken önlemleri almadığı için sorumlu olduğunu belirterek, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak yorumlamıştır (Şahbaz, s. 116).

kapsamında bilgiler içeren çözümlenmelerin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında devletin yeterli güvenliği sağlayamamış olmasını 8. maddenin ihlali olarak kararlaştırmıştır. Mahkeme, bilgilerin basına sızması konusunda etkin bir soruşturma yapılmadığını, kusur ya da kabahati bulunan görevliler hakkında yaptırım uygulanmadığını belirtmiştir. Tüm bunlara dayanarak İtalyan makamlarının özel hayata ilişkin bilgilerin basına sızması konusunda üzerine düşen alternatif yükümlülükleri uymadıklarını kabul etmiştir. İletişimin dinlenmesi ile elde edilen kayıtların mahkemede okunmazdan evvel ve kayda geçirildikten hemen sonra savunmanın konudan haberdar edilmesi ve yorumlarının alınması gerektiği, hatta lüzumsuz kayıtların çıkarılması için özel ve gizli bir oturum yapılabileceğini, bunun da 8. madde de korunan hakkın teminatı olacağını" karara bağlamıştır.¹¹⁸

2. Tedbirin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Üzerinden Yürütülmesi

§.269. CMK'nın 137. maddesinin birinci fıkrasında "Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını yazılı olarak ister. Bu istek görevliler tarafından derhâl yerine getirilir" hükmü yer almaktadır.

§.270. CMK yürürlüğe girdiği tarihte 5397 sayılı Kanun henüz yasalaşmamıştı. 5397 sayılı Kanunla iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm tedbirlerin TİB tarafından veya bu birim üzerinden uygulanması ilkesi benimsenmiştir.

§.271. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak, Cumhuriyet Savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilir. Kolluk birimi, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını Başkanlığa bildirir ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilir.

§.272. İletişimin tespiti kararı ile ilgili işlemlerin icrasını Cumhuriyet Savcısı doğrudan veya kolluk birimi aracılığıyla Başkanlıktan talep eder. Tedbirlere ilişkin kararlar işletmecilere gönderilmez. Karar olmadan ve aidiyet numarası bildirilmeden Başkanlıkça iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri başlatılmaz.

§.273. İletişimin tespitine ilişkin veriler, ceza yargılamasında kullanılmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen dava zamanaşımı hükümleri dikkate alınmak sûretiyle Başkanlıkça arşivlenir. 10.11.2005 tarihli Yönetmelikte verilerin bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivleneceği hüküm altına alınmıştır.

§.274. Tedbirin uygulanmasına kararda belirtilen süre dolmadan son verildiğinde, bu durum Cumhuriyet Savcısı tarafından gereği yapılmak üzere derhâl Başkanlığa bildirilir. Başkanlık iletişimin denetlenmesine ilişkin taleplerin mevzuata uygun olup olmadığını inceler ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunur. Kanuna aykırı kararlara karşı Başkanlık itiraz edebilir.

§.275. Başkanlık tarafından yürütülmeyen iletişimin tespiti, dinlenmesi,

kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sonucu kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, hukuken değerlendirilemez ve delil olarak da kabul edilemez. Diğer koşulların tümüne uyulmuş olsa bile tedbirin uygulanmasını Başkanlık yapacaktır. Aksi durumda ulaşılan bilgiler değerlendirilmez.

§.276. Açık rızanın bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespitine ilişkin işlemler de Cumhuriyet Savcısının yazılı kararıyla (CMK m. 160, 161 uyarınca) Başkanlıktan istenir.

§.277. Kararın uygulanması sırasında, hakkında tedbir uygulanan kişinin, Kanunda öngörülen suçu işlediğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile derhâl kaldırılır.¹¹⁹ Bu karar Cumhuriyet Savcısı tarafından en kısa sürede Başkanlığa bildirilir.

§.278. Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir ve durum Başkanlığa bildirilir.

3. İşlemlerin Tutanağa Bağlanması

§.279. CMK'nın 169. maddesinin 2. fıkrasına göre "*Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır.*" İletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin de bir soruşturma işlemi olması nedeniyle tutanağa bağlanması gerekmektedir.

§.280. İletişimin denetlenmesi tedbirleri ile ilgili hazırlanacak tutanaklara;

1. İşlemin başladığı tarih ve saat
2. İşlemin bitirildiği tarih ve saat
3. İşlemi yapanın kimliği

yazılır.

§.281. İletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen kayıtların, yazılı belgeler hâline getirilmesi son derece önemlidir. Bu aktarma sırasında bazı bilgilerin atlanması, bazılarının yanlış aktarılması gibi durumlar büyük hukukî hatalara yol açabilecektir. Bunun önlenmesi amacıyla CMK'nda bazı istisnâlar¹²⁰ saklı kalmak kaydıyla, özel hayatla ilgili olan bilgilerin dahi ayrılmaksızın yazılması ilkesi benimsenmiştir. Tutanakların düzenli olarak tutulması, yapılan denetleme sonucunda elde edilen deliller bakımından güven oluşturmaktadır. Diğer taraftan da bu işlemlerin uygulanmasında görev alan memurların gerektiğinde tanık olarak mahkemede dinlenmesi mümkündür. Zira işlemlerin uygulanması sırasında esas olan gizlilik ilkesi kovuşturma aşamasında söz konusu olmayacaktır.¹²¹

§.282. Karşılaştırmalı hukukta, kayıtların tutanağa aktarılması aşamasında

119 Taşkın, Türkiye'de Çıkar (...), s. 336.

120 135. maddenin ikinci fıkrası hükmü uyarınca, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekilme hakkı sahipleriyle kurduğu iletişim kural olarak kayda alınmaz. Alınmışsa da durumun anlaşılması hâlinde derhâl yok edilir. Görüldüğü gibi burada kayıtların bazı bölümlerinin yok edilmesi düzenlenmiştir.

121 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 714.

ekleme ve çıkarma yapılması veya konuşmanın anlaşılmayan yerlerinin atlanması bakımından ortaya çıkabilecek anlam sapmalarının önüne geçebilmek için, tedbirin ön denetimini yapmaya yetkili bağımsız bir hâkimlik kurumuna yer verilmesi gerekliliğinden söz edilmekte; öyle ki, bazı ülkelerde, elde edilen bilgileri inceleme yetkisi ve fakat hakkında tedbir uygulanan kişiye karşı susma yükümlülüğü altında olan ve ilgilinin haklarını gözetmekle görevli bir müdafilik meydana getirilmiş bulunmaktadır.¹²² Bizim uygulamamız için çift tape kaydı önerilebilir. Birisi bütün konuşmaları içeren; diğeri ise, özel hayatın sır alanına ilişkin olduğu düşünülen kısımların ayıklandığı iki kayıt yapıp, her kaydın da dosyada muhafaza edilerek öncelikle özel hayatın sır alanına ilişkin kaydın dökümlere iddianamede yer verilmeyerek (ve fakat tam kaydın bulunduğu ve dosyada muhafaza edildiği iddianamede belirtilerek) ve -itiraz hâlinde- bu kayıtların kovuşturma sırasında incelenmesi imkânı getirilebilir.

4. Yabancı Dildeki Konuşma Kayıtlarının Yeminli Tercüman Tarafından Tercüme Edilmesi ve Tutanağa Bağlanması

§.283. Hükme esas alınan ve Türkçe olmayan telefon görüşmelerinin, Cumhuriyet Savcısı veya hâkim tarafından atanan bilirkişi tarafından çözümü ve tercümesinin yapılması, buna ilişkin bilirkişi yemin tutanağı ile bu bilirkişi tarafından düzenlenen tutanakların dosyaya konması, buna göre oluşturulmuş iletişim tespit çözümü tutanaklarının sanıklara okunarak diyeceklerinin sorulması gerekmektedir.

5. Verilerin Kaydedilmesi, Nakli ve Cumhuriyet Başsavcılığına Teslimi

§.284. Teknolojik gelişmeler sonucunda, bilgi iletimi ve verilerin saklanıp korunmaları konularında her geçen gün değişim ve gelişmeler yaşanmaktadır. Bu süreçte yazılı belgeler kısmen önemini yitirmiş, bilgi ve veriler manyetik materyallerde saklanmaya başlanmıştır.¹²³ Bu bağlamda iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen veriler, öncelikle buna özgü sistemlerde kaydedilmekte ve daha sonra bu kayıtlar yazılı metinler hâline getirilerek soruşturma ve kovuşturma organlarına intikal ettirilmektedir.

§.285. Başkanlık, işletmecilerle gerekli alt yapıyı kurarak, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcıları tarafından verilen kararlar uyarınca iletişime ilişkin verilere erişim ile ilgili işlemleri yürütür. Bu veriler, Ceza Muhâkemesinde kullanılmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen dava zamanaşımı hükümleri dikkate alınmak sûretiyle Başkanlıkça arşivlenir.

§.286. Dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet Savcısınca görevlendirilen adlî kolluk birimi personeline ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilir ve işlem ilgili tutanağa kaydedilir.

§.287. Şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenmesi, tespiti ve kaydına ilişkin karar uyarınca yapılan dinleme ve kayıtlar çözülerek, yazılı metinler hâline getirilir. Alınan bu kayıtlar daha sonra uzmanları tarafından yazılı metinler hâline getirilir. Yazılı hâle getirilemeyenler resim hâline getirilir. Ses anlaşılmıyorsa dudak okuma uzmanlarından yararlanılabilir. Hatta kayıtlardaki kişilerin davranışlarından

¹²² Yiğit, s. 27; Erdem, Ceza Muhâkemesi (..), s. 103.

¹²³ Bayram, s. 5.

çıkarılabilecek veriler için psikologlardan yararlanılabilir.¹²⁴

§.288. Dinleme ve kayda almaya ilişkin alt veri taşıyıcısına nakledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilir. Bu bağlamda -konuşmanın bütünlüğünün bozulmaması için- kayıtların tutanağa aktarılması sırasında ekleme ve çıkarma yapılamaz, sonradan bu tür iddiaların ileri sürülmesini engellemek için kayıtların tutanağa geçirildikten sonra da muhafaza edilmesi gerekir. Müdafî de dosyayı inceleme hakkı kapsamında -kovuşturma aşamasında- kayıtların orijinalini inceleyebilmelidir.¹²⁵ Soruşturma aşamasında müdafîye, delilleri inceleme yetkisi verilmemiştir.

6. İşlem Görevlileri

§.289. Cumhuriyet Savcısı tarafından belirlenen kolluk birimince; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve tespitle ilgili işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla yeterli sayıda personel görevlendirilir. 137. maddenin ikinci fıkrasında "...*tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözümlenerek metin hâline getirilir*" ifadesi kullanılmaktadır. Fıkra da yer alan "Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler" ibaresinden, kolluk görevlileri dışındaki kişiler olabileceği gibi, Cumhuriyet Savcısı tarafından görevlendirilen kolluk görevlileri de olabilir.

§.290. İletişimin denetlenmesi kapsamında yapılan işlemlerin ve yapıldığı yerlerin gizliliği, düzeni ve güvenliği ile kolluk görevlilerinin aidiyet numaralarının belirlenmesine ve muhafazasına ilişkin esas ve usûller ilgili kolluğun merkez birimlerinde düzenlenir.

§.291. Bu işlerde görevlendirilecek katipler ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından birlikte belirlenir.

5.2.3. Tedbirin Uygulanmasına Son Verilmesi, Verilerin Yok Edilmesi ve Bildirim Yükümlülüğü

§.292. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında, şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesi ya da 135. maddenin birinci fıkrasına göre mahkeme onayının alınamaması hâlinde uygulamaya Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir.

§.293. İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için mutlaka mahkeme kararı veya onayı aranırken, tedbire son verme konusunda yetki savcıya verilmiştir.¹²⁶

§.294. Tedbire son verilmesi için hâkim veya mahkeme kararına gerek yoktur. Tedbirin uygulanması kararına göre kişi hak ve özgürlükleri bakımından lehe bir durum söz konusu olduğundan, Cumhuriyet Savcısı doğrudan tedbirin uygulanmasına son verebilecektir.¹²⁷

124 EGM 2000.

125 Öztürk-Erdem, s. 609.

126 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 118.

127 Kunter-Yenişey-Nuhoğlu, s. 714.

a. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanmasına Son Verilmesi

1. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Verilmesi Nedeniyle

§.295. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, 172. madde uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde verilen karardır. Bu karar verilmişse artık iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilir.

§.296. CMK, savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair verdiği karara karşı itiraz müessesesi öngörmüştür. 173. maddeye göre suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet Savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edebilir.

2. Mahkeme Onayının Alınmaması Nedeniyle

§.297. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl nedeniyle Cumhuriyet Savcısı tarafından iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması kararı verilmişse, bu kararın 24 saat içinde Ağır Ceza Mahkemesi'ne onaylatılması gerekir. Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararı onaylarsa uygulama devam eder. Ancak onaylamaması hâlinde işleme derhâl son verilecektir. Yine mahkeme tarafından 24 saatlik karar verme süresinin geçirilmesi de Cumhuriyet Savcısının kararının iptali olarak kabul edilecek ve tedbirin uygulanmasına derhâl son verilecektir.

3. İletişimin Denetlenmesi Koşullarının Ortadan Kalkması Nedeniyle

§.298. Maddede tedbire son verme konusunda iki neden sayılmaktadır. Ancak tedbire son verme sadece bu iki nedenle sınırlı değildir. Tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gereksiz kılacak bir durumun ortaya çıkması hâlinde yine tedbire son verilecektir. Örneğin iletişimin denetlenmesi sırasında soruşturma konusu suçun 135. maddede sayılan katalog suçlardan olmadığına anlaşılması hâlinde tedbire derhâl son verilmelidir.¹²⁸ Burada ortaya çıkan sorun bu değerlendirmeyi kimin yapacağıdır. Uygulamada genellikle tüm denetleme kolluk tarafından yapıldığı için esasen Cumhuriyet savcının yetkisi dahilinde olan bu denetimin yapılabilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda şayet böyle bir ihtimâl ortaya çıkarsa kolluğun durumdan derhâl Cumhuriyet Savcısını haberdar etmesi gerekir.

§.299. Şu hâllerde tedbire derhâl son verilmesi gerekir: İfade alma, arama, elkoyma ve benzeri klasik koruma tedbirleriyle delil elde edilmesi mümkün hâle geldiğinde, failin bulunduğu yer başka yollarla öğrenildiğinde, suç işleme şüphesi ortadan kalktığında veya iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde edilmesi imkânı kalmadığında.¹²⁹ Kanunda sayılmamış olmasına karşılık, iletişimin denetlenmesi ile elde edilmesi umulan amacın gerçekleştirilmesi hâlinde de tedbirin uygulanmasına son verilmesi gerekir. Örneğin yapılan denetleme sonunda klasik Ceza Muhâkemesi tedbirleri ile yeterli delil elde edilecek aşamaya gelmişse tedbire son verilmelidir. Yine şüpheli veya sanığın yerinin tespit edilmesi, suç şüphesinin ortadan kalkması veya iletişimin denetlenmesi ile delil elde edilemeyeceğinin anlaşılması hâllerinde de

¹²⁸ Şahin, s. 385.

¹²⁹ Şen, İletişimin Denetlenmesi (..), s. 118.

tedbire son verilmelidir. Bu sonuç tedbirin doğasında yer almaktadır.¹³⁰

b. Verilerin Yok Edilmesi

§.300. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilere ilişkin kayıtların, kullanıldıktan veya onlara ihtiyaç kalmadığının anlaşılmasından belirli bir süre sonra yok edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. CMK'da da kayıtların yok edilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

§.301. CMK hükümlerine göre, belirli süre iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kaydı yapıldıktan sonra, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ya da Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hâlde verilen karar uyarınca 24 saate kadar dinleme ve kayıt yapıldıktan sonra, mahkemenin onay vermemesi hâlinde, bu aşamaya kadar yapılan kayıtların yok edilmesi gerekir.

§.302. Yok etme işlemi Cumhuriyet Savcısının denetiminde yapılacaktır. Yok etme işlemi, tedbirin uygulanmasına son verme tarihinden itibaren en geç on gün içinde gerçekleştirilecektir. Yok etme işlemi ve nedenleri bir tutanakla tespit edilecektir.

1. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilmesi Hâlinde Verilerin Yok Edilmesi

§.303. CMK'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında "135'inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi hâlinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir." hükmü yer almaktadır.

§.304. CMK'nın 172. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesini müteakip iletişimin denetlenmesi derhâl durdurulacaktır. Buna karşın elde edilen veriler, on gün içinde Cumhuriyet Savcısının denetimi altında yok edilecektir.

§.305. Burada tartışılması gereken bir husus da, verilerin yok edilmesi için Cumhuriyet Savcısınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesinin beklenilip beklenilmeyeceğidir. Bilindiği gibi Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı, CMK'nın 173. maddesine göre itiraza tabi bir karardır. Suçtan zarar gören, verilen kovuşturmaya yer olmadığına kararına karşı, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz, bu kararı veren Cumhuriyet Savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi başkanı tarafından incelenir. Bu inceleme işlemi belirli bir zaman alabilmektedir. Hâlbuki kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle iletişimin denetlenmesine son verilmesinden itibaren 10 gün içinde verilerin yok edilmesi gerekmektedir. Yapılan itirazın haklı bulunması ve soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi hâlinde elde edilen verilerin daha önce yok edilmiş olması bir sakınca oluşturacaktır. Bunun önlenmesi amacıyla

¹³⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 714; Öztürk-Erdem, s. 610.

kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesinin beklenilmesi daha doğru olurdu.

§.306. En yakın yer Ağır Ceza Mahkemesinin “yeterli şüphenin varlığına karar vermesi hâlinde” Cumhuriyet Savcısının iddianame düzenleyerek kamu davası açma yükümlülüğü bulunduğundan (CMK m. 173/4), CMK m. 173/3 hükmünün amacı dikkate alınarak (amaca uygun yorum), kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Zira kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz edilmesi ve bu kararın itiraz mercii tarafından kaldırılması veya CMK m. 172/3 hükmü uyarınca, “Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi” hâlinde savcı soruşturmaya yeniden başlayacak veya iddianame düzenleyip mahkemeye sunacaktır. Yeni başlanılan soruşturma kapsamında, önceki soruşturma sırasında gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesine ilişkin elde edilen verilerin de incelenmesine ihtiyaç olacaktır.

2. Cumhuriyet Savcısının Kararının Mahkeme Tarafından Onaylanmaması Hâlinde Verilerin Yok Edilmesi

§.307. CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesine kural olarak Ağır Ceza Mahkemesi'nin karar vereceği belirtilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının da iletişimin denetlenmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Ancak savcının verdiği kararların derhâl mahkemenin onayına sunulması ve mahkemenin de bu onay talebini 24 saat içinde karara bağlayacağı öngörülmüştür. Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların, mahkeme tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbire derhâl son verilecek ve bu ana kadar gerçekleştirilen kayıtlar savcının denetiminde on gün içinde yok edilecektir.

3. Beraat ve Diğer Kararların Verilmesi Hâlinde Verilerin Yok Edilmemesi

§.308. CMK'nın 137. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, verilerin yok edilmesi yükümlülüğü sadece kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ve mahkemenin onay vermemesi hâlleri ile sınırlıdır. Beraat kararı verilmesi hâlinde, sanık hakkında, daha önceden uygulanan denetleme tedbiri sonunda elde edilen kayıtlar yok edilmeyecektir.

§.309. CMK'ya göre yargılama sonunda verilen hükümler:

- Beraat
- Ceza verilmesine yer olmadığı
- Mahkûmiyet
- Güvenlik tedbirine hükmedilmesi
- Davanın reddi
- Davanın düşmesi

kararlarıdır. Kanaatimizce, yargılamaya son veren kararların hepsinde, iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin korunması, **en azından hüküm kesinleşinceye kadar** zorunludur. Zira bu veriler aynı zamanda verilen kararın dayanağı delillerdir.

§.310. Katalog suçlarla ilgili olarak uygulanması pek mümkün olmasa da, CMK'nın 231. maddesinde yer alan "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ve 171. maddesine eklenen "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" kararlarının verilmesi hâllerinde de, iletişimin denetlenmesi sûretiyle elde edilen verilerin erteleme ve geri bırakma süresince yok edilmemesi gerekir.

c. Verilerin Yok Edilme Şekli ve İmha Tutanağı

§.311. CMK'nda ve TİB Yönetmeliğinde (Başbakanlık Yönetmeliği) "yok etme" kavramı kullanılmıştır. Buna karşılık yürürlüğü 14.01.2007 tarihli Yönetmelikte (Danıştay tarafından yürürlüğü durdurulan Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) hem yok etme hem de imha kavramları birlikte kullanılmıştır.

§.312. Veri taşıyıcısının Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinden sonra, gerekmesi hâlinde imha işlemi Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir. Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi sûretiyle de imha işlemi yerine getirilebilir. İmha işlemleri tutanağa kaydedilir.

§.313. Yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için önemli bir güvence de, elde edilen bilgilerin hangi organ nezdinde saklanacağıdır. CMK'nın 137. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde tedbir uygulanması sonucu elde edilen bilgilerin savcının denetimi altında yok edileceği öngörülmüştür.¹³¹ Veri taşıyıcısının Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinden sonra, yok etme işlemi Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir. Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi sûretiyle de yok etme yükümlülüğü yerine getirilebilir. Yok edilen verilerle ilgili tutanak düzenlenir.

1. Cumhuriyet Savcısının "Denetiminde Yok Etme" ve "Huzurunda Yok Etme"

§.314. CMK'nda iki hâlde yok etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bunlardan birisi kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi veya savcının verdiği kararın mahkeme tarafından onaylanmaması nedeniyle tedbirin uygulanmasına son verilmesi hâlinde, bu sırada elde edilen verilerin yok edilmesidir. Diğerisi ise şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurdukları iletişim kayıtlarının yok edilmesidir.

§.315. Şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hâkim onayının alınamaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısının **denetimi altında** en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Yani bu hâlde verilerin yok edilmesi Cumhuriyet Savcısının denetimi altında yapılacaktır.

§.316. Ancak tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurulan iletişimin kayda alınması durumunda bu kayıtların kim tarafından imha edileceği CMK'nda hükme bağlanmamıştır. Ancak, CMK m. 137 hükmüne kıyasen bu kayıtların da, Cumhuriyet Savcısının "huzurunda" yok edilmesi gerekir. Bu işlemin (imha) Cumhuriyet Savcısının denetiminde değil de, "huzurunda" yapılmasının anlamı, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimselerle yaptığı görüşmelerin, "ayıklanması, ayrılması ve seçilmesi" gerekliliğidir.

¹³¹ Erdem, Ceza Muhâkemesi (..), s. 105.

2. Yok Edilecek Veriler

§.317. CMK'da, yok edilecek verilerle ilgili ayrıntı bulunmamaktadır. 135. maddenin 2. fıkrasında *"alınan kayıtlar derhâl yok edilir"* denilirken, 137. maddenin 3. fıkrasında *"tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar"*ın yok edilmesi hükme bağlanmıştır.

§.318. 137. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemede sadece *"tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar"*ın yok edileceğinden bahsedilmesi, buna karşılık sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kayıtların yok edileceğinden bahsedilmemesi uygulamada tereddüde yol açacak mahiyettedir. Ancak sinyal bilgisinin *"Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder"* şeklinde tanımlanmasına göre, sinyal bilgilerinin telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşlarca zaten muhafaza edilen veriler olduğu değerlendirilerek, bu verilerin yok edilmesine gerek görülmemiştir.¹³²

§.319. Dinleme, mahiyeti itibariyle kayıt altına alma şeklinde yapılacağından, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi, kayıt altına alınan verileri de kapsamaktadır.

d. Tedbirin Uygulandığının İlgililere Bildirilmesi

§.320. İletişimin denetlenmesi, kişilerin haberleşme özgürlüğüne yapılan ağır bir müdâhale. Bu müdâhale işleminin kanunlara uygun olarak yürütülmesinin sağlanması için getirilen önlemlerden birisi de iletişime yapılan müdâhalenin sona ermesini müteakip, hakkında tedbir uygulanan kişiye, uygulanan tedbirle ilgili bilgi verilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesinde herkesin *"ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahip"* olduğu belirtilmektedir. Bu başvurunun yapılabilmesi ve Sözleşme hükmünün anlam kazanabilmesi ve uygulanabilmesi için, ilgiye bildirim yapılması gerekmektedir.

§.321. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde talep edilmesi hâlinde, kamu kurumlarının, bireylerle ilgili yaptığı işlemlerin kendisine bildirilmesi öngörülmektedir. İletişimin denetlenmesi sonucu ilgililerin uygulanan tedbirin kendileri hakkında geçmişte uygulanıp uygulanmadığından haberdar olması mümkündür.¹³³

§.322. Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında *"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."* hükmü yer almaktadır. Bu hakkın kullanılabilmesi, ilgililerin, kendileri hakkında uygulanan hak sınırlayıcı işlemlerden haberdar edilmelerini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda CMK'nın 137. maddesinin son fıkrasında *"Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi hâlinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir."* hükmü yer almaktadır.

§.323. Kayıtların yok edilmesi, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ve mahkemece, Cumhuriyet Savcısının verdiği kararı iptal etmesi hâllerinde söz konusu olduğunu yukarıda belirtmiştir. Kayıtların yok edilmesi hâlinde hemen ilgisine bildirim

132 Keklik, s. 8.

133 Özbek, s. 433. CMK m. 157 hükmü uyarınca, soruşturmanın gizliliği esas olduğundan, soruşturma devam ettiği müddetçe, iletişimin denetlenmesi konusunda ilgisine bilgi verilebilmesi mümkün değildir (Karşı. 4982 sayılı Kanun'un 20. maddesi).

yapılmayarak, soruşturma evresinin sona ermesine kadar beklenmektedir. Soruşturma evresinin sona ermesini müteakip en geç 15 gün içinde bildirim yapılacaktır.

§.324. İlgilisine bildirim, iletişimi denetlenen kişi hakkında 135. maddedeki koşulların oluşmaması ya da bu koşulların oluşması sonucu elde edilen deliller değerlendirildiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gereken hâller için söz konusu olacaktır.

1. Bildirim Zamanı

§.325. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya mahkemenin onay vermemesi nedeniyle, tedbirin uygulanmasına son verilmiş ve o aşamaya kadar elde edilen kayıtlar imha edilmişse, durum ilgililere bildirilir. Şayet denetlemeye ilişkin kayıtlar delil olarak kullanılacak ise bilgi verme zorunluluğu olmadığı gibi, soruşturma devam ettiği sürece, soruşturmanın gizliliğinin korunması adına (CMK m. 157) ilgisine (şüpheliye) bilgi verilmemesi gerekir.

§.326. İletişimi denetlenen kişinin kullandığı iletişim aracını değiştirmesi ile hemen geribildirim yapılması sözkonusu olmayacaktır. Çünkü iletişimin denetlenmesi tedbiri, kişiye bağlı olarak verilen bir karar olup, iletişim aracının değiştirilmesi hâlinde bu araç hakkında da iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi gerekebilir. Şu hâlde her durumda soruşturma evresi süresince ilgiliye bildirim yapılması ertelenecektir. Kovuşturma evresinde zaten aleniyet söz konusu olduğundan bu aşamada ilgisine bildirim yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.¹³⁴

2. Bildirimin İçeriği

§.327. Bildirim yazılı olacaktır. Bildirimde tedbirin, nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında bilgiler yer alacaktır. İletişimin dinlenmesi, tespiti ve kaydedilmesi tedbirinin uygulanmasının ilgililere bildirilmesinin amacı, keyfiliğin önlenmesidir. Tedbirin, Kanunda belirtilen koşullara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı bu sûretle denetlenmiş olacak ve ilgisinin hak arama yollarına müracaat hakkını (etkili başvuru hakkını) kullanması mümkün olabilecektir.

3. Bildirim Yapılacak Kişiler

§.328. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına son verilmesi hâlinde, uygulanan tedbirle ilgili olarak iletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmesi hükme bağlanmıştır. CMK'nın 137. maddesinin son fıkrasına göre "*Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi hâlinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.*"

§.329. Bu hükme göre, öncelikle hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına karar verilen kişiye geribildirim yapılacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak tedbirin uygulanması sırasında şüpheli veya sanık, her defasında bir üçüncü kişi ile konuşmaktadır. İletişimi dolaylı olarak denetlenen üçüncü kişilere de bilgi verilmesi gerekip gerekmediği tam olarak anlaşılamamaktadır. Söz konusu hüküm amaca uygun bir biçimde yorumlandığında, iletişimin denetlenmesi tedbiri kişiye bağlı olarak (şüpheli veya sanık hakkında) uygulandığından, geribildirim, sadece

¹³⁴ Şahin, s. 385.

hakkında denetleme kararı verilen kişiye yapılacaktır. Bu nedenle, şüpheli veya sanık ile iletişim kuran ve "dolaylı olarak" iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında kalan diğer kişilerin tamamına bildirim yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kaldı ki 137. maddenin son fıkrasında "ilgililere" değil "ilgisine" ibaresi kullanılmaktadır. Yasa koyucunun bu tercihi, geribildirim sadece şüpheli veya sanığa yapılacağını vurgulamaktadır.

5.2.4. İletişimin Denetlenmesi Yasağı

§.330. CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması öncelikle sıkı koşulların varlığına bağlanmıştır. Bundan başka sadece belirli ve ağır suçlarla ilgili olarak bu tedbire başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. CMK'nın 135. maddesinin son fıkrasında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi bakımından genel bir yasak getirilmektedir. Bundan başka iletişimin denetlenmesi yasağı adı verilebilecek iki önemli yasak daha getirilmiştir. Bunlardan birincisi müdafinin iletişimi, diğeri ise şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan yakınlarıyla gerçekleştirdiği iletişim ile ilgilidir.

a. CMK'nın 135. Maddesinin Son Fıkrasında Düzenlenen "Genel" Yasak

§.331. 135. maddenin 7. fıkrasında "Bu maddede belirlenen esas ve usûller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz." hükmü yer almaktadır. Adli amaçlarla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasında CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde yer alan sıkı koşullara uyulması zorunludur.

§.332. Söz konusu hüküm dikkatle incelenir ise, genel denetim yasağı, sadece iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıyla ilgilidir. Diğer bir anlatımla iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti ile ilgili hükümler hariç bırakılmıştır. Yine bu tedbirlerle ilgili koşulların biraz daha esnetildiği ve yumuşatıldığı görülmektedir. Zira bu tedbirler bizzat iletişimin içeriğine müdâhale niteliği taşımamaktadır. 135. maddenin son fıkrasında, sadece dinleme ve kayda almaya ilişkin mutlak bir yasak getirilmiştir.

§.333. CMK'da öngörülen koşullara uyulmaksızın hiç kimsenin ve hiçbir kamu görevlisinin, bireylerin iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna aykırı davranışların da yaptırımını TCK'da düzenlenmiştir.

§.334. Bu hükmü, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini de yasaklayacak şekilde yorumlamak doğru olmaz. Zira CMK, işlenmiş bir suçla ilgili olarak uygulanabilecek tedbiri düzenlemekte olup, suç işlenmesinden önceki aşamaya uygulanması söz konusu değildir.¹³⁵

b. Müdafî İle Gerçekleştirilen İletişimin Denetlenmesine İlişkin Yasak

§.335. Müdafî, ceza yargılamasında, kamu görevi niteliğinde olan savunma makamını temsil etmektedir. Şüpheli ya da sanığın savunmasının özgürce yapılabilmesi için, müdafilere bazı imtiyazlar tanınmıştır (CMK m. 46, 126, 130, 154).

§.336. Görev gereği tanınan bu imtiyazlara ek olarak CMK'nın 136.

135 Ünver-Hakeri, s. 184.

maddesinde “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135’inci madde hükmü uygulanamaz.” denilmiştir. §.336. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.03.1998 tarihinde verdiği İsviçre’ye karşı Kopp kararında, avukatlık şirketi gibi işyerlerine gelen ve giden telefon haberleşmelerinin, Sözleşmenin 8. maddesi 1. fıkrası anlamında “özel hayat” ve “haberleşme” kavramları içinde mütalaa olunması gerektiğini, bu iletişimin denetlenmesinin doğrudan doğruya hakka müdâhale olduğunu, elde edilen bilgilerin kullanım şeklinin veya hiç kullanılmadan imha edilmiş olmasının bunu ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır.¹³⁶ Aynı kararda avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin AİHS’nin 8. maddesinin koruması altında olduğunu, bu iletişimin dinlenmesinin kamusal makamın müdâhalesi olarak nitelendirileceğini ve İsviçre iç hukukunda avukatla müvekkili arasındaki iletişime müdâhalenin açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmemiş olduğunu, ulusal makamların takdir yetkisinin çerçevesinin ve sınırlarının yeterince belirgin olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.¹³⁷

§.337. Türk hukukunda düzenlenen avukatların bazı hâllerde iletişimlerinin denetlenemeyeceğine ilişkin yasak mutlak bir yasak olmayıp sadece avukatın müdafiliğini yaptığı şüpheli veya sanığa yüklenen suçla ilgili olarak ve sadece müdafin bürosu, konutu ve işyerinde bulunan telekomünikasyon araçları bakımından geçerlidir. Bu hüküm (CMK m. 136), tanıklıktan çekinme hakkı kapsamında iletişimin kaydedilmesi yasağına göre (CMK m. 46, 135/2) daha geniş bir koruma sağlamaktadır.

§.338. Kanun hükmünde, müdafin mobil telefonu hakkında CMK m. 135 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağından söz edilmemiştir. Ancak, CMK m. 46 hükmü uyarınca, müdafin meslek ve sürekli uğraş sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğundan, müdafin şüpheli veya sanık ile mobil telefon üzerinden yaptığı görüşmenin kayda alınabilmesi mümkün değildir (CMK m. 135/2). Yine, AİHM’in Kopp-İsviçre Kararı bağlamında bakıldığında, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafin mobil telefonu hakkında “iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir.

1. Yasağın Kapsamı

§.339. CMK’nın 136. maddesi ile avukatın bazı hâllerde iletişimlerinin denetlenmesine ilişkin olarak bir yasak getirilmiştir. Ancak bu yasak sadece müdafiliğini yaptığı suçla sınırlıdır. Bu sıfatlarının dışında avukatların, katalog suçlardan birini işledikleri şüphesi ile iletişimlerinin denetlenmesine her zaman karar verilebilir. Esasen bu konuda hiçbir istisnâ öngörülmemiştir. Ancak avukatlar bakımından da herkes için geçerli olan ve yukarıda sayılan koşulların oluşması gerekir.

§.340. İletişimin denetlenmesi kararı sadece ve sadece şüpheli veya sanık için verilebilmektedir. Şüpheli veya sanık olmadığı sürece avukatın iletişiminin denetlenmesine zaten karar verilemez. Şüpheli hakkında delil elde etmek amacıyla hiçbir zaman müdafin bürosunda ve evinde bulunan iletişim araçları için denetleme kararı verilemez. O hâlde sorun, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen şüpheli, müdafin ile iletişim kurarsa, bu iletişimin denetlenip denetlenemeyeceğinde düğümlenmektedir.

§.341. CMK’nın 136. maddesi ile getirilen koruma, sadece müdafilik

¹³⁶ Çoksezen, s. 11.

¹³⁷ Tezcan-Erdem-Sancaktar, s. 239.

sıfatı taşıdığı sürece geçerlidir. Bilindiği gibi müdafî, şüpheli veya sanığın Ceza Muhâkemesinde savunmasını yapan avukattır. Şüpheli ile avukat arasındaki ilişki müdafîlik ilişkisi değilse, başka bir davada örneğin bir tazminat davasında davacı olan şüpheliyi temsil etmeye dayanan bir vekâlet ilişkisi söz konusuysa 136. maddedeki yasak söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, o suçtan dolayı müdafî olan avukatla kurulan iletişim denetlenemezken, bir hukuk davasında kendisini temsil eden avukatla kurduğu iletişim denetlenebilecektir.

§.342. İletişimin denetlenmesi yasağı bakımından, müdafîlik sıfatının kaynağının bir önemi yoktur. Müdafînin şüpheli ya da sanık tarafından seçilmesi ile Devlet tarafından "zorunlu müdafîlik" kapsamında görevlendirilmesi arasında fark yoktur. Her iki hâlde de müdafî, maddede belirtilen ayrıcalıktan yararlanacaktır.

Ancak burada teknik bazı sorunlar da bulunmaktadır. Uygulamada şüphelinin telefonunun dinlendiğini ve konuşmaların kaydedildiğini varsayalım. Bu işlemde sisteme şüphelinin kullandığı telefon girilmekte ve bu telefon üzerinden yapılan tüm görüşmeler kaydedilmektedir. Hangi ve kime ait telefonların arandığı bilinmeksizin dinlenmekte ve kayıt yapılmaktadır. Görüşülen kişiler arasında müdafî de olabilir. Teknik olarak, kişinin kimlerle görüşeceği önceden bilinemeyeceğinden, görüşülen kişinin müdafî olup olmadığının önceden tespiti pek mümkün değildir.

§.343. Müdafînin konutu, yerleşim yeri ve bürosunda bulunan iletişim araçları hakkında 135. maddenin uygulanamayacağına hükme bağlanmasında, bu yerlerde bulunan iletişim araçlarının sabit olduğu ve önceden bilinebilir olduğu, dinleme ve kaydetme işlemi başlatılırken sisteme müdafîye ait bu yerlerdeki iletişim araçlarının numaraları girilerek, bu numaralarla iletişim kurulduğunda sistemin kayıt yapmamasının sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir.

2. Denetlemenin Türü Bakımından Getirilen Yasak

§.344. CMK'nın 135. maddesinde toplam dört tür denetleme türü düzenlenmiştir. Bunlar iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesi,¹³⁸ sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin belirlenmesidir.

§.345. Müdafînin iletişiminin denetlenemeyeceğine ilişkin yasak, iletişimin denetlenmesi türlerinden dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespitini kapsayan bir yasaktır. Müdafî için bu işlemlerden hiç birisi uygulanamaz.

Buna karşılık müdafî hakkında, *mobil telefonun yerinin belirlenmesi* tedbiri uygulanabilir. CMK'nın 136. maddesinde, müdafî hakkında 135. maddenin uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. 135. maddede ise iletişimin denetlenmesi türlerinin hepsi sayılmaktadır. Bunlar arasında mobil telefonun yerinin tespiti de bulunmaktadır. İlk bakışta müdafî hakkında mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine de başvurulamayacağı izlenimi oluşmaktadır.

§.346. Ancak 136. madde metninde yer alan "Müdafînin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135'inci madde hükmü uygulanamaz." hükmü karşısında bu yasağın sadece büro, konut ve yerleşim yerinde

¹³⁸ Dinleme ancak kayda alma suretiyle gerçekleştirilebileceğinden, dinleme ile kayda alma bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

bulunan telekomünikasyon araçları bakımından geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mobil telefon bu yasak kapsamında değildir.

§.347. Tedbirin uygulanabilmesi için mobil telefonun şüpheliye ait veya şüphelinin kullanımında olması şart değildir. Şüphelinin yakalanmasına imkân veren bir mobil telefonun yeri tespit edilebilir. Bu mobil telefon şüphelinin yakın arkadaşına, nişanlısına, sevgilisine, çocuğuna veya suçun mağduruna veya müdafiyeye ait de olabilir. Bu bağlamda mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, müdafiyeye hakkında da uygulanabilecektir. Eğer yakalama emri verilen şüphelinin, müdafiyeye ile birlikte aynı yerde oldukları tespit edilebiliyorsa, müdafiyeye taşıdığı veya kullandığı mobil telefonun yeri tespit edilerek şüphelinin yakalanması yoluna gidilebilecektir.

3. İletişim Aracının Türü Bakımından Getirilen Yasak

§.348. CMK'nın 136. maddesinde "*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiyeye bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135'inci madde hükmü uygulanamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

§.349. İletişimin denetlenmesine ilişkin yasak sadece müdafiyeye büro, konut ve yerleşim yerindeki iletişim araçları için geçerli olacaktır. Bu yerlerde kurulu bulunan iletişim araçları arasında mobil telefon, araç telefonu, uydu telefonu veya ankesörlü telefon yer almamaktadır. Şu hâlde mobil telefonla veya araç telefonu ile kurulan iletişimin dinlenmesine, tespit edilmesine veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. İletişimin kaydedilmesi bakımından ise, müdafiyeye tanıklıktan çekinme hakkı sebebiyle (CMK m. 46) yasak söz konusudur (CMK m. 135/2).

§.350. Şüpheli veya sanık, müdafiyeye ile bürosunda, evinde veya yerleşim yerinde kurulu bulunan bir telekomünikasyon aracı üzerinden görüştüğünde, bu iletişim denetlenmemektedir. Buna karşın günümüzde çok yaygın bir kullanım alanına sahip mobil telefon veya araç telefonu üzerinden yapılan görüşmelerin varlığı durumunda bu iletişim denetlenebilecektir.

§.351. Müdafiyeye ile şüpheli arasındaki iletişimin denetlenmesine yasak getirilmesinin amacı, savunma görevinin layığıyla yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır. Düzenleme meslek sırrı ve savunma hakkını koruma altına almayı hedeflemektedir. Sabit telefonlarla ilgili olarak getirilen korumanın, başta mobil telefonlar olmak üzere müdafiyeye kullanacağı diğer iletişim araçlarını kapsamaması yerinde olmamıştır.¹³⁹ Ancak bu denetimin AİHM uygulamasına aykırı olduğu da açıktır.

§.352. Şüphelinin yakalanması amacıyla müdafiyeye mobil telefonunun yerinin tespiti müdafiyeye ile şüpheli veya sanık arasındaki savunma ilişkisini ihlal etmediğinden bu tedbirin uygulanması, savunma hakkını zedelemeyecektir.

c. Tanıklıktan Çekinme Hakkı Sahipleri ile Gerçekleştirilen İletişimin Kaydedilmesine İlişkin Yasak

§.353. CMK, tanıklıktan çekinme hakkı sahiplerinin iletişimlerinin denetlenmesi konusunda bazı yasaklar getirmiştir. Bu düzenlemenin dayanağı,

¹³⁹ Özbek, s. 427.

Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmüdür.

§.354. CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasına göre şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında kurulan iletişim kayda alınmaz. Şayet tanıklıktan çekilme ilişkisi bilinemediği için kayıt yapılmışsa bu kayıtlar derhâl imha edilir. Bu düzenleme, AİHM içtihatlarına uygun olarak maddeye eklenmiş olup, çoğu Avrupa ülkesinde bu yönde hükümlerin bulunmaması nedeniyle ihlal kararları verilmiş bulunmaktadır.

§.355. İletişimin denetlenmesi kararının uygulanmasında, şüpheli veya sanığın kullandığı belirlenen bir telefon, dinlemeye alınmakta ve yapılan konuşmalar kayda alınmaktadır. Şüpheli veya sanık kiminle görüşürse görüşsün kayıt devam etmektedir. Şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler olup olmadığı, bu aşamada belirlenmemektedir. Bu nedenle yapılan kaydın, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurulan iletişime ait olduğunun sonradan anlaşılması hâlinde, bu kayıtların delil olarak kullanılmasının önlenmesi amacıyla imha edilme zorunluluğu getirilmiştir. İmha edilmeksizin dosyaya konulsa bile mahkeme yargılamada bu delilleri kullanamayacaktır.

§.356. Yargıtay, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtların yasak delil kapsamında olduğuna ve delil olarak değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁴⁰

§.357. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar, suç işleme şüphesi altında iseler, bu yasak kalkacak ve 135'inci maddede belirtilen yasal şartlar varsa iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulabilecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2013 tarih, E. 2011/5-137 ve K. 2013/58 sayılı kararında¹⁴¹ bu hususa işaret edilerek şu görüşlere yer verilmiştir: “Şüpheli ya da sanıkların birlikte suç işleme şüphesi bulunmayan tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptıkları görüşmelerin kanunî delil olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır... Sanık ile yeğeni ve kardeşi arasında yapılan ve mahkeme kararıyla dinlenilmesi ve kayda alınmasına karar verilen telefon konuşmaları, bu kişilerin suça katıldıklarının daha önceden başka delillerle belirlenmesi ve bunlar hakkında da mahkeme kararıyla iletişimin tespiti ve kayda alınmasına karar verilmiş olması nedeniyle kanunî delil olarak kabul edilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi hâlde, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin, aynı suçu birlikte işlemeleri hâlinde kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucuna ulaşılır ki, bunun kabulü de mümkün değildir.”

1. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler

§.358. Tanıklıktan çekinebilecek kişiler CMK'nda iki şekilde düzenlenmiştir: Akrabalık nedeniyle, meslek veya sürekli uğraş nedeniyle. CMK'nın 48. maddesinde ise ayrı bir tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenmiştir. Maddede kişilerin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı açıklamalar yapmaktan çekinebilmesine imkân verilmektedir. Ancak bu maddede yer alan düzenleme iletişimin denetlenmesi yasağı getirmemektedir. CMK'nın 45. maddesi kapsamında yer almayan, buna karşılık 48. maddesi kapsamında değerlendirilen bir kişinin iletişiminin denetlenmesi yoluna gidilebilecektir. Aksi hâlde

140 Yargıtay 1. CD'nin, 13.10.2009 tarih, E. 2009/1721 ve K. 2009/5855 sayılı kararı. (www.kazanci.com)

141 Karar için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Erişim Tarihi: 03.02.2014.

bu kişilerden birisinin kendisini suçlayıcı bir şeyler söylendiğinde, buna ilişkin kayıtların yok edilmesi gibi, kanun koyucunun istemediği bir sonuç meydana gelmiş olacaktır.¹⁴²

1.1.Yakınlık (Kan-Kayın Hısımlığı) Nedeniyle

Ş.359. CMK'nda akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme konusu 45. maddede düzenlenmiştir. Buna göre,

- a. Şüpheli veya sanığın nişanlısı
- b. Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi
- c. Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy
- d. Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları
- e. Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

Ş.360. Şüpheli veya sanığın burada sayılan kişilerle kurduğu iletişim kayda alınamaz. Bu ilişki anlaşılmadığı için kayıt yapılmışsa bu kayıtların derhâl imha edilmesi zorunludur. Bu hâlde CMK m. 51 hüküm uygulanamaz. Maddede getirilen yasak mutlak bir yasak olup farklı yorumlamaya müsait değildir.

1.2. Meslek veya Sürekli Uğraş Nedeniyle

Ş.361. CMK'nda tanıklıktan çekinme konusunda bir diğer düzenleme de 46. maddede yer almaktadır. Burada meslekleri veya sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar sayılmaktadır. Meslekleri veya sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar şunlardır:

- a. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.
- b. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.
- c. Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

Ş.362. Burada sayılan meslek veya uğraşı sürdüren kişilerle, şüpheli veya sanığın kurduğu iletişim kayda alınamayacaktır. Kayda alınmanın söz konusu olduğu durumlarda, bu ilişki tespit edildiğinde derhâl imha edilecektir. Avukatlar bakımından 136. maddede ayrı bir kural getirilmiş ise de, oradaki düzenleme müdafilik sıfatıyla ilgili olup daha geniş bir yasak getirilmektedir. Buna karşılık CMK m. 135/2 hükmünde her türlü avukatlık ilişkisi kapsama alınmakta ve yasak sadece kayda alınmayla sınırlı tutulmaktadır.

¹⁴² Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 700.

§.363. Tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle ilgili her hangi bir sınırlama olmaksızın şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

2. Yasaklanan Tedbirin Türü

§.364. CMK'nın 135. maddesinde dört tür tedbir düzenlenmiştir. Bunlar iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleridir. İkinci fıkrada getirilen yasak ise **sadece kayda alma** ile ilgilidir. Yani sadece tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile şüpheli veya sanık arasında kurulan iletişim kayda alınmayacaktır. Alınmışsa da imha edilecektir. Diğer tedbirlerin uygulanması konusunda bir yasak getirilmemiştir. Örneğin iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin dinlenmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri bu kişiler hakkında da uygulanabilecektir.

§.365. Hükümde, iletişimin yalnızca "kayda alınamayacağı"ndan söz edildiği için, CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrası anlamında "dinleme ve tespit yapılabilmesine" bir engel olmadığı sonucu çıkarılabilir.¹⁴³

§.366. Ancak, iletişimin tespiti, haberleşmenin içeriğine müdâhale olmadığından ve daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan, bu tedbir bakımından, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle ilgili bir sınırlama getirilmesi gerekmemektedir.

§.367. Yine, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi, iletişimin içeriğine müdâhale niteliğinde olmayıp, yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri olması nedeniyle, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri bakımından yasaklanması gerekli de değildir.

§.368. Mobil telefonun yerinin tespiti ise, sadece yakalama amacıyla uygulanmaktadır. Hatta bu tedbirin uygulanmasından sonuç alınabilmesi için, özellikle tanıklıktan akrabalık nedeniyle çekinebileceklerin mobil telefonlarının yerinin tespiti gerekmektedir. Çünkü yakalanmamak amacıyla kaçan şüpheli veya sanığın saklanabileceği yerler genellikle yakın akrabaların yanlarıdır. Bu nedenle bu tedbir bakımından da bir yasak getirilmesi de söz konusu değildir.

§.369. 135. maddenin 2. fıkrasında iletişimin dinlenmesi yasaklanmamıştır. Her ne kadar iletişimin dinlenmesi çok defa kayda alma alma şeklinde uygulanmaktaysa da sadece iletişimin dinlenmesi bakımından bir yasak söz konusu değildir. Bu durum ise, çoğu kez iletişimin denetlenmesi tedbirinin "sistem tarafından otomatik olarak kayda alma şeklinde" yapılmasının bir sonucudur. Şüpheli veya sanığın, her durumda henüz haberleşme başlamadan önce, kiminle ne zaman görüşeceği bilinmeyeceği için iletişimin dinlenmesi çoğu kez zorunludur. Her ne kadar, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimselerin numaralarının sisteme tanıtılması ile dinlemeye engel olunabileceği söylenebilir ise de, bu numaradan tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan bir başkasının şüpheli veya sanık ile görüşmesi de pekâlâ mümkündür. Bu nedenle

¹⁴³ Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 101.

kanun koyucu tarafından, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri bakımından getirilen yasak sadece kayda alma ile sınırlı tutulmuş olup, bu durum bilinçli bir tercihin sonucudur.

3. Kayıtların Yok Edilmesi

§.370. Tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile şüpheli veya sanığın kurduğu iletişimin kayda alınması hâllerinde, bu ilişkinin anlaşılması durumunda, derhâl tedbire son verilmesi ve yapılan kayıtların yok edilmesi gerekmektedir. İletişimin dinlenmesi tedbiri kanunda ayrı bir tedbir olarak sayılmıştır. Ancak uygulamada bu bilgilerin delil olarak kullanılabilmesini temin etmek amacıyla sadece dinleme yoluna gidilmeyip, aynı zamanda kayıt da yapılmaktadır. Dinleme, kayda alma sûretiyle yapılır.

§.371. Gerçekten de iletişimin dinlenmesi hâlinde duyulan konuşmalar mahkemede ancak tanıklık sûretiyle delil olarak sunulabilir.¹⁴⁴ Bu bilgilerin daha kuvvetli bir delil olabilmesi için kaydedilmesi ve mahkemeye böylece sunulması daha uygun bir yöntemdir. Bu durumda dinlemeyi yapan görevlilerin ayrıca tanık olarak dinlenmesi de mümkündür.

§.372. Dinleme kayda alma biçiminde yapıldığından, hakkında tedbir uygulanan kişinin (şüpheli veya sanık) görüşme yaptığı kişiler arasında, akrabalık veya meslekî nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar da bulunabilmektedir. Önceden bunun belirlenmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda yapılan dinleme kayıtlarının bu kişilerle kurulan iletişime ait olduğunun anlaşılması hâlinde bu kayıtların yok edilmesi gerekecektir.

§.373. Şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurdukları iletişim kayıtlarının yok edilmesi konusunda CMK'nda sadece "derhâl yok edilir" denilmektedir. Ancak yok etmenin hangi merci tarafından gerçekleştirileceği açık bir şekilde yazılmamıştır. CMK m. 137/3 hükmünden hareketle, yok etme işleminin Cumhuriyet Savcısının denetiminde yapılması gerektiği ifade edilebilir. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimselerle yapılan görüşmelerin, diğer görüşmelerden "ayırt edilmesi, ayıklanması" söz konusu olacağı için, yok etmenin Cumhuriyet Savcısının "denetiminde" değil; "huzurunda" gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

5.2.5. İletişimin Denetlenmesi Sûretiyle Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması

a. Elde Edilen Bilgilerin Niteliği

1. Delil Olup Olmadığı Konusu

§.374. Türk hukuk sistemine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Ceza yargılamamız açısından vicdani ve serbest delil sistemi esastır (CMK m. 217/1). Bununla birlikte delillerin incelenmesinde ve değerlendirilmesinde hâkim, sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Delilin hükme esas alınması bakımından hukuka uygun olarak elde edilmesi zorunluluğu vardır (A.Y m. 38/6, CMK m. 217/2).

¹⁴⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 700.

§.375. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ses kayıtlarının delil olup olmadığı, hangi tür delil kapsamında olduğu ve hüküm kurmada tek başına yeterli olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.¹⁴⁵

§.376. Türk hukukunda geçerli olan, serbest delil sisteminin bir uzantısı olarak, hukuka uygun elde edilmiş olmak kaydıyla, ses veya görüntü kayıtlarının bozulma veya sahteliği konusunda bir tereddüt bulunmadığı durumlarda ispat aracı olarak kullanılması mümkündür.¹⁴⁶ Başka bir anlatımla ses ve görüntü kayıtları, güvenilirliği sağlamaya yönelik belirli bir usûl çerçevesinde doldurulup, muhafaza edilmişlerse ve üzerinde tahrifat yoksa, Ceza Muhâkemesinde delil olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁷

§.377. İletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtlar, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş ise akılcı, maddî olayı ispata elverişli, gerçekçi ve duruşmada tartışılmış ise (CMK m. 216'da anlamını bulan müştereklik ya da delilin kollektif niteliği) bu türden ses ve/veya görüntü kayıtlarının delil olarak kabul edilmesi ve ispat gücü bakımından diğer delillere nazaran zayıf görülmemesi gerekir.¹⁴⁸ Ceza Muhâkemesi sistemimizde, bir delilin ispat gücü yönünden diğerine üstünlüğü bulunmadığından (CMK m. 217 hükmü uyarınca delilin ispat gücü hâkim tarafından serbestçe ve vicdani kanaate göre tayin edilir) iletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların delil olarak kabulü ve hükme esas alınması yönünden herhangi bir sınırlama veya yasaklama söz konusu değildir.¹⁴⁹

§.378. Hukuka uygun olarak elde edilmiş ve teknik açıdan sağlamlığı ispatlanmış olan bu delillerin ispat gücü diğer tüm delillere eşittir.¹⁵⁰

2. Hangi Tür Delil Olduğu

§.379. Hukuka uygun bir şekilde elde edilen görüntü ve/veya ses kayıtlarının delil niteliği bulunmakla birlikte, hangi tür delil içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hususunun da ortaya konulması gerekmektedir. Türk Ceza Muhâkemesi sisteminde genel bir sınıflama itibarıyla, Ceza Muhâkemesinde deliller, beyan (ikrar, tanık beyanı vs.), belirti ve belge (kolluk, savcı ve mahkeme tutanakları dâhil) delili olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁵¹

§.380. Bir delilin beyan delili olarak kabul edilebilmesi için, "samimi ve özgür

145 Mukayeseli hukuka bakıldığında Fransa'da iletişimin denetlenmesi sonunda elde edilen veriler delil olarak kullanılmaz. Yine önleme dinlemesi sonunda elde edilen bilgiler yargılama aşamasında delil olarak kullanılmaz. İrlanda'da dinlemede elde edilen bilgiler mahkemede delil olarak kullanılmaz. Sadece istihbarat amaçlı olarak değerlendirilir. İngiltere'de haberleşmeye müdahâle sonucu elde edilen bilgiler mahkemelerde delil olarak kullanılmaz ve açıklanamaz. Bu bilgiler sadece istihbarat amaçlı kullanılabilir. Avusturya'da dinleme sonucunda elde edilen bilgiler delil olarak kullanılmaz. Buna karşılık Finlandiya'da dinleme ile elde edilen veriler delil olarak kullanılabilir. Açıklama için bk. Taşkın, s. 61.

146 Bu konuda Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtay'ın, bu nitelikteki delillerin tek başına mahkûmiyet hükmünün dayanağı olamayacağına ilişkin kararları bulunmakla birlikte, bu kararlarda söz konusu kayıtların gerçeği yansıttığı konusunda kuşku bulunduğu ve bu nedenle belirtilen şekilde karar verildiği unutulmamalıdır. Hukuka uygun olarak elde edilen ve sahteliği konusunda kuşku bulunmayan ses ve görüntü kayıtları ceza yargılamasında delil olabilir. Yıldız, s. 256.

147 Öztürk, Ses ve Görüntü (...), s. 226; Bayram, s. 1.

148 Ünver, Ceza Muhâkemesinde (...), s. 128; Buna karşılık Fransa'da delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerli olmasına rağmen yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılması son derece sınırlı tutulmuştur. Öztürk, Ses ve Görüntü (...), s. 229.

149 Gülşen, s. 156; Karagöz/Birtek, s. 109; Akyürek, s. 218, 219.

150 Centel/Zafer, s. 259, 260; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 297; aynı yönde Yıldız, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, s. 186. Nitekim Feyzioğlu da, birbirini destekleyen belirti delillerine dayanılarak da mahkûmiyet kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Görüş için bk. Feyzioğlu, s. 21 vd. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, elektronik kayıtlar ve ses bantları gibi teknik kayıtların ancak delil aracı (belirti) olarak kabul edilebileceğini kabul etmektedir.

151 Yenisey, Feridun, "Ceza Muhâkemesi Hukuku'nda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", s. 6-7. Sınıflama için bk. Hakeri/ Ünver, Ceza Muhâkemesi Hukuku, s. 590 vd.; Koca, Mahmut, "Ceza Muhâkemesinde Deliller", s. 214 vd.

olması¹⁵² ve şüpheli veya sanığın yasal haklarının hatırlatılması (susma hakkı, müdafî yardımından faydalanma hakkı vs.) ve nihayet şüpheli veya sanığın vakıalar hakkındaki beyanının mahkûmiyet açısından önemi ve niteliği bilinerek beyan edilmiş olması¹⁵³ gerekmektedir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi sûretiyle elde edilen bulguların beyan delili olamayacağı açıktır.¹⁵⁴

§.381. Ağırlıklı görüşe göre, dinlemeden elde edilen kayıtlar, **belirti** niteliği taşıyor ve konuşma kayıtları, **"belirti delili"** olarak **keşfin** konusunu oluşturur. Keşif neticesinde kayıtların "gerçek" konuşmaları yansıttığı ve üzerinde oynama olmadığı ve sahtecilik yapılmadığı tespit edildiğinde, bunlar duruşmada delil olarak ikame edilebilecektir.¹⁵⁵ Belirti, ispat edilecek olayın, dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere verilen isimdir.¹⁵⁶ Konuşulanların kaydedildiği veri taşıyıcıları, yargılama sırasında **keşif** yöntemiyle incelenir ve delil olarak kullanılabilir.¹⁵⁷ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.10.2010 tarih, E. 2010/8-125 ve K. 2010/189 sayılı kararında da, "(...) Tek başına olayı nitelendirmeye yarayacak bilgileri içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilmemesi" hukuka aykırı görülmüştür. Bu karar bağlamında da bakıldığında, iletişimin denetlenmesinden elde edilen bulgular, tek başına bir olayı nitelendirmeye elverişli ise bizihi bu kayıtlar "doğrudan" delil olarak kabul edilebilir.

§.382. Mahkeme, bu ses veya görüntü kayıtlarını duruşmada dinlemek veya izlemek sûretiyle duruşmada ortaya konulmasını sağlamalı ve yargılamaya katılan diğer suşelerin de tartışma ve değerlendirmesine imkân vermelidir.¹⁵⁸

§.383. İletişimin denetlenmesi sırasında bazen hüküm vermede direkt olarak kullanılacak bilgiler de elde edilebilir. Bu gibi durumlarda dinlemeyi gerçekleştiren memurlar, konuşmaları duymuş olmaları nedeniyle **tanık sıfatıyla** (beyan delili) dinlenebilirler.¹⁵⁹

§.384. Mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin tespitinden (HTS kayıtları) elde edilen bulgular, belge delili kapsamında değerlendirilebilir.

§.385. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, bazen yeni araştırma işlemleri yapılması için **ipucu**, bazen yargılama sırasında **doğrudan delil**, bazen **tanık beyanının** özü, bazen **belge** ve bazen de **keşfe konu obje** olabilmektedir.¹⁶⁰

§.386. 5271 Sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte Yargıtay, CMK 135

152 Öztürk/Erdem/Özbek, s. s. 378.

153 Şahin, Ceza Muhâkemesi Şerhi, s. 149.

154 Yenisey/Altunç, agm.; Ünver/Hakeri de, iletişimin denetlenmesi tedbirinin gizli olması ve taraflara yasal hakları hatırlatılması sebebiyle ikrar delili olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Hakeri/Ünver, Sorularla Ceza Muhâkemesi Hukuku, s. 182.

155 Yenisey-Altunç, s. 19.

156 Öztürk-Erdem-Özbek, s. 395.

157 İletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların beyan delili olduğu yönündeki görüş için bk. Öztürk, Ses ve Görüntü (...), s. 230.

158 Yıldız, s. 258; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 710.

159 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 710.

160 Almanya'da görüntü ve ses kayıtları belge olarak kabul edilmemekte ve keşfe konu olacak bir obje olarak nitelenmektedir. Hukuka uygun olarak alınması ve kaydedilmesi hâlinde Ceza Muhâkemesinde değerlendirilmekte, hukuka aykırı olarak elde edilenler ise delil yasakları kapsamında kullanılmamaktadır. Avusturya ve İsviçre'de ses ve görüntü kayıtlarının hukuki niteliği Almanya ile aynıdır. İngiltere'de ses ve görüntü kayıtları kural olarak belge kabul edilmemektedir. Bunun küçük birkaç istisnâsı bulunmaktadır. Ayrıca hâkim adli yargılanmayı etkileyecek ise bu kayıtlar hukuka uygun olarak elde edilmiş olsa dahi bunlardan vazgeçme yetkisine sahiptir. Fransa'da Yargıtayın istikrarlı kararlarına göre ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılması, bunların kolayca tahrif edilebilecek nitelikte olması nedeniyle son derece sınırlı tutulmuştur. Bu kayıtların niteliği belge veya delil sayılmayıp sadece vaka tahmini veya belirti olarak nitelendirilmektedir. Öztürk-Erdem, s. 412-413.

kapsamında elde edilen bulguların niteliği hakkında çeşitli kararlar vermiştir. Bu kararlar kapsamında Yargıtay, öğretiyeye paralel bir biçimde iletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların tek başına delil olamayacağını, ikrar delili niteliğini kazanabilmesi için sanığın bu bulguların kendisine aidiyeti hususunda görüşünün sorulması ve savunma hakkının tanınması ve bu sûretle duruşmada tartışılması sûretiyle hükme esas alınabileceğini ortaya koymuştur.¹⁶¹

§.387. Hukuka aykırı bir biçimde icra edilen iletişimin denetlenmesi tedbirinden elde edilen bulgular doğrudan doğruya; bu bulgulardan elde edilen bulgular ise dolaylı olarak hukuka aykırı olduklarından CMK m. 217/2 hükmü uyarınca hükme esas alınabilmeleri mümkün değildir.¹⁶² Örneğin, hukuka aykırı bir biçimde dinlenen telefon konuşması vasıtasıyla suç aleti silahın bulunması hiçbir hukukî değer taşımayacaktır (yasak delilin uzak etkisi).¹⁶³

3. Tek Başına Hükme Dayanak Olması Konusu

§.388. Mukayeseli hukukta, iletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtlar, mahkûmiyete yeter delil sayılmak bir tarafa, delil olarak dahi kabul edilmemekte ve mahkemeye sunulmamaktadır.¹⁶⁴

§.389. Usûlüne uygun doldurulmuş ve kayıt altına alınmış olsalar dahi, iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ses kayıtları, tek başlarına mahkûmiyet kararı verilmesine yeterli değildir. Bunların başka delillerle de desteklenmesi gerekir.¹⁶⁵

§.390. Yargıtay, teknik cihazlarla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının da delil olarak kullanılabilirliğini, önemli olanın söz konusu materyalin delilin özelliklerini taşıması, hukuka uygun ve sağlam olması gereğine vurgu yapmıştır.¹⁶⁶ Ancak Yargıtay'ın 1977 tarihli bir içtihadına dayanılarak, ses ve görüntü kayıtlarının tek başına delil olamayacağı, güvenilirliğinin kuşku olduğu ve ancak diğer delillerle desteklenmeleri hâlinde hükme dayanak oluşturabileceği görüşünün kabul gördüğü öğretide dile getirilmiştir.¹⁶⁷ Yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre ise,¹⁶⁸ **"Açık suç**

161 Yargıtay, 10 CD. E. 2009/8450, K. 2010/3907; aynı yönde bk. Yargıtay 8 CD. E. 2009/417, K. 2009/6705. Öğretideki baskın görüşe göre, iletişimin denetlenmesinden elde edilen görüntü ve/veya ses kayıtları "belirti" delili sayılmaktadır. Görüşler hakkında bk. Taşkın, s. 168. Centel/Zafer'e göre ise, CMK'nın 214 ve 215. maddelerinde bir belgenin okunmasından söz edildiğinden, bu hükmün dar anlamı itibarıyla "okuma dışında görülmek ve dinlenmek suretiyle içeriği öğrenilebilen teknik aletlerin belge delili olarak değil; keşif faaliyetine konu olabilecek "belirti" delili olarak kabul etmek gerekmektedir. Açıklamalar için bk. Centel/Zafer, s. 259. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre ise, elektronik kayıtlar ve ses bantları gibi bulgular bir çeşit yazılı açıklamadır. Aynı yönde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1387.

162 Yasak delillerin uzak etkisi hakkında bk. Zafer, s. 116, 117; Meran. İletişimin Denetlenmesi, s. 175 vd.; Şahbaz, s. 15 vd.; Hakeri/Ünver, Ceza Muhâkemesi Hukuku, s. 634 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 362 vd.. Yasak delillerin uzak etkisi Amerikan Hukuku'nda "zehirli ağacın meyveleri doktrini (fruit of the poisonous tree doctrine)" olarak tanımlanmıştır. Yasak delillerin uzak etkisinin kabul edilmemesi hâlinde, delil yasaklarının arkası rahatça dolanılacaktır. Bu görüşten hareketle Alman Federal Yüksek Mahkemesi mektup-posta ve telekomünikasyon gizliliğinin sınırlandırılmasına ilişkin kanunun (G-10) ihlal edilmesi hâlinde, bu ihlal ile Alman Anayasasının 10. maddesinin uzak etkisini kabul etmiştir. Açıklama için bk. Roxin, s. 287, 288.

163 Yıldız, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, s. 263.

164 Bk. Birinci Bölüm.

165 Öztürk, Ses ve Görüntü (...), s. 227.

166 Ünver, Ceza Muhâkemesinde (...), s. 128.

167 Öztürk, Ses ve Görüntü (...), s. 227; Ünver, Ceza Muhâkemesinde (...), s. 128. Nitekim Yargıtay 10. CD'nin, 08.01.2013 tarih, E. 2012/22805 ve K. 2013/83 sayılı kararında da, "(...) Sanık Burhan hakkında hükme esas alınan 22.05.2011 tarihinde yaptığı telefon konuşmaları ile ilgili iletişim tespit kararı ve iletişim tespit tutanaklarının olup olmadığının araştırılması, varsa her iki sanığa ait telefon görüşmelerine ilişkin iletişim tespit tutanaklarının asılları veya onaylı örneklerinin denetime olanak sağlayacak biçimde getirilip, sanıklara duruşmada okunarak diyeteklerinin sorulması ve CMK'nın 230/1. maddesi gereğince hükmün gerekçe bölümünde sanıkların lehindeki ve aleyhindeki delillerin belirtilmesi, bu kapsamda sanıkların hangi tarihte kiminle ne şekilde telefon konuşması yaptığının ve bu konuşmaların nasıl yorumlandığının açıklanması ve gerçekleşen somut olgularla bağlantısının gösterilmesi, tüm delillerin ayrı ayrı tartışılarak değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilenlerin belirlenmesi, ulaşılan kaniye göre sanıkların sabit kabul edilen fiilleri açıklanarak bunun nitelendirilmesi, sonucuna göre sanıkların hukukî durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması" hukuka aykırı bulunmuştur.

168 Yargıtay 5. CD. 17.01.2014 tarih, E. 2013/16791 ve K. 2014/516 (Şike Kararı, karar yayınlanmamıştır).

ikrarını içeren ses kayıtlarının, hukuka uygun elde edilmesi koşuluyla, başka delillerle desteklenmese dahi, tek başına mahkûmiyete dayanak oluşturabileceğini somut olayın özelliklerine göre kabul etmek gerekir.”

§.391. İletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların tek başına mahkûmiyete esas alınamayacağı, iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacının delil elde etmek olduğu ve bu yönüyle ancak “delil aracı” olabileceği; ikrar bile bağlayıcı değilken, **farklı anlamlar yüklenebilen telefon konuşmalarının, başka delillerle ve maddî bulgularla desteklenmedikçe, mahkûmiyet için yeterli olamayacağını** yönünde istikrarlı bir uygulama söz konusudur.¹⁶⁹ Ancak her somut olay bakımından, delillerin yüklenen suç ile ilgili olarak değerlendirilmesi ve iletişimin denetlenmesinden elde edilen bulguların “tek başına bir vakianın ispatına elverişli olabilmesi de” mümkündür.

b. Elde Edilen Materyallerin/Bilgilerin Kullanılması

§.392. İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın mahkeme tarafından verilmiş olması, elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması için yeterli değildir. Hem karar, hem de uygulama evrelerinde yasal koşullara uyulmuş olması hâlinde bu bilgiler delil olarak kullanılabilir.

§.393. Soruşturma evresinde mahkeme tarafından verilmiş olan iletişimin denetlenmesi hakkındaki kararın, kovuşturma aşamasında duruşmanın başında mahkeme tarafından koşullara uygun olarak karar verilip verilmediği ve uygulanıp uygulanmadığının yeniden değerlendirilmesi gerekir.¹⁷⁰ Bu koşullara uyularak elde edilmiş bilgiler yargılama sırasında delil olarak kullanılabilir.

§.394. Yargıtay’ın, delilin müşterekliği ve kollektif hüküm ilkelerinden hareketle geliştirdiği uygulamaya göre; “Hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararlar dosyaya getirilip duruşmada okunmalı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilmediği hususları tartışılıp değerlendirilmelidir.”¹⁷¹

§.395. Adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler öncelikle yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Bu veriler, isnat edilen suçun şüpheli tarafından işlendiğini ispat etmek amacıyla delillerin değerlendirilmesi sırasında dikkate alınacaktır.

§.396. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin, kural olarak katalog suçlardan birisinin soruşturmasında veya kovuşturmasında delil olarak kullanılabilmesi CMK m. 138/2’de açık bir biçimde düzenlenmiştir.

§.397. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulgular, bazı durumlarda soruşturma veya kovuşturmada doğrudan kullanılabilir bir delil niteliği taşıyabilir. Bu veriler, delile göre daha zayıf olan belirti, iz, eser veya emare olarak da kullanılabilir. İz, eser ya da emare olarak nitelendirilebilecek bu veriler, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı’nın yüklenen suça ilişkin olayların delillerle ilişkilendirilmesinde

169 Kararlar için bk. Taşkın, s. 190, dn. 527.

170 Yenisey-Altunç, s. 33.

171 Yargıtay 4. C.D. 10.07.2008 tarih, E. 2008/8558 ve K. 2008/15780 sayılı kararı (www.adalet.org).

kullanılabilir; kovuşturma aşamasında ise, delillerin olayla ve sanık ya da sanıklarla ilişkilendirilmesinde bir yardımcı ispat aracı olarak kullanılabilir.

§.398. Mobil telefonun yerinin tespiti işlemlerinin uygulanması bakımından farklı bir durum söz konusudur. Mobil telefonun yerinin tespiti işlemi sonucu elde edilen veriler sadece şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla kullanılabilir.

§.399. Amaca bağlılık ilkesi gereği, mobil telefonun yerinin tespiti sonucu elde edilen veriler, soruşturma veya kovuşturmada, şüpheli veya sanığın isnat edilen suçu işlediğinin ispatı amacıyla kullanılamaz (CMK m. 135/4).

§.400. İletişimin tespiti işleminden elde edilen bulgular ise delil ya da delil aracı olarak kullanılabilir. Elektronik haberleşme araçları ile işlenen cinsel taciz, tehdit, kişilerin huzur ve sükununu bozma ve şantaj gibi suçlar bakımından iletişimin tespiti işleminden elde edilen verilerin delil olarak kullanılması mümkün olduğu gibi; konut dokunulmazlığını ihlal gibi fiziki mekana bağlı olarak işlenebilen suç tipleri bakımından da, failin olay mahallinde bulunup bulunmadığına ilişkin vakianın tespitinde delil ya da delil aracı olarak da kullanılabilir.

c. Elde Edilen Bilgilerin Kullanılmasıyla İlgili Sınırlamalar

§.401. İletişimin denetlenmesinde olduğu gibi denetleme sonucu elde edilen verilerin kullanılmasında da denetleme amacına uygun hareket edilmelidir. Amaca bağlılık ilkesi uyarınca, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında elde edilen bilgilerin, işlenmiş suça ilişkin yargılama faaliyetleri dışında, başkaca bir amaç için kullanılabilmesi mümkün değildir.

§.402. Katalog suçlarla ilgili olarak başlanan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin "katalog suçlar dışındaki suçların" soruşturulması ve kovuşturulması dışında başkaca suçlar bakımından kullanılması hâlinde, iletişimin denetlenmesi tedbirinin son çare olarak uygulanması prensibi önemini yitireceği gibi, bazı durumlarda kanun hükümlerinin etrafının dolanılması da mümkün olabilir. Ayrıca bu türden bir "sınırlandırılmamış" kullanım, özel hayata saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği hakkının alabildiğince geniş bir sınırlamaya tabi tutulması anlamına gelir ki, bu durumda haberleşme özgürlüğüne yapılan müdâhale "ölçülü" kabul edilemez.

§.403. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sürecinde, savcı tarafından verilen kararın, hâkim onayına sunulmamış veya sunulmuş olmakla birlikte bu kararın hâkim tarafından onaylanmamış olması hâlinde, bu süre içerisinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sûretiyle elde edilen bilgilerin kullanılması hiçbir şekilde mümkün değildir. Aksi yönde yapılacak bir yorum, zaman içinde hâkim onayı zorunluluğunun dolanılması sonucuna yol açacağından, bu süre içinde elde edilmiş olan bilgilerin "hiçbir şekilde" kullanılamayacağı ve değerlendirilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.¹⁷²

d. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

§.404. Tesadüfen ele geçen delilden anlaşılması gereken, katalog suçların soruşturması sırasında başvuru tedbir kapsamında, "soruşturma ve kovuşturma makamlarının herhangi bir etkin müdâhalesi bulunmaksızın" soruşturma konusu suç dışında başkaca bir suçun (yine katalog içerisinde yer alan başka bir suç veya katalog

172 Erdem, Ceza Muhâkemesi (...), s. 102.

dışında bir suç) işlendiğine ilişkin olarak “kendiliğinden” ulaşılan delildir.

§.405. Mukayeseli hukuka baktığımızda, genellikle iletişimi dinlenen kişinin yaptığı konuşmalar delil olarak değil, delil başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu tespit katalog suçlar için de geçerlidir.¹⁷³

§.406. AİHM bir kararında, ulusal yasaların, iletişimi denetlenen kişiyle ilgili yeterli teminat sağladığını ancak hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmeyen üçüncü kişiler bakımından arzu edilen seviyede bir koruma tanımadığı gerekçesiyle işlemin ihlal oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁷⁴

§.407. AİHM’e göre, haberleşme eylemi, niteliği gereği en az iki kişi arasında gerçekleştirilen bir eylem olduğundan, telefon veya sair bir elektronik haberleşme aracı üzerinden gerçekleştirilen konuşmalarda, bu kişilerden birisi hakkında iletişimin denetlenmesine ilişkin bir kararın verilmiş olması hâlinde dahi, haberleşmenin diğer tarafı için verilmiş bir karar bulunmadığından, bu kişilerle ilgili de bazı güvence ve sınırlamaların getirilmesi gerektiği ve CMK m. 138/2 hükmünün de bu ihtiyaçtan doğduğu açıktır.

1. Katalog Suçlarla İlgili Elde Edilen Tesadüfî Deliller

1.1. Şüpheli veya Sanık Bakımından

§.408. Kural olarak şüphelinin iletişiminin denetlenmesinin amacı, işlenmiş olan katalog suçlardan birisine ilişkin delil elde etmektir. Bu nitelikte bir bilgi veya bulgu elde edildiğinde bunların delil olarak kullanılacağı açıktır.

§.409. Bunun yanında şüphelinin, soruşturma konusu suçtan başka, ancak bir başka katalog suç işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu bilgiler de delil olarak kullanılabilir (CMK m. 138/1). Örneğin, uyuşturucu ticareti suçu ile ilgili şüpheli hakkında dinleme kararı alınmış ve yapılan dinlemede sırasında şüphelinin bir adam öldürdüğüne ilişkin bilgi ve bulgu elde edilirse, bu kayıtlar Cumhuriyet Savcısına verilecektir. Cumhuriyet Savcısı eldeki bilgileri dikkate alarak soruşturma açabilecektir. Zira kasten öldürme suçu, katalog suçlar arasında yer almaktadır. Zaten şüphelinin cinayet işlediği başka yollarla duyulsa ve başka delil elde edilemese, bu hâlde iletişimin dinlenmesine karar verilebilecek idi. Bu şekilde elde edilen tesadüfî bilgiler delil olarak kullanılabilir.¹⁷⁵

§.410. Tesadüfen elde edilen deliller kapsamında şüpheli veya sanığın başka bir katalog suçu işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu katalog suçla ilgili doğrudan iletişimin denetlenmesine devam edilemez. Bu suç bakımından koşulların varlığı değerlendirilmeli ve ayrı ve yeni bir karar verilmesi hâlinde tesadüfen tespit edilen

¹⁷³ Örneğin; Almanya’da tesadüfen elde edilen deliller, denetleme kararına konu katalog suçla ilgili ise, delil olarak değerlendirilmektedir. Denetleme konusu olmamakla birlikte katalog suçla bağlantılı bir başka suçla ilgiliyse yine delil sayılmaktadır. Ancak katalog suçla bağlantılı değilse, tamamen bunların dışında bir suçla ilgili ise bu bilgiler delil olarak değerlendirilmemektedir. Açıklama için bk. Erdem-Özbek, s. 295. Değişik bir örnek olarak İsviçre’de, tesadüfen elde edilen bilgilerin delil sayılacağına ilişkin bir yasal düzenleme yoktur. Keşif konusu delil biçiminde değerlendirilmektedir. Kayıtları gerçekleştiren görevliler tanık olarak dinlenebilmektedir (Sözür, s. 88-108).

¹⁷⁴ Lambert Fransa Kararı, AİHM, 24.08.1998, p. 34-41.

¹⁷⁵ Yargıtay 5. C.D. 17.01.2014 tarih, E. 2013/16791 ve K. 2014/516 Sayılı Kararında (Şike Kararı): “Dönüşen yeni suçun, katalog kapsamında yer alması nedeniyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasına yasal bir engel bulunmaması, tedbir kararı verilmesinin, dönüşen bu suçlar bakımından da mümkün olması, yapılan yargılama sonucu amaç suçun örgütlü olarak işlendiğinin anlaşılması, örgütün temadî niteliği, mahkemeden usûlüne uygun koruma tedbiri kararlarının alınmış olması nedenleriyle kanuna karşı hile yoluna başvurulmadığından, elde edilen delillerin hukuka aykırı olmadığının kabulü gerektiği” ifade edilmiştir (Karar yayınlanmamıştır).

suçla ilgili iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilebilir.¹⁷⁶

§.411. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasından sonra, kovuşturma evresinde suçun vasfının değişmesi durumunda, iletişimin denetlenmesinden elde edilen delilin, bu suç bakımından da uygulanabilmesi mümkün değildir.¹⁷⁷

1.2. Üçüncü Kişiler Bakımından

§.412. İletişimin denetlenmesi tedbiri çok defa sadece şüpheli veya sanıkla sınırlı kalmayıp bunların iletişim kurdukları üçüncü kişileri de kapsamına alabilmektedir. Tedbirin uygulanması sırasında üçüncü kişinin verdiği bilgiler onun bir suç işlediğinin anlaşılmasına neden olabilmektedir.

§.413. Kanun koyucu belli koşulları ve sınırlamalar getirmek sûretiyle, üçüncü kişiler bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirinden elde edilen bazı bilgilerin kullanılabilmesini düzenlemiştir (CMK m. 138/2).

§.414. Tesadüfen elde edilen deliller kapsamında üçüncü bir kişinin bir katalog suçlardan birisini işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu bilgi delil olarak kullanılabilir (CMK m. 138/2). Ancak, üçüncü kişinin katalog suçlardan birisini işlediğine dair tesadüfî bir bilgiye ulaşılmasıyla birlikte "otomatik olarak" bu kişinin de iletişim aracının denetlenebilmesi mümkün değildir. Üçüncü kişinin iletişim aracının denetlenmesine karar verilebilmesi için CMK m. 135/1 hükmünde yer alan şartların bu kişi bakımından da ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

§.415. Üçüncü kişilerle ilgili olarak tesadüfen elde edilen delil, "katalog suçlar dışında" başka bir suça ilişkin ise artık "hukuka aykırı delil" mahiyetinde olacağından, bu delil ceza soruşturmasında ve kovuşturmasında kullanılamaz. Ancak bu türden bir delilin, CMK m. 160 hükmü uyarınca, ceza soruşturmasının başlatılması için "ihbâr" kabul edilebilmesi mümkündür. Katalog dışındaki bir suça ilişkin olsa da, bu türden bir delile vakıf olan soruşturma organlarının derhâl soruşturmaya başlaması ve "diğer soruşturma araçlarıyla" delil elde etmeye girişmesi gerekmektedir.¹⁷⁸ Eğer soruşturmanın sonucunda herhangi bir delile ulaşılamamış ise, katalog dışındaki bir suça ilişkin olarak elde edilen tesadüfî delile dayanılarak iddianame düzenlenemez.

2. Katalog Harici Suçlarla İlgili Elde Edilen Tesadüfî Deliller

§.416. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller, katalog dışında kalan suçlardan birisine ilişkin ise CMK m. 138/2 uyarınca, hem hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan kişi hem de haberleşmenin tarafı olan kişi bakımından bu delillerin kullanılması mümkün değildir. Bu deliller, hukuka aykırı elde edilmiş delil

176 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 127.

177 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre (YCGK, 2006/5.MD-154 E, 2007/145 K.) "(...) Başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir."

178 Özbek'e göre, "Tesadüfen elde edilen delilin, maddede sayılan suçlar dışında bir suça ilişkin ise, muhafazası mümkün değildir; derhâl yok edilmelidir. Bu durum ilk bakışta adil olmayan bir sonuç şeklinde yorumlanabilirse de, bu durum temel hak ve özgürlüklere müdahâlenin istisnâi özelliği ve delil yasalarının doğal bir sonucudur. Ancak, kolluğun bu şekilde katalogda yer almayan bir başka suça ilişkin olarak elde ettiği delile duyarsız kalması zor görünmektedir. Zira suç haberi alan savcılık derhâl harekete geçmekle yükümlüdür (CMK m. 160). O hâlde, bu şekilde elde edilen delil muhafaza edilmemeli ve fakat durum ihbar kabul edilerek başka delil elde etmek amacıyla diğer soruşturma araçları kullanılmak suretiyle derhâl soruşturmaya başlanabilmelidir." Açıklama için bk. Özbek, Ceza Muhâkemesi Hukuku, s. 435.

niteliğindedir.¹⁷⁹

Ş.417. CMK m. 138/2 hükmü, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılmasını engelleyici bir güvence niteliğindedir. Eğer iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında elde edilen ve katalog suçlar dışında başka bir suçla ilgili olarak tesadüfen elde edilen bu bilgilerin ayırım yapılmaksızın delil olarak değerlendirilmesi kabul edilir ise, hakkında tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan suçların da aydınlatılması amacıyla tedbirin kötüye kullanılmasına açık kapı bırakılmış olur.

Ş.418. Tesadüfî delillerle ilgili olarak Yargıtay CGK 13.06.2006 tarih ve 2006/162 K. sayılı kararında, tesadüfî delil niteliğindeki telefon görüşmesini, CMK m. 135'teki katalog suçlardan biri hakkında değil fakat katalogda yer almayan "görevde yetkiyi kötüye kullanma" suçuna ilişkin olması gerekçesiyle yasa dışı elde edilmiş delil olarak nitelendirmiş ve bu delilin "dışlanması" gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸⁰

Ş.419. Konuya bir başka açıdan bakılacak olursa, Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin sahte belge hazırlayarak diploma aldığını ve avukatlık yaptığını başka kaynaklardan haber alsa ve başka yollarla delil elde edemese idi, iletişimin dinlenmesi kararı alabilir miydi? İletişimin dinlenmesi kararı sıkı kanunî koşullara bağlanmıştır. Pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi sadece katalog suçlar için verilebilir. Ayrıca başka yolla delil elde etme imkânının olmaması gerekir. Bu durumda kanunî koşullar oluşmadığı için, sahte belge hazırlamak suçundan dolayı şüpheli hakkında iletişimin dinlenmesine karar verilemeyecektir. O hâlde sahte belge hazırlamak suçundan iletişimin dinlenmesine karar verilemeyecek ise, başka bir suçla ilgili verilen dinleme kararının uygulaması sırasında bu suçla ilgili elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması mantıksız olurdu. Aksi bir durum, CMK m. 135 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemeleri ve katalog suç sınırlamasını anlamsız kılar.

Ş.420. Nitekim Yargıtay 10. CD.nin 31.03.2013 tarih ve 2012/22375 esas, 2013/1077 karar sayılı kararında "Sanıklar hakkında **uyuşturucu madde ticareti yapma** suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları alınmıştır. Bu kararlara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri, **ancak uyuşturucu madde ticareti yapma suçu yönünden delil olarak kullanılabilir.** Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçları yönünden **dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılmaz.** Öte yandan, CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümler suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçu için uygulanamaz. Somut olayda, örgüt oluşturmak için sanıkların sayısı yeterli ise de; suç işleme iradelerinde devamlılık ve aralarında hiyerarşik ilişki bulunduğuna ilişkin delil olmadığından, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma ve dolayısıyla suç işlemek için kurulan örgüte üye olma suçlarının unsurlarının oluşmadığı; **hukuka aykırı delil niteliğindeki telefon konuşmalarının bu suçlar yönünden hükme esas alınamayacağı gözetilmeden, sanıkların bu suçlardan beraatleri**

179 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre, (Y.C.G.K. 2006/4.MD-122 E., 2006/162 K.) hâkim kararı ile çete kurmak suçundan telefonu dinlenen bir kişinin, bir başka çete üyesi ile görüşmesi sırasında, bir hâkimin, arkadaşlarını tahliye edeceğine ilişkin bir konuşma geçmektedir. Telefon konuşmasında belirtildiği gibi sözü edilen kişi belirtilen tarihte tahliye edilmiştir. Ancak tahliye ile ilgili koşullar tamamen kanunlara uygundur. Bu telefon konuşması üzerine tahliye karar veren hâkim hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan soruşturma açılmıştır. CGK olayda tesadüfen elde edilen bir delil olduğunu, elde edilen delilin hakkında dinleme kararı verilmeyen bir kişiyle ilgili olduğunu, bu delilin katalog haricinde kalan bir suçla ilgili olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı delil sayılarak buna göre işlem yapılamayacağına hükmetmiştir.

180 Yenisey-Altunç, s. 26.

yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi” bozma nedeni yapılmıştır.

Ş.421. Kanunda katalog suçlarla ilgili elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması ve bu amaçla muhafaza altına alınarak Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi öngörülmüş ancak katalog harici suçlarla ilgili elde edilen bilgi ve bulguların delil olarak kullanılmayacağı kabul edilmiştir.

Ş.422. Soruşturma aşamasında katalog suç olarak nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan ve bazı deliller elde edilen suç, kovuşturma aşamasında nitelik değiştirerek katalog harici suçlardan birisine dönüşürse, denetleme sonucu elde edilen bilgiler de kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılamayacaktır.¹⁸¹

2.1. Katalog Dışındaki Suçlara İlişkin Tesadüfî Delilerin Soruşturma Açılmasında Kullanılması Konusu

Ş.423. İletişimin dinlenmesi tedbirine ancak belli suç tipleri için izin verilmiştir. Bu suç tipleri dışındaki suçlar için iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamayacaktır. Çünkü tedbirin CMK m.135/6’da belirlenen suçlar için uygulanması esnasında, belirlenen suç tipleri dışındaki suçlara ilişkin delillerin ele geçirilmesi ve kullanılmaları, CMK 135 vd maddelerinin dolanılması anlamına gelebilecektir.

Ş.424. AİHM kararları dikkate alındığında bu tedbire ilişkin kuralların çok ayrıntılı ve uygulanabilecek suçların belirli sayıda ve ağırlıkta olması gerekliliği karşımıza çıkmaktadır. Belli suçlar için izin verilen iletişimin dinlenmesi tedbiri uygulanırken bu suç tipleri dışında kalan suçlara ilişkin delillerin elde edilmesi ve kullanılması ceza hukuku ilkelerinden “amaca bağlılık ilkesi” ne aykırılık teşkil edecektir.¹⁸² Ayrıca böyle bir kabul, tedbirin, hakkında tedbir uygulanabilecek bir suçtan dolayı uydurma bir soruşturma başlatmak sûretiyle, tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan bir suçun aydınlatılması amacıyla kötüye kullanılmasına açık kapı bırakacaktır.¹⁸³

Ş.425. Bu gerekçelerle katalog dışında kalan suçlarla ilgili olarak elde edilen bilgiler hükme dayanak oluşturamaz ve bu delillere dayanılarak iddianame düzenlenemez. Ancak yukarıda zikredildiği üzere, tesadüfen elde edilen delile dayanılarak (bu bilgi ihbâr kabul edilerek) soruşturma başlatılabilecektir. Kolluğun veya Cumhuriyet Savcısının “katalog suçlar dışında da olsa” bu delili yok sayması mümkün değildir. Soruşturma makamları, suçun işlendiği izlenimini veren hâli öğrenir öğrenmez işin gerçeğini araştırmakla yükümlüdür (CMK m. 160, 161). Bu konu bakımından önemli olan, CMK m. 135 ve 138 hükmünde yer alan güvencelerin kötüye kullanılıp kullanılmadığıdır. Eğer, kanunda yer alan güvenceler kötüye kullanılmış ve kanun hükümlerinin etrafı dolanılmış ise, bu şekilde elde edilen tesadüfî bilgiler (deliller) soruşturmanın başlatılması maksadıyla dahi kullanılamaz.

2.2. Katalog Dışındaki Suçlara İlişkin Tesadüfî Bulguların İmhası

Ş.426. CMK hükümlerine göre, bir suça muttali olan kamu görevlisi, bu suçu Cumhuriyet Savcısına bildirmekle yükümlüdür. TCK’nın 279. maddesi buna aykırı davranışı cezalandırmaktadır. Maddede her ne kadar katalog dışında kalan suçlarla ilgili elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmayacağı belirtilmişse de bu hüküm,

181 Şen, İletişimin Denetlenmesi (..), s. 131.

182 Çoksezen, s. 13.

183 Yiğit, s. 35.

kamu görevlisinin bir suç işlendiğini öğrenmesi hâlinde bunu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.¹⁸⁴ Bu nedenle kolluk, elde edilen tüm delilleri Cumhuriyet Savcısına bildirecektir. Kolluğun bu bildirimini, somut tutamak noktası kabul edilerek, basit başlangıç şüphesinin varlığından hareket soruşturma başlatılabilir.

§.427. Cumhuriyet Savcısı bu bilgileri yukarıda belirtildiği gibi ne yargılamada delil olarak kullanabilir ne de buna dayanarak soruşturma açabilir. Bu bilgilere (delillere) ilişkin, inceleme, analiz etme ve değerlendirme işlemlerini kolluk görevlileri yapamayacağından dolayı, yasal zorunluluk olmasa da bu bilgiler, Cumhuriyet Savcısına bildirilmeli ancak Cumhuriyet Savcısı bu bilgileri bizzat "denetlemek, ayırt etmek sûretiyle", kendi nezaretinde imha ettirmelidir.

§.428. Savcılık makamı, ilgili kolluk görevlisinin TCK m. 279 hükmünden kaynaklanan bildirim yükümlülüğü kapsamında bildirdiği hususları tutanak altına alarak soruşturmayı başlatmalı, tesadüfen ele geçirilmiş bilgilere/bulgulara dayanılarak işlem yapmamalıdır. Cumhuriyet Savcısı, tesadüfen ele geçirilen bilgileri/bulguları, hiç duymamış olsaydı nasıl davranacak idiye öyle davranmak durumundadır. Çünkü bu bilgilere dayanarak, iddianame düzenleyemez ve suçun ispatı için bu bilgileri/bulguları delil olarak öne süremez.

3. Suçüstü Hâline İlişkin Tesadüfî Deliller

§.429. CMK'nın 135 ve devamı maddelerine göre uygulanan iletişimin denetlenmesi sırasında, tesadüfen elde edilen delillerin, henüz işlenmemiş ama işlenmek üzere olan bir suçla ilgili olması hâlinde, bu suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla değerlendirilmesi ve olayın meydana geleceği yerde gereken önlemlerin alınmasına engel bir durum yoktur.

§.430. Bu durumda dinlemeyi yapan görevli derhâl ilgili birimlere suç işleneceğine ilişkin ihbârda bulunacak ve görevliler suçun işlenmesini önlemek amacıyla gereken önlemleri alacaklardır. İhbârda hukuka aykırılık söz konusu olamaz.¹⁸⁵ Bu gibi durumlarda, suçun, katalog suç veya katalog harici suç olması sonucu değiştirmez.

4. Disiplin Hukuku Bakımından Tesadüfen Elde Edilen Deliler

§.431. Yasal olarak yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda CMK'nda açık bir hüküm yer almamaktadır.

§.432. Disiplin soruşturmaları kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine hiçbir şekilde başvurulamaz. Ancak katalog suçlardan birisiyle ilgili olarak yasal koşullara uygun olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında tesadüfen disiplin yaptırımı gerektiren bir fiille ilgili deliller elde edilmişse, bunlar disiplin soruşturmasında kullanılabilir mi?

§.433. Yargıtay "(...) Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmayacağından dolayı sanığın beraatine, ancak bu delillerin sanığın (hâkim-savcı) mesleğinin

¹⁸⁴ Ünver- Hakeri s, 173; Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 127.

¹⁸⁵ Nuhoğlu, s. 13.

saygınlığına uymayan davranışlarla ilgili bulunması sebebiyle, disiplin soruşturması yapılması amacıyla HSYK'na sunulması gerektiğine" karar vermiştir.¹⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 03.07.2007 tarih ve 2007/5. MD-23 esas, 2007/167 karar sayılı kararıyla söz konusu kararı onamıştır. Böylece 5. Ceza Dairesinin "Disiplin suçu yönünden değerlendirmesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun takdirlerine sunulması gerekli görülmüştür." şeklindeki değerlendirmesini YCGK'nun onaması, bu delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁸⁷

§.434. Danıştay'ın çok uzun yıllardan bu yana yerleşmiş içtihatlarında, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılmasını kabul ettiği açık bir şekilde görülmektedir.¹⁸⁸

§.435. Sonuç olarak, hukuka uygun şekilde alınan karar uyarınca uygulanan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen tesadüfî deliller yüksek mahkeme içtihatlarına göre disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılabilir. Hatta bazı yüksek mahkeme kararları, iletişimin denetlenmesi kararı hukuka uygun olmasa dahi, elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına cevaz vermektedir.

5.2.6. Keyfiliği Önleyici Güvenceler ve Hukuka Aykırılığın Yaptırımı

a. Keyfiliği Önleyici Güvenceler

§.436. CMK'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında insan haklarının ve özel hayatın ihlalinin önlenmesi bakımında getirilen güvenceleri özetleyecek olursak:

- Her zaman değil, sadece katalog suçlarla ilgili olarak uygulanması,
- Katalog suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde uygulanması,
- Sadece soruşturma veya kovuşturma evresinde uygulanması,
- Sadece şüpheli veya sanık hakkında uygulanması,
- Başka bir tedbirle sonuç alınmayacak hâllerde uygulanması,
- Belirli süre için uygulanması,
- Kural olarak mahkeme kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde derhâl mahkeme onayına sunulmak kaydıyla Cumhuriyet Savcısı tarafından verilecek kararlar uygulanması,
- Koşulların ortadan kalkması hâlinde derhâl son verilmesi,
- Koşullarının oluşması hâlinde imha edilmek şartıyla uygulanması,
- İlgilisine bildirimde bulunmak kaydıyla uygulanması,
- Tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle kurulan iletişimin kayda alınmaması,
- Müdafî ile kurulan iletişimin kayda alınmaması,
- Elde edilen delillerin sadece katalog suçlarla ilgili olarak kullanılabilmesi.

186 Karar için bk. Taşkın, s. 204.

187 Çakmak, s. 77.

188 Bu nitelikteki kararlara örnek olarak şunlar sayılabilir.

Danıştay 12. Dairesinin 27.11.2007 tarih ve 2007/3065 E. 2007/5534 K. Sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 23.06.2008 tarih ve 2008/5703 E. 2008/3910 K. Sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 24.12.2008 tarih ve 2008/4042 E. 2008/7250 K. Sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 31.12.2008 tarih ve 2008/2517 E. 2008/7440 K. Sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 24.09.2008 tarih ve 2008/1240 E. 2008/4858 K. Sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 22.01.2001 tarih ve 2000/3517 E. 2001/130 K. Sayılı kararı

§.437. Anayasal güvence altında olan özel hayatın gizliliği ilkesine keyfî müdâhalelerin olmaması için, iletişimin denetlenmesi çok sıkı şartlar altında uygulanabilecektir.

b. Hukuka Aykırı İletişimin Denetlenmesi ve Yaptırım

§.438. CMK'nın 135. maddesinin son fıkrasında, maddede belirlenen esas ve usûller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükme bağlanmaktadır.

§.439. Ancak CMK'nın 135. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm, esas itibariyle adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi bakımından getirilen bir yasaktır. Anayasanın 22. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olmak kaydıyla "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak (...)" iletişimin denetlenmesine imkân tanıyan kanunî düzenlemeler yapılabilir. 135. maddenin son fıkrası buna engel değildir. Kaldı ki, CMK, suç soruşturması ve kovuşturmasını konu edinen bir kanundur. İstihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi ise, "suç işlenmesini önlemek amacıyla" uygulanan "önleyici" bir tedbirdir. Bu nedenle, CMK m. 135/son hükmü, istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını yasaklamamaktadır.

§.440. Bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediğini belirlerken sadece ceza yargılaması normlarına değil, tüm hukuk kurallarına bakılması gerekir.¹⁸⁹ İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin "hukuka aykırı elde edilip edilmediği" soruşturma aşamasında da değerlendirilmelidir. Yine, her hâlde soruşturma evresinde verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların "hukuka uygun" olup olmadığı, kovuşturma evresinde delil ikame edilirken tekrar denetlenmelidir.¹⁹⁰

1. Özel Kişilerce İletişimin Denetlenmesi

§.441. CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesinin koşulları belirtilmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise "Bu maddede belirlenen esas ve usûller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" hükmüne yer verilmiştir. Bu açık hüküm karşısında kamu görevlilerinin yanında özel kişilerin de bir başkasının iletişimini denetlemesi mümkün değildir. Şayet böyle bir denetleme yapılmış ise bu işlem kanuna aykırı bir işlem olup, aynı zamanda suç oluşturmaktadır.

§.442. Özel kişilerin kanuna aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetlemesi hâlinde elde edilen verilerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.02.2004 tarih ve 2003/3819 esas, 2004/299 karar sayılı kararında, "özel şahsın kaydettiği kaset delil olarak kabul edilirken, kamu görevlisinin kaydettiği kasetin hukuka aykırı kabul edildiğini de belirterek kamu görevlisi olmayan, görüşmenin tarafı olan ve suç isnadında bulunma konumunda olmayan kişiler¹⁹¹ tarafından kaydedilmesi hâlinde, bunun hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmesi

189 Şen, Türk Hukukunda (...), s. 726.

190 Yenisey-Altunç, s. 19, 21.

191 Basın mensuplarının kendilerinin de içinde oldukları konuşmalarla ilgili yaptıkları kayıtlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira basın mensuplarının suç isnadında bulunmaları söz konusu değildir. Ancak basın mensupları kendilerinin içinde olmadıkları bir görüşmeyi kaydetmeleri hem suçtur hem de bu kayıtlar delil olarak kullanılamaz (Darende, s. 3-4).

gerektiğini” belirtmektedir.¹⁹²

§.443. Yargıtay 2. CD. 22.01.2009 tarih ve 2008/11929 esas, 2009/922 karar sayılı kararında “şikâyetçi tarafından hakaret ve tehdit içeren telefon görüşmesinin kaydı alınması”nın yasal delil niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

§.444. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.06.2011 tarih ve 2010/5-187 esas, 2011/131 karar sayılı kararında da: “Katılanan kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek sûretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY’nın 135. Maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir” denilmekte ve bu türden bir kaydı gerçekleştiren kimsenin eyleminin bir başkasının özel hayatına müdâhale niteliği taşımadığını, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların muhafazası ve yetkili makamlara sunulması amacına yönelik olduğu vurgulanmıştır.

§.445. Anılan kararda Yargıtay CGK, “ani gelişen durumlarda” haberleşmenin tarafı olan kimsenin yaptığı kaydın sonradan ele geçirilmesi mümkün olmayan delillerin muhafazası ve şikâyet hakkının kullanılması amacıyla yapılmasını bu kayıtların hukuka uygun elde edilmiş sayılmasına dayanak yapmıştır.

§.446. Bir kimsenin yaptığı telefon görüşmelerini, elektronik veya yazılı haberleşmelerini (mektup, sms, mms vs.) kaydetmesi eylemi hukuka uygundur. Kişinin bu sûrette elde ettiği haberleşme içeriklerini soruşturma makamlarına sunması ya da bir hukuk davasında öne sürmesi bakımından şikâyet ve dava (veya savunma) hakkının kullanılması söz konusudur.¹⁹³ Yargıtay CGK da meseleyi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirmektedir.

§.447. Kişinin tarafı olduğu haberleşmeye başladıktan sonra kendisine yönelik olarak hakaret, tehdit, şantaj veya rüşvet teklifi gibi bir suçun işlenmeye başlanmasıyla birlikte haberleşme içeriğini o anda kaydetmeye başlaması ve daha sonra bu içeriği Cumhuriyet Savcılığı veya Mahkemeye sunması bakımından da eylem hukuka uygun kabul edilmelidir. Kişinin kendisine yönelen tehdit, şantaj veya hakaret eylemini “haksız eylemlerin üçüncü kişilere duyurulması ve tespiti (ispatı)” amacıyla alenen ifşa etmesi¹⁹⁴ delil toplama mahiyetindedir. Bu türden bir eylem ile kişinin kendisine gönderilen ve hakaret veya tehdit içeren bir mektubu yetkili mercilere sunması arasında ceza yargılaması bakımından herhangi bir nitelik farkı bulunmamaktadır

§.448. Ceza Hukuku açısından önemli olan “hakkın haksızlığa boyun eğmemesi”dir.¹⁹⁵ Bu yönüyle suçun mağduru tarafından, kendisine yönelen ve suçun “maddî konusunu oluşturan” haberleşme içeriğini mahkemeye sunması CMK

192 Darende, s. 4.

193 Zafer, s. 121, 122; Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, s. 393 vd.; Özgeçen, İzzet, “Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokiyumu, Erzurum 2010 (Ed. Tefik Gülsoy), s. 122 vd.

194 Yukarıda açıklandığı üzere ifşanın alenen olmaması hâlinde eylem hukuka uygun olacaktır. Örneğin, kişinin hakaret içeren görüşmeyi o anda bir ya da birkaç (belirli sayıda kimse) kimsenin duymasını sağlayarak bu kimselerin “tanık” olmasını temin etmesi alenen ifşa koşulu gerçekleşmediğinden TCK m.132/3 kapsamında olmadığı gibi bu türden bir eylem “insan haysiyetinin dokunulmazlığını” da ihlal etmemektedir.

195 Hakeri, Genel Hükümler, s. 241; aynı yönde bk. Koca/Üzülmez, s. 259.

bakımından,¹⁹⁶ delil sunulması hakkı ve yetkisi kapsamındadır ve hukuka uygundur. Bu nedenle, CMK m.217/2'de yer alan, "Suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmü uyarınca bu türden haberleşme içeriklerinin, "hile ile elde edilmemeleri",¹⁹⁷ "hukuka uygun olmaları" ve "maddî gerçeğe ulaşmak" adına yetkili mercilere sunulmuş olması sebebiyle delil olarak kabul edilmeleri gerekmektedir.¹⁹⁸

§.449. Ancak, "ani gelişen bir durum olmadan" sırf kurgulamak ve hafiyelik yapmak sûretiyle ve delil icat etmeye çalışılarak, kişilerin özel hayatları ve insan haysiyetlerinin dokunulmazlıkları ihlal edilerek, gizli izleme veya "mizansen" oluşturmak sûretiyle elde edilen haberleşme içeriklerinin "hukuka uygun" kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu türden bir bulgu, CMK m. 206, 217 ve 289/1, i bendi uyarınca hukuka aykırı delil olarak kabul edilecek ve hem soruşturmada hem de kovuşturma aşamasında kullanılamayacaktır. Bu türden bir eylemde bulunan kişi TCK m. 132 kapsamında, "haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu"nu işlemiş olur.

2. Hukuka Aykırı Olarak İletişimin Denetlenmesinin Yaptırımı

2.1. Ceza Yaptırımı

§.450. İletişimin adlî amaçlarla denetlenmesine ilişkin olarak CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan koşullara aykırı olarak bir kişinin iletişimin denetlenmesi hâlinde ilgililer TCK'nın 132, 133 ve 134. maddeleri uyarınca cezalandırılacaktır.

2.2. Hukukî Yaptırım

§.451. Koruma tedbirlerinin uygulanması esnasında sanık veya şüphelinin maruz kalabileceği zararlara ilişkin olarak tazminat yükümlülüğü CMK'nın 141-144. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi de bir koruma tedbir olması rağmen bu tedbir için tazminat istenmesi CMK kapsamında mümkün değildir. Bu tedbirin uygulanması sebebiyle oluşacak zararlar ancak tazminat hukukunun genel hükümleri çerçevesinde mümkün olacaktır.¹⁹⁹

§.452. Tedbire ilişkin kararın kanuna aykırı veya hatalı olarak talep edilmesi veya verilmesi durumunda genel hükümler çerçevesinde "hizmet kusuruna dayanılarak", "idari yargıda" idareden tazminat talep edilebilecektir.²⁰⁰ Özel kişiler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı denetim için ise, adlî yargıda "haksız fiil" esasına dayanılarak tazminat davası açılacaktır. İletişimin denetlenmesinin, hakkında tedbir uygulanan kişide manevi bir zarar meydana getirmesi muhakkaktır. Keza, bu tedbirin uygulanması sebebiyle ilgilinin maddî bir zararının ortaya çıkması

196 CMK m.231/1, a kapsamında mağdurun delil toplanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak incelediğimiz örnek bakımından "yetkili merciden delil toplanmasını istemek" yönünde bir eylemde bulunulmasına zaman açısından fiilen imkân bulunmamaktadır. Bu yönüyle CMK m.231/1, a hükmünü geniş yorumlamak suretiyle (ve hatta kıyas yapmak suretiyle) mağdurun bu türden bir eyleminin CMK m.231/1, a kapsamında olduğunu düşünmekteyiz.

197 Kunter/Yenisey/NUHOĞLU, s. 1452.

198 Ancak daha önce yer verdiğimiz üzere, kişilerin özel hayatları ve insan haysiyetlerinin dokunulmazlıkları ihlal edilerek, hafiyelik veya gizli izleme veya "mizansen" yapılmak suretiyle elde edilen haberleşme içeriklerinin "hukuka uygun" kabul edilebilmesi mümkün değildir.

199 Kılıç, s. 17; Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 126.

200 Çoksezen, s. 14.

da mümkündür. Cumhuriyet Savcısı veya hâkimlerin dışında,²⁰¹ kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetleyen kamu görevlisi hakkında, ayrıca tazminat davası açılması ve uğranılan zararın giderilmesinin istenmesi mümkündür.

Tedbirin yasal koşullara uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda, kural olarak bu zararları tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmayacaktır. Hakkında tedbir uygulanan kişi bakımından, kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi tek başına tedbirin, hukuka aykırı olarak icra edildiği anlamına gelmez.²⁰²

2.3. Disiplin Yaptırımı

Ş.453. Kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetleyen kamu görevlisi hakkında ayrıca disiplin soruşturması açılması ve disiplin yaptırımı uygulanması mümkündür. İletişimin kanuna aykırı olarak denetlenmesi durumunda TCK kapsamında oluşan suçla ilgili olarak ceza soruşturması yapılması yanında buna doğrudan veya dolaylı olarak yol açan devlet memurları hakkında disiplin soruşturması yapılması ve disiplin cezası verilmesi de mümkündür. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131'inci maddesinde aynı olaydan dolayı Ceza Mahkemesinde memur hakkında kovuşturmayaya başlanmış olmasının disiplin soruşturmasını geciktirmeyeceği, keza kişinin olay dolayısıyla mahkûm olup olmamasının disiplin cezası verilmesine engel olmayacağı açıkça düzenlenmiştir.²⁰³

5.3. Türk Hukukunda Önleme (İstihbarat) Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

5.3.1. Tedbirin Uygulanmasındaki Amaç

Ş.454. Terör suçları, uyuşturucu ticareti ve sair tehlikeli organize suçlara ilişkin ilişkin soruşturmalarda delil toplama bakımından en önemli metodlar gizli soruşturma teknikleri ve gizli izleme araçlarıdır. Organize suç örgütleri ve terör grupları faaliyetlerinin doğası gereği, grup içi haberleşmeler bakımından gizli

201 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "Tazminat davaları" başlıklı 93. maddesi Hâkimler ve Savcılar hakkında "kişisel kusurları" için dahi olsa doğrudan tazminat davası açılmayacağı düzenlenmektedir.

"Madde 93/A-(Ek : 9/2/2011 - 6110/12 md.)

Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.

Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

b) Dava sonunda verilen hükmün, kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Devlet, ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararlar ilgili olarak görevinin

gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu eder.

Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcılarının işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz.

Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise ilgisine göre Hukuk Usûlü Muhâkemeleri Kanunu ile Ceza Muhâkemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu madde hükümleri;

a) Yüksek mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar,

b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır."

202 Keklik, s. 133.

203 Keklik, s. 12.

metodlar kullanılmaktadır ve bu gruplar daima gizli ve özel haberleşme sistemlerine sahiptirler.²⁰⁴

§.455. Hukuk uygulayıcı makamlar, bu türden suçların soruşturmalarında sonuca ulaşmak amacıyla, gizli izleme ve teknik takip ile birlikte grup içinden haber aktaran haber kaynakları (ajan provokatörler ya da infiltratörler) vasıtasıyla elde ettikleri bilgilerden faydalanmayı amaç edinmektedirler. Fakat aynı zamanda, demokratik bir toplumda hukuk uygulayıcı makamların bu türden suç soruşturmaları bakımından gerçekleştirdiği eylemler ve bir bütün olarak suç soruşturma sürecinin hukuka uygun olması gerekmektedir.²⁰⁵

§.456. Günümüzde modern teknoloji, özellikle kişiler ve kitleler arasında iletişim konusunda neredeyse sınırsız imkânlar sunmaktadır. Hiç şüphesiz bu teknolojik imkânlar, suç aktiviteleri planlanmış ve gizli bir şekilde yürütülen ve belki de *varlık sebeplerini gizlilik koşuluna bağlayan* suç örgütleri tarafından da yakından takip edilmekte ve örgüt üyelerinin birbirleri ile iletişimlerinde kullanılmaktadır. Bu sebeple, arama, el koyma, yakalama gibi klasik Ceza Muhâkemesi tedbirleri ile organize suç örgütlerinin ve kamu güvenliğini tehdit eden diğer unsurların ortaya çıkarılması ve sadece bu klasik hukukî vasıtalarla önleyici kolluk görevinin yerine getirilmesi mümkün değildir.

§.457. Bu tür suç grupları ile mücadelede başarılı olabilmek için hukuku uygulayan ve kamu güvenliğinin temin edilmesinden sorumlu olan makamların sadece tepkisel ve geleneksel metodları uygulayarak suçu önlemesi mümkün değildir. Terör ve çıkar amaçlı organize suçlar çoğunlukla spesifik bir mağduru bulunmayan, *mağdursuz ve tanıksız* suçlardır.²⁰⁶ Bu suçlar bakımından, gerekli istihbâratı toplamak ve suç işlenmeden, henüz tasarlama aşamasında iken bu illegal oluşumlardan bir adım önde olarak; suçun işlenmesi ve kamu düzeninin bozulmasına ancak ileri teknolojik imkânlar kullanılmak sûretiyle (elektronik takip vs.) engel olunabilir.

§.458. Bununla birlikte demokratik bir toplumda, bireylerin özgürlüğü ve güvenliği biri diğeri için feda edilemeyen iki önemli öğedir. Demokratik bir devlet, bir yandan güvenliği sağlamayı amaç edinirken, öte yandan *“suç önleme amacı için dahi olsa”* bireylerinin özgürlüklerine en az müdâhale ile bunu yapmak²⁰⁷ ve üçüncü kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla yükümlüdür.

§.459. Ancak demokratik toplum düzeninin korunması için devletlere tanınmış olan bu düzenleme alanı, sınırsız olmadığı gibi, demokratik toplumu savunma gerekçesiyle çıkarılan ve iletişim özgürlüğüne ve özel hayata izinsiz ve gizli müdâhale niteliği taşıyan bir kanun, demokrasiyi zayıflatma ve hatta yıkılma tehlikesini de taşımaktadır. Bu sebeple, devletlerin suçla mücadele adına kendilerince uygun gördükleri her tedbirleri alamayacakları²⁰⁸ ve suç önlemek için alınan tedbirlerin de demokratik toplumda *mutlak sûrette gerekli* ve ölçülü olması gerektiği açıktır.

204 Birtek, İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdâhâle.

205 Birtek, İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdâhâle.

206 Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Uzmanları ve Organize Suçların Kriminolojik Görünümleri Komitesi, İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu, En Uygulama Mütalaası-3. PC-S-CO Report (2000), s. 23.

207 AİHM, devletlerin, örgütlü suçluluk ve kendi varlığına yönelmiş olan tehditlerle etkin bir şekilde mücadele edebilmesi ve toplumun ve kendi güvenliğini sağlayabilmesi amacıyla, söz konusu tehdit unsurlarını gizli bir biçimde izlemesi ve gerektiğinde onların özel hayatının en gizli olanı olan iletişimlerine (mail, telekomünikasyon, mektup vs.) dahi müdâhâle edebilme imkânına hukuken sahip olmasını, demokratik bir toplumda gerekli bir müdâhâle olarak kabul edilmektedir. Bk. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve Diğerleri- Almanya Kararı par. 23-48 ve aynı yönde bk. 2 Ağustos 1984 tarihli Malone- Birleşik Krallık Kararı par. 81.

208 Klass ve Diğerleri- Almanya Kararı prg. 48-49.

§.460. Tüm gelişmiş ülkelerde, anayasal düzeni ve kamu güvenliğini etkileme potansiyeline sahip bazı ağır suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla kolluk kuvvetlerine önleme ya da istihbârî amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi yetkisi verildiği görülmektedir.²⁰⁹

§.461. Türk Hukuku'nda gerek adlî ve gerekse istihbârî amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri konusunda 1999 yılında çıkarılan 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu öncesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1999 öncesi dönemde, adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun 91. maddesinde yer alan, "*Maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgraf hanede zaptı*" koruma tedbirine (el koyma) tedbirine kıyasla uygulanmaktaydı. Mahkemelerce, madde metninde geçen **vesair mersule** kavramının içerisine telefon gibi iletişim vasıtalarının da gireceği şeklide yorumlanmıştır. Ancak söz konusu kanun hükmünün kıyasa yol açacak derecede geniş yorumlanarak telefon dinlemeye karar verilmesi, Ağaoğlu-Türkiye Kararı ile AİHS'e aykırı bulunmuştur.

§.462. 4422 Sayılı Ç.A.S.Ö.M.K.'ün 2. maddesi, iletişimin denetlenmesine açıkça yer veren ilk kanunî düzenleme olmasına rağmen söz konusu hüküm, sadece adlî amaçlarla ve bu kanunda sayılan çıkar amaçlı suçlar bakımından iletişimin denetlenmesine izin vermektedir.²¹⁰ Kaldı ki, 4422 Sayılı Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 18/d maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra adlî amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak 5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 135. maddesi uygulanmaya başlanmıştır.

§.463. İstihbârat amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri konusunda, 5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu kapsamında herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gibi²¹¹ söz konusu 5271 Sayılı Kanun, **adlî amaçlı iletişimin tespiti dışında başkaca hiçbir amaçla (suç önleme amacı dâhil) haberleşme hürriyetine müdâhale edilemeyeceğine yer vermiştir** (5271 S.K. m. 135/7).

§.464. CMK m. 135/7 hükmünün yürürlüğe girişine kadar hiçbir kanunî altyapısı olmayan ve sadece ilgili kanunlarda yer alan, "*genel güvenliğin korunması*", "*emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunması*", "*ülkenin bütünlüğünün, bağımsızlığının ve anayasal düzeninin korunması*" amaçlarının gerçekleştirilmesi için "**genel bilgi toplama ve istihbârat faaliyetinde**" bulunmayı düzenleyen (2559 Sayılı PVSK m.1 ve 7/1, JTGYK m. 3 ve 7-a, M.İ.T. Kanunu²¹² m. 4/a) ve *güvenlikten sorumlu belli kamu kurumlarının görevlerini belirleyen kanunların genel nitelikteki hükümlerinden hareketle uygulanmaktaydı.*

§.465. CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (5320 S.K. m. 18/1,d). Adlî amaçlı iletişimin denetlenmesi CMK kapsamında düzenlenmiştir. Ancak önleme amaçlı denetleme bakımından yasal bir boşluk oluşmuştur. Ancak sözü edilen 5271 Sayılı C.M.K'nın 135/7. maddesi ile genel bilgi toplama ve istihbârat elde etme yetkisi veren bu türlü bir uygulama imkânının dahi ortadan kalkması, suçla mücadele politikasını zarar verdiği gibi kamu güvenliğinin

209 Yenisey, Çıkar Amaçlı..., s. 118; Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 101.

210 Karagöz/Birtek, s. 88.

211 Kaldı ki, 5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu, suç soruşturmasını ve kovuşturmasını içeren bir kanun olduğu için kanunun sistematigi ve içeriği açısından da bu türlü bir düzenlemenin yapılması da yasa yapma tekniğine aykırıdır.

212 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu.

sürdürülebilirliğini zorlaştırmıştır. Nitekim her geçen gün yeni ve sansasyonel terör eylemlerinin ortaya çıkması neticesinde ve tamamen tepkisel bir şekilde, 03.07.2005 tarihinde 5397 Sayılı Kanun kabul edilmiş ve kanun aynı gün yürürlüğe girmiştir. *Bu kanun ile istihbârat amaçlı dinleme yetkisi ilk kez kanunî bir zemine oturtulmuş ve AİHM tarafından dile getirilen "kanun ile öngörülmeye" şartı sağlanmıştır. Anılan kanun hükmü ile; Polis, Jandarma ve MİT'e hâkim kararı ile (ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde belli ünvanlardaki idari görevlilerin, tarafından 24 saat içinde hâkim onayına sunulmak kaydı ile vermiş oldukları yazılı emir ile) istihbârat amaçlı iletişimi denetleme yetkisi verilmiştir.*

Ş.466. Bu düzenleme ile bir yandan A.İ.H.M içtihatlarında ortaya konulan, hukuka uygun müdâhale ve bireyler tarafından öngörülebilirlik şartları sağlanmış, diğer yandan da *temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği* âmir hükmünü içeren Anayasamızın 13. maddesinin gereği yerine getirilmiştir.

a. Polis Bakımından

Ş.467. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 7. maddesinin ikinci fıkrasında iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacının, birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesi olduğu ifade edilmektedir. Ek 7. maddenin birinci fıkrasında ise *"Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbârat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbârat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."* hükmü yer almaktadır.

Ş.468. Önleme amaçlı, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma amacı,

- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne,
- Anayasal düzenine,
- Genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak ve
- Emniyet ve asayişini sağlamaktır.

Burada vurgulanması gereken bir husus da, polisin istihbârat yetkisinin Ülke genelinde olduğudur. MİT'in yetkisi de ülke genelini kapsamaktadır. Buna karşılık jandarma için bu yetki sadece kendi sorumluluk sahası ile sınırlıdır.

Ş.469. Mevzuatımız Jandarma için böyle bir düzenleme getirmişse de uygulamada bu husus zaman zaman farklılık gösterebilmektedir, zira suç işleme ihtimâli nedeniyle hakkında tedbir uygulanan kişi veya kişiler "genellikle bir yerde sabit bulunmamakta" ve yer değiştirmektedirler. Mevzuatta jandarma için öngörülen bu düzenleme uygulamada pratik sonuçlar doğurmadığından, Jandarma teşkilatının da tıpkı Polis teşkilatı ve MİT gibi, tedbir kararı talep ederken, karar verirken ve yazılı emirlerde sorumluluk alanına ilişkin bilgi ve/veya belgelere yer vermesine gerek olmayacaktır.

Ş.470. Ancak polisin ya da MİT'in ülke genelinde istihbârat faaliyetlerinde bulunma yetkisi, iletişimin denetlenmesi tedbirinin tek bir kararla tüm ülke genelinde her iletişim aracı için uygulanabileceği şekilde yorumlanamaz. Başka bir ifadeyle ne jandarma ne polis ne de MİT, tek bir karara dayanarak ülkedeki tüm iletişim araçlarının denetlenmesi yoluna başvuramaz. İletişimin denetlenmesi kararları da tedbirin ülke

genelinde uygulanmasına izin verecek kapsamda olamaz. Her bir karar belirli bir olayla, işleneceği tahmin edilen bir suçla veya bu suçu işleyeceği öngörülen bir ya da birkaç kişiyle ilgili olmak ve somut veriler içermek zorundadır. Tüm vatandaşların her nasılsa bir gün suç işleyebilirler önyargısıyla iletişimlerinin denetlenmesi mümkün değildir.

§.471. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 04.06.2008 tarih E. 2008/874, K. 2008/22381 Sayılı "Kanun Yararına Bozma" Kararında da;²¹³

"Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan Ağır Ceza Mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi sûretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğuna"

karar verilmiştir.

b. Jandarma Bakımından

§.472. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesinde jandarmanın mülki, adlî, askerî ve diğer görevleri sayılmıştır. Söz konusu maddenin a bendinde ise jandarmanın mülki görevleri sayılmıştır. Buna göre jandarmanın kendi sorumluluk alanlarındaki mülki görevleri,

- Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak,
- Kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek,
- Suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak,
- Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmaktır.

§.473. Jandarma burada sayılan görevlerini yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında belirli suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.²¹⁴ Uygulamada Jandarmanın ülke genelinde iletişimin denetlenmesi talebinde bulunduğu ve bazen de mahkemelerce buna yönelik kararlar verildiği görülmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, Jandarmanın istihbârat toplama yetkisi kendi sorumluluk sahası ile sınırlıdır. Bu bağlamda Jandarmanın önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulayabileceği alan da Kanunun açık hükmü uyarınca sadece kendi sorumluluk sahasıdır. Ülke genelinde tüm iletişim araçları üzerinden gerçekleştirilen iletişimi, terör ve organize suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla denetleyemez.

c. Millî İstihbârat Teşkilatı Bakımından

§.474. Millî İstihbârat Teşkilatının görevleri 2937 sayılı Kanunun 4. Maddesinde **(17/4/2014 tarih ve 6532 sayılı kanunun 1. md ile değişik)** sayılmıştır. Buna göre Millî İstihbârat Teşkilatının görevleri şunlardır:

²¹³ Karar yayınlanmamıştır.

²¹⁴ Ancak uygulamada sorumluluk alanıyla ilgili bu kurala yeterince uyulmadığı görülmektedir. DDK Raporu, s. 103.

a. Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbâratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbâratı Cumhurbaşkanlığı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b. Devletin millî güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanlığı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbârat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c. Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbârat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Millî Güvenlik Kurulu ve Başbakanlığa tekliflerde bulunmak.

d. Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbârat ve istihbârata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e. Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbâratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f. Millî Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g. İstihbârata karşı koymak.

h. **(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.)** Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.

i. **(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.)** Dış istihbârat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbârat ve insan istihbâratı usûl, araç ve sistemlerini kullanmak sûretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbâratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j. **(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.)** İstihbârat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbârat usûl ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbârat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Millî İstihbârat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.

Ş.475. MİT, burada sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı hâlinde;

- Devlet güvenliğinin sağlanması,
- Casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması,
- Devlet sırrının ifşasının tespiti ve
- Terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla, gerekli koşullara uygun olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir.

§.476. MİT'in istihbârat toplama yetkisi **"tüm ülkeyi"** kapsamaktadır. Ancak genel bir iletişimin denetlenmesi tedbirini MİT de uygulayamaz. İletişimin denetlenmesi kararları somut bir olay, önlenmesi amaçlanan bir suç ve bu suçu işleyeceği tahmin edilen bir ya da birkaç kişiyle ve **"mutlaka hakkında denetim kararı verilecek kişi ya da kişilerin gerçek kimlik bilgilerinin bilinmesi hâlinde bu bilgiler belirtilerek"**,²¹⁵ somut istatistiki verilerden ve tutamak noktalarından hareketle uygulanabilir.

d. Ceza İnfaz Teşkilatı Bakımından

§.477. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m. 66/1'e göre; *"Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usûllere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir."* Bu şekilde yapılan iletişimin dinlenilmesi işlemini, özel bir önleme dinlemesi olarak kabul etmek mümkündür.

§.478. CGTİHK m. 66 kapsamında yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, adlî ve istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında olmadığından, bu konuda TİB'in herhangi görevi bulunmamaktadır. Söz konusu özel iletişimin denetlenmesi, tamamen cezaevi idaresinin kontrolünde gerçekleştirilmektedir.

5.3.2. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Kapsamı

§.479. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimden; telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki bilgiler anlaşılmalıdır. Bu bağlamda telefon konuşmaları hiç kuşkusuz önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir.²¹⁶

§.480. İletişimin denetlenmesi kararı, kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsar. İster resmî ister özel nitelikli olsun iletişimin içeriğine ilişkin her türlü haberleşme kayıtları denetlemenin kapsamı içerisinde kalmaktadır. Yine iletişim aracının evde veya işyerinde olması, tedbirin uygulanması açısından bir önem taşımaz. Denetleme kararı evden veya işyerinden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdâhale etme yetkisi de vermektedir.²¹⁷ İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir.

§.481. İletişim kavramının kapsamına telefon, faks, internet, teleks gibi iletişim araçları ile yapılan haberleşme girmektedir. Ayrıca mobil telefonlar aracılığıyla yapılan iletişim de kapsam içinde yer almaktadır.²¹⁸ Kişilerin jetonlu veya ankesörlü telefonlar üzerinden kurduğu iletişimin de denetlenmesi mümkündür.²¹⁹ İletişimi

²¹⁵ Kimlik bilgisi bilinen bir kişi bakımından, kod adıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir. Ancak, kimlik bilgisi bilinmeyen bir kimse bakımından bu şekilde bir uygulama yapılabilir. Çünkü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre: "Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir."

²¹⁶ Dinç, s. 422.

²¹⁷ Centel-Zafer, s. 365.

²¹⁸ Özbek, s. 422.

²¹⁹ Kunter-Yenişey-Nuhoğlu, s. 699.

sağlayan araçlar çok geniş ve çağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif ekipmanlar olup; telefon, faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz diğer araçlar bunlara örnek gösterilebilir.²²⁰ Ayrıca faks, e-posta vb. araçlarla yapılan iletişimin de bu kapsamda denetlenebilmesi mümkündür.

5.3.3. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Türleri

§.482. 5397 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede dört tür iletişimin denetlenmesi işlemi sayılmaktadır. Bunlar iletişimin tespiti, iletişimin dinlenilmesi, iletişimin kaydedilmesi ve iletişimin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleridir. 5397 sayılı Kanun'da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri arasında mobil telefonu yerinin tespiti tedbirine yer verilmemiştir. Zaten CMK'da mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla kullanılabilirdi. Burada ortada işlenmiş bir suç ve kaçan bir şüpheli veya sanık olmadığından bu tedbir metne alınmamıştır.

§.483. Bundan başka 5397 sayılı Kanun'la, "sadece polis ve jandarma bakımından" önleyici amaçlı teknik araçlarla izleme yapılması imkânı da getirilmiştir. MİT bakımından, teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına ilişkin yetki söz konusu değildir.

a. İletişimin Tespiti

§.484. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesidir. Bir başka tanıma göre iletişimin tespiti, sadece kişinin telekomünikasyon yoluyla kimler ile iletişim kurduğunun belirlenmesi anlamına gelmektedir.²²¹ TİB Yönetmeliği'nin 17. maddesi hükmü uyarınca iletişimin tespitine ilişkin kararlar TİB tarafından yerine getirilmektedir.

§.485. Adli amaçlı iletişimin tespiti bakımından koşullarda bir esneklik oluşturulmuştur. Bu bağlamda, adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde katalog suç sınırlaması kaldırılmış ve tedbirin her türlü suç için uygulanabilmesine imkân verilmiştir (CMK m. 135/4). Buna karşılık önleme amaçlı iletişimin tespitinde diğer tedbir türlerinden bir ayrılma söz konusu değildir. Yani önleme amaçlı iletişimin tespiti sadece, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), bakımından uygulanabilecektir.²²²

²²⁰ Çoksezen, s. 6.

²²¹ Özbek, s. 421.

²²² 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici madde 14 hükmüyle, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden Ağır Ceza Mahkemeleri ile bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanununun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış atıflar Ağır Ceza Mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), yapılmış sayılır.

b. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

§.486. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, “telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler” olarak tanımlanmaktadır. İletişimi sağlayan araçlar çok geniş ve çağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif ekipmanlar olup telefon, faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçların tamamını kapsamaktadır.²²³

§.487. İletişimin dinlenmesi kural olarak bir görevlinin, hakkında tedbir uygulanan kişinin diğer kişilerle kurduğu iletişimi, “içeriğine müdâhale etmeksizin” dinlemesidir. Önleme amaçlı dinlemede kayıt yapma zorunluluğu bulunmamakla beraber, uygulamada genellikle dinlemeler kayıt altına da alınmaktadır. Faks ile yapılan haberleşmeler veya internet üzerinden yapılan yazışmalar da iletişimin dinlenmesi kapsamında yer almaktadır.²²⁴

§.488. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi, kurulan iletişimin dışında ve telefonların bir alıcı-verici gibi kullanılması sûretiyle bulunduğu yerde yapılan konuşulanların dinlenmesi ve kaydedilmesini kapsamaz.²²⁵ Bu türden bir uygulama, CMK m. 140 da koşulları sıralanan “teknik araçlarla izleme” kapsamındadır. 5397 Sayılı Kanun ile, polis ve jandarmaya, önleyici amaçlı teknik araçlarla izleme tedbirini uygulama yetkisi verilmiş iken, MİT’e bu konuda yetki verilmemiştir (5397 S.K. m. 1/5 ve m.2/5).

c. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

§.489. Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin içeriğine müdâhale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade etmektedir.

§.490. Sinyal bilgileri bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalanması amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir. Sinyal bilgisi faturalama bilgisi kapsamında olup, sunulan iletişim hizmeti karşılığında alınacak ücrete temel teşkil edecek bilgileri kapsamaktadır. Kişinin telefon numarası, telefonun seri numarası, görüşmenin yapıldığı yer, aranan telefonla ilgili bilgileri kapsamaktadır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde iletişim içeriğine müdâhale söz konusu değildir. Zaten bu bilgiler firmalar tarafından faturalama işlemlerinde kullanılmak üzere saklanmaktadır.²²⁶

²²³ Çoksezen, s. 3.

²²⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 706.

²²⁵ Bazı internet sitelerinde belirli model telefonlar için hazırlanan bir yazılım programının satışı yapılmaktadır. Bu programın yüklendiği telefonla yapılan tüm iletişim, başka bir telefondan paralel olarak dinlenebilmektedir. Gerek TCK ve CMK hükümleri göz önüne alındığında bir telefona söz konusu programların yüklenmesi ve gerçekleştirilen iletişimin dinlenmesi kim tarafından yapılırsa yapılsın yasal değildir. Eşlerden birisi dahi bu yöntemi kullanarak eşinin görüşmelerini dinlese suç oluşur. Yine gazete veya televizyon programlarının bu şekilde telefon dinlemesi suç olacaktır.

²²⁶ Şahin, s. 381.

d. Diğer İletişim Bilgilerin İstenmesi

Ş.491. Suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yukarıda sayılan ve özel niteliği bulunan iletişim bilgilerinin dışında diğer bazı bilgilere ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu bağlamda değerlendirilen diğer iletişim bilgileri arasında:

- Abone ismi
- Abone adresi
- Abone kimlik bilgileri,
- Telefon numarası,
- IMEI numarası sorgusu veya eşleştirmesi, (İmei numarasından kullanıcı, kullanım tarihi, kimlik ve adres bilgisi araştırması),
- IP sorgusu bilgileri
- SIM kart bilgisi ve eşleştirmesi
- İmsi bilgisi
- PUK numarası bilgisi
- Kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi
- Roaming bilgisi
- Telefonun açık olup olmadığı bilgisi,

gibi bilgiler bulunmaktadır.

Ş.492. Bu tür bilgilerin elde edilmesinde, istihbârat servislerinin genel bilgi isteme ve alma yetkileri çerçevesinde işlem yapılacaktır. Bu konuda TİB'in bir görevi ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda PVSK'nın ek 7. maddesinin 6. fıkrasında *"Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek sûretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanunî sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri hâlinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir"* hükmü yer almaktadır. Aynı hüküm JTGYK'nın ek 5. maddesinin 5. fıkrasında da yer almaktadır.

Ş.493. 2937 sayılı MİT Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde de aynı içerikte ama farklı bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre *"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek sûretiyle yazılı talepte bulunabilir"*.

5.3.4. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Koşulları ve Uygulanması

Ş.494. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri bulunmaktadır. Adî amaçlı iletişimin denetlenmesi ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi koşulları arasında önemli bazı farklılıklar söz konusudur. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde, denetleme türlerinin hepsi için aynı koşullar öngörülmüştür. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin, önleme amaçlı olarak kullanılmasına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

a. Tedbirin Uygulanacağı Kişi

§.495. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı kişi bakımından bir belirleme yapılmamış, işlenmesinin önlenmesi amaçlanan suç bakımından bir kriter oluşturulmuştur. Kanunda “*yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla... telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir*” denilmiştir. Görüldüğü gibi istihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından, iletişimi denetlenecek bireyle ilgili bir belirleme veya kıstas getirilmemiştir. Kanunda belirlenen suçları işleme ihtimâli bulunan tüm bireylerin iletişimlerin denetlenebilir.

§.496. Bununla birlikte belirli şahıs veya şahıslara bağlı olmaksızın, bütün ülkeyi veya belirli bir bölge veya alanı kapsayacak şekilde telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanması için karar verilmesi mümkün değildir.²²⁷ Öte yandan milletvekili, hâkim veya savcı, vali veya kaymakam, asker veya sivil, sıfat veya görevi ne olursa olsun herkes hakkında potansiyel olarak bu tedbir uygulanabilir.

§.497. Kişilerin kullandığı her türlü iletişim aracı hakkında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir. İletişim aracının, bir şirketin, derneğin ya da partinin telefonları olması hâlinde dahi denetleme kapsamına alınabilir.²²⁸ Tedbirin uygulanacağı iletişim araçlarının kime ait olduğu ya da kim tarafından kullanıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde, müdafî veya avukatlar ile tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurulan iletişim bakımından bir istisnâ söz konusu değildir.

b. Tedbirin Uygulanması Sûretiyle İşlenmesinin Önlenmesi Amaçlanan Suç

§.498. Adfî amaçlı denetlemede olduğu gibi, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bakımından da önlenmesi amaçlanan suçların sınırlandırılması yöntemi tercih edilmiştir.

§.499. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç), bakımından uygulanabilecektir.²²⁹

227 Şen, İletişimin Denetlenmesi (...), s. 102.

228 Dönmezer, s. 20.

229 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici madde 14 hükmüyle, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden Ağır Ceza Mahkemeleri ile bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış atıflar Ağır Ceza Mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanununda yer alan; a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç), yapılmış sayılır.

§.500. 5397 sayılı Kanun ile üç ayrı Kuruma, önleme amaçlı iletişimi denetleme yetkisi verilmiştir: Polis, Jandarma ve MİT.

§.501. Polisin önleme amaçlı olarak "Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun, casusluk suçları hariç, 250'nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılan iletişim"i denetleyebilir.²³⁰ Bu sayıma göre, "Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

a. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b. Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c. İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), önleme amaçlı denetleme yapılabilecek suçlar olarak belirtilmiştir.

§.502. Jandarmanın önleme amaçlı iletişimi denetleme yetkisi ise polisle aynı içeriktedir. Ancak önemli bir fark, jandarmanın bu yetkilerini sadece kendi sorumluluk alanında kullanabilecek olmasıdır.²³¹ O hâlde jandarma, **polisin görev sahası dışında ve polis teşkilatı bulunmayan yerlerde** Yani önleme amaçlı iletişimin tespiti sadece, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), bakımından uygulanabilecektir.

§.503. Millî İstihbârat Teşkilatı ise 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı hâlinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak iletişim denetleyebilecektir.

c. Tedbirin Uygulanabileceği Evre ve Şüphe Derecesi

§.504. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, suçun işlenmesinden önceki aşamada uygulanabilecek bir tedbirdir. Bu tedbirin uygulanmasına karar verildiği

²³⁰ CMK'nın 250, 251 ve 252'nci maddeleri 6352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine TMK'nın 10'uncu maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bu Kanun'un geçici 2'nci maddesinin yedinci fıkrasında ise CMK'nın 250, 251 ve 252 nci maddelerine yapılan atıfların TMK'nın 10'ncü maddesine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Daha sonra ise, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici madde 14 hükmüyle, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden Ağır Ceza Mahkemeleri ile bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış atıflar Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış sayılmıştır.

²³¹ Kolluk birimleri arasındaki koordinasyon illerde vali, ilçelerde kaymakam tarafından organize edilmektedir. Yine kolluk birimlerinin kanunla verilen görevlerini kendi sorumluluk sahâlarında yapmalarını denetleyen merci de mülki amirdir. Buna karşılık 5397 sayılı Kanun'la mülki amire yetki verilmemiştir. Bu eksiklik, kolluk birimlerinin kendi sorumluluk alanlarında faaliyet göstermelerinin denetlenmesinde bir zafiyet oluşturabilecektir (Turgut/Mahmutoğlu, s. 26).

sırada, henüz ortada işlenmiş bir suç bulunmamaktadır. Hatta bir suçun işlenmesine teşebbüs edilmiş de değildir. Hatta suçun işlenmesi amacıyla hazırlık hareketlerine başlanılmış da olmayabilir.

§.505. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için, kanunda sayılan suçların işlenmesi bakımından kuvvetli şüphenin varlığı ve klasik bilgi toplama ve suç önleme metodlarının uygulanıp uygulanmadığı ya da uygulanması hâlinde yetersiz kalacağına ilişkin bir değerlendirmeden sonra bu tedbirin uygulanabileceğine (ikincilik ilkesi) dair bir hüküm bulunmamaktadır.²³²

§.506. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, tamamen varsayıma dayalı bir kanaat ile istatistiki verilerden hareketle veya somut tutamak noktalarının bulunması hâlinde ya da basit ve tahmin derecesinde şüphe ile uygulanabilecektir.

§.507. Bu tedbirin uygulanması için, hiçbir şüphe gerekmeyp, istihbârat birimlerinin yaptıkları çalışmaları, elde ettikleri verileri, yaptıkları analizleri ve aldıkları ihbârları değerlendirmeleri ve bir tehlikenin meydana geleceğini hissetmeleri yeterli olacaktır. İstihbârat birimlerinin deneyimleri bu konuda önemli bir etkinliğe sahip olacaktır. Ancak bu noktada oluşan kanaatin mümkün olduğunca objektif verilerle desteklenmesi gerekir.

d. Başka Yollarla Suç İşlenmesinin Önlenmesinin Mümkün Olması Hâlinde Dahî Tedbirin Uygulanabilmesi (Son Çare)

§.508. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde son çare ilkesine yer verilmemiştir. Yani çerçevesi çizilen suçların işlenmesi başka yollarla önlenilecek olsa dahi, bu suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilir. Ancak, Orantılılık ilkesi gereğince, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini haklı kılan zorlayıcı nedenler olmadıkça bu tedbir son çare olarak uygulanmalıdır. Bu türden bir prensibin benimsenmesi, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygının gereğidir.

e. Talep ve Karar

1. Mahkeme Kararı

§.509. Anayasa'nın 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasında haberleşme özgürlüğüne müdâhale edebilmek için, mutlaka usûlüne uygun olarak verilmiş bir hâkim kararına gerek olduğu hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeler paralelinde 5397 sayılı Kanun da, önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi kararının mutlaka hâkim tarafından verilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır.

§.510. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verecek olan yetkili ve görevli hâkim, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'dir. Çünkü, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhâkemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici madde 14 hükmüyle, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden Ağır Ceza Mahkemeleri ile bu Kanun'la

232 Danıştay İDDGK tarafından yürürlüğü durdurulan, 10.11.2005 tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 9/c bendinde; yazılı emirde "Tedbire başvurulmasını gerektiren nedenlerin" açıkça belirtilmesi şartı öngörülmüştü.

yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır. Mevzuatta Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerine yapılmış atıflar, Ağır Ceza Mahkemelerine; **bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır.**

Bu hükümden hareketle, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararının sadece bir üye (hâkim) tarafından değil, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından (mahkeme) verilmesi gerekmektedir. Ancak, CMK m. 135/1 hükmünde olduğu gibi, denetim kararının oybirliği ile verilmesi gibi bir şart, önleme amaçlı denetim bakımından söz konusu değildir. Genel kural uyarınca (CMK m. 229) Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına oyçokluğu ile de karar verilebilir.

§.511. Genel yetkili hâkimler (Ağır Ceza Mahkemesi hâkimi olsa bile) ve genel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin, (normal suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma mercilerinde görev yapan hâkimler) önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar veremezler.

2. İdarî Mercinin Yazılı Emri

§.512. Anayasa'da kural olarak hâkim kararıyla haberleşme özgürlüğüne müdâhale edilebileceği düzenlenmişken, söz konusu hükmün devamında ikinci bir seçenek sunulmakta ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri ile de haberleşme özgürlüğüne müdâhale edilebileceği düzenlenmektedir.

§.513. Bu hükmün doğrultusunda 5397 sayılı Kanunda iletişimin önleyici amaçlarla denetlenmesine bazı idari mercilerin de emir verebilmesine imkân tanınmıştır.²³³ Bu idari merciler;

- Polis bakımından, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbârat Daire Başkanı,
- Jandarma bakımından, Jandarma Genel Komutanı veya İstihbârat Başkanı,
- MİT bakımından ise, MİT Müsteşarı veya Müsteşar Yardımcısıdır.

§.514. Bu görevleri asaleten yürütenlerin belirtilen yetkileri kullanabilecekleri gibi söz konusu görevleri vekâleten yürütenler de aynı yetkiye sahip olacaklardır.

§.515. Sayılan mercilerin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine yönelik olarak verecekleri emirler yazılı olmak zorundadır.

§.516. Yetkili mercilerin yazılı emri verebilmesi için öncelikle gecikmesinde sakınca bulunan hâl olması gerekmektedir.

§.517. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi bakımından gecikmesinde

²³³ Bu düzenleme genel güvenliğin tesisinden ve kolluk birimleri arasındaki koordinasyonu sağlamakla sorumlu mülki amirlerin bu işlemlerin dışında bırakılması eleştirilmektedir (Turgut-Mahmutoğlu, s. 26).

sakinca bulunan hâl, derhâl işlem yapılmadığı takdirde, sayılan suçların işlenmesi ihtimâlinin yüksek olmasıdır.

§.518. Hâkimden karar almak için yeterli zamanın olduğu durumlarda zaten gecikmesinde sakınca bulunan hâl oluşmamaktadır.

§.519. İdari merciinin verdiği yazılı emirler 24 saat içinde yetkili ve görevli mahkemenin (Ankara Ağır Ceza Mahkemesi) onayına sunulur. Mahkeme, en geç 24 saat içinde, yazılı emri ya onaylar veya iptal eder. 24 saatlik süre içinde karar verilmemesi, kararın onaylanmaması anlamına gelir ve tedbire derhâl son verilir.

§.520. Hâkim yazılı emri iptal ederse, denetleme faaliyeti derhâl sona erdirilecektir. İptal etmeksizin bu sürenin geçmesi hâlinde de mahkeme bu kararı onaylamamış kabul edilecek ve denetlemeye derhâl son verilecektir. Verilen yazılı emrin mahkeme tarafından incelenmesi sırasında mahkeme, kural olarak verilen yazılı emrin 5397 sayılı Kanun hükümlerine ve burada belirtilen koşullara uygun olup olmadığını denetleyecektir.

§.521. Hâkimin denetleme yetkisi, yalnızca tedbirin kanuna uygunluğunun denetimi ile sınırlı olmayıp aynı zamanda yerindelik denetimini de içermektedir.

§.522. Verilen yazılı emrin hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde tedbirin uygulanmasına derhâl son verilecektir. Yazılı emrin uygulanmaya başlanılmasından itibaren mahkeme tarafından iptal edilmesine veya sürenin geçirilmesine kadar geçen süre içinde tedbir uygulanacaktır. Bu süre zarfında tedbirin uygulanması sûretiyle elde edilen denetlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar, en geç on gün içinde yok edilecek ve durum bir tutanakla tespit edilecektir. Bu bilgiler saklanmayacaktır. Ancak bu bilgilerin suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

3. Kararda ve Yazılı Emirde Bulunması Gereken Bilgiler

§.523. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine yönelik olarak verilen karar ya da yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin **açık kimliği**, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan **belirlenebilenler ile** tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir.

f. Süre

§.524. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar, en fazla üç ay için verilebilir. Kural olarak üç ayın sonunda denetleme kendiliğinden sona erer. Süre, kararın Başkanlığa ulaştığı anda işlemeye başlayacaktır.

§.525. Koşulları varsa önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin süre uzatılabilir. Uzatma süresi de en fazla üç ay olabilir. Mahkeme aynı konu ile ilgili olarak en fazla üç kez uzatma kararı verebilir. Yani aynı konuda aynı kişi için toplam 3 ay normal süre, 9 ay da uzatma süresi olmak üzere, toplam 12 ay için denetleme kararı verilebilmektedir. Ancak terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim her defasında üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Terör

eylemlerinin önlenmesi amacıyla yapılacak denetlemelerde süre bakımından bir üst sınır bulunmamaktadır. Bir diğer istisnâ da, casusluk suçları bakımından MİT için getirilmiştir. Buna göre casusluk faaliyetlerinin tespiti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

§.526. Tedbir süresinin uzatılmasına yönelik taleplerin incelenmesinde, ilk defa karar verilmesi için gerekli olan koşulların aynısı hatta biraz daha fazlası ve ağırlığı aranmalıdır. Sürenin uzatılmasına karar verilirken, tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların mevcut olduğunun uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir.

§.527. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde, denetim süresine ilişkin uzatma kararları mahkeme tarafından verilebilir. Yazılı emirle iletişimin denetlenmesi tedbirinin uzatılması söz konusu olamaz. Çünkü burada gecikmesinde sakınca bulunan hâl oluşamaz.

5.3.5. Diğer İletişim Bilgilerinin İstenmesi Bakımından Koşullar

§.528. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri içerisinde yer alan bir diğer tedbir türü de, diğer iletişim bilgilerinin istenmesidir. Diğer iletişim bilgilerinin istenmesi tedbiri, çok daha geniş bir alanda uygulanabilecektir. Tedbirde, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği ilkelerine bir müdâhale niteliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda değerlendirilen diğer iletişim bilgileri arasında; abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, imei numarası sorgusu veya eşleştirmesi, (imei numarasından kullanıcı, kullanım tarihi, kimlik ve adres bilgisi araştırması), ip sorgusu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, imsi bilgisi, puk numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming (dolaşım) bilgisi, telefonun açık olup olmadığı bilgisi gibi bilgiler bulunmaktadır.

§.529. Bu tür bilgilerin elde edilmesinde, istihbârat servislerinin genel bilgi isteme ve alma yetkileri çerçevesinde işlem yapılacaktır. Bu konuda TİB'nin bir görevi ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu bilgiler doğrudan işletmecilerden istenebilir.

Nitekim 2937 sayılı Devlet İstihbârat Hizmetleri ve Millî İstihbârat Teşkilatı Kanunu'nun, 17/4/2014 tarih 6532/3 md. ile değiştirilen 6. maddesinin g bendi uyarınca MİT, "Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbârat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili **verileri toplayabilir.**" Ayrıca 6.maddeye 6532 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile eklenen 10. fıkra hükmü uyarınca da, "Önleyici istihbârat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla **yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın: MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir."** Hiç şüphesiz bu yetki ile getirilen denetim türünün, iletişimin denetlenmesinin özel bir türü olarak kabul edilmesi gerekir.

5.3.6. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanması

§.530. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması aşamasında polis, Jandarma, MİT, hâkim ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

görev almaktadır.

§.531. Mahkeme, iletişimin denetlenmesine karar vermekte, idarî merciler tarafından verilen yazılı emirleri inceleyerek onaylanmasına veya iptaline karar vermektedir.

§.532. Emniyet Genel Müdürü, EGM İstihbârat Dairesi Başkanı, Jandarma Genel Komutanı, JGK İstihbârat Başkanı, MİT Müsteşarı ve MİT Müsteşar Yardımcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine emir verebilmekte ve tedbirin uygulanmasını başlatabilmektedir.

§.533. Tıpkı adî amaçlı iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin bütün işlemler de, TİB tarafından yerine getirilmektedir (5397 S.K. m. 1/9). Kararlar ve yazılı emirler hukuka ve kanuna uygun olarak TİB'nin sorumluluğu altına yürütülmektedir. TİB'nde hukuk, idari ve teknik daire başkan yardımcılıkları, yeteri kadar uzman ve uzman yardımcısı ile ilgili kurum (EGM, JGK, MİT) temsilcileri görev yapmaktadır. Karar ve yazılı emirler, ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirilmektedir.

a. Gizlilik

§.534. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde de gizlilik önemli bir ilke olarak yerini almaktadır. Gizlilik kuralının ihlali hâlinde "(...) görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma" yapılacağı hüküm altına alınmıştır (5397 S.K. m. 1/6).

§.535. Kolluk birimleri, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde ettikleri bilgileri mülki âmirle paylaşmak zorundadır. Bu paylaşım gizlilik kuralının ihlali anlamına gelmez. Zira ilgili mevzuata göre elde edilen istihbâratların, mülki âmirle paylaşılması zorunudur.

b. Tedbirin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Üzerinden Yürütülmesi

§.536. 5397 sayılı Kanun'la iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm tedbirlerin TİB tarafından veya bu birim üzerinden uygulanması ilkesi benimsenmiştir.

§.537. TİB, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin taleplerin mevzuata uygun olup olmadığını incelemek, gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbârat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri hâlinde mahkemeye ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına iletmek, yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetlerini olanaklı kılacak her türlü teknik alt yapının kurulmasını sağlamak, sağlamak, gerekli alt yapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak elde edilen ve gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak, görev alanına giren konularla ilgili mevzuatta ulusal ve uluslararası alanda meydana gelen gelişmeleri takip etmek, Başkanlık faaliyetleri için yurt içinden ve yurt dışından teminine ihtiyaç duyulan her

türlü malzeme, sistem, yazılım ve donanımı belirleyerek Kurum Başkanına bildirmek, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak talep ettiğinde derhâl Başbakana bilgi vermek amaç ve göreviyle kurulmuştur.

§.538. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine yönelik mahkeme kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili idari merciler tarafından verilen yazılı emirler, gereğinin icrası için TİB bünyesinde yer alan Teknik Daire Başkanlığına havale edilerek uygulanmaya başlanır. Hâkim kararları ve yazılı emirler, ilgili kurumların görevlilerince yerine getirilir.

§.539. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine yönelik mahkeme kararları ve yazılı emirler işletmecilere gönderilmez. Kararlar ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirilir. Yapılan inceleme sonucunda kanuna uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler de ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde uygulanır.

§.540. Kanuna aykırılığı tespit edilen iletişimin denetlenmesine ilişkin taleplerin, noksanlıklarının giderilmesi amacıyla TİB tarafından ilgili kuruma iade edilmesi düzenlenmiştir. Kanuna aykırı biçimde verilen yazılı emirler yerine getirilemez. Mahkeme kararları ile yazılı emirler hakkındaki gelişmeler ilgili kurum tarafından derhâl Başkanlığa bildirilir ve Başkanlık gelişmelere göre karar veya yazılı emirleri uygular.

§.541. TİB'in itiraz yetkisi, 14.01.2007 tarih ve 26434 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (Adalet Bakanlığı Yönetmeliği) 10. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 06.12.2012 tarih ve 2012/578 YD İtiraz Numaralı kararı ile, Adalet Bakanlığı Yönetmeliği'nin yürürlüğü durdurulmuştur. Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı Yönetmeliği'ne dayanılarak TİB'in itiraz yetkisi kaldırılmış olsa da, 10.11.2005 tarih ve 25989 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usûl ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliği'n (Başbakanlık Yönetmeliği) 17. maddesinin c bendi uyarınca, itiraz yetkisi bulunmaktadır.

§.542. Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde verilen yazılı emir hakkında mahkeme tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmidört saat içinde hâkim onayının alınamaması hâllerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına Başkanlık tarafından derhâl son verilir. İletişimin denetlenmesine son verilmesi ve denetlemenin içeriğine ilişkin kayıtların Başkanlık tarafından tutulması hâlinde, söz konusu kayıtlar Başkanın denetimi altında yok edilir.

c. İşlemlerin Tutanağa Bağlanması

§.543. PVSK'nın ek 7. maddesinin ikinci fıkrasında "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir derhâl kaldırılır. Bu hâlde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir

tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir." hükmü yer almaktadır. Beşinci fıkrasında ise uygulanan tedbirin tamamen sona erdirilmesi hâlinde, "Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. **Durum bir tutanakla tesbit olunur** ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir." denilmiştir. Son olarak sekizinci fıkrasında "Hâkim kararları ve yazılı emirler, (...) görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği **bir tutanakla saptanır.**" denilmiştir. Bu hükümlerin aynı 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda da yer almaktadır.

§.544. Söz konusu hükümlerle, tutanakla ilgili olarak ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Birincisi bazı bilgi ve kayıtların yok edilmesi nedeniyle hazırlanan tutanaklar, diğeri ise tedbirlerin uygulanmasına ilişkin işlemlerin kaydedildiği tutanaktır.

§.545. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinin denetiminin, sıralı kurum âmirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü/Jandarma Genel Komutanlığı/Başbakanlık teftiş elemanları ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yapılacağı hükme bağlanmaktadır.²³⁴ Yine hazırlanan tutanakların denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği belirtilmektedir. Şu hâlde şeffaflığın ve denetlenebilirliğin sağlanması amacıyla uygulanan tedbirlerin ve yok etmeye ilişkin işlemlerin tutanağa bağlanması öngörülmektedir.

d. Verilerin Kaydedilmesi

§.546. Önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri TİB aracılığıyla yerine getirilir. Başkanlık gerektiğinde işletmecilerle ilgili gerekli çalışmaları yaparak, verilen kararlar doğrultusunda iletişim bilgilerini elde etmeye ilişkin işlemleri yürütür. Zaten "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek" başkanlığın görevleri arasında sayılmıştır.

§.547. İletişimin denetlenmesi tedbirinin türlerinden birisi, zaten telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin kaydedilmesidir. İletişimin kaydedilmesi, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade etmektedir.

e. İşlem Görevlileri

§.548. İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında öncelikle TİB önemli bir görev üstlenmektedir. TİB bu görevini teknik, hukuk ve idari daire başkanlıkları ile bünyesinde görev yapan uzman ve uzman yardımcılarını aracılığıyla yürütmektedir. Ayrıca ilgili kurum görevlileri olarak Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbârat Dairesi Başkanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbârat Başkanlığı ile MİT Müsteşarlığı temsilcileri ile işlemlerin uygulanmasında görev alacak yeterli sayıda personel görev üstlenmektedir.

§.549. Kararların verilmesi konusunda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

²³⁴ Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından denetime ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

tarafından belirlenin Ankara Ağır Ceza Mahkemesi yetkilidir.

f. Tedbire Son Verilmesi

§.550. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine başlanabilmesi için mutlaka mahkeme kararı-ya karar veya yazılı emrin onayı- gerekirken, tedbire son verilmesi için mahkeme kararına gerek yoktur. Koşullarının oluşması hâlinde idari merciler tedbirin uygulanmasına son verebilirler. Tedbirin uygulanmasına son verilmesi hâlleri,

1. Yazılı emrin mahkeme tarafından iptal edilmesi,
2. Koşulların ortadan kalkmasıdır.

§.551. İdari mercilerce, gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle verilen yazılı emirler, 24 saat içinde yetkili ve görevli mahkemeye (Ankara Ağır Ceza Mahkemesi) onaylanması için sunulur. Mahkeme, idari merci tarafından verilen yazılı emri onaylarsa tedbirin uygulanmasına devam edilir. Mahkemenin idari merciinin verdiği yazılı emri onaylamayarak iptal etmesi hâlinde tedbirin uygulanmasına derhâl son verilir. Mahkemenin 24 saatlik inceleme ve karar verme süresini geçirmesi hâlinde de idari merciinin verdiği yazılı emir iptal edilmiş sayılır ve tedbirin uygulanmasına derhâl son verilir.

§.552. Tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gereksiz kılacak bir durumun ortaya çıkması hâllerinde de tedbirin uygulanmasına son verilecektir. Ancak, idari mercilerce gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verilen denetim kararı, *"denetim yine idari merciin kararı ile (24 saat içinde) sona erdirilmiş olsa da"*, mahkemenin onayına sunulmalıdır. Aksi hâlde, mahkeme onayı (mahkeme kararı) güvencesinin herhangi bir önemi kalmaz.

g. Kayıtların Yok Edilmesi

§.553. Kanunda sayılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla verilen iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi hâlinde, denetlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edilmesi hükme bağlanmaktadır. İletişimin denetlenmesine, yukarıda anlatılan hangi hâl nedeniyle son verildiğinin önemi yoktur. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde idari merciler tarafından verilen yazılı emrin mahkeme tarafından iptal edilmesi veya 24 saatlik süre içinde onaylanmaması ile iletişimin denetlenmesine ilişkin koşulların ortadan kalkması nedeniyle tedbirin uygulanmasına son verilmesi kayıtların yok edilmesi bakımından bir farklılık oluşturmamaktadır. Her hâlde tedbirin uygulanmasına son verilmesinden itibaren 10 gün içinde kayıtların yok edilmesi gerekmektedir.

5.3.7. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Süretiyle Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması ve Keyfiliği Önleyici Güvenceler

a. Elde Edilen Bilgilerin Niteliği ve Kullanılması

§.554. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin delil olma niteliği bulunmamaktadır. Bu bilgiler hiçbir şekilde mahkeme önünde yargılamada kullanılamaz. Bu nedenle herhangi bir olgunun ispatı amacıyla da kullanılamaz. Ceza Muhâkemesindeki delillerin serbestliği ilkesi dahi, bu bilgilerin

delil olarak değerlendirilmesine imkân vermemektedir. Zira 5397 sayılı Kanun'la özel bir delil yasağı getirilmiştir. **İstihbâri amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sûretiyle elde edilen bu bilgilerin delil niteliği bulunmamaktadır.**

§.555. Adlî amaçlı iletişimin denetlenmesinden farklı olarak, denetlemeyi gerçekleştiren görevlilerin tanık olarak dinlenilmeleri de mümkün değildir. Yine bu bilgiler yazılı metne dönüştürülerek keşif konusu hâline de getirilemez.

§.556. 5397 sayılı Kanunla her üç kurumla ilgili olarak tedbirin uygulanma amaçları belirtilmiş ve elde edilen bilgilerin sadece bu amaçlarla kullanılması hükme bağlanmıştır.

§.557. Polis bakımından bu bilgiler ancak *"Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere (...)"* ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), bakımından uygulanabilecektir.

§.558. Jandarma bakımından 2803 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (a) bendinde belirtilen *"Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak"* ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç), bakımından uygulanabilecektir.

§.559. MİT bakımından ise, **2839 sayılı Kanununun 4. maddesinde sayılan amaçlar için kullanılabilir.**

§.560. İletişimin denetlenmesinden elde edilen materyallerin, suç önleme amacıyla başkaca bir amaç (iddianameye dayanak oluşturması, suçun ispatı vs.) ile kullanılması amaca bağlılık ilkesi ile çelişecektir. Yine, mahkeme onayına sunulup da, mahkeme tarafından onaylanmayan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından, mahkemeye sunulma anına kadar elde edilen kayıtların da **"kanunda sayılan suçların önlenmesi amacıyla"** kullanılabilmesi mümkündür. Çünkü suçun işlenmesini önlemek, **-suç işleneceği bilgisi hangi yolla elde edilmiş olursa olsun-** hukuk devletinin ve dolayısıyla kolluk makamlarının görevidir.

§.561. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sûretiyle elde edilen bilgiler, bir disiplin soruşturmasında doğrudan kullanılamaz. Yine önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, bir hukuk davasında kullanılamaz. Örneğin, iletişimin denetlenmesi sırasında kullanılan ifadelerin hakaret oluşturması hâlinde, bu bilgilere dayanılarak tazminat davası açılmaz. Bir boşanma davasında haklılığı ispat

aracı olarak da kullanılamaz.

§.562. 5397 sayılı Kanunda her kurumla ilgili olarak ayrı ayrı olmak üzere *"bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz"* hükmüne yer verilmiştir. Bu açık hükme göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılamaz. Cumhuriyet Savcısı bu bilgilere dayanarak kamu davası açamaz. Mahkeme de bu bilgilere dayanarak mahkûmiyet hükmü kuramaz. Bu açık bir delil yasağı hükmüdür.

§.563. Nitekim Yargıtay CGK, *"önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1. ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağına"* dair karar vermiştir.²³⁵

§.564. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamamakla birlikte, bir suç işlendiği bilgisini edinen güvenlik görevlilerinin bunu ihbâr etmeleri ve gereken işlemleri yapmaları zorunludur. İletişimin denetlenmesi tedbirini uygulayan güvenlik görevlisinin, yaptığı denetleme sırasında suçla ilgili edindiği bilgileri (delile götüren bilgi), soruşturmayı yapacak mercilere iletmesi gerekir. İletmediği durumlarda kendisi suç işlemiş olacaktır (TCK m. 279).

§.565. CMK'nın 332. maddesinde Cumhuriyet Savcısı, hâkim ve mahkemenin bilgi isteme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre bir soruşturma veya kovuşturma sırasında ihtiyaç duyulan bilgilerin yazılı olarak istenmesi ve 10 gün içinde ilgili birimler tarafından gönderilmesi hükme bağlanmıştır. Bu bilgilerin süresinde gönderilmemesi hâlinde cezai yaptırım söz konusu olacaktır.

§.566. Buna karşılık 5397 sayılı Kanun hükümlerine göre elde edilen bilgilerin gizli olduğu ve *"sadece suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilmesi"* açıkça belirtilmiştir. Bu bilgiler gizli bilgiler olmakla birlikte devlet sırrı niteliğinde bilgiler de değildir. Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin soruşturma ve kovuşturma organları tarafından nasıl ve hangi şartlar altında elde edilebileceği, kullanılabilmesi ve değerlendirilebileceği CMK'nın 47. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler gizlidir, ancak devlet sırrı değildir. Bu nedenle CMK'nın 332. maddesi uyarınca istenmesi hâlinde gönderilmesi gerekecektir. Ancak soruşturma ve kovuşturmada *"hiçbir sûrette", "doğrudan veya dolaylı"* delil olarak kullanılmayacaktır.

§.567. Söz konusu bilgilerin soruşturmada ve kovuşturmada delil olamayacağı ve sadece kanunda sayılan suçların işlenmesini önleme amacıyla kullanılabilmesi açık olduğu nazar alındığında, gerek bu bilgilerin gizliliğinin ihlal edilmesi olasılığı ve gerekse Cumhuriyet Savcısı ve hâkimin kanaatinin etkilenmesi (iddianame düzenleme veya hüküm verme bakımından) olasılığı nedeniyle, söz konusu bilgilerin istenmemesi gerekir.

b. Tesadüfen Elde Edilen Bilgiler

§.568. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu tesadüfen elde

²³⁵ YCGK, 2011/9-93 E. 2011/95 K.

edilen bilgi, önlenmesi amaçlanan suç dışında kalan diğer bir suçun işleneceğine ilişkin bilgilerdir. Bazen tesadüfen elde edilen bilgi, yukarıda sayılan başka bir suçla ilgili olabileceği gibi, bazen de sayılanların dışında sıradan bir suçla ilgili de olabilir.

§.569. Bu durumda, işlenmesi düşünülen her türlü suçla ilgili bir bilgi elde eden güvenlik görevlileri, bu bilgileri değişik yollarla ilgili kolluk birimine ihbâr etmeli ve suçların işlenmesinin önlenmesi sağlanmalıdır. Tesadüfen elde edilen bilgilerin, 5397 sayılı Kanunda sayılan suçlarla ilgili olması hâli ile diğer suçlarla ilgili olması arasında bir fark olmaması gerekir. Yani uyuşturucu kaçakçılığını önlemek amacıyla iletişim denetlenirken, terörist bir saldırıyla ilgili bilgiler elde edilmesi ile adi bir hırsızlık suçuyla ilgili bilgiler elde edilmesi sonucu değiştirmemelidir. Her iki hâlde de güvenlik görevlileri, bu bilgileri soruşturmayı yürüten mercilere gizlilik içerisinde ihbâr etmelidir. Bu bilgiler bu sûretle değerlendirilmelidir.

§.570. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında üçüncü bir kişinin suç işleyeceğini tesadüfen öğrenirlerse, bu bilgiyi o suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilir. Örneğin, tedbir A hakkında ve uyuşturucu kaçakçılığı yapılacağı gerekçesiyle uygulanırken, A ile telefonla görüşen arkadaşı B'nin yaptığı açıklamalarda bir suç işleyeceğine ilişkin bilgilerin elde edilmesi hâlinde, bize göre bu bilgiler de değerlendirilerek B'nin suç işlemesi önlenmelidir. B'nin işleyeceği suçun önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlardan birisi olması ile bunlar dışında kalan diğer suçlardan –örneğin hırsızlık- olması arasında bir ayırım bulunmamaktadır.

5.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İletişimin Denetlenmesi

5.4.1. Genel Olarak

§.571. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin ikinci fıkrası, birinci fıkrada *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"* şeklinde çerçevesi çizilen hakkın hangi hâllerde ve hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğini hükme bağlamaktadır. Buna göre *"bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdâhalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla"* söz konusu olabilir.

§.572. İletişim özgürlüğü ve bu özgürlüğün kendine has mahremiyeti çerçevesinde bireyler tarafından kullanılması, özel hayat ve özel hayatın gizliliği ile olan yakın ilgisi sebebiyle AİHS²³⁶ kapsamında özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. madde içerisinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasında, *ulusal güvenlik, kamu güvenliği*, ülkenin ekonomik refahı, *suçun ve düzensizliğin önlenmesi*, genel sağlık ve genel ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli olan müdâhalelerin dışında kamu makamları tarafından hiçbir müdâhalede bulunulamaz.

236 Çalışmanın bu bölümden sonra AİHS kavramı yerine Sözleşme; AİHM kavramı yerine "Mahkeme" terimleri kullanılacaktır.

§.573. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda belli bazı ölçütler getirerek, bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerektiğini sıkça vurgulamakta ve bu özgürlüğün korunması bakımından üye devletlerin aktif yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir.

§.574. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde koruma altına alınan haklar sadece belirtilmiş, bu haklarla ilgili olarak açık ve ayrıntılı tanımlar verilmemiştir. Bu nedenle koruma kapsamına alınan hakların ne anlama geldiği, neleri kapsadığı ve sınırlandırma koşullarıyla ilgili ilkeler AİHM'nin yetki alanında olup, bu belirlemeyi yapabilmek için mutlaka mahkeme içtihatlarının irdelenmesi gerekmektedir.

§.575. AİHM, son yıllarda artış gösteren terör ve bazı ağır suçlarla mücadelenin gerekliliğine önem vermektedir. Bununla birlikte bu suçlarla mücadele ederken sözleşme ile getirilen hakların yok edilmesinin de önlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

5.4.2. AİHM'in Sözleşmeye Uygunluk Testi ve İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanması

§.576. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iletişimin dinlenmesi konusunda bu güne kadar başlıca Malone Birleşik Krallık, Huviw Fransa, Kruslin Fransa, Klass Almanya, A Fransa, Leander İsveç ve Lüdi İsviçre kararlarını vermiştir. Bu kararlar birlikte değerlendirildiğinde mahkeme bir başvuruyu incelerken şu aşamaları kontrol etmektedir:

- Şikâyet konusu olay sözleşmeyle korunan bir hak mıdır?
- Korunan hakka müdâhale edilmiş midir?
- Edilmişse bu müdâhalenin yasal dayanağı var mıdır?
- Müdâhalenin meşru bir amacı var mıdır?
- Müdâhale demokratik bir toplumda gerekli midir?
- Müdâhale orantılı mıdır?
- Keyfiliği önleyici mekanizmalarla donatılmış mıdır?

a. Müdâhale Edilen Hakkın Sözleşmeyle Korunan Bir Hak Olup Olmadığı

§.577. Mahkeme, haberleşme hakkını, zamanla özel hayat hakkı kapsamından ayrı bağımsız bir hak olarak koruma altına almıştır. Bu anlamda haberleşme içeriği özel hayatla ilgili hiçbir detay içermese bile, buna yapılan müdâhale, sözleşme ile korunan hakka müdâhale olarak değerlendirilmektedir.

§.578. AİHM, geliştirdiği içtihatlarla, iletişimin denetlenmesi yetkisini sınırlandırmış ve özel hayat alanını genişletmiştir. Bu bağlamda evden ve iş yerinden yapılan iletişimin de özel hayat kapsamında olduğuna karar vermiştir. **Hålford-Birleşik Krallık Kararında:**²³⁷ Ev ve işyerlerinden gerçekleştirilen (ofis telefonları ve dâhili haberleşme sistemleri) telefon görüşmelerinin de Sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen özel hayat ve haberleşme kavramı içerisinde olduğuna karar vermiştir.²³⁸ Ayrıca Mahkeme, dâhili haberleşme sistemine yapılacak müdâhaleler bakımından da,

²³⁷ 25.06.1997 tarihli Hålford- Birleşik Krallık Kararı.

²³⁸ Par. 44-46.

kanun ile öngörülme kuralının geçerli olduğuna ve her hangi bir uyarı bulunmaksızın yapılan müdâhalenin bireyler tarafından öngörülebilir bir müdâhale olmadığına,²³⁹ kanunî düzenleme bulunmaksızın işyeri telefonları ile gerçekleştirilen aramalara müdâhale edilmesinin Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁴⁰

§.579. Sözleşmenin 8. maddesiyle korunan hak, hem yazılı iletişim hem de telefon yoluyla yapılan iletişimi kapsamına almaktadır. Bu hüküm yapılan telefon görüşmelerinin içeriği ne olursa olsun geçerlidir. Örneğin **A-Fransa** kararında, bir cinayet planlamasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesi her ne kadar kamu çıkarını ilgilendirse de, bu durumun, görüşmenin özel olma niteliğini yitirmesine neden olmayacağı belirtmiştir. Hâlford - Birleşik Krallık davasında da amacının iş yada özel olması ayırımına bakılmaksızın bütün telefon görüşmeleri 8. madde kapsamında korunan bir hak olarak kabul etmiştir.

b. Korunan Hakka Bir Müdâhalenin Varlığı

§.580. AİHM'ne göre sözleşme ile korunan bir hakka müdâhalenin olabilmesi için bunun devlet organları ya da resmî sıfatla hareket eden görevliler tarafından gerçekleştirilmesine ve devlete isnat edilebilir nitelikte olması gerekir.

§.581. Klass ve Diğerleri/Almanya davasında mahkeme, casusluğun ve terörizmin oldukça gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya kalan devletlerin, bu tür tehditler ile etkin bir şekilde mücadele edebilmek için; devletlerin kendi egemenlik alanları içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerekli kılmıştır. Bu nedenle Mahkeme, ulusal güvenliğin sağlanması ve suç ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla istisnâî koşullar altında, mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir kanunun demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir.

§.582. Bununla birlikte Mahkeme, bu tür bir zorunluluğun, sözleşmeye taraf devletlerin kendi hukuk sistemleri içerisinde kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğu anlamına gelmediğini ve ayrıca terörizmin ve casusluğun önlenmesi adına sözleşmeye taraf devletlerin uygun gördükleri her türlü tedbiri alamayacaklarını ve bu amaçlar için çıkarılan kanunların, demokrasiyi savunmak adına onu zayıflatabileceğinin hatta tahrip edebileceği tehlikesinin farkında olduğunu dile getirmiştir.²⁴¹

§.583. Ayrıca Mahkeme, gizli tekniklerinin bireysel açıdan, potansiyel olarak kötüye kullanılmasının daha kolay olduğuna ve bu durumun demokratik toplum açısından zararlı bazı sonuçlar ortaya çıkarabildiğine vurgu yaparak, temel ilke olarak bu türden tedbirlerin bir hâkimin denetleyici kontrolüne emanet edilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁴²

§.584. Mahkeme, Hollanda'da eşinin avukatı tarafından taciz edilen bir bayanın şikâyeti üzerine, kullandığı ev telefonuna polis tarafından dinleme cihazı yerleştirmesi ve yapılan konuşmaların kaydedilmesinin, haberleşme özgürlüğüne müdâhale niteliği taşıdığı ve müdâhale koşullarının denetlenmesi gerektiğine karar

239 Par. 45.

240 Par. 50-51.

241 Par. 49.

242 Par. 56.

vermiştir. **Chadimova-Çek Cumhuriyeti Kararı'nda Mahkeme**:²⁴³ İç hukuk yargılaması sırasında mahkemeye sunulmayan ve başvuran ile avukatı arasında yapılmış olan telefon görüşmelerine ilişkin ses kayıtlarının imha edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

§.585. Her somut olaya göre müdâhalenin varlığının araştırılması gerekmektedir. Mahkeme şikâyetçinin müdâhaleyi oluşturan maddî hasarın kesinliğini kanıtlayamadığı durumlarda, söz konusu müdâhalenin gerçekleşmiş olma olasılığını gösterebilmesinin yeterli olacağını belirtmiştir.

c. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

§.586. Sözleşmeye göre haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ancak kanunla yapılabilir. Anayasanın 22. maddesinde de aynı âmir hüküm yer almaktadır. **Malone-Birleşik Krallık Kararı'nda**:²⁴⁴ Telefon görüşmelerinin, Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen özel hayat ve haberleşme kavramlarının kapsamında olduğuna karar vermiştir.²⁴⁵ Yine,

§.587. Mahkeme, özellikle bir idari yetkinin gizli olarak kullanıldığı takdirde, keyfî kullanılma riskinin belirgin olduğuna²⁴⁶ ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması bakımından söz konusu olan "hukuka uygun olarak" deyiminin, sadece iç hukuka atıfta bulunmadığını - aynı zamanda sözleşmenin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren ve kanunun niteliği ile de ilgili olduğunu ortaya koymuştur.²⁴⁷ Bununla birlikte Sözleşmenin 8. maddesi ile korunan haklara; kamu otoriteleri tarafından yapılabilecek kefyî müdâhalelere karşı iç hukukta bir kanunî korumanın konulması gerektiğine ve gizli izleme tedbirlerinin bireylerin ve kamunun denetimine açık olması gerektiği ve bu tür bir açıklığı barındırmayan ve idari otoritelere katı kurullarla sınırlanmamış bir takdir yetkisi veren düzenlemenin hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.²⁴⁸

§.588. Ayrıca Mahkeme, bireyi keyfî müdâhalelere karşı etkili bir şekilde korumak için, yetkili makamlara bırakılan bu tür bir takdir alanının kapsamının ve kullanılma şeklinin, söz konusu tedbirin meşru amacı da göz önünde bulundurularak, yeterli açıklıkla belirtilmesi gerektiğine işaret etmiş²⁴⁹ ve **Klass ve Diğerleri-Federal Almanya Kararı**na atıfta bulunmak sûretiyle, bu türlü bir müdâhalenin ancak açıkça düzenlenmiş olan gizli izleme sisteminin, kötüye kullanılmaya karşı yeterli güvenceler içermesi hâlinde, demokratik bir toplumda gerekli bir müdâhale olacağı kanaatine varmıştır.²⁵⁰

§.589. Mahkemeye göre, kanunda, iletişimin denetlenmesinin çeşitleri ve yöntemleri açıkça öngörülmesi, devletin hangi tip suçlarla ilgili olarak iletişimlerini denetleyebileceği belirlenmiş olmalıdır. Nitekim Mahkeme, **Ağaoğlu-Türkiye**

243 18.02.2003 tarihli Chadimova-Çek Cumhuriyeti Kararı. Kararın Fransızca dilinde yazılmış olması sebebiyle HUDOC sistemi üzerinde yer alan İngilizce basın duyurusu özetinden incelenmiştir.

244 2 Ağustos 1984 tarihli Malone-Birleşik Krallık Kararı.

245 Par. 64.

246 Par. 67.

247 Par. 67.

248 Par. 68.

249 Malone-Birleşik Krallık, paragraf. 68.

250 Malone-Birleşik Krallık, paragraf. 81.

Kararı'nda: ²⁵¹Söz konusu tarihte Türk Hukukunda, telefon dinlemeye ilişkin açık ve yazılı bir hüküm bulunmadığı ve telefon dinlemeye ilişkin hâkim kararında, telefon, telgraf ve diğer mesajlara ilişkin elkoyma tedbirine kıyasen telefon dinleme tedbirinin uygulanmasına karar verildiği ve bu durumun Sözleşmeye aykırı olduğu ortaya konulmuştur.

§.590. Mahkeme özgürlükleri sınırlayan bir yasanın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasını ve keyfiliği önleyici güvenceler içermesini aramaktadır. Müdâhaleyi düzenleyen iç hukuk hükmünün, taraflar için erişilebilir, hukuka uygun ve sonuçları öngörülebilir olması gerekir. **Khan-Birleşik Krallık** davasında mahkeme, ulaşılabilirlik ilkesine vurgu yapmıştır.

§.591. Mahkeme **Rotaru-Romanya** davasında ulusal kanunlarda ne tür bilgilerin kaydedilebileceği, hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gözetim önlemlerinin alınabileceği insan kategorileri, bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceği ve izlenecek prosedürün belirtilmesi gerektiğini dile getirmiştir.

§.592. Huvig- Fransa Kararı'nda²⁵² Mahkeme, çeşitli gizli koruma tedbirlerinin değerini en aza indirmedeğini ve özellikle bu tür gizli koruma tedbirlerinin bağımsız bir adli otorite olan, soruşturma hâkimi tarafından verilen bir karara dayanması gerektiğini ortaya koymuştur.²⁵³

§.593. Leander-İsveç kararında ise mahkeme, kanunların, özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne yapılan müdâhaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarını yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açık ifade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

§.594. Prado Bugallo-İspanya Kararı'nda:²⁵⁴ Telefon dinlemeye imkân veren kanunun kötüye kullanmaya karşı yeterli güvenceleri barındırması gerektiğine; telefon dinleme tedbirinin hangi suçlar için uygulanabileceğinin ve uygulama süresinin kanunda açıkça belirtilmesi ve bunlarla ilgili açık raporlar düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

d. Sınırlamanın Meşru Amaçlar İçin Yapılması

§.595. AIHM değişik kararlarında sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılacak sınırlamaların meşru amaçlar için yapılması gerektiğini vurgulamış, meşru amaçlar ise 2. fıkrada ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde sayılmıştır.

§.596. Mahkeme, aile hayatı ve özel hayata saygı kapsamında, sağlıklarının ve ahlaklarının korunması amacıyla çocukların bir kuruma yerleştirilmelerini meşru amaç kapsamında değerlendirmiştir. Yine bir taraftan suç işlenmesinin önlenmesi

251 06.12.2005 tarihli Ağaoğlu-Türkiye Kararı. Karar, 5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önceki ilişkin, 1991 yılında işlenmiş bir suça ilişkin yapılan yargılamada o tarihte yürürlükte olan Ceza Usûl Kanunu (CMUK) hükümleri bağlamında bir değerlendirmeyi içermektedir.

252 24.05.1990 tarihli Huvig-Fransa Kararı.

253 Par. 33-34.

254 18.02.2003 tarihli Prado Bugallo-İspanya Kararı. Kararın Fransızca dilinde yazılmış olması sebebiyle, Mahkemenin Case-Law Database HUDOC sistemi içerisinde yer alan İngilizce basın duyurusu özetinden incelenmiştir.

diğer taraftan da devletin ekonomik menfaatlerinin korunması amacıyla gümrük görevlilerinin eve girmelerini meşru amaç olarak kabul etmiştir. Mahkeme, klass ve diğerleri kararında, telefon konuşmalarının gizli dinlenmesinin ulusal güvenlik, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle sınırlandırabileceğini kabul etmiştir.

e. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

§.597. Sözleşme kapsamında başvuruları incelerken mahkemenin uyguladığı denetim aşamalarından birisi de, müdâhalenin demokratik toplumların zorunlu kıldığı koşullara uygun olup olmadığı, işlemin hangi toplumsal gereksinimi karşıladığı ve bu gereksinimin daha hafif başka yollarla karşılanıp karşılanamayacağını incelenmesidir.

§.598. Klass Almanya kararında mahkeme, son yıllarda demokratik toplumların casusluk ve terör eylemlerinin muhatabı olduğunu ve bu alanda hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya kaldığını, bunun da devletlerin bu tür tehditlere karşı etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasının demokratik toplumlarda gerekli olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir.

§.599. Mahkemenin sıkça vurgu yaptığı demokratik toplumdaki ne anlaşılması gerektiği **Hadyside- Birleşik Krallık** kararında açıklanmıştır. Buna göre "demokratik toplum"dan çoğulculuk, açıklık ve toleransın bulunduğu bir toplum anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.

§.600. Mahkeme **Olsson-İsveç** kararında da gereklilik kavramını, müdâhalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir. Gereklilik kavramının aşırı sınırlı ve genel ve geniş yorumu mahkemece kabul edilmemektedir.

§.601. Dudgeon-Birleşik Krallık kararında mahkeme, demokratik bir toplumun iki özelliğinin hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu belirtmiştir. Mahkeme **Young, James et Webster Birleşik Krallık** kararında ise, demokrasiyi, çoğunluk fikirlerinin üstünlüğüne sadakate dönüşmeyen ve baskın durumdakilerin tüm suiistimallerinden kaçınan ve azınlığa karşı adil davranmayı garanti eden bir dengeyi ifade ettiğini belirtmiştir.

f. Sınırlamanın Orantılı Olması

§.602. Orantılılık ilkesi aslında sözleşme metninde yer almamaktadır. Mahkeme bu ilkeyi ilk defa 23.07.1992 tarihli **Belçika Dil Davası** ile keşfetmiştir. Daha sonrada özellikle 23.09.1982 tarihli **Sporrong ve Lönnroth İsveç** kararıyla "genel çıkar ve bireyin çıkarları arasında adil bir denge"nin kurulması olarak tanımlamıştır. Artık bu ilke mahkeme içtihatlarıyla sözleşmenin tamamına sirayet etmiş durumdadır. Bu ilke ile sözleşmeyle korunan haklara müdâhale konusundaki devletlerin takdir hakları denetlenebilmektedir. Bu bağlamda mahkeme, müdâhalenin üstün bir sosyal ihtiyaca cevap vermesini ve izlenen meşru amaçla orantılı kalmasını aramaktadır. Orantılı olmak, bir hakka müdâhalenin, hakka en az zarar verecek şekilde yapılmış olmasını gerektirir.

§.603. Orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdâhale edilmesi ile izlenen amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü araçlara başvurulması gerektiği

anlamını taşımaktadır.

§.604. AİHM Handside Birleşik Krallık ve Olsson İsveç kararlarında, uygulanan tedbirin, hedeflenen meşru amaçla orantılı olması gereğini, bağımsız bir şart olarak değil, demokratik toplum düzeninin gereğinin sonucu olarak gördüğünü belirtmiştir. Başka bir deyişle mahkeme, orantılılık ilkesini, **“demokratik toplumda zorunluluk”** ilkesinden türetmektedir.

§.605. AİHM tarafından, AİHS’in 8. Maddesi bağlamında, özel hayatın gizliliğine saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti kapsamında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak yukarıda yer verilen temel kararlarında yer verilen bütün hususlar 18.05.2010 tarihli **Kennedy-Birleşik Krallık Kararı**’nda zikredilmiştir. **Kennedy-Birleşik Krallık Kararı**’nda Mahkeme:²⁵⁵ Sözleşmenin 8/2 maddesi bağlamında bir müdâhalenin hukuka uygun olabilmesi için, iç hukukta mutlaka hukukî dayanağının olması, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır nitelikte olması ve bireyler bakımından erişilebilir olması, müdâhalenin sonuçlarının iç hukuk bakımından öngörülebilir nitelikte olması şartlarını taşıması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, demokratik toplumda zorunluluğun uygulamada, gizli tedbirlerin kötüye kullanılmasına karşı, uygun ve etkili garantilerin varlığı olarak anlaşılacağı ve bir ihlal olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin; tedbirin, kapsamı, süresi, uygulamaya karar veren makam, yetkilendirmenin temeli, icra edilip biçimi, denetimi ve iç hukukta bireylere tanınan itiraz hakkının sağlanması yönleriyle, davanın bütün şartlarının bir bütün hâlinde değerlendirilmesine bağlı olduğu içtihadını ortaya koymuştur.²⁵⁶

§.606. Bütün bu kararlar bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, AİHM’e göre, haberleşme hürriyetine ilişkin sınırlamanın (müdâhale) hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için; sınırlamanın, *“kanun ile yapılması, ilgili maddede kapsamında sayılan meşru amaçlar için yapılması, demokratik bir toplumda gerekli olması, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunması”*²⁵⁷ ve *“keyfî uygulamalara izin vermeyecek nitelikte olması”*²⁵⁸ ve *“kanunun bireyler tarafından öngörülebilir olması ve yeterli açıklıkta olması”* gerekmektedir. Ancak, bu türden müdâhalelerin kanunî şartlarının yanında, kanuna uygun bir şekilde icra edilip edilmediğinin de denetlenebilmesi açısından AİHM, bu türden tedbirlerin uygulanmasında bağımsız bir hâkim tarafından denetlenmesi ve bireylerin ihlal yönündeki şikâyetlerinin etkili bir biçimde incelenmesi açısından, bu tür tedbirlerin uygulanması sırasında bir hâkim denetiminin olmasını ziyadesiyle aramaktadır.²⁵⁹

§.607. Gerek adlî ve gerekse istihbâri amaçlı olarak, iletişim özgürlüğüne ilişkin bir müdâhalenin Sözleşme’ye uygun olup olmadığının tespiti için, davanın şartlarının ve içtihatlar ile ortaya konulan ilkelerin somut olayda bulunup bulunmadığı, olayın özellikleri ve ilgili iç hukuk kurallarının bir bütün hâlinde birlikte değerlendirilmesi ile mümkün olabilecektir.

255 18.05.2010 tarihli Kennedy-Birleşik Krallık Kararı par. 151.

256 Par. 153.

257 Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 407.

258 Gürakar, s. 448-449.

259 Ormerod/ McKay/p. 29; Kennedy-Birleşik Krallık Kararı, p. 167.

Kaynakça

Akyürek, Güçlü; **Özel Hayatın Gizliliğini İhla Suçu**, Ankara, 2011.

Birtek, Fatih; "Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu (Çeviri)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs-Haziran 2011.

Birtek, Fatih; "Acil Yardım Çağruları ve Kayıp (Şahıs) Başvuruları Bakımından Adres Ve Konum Bilgisinin Tespiti Ve Haberleşme Trafik Verilerinin Kaydedilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14 (Türkiye Adalet Akademisi'nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı).

Birtek, Fatih; "İstihbârat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdâhale Edilmesi ve Müdâhaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 6, S. 16, Ağustos 2011.

Birtek, Fatih; *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara 2013.

Birtek, Fatih / Karagöz, Kasım; "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2 Yıl. 2008.

Centel, Nur / Zafer, Hamide; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2005.

Çakmak, Seyfullah; "İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ağustos 2010, Sayı 48.

Çoksezen, Atakan; *5271 Sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhâkemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi*, İstanbul, 2006.

Çolak, Hâluk / Taşkın, Mustafa; *Ceza Muhâkemesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı. Ankara 2007.

Darende, İhsan; *Ceza Yargılamasında Görüntü ve Ses Kasetlerinin Delil Olması*, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_222.htm. ET: 10.12.2007).

Devlet Denetleme Kurulu, *Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 2006 - 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi Raporu*, Ankara, 2010.

Dinç, Güney; *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği, Mayıs, 2006.

Dönmezer, Sulhi; *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Semineri*, EGM, İstanbul, 06.08.1999.

Erdem, M.Ruhan / Özbek, Veli Özer; "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi" (Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi), *Seyfullah Edis Armağanı*, İzmir, 2000.

- Erem, Faruk; *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 1986.
- Ergül, Ozan; *Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum*, (www.yasayanayasa.ankara.edu.tr) ET: 11.12.2007.
- Eryılmaz, M. Bedri; *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Feyzioğlu, Metin; "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnatlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2000/1.
- Geleri, Aytekin; "Türkiye'de Terör ve Organize Suçlarla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi", *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt: 13 (2) 2011.
- Gülşen, Recep; "Yeni Ceza Muhâkemesi Kanunu ve Teknoloji", *Hukukî Perspektifler Dergisi* (HPD), S. 7, Yıl. 2006, s. 156.
- Gürakar, Z. Özlem; "Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri", *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004.
- Hakeri, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2008.
- Hakeri, Hakan / Ünver, Yener; *Sorularla Ceza Muhâkemesi Hukuku*, TBB Yayınları, İstanbul, 2006.
- Hakeri, Hakan / Ünver, Yener; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2011.
- İnan, Kubilay; *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, Ankara 2006.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.; *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1996.
- Karayazgan, Mehmet; "Yeni TCK ile İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması", *Polis Dergisi*, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005.
- Kaymaz, Seydi; *Ceza Muhâkemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Keklik, Ramazan; "Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi", *Adalet Dergisi*, Sayı 25.
- Kılıç, Barış; *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, http://www.turkhukusitesi.com/makale_658.htm. ET: 18.10.2007).
- Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009.
- Koca, Mahmut; "Ceza Muhâkemesinde Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi* (CHD), Y. 1, S. 2, Aralık 2006.

Koyuncu, Tuğçe; *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Hukuk Gündemi, Ankara 2005, s. 77- 80.

Kunter, Nurullah; *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 1989.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe; *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, 2011.

Meran, Necati; *Adlî ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-Mail İzleme) Gizli Soruşturmacı*, Teknik Takip, Ankara 2009.

Nuhoğlu, Ayşe; "Adlî Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar", *Yargı Dünyası*, Sayı 128, Ağustos 2006, s. 9-13.

Ormerod, David / McKay, Simon; *Telephone Intercepts and Their Admissibility*, Criminal Law Review 2004.

Öztürk, Bahri; "Ses ve Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhâkemesi Hukukundaki Değeri", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 219-233 (Öztürk, Ses ve Görüntü.).

Öztürk, Bahri / Erdem, M. Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2007 (Öztürk-Erdem).

Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar, F. Yasemin / Alan, Esra; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ankara 2009.

Öztürk, Bahri / Erdem, M. Ruhan / Özbek, Veli Özer; *Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2000.

Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ankara, 2006.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2013.

Özgenç, İzzet; "Haberleşmenin Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokiyumu*, Erzurum 2010 (Ed. Tefik Gülsoy).

Roxin, Claus; "İspat Hukuku'nun Esasları", (Çev. Yener Ünver), *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl. 4, S. 8, Güz 2005/2.

Şahbaz, İbrahim; *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, Ankara, 2009.

Şahin, Cumhur; *Ceza Muhâkemesi Şerhi*, Ankara 2006.

Şen, Ersan; *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, Ankara, 2010.

Soyaslan, Doğan; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2010.

Taşkın, Mustafa; *Adlî ve İstihbârî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, 4. Baskı, Ankara 2013.

Taşkın, Mustafa; "Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede Kullanılabilecek Yeni Yöntemler", *Adalet Dergisi*, Sayı 15 (Taşkın, Türkiye'de Çıkar).

Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan / Sancakdar, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2004.

Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ankara 2006.

Turgut, Kasım / Mahmutoğlu Abdülkadir; "Suçun İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen İstihbârat Faaliyetlerinde Mülki İdare Âmiri-Kolluk İlişkisi", *İdarecinin Sesi*, Sayı 121, Mart-Nisan 2007.

Ünver, Yener; "Ceza Muhâkemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Y. 1, S. 2, Aralık 2006 (103-205).

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; *Sorularla Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006 (Ünver-Hakeri).

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012 (Ünver-Hakeri, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*).

Yardımcı, Mehmet Murat; *Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, SAÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Sakarya, Mart 2008.

Yenisey, Feridun; "Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar", *Hukuk Kurultayı 2000*, Cilt 2, Ankara, s. 103- 131. (Yenisey, Çıkar Amaçlı).

Yenisey, Feridun; "Ceza Muhâkemesi Hukuku'nda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007.

Yenisey, Feridun / Altuç, Sinan; *İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Hakkında*, Mart 2007, www.hukukturk.com/fractal/.../pages/dwnldCntHT.jsp?, Erişim Tarihi: 01.05.2012.

Yılmaz, Hâil; "Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku", *Yargıtay Dergisi (YD)*, C. 28, S. 3, Temmuz 2002.

Yıldırım, Gülşen; "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma", *Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Adlî Yargı*, TBB Yayınları, Ankara 2004.

Yıldız, Ali Kemal; "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl. 1, S. 2, Aralık 2006.

Yıldız, Sevil; "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukukî Yönden İncelenmesi",

SÜHFD, Y. 2007, S. 17.

Yiğit, Nuri; *Arama, Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Bakanlığı Seminer Notları*, Ankara 2005.

Zafer, Hamide; *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması* (TCK m.132-134), İstanbul 2010.

İletişimin Denetlenmesine İlişkin AİHM Kararlarının Listesi²⁶⁰

Hâlford- Birleşik Krallık

A-Fransa

Klass ve Diğerleri/ Almanya

Chadimova- Çek Cumhuriyeti Kararı

Malone- Birleşik Krallık

Klass ve Diğerleri-Federal Almanya

Ağaoğlu- Türkiye Kararı

Khan-Birleşik Krallık

Rotaru-Romanya

Huvig- Fransa

Prado Bugallo- İspanya

Leander-İsveç

Kennedy- Birleşik Krallık Kararı

²⁶⁰ Sadece bu çalışmanın hazırlanmasında yararlanılan temel (başlıca) kararlara ilişkin listedir.