

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA YARGILAMASINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ
HAK VE HÜRRİYETİNİN HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE
EDİLEN DELİLLER NEDENİYLE İHLALİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER

HAZIRLAYAN:

Feyzullah AVCI

014234002003

KONYA-2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I-V
KISALTMALAR.....	VI-VII
GİRİŞ.....	1-5

BÖLÜM-I

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA DEERLENDİRİLMESİ VE HUKUK METİNLERİNDE DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİ, KAPSAMI VE TEMEL HAKLAR İÇERİSİNDEKİ YERİS	
A. Genel Olarak.....	5
B. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Kapsamı.....	6
C. Temel Hakların Sınıflandırılması ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	10
II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ POZİTİF HUKUK ALANINDA DÜZENLENİŞİ	
A. Medeni Hukukta Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizliliği.....	13
B. Karma Nitelikteki Hukuk Dallarındaki Düzenlemeler.....	14
C. Anayasalarımızda Özel Hayatın Gizliliği.....	15
1. Genel Olarak.....	15
2. Cumhuriyet Anayasaları.....	16
a) 1924 Anayasası.....	16
b) 1961 Anayasası.....	16
3. (982 Anayasasında Yer Alan Düzenleme.....	17
D. Ceza Hukuku Alanındaki Düzenlemeler	
1. Türk Ceza Kanununda.....	22
a) 765 Sayılı Ceza Kanunundaki Düzenlemeler.....	22
b) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundan Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	24
2. Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Gizliliği ve Özellikle Telefon Dinleme Tedbiri	
a) Genel Olarak.....	35
b) Haberleşmenin Gizliliği ve Gizliliğin İhlali.....	38
c) Gizli Soruşturmacı (CMK 139 vd.).....	39
d) Teknik Araçlarla Takıp (CMK m.140).....	40
e) Telefon Dinleme.....	41

(1) Telefon Dinlemenin Dayanağı (CMK 135 vd...)	41
(2) Adli Aşamada Telefon Dinleme ve İdari Aşamada Telefon Dinleme	41
(a) Suç İşlenmeden Önce Telefon Dinleme	42
(b) Adli Aşamada Telefon Dinleme	43
(i) Soruşturması Safhası	44
(ii) Kovuşturma Safhası	46
(c) Telefon Dinleme Yetkisi, Dinlemenin Süresi, Kapsamı, Denetimi	47
E. Diğer İletişim Araçlarını Denetlenmesi ve Özel Hayatın Gizliliği	48
F. Uluslar Arası Hukuk Metinlerde Özel Hayatın Gizliliği	49
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	49
a) Genel Olarak	49
b) Özel Hayatın Korunması	51
2. Diğer Uluslar Arası Hukuk Metinlerindeki Düzenlemeler	52
a) Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi	52
b) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	53
III. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLALİ SONUCUNU DOĞURAN FİİLLER	53
A. Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının İhlali	54
B. Kişinin Üstünün, Özel Kağıt ve Eşyasının Aranması ve Bunlara El Konulması	58
C. Kişinin Konutuna Girilmesi	58
D. Özel Haberleşmelerinin Gizliliğinin İhlali	60

BÖLÜM-II

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE DELİL ELDE ETME VE BU SURETLE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE MÜDAHALE

I. GENEL OLARAK

A. Ceza Muhakemesinin Tanımlanması Ve Genel Değerlendirme	62
B. Ceza Muhakemesi Hukukunun Tarihi Seyri	63
C. Ceza Muhakemesinin İşleyişi	64

II. CEZA YARGILAMASINDA DELİL

A. Genel Olarak Delil Kavramı	66
B. Delil Çeşitleri	68
C. Delilin Özellikleri	70
1. Delilin Akılcı ve Gerçekçi Olması	70

2. Delilin Temsil Edici Olması.....	71	
3. Delilin Müşterek Olması.....	71	
4. Delilin Hukuka Uygun Olması Gerekliliği.....	72	
5. Delillerin İspat Açısından Önemli Olmalıdır.....	73	
III. HUKUKA AYKIRI DELİLLER		
A. Hukuka Aykırı Delil Kavramı		
1. Tanım.....	73	
2. Tarihi Gelişim.....	74	
3. Ceza Muhakemesi Kanununda (5271 ve 1412 Sayılı) Hukuka Aykırı Delil.....	75	
B. Delil Yasaklarının Amacı.....	76	
C. Bireyin Özel Hayatının Gizliliğine Müdahale Suretiyle Elde Edilen Deliller.....	76	
1. Elde Edilmesinde Uygulanan Metot. Dolayısıyla Hukuka Aykırı Olan Deliller.....	77	
a) 1412 Sayılı CMUK Açısından.....	77	
b) 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından.....	79	
2. Hukuka Aykırı Arama ve El koyma Nedeniyle Oluşan Hukuka Aykırı Deliller.....	80	
a) Hukuka Aykırı Arama Nedeniyle Oluşan Hukuka Aykırılıklar.....	80	
(1) Genel Olarak.....	80	
(2) Arama Kararı ve Arama Kararı Verme Yetkisi.....	81	
(3) Arama Kararı İçin Gerekli Şartlar.....	84	
(4) Arama Kararının Konusu.....	84	
(5) Aramanın Zamanı ve Arama İşlemleri.....	86	
(6) Önleme Araması.....	87	
b) El Koyma Nedeniyle Oluşan Hukuka Aykırılık.....	88	
(1) Genel Olarak.....	88	
(2) El koymanın Kapsamı.....	89	
(3) El koyma Kararı ve El koyma Yetkisi.....	90	
(4) El konulamayacak Eşyalar.....	91	
(5) Postada El koyma.....	91	
(6) Zorlama Amaçlı El koyma.....	92	
(7) Çeşitli El koyma Halleri.....	93	
3. Fizik Kimliğin Tespiti ve Vücut Muayenesi.....	94	
IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN YARGILAMA VE HÜKÜMDE KULLANILMASI		
A. Hukuka Aykırı Olarak veya Yasak Yollarla Elde Edilen Delillerin Hükümde Kullanılması ve 5271 Sayılı Kanunun Sistemi.....		96
B. Yasak Delillerin Hüküm Kurulurken Değerlendirilmesine İlişkin Yaklaşımlar.....		97
1. Mutlak Kabul Yaklaşımı.....	97	

2. Mutlak Değerlendirme Yasadı Yaklaşımı.....	98
3. Esnek Yaklaşım.....	99
V.SANIĞIN LEHİNE OLAN YASAK DELİLLERİN DURUMU.....	99
VI.ÖZEL şAHISLAR TARAFINDAN ELDE EDİLEN YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	100
VII.HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU.....	102
VIII.YASAK DELİLLERİN UZAK ETKİSİ (ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİ).....	103
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR

AD	:Adalet Dergisi
AİHK	:Avmpa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHF	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AY	:Anayasa
BKK	:Bakanlar Kurulu Kararları
bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
C	:Cilt
CD	:Ceza Dairesi
CGK	:Ceza Genel Kurulu
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DD	:Danıştay Dergisi
DEÜHF	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜHFY	:Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları
E	:Esas
f	:Fıkra
FSEK	:Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	:İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHFM	:İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHF	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JTGYY	Jandarma Teşkilat. Görev ve Yetkileri Yasası
K	: Karar
md.	: madde
MİT	:Milli İstihbarat Teşkilatı
Mük.	: Mükerrer
MVSHS	:Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
PVSK	:Poİis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG	: Resme Gazele
s.	: Sayfa
sk.	:Sayılı Kanun
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
vd	:ve devamı
vs.	:ve saire
Yar	; Yargıtay
YKD	; Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Kişinin özel ve aile yaşamını, konutunu ve haberleşmesini keyfi müdahalelere karşı koruyan özel hayatın gizliliği hakkı, bireysel tercihlere ve seçilen yaşam tarzına karışılmamasına özel alanında herkesin bağımsız ve özgürce hareket etmesini güvence altına alır. Hukuk sistemleri,kişinin, başkalarının ilgi ve müdahalesine kapalı tutmak istediği bu özel alanının mahremiyetini koruyacak pek çok somut düzenleme getirmiştir. Ancak, küreselleşmenin iletişim boyutunun, daha şimdiden, bu hakkın içeriğini Önemli ölçüde değiştirdiği ve mevcut güvence mekanizmalarını anlamsız hale getirdiği görülmektedir. Pek çok ülkede, kamuya ya da özel sektöre ait bilgisayarlar, kişilerin sağlık durumları, kariyerleri, medeni ve mali durumları, tüketim alışkanlıkları, hobileri ve iş hayatlarına ilişkin ayrıntılı bilgileri saklamaktadır. Bu bilgilerin kolayca ulaşılacak bir ortamda saklanmasının insan yaşamını kolaylaştıran bir yönü olduğu kuşkusuzdur. Ancak, sorun.bu tür bilgilerin kötüye kullanılması olasılığının çok yüksek olması ve denetim mekanizmalarının yetersiz kalmasıdır.Bilgi ve iletişim teknolojisindeki baş döndürücü gelişmelerin henüz yaşanmadığı dönemde, 1970'li yıllara kadar, özel yaşamın gizliliği hakkının, geçerli bir neden olmadıkça, kişiye adını, ad resini,yaşını, malvarlığını, adli sicilini, trafik ceza kayıtlarını, bankalara olan borçlarını, kredi kullanarak yaptığı alışverişleri ve daha bir çok bilgiyi açıklamama hakkı verdiğini söylemek mümkündü. Oysa günümüzde.bu tür bilgilerin çoğu, başkalarının kolayca ulaşabileceği kamuya ait veri bankalarında ya da Özel kuruluşların bilgi bankalarında saklanmaktadır. Bireyin özel yaşamına ait pek çok ayrıntı mahrem bilgi olmaktan çıkmış, dolayısıyla, özel yaşamın gizliliği hakkının koruduğu alan fiilen daralmıştır. Halen bu hakkın koruma alanı içinde olduğu kabul edilen bilgilerin ise, kişinin rızası olmaksızın açığa vurulmasının nasıl Önleneceği, etkili denetim mekanizmalarının nasıl kurulacağı bilinmemektedir. Postanın gizliliği, geçmişte, özel yaşamın gizliliği hakkının önemli bir boyutuydu. İster mektup, ister daha yeni araçlar olan telefon ve faks kullanılarak yapılsın, iletişimin gizliliği esas bu hakkın özüyüdü. Günümüzde iletişim, büyük ölçüde, bu tür araçlarla değil.mobil telefon, elektronik posta ve internet üzerinden yapılan yazılı.sesli ya da görüntülü veri transferi ile gerçekleştirilmektedir. Elektronik iletişi mahremiyeti, gizliliği sağlamaya yönelik yeni teknolojilere rağmen, kolayca ihlal edilebilir bir faaliyettir. Bu tür ihlaller, hem bireyler ve özel kuruluşlar hem de resmi kurumlar tarafından düzenli olarak yapılıyor. En saygın gazeteler, en güvenilir üretici firmalar, en büyük internet servis sağlayıcıları ve diğer üçüncü şahıslar, internet ortamına giren kişilerin ziyaret ettikleri sitelerin kayıtlarına ulaşarak, kişilerin eğilimlerini ve tercihlerini öğrenmekte, bu bilgileri ticari amaçlar için kullanmaktadır. İnternet'te dolaşmak, sokakta dolaşmaktan daha mahrem bir faaliyet değildir. Hukuk sistemleri,henüz, söz konusu izlemeyi hakkın ihlali olarak tanımlamamıştır. Kişinin rızası olmaksızın yapılan elektronik izlemenin yaptırımı bağlandığı ender durumlarda da, ihlalin tespiti ve failin

belirlenmesi son derece güçtür. Bu gelişmeler karşısında, elektronik iletişimin adeta kamuya açık biçimde yapıldığını söylemek mümkündür. Bundan sonraki gelişmelerin ne yönde olacağını, teknolojinin elektronik iletişimin mahremiyetini sağlayacak güvenli çözümler getirip getiremeyeceğini henüz bilinmemektedir. Şu anda görünen, yeni iletişim tekniklerinin mahremiyetini sağlamanın olağanüstü zor oluşudur. Belki de, kısa bir süre sonra, insanlar, iletişimin gizliliği esasının Özel hayatın gizliliği hakkının bir ögesi olmaktan çıktığına şahit olacaklardır.

Ceza muhakemesi hukuku, muhakeme dalı olarak, ceza yargılamasının usul ve esaslarını sistematik bir çerçevede düzenleyen hukuk dalıdır. Ceza yargılamasında görev alan kişi veya kurumların uyacağı kuralların, önceden düzenlenmiş olması, hukuk devleti ilkeleri bakımından önemlidir. Ceza yargılamasında, meydana gelen adli olayı aydınlatmak, kamu kudretini kullanan yetkililerin görevidir. Bireyin temel hak ve hürriyetleri ceza yargılaması işlemleri nedeniyle kısıtlanabilmektedir. Örneğin kişinin özgürlük hakkı yakalama, tutuklama veya gözaltına alma işlemleri ile kısıtlanmaktadır. Bu yönüyle de kamuoyu ve hukuk çevreleri tarafından titizlikle izlenmekte ve denetlenmektedir, söz konusu olayın failerin kısa sürede ortaya çıkarmak ve bu suretle kamu vicdanının rahatlamasını sağlamak ikincisi ise, suç ve suçluyla mücadelede insan hak ve hürriyetlerini her aşamada, ulusal ve uluslar arası bağlayıcı hukuk metinlerindeki kurallar ve hukukun temelinde yer alan genel ilkeler çerçevesinde gözetmek ve kollamak.

Bireyin temel haklarının, diğer kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek ve gerekli tedbirleri almak devletin görevidir. Devletin, bir diğer görevi ise, toplumun güvenliğinin temini, işlenen suçların aydınlatılması, suçluların en kısa sürede bulunup yargılanmalarının sağlanmasıdır. Devlet bu görevlerini yerine getirirken hangi kurallara göre hareket edecektir? Elbette ki, önceden belirlenmiş, kesin ve net kuralların olması, hukuk güvenliği bakımından önemlidir. Devletin uyması gerekli olan kurallar. Anayasa, Uluslar Arası Sözleşmeler, kanun diğer düzenlemelerle belirlenmiştir. Kişi hak ve Özgürlüklerinin devlet iradesi ile hareket eden kişi veya kurumlar tarafından da ihlal edilebilir.

Devlet tüm faaliyetlerini icra ederken, insan hak ve özgürlüklerini ölçü olarak almak zorundadır. Hukuk devleti olmanın gereği budur. İnsan hakları anlayışı, devleti bireye karşı sınırlayan Hukuk devletini Adalet hizmeti, devletin en iptidai görevlerinden birisidir. Söz konusu bu görev yerine getirilirken, devletin müdahale sınırı ve bireyin korunma alanı belirlenmiştir. Kamu gücünü kullanan kişi veya kurumlar, müdahalenin nerede başlayıp nerede bitmesi gerektiğini bilmeli ve buna göre hareket etmelidir.

Bireyin temel hak ve özgürlüklerinden olan, özel hayatın gizliliği hak ve hürriyeti, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda önemli bir yer teşkil etmektedir. Bir suçun aydınlatılabilmesi elde edilecek delillerle mümkündür. Delil elde etmek için girişilecek olan işlem ve tedbirler hemen hemen her zaman, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin bir kısmını ihlal etme so-

nucunu doğurmaktadır özel hayatın gizliliği hakkı, ceza muhakemesi işlemleri bakımından düşünüldüğünde, ihlale çok müsait bir mahiyettedir. Suçun delil ve emarelerini elde edilmesi amacıyla; kişinin üstünün, evinin veya konutunun aranması, telefon konuşmalarının dinlenmesi, evinin, işyerinin veya konutunun teknik araçlarla izlenmesi, kişinin fizik kimliğinin tespiti, vücudundan Örnek alınması birer ceza muhakemesi tedbiri olarak, Özel hayatın gizliliğini ortadan kaldıran işlemlerdir. Yine bununla birlikte, olayla ilgili olarak, kişinin yakalanması, gözaltına alınması, tutuklanması gibi işlemler de, dolaylı olarak özel hayata müdahale anlamı içerir. Diğer taraftan, her demokratik devlet, bireye kendi maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için uygun ortam ve şartları sağlamakla yükümlüdür. Delil elde etmek amacıyla, şüphelinin veya sanığın ifadesine başvurulması veya sorgusunun yapılması esnasında, onun onurunu kırarak, insan haysiyet ve şerefine sığmayacak tarzda uygulamalara gidilemez. Bu tür uygulamalar, bireyin maddi ve özellikle de manevi gelişiminde ciddi anlamda sorunlar doğurabilir.

Ceza muhakemesi kanunu, yukarıda belirttiğimiz tedbir ve eylemlerin esasların düzenleyen temel kanundur. Muhakeme işleminin, kim tarafından, ne zaman, hangi şekil ve usuller takip edilerek, ne kadar bir yoğunlukta uygulanacağı kanunla belirlenmiştir. Eğer kanunda belirtilen sınırlar aşılsa, duruma göre, elde edilen bilgi kullanılmayacak bir bilgi olur veya kanunla çizilen sınırları aşan kişinin cezai sorumluluğu sonucu ortaya çıkar.

Özel hayatın gizliliği hakkı, ceza muhakemesinde önemli bir yer teşkil etmektedir. Ceza muhakemesi işlemlerinin, özel hayatın gizliliğine nüfuz eden yönlerini anlamak için, öncelikle özel hayat kavramının ne olduğunu bilmek gerekmektedir. O yüzden çalışmamızın birinci bölümünde özel hayatın gizliliği hakkının özelliklerini, kapsamını, iç hukuktaki ve uluslar arası hukuktaki görünümünü inceledik.

Ceza muhakemesi işlemlerinin özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eder mahiyette olduğunu belirtmiştik. Çalışmamızın ikinci bölümünde ceza hukukunda düzenlenmiş bulunan özel hayatın gizliliğine karşı işlenen suçları ve ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirlerinin özel hayatın gizliliğine temas eden yönüyle hem eski kanun ve hem de yeni kanun hükümleri çerçevesinde ele aldık. 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK' nın özel hayatın gizliliğine karşı işlenen suçları karşılaştırmalı olarak ele aldık. Telefonların gizlice dinlenmesi konusunda karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir. Bunu takiben, hukuka aykırı delil konusunu, tarihi gelişim ve mukayeseli hukuk açısından inceledik. Bu kapsamda özellikle, özel hayatın gizliliği hakkına temas eden hukuka aykırı delil elde etme hallerin incelemeye çalıştık.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada veya hükümde kullanılıp kullanılmaması sorunu üçüncü bölümün konusunu oluşturmaktadır. Hukuka aykırı delil kavramı, yasak delil teorisinin amacını, yasak delillerin adil yargılanma hakkı bakımından değerlendir-

meşini bu bölümde açıklanmaya çalışılmıştır.

Ceza hukukumuzdaki yeni gelişmelerin ışığında yapılan bu çalışmanın faydalı olması en büyük arzumudur. Ancak, doğaldır ki, daha önceden hukuk sistemimizde yer verilmeyen kavramlar ve müesseselerin getirildiği bu yeni dönemde, kavramların yerli yerine oturmamış olması ve uygulamada yeknesaklığın sağlanamamış olması, bunlara ek olarak doktrinsel anlamda teorik çalışmaların sınırlı ve az sayıda oluşu, çalışmamızda eksikliğini hissettiğimiz hususlar olarak karşımıza çıkmıştır.

BÖLÜM-I

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAK VE HÜRİRİYETİNİN TEMEL HAKLAR ARASINDAKİ YERİ VE HUKUK METİNLERİNDE DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİ, KAPSAMI VE TEMEL HAKLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

özel hayat, herkesin, kişiliğini oluşturabilmek ve geliştirmesini sağlamak konusunda Özgürce hareket ettiği bir alan olarak tanımlanabilse de, özel hayatı bu şekilde bir iç alanla kısıtlamak ve dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı bir sınırlama olarak görülmektedir. O nedenle, başka insanlarla ilişki kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de özel hayatın kapsamında değerlendirmek gerekir, özel hayatın hukuki düzenlemelerde yapılmış bir tanımı yoktur. Bununla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında özel hayatın tanımı farklı şeklede yapılmıştır.

Avrupa insan hakları sözleşmesinde ve AİHM kararlarında da özel hayat kavramının tanımı yapılmamıştır. AİHM'e göre, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır.¹ Ancak, Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428 (19709) sayılı kararında, özel hayat, *"zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi"* biçiminde tanımlanmıştır.²

Doktrinde ise, özel hayat kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bunlara; "Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümleri"³, "herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar"⁴, "kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından

¹ KILKELLY Ursula, özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı Ankara, s. 7

² ÜZELTÜRK Sultan, 1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bela, İstanbul 2004, s.168

³ ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul 1982, s.127.

⁴ ÖZEK Çetin, Basın Hukuku, İstanbul 1978, s.259.

bilinmemesini istedikleri taraflar⁵", "bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluştur(ul)duğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı⁶" tanımlarını örnek olarak gösterebiliriz. Tanımlarda ortak olan husus, bireyin, birtakım durumlarının, başkalarınınca Öğrenilmesinin istenmemesi noktasıdır. Yapılan tanımlar, bireyin kendi hakimiyeti altındaki alanlarda, özgün bir yaşam sürdürmesinin önemini vurgulamaktadır.

Özel hayatın kapsamı incelenirken, gizlilik olgusunun da ele alınması gerekmektedir. Teorik olarak gizlilik hakkını, totaliter yönetimler dışında, tüm ülkeler kabul etmekle birlikte, neyin gizlilik kapsamına girdiği konusunda, uygulamada ciddi sorunlar mevcuttur. Bireyler hakkında, bireyin, gizli kalması gereken, kendine özgü ve bir başkasını ilgilendirmeyen, mesela, belli bir dini inanç sahibi olma, belli bir sosyal gruba dahil olma gibi, kişisel verileri⁷ gizlice toplama, bunları sınıflandırma, bu verilere dayanarak, bireyleri kategorilere ayırma ve en önemlisi de eide edilen verileri, ileride, şantaj ve tehdit vasıtası olarak kullanma gibi durumlar bir çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de sıkça gündeme gelmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 136. maddesinde, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmış ve bu alanda koruma sağlanmıştır.

B. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Kapsamı

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin şahsiyet hakkının (kişilik hakkı) unsurlarından biridir. Şahsiyet hakları kişinin, hayatı, vücudu ve sağlığı, şeref ve haysiyeti, özel hayatı ve gizli-

⁵ ATAAY Ay tekin, Şahıslar Hukuku, İstanbul 1978, s. 133.

⁶ ŞEN Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s.8.

⁷ AtHS ve AİHM uygulamalarında: Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, diğer kişisel bilgiler ile ilgili bilgileri içeren uygulamalar (Nüfus sayımı); Polis kayıtları gizli olsa bile polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi; tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması; vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi; sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi kişisel veriler kapsamında değerlendirilmiştir. DOĞAN Yusuf Hakkı, özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.eov.tr/makale/146.doc> erişim, 6/6/2005

likieri, resim ve sesi, ekonomik alanı, isim üzerindeki hakkı alt başlıklarını kapsayan geniş bir kavramdır.⁸

Bir başka açıdan kişilik hakları, maddi bütünlük üzerindeki haklar, manevi bütünlük üzerindeki haklar, sır çevresi ve gizlilik üzerindeki haklar ve iktisadi bütünlük üzerindeki haklar olarak da tasnif edilebilmektedir.⁹

Ne tür sınıflandırma yapılırsa yapılsın sonuçta vurgulanmak istenen husus aynıdır. Şahsiyet hakları, farklı hukuk disiplinleri alanında düzenlenen kurullarla koruma altına alınmıştır. Gerek kamu hukuku (Anayasa, Ceza, ceza muhakemesi vs.) ve gerekse özel hukuk (Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku vs.) alanındaki düzenlemeler incelendiğinde bu durum gözlemlenmektedir.

Şahsiyet hakkının bir unsuru olan özel hayat, kamu hukuku alanındaki düzenlemeler bağlamında geniş olarak aşağıda incelenecektir. Medeni hukuk anlamındaki özel hayat, bu kavramın temelini oluşturmakla beraber, her iki hukuk disiplininin konuya ilişkin düzenlemeleri önemli farklılıklar ihtiva etmektedir.

Özel hayatın, bireyin, kendi hanesinde veya dış çevrede hayatını dilediği gibi yönlendirebileceği, şekillendirebileceği, genişletebileceği, daraltabileceği hususları ihtiva eden bir kavram olduğuna yukarıda değinmiştik. Bireyin özel hayat alanını üç bölüme ayırmak mümkündür: Bunlardan birincisi, kişinin güven duyduğu kişilerle paylaştığı, bunlar dışındaki kişilere kapalı olmasını istediği "giz (sır) alanı", ikincisi, kişinin sır alanına girmemekle beraber ailesi, yakınları, ve arkadaşları gibi sıkı ilişkilerinin bulunduğu kimselerle paylaştığı "özel alanı", üçüncüsü ise, kişinin başkalarına da açık olan "ortak alanı"¹⁰. Kişiler bu belirttiğimiz yaşam alanlarında başkalarının gözlerinden ve kamu otoritesinin denetiminden uzak, serbest ve özgürce yaşama hakkına sahiptir. Bu anlamda kişi, bizzat Üzerinde taşıdığı eşyalarına, Özel kağıtlarına, kendi şahsi konutuna, diğer kişilerle yaptığı görüşmelere saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

İMRE Zahit, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması, İHFM C. 39, Sayı 1-4, 1974, s. 803

⁹ AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükmüleri Ve Kişiler Hukuku Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dördüncü Bası, Beta Yayını, İstanbul 2002, s.364..

¹⁰ ÜZELTÜRK, s.3

Buna karşılık kamu hayatı, kamusal alanda gözükür, herkesçe görülebilir, özel olarak bireye ait olandan ayrı ve herkes için ortak olan bir durumu ifade eder.¹¹

Hayatın, dışı açık, herkesçe görülebilecek bir yanı da vardır. Bu alanda, davranışların gizli kalması, başkalarına yansımaması mümkün değildir. İnsan toplumsal bir varlıktır ve yaşamını diğer insanlarla birlikte sürdürmektedir. Kişinin sosyal faaliyetlerini yürüttüğü ve herkesin gözlemlemesine açık hayat alanının gizliliği bahis konusu olmayacağından, gizlilik bakımından korunması da o oranda genel ve dar kapsamda olacaktır. Zira, bireyler, topluluk içerisindeyken, başkalarının kendilerini izlemesine, dinlemesine, gözlemlemesine zımni olarak rıza göstermiş durumdadırlar. Sır alanındaki koruma ise, "mutlak" anlamda bir korumadır ve daha geniş kapsamlıdır.

Özel hayatın, hukuki düzenlemelerle korunmasındaki temel tahrik noktası "hukuk devleti ilkesi" ve "insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi"dir. Söz konusu ilkelerin hakim olmadığı ülkelerde ise, keyfilik hakimdir ve özel hayatın gizliliğinin korunması bahis konusu değildir¹²

Özel hayatın gizliliği hakkı bir şahsiyet hakkının unsuru olmasının yanı sıra aynı zamanda bir "insan hakkı"dır. "İnsan Hakları", kelime anlamı olarak, insanın, sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar demektir. Günümüzde, bir bütün halinde, toplumsal yaşamı düzenleyen siyasal rejimlerin ve hukuki düzenlerin meşruluk kaynağı olarak algılanan insan hakları, temelde, insanlığın tarihsel süreç içerisinde meydana getirmiş olduğu kültürel değerlerin bir bi-

" DEMİR Songül, Hannah Arendt'de Özel Hayat Problemi, Felsefe Dünyası Dergisi, sayı 23, 1997, s.243

¹² ÖZTÜRK Bahri, Özel Hayatın Gizliliği Ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 11, c.4, 1992, s.5, Ana yasa Mahkemesi, 28.5.1987 tarihli Resmi Gazetede Yayımlanan 31.3.1987 gün ve E: 1986/24, K: 1987/8 sayılı kararında bu doğrultuda görüş ortaya koymuştur. Buna göre, "Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimlerde ihlal edenleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır."

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/KI999/KI999-01.htm> adresinden alınmıştır.

rikimini yansıtır.¹³ Özel hayatın gizliliği hakkının, günümüzde, hemen hemen her demokratik ülke yasa koyucusu tarafından anayasal metinlerde düzenlenerek, hukuki teminat alındığını belirtmek gerekir. Söz konusu düzenlemeler özünde, yukarıda da belirtildiği gibi, kişinin üstünün, özel eşyalarının, kağıtlarının, aranmaması bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi ve özel haberleşmenin gizliliğine dokunulamaması hususlarını kapsamaktadır.^M

Özel hayatın gizliliğinin kabul edilmesi ve korunmasının, bireyin kişisel özelliklerinin ve bireysel seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi açısından da önemi büyüktür. Birey, kendisiyle ilgili olanı kime, ne kadar, ne zaman, nasıl söyleyeceğini belirleyemiyorsa, seçim yapma konusunda, hayatını yönlendirme konusunda belirleyici olamayacaktır. Bu halde bulunan fertlerden kurulu bir toplumda da sağlıklı bir demokratik gelişimin olması beklenemez. Öte yandan, özel hayatın gizliliğinin korunması, fertlerin psikolojik gelişimi bakımından da oldukça önemlidir. Bir kimsenin sırlarının, onun rızası dışında öğrenilmesi ve bunun ifşa edilmesi o kişi için büyük bir tehdittir. Bu duruma düşen bireyin, kendisini toplum karşısında korumasız kalmış, alay konusu olmuş görmesi büyük bir olasılıktır ki, kimsenin bu duruma rıza göstermesi beklenemez.¹⁵

Özel Hayat, aslında, ortaçağda bir burjuva kavramı olarak, ayrıcalıkları üzerine titreyen sosyal bir sınıfın (burjuva sınıfı), bu ayrıcalıklardan dolayı komşularından uzak durmaya çalıştığı bir dönemde ortaya çıkmış, giderek toplumun bütün kesimlerine yayılmış ve toplumun tüm fertlerine tanınan bir hak haline gelmiştir.¹⁶

İçinde yaşadığımız çağ ise, insanlara, önceden olmadığı kadar kolay, ekonomik ve rahat iletişim ve hareket olanakları sunmaktadır. Fakat, buna paralel olarak, insanlar günlük faaliyetlerinden daha fazla kaygı duyar hale gelmişlerdir.¹⁷ Çünkü, modernleşme ve teknolojideki gelişme, bireyin özel hayatına müdahaleyi kolaylaştırıcı gelişmeleri de beraberinde getirmiştir.¹⁸

¹³ COŞKUN Vahap, İnsan Hakları Ve Rölativizm, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khiika/ihvr.htm>, Erişim 6 ekim 2005

^M ÖZBUDUN Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1997, s.265

¹⁵ COŞKUN Enis, Küresel Gözetim: Elektronik Gizli Dinleme Ve Görüntüleme, I. Baskı, Ankara, Ümit Yayınları, 2000, s.222

¹⁶ ÇİTÇİ Ahmet, Özel Hayat Hakkı Ve Gizli Kamera Kullanımı İle Kamu Yararı Arasındaki İlişki, <http://www.rluk.org.tr/doc/cifci.DOC>, Erişim 12 eylül 2005

¹⁷ DEMİR, s.247

¹⁸ ÜZELTÜRK, s.2

Yukarıdaki açıklamalar özel hayatın gizliliği hakkının korunmasındaki önemi ortaya koymaktadır. Ne Özel şahıslar ve ne de kamu görevlileri ve kamu kuruluşları, kişinin, bir anlamda da kutsal ve mahrem sayılan "Özel hayat alanı"na hukuka aykırı olara nüfuz edememlidir.¹⁹

özel hayatın gizliliği hakkı, ülkemizde iki açıdan değerlendirilerek koruma altına alınmaktadır. Birincisi, Özel kişilerin tecavüzlerine karşı korumadır ki, burada hem ceza hem de özel hukuk mevzuatı bu korumayı sağlayıcı tedbirleri içermektedir. İkincisi ise, Özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya devletin tecavüzlerine karşı korunmasıdır. Bu yönüyle de konu bir Anayasa Hukuku sorunu özelliğine bürünmekte ve bizzat anayasal düzenlemeler tarafından koruma sağlanmaktadır.²⁰

C. Temel Hakların Sınıflandırılması ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

İnsan hakları kavramı, ortaya atıldığından beri bir kısım sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Negatif statü hakları - aktif statü hakları - pozitif statü hakları ayırımı²¹, bireysel haklar - kolektif haklar ayırımı, insan hakları - yurttaş hakları ayırımı, koruyucu haklar - isteme hakları - katılma hakları ayırımı, şekli haklar - gerçek haklar ayırımı, kişisel haklar - siyasal haklar - ekonomik haklar - kültürel haklar Ödevler ayırımı, birinci kuşak haklar - ikinci kuşak - haklar - üçüncü kuşak haklar ayırımı. İnsan hakları kavramı, bir dinamizm ihtiva eder.

Son zamanlarda hukukçular tarafından sıkça kullanılan kuşak haklar teorisine kısaca değinmek istiyoruz. Birinci Kuşak Haklar olarak tarif edilen hakların oluşum dinamiklerini, 17. ve 18. yüzyılın sosyal felsefesinde bulmak mümkündür. Özellikle ticaret burjuvazisinin etkisi²², Amerikan bağımsızlık hareketi, Fransız devriminin getirdiği yeni kavram ve fikirler, bu hakla-

¹⁹ Anayasanın belirttiği koşullar çerçevesinde çıkartılan kanunların belirttiği şartları ve sınırları taşımak kaydıyla, yetkili kişiler tarafından yapılan müdahaleler bunun dışındadır.

²⁰ ÖZBUDUN, s.267

²¹ Bu ayırım klasik insan hakları düşüncesine göre yapılmaktadır. Kişinin devlet tarafından dokunulmamacak ve Özel hayatının sınırlarını çizen hak ve hürriyetler negatif statü, devletin bireylere karşı olumsuz bir eylemde bulunması veya hizmet getirmesi veya yardım etmesini isteme hakları pozitif statü hakları, kişinin yönetime katılmasını sağlama hakları ise aktif statü hakları olarak tanımlanmaktadır. KAPANI MOnci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları 7. Bası, Ankara 1993, s.6, KABOĞLU Ö. İbrahim, Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s.24

²² Burjuvazinin ayrıcalıklar üzerine kurulu feodal rejime karşı giriştiği mücadele özgürlük ve eşitlik kavramlarının doğmasına temel teşkil etti. Klasik anlamda hak ve hürriyetler kavramı bu mücadele sonucunda şekillendi. Bkz. KABOĞLU ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. bası, tmge Yayınevi 2002, s. 41

rın oluşumunda belirleyici olmuştur. Bu hakka sahip her bireyin, devlet karşısında dokunulmaz 'Özel alanı' vardır. Devlet bu alanı güvence altına alır. Yaşama hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı, düşünce özgürlüğü hakkı, ibadet özgürlüğü hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, mülkiyet hakkı, eşitlik hakkı, tarafsız yargılanma hakkı, seçme-seçilme hakkı gibi haklar bu kategoride gösterilir.

İkinci Kuşak Haklar. 19.yüzyılda başlayan, devletlerin daha çok sosyal sorumluklarına gönderme yapan haklarıdır. Bu gruba giren haklar devletin vatandaşa hizmet sunma görevleriyle ilintilidir. Sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sağlık, beslenme, kültür, çalışma hakkı gibi haklar ikinci kuşak haklar kısmına dahil edilir.

Üçüncü Kuşak Haklar olarak anlamlandırılan haklar ise, dayanışma ve katılım kavramlarında anlam bulur. Kuşak haklar kategorisinde aktivist bir yönelim vardır. Bu grup içinde çevre, barış, gelişme, katılım, seçilme, kültürel mirası koruma haklarını sayabiliriz. Kuşkusuz bu hakların bir bütün olarak anlam bulması, demokratik bir devlet yapılanması içinde mümkündür. Hukuk üstünlüğüne dayalı demokratik devlet yapısı insan haklarının gelişimi için de yaşamsal bir öneme sahiptir.²³

Bu saydığımız ayrımlar, kendiliğinden veya sadece teorik bir takım tespit olarak ortaya çıkmış değildir. Beşeri bir dinamizmin neticesi olarak, ortaya çıkan yeni gelişmeler ve ihtiyaçlar, zaman içerisinde farklı sınıflandırmaların yapılmasına zemin hazırlamıştır.

Özel hayatın gizliliği hakkı, gelişen teknoloji ve bireyin genişleyen yaşam boyutları göz önüne alındığında, hem birinci kuşak haklar arasında hem de ikinci ve üçüncü kuşak haklar kapsamında değerlendirilebilmektedir. Mesela; söz konusu hak hem kişi dokunulmazlığı (birinci kuşak hak), hem çalışma hakkı (ikinci kuşak hak), hem de çevre hakkı (üçüncü kuşak hak) ile ilgilendirilmektedir.³¹

"İnsan hakları" bir diğer açıdan "hak"ların özel bir grubudur. Bu hak grubu, insana, sırf insan olduğu için tanınan bir takım haklardan oluşur. O yüzden, bu hakka dayanan taleplerin, diğer taleplere karşın bir önceliği vardır. İnsan hakları, bir başka deyişle tabii haklar, doğumla birlikte kazanılan, doğrudan doğruya kişinin şahsına bağlı haklardır. Bu haklar, bir başkasına devredilemez, üzerinde tasarruf yapılamaz ve bu haklardan feragat mümkün değildir. Yine, tabii hak kategorisine girin haklar, herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Devlet de bu haklara

²³ŞEKER Aziz, İnsan Hakları Açısından Toplumsal Sorunlara Bir Bakış, <http://www.sosyalhizmeluzmani.org/insanhaklaribakisi.doc>, Erişim, 06.09.2005.

²⁴ ÜZELTÜRK, s.63, KABOĞLU, s 45

saygı göstermek ve olağan gelişimini sağlamak üzere, fiili ve hukuki her türlü önlemi almak ve gerekli düzenlemeleri yapmakla mükelleftir.²⁵

Modern anlamda "İnsan Hakları" kavramı ise, 16.ve 17.yüzyılda Batı Avrupa'nın siyasi, ekonomik ve toplumsal dinamiklerinden doğmuş ve bu kavramı ilk sistematize eden de İngiliz düşünür John Locke olmuştur. Bundan önce de kişilik hakkı vardı. Fakat, bu hak, insan hakkı olarak değerlendirilmiyor ve özel bir korumaya tabi kılınıyordu. Tabii haklar doktrinine göre, insanlar devletten önce ve üstün olan, sırf insan olmak nedeniyle sahip olunan bir takım haklara sahiptir. Bu haklar tabii haklar olarak adlandırılmıştır.²⁷

Özel hayat ve onun gizliliği kavramının, İnsan hakkı olarak tanımlanması ve bu çerçevede koruma altına alınması, 18. yüzyıl aydınlanma çağıyla birlikte ortaya çıkmış ve gelişim kaydetmiştir.²⁸ Burada bir noktanın altı Önemle çizilmelidir: İnsanlığın "insan hakları" için verdiği savaşın tarihi çok eskilere dayanmakla beraber, terim olarak, "İnsan Hakları"nın kullanılması oldukça yenidir. İnsan hakları terminolojisi incelendiğinde "insan hakları" teriminin İngiliz dilinde 1940 yılından önce neredeyse hiç kullanılmadığı görülecektir. Her ne kadar bu devirde "Doğal Haklar" ve "İnsanın Hakları" terimleri kullanılıyorduysa da, bu terimler günümüzün insan hakları penceresinden bakıldığında epey farklı fikirleri ve önemli uygulamaları ifade ediyorlardı. "İnsan Hakları" ifadesi İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yaygınlık kazanmıştır.²⁹

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ POZİTİF HUKUK ALANINDA DÜZENLENİŞİ

Özel hayatın gizliliği kavramı, hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanındaki hukuk disiplinleri içerisinde düzenlenmiştir. Konuyu devlet birey ilişkileri açısından *dikey ilişkiler*, ve birey-birey ilişkileri açısından *yatay ilişkiler* olarak nitelendirmek ve ele almak mümkündür. Dikey ilişkilerde. Özel hayatın gizliliğine müdahale, konut dokunulmazlığının ihlali, hukuka aykırı arama, izleme, haberleşme özgürlüğünün hukuka aykırı olarak ihlali şeklinde karşımıza çıkabilir. Yatay ilişkilerde ise, kişiliğe karşı yapılan saldırılar, temelde, haksız fiil hukukunun ilke ve esasları çerçevesinde ele alınmaktadır.³⁰

HAFIZOĞULLARI, s.4, **İMRE**, Kısaltma: Şahsiyet Hakkının... s.801 vd.

KAPANI, s.31, COŞKUN Vahap <http://www.diclc.edii.ir/dictur/suryayin/khuka/ihvr.htm>

KAPANI, s. 31

HAFIZOĞULLARI Zeki, İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı Ve Kişilik Hakkının Korunması, AÜHFD,c46, s 14, 1997, s. 1

COŞKUN Vahap, [hl\(p7/www.dicle.edu.tr/diclr/suyayin/khuka/itivr.h\(m\)](http://www.dicle.edu.tr/diclr/suyayin/khuka/itivr.h(m)), HAFIZOĞULLARI, s.3

ÜZELTÜRK, s.5

Özel hayat, kişilik haklarının bir unsuru olması yönüyle özel hukukun önemli bir konusunu teşkil etmektedir. Diğer yönüyle, bireyin sahip olduğu kişilik haklarının korunması ve dokunulmazlığının sağlanması için, insan hakları alanındaki gelişmelere paralel olarak, devletin olumlu veya olumsuz birtakım faaliyetler içerisine girmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu yönüyle de kamu hukukunun inceleme sahasına, özel olarak da Anayasa, Genel Kamu ve Ceza Hukukunun araştırma sahasına girmektedir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, her iki hukuk düzeni alanında düzenlenen özel hayat ve Özel hayatın gizliliği kavramı, aynı kaynaktan doğmasa rağmen, hukuki düzenlemeler bakımından farklılıklar taşımaktadır. Şahsiyet hakları kavramı, insan hakları kavramından bir yönüyle farklı bir kavramdır. İnsan haklarının kabulü, daha çok kamu gücüne karşı belirli bir sınır ve garanti koyma amacını güder. Şahsiyet hakkı ve bunun korunmasına ilişkin kurallar ise, ayrıca şahısların kişiye karşı davranışlarına karşı bir koruma getirmektedir.

A. Medeni Hukukta Özel Hayat ve özel Hayatın Gizliliği

Şahsın özel hayatının ve gizliliklerinin korunması hususunun, özel hukuk alanında, şahsiyet hakları kapsamında yer aldığını belirtmiştik. Bu bakımdan, özel hukukta, özel yaşamın ve gizliliklerinin korunması, şahsiyetin korunması ile ilgili hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Medeni hukuk anlamında şahsiyet hakları, kişinin ekonomik hayat alanı, şeref ve haysiyeti, isim ve resmi, Özel hayat alanı üzerinde sahip olduğu hak ve yetkilerinden oluşmaktadır. Söz konusu alanlara, üçüncü kişiler ve bazen de bizzat kişinin kendisi tarafından, hukuka aykırı saldırılara karşı³², medeni kanun, borçlar kanunu ve diğer yasalardaki düzenlemelerle yaptırımlar Öngörülmüştür. Dikkat edileceği üzere, kişinin bizzat kendisi tarafından yapılmasına rağmen, onun özgürce yaşama hakkını Önemli ölçüde kısıtlayan sözleşmeler, diğer bazı şartların da gerçekleşmesi halinde geçersiz sayılabilmektedir. Yani bir kimsenin, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan şahsiyet hakları üzerindeki tasarrufu sınırsız değildir. Bireyin, diğer kişilerle girişeceği hukuki işlemler, kişiliğin aşırı derecede sınırlanması sonucunu doğuruyorsa, bu durumda kişiliğin korunmasını öngören düzenlemeler devreye girecektir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması başlığı altında düzenlenen, *vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı koruma* üst başlıklı 23. maddesi aynen şu şekildedir:

Madde 23 - Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

³¹ İMRE, Kısaltma: Şahsiyet Hakkının..., s.801, AKİPEK-AKINTÜRK s.366

³² Doktrinde içe karşı koruma olarak da adlandırılmaktadır.

*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınır-
layamaz.*

*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli
mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getir-
mesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*

Türk medeni kanununun 24. maddesi ise, kişiyi, dışarıdan gelecek olan ve kişiliğe saldırı niteliğindeki hukuka aykırı fiillere karşı koruma sağlamaktadır. Medeni kanunu 25. maddesi, kişiliğe saldırı halinde açılacak davaları düzenlemektedir. Buna göre: Şahsiyete tecavüz hali söz konusu olduğu takdirde; tecavüzün men'i, maddi tazminat, manevi tazminat ve tecavüzden elde edilen kazançların vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edilmesi davaları açma hakkı tanınmıştır. Ayrıca doktrin, tecavüzün ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davalarını da kabul etmektedir.³³

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 26 ve 27. maddeleri ise, kişilik hakları içerisinde önemli bir yer tutan isim hakkını özel olarak koruyucu hükümler getirmiştir.

B. Karma Nitelikteki Hukuk Dallarındaki Düzenlemeler

Medeni hukukun dışında, özel hukuk alanında, kişilik haklarını koruyucu hükümler içeren düzenlemeler de mevcuttur. Birkaç örnek vermek gerekirse; borçlar Kanununun 49. maddesinde düzenlenen tazminat davası, şartları oluştuğunda, özel hayatına hukuka aykırı olarak müdahale edilen kişiye dava hakkı vermektedir. FSEK' in 85. maddesinde, kişinin mektupları üzerindeki hakkı ve yine telif hakkı, aynı kanun kapsamında, niteliği itibarıyla şahsiyet haklarından sayılması nedeniyle, bu husus da hukukumuzda koruma altına alınmıştır. Türk Ticaret Kanununu haksız rekabeti düzenleyen 58. maddesinde de, ticari sırlara yönelik tecavüzler karşısında tacirin, ticari itibarı ve ticari ayrıcalıkları koruma altına alınmıştır.³⁴ Özel hayatın gizliliği

" AKİPEK-AKINTÜRK, s. 367 vd.

** Bununla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239. maddesinin, "sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan Üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolünür" şeklindeki düzenlemesi, ticari sırrın korunması bakımında cezai yaptırım ön görmüştür. Suçun maddi unsuru her hangi bir elverişli hareketle ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri veya fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgileri yetki siz kişilere vermek veya ifşa etmektir. Yani sayılan türden bilgileri bunlarla temasa hakkı olmayanların öğrenmesini sağlamaktır. Bir bilgi veya belgenin açıklanan nitelikte olup ol-

ve korunması konusu, geniş bir alanı kapsayan niteliği itibarıyla, özel hukukun bir çok alanında düzenleme konusu olmuştur.

Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunu 4. maddesinin (f) bendi hükmüne göre de, "özel hayatın gizliliğine saygılı olunması" radyo, televizyon ve v eri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkelerindedir,

Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun yayın esaslarını düzenleyen 5. maddesinin (j) bendinde; "kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak," genel yayın ilkeleri arasında sayılmıştır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 19. maddesinde, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarda ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgeler; 21. maddesinde, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler; 22. maddesinde, haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgeler ile 23. maddesinde, kanunlarda ticari sır olarak nitelendirilen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler, bilgi edinme hakkının ve kanunun kapsamı dışında tutulmuştur.

C. Anayasalarımızda Özel Hayatın Gizliliği

1. Genel Olarak

Osmanlı devri anayasal düzenlemelerinde, özel hayatın gizliliği hakkında açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Çünkü, o dönemlerde Osmanlı toplumunda, henüz *birey* bilincinin gelişmediğini görmekteyiz. Sened-i ittifakın 1. ve 5. şartı, padişahın kişiliğinin korunmasından bahsetmektedir. Tanzimat fermanında kişilerin, ırz, namus ve malının korunması ve kişi güvenliğinden hareketle özel yaşamın da korunmasına doğru bir gidiş sezilmektedir. İslahat fermanında ise, inanç, dil, din, mezhep özgürlüğü gayrimüslimlere tanınırken, yine dolaylı olarak, kişilerin özerklikleri anlamında özel hayatın korunduğu görülmektedir. 1876 Kanun-i esasinin 22. maddesi Özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgili sayılabilecek bir hüküm getirmektedir. Söz

mediği, ilgili kanunda bu hususa ilişkin olarak belirlenen ölçütler dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir. ERDAĞ Ali İhsan, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar,<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, erişim 18/9/2005.

konusu hüküm konut dokunulmazlığı ile ilgilidir. Buna göre, yasaların kararlaştırdığı durumlar dışında, yetkililer meskene zorla giremeyeceklerdir.³⁵

2. Cumhuriyet Anayasaları

a) 1924 Anayasası

Cumhuriyetin ilk anayasasında, temel hak ve hürriyetler liste halinde sayılmıştır. Ancak, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde sistematik bir yöntem izlenmemiştir. Belirtelim ki, temel hak ve hürriyetler sistematik olarak, ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenecektir.

1924 Anayasasının beşinci bölümünde yer alan ve Türklerin kamu hakları başlığı altında düzenlenen 70. maddesinde, özel hayat kavramıyla yakından alakalı, kişi dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Madde aynen şöyledir: *Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağış, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarından*dır.

Anayasanın 71. maddesinde de, özel hayatla doğrudan alakalı olarak, cana, mala, ırza, konuta hiçbir türlü dokunulamaz, hükmü getirilmiştir. Yine, anayasanın 76. maddesinde de, kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz, hükmü getirilmiştir. 81 madde hükmü ise, postalara verilen kağıtlar, mektuplar ve her türlü emanetler yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz, şeklindeki bir düzenlemeyle, haberleşmenin gizliliği hakkını, anayasal güvence altına almıştır.³⁶

b) 1961 Anayasası

1961 Anayasasında, temel hak ve Özgürlükler ikinci kısımda düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel hükümler, ikinci bölümde, kişinin hakları ve ödevleri, üçüncü bölümde, sosyal ve iktisadî haklar ve ödevler, dördüncü bölümde ise siyasî haklar ve ödevler düzenlenmiştir. Sosyal hak ve ödevler, ilk defa sistematik olarak 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Bu 1961 Anayasasının getirmiş olduğu önemli bir yeniliktir.³⁷

1961 Anayasasında, özel hayatın gizliliği ve korunması hak ve hürriyeti ile ilgili hükümler, 14,15,16 ve 17. maddelerde düzenlenmiştir. 14. maddede *kişi dokunulmazlığı*, 15. maddede

ÜZELTÜRK, s.13

Madde metinleri için bkz <http://www.abchukuk.com/arsiv/1924anayasa.html>, erişim, 13/8/2005

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.72 vd.

özel hayatın gizliliği, 16. maddede *konut dokunulmazlığı*, 17. maddede ise, *haberleşmenin gizliliği* hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir.

Anayasanın 15. maddesine göre, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması esastır. Kanunu açıkça gösterdiği hallerde, usulünce verilmiş hakim karar olmadıkça; kamu düzeninin gerektirdiği hallerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri olmadıkça, kimsenin üstü özel kağıtları ve eşyası aranmayacaktır. Bunun yanı sıra, anayasanın 11. maddesinde belirtilen güvenceler, 15. madde açısından da geçerli kılınmıştır. Söz konusu hak, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yapılacak tüm bu düzenlemeler "hakkın özüne" dokunacak nitelikte olmayacaktır.

1961 Anayasasının sağladığı geniş özgürlük alanının, ilerleyen süreçte ciddi anlamda kötüle kullanılmaya başlandığı ve kamu düzenini bozucu toplumsal eylemlere ortam hazırladığı ileri sürülmüştür. Bozulan kamu düzeninin ana sebebi olarak görülen 1961 anayasası, bu sebeplerle 1971' de bir kısım değişikliklere tabi tutulmuştur. Anayasada, 1971 yılında yapılan değişikliklerle özel hayatın gizliliğine getirilen sınırlama artırılmıştır. Yapılan değişikliklerle, sınırlama sebeplerine milli güvenlik sebebi de eklenmiş ve bu sebebin varlığı takdir edildiğinde ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı aranmayacağı maddeye eklenmiştir.

3. 1982 Anayasasında Yer Alan Düzenleme

2709 sayılı 1982 Anayasasında, özel hayatın gizliliği hakkına yönelik düzenlemeler 20, 21 ve 22. maddelerle düzenlenmiştir. 1982 Anayasası, 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişikliğe uğramış, yapılan değişiklikler kapsamında, bahse konu bu üç madde de değiştirilmiştir. Anayasanın, 4709 sayılı kanunun 5. maddesiyle değişik 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği hak ve hürriyeti düzenlenmiştir. Buna göre *"herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* Yapılan değişikliklerin önemli bir kısmını özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler oluşturmuştur. Yapılan değişikliklerle, Anayasanın 13. maddesindeki, temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmış, temel hak ve hürriyetlerin, özlere dokunulmaksızın *"yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla"* sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Değişiklikle, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasının "adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır" şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden sonra, 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir nedenle, kişilerin özel hayatının gizliliğine dokunulamayacaktır."⁸

ÖZDEMİR Kenan, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, AD, Yıl 97, sayı 23, Eylül 2005, s.7

Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ne zaman, kimler tarafından, nasıl müdahalede bulunulabileceği ve bu müdahalenin hangi şartlarda hukuka uygun bir müdahale olacağı, Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında hükmünde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre, özel hayata müdahale; *milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hallerinden biri veya birkaçına bağlı olarak* mümkün olabilecektir. Bu sebeplerin varlığı bizatihi özel hayata müdahale için yeterli değildir. Belirtilen sebeplerden biri veya birkaçının gerçekleştiğinin kabul edilmesi, ancak hakim kararıyla mümkündür. Diğer kişi ya da kurumların, bu durumu tespit etme yetkisi her hangi bir yetkisi yoktur. Bununla birlikte, Anayasa, istisnai olarak, yukarıda belirtilen sebeplere bağlı olarak, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*, kanunla yetkili kılınan mercilerin yazılı emrine dayalı olmak kaydıyla, kişilerin üstünün, Özel kağıt ve eşyalarının aranabileceğini ve bunlara el konulabileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, yetkili mercinin kararını 24 saat içinde hakim onayına sunulacak ve hakim kararını 48 saat içinde kararını açıklayacaktır.

Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrası, özel hayatın gizliliği hak ve hürriyetinin sınırlanması bağlamında *Özel sınırlama sebepleri* olarak değerlendirilir. Bu nedenler, yukarıda da belirtildiği gibi, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Anayasanın ilk halden farklı olarak, *suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması*, yeni sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür. Buna karşın, *devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü. Cumhuriyetin korunması, genel asayiş, kamu yararı ve özel sınırlama sebebi olarak adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar* sınırlama sebebi olmaktan çıkartılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin genel ve özel sebeplerle birlikte ve üst üste sınırlanabilmesi yerine, sadece özel maddelerindeki sebeplerle sınırlanabilmesi daha özgürlükçü bir yaklaşımdır.¹⁹

Anayasa Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere, yeni sınırlama sebepleri AİHS 8/2 çizgisine yakın olarak düzenlenmiştir. AİHS de olup, 1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden sonraki şeklinde olmayan sınırlama sebepleri, *kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması* sebepleridir. Sözleşmenin 8. maddesinde belirtilmeyip de Anayasa'da düzenlenen sınırlama sebebi ise *kamu düzenidir*. Ancak, kamu emniyeti, ülkenin dirlik ve düzeni kavramları da kamu düzeni kavramının içerisinde olan hususlardır.¹⁰ AİHM' e göre, güvence altına alınmış bir hakka, kamu düzeni gerekçesiyle müdahale olanağı taşıyan hükmü dar çerçe-

TANÖR Üiilenl-YÜZBAŞIOĞLU Nemei, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2001

Değişikliklerine Göre), Yapı Kredi Yayını, İstanbul 2004, s. 139

ÜZELTÜRK, s.69, YARSUVAT, s 29

vede yorumlamak gerekir. Bunlar, ancak bireyin mahrem yaşamına ilişkin bir hakkın sınırlandırılmasını haklı gösterebilecek ağır nedenler olabilir. Birey, izlenen amaçla orantısız karışmalara karşı korunmalıdır.”

Anayasanın 20, 21 ve 22. maddelerinde yer alan haklara konulan sınırlamaların denetlenmesi, her olayın kendi somut çerçeveleri nazara alınarak değerlendirilecektir. Nitekim, AtHM de uygulamalarında, günün gerçeklerini ve gereksinimlerini göz önünde tutarak geliştirici ve ilerici bir yorumla özel hayat ve aile hayatı gibi kavramlara belli bir içerik kazandırmıştır.⁴ Tüm bunların aksine, söz konusu değişikliklerin, hem özel yaşamın gizliliği, hem konut dokunulmazlığı ve hem de haberleşmenin özgürlüğü ilkelerini, öncekine göre daha geniş bir biçimde sınırlandırdığı görüşü de ileri sürülmüştür.⁴³

1982 Anayasasının 21. maddesinin 4709 sayılı kanunun 6. maddesiyle değişik 21. maddesi *konut dokunulmazlığı* hak ve özgürlüğünü düzenlemiştir. Maddede konut dokunulmazlığı şu şekilde düzenlemiştir: *Kimsenin konuluna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim karar olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.* Anayasanın 21. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikler 20. maddede gerçekleştirilen değişikliklerle paralellik arz etmektedir.

Anayasanın 21. maddesinde yapılan en önemli değişiklik, konut aramalarında *hakim kararının* varlığını zorunlu bir şart olarak getirmesidir. Bu değişiklik, idari amaçlı olarak suç işlenmesinden evvel kolluk tarafından yapılan aramalarda, hakim kararını almak üzere, hangi merciin hakime başvuracağı konusunda tereddüt oluşturmuştur. Ancak, ön aramalarda (önleme araması-idari arama), gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, yetkili merci mülki amirlerdir. Yani kaymakam ve valiler bu konuda yetkilidir. Adli aramalarda ise, bu konuda herhangi tereddüt yoktur. Hakim ve istisnai bir durumun varlığı halinde savcı adli aramalarda yetkili mercidir.⁴⁴ Aramaya karar verme yetkisi, anayasal hak ve özgürlükler ile kamu düzenini koru-

"KABOĞLU.s. 298

⁴² YARSUVAT, s. 30

•" Uyum Yasaları, İnsan Hakları Hukuku... İzmir Barosu Yayını, s.28

^M YARSUVAT, s. 35

mak amacıyla hakimın yanı sıra Vali ve Kaymakama da tanınmıştır. (Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu madde 972) Eğer bölge, sıkıyönetime dahil ise sıkıyönetim komutanı da evde arama yapılabileceğini emredebilir (Sıkıyönetim Kanunu madde 3).

Kural olarak arama gündüz yapılır. Gece arama yapılabilmesi için gecikmesi halinde tehlikeye girebilecek bir durumun söz konusu olması gerekmektedir. Sadece bir takım ihbarlar ve eve birilerinin girip çıkması gibi nedenler gece arama yapmak için yeterli değildir.

Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı, kişinin Anayasa tarafından tanınmış temel haklarından, bu nedenle aramada kural, "hakim kararı" olmasıdır. (Anayasa madde 20/2-21 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 119 vd.) "Hakim karar" olmaksızın yapılacak aramalarda, polisin kişinin evine girerek arama yapabilmesi için, 'geciği takdirde önlenemez bir tehlikenin meydana geleceğini gösteren belirtilerin olması gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde, hakim kararı olmaksızın, kanunla yetkili kılınan merciin emri ile arama yapılabilir. (Anayasa madde 20/2, 21)

3.10.2001 Tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 22. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."

"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve Özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

İletişimin dinlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hakim kararının; ve gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranması ihtiyaca cevap verir bir düzenleme olarak görülebilir. Özellikle, suçla mücadeleyi testiyi kırmadan ve son derece ekonomik şartlarda yapan *istihbarat çalışmaları konusunda, savcının değil kanunla yetkili kılınacak bir merciin yetkili sayılması* Önemli bir düzenlemedir. Özellikle de, değişiklik hükmünde ayrıca ve özellikle *"istisnaların uygulanacağı kamu kurum*

ve kuruluşları kanunda belirtilir" denilmiş olması; bir istihbarat kanunu yapılmasının yolunu açması bakımından önemli olduğu söylenebilir.⁴⁵

Bu maddenin, koruma altına aldığı hak ve özgürlük bakımından iletişimin dinlenmesi önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM kararlarında uygulandığı gibi, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine "ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması" koşuluyla başvurulabilecektir. Nitekim AİHM, Klass ve diğerleri davasında " demokratik bir toplum kurumlarının korunması amacıyla" bu tedbirlere başvurulabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla bu tedbirin uygulama kapsamına girecek suçların sınırlı olması gerekmektedir. Avrupa ülkelerinde bu tedbire başvurmak için belirli suç grupları veya fiilen ağırlığı veya işleme biçimi bakımından belirli koşullar göz önüne alınarak düzenleme yapılmıştır.⁴⁰ Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanununun da, bu perspektifte düzenlemeler yer almıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesi iletişimin tespitini ancak belli bazı suçların araştırılması bakımından kabul etmiştir. Bu suçlar; göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (md 79,80), kasten öldürme (md 81,82,83), işkence (md 94,95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç md 102), çocukların cinsel istismarı (md 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (md 188), parada sahtecilik (md 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurmak (2,7,8 fıkralar hariç md- 220), ihaleye fesat karıştırma (md. 235), rüşvet { md. 252), suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini atlamak (md. 282), silahlı örgüt (md. 314) veya bu örgütlere silah sağlamak (md 315), devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (md. 328,329,330, 331, 333, 334, 335, 336,337) suçları, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (md. 12) suçları. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 78 maddede tanımlanan suçlar konusunda teknik dinleme yapılabilir ancak, bunların dışındaki suçlardan herhangi bir şekilde dinleme yapılamaz.

Yargıtay, yeni tarihli bir kararında konuya ilişkin görüşünü şu şekilde belirtmiştir; 5271 s CMK' nın, 5353 sk'nını 17. maddesiyle değişik 135. maddesi uyarınca, "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde edilmesi durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kaydı alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir".

⁵ ÖZTÜRK Bahri "2001 Anayasa Değişiklerinin Ceza muhakemesine Etkileri" 16. Hukuk İhtisas Semineri" Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları"18-21.04.2002, Çeşme/İzmir, <http://www.caginpolim.com.tr/13/10-1 I-12-13-14.hlm.erisim> 5/8/2005

¹⁶ DOĞAN, Özel Hayata..., <http://www.ccza-hb.adalet.aov.lr/makale/146.doc>

5353 sk' nın 17. maddesiyle değişik CMK." nın 135/6 fıkrasında, madde kapsamında "dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine" ilişkin hükümlerin fıkrada sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği Öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin delay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" yukarıda belirtilen CMK' nın 135, maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK.' nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakına bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkün olacaktır.⁴¹

D. Ceza Hukuku Alanındaki Düzenlemeler

1. Türk Ceza Kanununda

a) 765 Sayılı Ceza Kanunundaki Düzenlemeler

1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda, spesifik olarak, özel hayatla ilgili herhangi bir hüküm yer almış değildi. Ancak, özel hayatın uzantısı veya özel unsurları olarak kabul edilen, konut dokunulmazlığı ile muhaberenin gizliliğinin ihlalleri, birer suç olarak düzenlenmişlerdi/⁸ özel hayatı ve haberleşme hürriyetini ve bunların gizliliğini ihlal eden Fiiller, TCK m. 195 ila 200 arasında "Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmişti. Buna göre, bir kimsenin mektup veya telgrafının başkası tarafından, usûl ve nizam aykırı olarak, ele geçirilmesi ve bunun muhtevasının İfşa olunması; keza, telefon ve telsiz haberleşmelerinin bozulması da, bunun bir zarar husule gelmesine sebep olması şartı ile, suç olarak nitelendirilmişti.⁴⁹ Spesifik olarak özel yaşamın gizliliğinin ihlali halinde ise çoğunlukla, 'hakaret' ve 'sövme' cürümlerine ilişkin düzenlemelere başvurulmaktadır.

765 sayılı Ceza Kanununun sistematığına göre, sırrın masuniyeti (özel hayatın gizliliği) esas, ne mukavele esasına ne de kamu düzeni esasına dayanmaktadır. Yasa, sırrın açıklanmasını yasaklayarak, sır sahibinin özel ve kişisel menfaatini korumayı amaçlamaktaydı.⁵⁰

765 sayılı kanunun, 195/2. maddesiyle, telefon konuşmalarının, telgraf veya teleks haberleşmelerinin içeriğinin izinsiz öğrenilmesi fiilleri suç olarak kabul edilmişti.

⁴⁷ E:2005/14969, K:2005/20489, <http://qdalet.ore/ckarar.php>. erişim 13/12/2005

⁴⁸ DANIŞMAN Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s. 106.

⁴⁹ İMRE Zahit, Şahsın Özel hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHF, Y. 1976, c.39, sayı-4, s, 152 (Kısaltma: Şahsın özel...)

*° ÇAĞLAYAN Muhtar, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1962, s. 635

1982 Anayasası 22. maddesi ile "posta dokunulmazlığı ya da Özel haberleşme gizliğini güvence altına almak " suretiyle kişi hürriyetini teminat altına almaya yönelik bu hükmü ihlal eden eylemlerin yaptırımını, TCK m. 195'de "sırrın masuniyeti aleyhine cürümler" başlığı altında yer alan maddelerde düzenlenmişti.⁵¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. faslında yer alan suçları üç gruba ayırmak mümkündür.

- a) Özel bir sıfatı olmayan kimselerin işleyebilecekleri suçlar (TCK m. 195, 196, 197),
- b) Posta, telgraf ve telefon idaresi memurlarının işleyebilecekleri suçlar (TCK m. 200),
- c) Resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı dolayısıyla Öğrendikleri sırrı ifşa edenlerin suçları (TCK m. 198).⁵²

TCK m. 195/1'deki suçun faili, kendisine gönderilmiş olmayan kapalı haberleşme kağıtlarını, haksız surette açan veya açık haberleşme varakasını usul ve nizam hilafında eline geçiren kişidir. Suçun mağduru ise, haberleşme kağıdını gönderen veya alacak olan kimselerdir.⁵³

Yasanın, bu suçta korunan hukuki yarar bakımından, doğrudan doğruya korumak istediği husus, haberleşme özgürlüğüdür. Ancak bu koruma, haberleşme araçlarının ihlal edilmemesini sağlamak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, muhteva ikinci derecede Önemlidir. Yasa, görünüşte haberleşme araçlarını korurken, aslında bu araçlarla gerçekleştirilen haberleşme Özgürlüğünü korumuş olmaktadır.⁵⁴

TCK md. 195/1'de tanımlanan suç ancak haberleşme kağıtlarının açılması veya ele geçirilmesi şeklinde işlenebileceğinden, kağıtların açılmadan veya ele geçirilmeden içeriğinin teknik bir aygıtla öğrenilmesi gibi ya da başka suretle öğrenilmesi bu madde kapsamı dışındadır. Nitekim madde, bu haksızlığı belirtmek için "kasten" ibaresini kullanmıştır. Bu nedenle meşru bir amaç doğrultusunda bu nitelikte bir kağıdın açılması eylemi suç sayılmamaktaydı.⁵⁵

TCK md. 195'deki suçun oluşması için genel kast yeterli kabul edilmemiş, ayrıca özel kast (saik), bulunması şartı aranmıştır. Bu bakımdan gerek "açmak", gerek "ele geçirmek" fiilleri, kapalı veya açık haberleşme varakasının "içeriğini anlamak için" işlenmiş olmalıdır. Ancak

⁵¹ ARTUK M. Emin- GÖKÇEN Ahmei-YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınlan, 2002, s. 271

" ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 271

⁵³ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 272

⁵⁴ MALKOÇ İsmail, Son Değişikliklerle Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.S. 388

⁵⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.274-275

"içeriğini anlamak " amacına ulaşılmış olması şart değildir. Fiillerin böyle bir amaç için işlenmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Nitekim söz konusu saik, bu suçu diğer suçlardan ayırır, örneğin, bir zarfı açma ve ele geçirme fiili, zarfın; içeriğini öğrenmek için değil de içindeki parayı almak için yapılmışsa bu kez hırsızlık suçu söz konusu olur.⁵⁶

TCK md. 195/2, telefon konuşmalarının gizliliğine hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi ve zarara sebebiyet verilmesi halini suç saydığından; bu suçun, sadece iki taraf arasında geçen konuşmalara Üçüncü bir kişinin müdahalesi suretiyle işlenemeyeceği kabul edilmişti. Hükmün koruduğu hukuki yararın haberleşme hürriyetinin gizliliğinin korunması olduğu göz önüne alındığında, iki taraf arasında geçen telefon konuşmalarının, konuşmaların muhatabı olan bir tarafça kaydedilmesi ve diğer tarafın rızası olmaksızın açıklanması veya bir menfaat sağlamak için kullanılması ve neticede diğer tarafın maddi ya da manevi zarara uğraması fiili bu suç oluşturuyordu."

Nitekim Yargıtay bir kararında, birden fazla kişilerin bir araya gelip danışmanlık bürosu kurarak, kendilerine müracaat eden kişilerin (sanıkların) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında, telefon numaralarını da alarak, binaların dışında bulunan telefon kutularına dinleme ve ses kayıt cihazı takarak dinleme yapmaları ve bu şekilde elde ettikleri dinleme kasetlerini dinleme yapılmasını isteyen kişilere (sanıklara) vermek biçiminde oluşan eylemlerin TCK md. 195/2'deki suçu oluşturacağını ve bunun dışında söz konusu çeteye müracaat ederek, izletme gereği duydukları kişilerin telefonlarını dinleten sanıkların eyleminin ise TCK md. 195'de tanımlanan suçu oluşturacağını belirtmişti.⁵⁸

b) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundan Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Yukarıda (bkz. Sayfa 23 vd.) kısaca değindiğimiz bu konuyu burada ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

Kişilerin varlığının bir parçası olan özel hayat ve bunun gizliliği, telefon kullanımının yaygınlaşmasından Önce "duvarlarla çevrilmelidir", denilerek korunması amaçlanmıştır. Ancak günümüzde teknolojinin baş döndürücü gelişiminin bir sonucu olarak yeni teknoloji cihazlarına

SAVAŞ, Vural, MOLLAMAHMUTĞLU Sadık. Türk Ceza Kanunu Yorumu, c.2, Seçkin Yayını, Ankara 2000, s. 2208

ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s 280

Yargıtay 8. CD. E.2000/2Ü551, K: 2000/20678, T. I 12.2000, YKD c. 27, s.6, Haziran 2001, s. 946-947

karşı Özel hayatın gizliliğinin korunması için duvar, artık hiçbir şekilde engel teşkil edemez olmuştur.

Özellikle, telefon dinlemek suretiyle delil elde etmek, sadece kamu gücünü kullanan görevlilerin değil, özel kişilerce de farklı saiklerle, gizli dinlemeler yapılarak kasetlere kaydedilmesi şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Bu halde, elde edilen kaset kayıtları mahkemelerde delil olarak ileri sürülebildiği gibi medya aracılığı ile şantaj unsuru olarak da kullanılabilir. Hatta özel kişiler kendi aralarında geçen konuşmaları kaydederek, aralarındaki bir ihtilafın çözümlenmesi için de kullanmak istemektedirler. Ses kayıtlarını mahkemelerde delil olarak kullanabilmek için de kaydeden, doğal olarak, gizli olarak gerçekleştirdiği bir eylemle, ancak, anlam ve değer kazanacak kayıtlara ulaşılacaktır.⁵⁹

Devlet tarafından, dinleme tedbirine başvurulması başlıca iki nedene dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, adli amaçlı olarak suç delillerinin toplanması, ikincisi ise, ulusal güvenliğin korunması ve sağlanması, suçun önlenmesi ve bu sayede kamu güvenliğinin ve düzeninin sağlanması gibi amaçlarla yapılan idari dinlemedir.

Haberleşme hürriyetinin, Fransız Devrimi'nden Önce önemli bir hukuki korunmadan yararlandığı söylenemez. Özellikle, mektupların açılıp okunması gibi durumlara, ancak devrimden sonra engel olduğu görülmektedir. 1790 yılında kabul edilen haberleşme gizliliği, başlarda aşağı yukarı istisnasız bir gizlilik olarak kabul edildi. Zaman içinde, bu gizliliğin ihlalinin cezaları da arttırıldı. 1831'e kadar Fransa'da haberleşme gizliliğini ihlal eden memur, hemen cezalandırılmak sureti ile hakkın koruma amacı göz önünde tutulmaktaydı. Sonradan Yargıtay bu tutumunu değiştirdi. Bireyin haberleşme hürriyeti nedeni ile adalet zarara uğratılmamalıdır, görüşü hakim oldu. Suç ile savaş nedeni ile, birçok ihlalin cezalandırılmasından vazgeçildi.^m

Anayasamız haberleşme hürriyetine açıkça yer vermiştir. "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır"(md.22). Bireylerin anayasal olarak sahip olduğu bu hak ve özgürlükler, toplum çıkarlarıyla çatışmadan kullanılabilir hale getirilmelidir. Dolayısıyla, konumuz bakımından haberleşme hürriyeti zararlı unsurlarından arındırılmak suretiyle, kişi ve kamu yararına kullanılabilir hale getirilmelidir. Yani, hürriyetin olumlu içeriği tespit edilmelidir. Bundan sonra, ne tür hareketler bu hürriyeti İhla! edeceği açıkça belli olmalı ve gerekli koruma tedbirlerinin hangi hallerde alınabileceği gösterilmelidir. Bu anlamda, anılan hak ve hürriyetler ve bunlara getirilen sınırlama sebeplen düzenlenmek suretiyle, aynı zamanda, bu

COŞKUN, Küresel..., s. 49

TOSUN Öztckin, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFİM, c. 16, Sayı 3-4.Y.1976, s. 99

hak ve hürriyetler teminata da kavuşturulmuş olmaktadır. Her konuda olduğu gibi, haberleşme hürriyeti konusunda da öngörülen düzenleme, kesin bir şekilde obje ile fonksiyon halinde olmak zorundadır. Düzenlemeye konu olacak müessesesinin, gerçek anlamı ve fonksiyonu bilinmeden, herhangi bir düzenleme işlemine girişmek mümkün olmayacağı gibi, soyut bir zeminden hareketle yapılacak düzenleme işlemi de olumlu bir sonuç vermeyecek, hatta faaliyeti, amaçtan sapma gibi tehlikeli bir alana kayabilecektir.⁶¹

Günümüzde hemen her devlet, karmaşık casusluk olayları ve terör eylemlerinin tehdidi altında bulunmaktadır. Devletin bunlara etkin bir şekilde mücadele edebilmesi, ülkesinde hareket imkanı bulan yıkıcı faaliyetleri, gizlice gözetleme yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. O halde, demokratik bir toplumda da, istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur.⁶²

Bununla birlikte devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Zira, demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa, demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. O halde devletler kendilerince uygun görülen her önlemi alamazlar. Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvenceleri getirmelidir.⁶³

Yeni Türk Ceza Kanunu özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik olarak önemli düzenlemeler öngörmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 132-140 maddelerinde Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçları düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemelerde, yukarıda belirtilen çekinceler ve hassasiyetler göz önüne alınmış ve düzenlemeler bu bağlamda yapılmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu, özel hayatın gizliliği hak ve hürriyetini koruyan özel hükümler ihdas etmiş ve ülkemizin bu açıdan gelişme kaydetmesinin önünü açmıştır. Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, 5237 sayılı TCK'nın 132-140. maddeleri arasında düzenlenen suçlarla, AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde, özel hayatın korunmasına ilişkin eksikliklerin de büyük ölçüde giderildiği söylenebilir, Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemeler Anayasamızın 20-21 ve 22. maddelerine uygun olarak yapılmıştır. Bölüm başlığında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar tabiri kullanılmıştır. Ancak buna ilişkin maddelerde, hayatın gizli alanına dair başkaca herhangi bir ibare kullanılmamıştır

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Haberleşme Hukuku, AÜSBF Yayınları, No. 292, Ankara 1970, s. 15

ERDEM-ÖZBEK. 4442 Sayılı ...s. 263

ERDEM-ÖZBEK, 4442 Sayılı...s. 263

Türk Ceza Kanununun 132. maddesinin başlığı "*haberleşmenin gizliliğini ihtarda*. Suç, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin Öğren il mesiyle işlenmektedir. Burada maddi unsur, failin, içindekini öğrenmek amacıyla, kendisine gönderilmiş olmayan bir haberleşme aracını (telgraf, mektup, koli, kapalı zarf...) eline geçirmesi veya telefon konuşmalarını dinlenmesi suretiyle, haberleşmenin gizliliğinin ihlal etmesidir. Maddenin birinci cümlesinde düzenlenen suç, suçun temel şeklidir. Eğer bu suç, haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi suretiyle işlenirse, ceza ağırlaşmaktadır. Birinci cümledeki suçun oluşumu halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüş iken, ikinci cümledeki ağırlatıcı nedenin gerçekleşmesi halinde, ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.⁶⁴ Eski Ceza Kanunu haberleşmenin gizliliğini ihlali suçunu işlenmesi bakımından, söz konusu haberleşme araçlarını tek tek saymış iken, Yeni Türk Ceza Kanunu böyle bir sayım yolunu tercih etmeyerek, hükmün uygulama alanını geniş tutmuştur.⁶⁵

132. maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi fiili cezalandırılmıştır. İfşa, sözlük anlamıyla, *herhangi gizli bir şeyi açığa çıkarma, ortaya koyma, yaymada*. İfşa fiili, yayımlama ve yayma gibi haberleşmenin gizliliğini bozan her türlü hareketle yapılabilir. İfşa fiilinin mutlaka hukuka aykırı olması gerekir ki 132. madde kapsamında cezalandırılabilsin. Kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması halinde söz konusu suç oluşmayacağı ortadadır.⁶⁶

Maddenin 3.fıkrasında ise, kişinin kendisinin yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın, alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliği ihlal etmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Suçun oluşabilmesi için, ifşanın alenen yapılması gerekir. Bu bakımdan, kişinin kendisine gönderilen mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde suç oluşmaz. Buna karşılık mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın yayın yoluyla yayınlanması halinde bu suç oluşur.

Görüldüğü üzere, birinci ve ikinci fıkrada suçun faili, haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerken, üçüncü fıkradaki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan şahıstır.

EROL, s.686

ÜLKÜ, <http://www.ce/a-bb.adalet.gov.lrmakalcl50.pdf> 33516, erişim 3/8/2005

DOĞAN, Ö/cl Hayala..., [Iutp://www.ceza-hh.adalet.pov.İr/makale/146.doc](http://www.ceza-hh.adalet.pov.İr/makale/146.doc)

Yeni Türk Ceza Kanununun 133. maddesinde, *kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*, suç olarak düzenlenmiştir. Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlâl suçunun oluşabilmesi için, iki veya daha fazla kimse arasında yapılan konuşmalardan, taraflardan birinin rızası hilafına, bir aletle dinlemek, bunları bir ses alma cihazı ile kaydetmek, bunları basın yayın yoluyla yayınlamak, şeklindeki seçimlik hareketlerle işlenen suçlardır. Suçun oluşması için, örneğin, gizli bir mikrofonla dinlenmesi yeterlidir. Ayrıca kaydedilmesi zorunlu değildir. Yine bunları, bir ses cihazına kaydetmek durumunda bunları ayrıca dinlemek gerekmez.

Burada taraflardan birinin rızasının olması suçun oluşmasını önlemez. Çünkü, madde metninde, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın denilmekle, tüm tarafların rızası olduğu takdirde suç oluşmayacaktır.

Aleni olmayan söyleşinin ve diğer konuşmaların rıza olmadan ses alma cihazıyla kayda alınması suçunda maddi unsur, aleni olmayan bir söyleşinin ve sohbetin ve diğer konuşmaların, konuşanlardan birinin rızası hilafına ses alma cihazıyla kayda alma, bunları basın yayın yoluyla yayınlamaktır. Bu suçun oluşabilmesi için, söyleşinin aleni olmaması gerekir. Eğer söyleşi veya konuşma aleniye suç oluşmaz. Buradaki ses alma cihazı, hem ses hem de görüntü alınabilen cihazları kapsamaktadır.

Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlâl suçu; aleni olmayan söyleşinin ve diğer konuşmaların, rıza olmadan, ses alma cihazıyla kayda alınması suçlarında elde edilen bilgilerin, yarar sağlamak amacıyla kullanmak veya başkalarına vermek veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek durumunda oluşur. Seçimlik hareketli suçtur. Bir hareketin yapılmasıyla suç oluşur.⁶⁷

Türk Ceza Kanununun 134. maddesinde *özel hayatın gizliliğini ihlal* suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme. Anayasa ve AHİS' in 8. maddesi hükümleri göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç olarak sayılmıştır. Bireylerin gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin, bir kimsenin evinin gizlice gözetlenmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.⁶⁸

⁶⁷ ÜLKÜ, [150luipwww.ceza-adalet.gov.tr/makale/150.pdf](http://www.ceza-adalet.gov.tr/makale/150.pdf) 33516

⁶⁸ DOĞAN, Özel Hayat... <http://www.ceza-adalet.gov.tr/makale/146.doc>

Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçunda hukuka aykırı olarak elde edilen kişinin özel hayatına ait görüntü ve seslerin yayılmasıyla yetkisiz kişilerce öğrenmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu suçun oluşması için ifşanın hukuka aykırı olması gerekmektedir. Örneğin, Özel hayata ilişkin kayıtların savcılık ve mahkemeye verilmesi, duruşmada dinlenilmesi, gösterilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Peki özel hayata ilişkin görüntü ve ses dışındaki bir hususun ifşa edilmesi halinde bu suç oluşur mu? Bu durumda kanunun 134/1 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşur.

Kanunun 135. maddesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini suç olarak düzenlemiştir. *Kişisel veri* nedir? Ceza kanununda kişisel verinin tanımı yapılmamıştır. 135. maddenin gerekçesine kişisel veri, "gerçek kişilerle ilgili her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Belirli ya da kimliği belirlenebilir bir kişiye ait bütün veriler bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bu bilgilerin, amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Eğer sözü edilen kayıtlar hukuka aykırı olarak kayda alınmış ise bu suç oluşacaktır. Kişinin rızası, bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedenidir. Ayrıca, çeşitli kanun hükümleri uyarınca, bazı kamu kurumları tarafından verilen kamu hizmetinin bir gereği olarak, belirli nitelikteki kişisel verilerin, kanuna uygun şekilde kayda alınması halinde de, söz konusu suç oluşmayacaktır. Bu suç açısından, kişisel verilerin kağıt üzerinde ya da bilgisayar ortamında kayıt altına alınması arasında bir ayırım söz konusu değildir. Almanya gibi, kişisel verilere hukuka aykırı müdahaleler için ceza yaptırımını öngören sistemler olduğu gibi, Fransa ve İsviçre'de olduğu gibi ceza öngörmeyen sadece idari yaptırım ve tazminat Öngören sistemler de vardır. Bu yasa maddesi ile bizde getirilen sistem de, kişisel verilerin korunması konusunda ceza yaptırımının öngörülmesidir. Bu suçun ihdası ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalayarak taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine de geçerlilik tanınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. İkinci fıkrada sayılan bu haller, kişisel verilerin ihlalinin nitelikli halleri olarak sayılmasına rağmen, ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmemiş olması çelişki olarak değerlendirilebilir. Görüldüğü gibi, bundan böyle bir takım kurum ve kuruluşlar tarafından kişilerin sanatçı ruhu, avrupa birlikçi, göçmen, ikinci cumhuri-

yetçi gibi sınıflandırılmaları amacıyla bilgi ve veri toplanılması açık bir şekilde suç teşkil edecektir.⁶⁹

136. maddede ise, *kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi* suçu düzenlenmiştir. Bu maddede hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

Seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketin bir tanesinin yapılması yeterlidir. Seçimlik hareketin birden fazla olması veya hepsinin birden olması tek bir suç oluşturur.

TCK md. 136'da hukuka uygunluk sebepleri her ne kadar maddede Öngörülme de vardır (örneğin MİT Kanunu).

TCK md. 26'da düzenlenen bir hakkın kullanılması çerçevesinde gazetecilik mesleğinin icrası bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilir. Kişisel verilerin korunması kanun tasarisının 14.maddesinde, kişisel verilerin kamu yararı sebebiyle kaydedilebileceğine dair bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Yeni ceza yasamızda esas itibariyle basına getirilen kısıtlamalar, bu maddedeki düzenlemenin devreye girmesiyle hafifleyecektir.

136. madde düzenlemesine göre, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına veren, yayan ele geçiren kişi 1 yıldan 4 yıla kadar cezalandırabilecektir.

Kişisel verilerin kaydedildikleri veri kütüklerinden bilgilerin aktarılması söz konusu olabilir. Örneğin, internet üzerinde işlenen suçların faili, bu işlemleri rahatlıkla yapabilmektedir. Bunların delillendirilmesi kolay değildir, hele hele sınır aşan bir durum varsa, bunu ispatlamak daha da zordur. Bu nedenle, kanundaki vermek, yaymak, ele geçirmek nasıl ve hangi durumlarda hukuka aykırı olacağı konusunda düzenleme yapılması zorunludur.

138. maddede, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın, verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların, bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde uygulanacak ceza belirlenmiştir. Burada, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın, verileri yok etmek için görevli olanlar görevlerini yerine getirmezlerse cezalandırılacaklardır. Telefon dinleme kayıtları belirli bir süre tutulacaktır. Bu süre sonucunda, suç unsuru oluşturmayan şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya CMK. 135/1 md. gereğince hakim onayının alınmaması veya CMK.135/2 md.gereğince (anıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınıp veya alındığı sırada durumun fark edilmesi üzerine kayıtların yok edilme-

mesi, adli sicil kayıtlarının süresi dolduğunda yasal görevli olmasına rağmen Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından silinmemesi bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilir.⁷ Bu suçta, diğer suçların aksine ağırlaştırıcı sebepler öngörülmemiştir.

TCK md. 132-138 arasında yer alan özel hayatta ve hayatın gizliliği alanına karşı işlenen suçlarda genel olarak soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlı tutulmuştur.

Bu suçlar aynı zamanda uzlaşma kapsamında yer almaktadır. Ancak burada düzenlenen;

- 1- Kişisel verilerin kaydedilmesi (md.135)
- 2- Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (md.136)
- 3- Verileri yok etmeme (md. 138)

suçları şikayete bağlı değildir. Re'sen kovuşturmaya tabî suçlardandır.

Bu suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması 140.maddede düzenlenmiştir.

Eğer bu suçlar tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenmişse tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Örneğin, telekulak işi yapan bir şirketin faaliyet izni iptal edilebilir. (TCK md. 60)

Yine bu suçta kullanılan suç aletlerinin ve kazançların müsaderesine de karar verilebilir (TCK md. 54,55).

Yeni Türk Ceza Kanununun, kişinin özel hayatının gizliliğini koruyan hükümleri bu sayılardan ibaret değildir. Kanunun, hürriyet aleyhine işlenen suçlar bahsinde düzenlediği 124 maddesinde, *haberleşmenin engellenmesi suçunu* da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. 124. madde, kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halini suç saymış, suçun işlenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörmüştür. İfade edelim ki, cezaevinde cezası infaz edilen bir hükümlünün haberleşmesinde olduğu gibi, haberleşme hürriyetine bir kamu görevinin gereği olarak sınırlama getirilmesi hâllerinde, fiil hukuka uygun olduğu için, söz konusu suç oluşmayacaktır.⁷¹

Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kuruluşları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada, basın yayın organlarının yayının hukuka aykırı olarak engellenmesi suçu düzenlenmiştir.

⁰ GÖKÇEN, Hürriyete Karşı. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm - 25k

¹ GÖKÇEN, Hürriyete Karşı..., www.ee/a-bh.adalet.gov.tr/makale.htm - 25k

TCK' nın 120. maddesinde *haksız arama* suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hukuka aykırı olarak, bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin bu fiili, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Suçla korunan hukuki yarar Özel hayatın gizliliğidir. Kişilerin üzerinin ya da eşyasının aranması aynı zamanda insan haysiyetine de bir saldırı oluşturmaktadır.⁷²

Haksız arama suçunun oluşabilmesi için madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, kişinin, örneğin cebinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı olarak aranması gerekir. Eğer arama yetkisiz olarak girilen, bir konutta gerçekleşmiş ise fail aynı zamanda 5237 sayılı TCK' nın 116 ve 119. maddeleri çerçevesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılacaktır. Bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.⁷³

Ayrıca, hukuka aykırı olarak yapılan arama neticesinde elde edilen delil, CMK 206/2-a maddesi gereğince mahkemede delil olarak kullanılamayacaktır⁷⁴

5237 sayılı Kanunun 116. maddesinde *Konut Dokunulmazlığının İhlali* suçu düzenlenmiştir. Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine, rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Ceza hukuku bakımından konut, kısaca, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer olarak tanımlanabilir.⁷⁵ TCK' nın 116. maddesinde konutun eklentilerine rızaya aykırı olarak girilmesi veya rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak çıkılmaması konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturacaktır.⁷⁶ Bu şekilde bir düzenleme ile TCK, konut yanında konutun eklentisini de korunan mahal olarak belirtmiştir. Eklentinin ne olduğu kanunda tanımlanmış değildir. Ancak, konuta bağlı olan fakat, bitişik veya yakın olması şart olmayan, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza hilâfına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükununun bozulduğu yerler eklenti kabul edilebilecektir.⁷⁷

Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun faili herkes olabilir.

² GÖKÇEN, Hürriyetle Karşı...,www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm - 25k, ŞAFAK-BIÇAK, s. 173, EROL, s.634

³ GÖKÇEN, Hürriyete Karşı..., www.ccza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm - 25k

¹ ŞAFAK-BIÇAK, s. 174

⁵ ŞAFAK-BIÇAK, s. 168

⁶ EROL, s.602

⁷ GÖKÇEN, Hürriyete Karşı...,www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm - 25

Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun maddi unsuru, konuta, konutun eklentilerine rızaya aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak oluşturmaktadır. Gizlice veya hile ile konuta girilmiş olması halinde de rızaya aykırı girme söz konusu olacaktır.

Kanunda tanımı yapılmayan "girmek" hareketinin konut veya eklentisine yönelik olması gerekir. Bu bakımdan girmek denilince, konut veya eklentisine "girmek" anlaşılmalıdır. Failin konut veya onun eklentisine bütün vücuduyla fiilen dahil olması halinde maddi unsurun bu şekli gerçekleşir. Failin vücudunun bir kısmının konuta girmiş olması, suçun tamamlanması bakımından yeterli değildir. Böylece bir kimsenin konut veya eklentisine yönelik dışarıdan yaptığı çeşitli hareketler (örneğin, konutun penceresinden içeriye bakma, kapıya kulağını dayayarak dinleme, eklentinin sınırlarını belirleyen duvardan içeriye bakma, cama taş atma ya da camı tıkrıdarma, dış kapı zilini çalma, telefon etme) konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturmaz.

Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden ikincisi, hak sahibinin rızası ile girilen konuttan "çıkılmamak" tır. "Çıkılmamak" fiilinin meydana gelmesi, hak sahibinin söz, hareket ve tavırlarıyla kendisini çıkmaya davet etmesine rağmen, failin rıza ile girilen yerden ayrılmamasına bağlıdır.

Suçun oluşması için hak sahibinin rızasının bulunmaması şart olduğundan konuta veya eklentisine "rıza hilâfına" girilmesi veya rıza ile girildikten sonra "rıza hilâfına" çıkılmaması gerekir. Ancak, kanunumuzda "rıza hilâfına" kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. İfade edelim ki, bu tabir "konuta izinsiz olarak girmek" anlamına gelmez. Zira insanlar arasındaki günlük hayat, konut veya eklentisine girmek için her defasında izin alınmasının şart koşulmasına elverişli değildir.

"Rıza hilâfına" kavramı, failin, konuta girmek veya girdikten sonra çıkmamak ile hak sahibinin iradesine aykırı hareket ettiğini bilmesi ya da hak sahibinin girmesine veya çıkmamasına izin vermeyeceğini tasavvur etmesi anlamına gelir. Böylece rızanın bulunmadığı sarih ya da zımni olarak belirtilebilir. Çünkü, hak sahibinin rızasının olmaması fail bakımından psikolojik bir engeldir ve rıza bulunmadığı hallerde, fail hak sahibinin iradesine aykırı hareket etmektedir.

Hak sahibi iradesini yazılı veya sözlü açıklayabileceği gibi bazı işaret ve maddi engellerle de ortaya koyabilir (örneğin, bahçenin etrafını yüksek duvarlarla çevirmek, bahçe kapısına zil, kilit takmak gibi). Ancak, suçun gerçekleşmesi için mutlaka engellerin bulunması ve failin bunları aşması şart değildir. Nitekim konutun veya eklentisinin kapısı açık da olsa, hak sahibinin rızası yoksa suç oluşur.

Bazı hallerde hak sahibinin rızasının bulunmadığı hal ve şartlara göre olayın niteliğinden anlaşılır. Örneğin, rıza ile konuta girildikten sonra konut sakinlerine karşı hukuka aykırı davranışlarda bulunulması halinde hak sahibinin, failin konutta bulunmasına rıza göstereceği düşü-

nülemez.

Konut dokunulmazlığını ihlâl fiili sırasında hak sahibinin konutta bulunması şart değildir. Ayrıca onun veya konuttaki başka birinin hukuka aykırı eylemleri faile konuta girilmesi hususunda bir hak vermez.

Sonuç olarak, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunda fail, hak sahibinin sarıh veya zımni olarak belirtilen iradesi hilâfına konuta girmeyi istemiş ve bunu gerçekleştirmiş olmalıdır. Buna göre, hak sahibinin rızasının bulunmadığı fail tarafından ya bilinir ya da hal ve şartların sonucu olarak olayın niteliğinden bilinmesi gerekir.

5237 sayılı Kanunun 116. maddesinin 2. fıkrasında yeni bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

765 sayılı TCK' nın 193. maddesinde yer alan suçun oluşması bakımından rıza hilafına konuta veya eklentilerine girmek veya rıza hilafına çıkmamak gereklidir. Ancak söz konusu maddede, rızanın kim tarafından açıklanacağı hususuna yer verilmiş değildir. 5237 sayılı kanunun 116. maddesi ile evlilik birliği içinde aile bireylerinden birinin, müşterek kullanılan konutlarda, bu konutu kullananlardan birinin rıza beyan edebileceği ifade edilerek konuya açıklık getirilmiştir. Rızanın açıklanması halinde fiil hukuka uygun olduğundan söz konusu suç oluşmayacaktır. Konuta girişin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, rıza beyanı meşru bir amaca yönelik olmalıdır. Örneğin, konuttaki teknik bir arızanın giderilmesi için diğerinin bilgisi olmaksızın eşlerden birinin tamircinin konuta girmesine rıza göstermesi halinde bu rıza geçerlidir. Ancak eşlerden birinin bir başkasını zina yapmak üzere konuta kabul etmesi halinde, rıza hukuka uygun olmayacak ve konut dokunulmazlığını ihlâl suçu gerçekleşecektir.⁷⁸

5237 sayılı Kanun ile getirilen bir başka yeni düzenleme I 16. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; *"birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında islenmesi hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolünür"*. Bu husus 765 sayılı TCK' da yer almamakla birlikte "Memurun Konut Dokunulmazlığı Suçunu" düzenleyen 194 üncü maddede memurların efradın ticarelgahları veya idarehaneleri gibi hususi mahaller usulsüz olarak araştırılırsa, failin cezalandırılacağı hükmü bulunmaktaydı. Maddenin gerekçesinde de görüldüğü üzere, burada konul dokunulmazlığından ayrı bir suç bulunmaktadır. 116. madde-

nin 1. fıkrasında tanımlanan fiillerin, rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde fail cezalandırılacaktır.⁷⁹

Kanunun 119. maddesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçunun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanununun, özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hak ve hürriyeti ile ilgili bir diğer hükmü de. kanunun 285. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlali suç olarak hükme bağlandıktan sonra, aslında suçsuzluk karinesi bakımından çok önemli olmanın yanında, özel hayatın gizliliği ile de doğrudan ilgili bulunan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını ve toplum tarafından soyutlanmaların neden olabilecek şekilde görüntülerinin yayınlanması hali için de ceza öngörmüştür. Söz konusu maddenin 765 sayılı kanunda karşılığı yoktur. Bununla birlikte, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma veya nakletme fiilleri açısından da cezai hüküm öngörmüştür. Kanunun 286. maddesinde düzenlenen suçun özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hakkının korunması bakımından da önemli olduğu ortadadır.⁸⁰

Yeni Türk Ceza Kanununun, 287. maddesi de, yetkili hâkim veya savcı kararı olmaksızın, bir kimsenin genital muayeneye gönderilmesi veya muayenenin yapılması da suç sayılmıştır. Buna göre, bu fiili işleyenler cezalandırılacaktır. Bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ve bunun için gerekli ortamın sağlanması devletin görevlerinden birisidir. Maddi ve manevi bütünlük, aynı zamanda özel hayatın bir parçasıdır. Dolayısıyla hükmün özel hayatın korunması açısından da değerlendirilmesi mümkündür.

2. Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Gizliliği ve Özellikle Telefon Dinleme Tedbiri

a) Genel Olarak

Suç işleyen kişilerin de, suç işlemek veya işlenmiş olan suçlara ait izleri gizlemek için, teknolojinin sunmuş olduğu telefon ve benzeri araçlardan yararlandıkları bir gerçektir. Bu sebeple, amacı maddi gerçeği bulmak olan ceza muhakemesinin, telefon ile yapılan görüşmelerden bilgi sahibi olması ve telefon ile yapılan haberleşmeyi denetleyebilmeyi öngören hükümler getirmesi mantıklıdır. Bu aynı zamanda, amacı hukuki güvenliği sağlamak olan hukuk devletinin de bir gereğidir. Fakat, kişinin haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi temel

anayasal haklarına müdahale teşkil eden telefon ile yapılan haberleşmenin denetlenebilmesi için kanuni düzenlemelerle, koşulları ve sınırlarının belirlenmesi lazımdır.⁸¹

Hayatın gizli alanı; hayatın sadece bireyi ilgilendiren ve ondan başkasının bilemeyeceği kısmı olarak tanımlandığı ve mutlak olarak korunduğu, bu nedenlerle, hayatın gizli alanı ile ilgili delillerin yargılamada delil olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre, örneğin, suç teşkil etmemek şartıyla kişinin cinsel yaşamı yalnızca kendisini ilgilendirdiğinden, yargılamada bu hususlarla ilgili olarak kişiye herhangi bir soru sorulamayacak, keza bu hususta herhangi bir araştırma yapılamayacaktır. Aynı şekilde, kişinin dini düşüncesi ile, belli bir konuda ne gibi bir düşünceye sahip olduğu da bireyin yaşamının gizli alanına ait olduğundan bu hususlar yargılama konusu olamayacak, delil olarak değerlendirilemeyecektir.

Özel hayat ise, herkesin değil, yalnızca insanın yakınları tarafından bilinen yahut bilinebilen hayat alanı olarak tanımlanmıştır. Hayatın gizli alanından farklı olarak, özel hayatın nispi bir korumaya mazhar olduğu, özel hayat ile ilgili olarak elde edilen delillerin değerlendirilip, değerlendirilmemesinin Anayasa ve yasalar çerçevesinde kamu yararı ve oranlılık ilkesi nazara alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

Gerçektende, özel hayatlarına ilişkin olarak, yakınlarıyla yaptığı konuşmaların, sırların başkalarının dinlenilmesi suretiyle öğrenildiğini bilen bireylerden kurulu bir toplumun çehresi değişir. Böylece ürkek, korkak ve kendini özgür hissetmeyen esir insanlardan kurulu bir topluma dönüşebilir. Böyle bir sonucu önlemek hukuki esas ve kuralları tespit etmek ve gerekli hukuki tedbirleri almak zorunludur.⁸²

Ceza muhakemesi, suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirilecek işlemlerin ne şekilde yürütüleceğinin usul ve esaslarını düzenlemesi açısından, suçun ortaya çıkarılması ve adaletin tam ve gerçek olarak tesisi için, bir takım faaliyet ve işlemlerin icra edilmesini gerektirmektedir. Söz konusu muhakeme işlemleri, çoğu zaman bireyin en temel hak ve hürriyetlerini sınırlayıcı tedbirlerin alınmasını öngören işlemleri gerektirmektedir. Örneğin, tutuklama bir yargılama tedbiridir. Tutuklanan kişinin serbest hareket özgürlüğü, güvenlik hakkı, seyahat özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. Yine, arama da bir yargılama önlemi işlemi niteliğindedir. Kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri üzerindeki hakimiyeti arama işlemi nedeniyle, onun rızası olmasa da, belli bir zaman aralığında kaldırılmaktadır. Bu bağlamda, arama, kişinin, özel hayatının gizliliği

KAYMAZ Şeydi, Mevcul Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi İBD, c. 70, 1996-10-11-12, s. 796, (Kısaltma: Mevcul Yasal Düzenleme...), ERDEM M. Rıuhan, ÖZBEK V. Özer, 4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde U/akla Haberleşmenin Denellenmesi, DÜHI-'Y. Scyfullah EDİŞ Armağanı, İzmir-2000, s. 252

İMRE, Şahsın Özel..., s 150

hakkını, konut dokunulmazlığı hakkını ihlal edici bir mahiyet arz eder. Ancak, kişinin anayasal düzeyde korunan hak ve hürriyetlerinin, yine anayasada belirtilen çerçevede, kanunla sınırlanabilmesi mümkündür. Suçun işlenip işlenmediğinin tespiti ve eğer suç işlenmişse delillerin elde edilmesi amacıyla yapılacak işlemlerin, ne zaman, hangi amaçla, kim tarafından, hangi zaman zarfında, nerede ve nasıl yapılabileceği konusundaki düzenlemeler esas itibarıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun bir çok düzenlemesi, özel hayatın gizliliği ve korunması hak ve hürriyetini doğrudan ilgilendiren hükümlerdir. Arama, elkoyma, iletişimin tespiti, haberleşme araçlarının denetimi, teknik araçlarla izleme, delil elde etmek amacıyla kişinin vücudundan çeşitli örnekler alınması gibi hususlarını düzenleyen hükümler, kişinin özel yaşamına ve özel yaşamın dokunulmazlığına müdahaleyi caiz kılmaktadır.

Telefonların gizlice dinlenmesi suretiyle delil elde edebilme yöntemi dışında bir yöntem daha vardır ki, burada dinleme yapılmamakta fakat telefon kayıtlarından kiminle görüşüldüğü, görüşme yapanların kimlik bilgileri ve adreslerine ulaşılmakta ve bu şekilde delil toplanmaya çalışılmaktadır.⁸³ Buna kısaca sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de denilebilir.

Haberleşme hürriyetine müdahaleye, hangi şekilde olursa olsun hukuka uygunluk kazandırılmak istendiğinde, esas olan, hakimden izin kararı çıkartabilmektir. Kanun koyucu, buna bir istisna getirmiştir; o da, somut durumda gecikmesinde zarar umulan hallerde cumhuriyet savcısının sahip olduğu yetkidir. Fakat, bu yetkide de, el konulan belgelerin incelenmeksizin hakime sunulması gerekmektedir. Aynı şekilde, telefon kayıtlarına ve buralardaki bilgilere ulaşmak hususunda adli kolluğun, hakimden karar elde etmesi, eğer somut olarak gecikmesinde zarar umulan bir hal bulunmakta ise, bu durumda elde ettiği kayıtları incelemeksizin hakimin bilgisine sunması ve hakimin izin vermesi halinde delil toplayabilmesi mümkün görülmelidir.*⁴

Temel hak ve özgürlük niteliğindeki hakların, yasa koyucu tarafından ancak, demokratik bir toplumda duyulan somut zorunluluklara uyumlu ve gerekli olan böyle bir amaçla ve yasayla kapsamı belirtilip "ölçülülük ilkesi" doğrultusunda belirli bir takım sınırlamalar getirilebilmesi mümkündür. Böylelikle, keyfiliğe mahal vermeyecek şekilde kişilerin haberleşme özgürlüğü, özel hayatı ve bunların gizliliği güvence altına alınmak istenmiştir. Ayrıca her hakkın bir öz, bir çekirdek alan içerdiğini varsayan "öze dokunma yasağı" ilkesini de burada oranlılık ilkesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bir hak ve özgürlük, güvence altına aldığı yaşam alanının her kesitini aynı yoğunlukta korumaz. Birbiri içine geçmiş iki daire örneğiyle betimlemek ge-

ŞEN, Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim ... s.238

ŞEN. Türk Ce/a Yargılaması Hukukuna Hakim...,s. 239

rekirse, içerde kalan daire söz konusu hakkın vazgeçilmez unsurlarını içerir. Bu unsurlara dokunmak, o hakkı yok etmek demektir. Hakkın varlık nedenini oluşturan bu çekirdek kısım da az korunmuş unsurlarla çevrelenmiştir. Nitekim AİHM' de "insan haklarının sınırlanması için sözleşmenin aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olması" nı aramaktadır.³⁵

Dolayısıyla yetkili makamlara tanınan müdahale hak ve yetkisinin sınırını, boyutlarını ve uygulanış şeklini yasa yetirince açık bir şekilde çizmelidir ki, yetkili makamların, AİHS 8. md' de yer alan meşru amaçların varlığını bahane ederek vuku bulacak mesnetsiz, hukuka aykırı tecavüzlerine karşı, kişi hak ve özgürlükleri korunabilsin. Bu bakımdan dinleme tedbirine başvurulma şartları tereddüde ve geniş olarak yorumlamaya imkan vermeyecek nitelikte açıkça teşhis edebilir olmalıdır.⁸⁶

b) Haberleşmenin Gizliliği ve Gizliliğin İhlali

Konuyu yukarıda ayrıntılı şekilde el almışlık.⁸⁷ Burada, Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde değerlendirme yapacağız.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, telefon, teleks, telefaks, telsiz ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyallerle yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin denetlenmesini ve araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini ifade eder.⁸⁸

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini ifade etmektedir. İletişimi sağlayan araçlar çok geniş ve ağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif ekipmanlar olup, telefon faks bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçlardır. Bunların sinyalleri yazıları resimleri, görüntü ve seslerin dinlenmekte ve tespit edilmektedir.⁸⁹

KUNTER Nuruıllah-VENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Bası, Bela Yayını, İstanbul 2000, s. 609

KUNTER -YENİSEY, Muhakeme Hukuku, s. 692

bkz. Sayfa 26 vd...

MALKOÇ İsmail-YÜKSEKTEPE Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ce/a Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kırabevi-2005, s.370

DOğAN, Gidi Muhakeme ...,<http://www.ceza-bb.adalei.gov.tr/makale/!45.doc>

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde ceza muhakemesi dışında Önleyici amaçla ve istihbarat amacıyla başvurulabilmektedir. CMK da, söz konusu tedbirin uygulanması, bir suç dolayısıyla ceza soruşturma yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, delil elde etmek amacıyla, halen işlenmiş olan bir suçun kovuşturmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir.⁹⁰

c) Gizli Soruşturmacı (CMK 139 vd.)

Gizli soruşturmacı kavramı ile kışkırtıcı ajanı birbirine karıştırılmaktadır. Ancak bu iki kavram birbirinden farklı kavramlardır. Ceza Muhakemesi Kanunumuz, kışkırtıcı ajan uygulamasını kabul etmemiş, ancak, gizli soruşturmacı uygulamasını kabul ederek 139 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Kışkırtıcı ajanın, bir kimseyi suça sevk etmesinin sebebinin, doğrudan doğruya suçtan doğan neticeyi istemek değil, suçun dışında kalan bazı çıkarları istemesinden ibarettir. Bu husus dikkate alındığında, esas olarak, işlediği suçun neticesini isteyen kışkırtıcı ajanın azmettireninden farklı olduğu söylenebilir. Ancak, suça yabancı bu çıkarların elde edilmesi, suçun neticesinin gerçekleşmesine bağlı bulunduğu hatırlanacak olursa, kışkırtıcı ajanın suçun neticesini hiç istemediğini savunmak zorlaşır. Kışkırtıcı ajanın suça sevk edici hareketlen neticesinde suç işlenmiştir. Ve eğer suçu bu etkiyle işleyenin kafasında daha önceden bu suçu işleme düşüncesi yokken bu yapılmışsa, kışkırtıcı ajan azmettirmeden sorumlu tutulur. Gizli soruşturmacı ise, hiçbir zaman ne asli ne de ferî faildir. Gizli soruşturmacı, sadece girdiği suç örgütünün sınırları içerisinde kalarak, organizasyonun zaten işlemekte olduğu suça iştirak edebilir.⁹¹

Gizli soruşturmacı hakim kararıyla görevlendirilir. Gizli soruşturmacı kamu görevlisi olmalıdır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi hakkındaki karar ve diğer belgeler, C. Başsavcılığınca muhafaza edilir. Görev sona ermesinden sonra da bu bilgiler gizli tutulur.⁹²

Gizli soruşturmacı hakim kararı aranmaksızın da görevlendirilebilir. Ancak C. Savcısının kararı bu işlemin geçerli olması için şarttır. Zira, 139/3 de gizli görevliyle ilgili karar ve belgeler C. Başsavcılığınca saklı tutulur hükmü yer almaktadır. Bu durumda hakime başvurulmadan gizli görevli görevlendirilmesi mümkündür. Bunun sonucu olarak da; gizli soruşturmacı görevlendirmede hakim onayı aranmamıştır.

DOĞAN, Gizli Muhakeme...,<http://www.ccza-hb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>

ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 14 Ankara 1995, s.82 (Kısaltma: Yeni Yargıtay Kararları...)

CENTEL-ZAFER, ...2005, s. 322, **EROL Haydar**, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Usulü, Baskı Yeri Yayın Matbaacılık Ankara- 2006, s. 272 (Kısaltma: 2006)

CMK 139/3 deki düzenlemede gizli soruşturmacının, ancak örgütlü suçlarda veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira 139/3 de gizli soruşturmacının görevleri sayılırken "örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak olarak belirtilmiştir. Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Soruşturmacı görevlerini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgüt tarafından işlenen suçlardan sorumlu tutulamaz. Bu yolla elde edilen kişisel bilgiler, bir başka soruşturma veya kovuşturmada kullanılamaz.⁹³

Diğer gizli koruma tedbirlerinin aksine, gizli soruşturmacı görevlendirmesinde herhangi bir süre kısıtlaması getirilmemiştir. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla oldukça amaca uygun bir düzenlemedir.

Tüm bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuç, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması ile, özel hayatının gizliliği hak ve hürriyeti ihlal edilmektedir. Ancak, söz konusu işlem, anayasal çerçevede yapıldığında, hukuka uygun hale gelmektedir.

d) Teknik Araçlarla Takip (CMK m.140)

Bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması dolayısıyla başlatılan soruşturmada, başka suretle delil elde etme imkanının almaması durumunda, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri, teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Teknik araçlarla takip tedbirine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla başvurulabilir. Söz konusu tedbire ancak, 140. maddede sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe belirtilerinin varlığı halinde başvurulabilir. Kanun açıkça, kişinin açık yerlerdeki ve iş yerindeki faaliyetlerinin bu madde kapsamında izlenebileceğini öngörmüştür. Yani kişinin konutunda bu tedbir uygulanmaz.⁹⁴

Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört hafta için verilebilir. Bu süre bir defa uzatılabilir. Yani teknik araçlarla izleme en fazla sekiz hafta yapılabilir. Diğer tekniklerde olduğu gibi amaca bağlılık kuralı geçerlidir. Hangi suç nedeniyle alınmış ise o suçları aydınlatılması amacıyla kullanılabilir. Elde edilen bilgi, ses ve görüntüler ceza soruşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde C.Savcısı gözetiminde derhal yok edilir. Burada herhangi bir süre öngörülmemiştir.

ŞAFAK-BIÇAK, s.260

CENTEL-ZAFER, ...2005, s.325, EROL, ...2006, s.273

Burada da, özel hayatın sır alanı ve Öze! hayat alanına nazaran, daha dar kapsamlı olarak korunan, hayatın genel alanı izlemeye tabi tutulmaktadır.

e) **Telefon Dinleme**

(1) Telefon Dinlemenin Dayanağı (CMK 135 vd...)

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etmenin mümkün olmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulur. Hakim kararını en geç yirmi dört saat içerisinde verir. 24 saatlik süre dolmuşsa veya hakim kararını aksi yönde vermişse, söz konusu tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu tedbirin uygulanması için; suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Cumhuriyet savcısı, belirlenen sürede kararını hakim onayına sunacaktır. Peki bu süre zarfında elde edilen bilgilerin durumu ne olacaktır. Kanunda açıkça bu bilgilerin kullanılabilmesi düzenlenmemiştir. O halde, onay aşamasına kadar elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilememesi gerekecektir.⁹⁵

(2) Adli Aşamada Telefon Dinleme ve İdari Aşamada Telefon Dinleme

Teknik araçlar kullanılarak yapılan ceza soruşturması koruma tedbirlerinin, uygulanmasının kapsamı ülkeden ülkeye farklıdır. Almanya'da teknik araçlarla şüphelilerin denetiminin özel mekanlarda yapılması kabul edilmediği halde, İngiltere ve ABD'de bu mümkün olmaktadır. Almanya'da, organize suçlulukla mücadele çerçevesinde, 1992 yılında yapılan değişikliklere kadar, konut dışında yapılan özel konuşmaların dahi gizlice dinlenebilmesi kabul edilmiyordu. Ancak, değişiklikten sonra sınırlı sayıdaki suçlara ilişkin olarak bu özel tedbirlere başvurulabileceği belirtilerek, Özel mekan dışında görüntü veya ses alınması, telefon dinlemenin mümkün olması kabul edilmişti. Böylelikle, mesela, bir parkta çok özel konuşmalar dinlenip kayda alınabilecektir. Almanya'da geniş anlamda konutta gizli dinleme veya görüntüleme yapılması kabul edilmemiştir. 1992 yılında yapılan değişikliklerle bu mümkün hale getirilmiş, ancak bu husus, şiddetli şekilde eleştirildiğinden yasa tasarısına bu değişiklikler alınamamıştır. Organize suçluluğun tehlikeli boyutlara ulaşması üzerine ceza yargılaması amacıyla ve kamu güvenliğine yönelik tehlikeyi önlemek için çok sıkı şartlarda akustik gözetlemeye olanak tanınmıştır.

1412 sayılı ceza usul yasamızda telefon dinlemeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı ve uygulamada CMUK 91. maddesindeki hüküm kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle telefon dinleme tedbirine başvurulmaktaydı.⁹⁰

Kişilerin sahip oldukları haberleşme hürriyeti ile özel hayatı ve bunların gizliliği herkese karşı ileri sürülebilen dokunulmaz nitelikte temel haklardır. Bu haklara ve özgürlüklere demokratik toplumda duyulan somut zorunluluklar çerçevesinde ancak kanunla bir takım sınırlamalar getirilebileceğini yukarıda birkaç kez dile getirmiştik. Aynı kuralın burada da geçerli olduğu konusundan şüphe duyulmamalıdır. Nitekim, getirilen sınırlamalarda, Anayasa'da ifadesini bulan "insan haklarına saygılı devlet" ve "demokratik bir hukuk devleti" ilkeleri dolaylı olarak bu tespiti doğrulamaktadır.⁹⁷

(a) Suç İşlenmeden Önce Telefon Dinleme

Suç işlemeden önce suç işlemesini önlemek amacıyla devletin, kolluk mekanizması aracılığıyla yaptığı faaliyetler *önleyici kolluk hizmeti* olarak adlandırılmaktadır.

Kişilerin, telefonları ile yaptıkları görüşmelerin içerikleri, kimlerle ve hangi numaralı telefonlarla yaptığı; herhangi bir ayırım yapılmaksızın (mesken, iş yeri, araç yahut son zamanlarda hızla yaygınlaşan cep telefonu) görüşmeleri, haberleşmeleri, yazışmaları ve mesaj alışverişinde bulunmaları, aralarına bazı teknik vasıtalar koyarak başkalarının müdahalesine kapatılmış ve bir insan hak ve özgürlüğü olarak "gizlilik" esası içinde hukuksal korunmaya alınmıştır. Günümüzde haberleşme özgürlüğünün, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkının vazgeçilmez bir parçası olduğu ve "kişilik hakları" içerisinde yer aldığı tartışılmaz bir şekilde evrensel olarak benimsenmiştir.⁹⁸

Keyfi yapılan veya yasal çerçevede öngörülün hükümleri aşan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle hukuka aykırı olması ve eylemi gerçekleştirenler hakkında da gerekli yasal prosedüre başvurulması için, bu eylemin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira "Hukuk Devleti" ilkesi, insan hak ve hürriyetlerinin devlet tarafından korunması, gözetilmesi ve o devletin izlediği sistemin insan haklarına dayalı olmasını kapsamı yanında, insan

ŞEN Eran, Gizli Görüntüleme Fiillerin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD, e. 68, s.7-8-9, Yıl-1993, s. 507

ŞEN, Türk Hukukunda telefonların.... s. 724

ŞEN. Türk Hukukunda Telefonların...s. 724

hak ve hürriyetine yapılacak müdahalelerin keyfi veya aşın olmasını engelleyecek gerekli tedbirleri de alır. "

Ceza usul hukuku açısından ele alındığında telefon dinlemenin hukuki niteliği, bir koruma tedbiridir.¹⁰⁰

İdari amaçlı dinleme; kamu düzenini korumak, güvenliği sağlamak ve suç işlenmesini önlemek gibi amaçlarla yapılır. Çünkü ulusal güvenliğin sağlanması, kamu düzeninin korunması, suç ve suçlulukla mücadele sağlanarak, bireylerin toplum içinde huzur ve emin bir biçimde yaşamasını sağlamak devletin görevidir. Siyasi rejimler içerisinde kişi hak ve hürriyetlerini en iyi biçimde gerçekleştirmek, teminat altına alınan demokrasiyi ve Cumhuriyeti korumak devletin varlık sebebidir; ancak devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve bireylerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür.

Devlet, kamu düzeninin sağlanması, sosyal barışın tesisi için gereken önlemleri alırken, bunu hukukun üstünlüğü, demokrasinin vazgeçilmez ilkelerine riayet ederek yerine getirecektir. Aksi halde devletin önlem alma amacıyla hareket ederek hukuk kurallarını ihlal etmesi sonucu ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmeyecektir. Ulusal güvenlik kavramının kapsamı geniş olması sebebiyle, kamu görevlileri koruyucu nitelikte önlemler alırken siyasi iktidara hakim sınıfların çıkarları doğrultusunda hareket etmemelidirler. Ulusal güvenlik kapsamında bazı kişilerin özel hayatları ve ilişkilerinin gözetilmesi ve dinlemeye alınmasında meşruluk kuşkusuzdur. Ancak, siyasi çıkarları gereği böyle bir araca başvurulmasını isteyen iktidara hakim sınıfların bu taleplerini karşılamak, söz konusu tedbire başvurulma amacını ihlal edecektir.

Bizim hukuk sistemimizde istihbarat amaçlı idari dinlemeler için açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak güvenlik amaçlı idari dinlemenin anayasal dayanağı olarak, 1982 Anayasası md. 13 ile AİHS m. 8'de belirtilen sınırlama sebepleri gösterilmekte ve bunların varlığı halinde bu tür önlemlere başvurulabileceği ileri sürülmektedir.¹⁰¹

(b) Adli Aşamada Telefon Dinleme

Bir suç işledikten sonra, kanunen yetkili kimselerce, kanunda belirtilen işlemlerin yapıldığı devre adli aşama olarak adlandırılır. Adli soruşturma aşaması, Cumhuriyet savcısının emir.

GÖKÇEN Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) DEÜHF Döner Sermaye İşlemleri Yayınları No: 49, Ankara 1994, s. I, (Kısaltma' Ceza Muhakemesi Hakkında Basit...)

GÖKÇEN, Ceza Muhakemesi Hakkında Basit.... s. 13

ŞEN, Türk Hukukunda Telefonların . . . S. 728

talimat ve işlemleriyle şekillenen devredir. Bununla birlikte, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunuyla, hakim ve mahkemelerin yetkilerinin de adli aşamada, önemli derecede artırıldığını belirtmek gerekir.

Adli soruşturma amacıyla, telefonların gizlice dinlenmesi suretiyle elde edilen delillerin mahkemede kullanılmasının hukukiliği tartışma konusu olduğu gibi; ses kaydeden ve sesin kaydedildiği aygıtların güvenilirliği de tartışılmıştır. Yargı sistemi açısından bir manyetik kasetin içinde geçen konuşmalar, söylenen sözler ve bu sözlerin kime ait olduğu çok önemlidir. Bu kasetlerin çözümünü yapacak inceleme laboratuvarı açısından da, bu sözlerin söyleniş biçimleri, ses tonu ve diğer belirleyici farklar belirleyicilik açısından oldukça önemlidir. Bir ses kaseti ya da görüntü kasetinin ses kanalı, akustik bileşimler. Ön ve geri plan sesleri ve çeşitli konuşmalar içerir. Bunlar, manyetik alan değişimleri ile kasette oluşan, olaydan arta kalan izlerdir. Gelişen teknoloji ile birlikte bu izlerden kasetin kurgu olup olmadığının tespiti, konuşmaların yazdırılması, sözlerin kişileştirilmesi, seslerin iç karşılaştırma yoluyla isimlendirilmesi mümkündür.¹⁰²

Her ne kadar, bu tekniklerle sözlerin kişileştirilmesi ya da seslerin isimlendirilmesi mümkün ise de, bu aygıtlarda her türlü değişiklik yapılabilmektedir. Hatta bu değişiklikler çok profesyonel bir biçimde yapıldığından gerçeğinin ayırt edilemeyecek niteliktedir. Bu özellikleri sebebiyle ses kasetlerinin hukukiliğinden çok, teknik yetersizlikleri öne çıkarılmıştır. Nitekim ses kasetleri montaja ve de montaja da oldukça elverişlidir. Bunun doğal sonucu olarak da kaydedilen seslerin parmak izi kesinliğinde kime ait olduğu saptanamamaktadır.¹⁰³

Adli aşama, iki safhadan oluşur. Biricisi, soruşturma, ikincisi kovuşturma aşamasıdır. Konuyu, bu bağlamda ikili bir ayırım çerçevesinde açmak uygun olacaktır.

(i) Soruşturması Safhası

Burada, ilk belirtmemiz gereken husus, bu tedbire başvurmak için, başka türlü delil elde etme imkanı bulunamaması beklentisinin bulunması yeterlidir. Yani suçun işlendiğinde başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması olayında beklenti varsayımı yeterlidir.¹⁰⁴

Hakimin iletişimin tespitinin uygun olduğuna dair karar vermesi halinde, teknik araçlarla kişilerin en özel anları, konuşmaları, davranışları tespit edilip kayıt altına alınabilir. Tespit ka-

DÖNMEZER Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla kahui edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 537 vd..

COŞKUN, Küresel..., s.50

DOĞAN, Gizli Ceza . ,<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>, ERDEM M. Ruhan,5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ce/a-bb.adalet.gov.tr/irjakale/145.doc, erişim 7/10/2005

rarında; yüklenen suç, tedbir uygulanacak kişinin kimliği, tespiti konu iletişim aracının türü, telefonun numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Tespit kararının ne kadar bir süreyle yapılacağı kanunda belirlenmiştir. Tespit en çok üç ay için yapılabilir. Bu süre bir defa daha uzatılabilir.¹⁰⁵ Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere, bu sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.¹⁰⁶

Şüphelinin kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti suretiyle şüpheli veya sanığın yakalanması durumu yukarıdaki durumdan farklıdır. CMK 135/4 Maddesinde kastedilen teknik izlemedir ve geleceğe yöneliktir. Şüpheli veya sanığın yakalanması için ileriye yönelik olarak kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin ve dolayısıyla şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespitine yöneliktir. Buradaki düzenlemeyi kişilerin daha önce konuştuıkları telefon numaralarının tespitine ilişkin istemleri ile ilgili değildir.

İletişimin tespiti halinde, yapılan konuşmaların içeriği dinlenip kayıt altına alınırken, burada sadece, sinyal bilgileri değerlendirilerek şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespiti yapılmaktadır. Denilebilir ki, birinci halde özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliği, ikinci haldeki duruma nazaran daha büyük bir tehdit altındadır. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasında, kanunun belirttiği usule riayet edilmesi son derece Önemlidir. Kanunda belirtilen şekil ve şartların dışına çıkılması halinde, hem elde edilen delil hukuka uygun delil olmadığı için değerlendirilmeyecek, hem de kişinin özel hayatının gizliliği ve haberleşmenin gizliliği hakkı ihlal edilmiş olacaktır. CMK 135/5 de alınan tedbirlerin ve işlemlerin tedbir süresince gizli tutulması esastır. Gizlilik herkes için söz konusudur. Gizliliği ihlal eden kişiler hakkında olayın özelliğine göre, TCK 285/1 maddesindeki suç ve bazen de niteliğe göre, TCK 132, 135, 136 ve 137. maddedeki suçlar oluşabilir.¹⁰⁷

Eğer arama, el koyma veya diğer tedbir ve yöntemlerle suçun aydınlatılma imkanı var ise, bu tedbirlere başvurulamaz.¹⁰⁸

CMK 136 maddede, *şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında uygulanmaz* hükmü yer almaktadır. Buradaki amaç, savunmanın dokunulmazlığını korumak ve savunmayı güçlendirmektir. Ancak, dikkat edilir ise, müdafii hakkında şüpheli veya sanıkla, yüklenen suç dolayısıyla her-

ŞAFAK-BIÇAK, s.255

MALKOÇ-VÜKSEKTEPE, s.376

MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s374

DOĞAN, Gı/li Ceza .., [http7/www.cc/.a-bb.adalei.gov.tr/makale/i45.doc](http://www.cc/.a-bb.adalei.gov.tr/makale/i45.doc), erişim 7/92005

hangi bir dinleme yapılamaz, müdafî suça iştirak eden konumda ise, müdafîin, bürosu, konutu hakkında tedbirlere başvurulabilir. Ve ayrıca telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirdiği iletişim takip edilebilir. Şüphelin tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle arasındaki iletişimi ayda alınamaz. Ancak bu kişi, suça iştirak eden konumundaysa, onun hakkında da dinleme tedbirine başvurulabilir.

Dinlemenin nerede yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Ancak, dinlemenin *iletişimi sağlayan resmi veya özel kurum veya kuruluşlar* aracılığıyla ve sağlayacakları olanaklarla yapılması gerektiği söylenebilir.¹⁰⁹ Bunun için özel dinleme odaları oluşturulmalı ve buralara yetkili kimse-ler hariç başkalarının girmesi yasaklanmalıdır. İletişiminin dinlenmesine ve tespitine karar verilen kişinin bulunduğu yere teknik dinleme cihazları yerleştirme suretiyle bir takip yapılıyorsa bu durum 135. maddede belirtilen tedbirin konusunu oluşturmaz. Belirtilen husus 140. madde-deki gizli izleme tedbirinin konusunu oluşturur."⁰

(ii) Kovuşturma Safhası

Ceza Muhakemesi Kanununu 135. maddesine dikkat edilirse, bu tedbire sadece soruşturma aşamasında değil kovuşturma aşamasında da başvurulabilir. Zira, sanığın suç bağlantıları veya birlikte suç işlediği Örgütü, suç ortakları suç işlemeye devam ediyor olabilirler. Böylece, diğer şartların da gerçekleşmesiyle kovuşturma aşamasında da 135. madde hükmü işletilebilecektir.¹¹⁰

Ayrıca, maddede hakkında dinleme tedbirine başvurulacak kişi olarak şüpheli veya sanık terimi kullanılmıştır. İddianamenin kabulüne kadar olan dönemde suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadarki dönemde suç şüphesi altında bulunan kişiye sanık dendiğine göre, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında 135. maddedeki tedbirin uygulanabileceği görülmektedir.

Telefon dinleme tedbirinin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlan-

Konuyla ilgili olarak "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönelmelik" 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış, ve 5, 6, 7, 10,11, 14 ve 15. maddelerinin 23/1/2006 (anilinde, diğer maddelerinin yayımı lavihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmişin'.

¹¹⁰ **MALKOÇ-YÜKSEKTEPE.** s.378

¹¹¹ **MALKOÇ-YÜKSEKTEPE,** s.371

nılması olanaksızdır. Ceza Muhakemesi Kanunu, telefon dinlenmesi yolu ile delil elde etme ve bu suretle suç ve suçlulukla etkin mücadele anlamında önemli düzenlemeler ihdas etmiştir.

(c) Telefon Dinleme Yetkisi, Dinlemenin Süresi, Kapsamı, Denetimi

Hakim karar veya onayı, dengeleme işlevi görmekte ve bundan başka önleyici bir hukuki koruma sağlamaktadır. Karşılaştırmalı hukukla da genellikle tedbire karar verme konusunda yetki hakime ve hatta hakimler kuruluna tanınmakta; ancak gecikmede tehlike durumunda ikinci derecede savcılık da karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Fakat her halde doğrudan kolluğa tedbire karar verme yetkisi verilmemektedir. Tedbire, savcı tarafından karar verilmesi durumunda belli bir süre içinde kararın hakim onayına sunulması aranmakta; aksi takdirde kararın hükümsüz kalacağı öngörülmektedir.

Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi tedbiri de, savcılık ve onun yardımcı organı olan kolluk tarafından yerine getirilmektedir. Başka bir anlatımla bu tedbirin yerine getirilmesi açısından özel yetkili kurumlar oluşturulmuş değildir (CMK md. 137).

CMK m. 135/3 ikinci cümle de kararın en çok üç ay için verilebileceğini ve bu sürenin ancak bir defa uzatılabileceğini öngörmüştür. Buna göre, CMK uyarınca uzatma ile birlikte kararın süresi altı ayı geçemeyecektir.

Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez. Gerçekten eğer henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise, tedbirin uygulanmasına derhal son verilebilmesi gerekir. Sözügelimi tedbire başvurulmasını gerektiren suçun, CMK m. 135/6'da sayılan suçlardan birisinin olmadığı anlaşılması, başka yolla da tedbirden beklenen sonuca ulaşılabilirle olanağının ortaya çıkması, şüpheli veya sanığın suçu işlediği veya iştirak ettiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması tedbirin gecikmeksizin sona erdirilmesini gerektirir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak belirli bir süre için karar verilebileceğine göre, öncelikle bu sürenin bitmesi durumunda tedbire ilişkin karar kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda tedbirin uygulanmasına derhal son verilmelidir; aksi takdirde, sürenin dolmasından sonra elde edilecek bilgilerin delil olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Nitekim CMK m. 135/1 üçüncü cümlede sürenin dolması veya C Savcısı tarafından verilen kararın hakim tarafından sonradan onaylanmaması, tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin amaç dışı kullanılmasını önlemek için, tedbirin uygulanmasından sonra, artık gerek duyulmayan ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu elde edilmiş olan bilgilerin yok edilmesi gerekir. Öte yandan Almanya'da yok etme yükümlülüğünün ne zaman yerine getirileceği konusunda somut olarak bir süre Ön-

görülmemekte, bu yükümlülüğün gecikmeksizin yerine getirileceğinden söz edilmektedir. Yok etmeye ilişkin aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kararı -hazırlık soruşturmasında- savcılık vermekte; kolluk da onun gözetim ve denetimi altında bu bilgileri yok etme yoluna gitmektedir

E. Diğer İletişim Araçlarını Denetlenmesi ve Özel Hayatın Gizliliği

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Şifrenin çözünün yapılması ve gerekli kopyaların yapılması durumunda, el konulan aygıtlar derhal iade edilir. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine et koyma işlemi esnasında bütün verilerin yedeklemesi yapılır. İstem halinde de bunun bir kopyası şüpheli veya vekiline verilir. Bu husus tutanağa geçilir.¹¹²

Postada el koyma suretiyle, haberleşme araçlarından olan mektuplarda, bir suç nedeniyle incelenebilecektir. Bu konuyu ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız için burada üzerinde durmuyoruz.

Neticede, ceza muhakemesi hukukunda İnsan hak ve hürriyetlerini sınırlayan koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, Üç şart gerçekleşmek zorundadır. Bunlar, *gecikemezlik*, *haklı görünüş*, ve *orantı/lıktır*.¹¹³ Gecikemezlik kavramı, gecikmede tehlike olarak da ifade edilmektedir. Kavramın, gecikmede sakınca olarak nitelendirilmesi, tedbirin kapsamını genişletmektedir. *Mahzur* kelimesinin karşılığı olan *sakınca*, tehlikeye nazaran, daha geniş bir kavramdır. Koruma tedbirleri için ağır sakınca veya tehlike kavramının kullanılması daha doğrudur. Ayrıca gecikmede tehlike kavramı için de, tehlikenin mümkün olması yeterli değildir, tehlikenin gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır ve bu muhtemellikte derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını ortaya koyacak, somut ve fliti unsurlarla belirlenen bir tehlike olmalıdır.^{11,1}

I Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu İrdelendiğinde; yeni kurum ve kuralları ile Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından faydalan ildiği görülmekle beraber, aynı etkileşimin AİHS ve AİHM kararları yönünde de olduğu gözlerden kaçmamaktadır. Bu etkileşimi somut bir örnekle açmak gerekir ise, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda, tercüman ücretine ilişkin bir husus bulunmadığı gibi, yerel mahkemeler tercüman Ücretini de yargılama giderleri arasında göstermekte ve sanıktan tahsili için hü-

¹¹² ŞAFAK-BIÇAK, s.258

¹¹³ CENTEL-ZAFER, ...2005, s.246, ÜZELTÜRK, s.89

^m ÜZELTÜRK, s.89

küm kurmakta idiler. Yüksek Yargıtay ise, uzun süredir istikrarlı kararları"⁵ ile bu durumun, Anayasanın 90. maddesi yollaması ile, AİHS 6/3-e maddesine aykırı olduğu yönünde kararlar vermekte idi. 5271 sayılı yasanın 324/5 maddesinde bu durum açıkça hüküm altına alınarak, tercüman giderlerinin devletçe karşılanacağı hükmü getirilmiştir."⁶

F. Uluslar Arası Hukuk Metinlerde özel Hayatın Gizliliği

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

a) Genel Olarak

3 Eylül 1952'de yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS, gerek getirdiği etkin denetim sistemi ve gerek uygulanabilirliğinin üst düzeyde olması sebebiyle, insan hakları hukuku alanında fevkalâde Önemi olan ulusal üstü bir belgedir. Türkiye tarafından, 18 Mayıs 1954'le onaylanan bu sözleşme, Anayasanın 90.maddesindeki, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*" hükmü gereğince, yukarıdaki paragraflarda bahsedildiği üzere, Türk hukuk sisteminin bir parçasıdır. Ayrıca Türkiye, sözleşme ile getirilen ve insan haklarının korunması hususunda etkin bir denetim sağlayan bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1987'de tanımıştır. Bu anlamda sözleşme bireyi uluslararası hukukun bir sujesi haline getirmiştir. İç hukuk yollarına başvurulmuş ve fakat arzu edilen sonuç elde edilememiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilecektir. Sözleşmenin sağladığı koruma ikincil mahiyettedir. Kişi, önce iç hukukta öngörülmüş olan başvuru yollarını tüketecek ancak sonuç alamazsa AİHM'e başvuracaktır."⁷

AİHS hükümlerinin Türk Hukuku bakımından değerlendirmesi yapılırken, uluslararası anlaşmaların usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması halinde kanun hükmünde olduğunu düzenleyen Anayasanın 90. maddesi incelenmelidir. Türkiye, sözleşmeyi usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuş ve hiç şüphe yoktur ki sözleşme iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bu bakımdan sözleşmenin ayrıcalıklı bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Sözleşme hükümleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir.

¹¹ Yargıtay 9.ceza dairesinin 08.11.2001 tarih 2125/2765 E,K sayılı karar Yargıtay 3.ceza dairesinin 10.06.1999 tarih 5604/7168 E,K sayılı karar örnek olarak gösterilebilir. Aktaran, GÜZELOĞLU Turan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yeni (5271) Ceza Muhakemesi Kanuna Etkisi, <http://www.inhak7bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsgenel.htm>, erişim 8/10/2005 (Kısaltma: Avrupa...)

¹⁶ GÜZELOĞLU, Avrupa.... <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihspenel.htm>

¹⁷ TEZCAN-SANCAKDAR-ERDEM, s.53

cağını, bunun için ayrıca bir düzenleme yapmaya gerek olmadığını savunanlar olduğu gibi"⁸; sözleşmenin doğrudan uygulanma yükümlülüğü öngörmediğini savunanlarda vardır."⁹

Sözleşmenin, 'özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı' başlıklı 8. maddesi;

"1.Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2.Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve Özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla Öngörülmuş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

8.madde'de, kişi, bireysel yaşamının çeşitli yönleri veya zemini olarak "özel hayatı ve aile hayatı", "haberleşme", nihayet "meskeni" (konut yahut oturduğu yer) düzeyinde koruma altına alınmıştır.¹²⁰

Sözleşme'nin 34.maddesi, tüzel kişiliğe sahip bulunmasalar da, "hükümet dışı teşekkül" veya "insan topluluklarına" da bireysel başvuru hakkı tanıdığına göre bunlar da 8.maddenin korunması altındadırlar.¹²¹

11 numaralı ek protokole göre, birleştirilen Komisyon ve Mahkeme, maddede söz konusu olan haklara resmî makamların müdahale ettiğine dair bir şikâyet başvurusu geldiği zaman, üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır. Bu organlar önce,

a) şikâyete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını; yani hükmün "uygulanabilirliğini" saptamakta; müteakiben,

b) bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve nihayet,

c) bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, vâki müdahalenin 2.fıkra önünde meşruluk kazanıp kazanmadığı saptanmak suretiyle sonuca varmışlardır.¹²²

¹¹³ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 21,

¹¹⁹ TEZCAN-SANCAKDAR-ERDEM, s 55

¹²⁰ GÖLCÜKLÜ Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.Bası, Ankara 2002, s 330

¹²¹ Kom. K.,G. el E/Norveç, 3.10.1983, no.9278/81 ilâ 9415/81, DR 35, s 30, nakleden GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s 331.

Bundan başka Sözleşme, sözleşen devletlere yalnızca "müdahale etmeme" gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş¹²³, onlara, aynı zamanda, koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlama, yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma pozitif görevini de getirmiştir.¹²⁴

b) Özel Hayatın Korunması

Strasbourg denetim organları, geniş bir kavram olan "özel hayat"ın her zaman geçerli genel bir tanımını yapmanın güçlüğü nedeni ile, bu konuda kazuistik bir yol izlemişler; önlerine gelen her somut olayı kendisine özgü koşulları içinde değerlendirerek, bunun özel hayat kavramına dahil bulunup bulunmadığını saptamayı yeğlemişlerdir¹²⁵.

Mahkeme ile birleştirilen Komisyona göre, özel hayat deyimi, "yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkı"ndan daha **geniş olup** "bir Ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı"dır. Ayrıca özel hayat, kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içerir. Keza bir kimliğe ve dolayısıyla bir isme sahip olma hakkı da, kişiliğin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinin bir yönü olduğuna göre, "isim" de özel hayat kavramına dahildir. Kişinin bireysel davranışını ilgilendiren kurallar koyduğu her durumda, devletin özel hayata müdahalesi vardır. Bu müdahalenin, 2. fıkraca meşru kılınmadığı durumlarda da sözleşme hükmü çiğnenmiş olur¹²⁶. Komisyon, kural niteliğindeki bu saptamalara, izlediği kazuistik yöntem yoluyla başvurular için yaptığı değerlendirmeler sonucu ulaşmıştır.

Başvuru konusu olan somut olaylardan hareketle Strasbourg denetim organlarınca özel hayata dahil sayılan konu ve haller:

- a. Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar.
- b. Cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar.
- c. Kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler.
- d. Bireye ait özel yerlerin (ev, araç vb.) ve evrakın aranması ve zaptı işlemleri.

¹²² Refah Partisi, Erbakan, Kazan, Tekdal/Türkiye, 31.7.2001. pasaj 33 ve son, nakleden GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.331, KILKELLY, s.7

¹²³ Mah.K. Leander/ İsveç, 26.3 1987, A 116, nakleden GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.332.

^m Campbell el Cossans/ İngiltere, 25.2.1982, A 48, Pasaj 37, nakleden GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s.332.

¹²⁵ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.334

¹²⁶ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.334

e. *Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı; posta gönderilerinin açılması ve okunması.*

f. *Nihayet kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar da özel hayat mozaiğinin parçalarıdır*²⁷.

Daha önce bahsettiğimiz üzere, yukarıda sayılanlar, Strasbourg denetim organlarınca Özel hayata ilişkin olarak, 8.madde kapsamına dahil edilmektedir. Ancak, tekrar belirtelim ki, 8.maddenin uygulanırlığı hususu, hükmün ihlâli olgusundan tamamen ayrı ve farklıdır.

Eşcinsellerin orduda istihdamını yasaklayan uygulama, bireylere dair kişisel bilgilerin, resmî makamlarca toplanarak arşivlenmesi; özel mekâna polis tarafından dinleme cihazı yerleştirilmesi; soyadını değiştirmek için yapılan başvurunun reddi; ana-babanın seçtiği ismin nüfus kütüğüne işlenmesi talebinin reddi ve on altı yaşından büyük zihinsel özürlü kişinin, irade beyanında bulunamaması nedeniyle suç kovuşturmasını harekete geçirememesi özel hayata müdahale olarak kabul edilmiştir.ⁿⁱ

AİHM kararlarında Sözleşmenin 8. maddesi diğer maddelerle bağlantılı olarak da ele alınmıştır. Bu anlamda özel yaşam hakkı, 10. maddede düzenlenen bireyin kişiliğini oluşturması ve geliştirmesi hakkının gerçekleşmesi için diğer bireylerle ilişki kurulmasını gerekli kıldığından bu maddeyle ilişkilendirilmektedir. Bunun yanı sıra adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, evlenme hakkı ile bağlantılı olarak da ele alınmaktadır.

Sözleşmenin uygulanmasında, özel yaşamın, devlet tarafından hukuka aykırı müdahalelerinin yasaklanmasının yanı sıra özel şahıslar tarafından da ihlalinin önlenmesi ve buna karşı korunma sağlanması kabul edilmiştir.¹³⁹

2. Diğer Uluslar Arası Hukuk Metinlerindeki Düzenlemeler

a) Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi

Bir insan hakkı olarak özel hayatın korunması kavramı, ilk kez bu bildiriye vücut bulmuştur. Bildirinin 12. maddesi; "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere mâruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme AİHS'in Ötesinde "insanın onur ve şerefini de koruma

¹²⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.335.

^m GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.336

TM ÜZELTÜRK, s.160

altına almıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 10.12.1948 tarihinde kabul edilen bildiriye, ilk imzalayan ülkelerden biri de Türkiye Cumhuriyeti'dir.¹³⁰ Her ne kadar bildiri, imzalayan ülkeler açısından bizzat bağlayıcı olmasa da, belgede yer alan hemen hemen bütün haklar, bağlayıcı olan birçok insan hakları sözleşmesinde ya bizzat yer almış veya sözleşmelerdeki maddelere kaynaklık etmiştir. Bu açıdan bildiri, konumuzla da bağlantılı olarak son derece Önemlidir.

b) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Sözleşmenin 17.maddesi, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkindir. Madde, kişinin Özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına kesinlikle müdahale edilemeyeceğini düzenlemiş ve aile hayatını, konut ve muhaberatını güvence altına almıştır. Türkiye, sözleşmeyi imzalamasına rağmen, henüz taraf olma işlemlerini tamamlamamıştır.

İH.ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLALİ SONUCUNU DOĞURAN FİLLER

Yukarıda da belirtildiği üzere, özel hayat alanı genel itibarıyla üç kısımdan oluşmaktadır. Bunlar sır çevresi, özel alan ve ortak alandır. Bireyin özel hayatına, hukuka aykırı müdahale nasıl gerçekleştirilebilir? Hangi tür fiiller bu kapsama girer:

Bireyin özel hayatına müdahale, kişinin mahremiyetine müdahale, özel hayatın olaylarını halka ifşa etmek, kişiyi doğru olmayan bir yönüyle halka tanıtmak, kişinin kişiliğinin bazı unsurlarını ticari bir amaçla kendine mal etme, gibi fiiller şeklinde gerçekleşebilir. Bu sayılanlar, özel hukuk düzenlemeleri kapsamında ele alınarak, hukuki koruma altına alınan hususlardır. Konu, Anayasa Hukuku ve Ceza Hukuku bağlamında ele alındığında ise, bireyin Özel hayatına, daha ziyade, devlet eliyle gerçekleştirilen, hukuka aykırı müdahalelerin ön plana çıktığı görülmektedir ki, bu konu çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususa vurgu yaparak, özel hayatın, devlete ve topluma karşı korunması gereğini vurgulamıştır.'

Özel hayatın gizliliği hakkı, genellikle, kişinin Özel yaşamına ve aile hayatına saygı gösterilmesi, kişinin üstünün, özel kağıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi ve Özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulmaması hususlarını içerir.¹³¹ Anayasanın 19, 20, 21, 22. maddeleri, bu alanların dokunulmazlığını benimsemiş ve hangi hallerde dokunulmasının hukuki olacağını tayin edebilmek için kriterleri koymuş ve söz konusu hürriyetlerin hangi hallerde kayıtlanabileceğini belirlemiştir. Sayılan bu özgürlükler, bireysel

¹³⁰ BKK 3/9119, Kabul Tarihi: 06.4.1949, RG, 27.5.1949, sy.7217, Dİslur: T.3, c.10, s. 1020.

¹³¹ ÜZELTÜRK, s 60, ÖZBUDUN, s. 264

yaşam gibi, tek ve aynı kaynağın değişim uzantıları olup, bir anlamda iç içe geçmiş durumdadırlar.¹³²

A. Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının İhlali

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ikinci bölümünde, dördüncü alt başlık olarak "özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" hak ve hürriyeti düzenlenmiştir. Anayasanın, 20, 21 ve 22. maddelerinde sırasıyla, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. Anayasanın ilgili maddeleri şu şekildedir:

(v. özel hayatın gizliliği ve korunması

a. özel hayatın gizliliği

Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz, (Mülga cümle: 03/10/2001 - 4709 s t/S. md.)

(Değişik fıkra: 03/10/2001 - 4709 sk./5. md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, Özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararım el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

b. konut dokunulmazlığı

Madde 21 - (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 sk./6. md.)

Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim

YARSUVAT Duygun, Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen Ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar, TBMM Anayasa Hukuku Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar, Değerlendirmeler, Yayına Hazırlayan Zafer GÖREN, TBMM yayını, Ankara 22-24 Nisan 2003, s.35

onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

c. haberleşme hürriyeti

Madde 22 - (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 sk./7. md.)

Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz- Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayata ilişkin düzenleme 8. madde de düzenlemiştir. AIHS 8. madde; "/- Herkes Özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak kaydıyla söz konusu olabilir,"

Görüldüğü gibi, hem anayasanın 20. maddesinin I.fikrasında hem de AIHS 8. maddesinin I. fıkrasında bireyin, özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkı düzenlenmiş ve en üst düzeyde koruma altına alınmıştır. Ancak her iki düzenlemede de özel hayat ve aile hayatı kavramlarının hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar açık bir içerik ve belli sınırlara sahip olmadığı da görülmektedir.¹⁰⁰⁰

Son yıllarda ülkemizde, gerek yazılı gerekse görsel medyada, toplumda ünlü olarak anılan ve şu veya bu şekilde adı duyulmuş olan kimselerin hayatlarına ilişkin en ince ayrıntıları, en mahrem konuları, bazı özellikleri, alışkanlıkları, davranışları belki de kendilerinin bile açıklamak istemeyebilecekleri halde gündeme getirilmektedir. Bu anlamda, basın yayın kuruluşlarının haber verme, haber yapma hakkı ve toplumu doğru bilgilendirme görev ve sorumluluğu

ile kişi hak ve hürriyetlerine saygı gösterme yükümlülüğü arasında hassas ve hassas olduğu kadar Önemli bir ilişki vardır. Basın-yayın hakkı ile, özel hayatın gizliliği arasında sıkı bir bağ vardır.³⁴ Ancak, bu konu, başlı başına ayrı bir çalışma yapılmasını gerektiren bir konudur. Burada konuyu ayrıntısına girmeyi düşünmüyoruz.

Özel hayatın gizliliği nasıl ihlal edilebilir? Önceleri, özel hayata müdahale sayılan fiiller, kaba kuvvet kullanılarak yapılabiliyordu. Çünkü, o dönemlerin otoriter devletlerini, insan hak ve hürriyetleri karşısında sınırlayan, insan haklarına saygılı veya dayalı devlet ve hukuk devleti anlayışı yoktu. Bu gün ise, devleti sınırlayan, ulusal ve uluslar arası nitelikte düzenlemeler mevcuttur.

insan hak ve hürriyetlerinin, hukuka aykırı ve keyfi müdahalelere karşı korunması bakımından ciddi yaptırımlar öngörülmektedir. Ancak, özellikle teknolojinin ilerlemesi, özel hayata müdahale ve özel hayatın gizliliğini ortadan kaldıracak birçok yöntemin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.¹³⁵ Bununla birlikte, son yıllarda ortaya çıkan ve kamu düzenini önemli derecede sarsan yeni suç tipleri ile mücadele için, bilinen klasik yöntemlerin dışında, daha teknik ve kapsamlı çalışmaların da yapılması gerekmektedir. Özellikle, organize suçlar ve multimedya suçları bu tür suçlardan sayılabilir. Bu suçlarla mücadelede, yasalarda belirlenen sınırlar ve yetkilerin çerçevesi kamuoyunda sıkça tartışılmaktadır. Söz konusu suçlarla mücadelede, bireyin özel hayatını ihlal anlamına gelen işlemlerin yoğun bir biçimde kullanılması gerekebilmektedir. Mesela; suç şüphesi altında bulunan kişinin evi ve işyerinin aranması, iletişiminin dinlenmesi, günlük yaşamsal faaliyetlerinin gizlice izlenmesi gibi. Burada ortaya çıkabilecek olan sorun, suçla mücadele edilirken, kişi hak ve hürriyetlerinin ve özde de Özel hayatın gizliliğinin ne derece gözetildiği veya gözetileceği sorunudur.

öte yandan, suçla mücadelede, bireyin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi, hukuk devletinde olmazsa olmaz bir kuraldır. Özel yaşama saygı, kişinin, başka kişilerle ilişkiler kurma ve bu yönde girişimlerde bulunma, özellikle kendi kişiliğini geliştirmek ve tamamlamak için şefkat ve duygusal alanda diğer insanlarla ilişkilere girişme ve kurma hakkını gerekli kıldığına göre, cinsel yaşam ve evlenme özgürlüğü de bu kapsamda yer alır. Her birey, yalnız kalmayı seçebileceği gibi, karşı cinsten bir kimseyle evlenme, birlikte yaşama, boşanma ve benzeri türden tercih serbestisine sahiptir. İşte, bu alanlara getirilecek sınırlamalar, kişinin özel

YILDIRIM A KIN Çetin, Özel Hayal ve Medyanın Müdahalesi, Yeni Türkiye Dergisi, c 2, Sayı M, Ankara, 1996, s.323

ÖZDEŞ Orhan, Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayalının Gizliliği, DD, Yıl 4, Sayı 14-15, 1974, s.90

yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmemelidir. Bu alanla ilgili olarak getirilecek düzenlemelerle kabul edilecek sınırlamalar, bireyin fizik ve moral bütünlüğünü de ihlal edemez.¹³⁶

Özel hayat, kimlik hakkını da içermektedir; nedensiz ve açık rıza olmaksızın gerçek adını, adresini, yaşını, ailevi durumunu, boş zamanlarından yararlanma biçimini, malvarlığını ve günlük alışkanlıklarını açıklamama esastır.¹³⁷ Buna göre, suç teşkil etmemek kaydıyla, kişinin cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir. Kişinin cinsel yönelimleri, cinsel fantezileri vs. tamamen, onun cinsel özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.¹³⁸ Gerek AİHK ve gerekse AİHM tarafından eşcinsel ilişkiler de dahil olmak üzere, kamuyu ilgilendirmeyen cinsel ilişkilerin, sözleşmenin 8. maddesindeki korumadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Tamamen umuma kapalı özel bir ortamda, toplu eşcinsel ilişkide bulunanların cezalandırılması, 8. maddeye aykırılık teşkil edebilir. Ancak, bu tür fiiller sadomazoşist bir uygulamaya dönüşür ve belli bir ağırlık derecesinde yaralamalara neden olursa, o zaman cezalandırma 8. maddeye aykırı düşmeyebilir.¹³⁹

Devlet, özel hayata ve aile yaşamına saygı gösterme ve bu alana hukuka aykırı bir biçimde müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır. Devletin buradaki pozisyonu, edilgen bir durumu yansıtmaktadır. Ancak, bunun yanısıra devletin, bireylerin kendi benimsedikleri hayatı yaşamaları için gerekli hukuki, maddi ve psikolojik koşulları sağlamak gibi aktif ve etken bir rolünün de olduğunu kabul etmek veya en azından varsaymak gerekmektedir. Nitekim AİHM, bir çok kararında, devletin aktif bir pozisyonu olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁴⁰ Mahkemeye göre, aile hayatına saygı, diğerleri meyanında devlete, bazı aile bağlarını düzenlerken, aile bireylerinin normal bir aile hayatı yaşamalarını sağlamak görevini de yükler.¹⁴¹ Mahkeme ayrıca, doğal ailenin, sözleşmenin 8. maddesine, klasik aile ile aynı derecede korunduğunu kabul etmektedir.

""KABOĞLU Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı) Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002, s 294, İZGİ Ömer, GÖREN Zafer, 2001 değişiklikleriyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Madde Gerekçeleri-AYM Kararları-Bilimsel Görüşler, c. I Madde 1-78, TBMM Yayını,Ankara 2002, s.255

¹³⁷ KABOĞLU, s.292

¹³⁸ ÖZTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği... s.8, ÖNGÖREN Gürsel, Medya Ve İnsan Hakları, Yeni Türkiye.c. 4, Say22 (Özel Sayı), 1998, s.896

¹³⁹ TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan.SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi I sığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.283

¹⁴⁰ ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslar Arası İlkeleri.TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No 29, Ankara 2001, s.212, YARSUVAT, s 35

""ÜNAL, s.213

Bu bağlamda, Türk Anayasa Mahkemesi de, "cinsel ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedilemeyeceği" kuralım, uluslar arası belgelere aykırı ve çağdışı olarak nitelemiş; ayrıca Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin niteliğine, yasa önünde eşitlik ilkesine, ailenin korunması kuralına aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁴² Türkiye Cumhuriyeti Büyük Millet Meclisinin, 1/1/2002 de yürürlüğe giren, 22/11/2001 kabul tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 40, maddesinde cinsiyet değişikliğinin, kanundaki şartları gerçekleştiğinde yapılmasına cevaz veren bir düzenlemesi de, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, hukuki düzenlemeler açısından, söz konusu etkin görevini yerine getirdiğine dair bir örnek teşkil etmektedir.

B. Kişinin Üstünün, Özel Kağıt ve Eşyasının Aranması ve Bunlara El Konulması

Arama, özel hayatın gizliliği ile yakından ilgisi bulunan koruma tedbirlerindedir. Bu nedenle, Anayasanın Özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümlerinde, söz konusu koruma tedbirinin uygulanması sıkı şartlara tabi kılınmıştır. Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrasında; *milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadan veya gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığında ise, kanunun yetkili kıldığı mercilerce verilmiş yazılı bir emir olmadıkça kişinin üstü, eşyası, özel kağıtları aranamaz bunlara el konulamaz* Konuyla ilgili, ilerleyen bölümlerde, ayrıntılı açıklamalar yapılacağından, bu bölümde ayrıntılı olarak incelenmeyecektir.

C. Kişinin Konutuna Girilmesi

Kişinin, içerisinde yaşamını sürdürdüğü konutu, kişiye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturur. Birey ya da aile yaşamının korunmasında temel öge olan konut, serbestçe seçilir; dokunulmaz Özelliğiyle, kişilerin özel yuvası ya da kalesi olarak adlandırılabilir. Konut içerisinde kişi, yaşamını dilediğince düzenleme ve başkasının istemediği ölçülerdeki algı ve müdahalelerinden koruma özgürlüğüne sahiptir.¹⁴⁴

Konutun, kiralanarak ya da mülkiyet edinmek suretiyle temin edilmesi arasında, AİHS 8/1 maddesindeki koruma sağlanması bakımından bir fark yoktur. Her iki durumda da koruma sağlanmalıdır.^{Mi} Konutun eklentileri de, konut gibi, maddede belirtilen korumadan faydalan-

KABOĞLU, s.294

ÖZTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği..., s.8

KABOĞLU, s.296

TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s.401, ALDIKAÇTI Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. bası, İstanbul 1982, s.214

malıdır. Eklentinin ne olduğu kanunlarda tanımlanmış değildir ancak, konuta bağlı olan fakat bitişik veya yakın olması şart olmayan, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza hilâfına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükununun bozulduğu yerler eklenti kabul edilebilecektir.¹⁴⁶ İşyerinin nasıl değerlendirmeye tabi tutulacağı açık değildir. İşyerlerinin de, konuta sağlanan korumadan faydalanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işyeri, kişinin kendisine ait olan bir takım özel, başkaları tarafından bilinmesinin istenmediği unsurları da bünyesinde barındırmaktadır. Kişinin ticari sırları, özel olarak geliştirdiği yeni üretim yöntemleri gibi. Nitekim AİHM' in bu doğrultuda verdiği kararlar mevcuttur.¹⁴⁷

Konuta yönelik müdahaleler, genellikle göçe zorlama, arama, konutun yakılması ve konuta girişin engellenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan, konut içerisindeki başkalarına kapalı yaşamın, dışarıdan algılamaya yönelik dinleme, ses kaydı, gözetleme ve benzeri davranışların da konut dokunulmazlığı ihlal kapsamında yer alması gerekir. Konut dokunulmazlığıyla sağlanan özel yaşamın gizliliği, kolluğun ve bunun yanı sıra gelişen teknolojiye bağlı olarak, özel kişilerin sahip olabileceği modern araçlar karşısında daha da özel bir öneme sahip duruma gelmiştir.¹⁴⁸ Devletin bireyinden gizleyeceği bir şey olmaması gerekirken, bireyin devletten, üçüncü kişilerden gizlemek ve çevrenin müdahalesine kapatmak istediği, bir Özel yaşamı hatta yakın çevresine dahi giriş izni vermek istemeyebileceği bir alanı vardır. İşte bireyin, bütün bu haklarını, konutu içerisinde gerçekleştirme hakkı vardır ve konut dokunulmazlığı bu bakımdan da Önem taşır.

Konut dokunulmazlığına müdahale kararını verme yetkisi hakimindir. Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri aranacaktır. Anayasanın ilgili hükmüne göre. Konut dokunulmazlığı, konuta girmemeyi, burada arama yapmamayı ve buradaki eşyaya el koymamayı içermektedir. Hakim bu konudaki kararını el koymadan itibaren 48 saat içerisinde açıklayacak, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkacaktır. Kırk sekiz saatlik süre azami süredir. Hakim, sürenin dolmasını beklemeden de kararını açıklayabilir.¹⁴⁹

¹¹⁶ GÖKÇEN Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar, www.ce/.a-bb.adalet.gov.ir/makale.htm-2.ik, erişim,13/M/05

¹¹⁷ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s.401

¹¹⁸ KABOĞLU, s 296

¹¹⁹ ÜZELTÜRK, s.62

D. Özel Haberleşmeleri Dİ D Gizliliğinin İhlali

Haberleşmede ilke, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimlerde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin izin veya onaya bağlı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasıdır. Özel kanaatlerin gizliliği, düşüncelerin serbest iletişimi ve bunların özel yaşam alanı bağlamında koruma görmesi ile sağlanabilir. Mektuplaşma, telefon görüşmeleri, düşüncelerin değişik biçimde iletilmesi, bu kapsama girmektedir.¹³⁰ Kişisel özgürlükler bağlamında önem taşıyan konulardan birisi de, kişisel verilerin korunmasıdır. Kişi temel hak ve hürriyetlerini koruma önlemlerinin geliştirilmesi ve özel hayata saygı ilkelerinin belirlenmesi çerçevesinde, bilgisayar sistemlerinde meydana gelen gelişmeler ve iş hayatında sektörel anlamda ortaya çıkan karmaşık yapı, kişilerle ilgili tutulan bilgilerin güvenliğini de Ön plana çıkarmaktadır.¹³¹

AİHS 8/1 düzenlemesinde haberleşme kavramına, her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. AİHM, telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alması gerektiğini kabul etmiştir. İletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı, yoksa devletin gözetim ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiği önem taşımamaktadır. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının kanunla korunması gerektiği yönünde devlete ait bir yükümlülük öngörmektedir.¹³²

Kişilerin evrensel olarak sahip oldukları haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği elbette sınırsız değildir. Diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, burada da, çerçevesi kanunlarla belirlenmek şartıyla, özel yaşamın gizliliğinin korunması ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi, haberleşmenin gizliliği de ancak hakim kararı ile kaldırılabilir. Fakat kanunun açıkça yetkili kıldığı başka bir merci de, ivedi durumlarda ve istisnaen, bu yolda emir verebilir. Ancak bu şekilde, yetkili kişiler veya makamlar tarafından usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereğince, kişilerin haberleşmeleri engellenebilir veya söz konusu haberleşme içerikleri inceleme altına alınabilir.¹³³

Haberleşmenin gizliliği hakkı, teknik alanda meydana gelen yeni gelişmeler ve bu suretle gizli dinlemelerin artması nedenleriyle sürekli gündemde kalan bir konudur. Suçların kanıtlan-

¹³⁰ ARASLI Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Çoğaltılmış Doktora Tezi, Ankara 1979, s. 124, KABOĞLU, s. 264

¹³¹ DOĞAN Mehmet, Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu, Polis Dergisi, Sayı 35, Nisan-Mayıs-Haziran 2003

¹³² TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s.405

¹³³ İZGİ-GÖREN, s.265

ması ve ondan da Önce önlenmesi ve failerin yakalanması için ya da bireylerin davalarında haklılıkları kanıtlamak amacıyla gizli dinleme ve konuşmaları banda kaydetmek, sıkça başvuru-
lan bir yöntemdir. Bu yöndeki gizli dinlemeler, kolluk veya Özel şahıslar tarafından gerçekleştirilmektedir. Ne var ki, böylece elde edilen delillerin, bir davada ispat aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmış, hukuka aykırı biçimde yapılan dinleme sonunda elde edilecek ses bantlarının delil olamayacağı kabul edilmiştir.¹⁵⁴ AİHM kararlarında vurgulandığı gibi, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine "ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması" koşuluyla başvurulmalıdır.¹⁵⁵ Herhangi bir yargı karar olmaksızın, bir iletişimin dinlenmesi veya denetlenmesi, hem iç hukukumuzda hem de uluslararası hukuka aykırıdır.¹⁵⁶ Türk hukukunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi daha önce 4422 sayılı yasanın 2. maddesinde düzenlenmişti. 1412 sayılı CMUK' da bu konuda düzenleme yoktur. Konu, yeni CMK' da 135 maddede düzenlenmiştir. Konunun Ceza Muhakemesi Kanunu gibi temel bir kanunda düzenlenmiş olması oldukça Önemli bir gelişmedir.¹⁵⁷

¹⁵⁴ COŞKUN, Küresel..., s.49

¹⁵⁵ DOĞAN Y. Hakkı, Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri), Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, <http://www.ccza-bb.adalcl.gov.tr/makale/145.doc>, erişim 7/9-2005 (Kısaltma: Gizli Muhakeme)

¹⁵⁶ MEMİŞ Tekin, Mullimedya Suçluluğu Kavramı Ve Bu Suçla Mücadele, Polis Dergisi, Sayı 38, Ocak-Şubat-MarL, 2004

¹⁵⁷ DOĞAN Y. Hakkı, Özel Hayata ve Hayalın Gizli Alanına Karşı Suçlar..., [hUp7/www.eeza-bb.adalcl.gov.tr/makale/146.doc](http://www.eeza-bb.adalcl.gov.tr/makale/146.doc), erişim, 17/9/2005 (Kısaltma. Özel Hayata...)

BÖLÜM-H

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE DELİL ELDE ETME VE BU SURETLE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE MÜDAHALE

I. GENEL OLARAK

A. Ceza Muhakemesinin Tanımlanması Ve Genel Değerlendirme

Bir suçun işlenip işlenmediğini, işlenmişse kim tarafından işlendiği ve işlenen suçun müeyyidesinin ne olacağını, esas olarak, kanuna uygun olarak yapılan bir takım faaliyetleri düzenleyen kurallar bütününe "ceza muhakemesi hukuku" denmektedir.¹⁵⁸ Doktrinde ceza muhakemesi terimi yerine farklı terimler de kullanıldığı da görülmektedir, örneğin, ceza usul hukuku¹⁵⁹, ceza muhakemeleri usulü hukuku¹⁶⁰, ceza yargılama hukuku¹⁶¹ gibi.

Muhakeme yanında bir de "usul" tabirine yer verilmesi kabul edilmemesine rağmen, 1412 sayılı kanunda yer verilmişti. 19. yüzyıl anlayışında "usuT'den söz etmek yerinde doğru olarak kabul edilebiliyordu. Çünkü o dönemde veya daha önceki dönemlerde, ceza muhakemesi kanunları sadece şekiller ve formaliteler kanunu olarak kabul edilmekte idi. Oysa günümüzde, bilimin de gelişmesiyle, ceza muhakemesi kanunlarının, şekillerden ve formalitelerden ayrı olarak, maddi içeriği de olan kanunlar olduğu artık kabul edilmektedir. Muhakeme hukukunun sadece formalitelerden ibaret olmadığını, maddi içeriğinin de bulunduğunu belirtmek üzere "Muhakeme Hukuku" tabiri kullanılmalıdır. Usul; kurallar, hükümler, normlar anlamına geldiğinden ve bu da hukuktan başka bir şey olmadığından, hem "usul" hem "hukuk"dan söz edilmesi mantıklı değildir. Kanunu da, "Muhakeme Kanunu" yerine Muhakeme Usulü Kanunu olarak isimlendirmek doğru değildir.¹⁶²

ŞAFAK Ali-BIÇAK Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, Ağustos 2005, s.1

ÖNEN Mesut, Hukukun Temel Kavramları, 2. Bası, İstanbul, 1988, s.71

TANER M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, 2. Bası, istanbul, 1950, s. 3

ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim Olması Gerekli İlke ve Esaslar.Polis Dergisi, Sayı 36, Temmuz/Ağustos/Eylül 2003, s.232 (Kısaltma: Türk Ceza Yargılaması...)

AKÇADIRCI Yahya, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Genel Hükümler, Koruma Tedbirleri ve Soruşturma Evresi, <http://Avwww.ceza-bb.adalet.Eov.ti/makale/143.doc>. erişim, 8/9/2005, (Kısaltma: 5271 Sayılı...)

B. Ceza Muhakemesi Hukukunun Tarihi Seyri

Ceza muhakemesinin amacı konusuna tarihsel açıdan bakıldığında üç aşamadan bahsetmek mümkündür. Birinci dönem, *suçlunun cezalandırılması*, ikinci dönem *sanığın korunması*, Üçüncü dönem *gerçeğin araştırılması* dönemidir.

Suçlunun cezalandırılması anlayışının hakim olduğu dönemlerde, mahkemenin karşısına gelen kişi suçlu kabul edilecek onun cezalandırılması için gerekli ortamı sağlayacak enstrümanlar geliştirilmiştir. Bu aşamada sanığın hakları bir tarafa, insan haklarından dahi söz etmek mümkün değildir.^{1*3}

İkinci aşama olan sanığın korunması aşamasında ise, sanığın bir mahkeme kararıyla suçlu ispat edilene kadar masum sayılması kabul edilmiştir. Yani bu aşamada "suçsuzluk karinesi" kabul edilmiştir. Bu aşamada, devletin yetkileri göz ardı edilmiştir. Ancak, bu durumun doğurduğu sakıncalar gerçeğin araştırılması aşamasına geçilmesini zorunlu kılmıştır.

Gerçeğin araştırılması olan son aşama, suçlunun cezalandırılması ve sanığın korunması anlayışlarının ortaya çıkardığı sakıncalar nedeniyle, bu iki anlayışın olumsuz yönlerinin bir kenara bırakılarak bağdaştırılması ile ortaya çıkmıştır. Ceza muhakemesi sonunda, sanığın suçluluğunun ortaya çıkması halinde, ona bir takım yaptırımlar uygulanması söz konusudur. Bu nedendir ki, ceza muhakeme hukukunda *gerçeğin* ne olduğu ortaya konulmalıdır. Buradaki gerçek *maddi gerçektir*. Şekli gerçeğe yetinilemez.

Ceza muhakemesinin amacı "maddi gerçeği" araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanunun temel amacı, "insan hakları ihlallerine yol açmadan gerçeğe ulaşmaktır". Bunun için, savcının gözetiminde, delilden sanığa gidebilen bir adli kolluk sisteminin oluşturulması ve adil yargılama ilkesinin gerçekleştirilmesi amaçlamalıdır.

Ceza yargılaması neticesinde, sanığın suçlu kabul edilmesi halinde, kendisine ceza yaptırımını uygulanması kararı verilecektir. İşte bu nedenle, ceza yargılanmasında şekli gerçeğe yetinilmeyerek maddi gerçek araştırılmaktadır. Amaç, gerçeğin kendisine ulaşmaktır. Hukuk yargılama usulünde şekli gerçek araştırılmakta ve ortaya çıkan duruma göre hareket edilebilmektedir.¹⁶⁴ Ancak medeni muhakeme hukukunda da, şekli gerçeğe yetinileceği kabul edildikten sonra, maddi gerçeğin de bütün bütün terk edilemeyeceğini savunanlar da vardır.¹⁶⁵ Maddi ger-

YENİSEY Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Bası, İstanbul 1993, s.4

EREM Faruk, Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası Ankara 1986, s. 70

ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s.79, **TERCAN Erdal**, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD.Prof Şakir Berki'ye Armağan, c.5, Sayı 1-2, Konya 1996, s.181

çeğe ulaşarak kararını veren mahkeme, her defasında mutlak gerçeği elde etmiştir demek her zaman mümkün olamamaktadır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmakla murad edilen, tam anlamıyla mutlak gerçeğe ulaşmaktır. Ancak bu, maddi imkansızlıklar ve pratikte ortaya çıkan zorunluluklar nedeniyle gerçekleştirilememektedir. Kararı veren hakimin maddi gerçeğe ulaştığı kanaatinde olması gereklidir ve bu husus yeterli görülmektedir.¹⁶⁶

C. Ceza Muhakemesinin İşleyişi

iddia, savunma ve yargılama arasındaki diyalektik ilişkiye göre, yargılama makamının, iddia ve savunma karşısındaki durumu bakımından üç sistemden söz edilir. Bir kimsenin fail olarak cezalandırılması için başka bir kimse tarafından itham edilmesini ve itham edenin failin suçlu olduğunu ispat etmesini öngören sisteme *itham sistemi* denir. Bu, ferdiyetçi ve liberal dü-zenle ilgili bir sistemdir. Bu sistem, Ortaçağda otoriter devletlerin kurulmasıyla yerini *tahkik sistemi* denilen ve muhakeme makamları sadece yargılama makamlarından ibaret olan ve sanığın muhakeme kişisi değil de muhakeme objesi olarak gören başka bir sisteme bıraktı.

Bu iki sistemin yanında bir de karma sistem vardır. Bu sistem 1789 Fransız İhtilâlinde sonra tahkik sistemine tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu sistemin esasları şunlardır:

1) Hâkim işe re'sen el koyamaz; davasız yargılama olmaz. Dava, kural olarak devletin davasıdır ve bunun için savcılık teşkilâtı kurulmuştur.

2) Hâkim, tarafların delilleriyle bağlı değildir; maddi gerçeğin araştırılması kuraldır.

3) Sanık bir muhakeme objesi değil, muhakeme kişisidir, bazı hakları ve yükümlülükleri vardır. CMK temel hak ve özgürlüklerin sağlıklı korunabilmesi için, soruşturma evresinde savcının kolluk karşısındaki konumunu güçlendirmiş; karma sistemi ıslah ederek korumuştur.¹⁶⁷

Ceza muhakemesi, bir suçun işlendiğine dair, şüphe doğuran bir bilginin edinilmesi ile başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar devam eden bir süreçtir. Bilindiği üzere, ceza muhakemesi esas olarak iki safhadan oluşmaktadır. 31/03/2005 tarih ve 25772 Mük. Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 23/03/2005 tarih ve 5320 sayılı kanunun 18. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununda bu safhalar, "hazırlık soruşturması" ve "son soruşturma" olarak düzenlenmişti. 1412 sayılı kanun yerine, 4/12/2004' te kabul edilen, 17/12/2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, 1 Haziran 2005' te yürürlüğe giren 5271 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu" halihazırda uygulanmaktadır. Yeni kanunda bu safhalar, soruşturma ve kovuşturma safhası olarak belirlenmiştir.

FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 72

AKÇADIRCI, 5271 Sayılı.-, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/143.doc>

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla¹⁶⁸ bir kısım değişiklikler yapılmıştır.

Ülkemizde, gerek maddi ceza hukuku gerekse ceza muhakemesi hukuku alanlarında, ciddi bir reform süreci yaşanmıştır. Bu gibi değişiklikler, elbette ki, toplumun birçok kesimi tarafından çeşitli eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu durum hukuk sosyolojisinin vazgeçilmez bir prensibidir. Özellikle, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin ve diğer birtakım kuruluşların görüş ve eleştirilerinin dikkate alınmadığı öne sürülmüştür.¹⁶⁹ Hukukumuzda kazandırılan yeni kanunların ve dolayısıyla yeni sistemlerin, topluma ve hukuk hayatına ne gibi etkilerinin olacağı uygulama sırasında gözlemlenecektir. Hukuk literatürümüze yeni kavramların girmiş olması, bunların yorumlanması ve hukuk hayatımızda ilk defa karşılaştığımız ve yabancı olduğumuz müesseselerin uygulamasının nasıl gelişeceği merak konusudur. Mesela; CMK ve TCK da düzenlenen *uzlaşma* müessesesi hukukumuzda ilk defa 5237 ve 5271 sayılı kanunlarla düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nun ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği yeni hukuk kavramlarının yorumlanması ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması uzun bir süreç gerektirebilir. Bunun yanı sıra, özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemelerinde yer alan ve kamu adına hareket eden makamların hareket alanını, bir bakıma, daraltan veya hareket imkanını zorlaştıran hükümler yer almaktadır. Söz konusu kısıtlamalar, hukuk alanında ortaya çıkan yeni gelişmelere veya varolan evrensel hukuk ilkelerine adapte olmak ve hukukumuzu evrensel standartlara kavuşturmak amacıyla yapılmaktadır. Fakat, *uygulama* aşamasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ki bunun en önemli nedeni ciddi altyapı eksiklerinin olmasıdır. Zira, yargı yetkisini kullanan kurumların ve özde de adli kolluğun hali hazırda önemli altyapı eksikliklerinin olduğu ortadadır.¹⁷⁰ Kanun, delilden sanığa ulaşma ilkesini benimsemiş gözükmektedir. Ancak, bu ilkenin ülkemizde yerleşebilmesi kanaatimizce, Cumhuriyet savcısının emir ve kontrolünde, etkin bir adli kolluğun varlığına bağlıdır. Devlet, suçu önleyici sosyolojik, psikolojik, kültürel ve ekonomik tedbirlerle etkin bir önleyici kolluk hizmeti kadar, suç işlenmesi halinde cezai kovuş-

25/5/2005 kabul tarihli kanun, Resmi Gazetenin 25832 sayılı nüshasında 1/6/2005 tarihinde yayınlanmış ve yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir.

DERDİMAN Cengiz, Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Açısından 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 4. Maddesinin Polis Gözüyle Değerlendirilmesi ve Kapsamı (Sorunlar ve Çözüm Önerileri) Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005, s. 317, (Kısaltma: Hukuki Hatanın...)

YENtSEY Feridun, Yeni Ceza Muhakemesinin Getirdiği Yeniliklerle (Yeni CMK'ya Dair), Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005, s.207

turmanın başlatılması, ceza adaletinin süratle tecellisi ve sarsılan kamu düzeninin yeniden tesis ve devamı için etkin bir adli kolluk hizmetini de sağlamalıdır¹⁷¹

5271 sayılı kanun sistematığında, *hazırlık soruşturması* terimi kaldırılarak, "soruşturma" terimi tercih edilmiştir. Yine, 1412 sayılı kanunda benimsenen "son soruşturma" terimi yerine ise, "kovuşturma" terimi getirilmiştir. Bu türden bir ayırımın faydalı ve çağdaş eğilimlere uygun olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki, ceza muhakemesi genel anlamda iddia, savunma, yargılama makamları tarafından yürütülen bir takım faaliyetlerin bütünüdür. İddia makamını esas olarak Cumhuriyet savcılarını temsil etmektedir. Savcı, soruşturma aşamasının en etkin kişisidir. Soruşturma aşaması, suç şüphesini öğrenen cumhuriyet savcısının iddianamesini düzenleyip mahkemesine göndermesi ve iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile sona eren aşamadır. Kovuşturma aşaması ise, Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianamenin mahkeme tarafından "kabulü" ile başlayıp, hükmün kesinleşmesiyle sona eren aşamadır (CMK madde 2/e-f). Savunma makamını, soruşturma evresinde şüpheli ve müdafii veya vekili, kovuşturma evresinde ise, sanık ve müdafii veya vekili temsil etmektedir. Görüldüğü üzere, soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişi artık "sanık" değil "şüpheli" olarak nitelenmektedir. İddia ve savunma makamları, bir ceza yargılamasında tarafları oluşturmaktadır.

II. CEZA YARGILAMASINDA DELİL

A. Genel Olarak Delil Kavramı

Kural olarak, ceza muhakemesinde her şey delil olarak kullanılabilir. Gerçekten, maddi gerçeğin arandığı ve vicdani ispat sisteminin kabul edildiği ceza muhakemesinde delillerin sınırlandırılması kabul edilemez.¹⁷² Ceza Muhakemesinde delil serbestisi ilkesinin geçerli olmasının nedeni, ceza muhakemesinde ispatın geçmişte yaşanmış bir olayla ilgili olmasıdır. Zira, bir olayın ne zaman nasıl işleneceği konusunda Önceden belirlemeler yapmak olanağı bulunmaktadır. "

Bir olayın gerçekleştiğini veya olayın uyumsuzluk konusu olan noktalarını ispatlamak için kullanılan vasıtalara delil denir. Ceza muhakemesinde ispat edilmesi gereken iki tür uyumsuzluk vardır. Bunlardan birincisi, maddi ceza hukuku konularıdır. Örneğin suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim tarafından işlendiği gibi. İkincisi ise, ceza muhakemesi hukuku konu lan-

AKSU Haydar, Adli Polis Teşkili, Adli Reformun Bir Vazgeçilmezi Değildir, Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005, s. 161, ŞEN, Türk Ceza Yargılamasına... s.236

ERBM, s.353

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1998, s. 258

dır. Mesela, sanığın eşi olması nedeniyle tanıklıktan çekinmek isteyen gerçekten tanığın eşi olup olmadığı hususunun tespitini bu anlamda anlamak gerekir.¹⁷⁴

Ceza yargıcının, hükmünü bir inanca vararak vermesi gerektiğinden, yargılamada vicdani kanaat ilkesi geçerlidir. Bu ilke, her şeyin delil olmasını, hem de kanıtların serbestçe değerlendirilmesini öngörür. Bir delili, taraflar ileri sürebileceği gibi, mahkemenin kendiliğinden toplaması da olanaklıdır, önceden değerlendirilmiş, yargıcı bağlayan yasal kanıt sisteminden ayrılarak, delillerin yargıç tarafından olaysal olarak değerlendirilmesi esası benimsenmiştir. Ancak bu durum, yargıcın keyfi hareket edebileceği anlamında da gelmemelidir. Yine de delil olabilecek şeylerde, bazı özellikler aranmaktadır. Deliller;

a-gerçekçi olmalı,

b-akılcı olmalı,

c-olayı yansıtıcı olmalı,

d-kanıtlamaya yararlı olmalı,

e-hukuka uygun olarak elde edilmiş bulunmalıdır."

Genellikle mahkemelerde delil öne sürme işi davacıya ve iddia makamına aittir. Ancak, ceza muhakemesinde bu işlemleri hem iddia makamı hem de savunma makamı yapmaya yetkilidir, iddia makamı, delil toplarken şüpheli açısından, sadece aleyhe olan delilleri değil, lehe olan delilleri de toplamak zorunadır. Kovuşturma aşamasında mahkemece de delil araştırılması yapılır. Muhakeme makamları, cezai bir uyuşmazlığın maddi yönünü çözebilmek için gerçeği araştıracaklardır. Bu araştırmaların sonunda hakim bir hükme varacaktır. Hakimin hükme varması, araştırılan maddi meselenin "sabit görülmesi veya görülmemesi" şeklinde olacaktır. Hakimin vardığı bu sonuç, taraflar bakımından da o meselenin "ispat edilmesi veya edilmemesidir. İşte, taraflar bakımından "ispat", hakim bakımından "sabit görme" ve maddi mesele bakımından "sübut" denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalara "delil" denilir. Demek ki delil, hakimin muhakeme sonucunda maddi olayı çözmeye ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçlar olmaktadır. "Delilsiz mahkumiyet olmaz" kuralı, ceza muhakemesi hukukunun temelini oluşturan kurallardan birisidir."⁶

¹⁷⁴ ŞAFAK-BIÇAK, s. 277

¹⁷⁵ YAŞAR Osman, uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s.862

¹⁷⁶ KUNTER.-YENİSEY, s. 501, KOCA Mahmut, ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası, <http://www.iura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>. erişim 7/6/2005

İspat aracına delil diyebilmek için olayı "bir şekilde" temsil etmesi olayı yansıtmayı yetmez. Bu yansıtmayın akla, yani bilime, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması da şarttır. Bu vasıfları taşımayan bir ispat aracına, teknik anlamda delil denilemez, bu nedenle de bu tür vasıtalara dayanılarak hüküm tesis edilemez, edilecek olursa da, o hüküm Yargıtay tarafından bozulması ihtimal dahilinde olacaktır.¹

Zira Yargıtay, 19.04.1993'te verdiği son derece Önemle bir kararında; *"Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsel eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır "* demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.¹⁷⁸

B. Delil Çeşitleri

Ülkemizde, delil sözcüğü ile genellikle şeyler ve insanlar kastedilmektedir. Fakat burada kastedilmek istenen delil değil, delil araçlarıdır. Çünkü delil kavramı, ceza muhakemesinde esas itibariyle, kendisine inanılmış, gerçeği gösterdiği az ya da çok kabul edilmiş ve bunların sonucu karara esas alınmış şey anlamını taşır. Delil sözcüğü bir değerlendirmeyi içerir; çünkü İnanmak veya inanmamak bir değerlendirmeye dayanır.¹⁷⁹

Ceza Muhakemesi Hukukunda genel olarak altı çeşit delil vardır. Bunlar;

- 1-)Sanık açıklamaları,
- 2-)Tanık açıklamaları,
- 3-)Sanık ve tanıktan başka kişileri açıklamaları,
- 4-)Kolluk, savcı ve hakim tutanakları (resmi yazılı açıklamalar),
- 5-)Özel yazılı açıklamalar, ve
- 6-)Belirtilerdir.¹⁸⁰

ÖZTÜRK Bahri, Ses veya görüntü kaydeden araçlarla yapılan tespitlerin Ceza Muhakemesini Hukukunda Değeri, Prof. Dr. Seyiullah EDİS'e Armağan,2000 s. 9, (Kısaltma: Ses Veya Görüntü...)

¹⁷⁸ Yar. CGK. 19.04.1993, 6-79/108, YKD Ekim 1993, s. 1564 vd;

YUMUK Hüseyin, Delil Yasakları Konusuna Genel Bir Bakış, Askeri Adalet Dergisi, Yıl; 31, Sayı: 18,2003 3.63

ÖZTÜRK, Ses ve Görüntü... 226

Mahkeme, belirli bir hususu ispatlamak için duruşmada ortaya konulan ve tartışılan delilleri, bu tartışmadan edineceği kanaate göre takdir eder. (CMK md. 217/1) Bir şeyin delil olabilmesi, belirli bir hususun ispatı konusunda hakimde vicdani kanaat oluşturmasına bağlıdır. Hiçbir delil hakimi bağlayıcı nitelikte değildir. Hatta hakim bilimsel delille bile bağlı değildir.¹⁸¹

Deliller bir açıdan doğrudan deliller¹⁸² ve dolaylı deliller¹⁸³ olarak incelenebilir. Doğrudan deliller, uyuşmazlık konusunu direkt olarak aydınlatan delillerdir. Direkt olarak olayı aydınlatmaya yeterli olmayan fakat, olayın aydınlatılmasına yardımcı olabilecek deliller dolaylı delillerdir. Dolaylı delillere dayanarak hüküm kurulmasını engelleyen bir hüküm kanunda bulunmamaktadır. Ancak, suçla irtibatlı olmayan kişileri de suç işlemiş gibi gösterebilme ihtimali her zaman vardır. Bu açıdan, dolaylı delilin değerlendirilmesinde dikkatli olunmalıdır.¹⁸¹ Dolaylı delillerin Özelliği, tek başlarına ispat gücüne sahip olmayıp, doğrudan doğruya delillerden edinilen kanaati destekleyici nitelikte bulunmalarıdır. Örneğin, sanığın kolunda mağdurun kanının veya gömleğinde saç telinin veya olay mahallinde ceketinin bir düğmesinin bulunması sadece sanık ile mağdurun bir araya geldiği veya sanığın mağdura dokunduğu olgusunu ispatlar. Eğer bir tanık, mağdurun sanıkla boğuştuğunu ve sanığın mağduru yere yıktığını gördüğünü söylerse, bu durumda doğrudan doğruya bir delilden söz edilir. Belirti delilleri, tanık beyanı ile örtüştüğü oranda hakim daha kolay vicdani kanaate ulaşabilir.¹⁸⁵

Deliller tek başına yeterli delil ve tek başına yeterli olmayan delil olarak da ikiye ayrılabilir. Mesela, sanığın kolluğa verdiği ifadesi tamamlayıcı delile ihtiyacı olan delildir. Çocukların ifadeleri de tamamlayıcı delile ihtiyacı olan delildir.^m

CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası Beta Yayını, İstanbul-2005, s. 542 (KISALTMA: 2005)

Mahkemenin bir hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillere doğrudan doğruya deliller denilmektedir, örneğin, insan öldürme olayını kanıtlayan delil, doğrudan doğruya delildir. CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayını, İstanbul-2003, s. 171 KISALTMA: 2003)

Hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan deliller ise dolaylı delil veya belirti delili olarak adlandırılır. CENTEL-ZAFER,... 2003 s. 171

ŞAFAK-BIÇAK, 287

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.171

ŞAFAK-BIÇAK, s.288

Delil, bir açıdan da belge, belirti ve beyan delili olmak üzere üçe ayrılabilir. Belge delili, suçun aydınlatılmasına yönelik olarak elde edilen her türlü yazılı belge delil olarak kabul edilebilir. Bunlar resmi olabileceği gibi özel de olabilir. Belgeler fikri bir muhtevaya sahiptir. Olayı değerlendiren hakime tşık tutucudur. Belgelerin duruşmada okunması şarttır (CMK 209,211,213).¹⁸⁷ Yargılama sonucunda eğer mahkumiyet hükmü kurulacaksa, şüphenin giderilmesi ve sanığın suçu işlediğine tam olarak kanaat getirilmesi gerekmektedir. İşte, diğer delillere nazaran belge delili, bu şüphenin giderilmesinde büyük bir rol oynamaktadır. Belge delili, beyan deliline göre daha objektif ve daha güvenilirdir.¹⁸⁸

Belirti delili, suç araştırmasında kullanılabilecek olan izler, eşyalar gibi maddi birtakım bulgulardır.¹⁸⁹ Adil yargılamanın en önemli dayanaklarından birisi, usulüne uygun olarak elde edilen maddi delilerdir. Bu itibarla olay yeri incelemeleri önem arz etmektedir.¹⁹⁰

Beyan delilleri, bir olayı gören duyan veya bir şekilde olayla ilgili bilgisi olan kimselerin sözlü olarak bu bilgilerini ifade etmelerine beyan delili denir. Tanık beyanı, sanık beyanı ve diğer kişilerin beyanı gibi. Burada, beyanın özgür iradeye dayanması önem arz etmektedir. Beyanı alınan kimsenin bilgisine başvurulurken hukuka aykırı yöntemlere başvurulmuş olması, delili hukuka aykırı hale getirebilecek ve o delilin değerlendirme yasağı kapsamına girmesine sebep alabilecektir. CMK 148. maddesi, özgür iradeyi etkileyen yöntem ve tarzları düzenlemiştir. Örneğin, işkence yapılması, ifade alınırken kötü davranılması, ilaç verme, yorma, aldatma, hukuka aykırı bir vaatte bulunma, tehdit, özgür iradeyi etkileyen yöntemlerdir.

C. Delillin Özellikleri

1. Delilin Akılcı ve Gerçekçi Olması

Bu özellikler delilin en önemli Özelliğidir. Ceza Muhakemesinde maddi gerçek araştırıldığından ve gerçeğe ulaşmanın yolunu ise mantık gösterdiğinden, delil kaynakları ve araçları, ancak gerçeği, akla uygun olarak ifade ettikleri vakit ceza muhakemesinde kullanılabilirler.¹⁹¹

Delillerin akılcı olması şarttır. Akla dayanmayan şeyler kanıt olamazlar. Falcının sözleri kanıt özelliği taşımaz. ^m

ŞAFAK-BIÇAK, s.310

ÖZKAN özgül, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Yazılı Belgeler ve Bunların İspat Kuvveti, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 98, Ankara, s. 59

ŞAFAK-BIÇAK, s.313

ŞAFAK-BIÇAK, s.317

YUMUK, s.63

Bir şeyin delil olabilmesi, gerçeğin yani elle tutulabilen dış dünyanın bir parçası olması gerekir. Bu anlamda beyan ve belge dilleri açısından bir sorun olmadığı gibi, belirtilerin de gerçekçi olabilmeleri konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁹³

2. Delilin Temsil Edici Olması

Deliller uyumsuzluk konusu olan olayla ilgili olmalıdır. Somut olayda uyumsuzluk konusunun ne olduğunun tespiti, maddi hukuka ait bir sorundur. Delilin somut olayla ilgisinin olup olmadığı hususu ise, mantıksal bir problemdir. İlgililik sorunu olayın tamamı ele alınarak değerlendirilmelidir.¹⁹⁴ Olayı temsil etmekten maksat: delil olarak kullanılmak istenilen vasitanın olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtmasıdır. Örneğin, bir adam öldürme suçunda olay yerinde bırakılan suç aleti aslında olayın bir parçasıdır. Buna karşılık, böyle bir suça beş duyusu marifetiyle tanık olmuş bir kimşenin anlatımları olayı yansıtır.¹⁹⁵

Deliller olayı yansıtıcı olmalıdır. Olayla ilgisi bulunmayan şeyler delil olmaz.¹⁹⁶ Hakim, geçmişte kalan bir olayı bu gün elinde bulunan delil araçlarıyla ispat etmek durumundadır. İspatı gereken olayın bir parçasını dahi temsil etmeyen aracın delil değeri yok demektir.¹⁹⁷

Delil aracının temsil edici olmasının bir koşulu, o aracın sağlam yani güvenilir olması ve diğer koşulu da, elde edilmesinin mümkün olmasıdır. Zira elde edilmesi imkansız olan bir şeyin temsil edici özelliğinden yararlanılamayacaktır. '

3. Delilin Müşterek Olması

Delil olarak kullanılacak şeyleri, davanın tarafları ve hakim öğrenmeli ve söz konusu delillerin tartışılması sağlanmalıdır. Hakimin şahsi ve özel bilgisi delil olamaz. CMK 217/1 maddesinde yer alan "hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılan delillere

YAŞAR, s. 807

KUNTER-YENİSEY, S.503

ŞAFAK-BIÇAK, s.279

ÖZTÜRK, BAV Savunması, http://www.bav-savunma.org/ml_bo.html, erişim 9/8/2005, ÖZTÜRK, Ses ve Görüntü ..., s. 220

YAŞAR, S.807

KUNTUR-YENİSEY, s.503

ÖZGEN Eralp, Askeri Yargıtay'ın Delil ve Savunma Haklarına Bakışı (Askeri Yargıtay'ın 80.Yılı Sempozyumu (6-704 1994)Ankara 1994, s. 80

dayandırılabilir. Bu deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" düzenlemesi bu hususa işaret etmektedir.¹⁹⁹

Delilin içeriğini yalnızca hakimin öğrenmesi yetmez. Tarafların da bu konuda bilgi sahibi olması ve mütalaaları ile kolektif hüküm verme faaliyetine katılabilmeleri gerekir. Delillerin müşterekliği bir delil aracının yargılamada ortaya konulup tartışılmasıyla sağlanır. Vicdani kanaatin duruşmada ortaya konulmuş delillerin serbestçe değerlendirilmesinden elde edilmesinin mantığı da budur.²⁰⁰

Hakimin, olay hakkındaki şahsi bilgisine dayanarak karar vermesi, savunma hakkına da zedeler niteliktedir. Zira, bu bilginin, serbest bir şekilde tartışılmasına imkan yoktur. Olay hakkında şahsi bilgisi olan hakim, hakimlikten çekinmeli, tanık olmamalıdır. Kanunumuz, kanaatin duruşmadan edinilmiş olması ve delillerin ortaya konulması şartlarını aramakta (CMK 254) bu İki prensibi dile getirmiştir.

4. Delilin Hukuka Uygun Olması Gerekliği

Ceza muhakemesinde hakikati her ne pahasına olursa olsun bulmak düşüncesi, bazı sosyal değerlerin, insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin önemli ölçüde zedelenmesi tehlikesini taşımaktadır. Demokratik toplumlarda bu değerler gerçeğin bulunmasından daha önemli olduğu için hakikatin adli yoldan ve hukuka uygun olarak bulunması icap eder. Bu yüzden hukuka aykırı delil kaynakları ve delil araçları ceza muhakemesinde kullanılmayacaktır. Buradan karşımıza delil yasağı konusu çıkmaktadır.^{M1}

Deliller neden dolayı hukuka aykırı hale gelmektedir. Bunun birkaç nedeni olabilir. Deliller;

a) Bazı deliller konu bakımından yasaklanmış olabilir. Mesela, devlet Memurları Devlet sırları hakkında tanıklık yapamaz (CMK 49),

b) İnsan hakları ve anayasal temel hakları korumak için öngörülmuş yasaklar nedeniyle hukuka aykırı olabilir. Mesela, çekinme hakkı olan tanık bu hakkını sonradan kullanırsa beyanı delil olamaz. (CMUK 245),

ŞAFAK-BIÇAK, s.281, ÖZTÜRK Bahri, 16.Hukuk İhtisas Semineri "Terör, örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları" "2001 Anayasa Değişiklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri" [,http://www.caginpolisi.com.tr/16/3-4-5-6.htm](http://www.caginpolisi.com.tr/16/3-4-5-6.htm), erişim 8/10/2005, (Kısaltma: 16. Hukuk İhtisas...)

KUNTER -YENtSEY, s. 506

YUMUK, s.64

Elde edilmesindeki metot dolayısı ile yasaklanan deliller söz konusu olabilir. Mesela, zor kullanarak, hile, tehdit ve işkence ile elde edilenler gibi.²⁰²

Günümüzde ceza muhakemesinde maddi gerçeğin aranması ilkesi, her ne pahasına olursu olsun gerçekleştirilmez. Maddi gerçeği bulmak uğruna bile feda edilemeyecek insan hakları, özgürlükleri gibi değerler vardır. Belirtilen bu değerler, maddi gerçeğin bulunmasından daha önemli kabul edilmektedir. O yüzden de hukuka aykırı olan delil kaynakları ve araçları yargılamada kullanılamazlar. Pozitif hukukumuzda da, açık bir düzenlemeyle hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacakları belirtilmek suretiyle mutlak bir ispat yasağı oluşturulmuştur.²⁰³ Yeni CMK' da bu konu 217. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Madde ile, hukuka uygun olarak elde edilmemiş delillerin hükümde kullanılmayacağı kuralı getirilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu 217. maddesini 2. fıkrasında, yüklenen suçun, hukuka uygun her türlü delille ispat edilebileceği kuralının yanı sıra, temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde yargıcın, sadece hukuka uygun delile dayanabileceği, buna paralel olarak CMK 206. maddesinde belirtilen, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin ise, yargıç tarafından reddolunacağı kuralı kabul edilmiştir.²⁰⁴

5. Delillerin İspat Açısından önemli Olmalıdır

Delilin ispat açısından bir faydasının bulunması gerekir. Bir delil kaynağı ispat bakımından bir fayda sağlamayacaksa bunların ikamesi de reddolunabilir.²⁰⁵

III. HUKUKA AYKIRI DELİLLER

A. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

1. Tanım

Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir.²⁰⁶ Türk hukuk doktrininde kavram çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Yurtcan' a göre, delil toplama ile ilgili kurallara aykırı davranılmak suretiyle elde edilen ve hiçbir şekilde yargılamada kullanılmaları mümkün

KUNTER-YENİSEY, s.505

ÖZGEN, s. 80

ŞAFAK-BIÇAK, s. 282, ÖZTÜRK Bahri, BAV Savunması, http://www.bav-savunma.org/ml_bo.html

ÖZGEN, S. 80, YUMUK, s. 64, KUNTER-YENİSEY, s. 505

ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında..., s.6

olmayan deliller hukuka aykırı delillerdir. Hafizoğullan'na göre ise, kaynağını, elde edilme usul ve esaslarını kanundan alamayan delil hukuka aykırı delildir.²⁰⁷ Centel-zafer ise, sadece delil elde etmeyi düzenleyen kurallara aykırı davranıldığı için değil, elde edilmiş biçimi yönünden suç oluşturan delillerde hukuka aykırı delil sayılmalıdır diyerek konuyu ele almaktadır²⁰⁸. Hukuka aykırı deliller, ilgili bir ceza yargılaması normuna ve eğer özei bir yargılama normu yoksa ceza muhakemesi hukuku dışında kalan diğer bir norma, ihlalin önem ve derecesi ne olursa olsun aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam ve amaçlarının dışına çıkılmak suretiyle elde edilen deliller ile bunlara dayanılarak elde edilen delillerdir.²⁰⁹ Suçla ve sanıkla ilgili ttm delillerin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmeleri ve yine hukuka uygun yollarla değerlendirilmeleri gerekir.²¹⁰

2. Tarihî Gelişim

Teşkilatlanma şeklinde devletin ortaya çıkmadığı, insanlığın ilkel dönemlerinde "yargılama" faaliyeti söz konusu olmadığından, bu dönemde hukuka aykırı delil kavramından da söz edilemez. Geçmişte, delillerin araştırılmasında yasal kurallar olmayınca da delillerin araştırılmasında kurallara uyulmaması gibi bir husus da söz konusu edilmemiştir. Delillerin elde edilmesiyle, bireylerin güvencesi durumunda bulunan kuralların azda olsa olduğu durumlarda da, bunların göz önünde tutulmaması, delillerin yargılama organınca geçersiz sayılmasını gerektirmemiştir.

Hukuka aykırı delil kavramı ile maddi gerçeğin araştırılmasında, devletin sahip olduğu yetkiler sınırlandırılmaktadır. Ancak devletin gerçeği ortaya çıkarmak için delil toplama açısından kurallara uyması, ancak insanlığın ileri dönemlerinde ortaya çıkabilmiştir.

Devletin örgütlenecek, yargılama faaliyetini yürütmeye başladığı zamanlarda, delillerin nasıl toplanacağı, hakim huzurunda getirileceği konusunda fazla bir hüküm olmaması ve sınırlı olan bazı kurallara aykırılığın da delillerin değerini düşürdüğü kabul edilmediğinden, bu kural Latince bir aforizma ile: "Male captum, bene receptum" olarak belirtilmiştir. Bunun anlamı, "hukuka aykırı elde edilmiş delil, uygun elde edilmemişçesine değerlendirilir." Böylece, hiçbir sınırlama getirilmeden hukuka aykırı deliller hüküm verilirken kullanılmıştır.

ÇANAK Erkan, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, AD, Yıl 93, Sayı 12, 2002, s.65

CENDEL-ZAFER, ... 2005, s.552

ÇANAK, s.66

ALACAKAPTAN, Delil Yasakları..., s.521, TOROSLU Nevzat, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof Dr. HAMİDE Topçuoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, NO. 498, Ankara 1995, s.57 KOCA, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>

Ortaçağda Avrupa kıtasındaki delil elde etme ve değerlendirme yasaklarından söz edilemez. Bu çağda yargılamada insan iradesini yok sayan "işkence yöntemi" yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Hatta işkence, belli kurallara bağlanmıştır. Öyle ki, Ortaçağ işkenceyle birlikte anılır olmuştur.²¹¹

3. Ceza Muhakemesi Kanununda (5271 ve 1412 Sayılı) Hukuka Aykırı Delil

Türk Hukukunda, 1992 yılında kabul edilen yasa ile CMUK'a eklenen 135/a maddesi irade özgürlüğünü koruma altına almış, CMUK 135. madde ile aydınlatma yükümlülüğü gelirmiş, CMUK 254/2 maddesi ise hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller bakımından değerlendirme yasağı kabul edilmişti. Bu durum, gerek insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve gerekse adaletin gerçekleştirilmesi bakımından son derece önemli bir gelişme idi.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu incelediğinde, 147 ve 148. maddedeki düzenlemeler ifade ve sorguda usul ve yasaklar konusunu düzenlemiştir. Burada belirtilen yasaklara uyulmaksızın elde edilen delil hiçbir şekilde mahkemelerce değerlendirmeye alınmayacaktır. Zira, burada mutlak nitelikte değerlendirme yasağı söz konusudur.²¹² CMK 206. maddede, delillerin ortaya konulması ve reddi düzenlenerek, delilleri ortaya koymanın ne zaman yapılabileceğini, ortaya konulan delilin hangi hallerde reddedilebileceğini belirlenmiştir. Kanun, hakim kararını hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delile dayandırabileceği hükmünü ise, 216/2 maddesinde düzenlemiştir. Mefhumu muhalifinden gidilecek olursa, hakim, hükmünü hukuka aykırı olarak elde edilmiş delile dayandıramayacaktır. Maddenin birinci fıkrasında, hükmün ancak, mahkeme önüne getirilmiş ve yargılama makamları tarafından tartışılmış delillere dayandırabileceği kuralı getirilmiştir. Hakim, önüne getirilen ve serbestçe tartışılan delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edecek ve hükmünü kuracaktır. 1412 sayılı kanunu 254/2 maddesinde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin delil olarak değerlendirilmeyeceği düzenlenmiştir. Madde metinleri birlikte değerlendirildiğinde, suçun, hukuka uygun olmak şartıyla, her türlü delille ispat edilebilmesi, yüklenen suçu işlenip işlenmediğini tespitle görevli ve yetkili makamların, bu faaliyetlerini icra ederken, hukuka uygun davranmak yükümlülüğünü emrettiğini de zımnen içinde barındırmaktadır. Kolluk veya adli merciler, soruşturma veya kovuşturma aşamasında suçu ispatını sağlamak üzere, şüpheli veya sanığın beyanını, ilk hareket noktası kabul etmeyi alışkanlık haline getirmemelidir. Çünkü, hukuk düzeni çağdaş eğilimler perspektifinde şekillenmiş olan devletler, kişilerin beyanlarının alınmasından sonra, beyanın işaret ettiği diğer delillere ulaşma yöntemini terk etmişlerdir. Günümüzde, delilden sanığa ve suça ulaşıl-

²¹¹ KAYMAZ Şeydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayını, 1997, s. 18 (Kısaltma: Uygulamada ve Teoride...)

²¹² CENTEL-ZAFER, ...2005, s.554

ması ilkesi kabul edilmektedir, tşte 5271 sayılı kanun, kolluğa ve adli mercilere adeta hukuka uygun davran ve buna göre delil elde et demektedir. 1412 sayılı kanunun 254/2 maddesinin yazılış şekliyle, 5271 sayılı kanunun 216/2 maddesinin yazılış şekli bu tespiti doğrulamaktadır.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayandırılmasının, hükmün kesin olarak hukuka aykırı olması sonucunu doğuracağı 289. maddede kabul edilmiştir.Yine, 230. maddede, hangi delillerin hukuka aykırı görüldüğü ve bu nedenle hükme esas alınmadığı da gösterilecektir. Böylelikle yasak delillerin değerlendirme yasağı kapsamında olduğu da vurgulanmaktadır.²¹³

B. Delil Yasaklarının Amacı

Delil yasaklarının amacı, insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre ise, polisi disiplin altına almaktır. Burada, hukuka aykırı delilin yargılamada ve hükümde değerlendirilmediğini gören kolluğun, hukuka uygun davranmaya yöneleceği düşünülmüştür. Anglo-Amerikan sisteminin tam tersine, Kara Avrupa'sı sisteminde, kolluğun üzerindeki bu etki yasak delillerin amacı olmayıp, sadece arzu edilen yan bir etki olarak ortaya çıkmaktadır.²¹⁴

Delil toplayan makamlar tarafından yapılan hukuka aykırılık, ister kasten, ister taksirle olsun, herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş değilse, bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilecektir. Aksi durumda ise, bu yolla elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.²¹⁵ İnsan hakları ihlal edilerek ulaşılan gerçeğin, insanlık adına kabul edilebilir olmadığı anlayışı hakimdir. O nedenle, ceza muhakemesinin başlıca amacı insani değerlere zarar vermeden gerçeğe ulaşmak olarak kabul edilmiştir.²¹⁶

C. Bireyin Özel Hayatının Gizliliğine Müdahale Suretiyle Elde Edilen Deliller

Hukuka aykırı deliller konusu genel olarak üç ana başlık altında toplanmaktadır. Birincisi, delil elde etme yasağı, ikincisi, delil ikame etme yasağı, Üçüncüsü, delil değerlendirme yasağı. 1412 sayılı kanunda birinci husus 135/a maddesinde, ikinci husus, 238/2-a maddesinde, üçüncü husus da 254/2 maddelerinde düzenlenmişti.²¹⁷ 5271 sayılı kanunda ise, ifade ve sorgunun usulü 147 ve devamı maddelerde, delillerin ortaya konulması ve delilin reddi hali 206.

CENTEL-ZAFER, ...2005, s.558

CENTEL-ZAFER, ...2005, s.556

ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları İşığında..., s.9

CENTEL-ZAFER, ...2005, s.552

ÇANAK, s.66, ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları İşığında... s. 28

maddede, delil değerlendirme yasağı ise, kanunun 217/1 ve 2. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 230/1-b maddesinde de, mahkeme hükmünde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi düzenlenmiştir.

1. Elde Edilmesinde Uygulanan Metot Dolayısıyla Hukuka Aykırı Olan Deliller

a) 1412 Sayılı CMUK Açısından

Olayı yaratmış olan kişiden yargıç ya da diğer görevliler bu olayı dinlemekte ve gerçeği bulmaya çalışmaktadırlar. Bu niteliği ile, gerek sorgu gerek ifade birer delil kaynağı olmaktadır. Ceza yargılamasında her şey delil olabileceğine göre, sanığın ifade verme veya sorgu sırasında anlattıkları da delil olabilecektir. Bu konuda bir hususun hatırlatılmasında fayda vardır. Bir şeyin delil olması ile delil olarak değerlendirmede buna verilecek değer farklı şeylerdir. Her şey delil olduğuna göre, suçlanan kişilerin sözleri de delil olacaktır, ama bunu değerlendirmesini yapacak yargıcın ya da savcının dikkatli olması zorunludur. Kişi, kendini ceza yaptırımından kurtarmak isteyebileceğinden, yalan söylemesi mümkündür. Bu bakımdan, ifade ve sorguda sanığın sözlerinin iyi biçimde değerlendirilmesi ile gerçeğe ulaşmak mümkün olabilir.²¹⁸

Özgür iradeye dayanmayan beyan başka delillerle desteklense dahi hüküm verilirken kullanılamaz. Yasak sorgu yönteminden kaynaklanan bu usul hatası zararsız hata olarak kabul edilemez. Zira, özgür iradeye dayanmayan bir ifade vermeğe zorlanmak, sanığın "adil yargılanma hakkını ihlal" eder. Sanığın iki ayrı ikrarı bulunsa ve bunlardan sadece biri özgür iradeye dayanmasa gene aynı kural uygulanır ve serbest iradeye dayanan ikinci ikrarı da hüküm verilirken kullanılamaz. Polis sanığa, "suçunu İkrar ederse, onu mafyaya karşı korumayı" vaat etmiştir. Bu ikrar, Özgür iradeye dayanan bir ifade olarak kabul edilmemiştir.²¹⁹

Sanığın bayanın tespitinde, yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen 1412 sayılı kanunun 135/a maddesinin değiştirilmesi, yorma, aldatma, hukuka aykırı vaatte bulunma kavramlarının açıklayıcı şekilde düzenlenmek suretiyle, ifadeyi alan mercilere belirli bir genişliğin sağlanması

YURTCAN Erdener, İHAS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı- Savunma Hakkı- Yasak Sorgu Yöntemleri-Yargılamanın Yenilenmesi, http://www.mersinbarosu.org.tr/haber/erdener_vurtcan.htm, erişim, 15/9/2005

YENİSEY Feridun, Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, Yayınlandığı Yer, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK Yorumu, c.1, s.1220 ,(Kısaltma:Yasak Yöntemlerle...)

sı da savunulmuştur. Sanıktan beyan almaya yönelik her metodun, bu şekilde global kavramlarla düzenlenmesinin doğru olmadığını, kişi hak ve hürriyetleri ile sanık haklarının çizdiği çerçeveye bağlı olacak şekilde bir düzenlemenin uygun olacağını da ileri sürülenler olmuştur. Buna göre, bu türlü düzenlemeler, hukuka aykırılıkları gidermemekte tam aksine, yetkili mercileri hukuka aykırı fiilin gizlenmesini sağlayacak yol ve yöntemlerin geliştirilmesine itmektedir.²²⁰

1412 sayılı CMUK m. 135/a'da ifade veya beyanın özgür iradeye dayanması, hukuki bir değer taşıyabilmesi delil olarak değerlendirilebilmesi için bir ön şart olarak belirtilmiştir. Daha sonra Özgür iradeyi engelleyici nitelikte sayılabilecek davranışlar örnek verme yoluyla sıralanmıştır. Yasa koyucu maddede sayılan özgür iradeyi ortadan kaldıran bu davranışlara sayarak tüketmemiş, "... gibi, ..." ibaresiyle yine özgür iradeyi ortadan kaldıran yasada sayılmayan hallerin varlığı halinde de buna dayanılarak alınan ifade ya da beyanın delil değerlendirilmeyeceği konusunda Hakime bir takdir hakkı vermiştir.²²¹

1412 sayılı CMUK m. 135/a'da belirtilen özgür iradeyi ortadan kaldıran davranışlara ifade verenin veya beyanda bulunanın önceden rıza göstermesi ya da bu yöntemlerle elde edilen ifade veya beyanın sonradan kabul edilmesi halinde dahi bu ifade veya beyanın delil olarak değerlendirilmesi 135/a'nın son fıkrası gereğince kabul edilmemiştir.²²²

Çoğu zaman birbiriyle iç içe geçen bir takım usullerin peş peşe sayılması, faydadan çok bir kafa karışıklığına yol açmaktadır. Örneğin kötü davranma ve işkence ile bedensel cebir ve şiddette bulunma arasındaki farkı ortaya kayabilmek her zaman mümkün olamamaktadır. "Bazı araçlar uygulama" ibaresinin neyi ifade ettiği ise anlaşılammaktadır. Kaynak kanunda olduğu gibi "vücuda yapılan müdahaleler" ifadesi daha doğrudur.²²³

Bu gibi yasak metotları hiç saymadan; özgür iradeyi engelleyici nitelikte iradeyi bozan medeni veya ruhi müdahalelerin yasak olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesi daha isabetli olurdu.²²⁴

⁰ ŞEN.Türk Ceza Yargılaması..., s. 241

¹ ŞAHİN, Sanığın Kolluk..., s. 188

² ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında..., s. 26

³ ŞAHİN Cumhur, ÖZGENÇ İzzet, CMUK Tasarısı Üzerine Düşünceler, GÜHFD c.3-5, 1999-2001, 2002/227, sayı: 1,2, s. 218

¹⁴ ŞAHİN-ÖZGENÇ, CMUK Tasarısı..., s. 219, YUMUK, s. 67

b) 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından

Ceza Muhakemesi Kanunu, 147 ve devamı maddelerinde yasak sorgu yöntemlerini düzenlemiştir. İfade alma ve sorgu sırasında, madde kapsamında düzenlenen ihlallerden bir veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, elde edilen beyan, delil olarak kabul edilemeyecektir. Burada şüpheli veya sanığın rızası, delilin geçerlilik kazanmasını sağlamayacaktır. Hukuk düşüncesi açısından beyanın, bireyin özgür iradesine dayalı olarak ifade edilmesine bir değer atfedilir. Özgür iradeye dayanmayan beyan mahkeme hükmüne esas alınamaz. Kanununun 148. maddesi, şüphelinin ve sanığın beyanı Özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamayacağını öngörmüştür. Ayrıca kanuna aykırı bir yarar vaat edilemeyeceği 148. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı, 3. ve 4. fıkralarda düzenlenmiştir.

Aynı olayla ilgili olarak Şüphelinin yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir. Yani kolluk veya bir başka merci şüpheliyi birden çok kere dinleyemeyecektir.

Kanun, birtakım fiil veya davranışların, ifade alma sırasında uygulanması halinde, elde edilen delili hukuka aykırı saymaktadır. İfade veya sorgu sırasında, kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Peki, işkence, aldatma, yorma, kötü davranma vs. kavramlarının içeriği nasıl tespit edilecektir. Kanunda bu kavramları açıklayıcı bir hüküm yoktur. Şu halde, söz konusu kavramların içeriğinin uygulama tarafından değerlendirileceği ve yorumlanacağı şüphesizdir. Temyiz merciinin içtihatları, AİHM kararları, yerel mahkemelerin kararları, doktrinsel çalışmalar kavramların içeriğinin doldurulması ve anlamlandırılması için uygulayıcıya yol göstermektedir. Hakimler ve savcılar, mahkemeler ve kolluk amir ve memurları, adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesini sağlamak için bu kurallara azami dikkat etmek zorundadır. Şüpheli veya sanığın, adil yargılanma ilkesinin şartlarını taşımayan bir yargı sürecinden geçilerek cezaya çarptırılması, uluslar arası sorumluluğun doğmasına sebebiyet vermektedir. Bununla birlikte, ülkede adaletin güvenilirliğine olan inancı, adalete güven duygusunun gelişmesine de olumsuz etki etmektedir.

Yasada belirtilen yasakların, maddede örnek olarak sayılmıştır. Maddede sayılmayan fakat, uygulandığı takdirde, hukuka aykırılık doğuran davranışlar da madde kapsamında değerlendirilebilir. Önemli olan, kişinin Özgür iradesinin bu tür yöntemlerle bozulması ve delilin bu nedenle hukuka aykırı hale geldiğinin tespit edilmesidir. Sözgelimi, maddede açıklanmamakla birlikte, hile ve hipnotizma ya da yalan göstergesi de bu kapsamda mütalaa edilebilecektir.

Bunlar içinde yalan göstergesi, kişinin kan basıncını ve kalp atışlarını ölçerek, onun duygularını ve reaksiyonlarını tespitte dayandığından, kişiyi baskı altına alan, yasaklanmış bir yöntem olarak kabul edilebilecektir.²²⁵

Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun, delilden sanığa gitme ilkesini benimsediğini söylemiştik. Buna karşılık, kolluk kuvvetlerine ve adli aşamada kolluğun amiri pozisyonunda bulunan Cumhuriyet savcılarında tanınan yetkilerin kullanımının zorlaştırıldığını da belirtmek gerekir. Soruşturma evresinde kolluk, savcının adli olayla ilgili olarak verdiği emirlerle hareket eder. Yani, adli olayın sahibi Cumhuriyet Savcısıdır. Bununla birlikte, sulh hakiminin, soruşturma aşamasındaki bazı işlemleri denetlemesi (arama sonucu elde edilen eşyaya el konulmasının onaylanması gibi), bazı işlemlerin yapılmasına ise izin verme (arama kararı) yetkileri olduğu göz önüne alındığında aslında önemli yetkilerinin olduğu bir gerçektir. Tüm bunlar, keyfilik ve hak ihlallerinin önlenmesi bakımından önemli kurallardır.²²⁶

2. Hukuka Aykır Arama ve El koyma Nedeniyle Oluşan Hukuka Aylan Deliller

Maddi gerçeğin bulunması, ceza yargılaması faaliyetlerinin amaca uygun biçimde yapılabilmesi için, bazı Önlemlere başvurulması gerekmektedir. El koyma, arama, toplatma, tutuklama, yakalama birer ceza yargılaması önlemdir. Bu Önlemlerin uygulanabilmesi için ilk olarak, bu tedbire başvurulmadığında yargılamanın zarar görmesi gerekir. Arama yapılmadığı, el konmadığı takdirde suç eşyası yok edilebilecek, tutuklanmadığı takdirde sanık kaçabilecektir. Bu durumda ise, ceza yargılaması amacına ulaşamayacak veya geç ulaşacaktır.²²⁷

a) Hukuka Aykır Arama Nedeniyle Oluşan Hukuka Aykırılıklar

(1) Genel Olarak

Ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için, şüpheli veya sanığın yakalanmasını ve delillere el konulmasını veya delillerin elde edilmesini sağlayan usul İşlemine arama denir. Bu anlamda arama, suç işlendikten sonra, suç şüphesi altındaki kişilerin,

YTJRTCAN.Yasak Yöntemlerle...,http://www.mersinbarosu.org.tr/haber/erdener_yurtcan.htm

CGK, 19.4.1993 tarih ve 6-81/110 sayılı kararı, aktaran SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, c.1, s.765

BAKICI, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Genişletilmiş 3. Başka, Adalet Yayınevi, Ankara 2000, s. 436

suç delillerinin ve zorlama tabi şeylerin, ele geçirilmesi amacıyla, konut ve diğer kapalı mekanlarda ve kişilerin Üzerinde gerçekleştirilen bir koruma tedbiri işlemidir.²²⁸

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 1412 sayılı CMUK' un 94. ve 95. maddelerindeki düzenlemelere paralel olarak, fakat bundan daha anlaşılabilir ifadelerle ve kişi Özgürlüğünü daha koruyacak şekilde, şüpheli veya sanıkla ilgili aramayı bunlar dışındaki diğer kişilere yönelik aramadan ayırt ederek düzenlemiştir.²²⁹

AİHS 8. maddeye göre arama, 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 yapılabilir.²³⁰

Arama, kişilerin Üstlerinin, eşyasının, araçlarının, konutlarının ve işyerlerinin, umumi ve umuma açık yerlerin aranması şeklinde ortaya çıkabilir. Arama işlemi kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale kaçınılmaz olarak gerçekleştirilmektedir, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı arama işlemi en fazla öne çıkan temel hak ve özgürlüklerindedir.

Türk hukukunda arama ile ilgili hükümler, çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Polis Vazife Selahiyetleri Kanunu, Vergi Usul Kanunu, İl İdaresi Kanunu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu aramaya ilişkin hükümler ihtiva eden kanunlardır. Hemen belirtelim ki, bu kanunların ilgili maddeleri önleme araması niteliğindeki aramayı düzenlemiştir,

(2) Arama Kararı ve Arama Kararı Verme Yetkisi

Anayasanın 20, 21 ve 22. maddeleri, arama kararı vermeye yetkili kişi ve mercileri açıkça belirtmiştir. Buna göre, arama kararı verme yetkisi hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısındır. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise, kolluk

MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, »312, BAKICI, s. 421

GÜLSEN Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makaleZ139.doc>, erişim 6/11/2005

Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu değinmiştir. Buna göre, "Arama temel haklardan özel hayatın dokunulmazlığı ve gizliliği hakkını ihlal eden ve gereksiz yapıldığında insan onurunu kıran bir davranıştır. Bu sebeple ki, mutlak bir zaruret olmadıkça bu yola başvurulmaması gerekir." Anayasa Mahkemesinin 28.5.1987 tarihli Resmi Gazetede Yayımlanan 31.3.1987 gün ve E: 1986/24, K: 1987/8 sayılı karar. <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1999/K1999-Ol.htm> adresinden aktarılmıştır.

amirinin yazılı emriyle arama yapılabilir. Cumhuriyet savcısına neden ulaşılamadığı, hangi vasıtalarla arandığı ayrıntılı olarak bir tutanakta tespit edilecektir (Adli ve önleme Aramaları Yön. m.7/3). Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı yerlerde arama, hakim karar veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilecektir (CMK m. 119/1). CMK 119. maddesi 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı kanunun 15. maddesiyle değiştirilmiştir. Maddenin ilk halinde arama yapılabilmesi için, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan halde cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekli idi. Ancak bunun uygulamada yol açabileceği sıkıntılar göz önüne alınarak değişiklik yapılmıştır. Buna göre, cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde, kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir.²³¹

Ortaya çıkan sonuç kolluğun adli yetkilerini azaltmamıştır. Adli yetkiler aynen devam etmektedir. Fakat kolluk, adli yetkisini kullanabilmesi için savcının kolluğa emir vermesi söz konusu olacaktır. Bütün bu belirtilen bir tek istisnası vardır o da yakalama bakımındandır. Kolluk hiçbir yerden emir ve talimat almadan kendiliğinden bir tek yapabileceği yetkisi yakalamadır. Bunun dışındaki tüm diğer adli yetkilerine yapabilmesi için savcının kendisine sözlü emir vermesi gündemdedir. Savcının verdiği sözlü emirler, üzerine kolluk bütün adli soruşturmaları savcının emri altındaki adli kolluk memuru görevlisi olarak yapacaktır. Fakat, arama söz konusu ise savcının sözlü emri yeterli olmamaktadır. Arama yapılabilmesi için savcının yazılı emir vermiş olma koşulu bulunmaktadır. Kolluğun bütün adli yetkileri bakımından ortaya çıkan manzara yeni CMK* da bu anlamda düzenleme yapmıştır.²³² Buna karşılık, Danıştay 10. dairesi, Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliğinin bazı maddelerinin yürürlüğünün durdurulması ve iptali istemiyle açılan dava ile ilgili kararında, CMK da düzenlenen adli aramalarda, aramanın yazılı emre istinaden yapılabileceğini, bunun istisnasının ise, CMK 161/3 fıkrasında düzenlenen sözlü emir olduğunu, sözlü emrin ise, en kısa sürede yazıya dönüştürüldüğü takdirde de aramanın yasaya uygun olacağı görüşünü benimsemiştir.²³³ Cumhuriyet savcısının savcının sözlü emri ile de arama yapılabileceğini yönündeki tespiti katılmak mümkün değildir. Zira, kanun

¹ YILMAZ Zekeriya, Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.48

² YENİSEY Feridun, Yeni Ceza Mahkemesinin Getirdiği Yeniliklerle (Yeni CMK'ya Dair), Polis Dergisi, Sayı 43 Ocak-Şubat-Mart 2005, s. 207

³ Danıştay 10. dairesinin 2005/6392 esas sayılı karar,
<http://www.cjgm.adalet.gov.tr/Duyuru/yakalama.pdf> adresinden alınmıştır.

koyucu sözlü emirle aramayı düzenlemek isteseydi ilgili maddelere bu yönde bir hüküm dere ederdi.

Arama konusunda yazılılık ilkesinin benimsenmesi, kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Zira yazılı bir karar veya emir olmamasına rağmen, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürüst işlem ilkesine aykırıdır. Böylece bu şarta uyulmaksızın yapılacak arama, hukuka aykırı bir arama olacağından, hukuka aykırı delil söz konusu olacağı gibi, Yeni Türk Ceza Kanununun 120 ve 116.maddelerindeki haksız arama ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları da gerçekleşecektir.

Aramanın, elbette ve öncelikle hakim kararına bağlı tutulması, arama yapılma sebebinin, yerinin ve zamanının mutlaka kararda gösterilmesi gerekir. Ayrıca cumhuriyet savcısı, kamuya açık olan yerlerde ve kapalı mahallerde kişinin üzeri ve aracında gerekli olduğu hallerde arama yapılması emri verebilir. Yine, somut olarak gecikmesinde sakınca umulan hallerde, gecikmezlik sebebi belirtilmek ve hakimden karar alma imkanının olmaması durumunun da somut olarak tespit edilmek suretiyle kamuya açık olmayan kapalı mahallerde (işyeri, ev gibi) istisnai olarak arama yaptırabilir.^{2"}

Görüldüğü gibi, arama kararı verme yetkisi asıl olarak hakimindir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle ve yine bu sebeple ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama bunu dışındadır.²³⁵ Fakat, bu türlü bir arama neticesinde delil ele geçirilmiş ve el konulmuşsa, yasada belirlenen süreler zarfında hakim onayına sunulacaktır.

Hakkında tutuklama karan veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde bunların elentilerinde ve aracında yapılacak aramada; yakalananın kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak üst aramasında; gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konulmadan önce yapılan üst aramasında; hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinden kaçanların veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasındaki girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramada; 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesine yapılacak aramada; Adli Arama ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesine göre yapılacak

ŞEN, Türk Ceza Yargılaması Hukukuna..., s. 244

ÜZELTÜRK, s. 89

aramalarda arama emri veya arama kararı aranmaz. Danıştay 10. Dairesi yukarıda aktardığımız kararında, Adli ve önleme Aramaları yönetmeliğinin 8. maddesinin a fıkrasındaki "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" bölümünün yürürlüğünü durdurmuştur. Yine aynı maddenin f fıkrasında yer alan "...İlgilinin rızası ile..." bölümünün de yürürlüğünü durdurmuştur. Danıştay söz konusu kararında, Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının üzerinde durmuş ve dava konusu yönetmeliğin 8. maddesinin a fıkrasındaki bir bölümü, yine aynı maddenin f fıkrasında düzenlenen dava konusu kısmın yürürlüğünü durdurmuştur. Aynı kararda, önleme aramasına ilişkin hÜküm içeren 30. maddesinin 1. fıkrasının da yürütmesini durdurmuştur.²³⁷ Söz konusu maddeler, ayrıca bir arama kararı alınmasını gerektirmeyen aramaları düzenliyordu.

(3) Arama Kararı İçin Gerekli Şartlar

Arama kararı ancak belli şartlar dahilinde başvurulabilir. Öncelikle arama İşlemi için makul bir neden olmalıdır. Sıradan bir şüphe arama işlemine başvurmayı gerektirmez. Makul şüphe, objektif üçüncü kişilerce değerlendirilebilecek somut temellere dayalı şüpheyi ifade eder. Alelade şüphelilerden dayanan üçüncü kişilere açıklanamayacak veya onlar nezdinde haklı çıkarılamayacak şüphedir.

Orantılılık ilkesi de arama işlemi yapılırken uyulması gereken ilkelerdendir. Hedeflenen şeye ulaşmak için gerçekleştirilen işlemle, yapılan arama işlemi arasında denge sağlanmalıdır, örneğin, şüpheliden sorularak öğrenilebilecek bir husus hakkında arama işlemine girişilmemesi gerekir. Arama sırasında da bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir.²³⁸

Arama işlemi için gerekli diğer bir unsur da yetkili mercilerin karar vermesidir. Konuya yukarıda değindiğimiz için burada açıklama gereği duymuyoruz.

(4) Arama Kararının Konusu

Kişiler, konutlar veya konut dışındaki bazı yerler arama işlemine konu olabilir.

Suç şüphesi altındaki bir kimsenin veya usulüne uygun olarak alınmış Önleme araması kararına binaen diğer kişilerin Üstünün aranması mümkündür. Kişilerin aranması, kişinin üstünün aranması şeklinde olabileceği gibi, vücudun yüzeyi ve vücudun doğal boşluklarının herhangi bir tıbbi müdahale ve araç kullanmaksızın aranmasıdır. Bununla birlikte, kişinin vücu-

MALKOÇ-VÜKSEKTEPE, s.331

Danıştay 10. dairesinin 2005/6392 esas sayılı kararı,

<http://www.cigm.adalet.gov.tr/Duyuru/yakalama.pdf> adresinden alınmıştır.

ŞAFK-BIÇAK, s.170

dundan tükürük, saç, sakal, idrar, mide röntgeninin çekilmesi gibi işlemler arama işlemi olarak nitelendirilmez. Bu tür işlemler vücut muayenesi işlemidir.²³⁹

Konut, etrafı çevrili, üstü örtülü olan ve barınma, gece dinlenmesi ve oturmak amacıyla, devamlı veya geçici olarak kullanılan yerlerin adıdır. Taşınır veya taşınmaz olması arasında fark yoktur. Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.

Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar bunun dışındadır.

Eğer konut, işyeri veya diğer kapalı bir yerde arama yapılacak ise; arama sırasında ya C. Savcısı hazır olmalıdır ya da o yerin ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi hazır bulundurulmalıdır.

Arama kararı veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı yer veya eşya, arama emir veya kararının geçerli olacağı süre, arama yapacak olan görevlilerin açık kimlikleri gösterilir.

Hukumumuzda, Cumhurbaşkanı, diplomatlar, hakim-savcılar, yüksek yargı başkan ve üyeleri hakkında adli amaçlı arama yapılamaz. Ancak hakim-savcılar ve yüksek yargı başkan ve üyeleri hakkında önleme araması yapılabilmesine engel bir durum yoktur. Ayrıca, ağır ceza-yı gerektiren suçüstü hallerinde de arama yapılabilir. Milletvekillerinin aranması konusu ise, Anayasanın 83. maddesi göz önüne alınarak değerlendirilebilir. Madde, milletvekillerinin tutulamayacağını, sorguya çekilemeyeceğini, tutuklanamayacağını ve yargılanamayacağını düzenlemektedir. Dikkat edilirse, maddede arama işlemi sayılmamıştır. Söz konusu sayımın tahdidi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla milletvekilleri hakkında arama işlemi yapılabilir.²⁴⁰

Avukatların ise bürolarında yapılacak arama, elkoyma ve postada elkoyma işlemleri CMK 130. maddesinde düzenlenmiştir. Buradaki arama ancak mahkeme kararıyla ve cumhuriyet savcısının bizzat katılımıyla mümkündür.

Arama işlemi kural olarak, şüpheli veya sanıklara ilişkin olarak uygulanır. Bununla birlikte diğer kişilerle ilgili olarak da arama işlemi yapılabilir. Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla matuf olarak diğer bir kişinin üstü, eşyası, ev, işyeri aranabilir.

Diğer yandan, yeni kanunda {m.120/3} kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir

ŞAFAK-BIÇAK, s.165

ŞAFAK-BIÇAK, s. 167

gelişmedir. Zira daha Önceleri, açıkça maddede öngörülmediği için avukatın hazır bulunması kabul edilmemekteydi. Bu yeni düzenleme, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil etmesinin (Avukatlık Kanunu, m. 1/2) dolaylı bir sonucudur. Yargı organları ve emniyet makamları da, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. (Avukatlık Kanunu, m.2/3) Bu düzenleme, savunma hakkına değer verildiğini gösterdiği gibi, ceza usul hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.²¹¹

(5) Aramanı Zamanı ve Arama İşlemleri

Arama kural olarak gündüz yapılır. Gece vakti de arama yapılabilir. Yasada özellikle gece vakti çalışan bar, pavyon vb. işyerlerinin gece vakti de aranabileceğine ilişkin bir hüküm getirilmemesi yerinde olmamıştır. Bu gibi yerlerin gece aranmasına izin verilmesi gerekli idi. Ancak yasanın açık düzenlemesi karşısında, gece aramanın kişi haklarına yönelik bir düzenleme olması nedeniyle kıyas yolu ile genişletilmesi de mümkün bulunmadığından, gece çalışan yerlerde de ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, suçüstü halinde, yakalanmış veya gözaltına alınmış olup ta firar eden kişi ya da tutuklu ya da hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece araması yapılabilir.²⁴²

Suç işlediği hususunda kuşku duyulan kişilerle, bunların şerikleri ve sanıklara yataklık edenlerin Üzerlerinde arama yapılabilir. Bunların dışında kalan başkalarının üzerinde ise, suç izlerinin takibi veya belirli eşyaların zaptı amacıyla arama yapılabilecektir. Arama yapılırken kişi onurunun zedelenmemesine Özen gösterilmelidir. Şüphelinin de bir insan olduğu unutulmamalıdır.²⁴³

Arama için aranan şartlardan birinin eksik olması, kanunda belirlenen koşulların gerçekleşmemesi halinde, yapılan arama işlemi ve arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olur. Hukuka aykırı arama ise; adalet ve Özgürlük kavramlarının özü ve adil yargılama ile ilgili kanuna aykırı aranmama hakkının, ihlaline neden olacağından, bu yolla elde edilen deliller yasak delil kapsamına girer.²⁴⁴

¹ GÜLSEN, Yeni Ceza..., <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc>

² YİĞİT Nuri, Arama, El koyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc>, erişim 6/7/2005

³ BAKICI, Olaydan Kesin Hükme..., S. 422

¹⁴ KAYMAZ, Uygulamada ve Teoride..., s. 137

(6) Önleme Araması

önleme araması suç işlenmesinden Önce yapılabilir. Kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak için polis veya jandarma tarafından yapılan idari işlemdir, önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması; suç işlenmesinin önlenmesi; taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti önleme aramasının amacıdır.²⁴⁵

Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanununun 8, 9 ve 20.maddeleri ile Adli ve önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre; millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.²⁴⁶

önleme araması için, makul sebeplerin oluştuğunu ve millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler, kolluk tarafından önceden tespit edilir ve aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte mülkî âmire, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için bu talep, o yer Cumhuriyet savcısına da yapılabilir.

Yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yazılı arama emri verir.²⁴⁷

Arama talep, emir ve kararlarında ; Aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer ve karar yada emrin geçerli olacağı zaman süresi gösterilir. Hâkim tarafından verilen kararlar aleyhine, mülkî âmir tarafından kanun yollarına başvurulabilir. Usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri üzerine, yetkili âmirin, aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhâl yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Bu hâllerde, emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk, emri verene aittir.

MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s.306

AÇIKGÖZ A. Nevzat, Arama-Denetim Kontroller ve El koyma, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/167.doc>, erişim 11/9/2005

AÇIKGÖZ, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/167.doc>

Üst arama, el koyma ve konuta girmede gecikmede sakınca bulunan hal ile bağlantılı olara yazılı emir bazıları tarafından eleştirilmektedir. Durumun aciliyeti karşısında yazılı emir almanın mümkün olamayacağını ve bu sebeple de yazılı emir olmadan yapılan aramanın veya konuta girmenin hukuka aykırı delil oluşturacağı ve Anayasanın 38. maddesine göre delil kabul edilememesinden hareketle suçların ve suçluların kovuşturulmasının mümkün olmayacağı yatmaktadır. Yazıldıktan amaç, idarenin denetiminin sağlanması ve işlemlerin belgelenmesinin sağlanmasıdır. İdari işlemlerin yazılı olmasının iki istisnası vardır, tiki, idarenin susması, ikincisi, ivedi işlemler ve bu işlemlere bağlı eylemler yapılmasının zorunlu olduğu alanlardır veya olağanüstü durumlardır. Bu hallerde sözlü verilen emirlerle hareket edip işlem tesis edebilecektir.²⁴⁸

b) §1 Koyma Nedeniyle Oluşan Hukuka Aykırılık

(1) Genel Olarak

İspat aracı olarak kullanılacak eşyadan gereği gibi yararlanmak için bu eşyanın yargılama makamlarının eli altında olması gereklidir. Ayrıca müsadere kararına konu olacak eşyanın da yargılama sonunda verilecek müsadere kararının yerine getirilebilmesi açısından adliyenin elinde olması lazımdır.²⁴⁹

Gerçekten, el koyma da bir koruma tedbiridir ve her koruma tedbiri gibi el koyma da bünyesinde potansiyel bir zorlama taşır. Kişi, elinde bulunan eşyaya vermediği takdirde bu eşya elinden zorla alınır ve zorla alınmayı ifade etmek için buna el koyma denilmektedir.²⁵⁰

İşte ispat vasıtalarından olup da faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin, eşyayı veya malvarlığı delillerini elinde bulduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altında alınmasına "el koyma" denmekte; bu işlem, zilyedin rızası ile yapıldığından ise, "muhafaza ve emniyet altına alma" olarak adlandırılmaktadır.²⁵¹ El koyma geçici olup, hüküm verilinceye kadar geçerli olabilir. Hüküm verildikten sonra, eğer el konulan şey müsadereye tabi değilse, zilyedine geri verilmesine karar verilir.

El koyma bakımından yeni kanunumuzda ne tür yenilikler yapıldığına bakıldığında, CMK' da getirilen en önemli değişiklik olarak eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine de el konulması olanağının sağlanması olduğu görülmektedir.

²⁴⁸ ÜZELTÜRK, s.93

²⁴⁹ KAYMAZ, Uygulamada ve Teoride..., s. 167, YENİSEY, Yeni Ceza Mahkemesinin, s. 207

²⁵⁰ KAYMAZ, Uygulamada ve Teoride ..., s, 267

²⁵¹ MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s,336

İkinci olarak, "taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma" da 4422 sayılı kanundan sonra ilk defa Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan bir koruma tedbiridir (CMK 128).

Bunların dışında, diğer önemli bir yenilik ise, "içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi"ne ilişkin 125. maddede getirilmiştir. Bu hüküm çok radikal bir adımı ifade etmektedir. Gerçekten de, önceki kanunumuzun "teslim olunmayacak vesikalar" başlıklı 88. maddesinde *"resmi dairelerde saklı evrakın ifşasının memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edildiği takdirde, bu evrakın tesliminin istenemeyeceği, bu beyan yeterli görülmediği takdirde ilgili bakanlığa müracaat olunabileceği"* hükme bağlanmaktaydı. 2001 Tasansı'nda da bu konuda ilgili bakanın bu konudaki bildirimini üzerine belgelerin verilmesine veya gösterilmesine karar verilemeyeceği şeklinde bir hüküm sevk edildikten sonra, mahkemenin bu belgelerin davanın sonuçlandırılması bakımından zorunlu olduğu hallerde Başbakanlığa başvurabileceği açıklanmaktaydı. Dolayısıyla 2001 Tasansı'nda 1412 sayılı kanundan içerik olarak farklı bir hüküm bulunmamakta, sadece yetkili amir konusunda farklı bir hüküm sevk edilmekteydi.²⁵² Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış İlişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgileri içeren belgeler bir suç olgusuna ilişkinse, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacaktır. Suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, hukuk devletinde hiçbir şekilde devlet sırrı olarak koruma altına alınamayacaktır. Alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapsi gerektiren suçlarda, bir takım bilgiler devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğinde olduğu kanaatine varılan bilgi ve belgeler sadece mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Soruşturma aşamasında bu tür bilgiler devlet sırrı sayılarak savcılığa gönderilemeyecektir. Çünkü, CMK 125. madde, devlet sırrı sayılan bilgi belgelerin sadece mahkemeye karşı gizli tutulamayacağını düzenlemektedir. Kamu davası aşamasında ise, söz konusu bilgi ve bulgular, hakim veya mahkeme heyeti tarafından müzakere edildiği sırada Cumhuriyet savcısı hazır bulunamayacaktır. Zira, savcının incelediği ve fakat savunma makamının inceleme imkanın bulunmadığı bilgi veya belgelere dayanılarak verilecek hüküm en azından silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır.

(2) El koymanın Kapsamı

Ceza yargılamasındaki önlemler, kişilerin mal varlığına, hak ve özgürlüklerine yönelik olduğu için, uygulanacak önlemler ile sanığa yüklenen suç ve verilecek ceza arasında bir oran

HAKERİ Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm, erişim, 8/11/2005

olmalıdır. Daha hafif bir önlemle yargılama amacına ulaşılması mümkünse, daha ağır bir önlem uygulanmamalıdır.²⁵³

Aramda ele geçirilen bilgi ve belgelere el konulabilir. Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kağıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hakimindir. Kolluk ise, ele geçirilen belge ve kağıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği belge ve kağıtları o anda mühürleyip ambalajlayacaktır. Belge veya kağıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de ambalajın üstüne koyabilir. Sonradan mührün kaldırılmasına ve kağıtların incelenmesine karar verildiği zaman, bu sırada hazır bulunmak üzere, el konulan malın zilyedi veya onun temsilcisi ya da müdafii veya vekili çağırılır. Soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmadığı anlaşılan belge ve kağıtlar ilgisine iade edilir. Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere el konulamaz.²⁵⁴

El konulmak üzere istenen eşyayı vermeyenlere, CMK 60. maddesine göre disiplin hapsi uygulanabilecektir. Disiplin hapsinin süresi üç ayı geçemez. Bu madde hükmü, şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekler hakkında uygulanamaz.

(3) El koyma Kararı ve El koyma Yetkisi

El koymanın koşullarından biri de bir suç işlendiğine, el konulacak eşyanın da suç ile ilgili olduğuna ve suçun aydınlatılması bakımından yararlı olacağına dair bir şüphenin mevcut olmasıdır. Bu şekilde bir şüphe olmadan yapılan el koyma da hukuka aykırı bir el koyma olur.²⁵⁵

Zor kullanarak el koyma hakkında karar verme yetkisi esas olarak hakimindir. Zira kişinin rızası olmadan eşyaya el konulması, eşya üzerindeki tasarruf hakkını kaldıracağından, söz konusu kararı hakim vermelidir. Diğer taraftan el koyma, delilleri koruma açısından önemli olduğu için, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı ve kolluk görevlileri de Cumhuriyet savcısının veya ona ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emrine binaen zor kullanarak el koyma işlemi gerçekleştirebilecektir. Hakim kararı dışında yapılan el koyma 24 saat içerisinde hakim onayına sunulacaktır, Hakim kararını el koymadan itibaren 48 saat içerisinde açıklayacaktır. Hakim, el koymayı onaylamadığı veya 48 saat içinde bir karar vermediği takdirde el koyma kendiliğinden ortadan kalkar. Böyle bir düzenlemeyle 4709 sayılı kanunla Anayasanın 20. maddesinde yapılan değişikliğe uygulama yeteneği kazandırılmak istenmiştir.

BAKICI, Olayda Kesin Htlkme..., s. 436

ŞAFAK-BIÇAK, s.184

KAYMAZ, Uygulamada ve Teoride..., s. 168

Et koyma hakkında karar verme yetkisi, kovuşturma aşamasında davaya bakan hakim veya mahkemeye aittir. Kamu davası açılmamış ise bu yetki, işlemin yapıldığı yer sulh ceza hakimi-ne aittir."⁶

önleme amaçlı el koymaya karar verme yetkisi esas olarak hakimindir. Ancak, PVSK 9. maddede gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunen yetkili kılınan mahallin en büyük mülki amiri de önleme amaçlı el koymaya karar verme yetkisine sahiptir.²⁵⁷

Bir başka ifadeyle, suçüstü veya kuvvetli şüphe altında yakaladığı sanığın üzerini kolluk kuvvetinin arayamaması demek, kişiyi yakalaması, fakat üzerini aramak için daha en azından Cumhuriyet Savcısının emrini beklemesi gerekir ki, bu sürede meydana gelebilecek bir bomba patlaması (sanığın üzerinde, çantasında veya aracında olduğu şüphelenen bombanın patlaması) veya sanığın üzerinde taşıdığı bıçağı veya ateşli silahı kullanmaya kalkışması durumunda ciddi sorunlar doğabilecektir. Esas itibariyle, bu açıklamamız delil elde etmekten daha ziyade, adli amaçlı aramanın hemen başında yer alan bir güvenlik aramasını ortaya koymaktadır. Elbette bu istisnai aramada delil elde edilecek olursa bu delil hukuka uygun sayılacaktı. Dolayısıyla, PVSK' nın 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanununun 10/E maddesi ile değişik 9. maddesini bu şekilde, yani polisin yakaladığı kişinin üzerini arayabileceği tarzında anlamalıyız

(4) El konulamayacak Eşyalar

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilme hakkına sahip kimseler arasındaki mektuplara, söz konusu mektup, şüpheli veya sanık veya tanıklıktan çekinebilecek olan kimsenin üzerinde veya yerleşim yerinde veya işyerinde ise el konulamaz.

Mesleği sebebiyle şüpheli veya sanığın özel sırlarına vakıf olanların nezdindeki belgelere de el konulamaz. Bu anlamda, şüpheli veya sanık ile, avukatı veya onun stajyerleri, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları, diğer bütün tıp mesleği ile uğraşanlar ile mali müşavirler ve noterler arasındaki ve nezdinde bulunan mektuplara el konulamaz. Ayrıca Anayasanın 30. maddesine göre de, basın araçlarına el konulamaz.

(5) Postada El koyma

Haberleşme hürriyeti herkese tanınmış bulunana bir haktır. Haberleşmenin gizliliği esastır. Haberleşme hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve Özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, yine

ŞAHİN, Gazi Şerhi..., s.352

ÜZELTÜRK, s. 91

bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunana hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merci kararını yirmi dört saat içinde hakim onayına sunacaktır. Hakim ise, kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır. ⁵

Postada bulunan gönderilere de el konulabilir (CMK 129). Suçun delillerin olduğundan şüphelenilen ve gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için soruşturma ve kovuşturma aşamasında adliyenin eli altında bulunması zorunlu görülüp, posta hizmeti veren her türlü resmi ve özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hakim veya gecikmesinde bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile el konulabilir. Hakim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine, el koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, gönderilerin içinde bulunduğu zarf veya paketleri açamazlar. El konulan gönderiler ilgili posta memurunun huzuru ile derhal mühür altına alınıp, el koymayı isteyen hakim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir. Soruşturma veya kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı bulunmadıkça ilgisine bu işlem haber verilir. Açılmamasına veya açılıp da adliyenin eli altında bulunmasına gerek olmadığına kara verilen gönderiler, hemen ilgisine teslim edilir. Aksi durumda Türk Ceza Kanununun 132 ve 137 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan Haberleşme özgürlüğünü ihlal suçu işlenmiş oldur. ²⁵⁹

Postada el koyma bakımından resmi kuruluşların dışında, her türlü özel kuruluştaki bulunan gönderilere de el konulma olanağının sağlanmış bulunması önemli bir yeniliktir (CMK 129). Böylece kargo şirketleri gibi kurumlardaki gönderilere de el konulabilecektir. Aynı şekilde otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere de el konulması mümkündür. Fakat özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir. El koyma bakımından gönderinin ticari amaçla teslim edilmiş veya taşınmış olması gerekmemektedir. ²⁶⁰

(6) Zorlama Amaçlı El koyma

Sadece kovuşturma aşamasında uygulanabilecek Özel bir el koyma türüdür. Hakkında yürütülmekte olan kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak üzere yurt içinde saklanan veya yabancı Ülkede bulunan ve bu nedenle mahkemece kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denmektedir. Olayın özelliğine göre, bu tanıma göre hakkında kaçak olduğu yönünde karar verilen kişinin duruşmaya gelmesini temin etmek için, kişinin Türkiye de bulunan mallarına, hak ve a-

ŞAHtN, Gazi Şerhi, s.360

ŞAFAK-BIÇAK, s.186

HAKERİ, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm

lacaklarına, amaçla orantılı olarak el koyabilir. Ancak bu tedbir CMK 248/2-a maddesinde belirlenen suç türleri bakımından uygulanabilecektir.²⁶¹

(7) Çeşitli El koyma Halleri

Bilgisayarlara, bilgisayar kütüklerine ve programlarına el konulabilir (CMK md.134). Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkanını bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi Üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kütüklerinden kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine kim tarafından kara verilebilir. Bu işlemlerin yapılması için öncelikle bilgisayara girmek gerekeceğinden, eğer bilgisayar şifre ile korunuyorsa, o halde bilgisayara ve diğer araç gereçlerine el konulabilir. Şifrenin çözülmesi ve gerekli işlemlerin yapılmasından sonra el konulan bilgisayar ve gereçler gecikmeksizin iade edilecektir.²⁶²

Taşınmazlara,²⁶³ hak ve alacaklara (CMK 128) da el konulabilir. Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait, taşınmazlara, kara, deniz veya hava taşıma araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabilir. Taşınmaz, hak, alacak veya diğer malvarlığı değerleri şüpheli veya sanıktan başka bir kimsenin zilyetliğinde bulunması halinde de el oyma işlemi yapılabilir. Ceza Muhakemesi Kanununun taşınmazlara, haklara, alacaklar ve diğer malvarlığına el konulabilmesini öngören hükmü ancak bazı suç türleri bakımından mümkündür. Bu suçlar CMK'nın 128. maddesinde sayılmıştır.²⁶⁴

Avukat bürolarında yapılacak el koyma (CMK 130) işlemi ise, farklı bir bakış açısıyla düzenlenmiştir. Avukat bürosunun, ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabileceğini ve bu aramada baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın bu işlem sırasında hazır bulunabileceğini belirtmiştik. Arama sonucunda el konulmasına kara verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye

¹ CENTEL-ZAFER, ...2005,8. 309

^a ŞAFAK-BIÇAK, s. 185

³ Taşınmazlara el koyma, tapu siciline, söz konusu taşınmaza bir suç soruşturması nedeniyle geçici olarak el konulduğunu içeren şerh verilerek gerçekleştirilir.

⁴ ŞAFAK-BIÇAK, s. 186

ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma amasında sulh ceza hakiminden, kovuşturma aşamasında hakim veya mahkemedен istenir. Hakim veya mahkeme, el konulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhal avukata iade edilir. İşlemin yapılması sırasında tutulan tutanaklar imha edilir (CMK 130).²⁶⁵

3. Fizik Kimliğin Tespiti ve Vücut Muayenesi

Fizik kimliğin tespiti CMK 81 maddesinde düzenlenmiştir. Fizik kimliğin tespiti, kişinin kimliğinin bilinmemesi halinde yapılabileceği gibi başka bir sebeple de yapılabilir. Mesela, olay yerindeki parmak iziyle mukayese gerekiyorsa ya da tanığın teşhisi için gerekli ise, fizik kimliğin tespiti yine mümkündür. Görüldüğü üzere, kişinin fizik kimliğinin tespitine yönelik işlemler de özel hayatın gizliliği bağlamında, onun maddi ve manevi bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunu da ortaya çıkarmaktır.

Fizik kimliğin tespiti işlemine karar verme yetkisi soruşturma evresinde cumhuriyet savcısındır. Cumhuriyet savcısı emrini sözlü olarak verebilecektir. Ancak bunun en kısa sürede yazılı emre dönüştürülmesi gerekmektedir. Maddede kovuşturma evresinde bu işlemin yapılması düzenlenmemiştir. Ancak, bu düzenleme bilinçli bir düzenlemedir. Zira, iddianame düzenlenebilmesi için şüphelinin kimliğinin bilinmesi zorunluluğu vardır.²⁶⁶

Kanunun 81. maddesindeki uygulama, işlene uçun cezasının üst sınırının iki yıl hapis veya daha fazla cezayı gerektirmesi halinde mümkündür. Cezasının üst sınırı iki veya daha az yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüpheli veya sanığın fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, parmak ve ayak izi, bedeninde yer alan ve tespitini kolaylaştıran bir başka deyişle diğer insanlardan farklı kılan vücut özellikleri teknik yöntemlerle kayda alınarak dosyaya konulacaktır. Söz konusu bilgiler özünde bireyin Özel hayatına ilişkindir demiştik. İşte bu yüzden fizik kimliğe ilişkin kayda alınan bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kara verildiğinde ve bu karara itiraz süresi geçtiğinde veya vaki itiraz reddedildiğinde, yargılama neticesinde beraat kararı verildiğinde veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verildiğinde, dosyadan çıkarılarak imha edilecek ve bu işlem tutanağa bağlanacaktır.

Sanık hakkında mahkumiyet karar verilmişse, bu bilgiler, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince (md. 17) kolluk ve ilgili sağlık kuruluşu tarafından arşivlenecektir.²⁶⁷

Bir suça ilişkin olarak delil elde etmek için şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine veya cinsel salgı gibi Örnekler alınması mümkündür. Bunun için, suça öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması, işlemin şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürmemesi, işlemin hekim tarafından yapılması gibi şartların sağlanması gerekir. Beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınması işlemine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilir. Savcının karar yirmi dört saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulur. Hakim veya mahkeme de kararını yirmi dört saat içinde açıklayacaktır.

Özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Dolayısıyla burada karar alınmasına gerek yoktur.

Maddi gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanıktan başka kişilerinde bedenlerinin iç veya dış muayenesi veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin gerekli görülmesi halinde, CMK 76. maddeye göre hareket edilmelidir. Burada da başka suretle delil elde etmenin imkan dahilinde olmaması gerekir. Mağdurun sağlığının tehlikeye düşürülmemesi şartı yine geçerlidir. 76. maddedeki tedbire C. Savcısının istemi Üzerine veya resen hakim veya mahkeme tarafından karar verilmiş olması gerekecektir,²⁶⁸

Burada bir başka husus da kadının muayenesinin imkanlar elverdiği ölçüde kadın hekim tarafından yapılmasının Öngörülmüş olmasıdır. Kanununun 77. maddesi bu konuyu düzenlemiştir. Kadın hekim bulunamaması halinde, gerekli muayeneyi erkek hekim yapabilecektir. Olanakların elvermesi, aynı zamanda kadın doktorun istenen muayeneyi yapabilecek donanıma sahip olmasını da içerir.²⁶⁹

MALKOÇ-VÜKSEKTEPE, s.230

²⁶⁸ MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s.224

²⁶⁹ MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s.226

IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN YARGILAMA VE HÜKÜMDE KULLANILMASI

A. Hukuka Aykırı Olarak veya Yasak Yollarla Elde Edilen Delillerin Hükümde Kullanılması ve 5271 Sayılı Kanunun Sistemi

Yasak yöntemlerle elde edilen deliller ya da elde edilirken yapılan hukuka aykırılık dolayısıyla hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerden biri mahkeme önüne gelirse, bu delilin hükmü verilirken kullanılıp kullanılmayacağı mahkeme tarafından değerlendirilir. Delilin hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği belirlendikten sonra karşımıza çıkan ikinci önemli sorun, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur.

Yargılama kurallarına aykırılık halinde, bunların sonuca etkili olmaları halinde hukuka aykırı sayılmaları, aksi halde bunların sonuca etkili olmadıklarında, hukuku zedelediklerinin kabulü ülkemizde artık bir sınırlamaya tabidir. O sınırlama da, bu yargılama kurallarının delil toplama kuralları olmalarıdır. Bir kural, yargılamaya delil toplama kuralı ise, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bu kural, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak tartışmasına kapalıdır.²⁷⁰

Hukuka aykırı delil, ister soruşturma makamları, isterse Üçüncü kişilerce elde edilmiş olsun, kullanılmaması gerekir. (CMK' nın 148, 206 ve 217. md) Mahkemenin gerekçeli kararında, dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri ayrıca ve açıkça göstermesi (CMK 230/b) gerekir.²⁷¹

Hukuka aykırı delil, ister kasten, iserse savsama sonucu elde edilmiş olsun, hükme esas alınmaması gerekir. Anayasal haklar ihlal edilerek toplanan deliller, delil olarak kullanılmaz.²⁷² Hukuka aykırı elde edilen deliller, ilişkisi bulunmayan veya kendisinden kaynaklanmayan diğer hukuka uygun delilleri etkilemez ve onları hukuka aykırı hale getirmez.²⁷³ Hukuka

KESKİN Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997,s.178

Nitekim Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisinin kapatılmasıyla ilgili davada, dosyada bulunan ve parti yöneticileri arasında geçen konuşmaların yer aldığı kayıtları, üçüncü şahıslar tarafından elde edilmiş olması karşısında, söz konusu kayıtların usulüne uygun olarak elde edilmediği ve bu nedenle CMUK 254. maddesine aykırı olduğu gerekçeleriyle hukuka aykırı saymış ve hükme esas almamıştır. E:1992/2, K:2001/2 AYMKD, 37/2, s. 1465

YAŞAR, s. 864, ÖZTÜRK Bahri, CMUK Reformu ve Delil Yasakları, İzmir Barosu Dergisi, Yıl. 58, Nisan 1993, s.33

YAŞAR, s.865

aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuku aykırılığın yapılmış olmasıdır.

Yasa koyucunun değerlendirme kapsamına alınıp alınamayacağını açıkça belirtilmediği hukuka aykırı delillerin varlığı halinde, daha çok ihlal edilen normun koruduğu hak ve menfaat ile maddi gerçeği bulma arzusu arasında gidip gelmeler yaşanmakta; her somut olaya göre, bireyin menfaatleri ile kamunun somut menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Uygulayıcının somut olaya göre değerlendirme yaptığı ve bu değerlendirme sonucunda ulaştığı yasağa da, nispi değerlendirme yasağı denilmektedir.²⁷⁴

B. Yasak Delillerin Hüküm Kurulurken Değerlendirilmesine İlişkin Yaklaşımlar

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda belli başlı üç yaklaşım biçiminin bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan İlki ve geleneksel olanı, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olmasıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşımıdır. Dolayısıyla, ilk iki yaklaşımı katı yaklaşımlar olarak değerlendirirsek, katı ve esnek yaklaşımlar olmak üzere temelde iki görüşün olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

1. Mutlak Kabul Yaklaşımı

Bu yaklaşım, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akıbeti konusunda kabul edilen en eski görüştür. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için değişik gerekçeler ileri sürülmüştür. İlk argüman, ceza muhakemesinin yegane amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve yargılama makamının isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini tam ve doğru olarak tespit edebilmesi için, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın bütün ilgili ve faydalı delillerin kabul edilmesi gerekliliğidir. İkinci olarak, ceza muhakemesinin konusunun isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu ve delillerin nasıl elde edildiğinin ceza muhakemesi bakımından ikincil bir uyumsuzluk teşkil ettiği ve mahkemenin bu sorunla uğraştırılmasının asıl sorunun çözümünü geciktireceği belirtilmektedir.⁷⁵

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.540

KOCA, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, erişim 7/6/2005

2. Mutlak Değerlendirme Yasağı Yaklaşımı

Mutlak değerlendirme yasağı, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasını ifade eder. Şayet hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karara esas alınması kabul edilseydi, vatandaşların hukuka aykırı eylemlere karşı güvende olma hakkını belirten anayasal koruma değersiz kalırdı. Ayrıca, hukuka aykırı delilleri mahkemede sanığa karşı kullanmak, sanığın anayasal haklarının bir inkarı olacaktır.²⁷⁶ Hukuka aykırı yoldan elde edilen veya elde edilen hukuka aykırı bir delilden yola çıkılarak toplandığı belirlenen delil de hukuka aykırı olacağından (örneğin, baskıyla ifadesi alınan sanığın bu ifadesinden bir başka delile ulaşılması halinde, bu delil de hukuka aykırı olacaktır), bu hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla, hukuka aykırı olduğu iddia ve tespit²⁷⁷ edilen bir delilin dava dosyasında bulunmaması gerektiğini, hatta hazırlık tahkikatı aşamasında bile tahkikat dosyasından çıkartılmasının uygun olacağı savunulmuştur.

Mutlak değerlendirme yasağını öngören yaklaşıma da çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir, tik olarak, mutlak değerlendirme yasağının, sanığın mahkumiyetine yol açabilecek delillerin reddedilmesini gerektireceğinden, mahkumiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraatla sonuçlanmasına yol açacağı belirtilmiştir. Ancak Amerika'da yapılan bir araştırma da, değerlendirme yasağının, toplam davalar içinde sadece %1 inin bu kuralın işlemesi neticesi kaybedildiğini ve bunların da çok ciddi suçlar olmadığı tespit edilmiştir. Bir çok davada, hukuka aykırı deliller reddedildiği halde, yine de mahkumiyet kararlarına ulaşılmıştır. İkinci eleştiri, mutlak dışta tutma kuralının, delil ortaya çıktıktan, kimin suç işlediği belli olduktan sonra işleyen, sadece suçlunun lehine bir mekanizma öngördüğü şeklindedir. Hukuka aykırı bir davranışa muhatap olan masum kişiler, aleyhlerine delil ele geç inlemediği için, bu kuraldan hiçbir şekilde yararlanamamaktadırlar. Ayrıca, bu kural, suçluluğu arttıracığı, halkın hukuk ve yargı sistemine olan saygı ve güvenini azaltacağı yönünde eleştirilere de uğramaktadır.¹⁷⁸

Sonuç olarak, hukuka aykırı olduğu iddia ve tespit edilen bir delilin dava dosyasında bulunmaması gerektiğini, hatta hazırlık tahkikatı aşamasında bile tahkikat dosyasından çıkartılmasının uygun olacağını söylemek gerekir. Çünkü "hukuk devleti" ilkesinin geçerli olduğu ve 1982 Anayasası'nın 138/1. maddesi uyarınca, hakimler vicdani kanaatleri doğrultusunda karar verebilseler dahi hukuk kurallarıyla sınırlı oldukları kabul edildiğine göre, hukuka aykırılığı

KOCA, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, erişim 7/6/2005

ŞEN, Türk Ceza Yargılamasında Telefonların..., s. 239

KOCA, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, erişim 7/6/2005

tespit edilen bir delilin dosyada tutularak karar veren makamı etkileyebileceği karine olarak düşünülduğünde, bu şekilde verilen bir kararın hukuka aykırılığı kendisini gösterebilecektir.²⁷⁹

3. Esnek Yaklaşım

Buna göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliğine karar vermede, kabul etme ya da dışarıda tutma şeklinde sabit bir kural kabul etmek yerine, mahkemenin her davada yaşanan menfaatleri göz önünde tutmak suretiyle bu iki alternatif arasında karar vermesi gerekir. Bu yaklaşım, mahkemelere açıkça takdir hakkı tanımaktadır.²⁸⁰

Mutlak değerlendirme yasağı, doğrudan suçu kontrol, suçlarla mücadele düşüncesiyle çelişmektedir. Mutlak kabul etme kuralı ise, suçu kontrol düşüncesini oldukça önemseyen için ceza muhakemesinin moral boyutunu ihmal etmektedir. Böyle katı kuralların tehlikesi şöyle özetlenebilir: Mutlak değerlendirme yasağı, suçu sıkı kontrol altında tutmayı başarısız kılar ve bunun sonucu olarak da, kamu düzeni bozulur. Mutlak değerlendirme kuralı ise, polis devleti yaratmada bir araç olabilir. Bu durumda takdiri ilk kuralının katı kurallara nazaran bazı avantajları bulunmaktadır. Çünkü bu kural, yaşanan düşünceler arasında (en azından hemen) bir seçimi gerektirmiyor, daha çok onları uzlaştırmayı ya da birini diğerine karşı ölçüp biçmeyi (her olayın koşullarını ve gerçeği hesaba katmak suretiyle) öneriyor. Bununla birlikte, takdirin kullanılması için belirli ana çizgiler olmadıkça, bu yaklaşım da özensiz ve karmaşık dezavantajlara sahip olacaktır.²⁸¹

V. SANIĞIN LEHİNE OLAN YASAK DELİLLERİN DURUMU

Hukuka aykırı elde edilen deliller, genellikle sanık aleyhine olmakla birlikte, maddede hukuka aykırı delilin, sanık yararına veya aleyhine olup olmadığı ayırımı yapılmamış ve yalnızca hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı Öngörülmüştür.²⁸²

1412 sayılı CMUK' un, genel ve mutlak bir değerlendirme yasağı getiren CMUK. m. 254/2 hükmünde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin, lehte ya da aleyhte olmalarına göre bir ayırım yapılmış değildir. Buna göre CMUK. md 135/1-b.5'e göre aleyhindeki delilleri çürütmek ya da lehindeki delillerin toplanmasını temin etmek için ifade verenin ya da sorguya çekilenin talebi üzerine, kavuşturma veya soruşturma makamlarının elde ettiği delillerde bir hukuka aykırılık varsa bu deliller soruşturma makamlarının elde ettiği delillerde bir hukuka aykırı-

ŞEN, Türk Ceza yargılamasında..., s.240

⁰ BIÇAK, Vahit, "insan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye", Liberal Düşünce, c.4, sy.15, Yaz 1999, s.62

¹ BIÇAK, 5.66

² ÖZTÜRK, Ses veya Görüntü.... s. 223

nlık varsa bu deliller de CMUK. md. 254/2'ye göre hükme esas alınmayacak yani değerlendirilmeyecektir.

Eğer CMUK md. 254/2 hükmünün genel ve mutlak yani en basitinden, en büyüğüne kadar bütün hukuka aykırılık hallerinde, bu aykırılık kişilerin anayasa ile teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiş olsun ya da olmasın bunları delil olarak değerlendirmek ve ifade verenin ya da sorguya çekilenin lehinde olan deliller bakımından da aynı hükmü uygulamak gerekecektir. Ancak, kişinin kendinin yaratmadığı, kendisinin sebebiyet vermediği yani oluşmasında sorumlu tutulamayan bir hukuka aykırılık nedeniyle lehinde olan bir delilin değerlendirilmemesinin sonucuna da katlanmasını beklemek adalet anlayışı ile bağdaşır bir yaklaşım biçimi olamaz.²⁸³

VI. ÖZEL ŞAHISLAR TARAFINDAN ELDE EDİLEN YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri, örneğin bir belgeyi çalmaları ve bunu yetkili makamlara vermeleri durumunda, bu deliller kural olarak değerlendirilemez. Çünkü kanunlarımızda yer alan, Özellikle hukuka aykırı deliller ile ilgili hükümler, özel kişilere değil, kovuşturma makamları için öngörülmüştür. "Kovuşturma makamlarına yasak olanın özel kişilere Öncelikle yasak olacağı" gerekçesi ile bunun aksini ileri sürmek, kamu hukukunun en temel ilkelerine aykırılık olur."²⁸⁴

Kovuşturma yapmakla görevli olan organlar için var olan yasağın, resmi sıfatı bulunmayanlar için de öncelikle söz konusu olması, mantık araçları kullanılmak suretiyle yapılacak yorumun doğal bir sonucudur. Onların elde ettikleri hukuka aykırı deliller de, kovuşturma organlarınınki gibi, değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Aksi takdirde, resmi sıfatı bulunmayan kişilerin adli makamlar tarafından bir delili ele geçirmek için kullanılmaları da söz konusu olabilir.²⁸⁵

Yasada sadece "soruşturma ve kovuşturma organlarının" hukuka aykırı yollarla elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir. Bu hükmü tersten okuyarak, soruşturma ve kovuşturma organları dışında kalan kişi ya da kurumların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınabileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Yasa tarafın-

İÇEL Rayihan, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları",28.4.1995 tarihinde Yargıtay'da yapılan sempozyuma sunulan tebliğ, yayımlandığı yer; SAVAŞ Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara 1995, s.739, **DEMİRBAŞ**, s.255.

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.554, KUNTER-YENİSEY, s. 537 ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında..., s.112 ,YAŞAR, s.864, TOSUN Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin ispat Kuvveti, İstanbul 1976, s.

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.555

dan kendisine bir görev verilmiş kişi ve organların, görevlerini yaparken yine yasa tarafından hangi davranışlarının yasak olduğunun belirtilmesi o görevle ilgili kişi ve kurumları ilgilendirir. Yani getirilen sınırlama istisna olup, yasaklanan davranışlarda bulunmama genel kuraldır. Ancak bu istisna ve serbestlik o görevde ve görevle ilgili kişi ve kurumlarla ilgilidir. Bu görev ve görevle ilgili kişi ve kurumların dışında kalanlar bu sınırlamadan etkilenmezler.

Özel kişiler, özellikle kişilerin özel yaşam alanlarına hukuka aykırı biçimde girerek delil toplamaktadırlar. Bunlar bizzat kişinin kendisine ait olabileceği gibi, başkalarına ait de olabilir. Bu alanlara hukuka aykırı biçimde girilerek delil elde edilmesi, anayasa ve yasalar açısından suç oluşturmaya da yasak delilleri gündeme getirecektir. Bununla birlikte, özel şahıslarca elde edilen delil, özel hayata müdahale içermiyor ve delilin kullanılmasında kamu yararı görülüyorsa, mahkemenin hükmünde kullanabileceği görüşü de savunulmaktadır.²⁸⁶

Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, ceza muhakemesinde araştırma ve soruşturma işlemlerinin adli makamlarca yürütülmesini, yani ceza muhakemesinin kamusa I lığı esasını benimsemiştir. Dava açıldıktan sonra araştırma görevini, mahkeme üstlenir. Kamusalılık ilkesinin bir sonucu olarak yasada, sadece kovuşturma ve soruşturma organlarınca elde edilen hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Bir görüşe göre, yasa soruşturma ve kovuşturma organları için bir yasak düzenlemektedir. Resmi sıfatı bulunmayan kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin muhakemede değerlendirilmesi gerekir. Ancak, bu hukuka aykırılığı yapan kişi de, delili elde ediş metoduna göre cezalandırılmalıdır.²⁸⁷

Şayet somut olayda mutlak delil yasakları ihlal edilerek bir delilin elde edildiği saptanacak olursa, söz konusu hüküm illiyet bağı, etkileme gücü kriterleri mevcut olmasa dahi mutlaka bozulmalıdır. Buna karşılık nispi delil yasakları ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ve fakat böyle bir delilin kullanılmasına oranlılık (ölçülülük) ve kamu yararı kriterleri göz ardı edilmişse, bu delil esas alınarak kurulan hüküm yine mutlaka bozulmalıdır. CMUK. m. 254/2 hükmü, hakime takdir yetkisi bırakmamıştır.²⁸⁸

Eğer elde edilen delilin hükme tesiri yoksa bozmaya konu edilmemelidir. Burada şartları varsa mutlak değil, nispi bir bozma sebebi olabilir. Son olarak, delilin hukuka aykırı olmasına rağmen kullanılmayıp sadece dosyada bulunması halinde hükmün bozulmasını gerektirmez.

MALKOÇ-VÜKSEKTEPE, s.577

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.555

ŞAHİN, Samığın Kolluk Tarafından..., s.236

Ayrıca usul işleminin yanlış yasaya aykırı ve eksik yapılması yeterli değildir. Ayrıca bu delilin, bir delil değerinin bulunması da gereklidir.²⁸⁹

özel kişilerin elde ettiği deliller özel hayat ihlal edilmeden elde edilmiş olması halinde kullanılabilmesi de savunulmuştur. Bununla birlikte, delil özel hayat ihlal edilerek elde edilmiş ve hüküm kurulması için mutlaka o delile ihtiyaç varsa, kamu yararı görülmesi halinde söz konusu delil kullanılabilir. Kamu yararı yoksa delil kullanılamayacaktır. Kamu yararının tespiti, suç nedeniyle oluşan zararlar, yasak delilin elde edilmesiyle oluşan zarar arasında orantı kurulmak suretiyle tespit edilmelidir.²

VII. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU

Delillerdeki hukuka aykırılığın tespitinde ilk sorun, söz konusu tespiti kimin yapacağıdır. Yargılamayı yapan hakimin bunu yapması kabul edilirse, bu tali dava esnasında hakimin delile iyice nüfuz ederek, o konuda bir yargıya varması tehlikesini doğurur. Böylece hakim, delil yasakları davasının etkisi altında kalarak maddi gerçeği araştırmada objektif olamaz. Başka bir hakimin delil yasakları davasına bakması yöntemi ise hukuk sistemimizde düzenlenmemiştir.²⁹¹

Kanımızca, hukuka aykırılığın tespiti asıl davaya bakan mahkemeye bırakıldığında, delilin dosyadan çıkartılıp çıkartılmamasının önemi kalmayacaktır. Çünkü, hakim delil yasakları davası esnasında hukuka aykırı delilden yelerince etkilenecektir. Hukuka aykırılığı tespit edilen delilin zarf içinde dosyada tutulması önerisi, yerindedir. Hukuka aykırı delilin dosyada kalmasının sanıldığı kadar kötü sonuçlar doğurması mümkün değildir.²

Belirttiğimiz sakıncaya rağmen, hakim hükme esas alacağı delilin hukuka aykırı yollarla, yani hukuk kurallarının ihlal edilerek elde edilmediğini, mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde, resen (kendiliğinden) incelemek zorundadır. Burada hakim bakımından şu durumlar söz konusu olabilir: Hakim, ya hukuka aykırılığın farkına varır ya da varamaz. Hakim, hukuka aykırılığın farkına varırsa delili ya hukuka uygun sayar ya da delili hukuka aykırı olarak kabul eder. Böyle bir durumda, iddia ve savunma makamlarını temsil edenler delil yasakları davası açabilirler.³

KESKİN, s.111, MALKOÇ-GÜLER, s.816, ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından..., s. 236

MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s.437

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.557

CENTEL-ZAFER, ...2003, s.558

ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında..., s.45, YENİSEY, Yasak Yöntemlerle..., S.1238

Hukuka aykırı olarak elde edilen delil kullanılmamış fakat dosyadan da çıkarılmamışsa, hükmün sırf bu nedenle bozulmaması gerekir.^{291*}

VIII. YASAK DELİLLERİN UZAK ETKİSİ (ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİ)

Yasak delillerin uzak etkisinden maksat, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delilden hareketle elde edilen diğer delillerdir. Bunlar bazen aynı suça ilişkin olabilecekleri gibi, aynı suça ilişkin olmamakla birlikte, aynı faille ilgili olabilirler, bazen de tamamen başka suç ve başka failer olabilirler. Amerikan hukuku, "zehirli ağacın meyveleri" öğretisi ile bu şekilde elde edilen delilleri de yasak delil olarak kabul etmekle ve bunları hiçbir şekilde yargılamada kullanılmamaktadır.²⁹⁵

Hukuka aykırı bir delil değerlendirilmemekle birlikte, bu hukuka aykırı delilin yardımıyla ulaşılan diğer delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de tartışılan bir konudur, örneğin, kendisine tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmayan bir tanık ifadesinde olay mahallinde olan başka kişilerin adını verse, acaba bu yeni tanıkların ifadeleri delil olarak değerlendirilebilir mi?²⁹⁶ Bu soruya hayır cevabı vermek gerektiğini düşünüyoruz. Eğer böyle bir durum kabul edilirse, hukuka aykırı deliller kapsamında kabul edilen kural ve ilkeler dejenere edilerek, kendisinden beklenen fonksiyonu icra edemeyecektir.

²⁹⁴ YAŞAR, s.864, MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, 438

²⁹⁵ ŞAHİN, Sanığın Kolluk tarafından..., s. 229, MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, s.577

¹⁵⁶ CENTEL-ZAFER, ...2003, s.556

SONUÇ

Modernleşme, her alanda olduğu gibi, hukuk alanında da etkisini göstermektedir. Uygar medeniyetler seviyesine ulaşma hedefi ile Avrupa Birliği'ne girmeye çalışan Türkiye, her alanda modernleşmenin Önlenebilir etkileri ile yüz yüzedir. Hukuk alanında meydana gelen etkileşim neticesinde ortaya çıkan modernleşme isteği, ülkemizde yakın bir geçmişte ma'kes bulmuş ve önemli reformlar yapılmıştır. Hukukta modernleşme, bir süreç olarak ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Zira, Avrupa Birliği Hukukuna uyum süreci ciddi reformları öngören bir süreçtir. Bu bağlamda, dönem dönem, hem Anayasa hem de diğer kanunlar Önemli değişiklikler geçirmiştir. Özel hayatın ve gizliliklerinin korunması ile ilgili hükümler de bu reform sürecinde yeniden ele alınmıştır. Özel hayatın, kamusal veya bireysel müdahalelerden korunması için yeni düzenlemeler getirilmiştir. 1982 Anayasasının 20 ila 22. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı 2001 değişikliklerinde AtHS sistemi bağdaştırılacak şekilde değiştirilmiştir. Bunu diğer temel kanunlarda yapılan değişiklikler izlemiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, 2005 yılı içerisinde kabul ederek yürürlüğe koyduğu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Türk ceza yargılaması hukuku alanında devrim niteliği taşıyan hükümleri ihtiva etmektedir ve belirttiğimiz reform sürecinin önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da AİHS ve AİHM kararları göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu özel hayatın gizliliği hakkının korunması bakımından 765 sayılı yasaya nazaran daha fazla hükümler ihdas etmiştir. Kanunun 116. maddesi özel hayatın önemli bir unsuru olan konut dokunulmazlığının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesini suç olarak düzenlemiş ve yaptırım altına almıştır. Kanunun 124. maddesi özel hayatın önemli unsurlarından birisi olan haberleşme hürriyetinin engellenmesini suç olarak düzenlemiştir. Yine aynı kanunun 132 ve 133. maddeleri haberleşmenin gizliliği hakkının ihlalini suç olarak düzenlemiş ve ceza yaptırımını öngörmüştür. Kanunun 134. maddesi bizzat özel hayatın gizliliğinin ihlalini suç olarak benimsemiş ve kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kişiler 6 aydan 2 yılı kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağını öngörmüştür. 135. madde kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmedi durumunda cezalandırılacağını öngörmüştür. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme veya verileri yok etmeme de suç olarak benimsenmiştir. Görüldüğü gibi yeni ceza kanunu özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından önemli düzenlemeler içermektedir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, suç ve suçlu İle mücadelede uygulanacak tedbirlerin ve ceza muhakemesi işlemlerinin şart ve şekillerini ayrıntılı olarak düzenleyen kanundur.

Özellikle, kolluk yetkisini kullanan kamu görevlileri bu konuda kanunun emrine uygun hareket etmek zorundadırlar. Suç şüphesi altındaki bir kimsenin yakalanması, göz altında tutulması, bu kişilerin ifadelerinin alınması, mahkemeye veya savcılığın huzuruna çıkarılması sürecinde insan hak ve hürriyetleri gözetilmelidir. Zira insan hak ve hürriyetleri suç soruşturması veya kovuşturması nedeni ile feda edilemez.

Bir kimsenin işlenmiş bir suç nedeni ile şüpheli veya sanık olarak ifadesinin alınması gerekebilir. Kanun ifade ve sorgunun yapılaş tarzını ve ifade ve sorguda yapılması veya uygulanması yasak olan usulleri düzenlemiştir. CMK' nın 147 ve devamı maddelerinde ifade ve sorgu usulü düzenlenmiştir. Burada şüpheli veya sanığın açıklamada bulunmaması hakkı olduğu, susma hakkının, müdafii seçme hakkının, yakınlarına haber verme hakkının, delil toplanmasını isteme hakkının olduğu bildirilmelidir. Adil bir yargılanma bakımından bu hususlar önem arz etmektedir. İfade ve sorgu esnasında uygulanması yasak olan usuller kanunun 148. maddesinde sayılmış ve bu tür yollarla elde edilen ifadenin delil olarak değerlendirilmeyeceği yine aynı kanunun 206. maddesine göre delil olarak kullanılamayacaktır.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arama, el koyma, iletişimin tespiti, postadaki gönderilere el konulması, teknik araçlarla takip gibi muhakeme tedbirleri sıkı şartlara bağlanmış ve bu konuda uygulamada oluşabilmesi mümkün keyfilik önüne geçilmek istenmiştir. Söz konusu tedbirlere genel olarak bakıldığında asıl yetkinin hakim veya mahkemede olduğu görülmektedir ki bu, insan hak ve hürriyetlerinin gelişimi açısından önemli bir güvencedir. Anayasanın ilgili maddelerinde de belirtildiği üzere savcının yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde inhisar edilmiştir. Kolluk amirinin yetkisi ise ancak Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı takdirde ve bu ulaşamamanın nedeninin açıkça belirtilmesi şartı ile yazılı olarak emir verme ile sınırlandırılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tasarısında kolluk amirinin yazılı olsa dahi koruma tedbirlerine karar verme yetkisi bulunmamaklardı. Ancak uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıklar nazara alınarak, bu durum kısmen yumuşatılmış ve bazı koruma tedbirleri bakımından kolluk amirinin yazılı emri ile de, en kısa sürede Cumhuriyet Savcısının onayına sunulmak üzere, uygulama yapılabilecektir. Kolluğun suç soruşturması işlemleri üzerindeki hakimiyetinin azaltılması ve kısıtlanması anlamlıdır. Zira kolluk güçlerinin sınırsız veya çok az sınırlı güçlerle donatıldığı ülkelerde insan hakları ihlallerinin önemli ölçüde arttığı temel hak ve hürriyetlerin ne olursa olsun suçun ortaya çıkartılması düşüncesine feda edildiği görülmüştür. Bu bakımdan yeni kanun mantığı soruşturma ve kovuşturma aşamasında ve özellikle de soruşturma aşamasında hukukçu kimliği ile Cumhuriyet Savcısının etkinliğinin artırılması biçiminde oluşmuştur.

Temel Hak ve Hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi çerçevesinde kabul edilen ve usulüne göre onaylanarak iç hukukun bir parçası haline getirilen uluslararası sözleşmeler, Tür-

kiye Cumhuriyeti'nin temel hak ve hürriyetler konusundaki yükümlülüklerini arttırmıştır. Özellikle AB ilişkileri sürecinde kabul edilen AİHS hükümleri, sözleşmeye aykırı davranışların devlet görevlileri tarafından işlenmiş olduğunun tespiti halinde hak ve hürriyeti ihlal edilen lehine tazminat Öngörmektedir. Bunun da Ötesinde, yukarıda belirtilen tedbirlerin uygulanmasında, ifade veya sorguda olması gereken şartların gerçekleşmemesi durumunda, elde edilen delillerin kullanılamaması gerekmektedir. Eğer mahkeme bir şekilde bu delillere dayanarak hüküm tesis ederse kuşkusuz karar hukuka aykırı olacaktır. Temyiz makamı tarafından da onanarak kesinleşmesi halinde iç hukuk bakımından bu aşamada yapılacak bir şey kalmamaktadır. Ancak ülkemiz AİHM' e bireysel başvuru hakkını kabul ettiğinden ilgili kişi şartları gerçekleştiği takdirde AİHS' e başvurma imkanına sahiptir. Başvuru kabul edilebilir görüldükten sonra mahkeme işin esasına geçip ihlalin olup olmadığını araştırmaktadır. İhlalin varlığı sonucuna ulaşırsa mahkeme Türkiye aleyhine tazminata hükmedebilmektedir.

Mevzuatın uyumlaştırılması yönüyle AB* ye uyum sağlandığı kısmen söylenebilir. Fakat yapılması gereken bununla sınırlı değildir. Uygulamada ortaya sorunlar çıkabilmektedir. Türkiye, uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle yüklü miktarlarda tazminat ödemektedir. Bunun Önüne geçmek İse mevzuatın yenileştirilmesinden daha zordur. Bilinmesi gerekir ki, uygulama açısından evrensel standartlar yakalanmadığı sürece yasal düzenlemelerin hiçbir anlamı kalmamaktadır.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ A. Nevzat,** Arama, Denetim, Kontroller ve El koyma, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/167.doc>, erişim 11/9/2005
- AKÇADIRCI Yahya,** 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Genel Hükümler, Koruma Tedbirleri ve Soruşturma Evresi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/143.doc>, erişim 8/9/2005, (Kısaltma: 5271 Sayılı...)
- AKIPEK Jale**
- AKINTÜRK Turgut,** Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Ve Kişiler Hukuku Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dördüncü Bası, Beta Yayını, İstanbul 2002
- AKSU Haydar,** Adli Polis Teşkili, Adli Reformun Bir Vazgeçilmezi Değildir, Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005
- AKTAN Hamdı Yaver,** Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılama ilkeleri, 22 Mayıs 2003, <http://www.mhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/311.pdf>, erişim 5/7/2005
- ALACAKAPTAN Uğur,** Delil Yasakları, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu Yayını 2000
- ALANGOYA Yavuz,** Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin ilkeler, İstanbul, 1979
- ALDIKAÇTI Orhan,** Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. bası, İstanbul 1982
- ARASLI Oya,** Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Çoğaltılmış Doktora Tezi, Ankara 1979
- ARTUK, M. Emin
GÖKÇEN Ahmet
YENİDÜNYA Cauer,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002
- ATAAY Ay tekin,** Şahıslar Hukuku, İstanbul 1978
- BAKICI, Sedat,** Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Genişletilmiş 3. Başka, Adalet ayınevi, Ankara 2000

- BIÇAK Vahit,** "İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye", Liberal Düşünce, c.4, sy.15, Yaz 1999
- BOZKURT Veysel,** Gözetim ve İnternet: özel Yaşamın Sonu mu? <http://www.isguc.org/vbozkurt4.htm>, erişim, 6/9/2005
- ÇANAK Erkan,** Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, AD, Yıl 93, Sayı 2, 2002
- CENTEL Nur,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992
- CENTEL Nur
ZAFER Hamide** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası Beta Yayını, İstanbul-2005
- CENTEL Nur
ZAFER Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayını, İstanbul-2003
- COŞKUN Enis,** Küresel Gözaltı: Elektronik Gizli Dinleme Ve Görüntüleme, 1 .Baskı, Ankara, Ümit Yayınları, 2000
- COŞKUN Vahap,** İnsan Hakları Ve Rölativizm, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/sui-yayin/khuka/ihvr.htm>, erişim 6 ekim 2005
- ÇAĞLAYAN Muhtar,** Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1962
- ÇİTÇİ Ahmet,** Özel Hayal Hakkı Ve Gizli Kamera Kullanımı İle Kamu Yaran Arasındaki ilişki, <http://www.rtuk.org.tr/doc/cifci.DOC>, erişim 12 eylül 2005
- DANIŞMAN Ahmet,** Ceza Hukuku Açısından özel Hayatın Korunması, Konya 1991
- DEMİR Songül,** Hannah Arendt'de Özel Hayat Problemi, Felsefe Dünyası Dergisi, sayı 23, 1997
- DEMİRBAŞ Timur,** Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996
- DERDİMAN Cengiz,** Yakalama, Gözaltında Bulundurma ve İfade Alma Konusunda Hukuksal Alandaki Yeni Değişiklikler Düzlem inde Genel Bir Değerlendirme, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/34/yeni/web/Doc_Dr_R_Cengiz_DERDIMAN.htm,

- erişim 5/10/2005
- DERPİMAN Cengiz,** Hukuki Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Açısından 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 4. Maddesinin Polis Gözüyle Değerlendirilmesi ve Kapsamı (Sorunlar ve Çözüm Önerileri) Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005, s. 317, (Kısaltma: Hukuki Hatanın...)
- DOĞAN Mehmet,** Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu, Polis Dergisi, Sayı 35, Nisan-Mayıs- Haziran 2003
- DOĞAN Y. Hakkı,** Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar..., <http://www.ceza-b.adalet.gov.tr/makale/146.doc>, erişim, 17/9/2005 (Kısaltma: Özel Hayata...)
- DOĞAN Yusuf Hakkı,** Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri), Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>, erişim 7/9-2005 (Kısaltma: Gizli Muhakeme)
- DOĞAN Yusuf Hakkı,** Özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc> erişim, 6/6/2005
- DÖNMEZER Sulhi,** Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla kabul edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, 2000
- ERDAĞ Ali İhsan,** Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/!OO.doc>, erişim 18/9/2005
- ERDEM M. Ruhan.** 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc, erişim 7/10/2005
- ERDEM M. Ruhan**
ÖZBEK V. Özer, 4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, DÜHFY, Seyfullah EDİS Armağanı, tzmir-2000
- EREM Faruk,** Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası Ankara 1986

- EROL Haydar,** Gerekeçeli Açıklamalı ve tçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, (Yayıncı belirtilmemiş) 2005
- FEYZtOĞLU Metin,** Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002
- GÖKÇEN Ahmet,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) DEÜHF Döner Sermaye işletmesi **Yayınları** No: 49, Ankara 1994,
- GÖKÇEN Ahmet,** Hürriyete Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm-25k, erişim, 13/11/05
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz,** Haberleşme Hukuku, AÜSBF Yayınları, No. 292, Ankara 1970, (Kısaltma: Haberleşme...)
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz,** Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, AÜSBFD, c. 10, sayı 2, Ankara, 1954
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz
GÖZÜBÜYÜK Şeref,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.Bası, Ankara 2002
- GÖREN Zafer,** 2001 değişiklikleriyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Madde Gerekeçeleri-AYM Kararları-Bilimsel Görüşler, c.1 Madde 1-78, TBMM Yayını,Ankara 2002
- GÖZLER Kemal,** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000
- ÜLŞEN Recep,** Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc>, erişim6/11/2005
- GÜNDÜZ Aslan,** Açıklamalı Bibliyografyalı Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar ile İlgili Temel Metinler, 1. Bası, İstanbul 1987
- GÜZEL tdris,** Kolluk Açısından İfade Alma İle İlgili Kurallar Polis Dergisi, Sayı 39, Ocak-Şubat-Mart 2004
- GÜZELOĞLU Turan,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yeni (5271) Ceza Muhakemesi Kanuna Etkisi, <http://www.mhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs genel.htm>, erişim 8/10/2005 (Kısaltma: Avrupa...)

- HAFIZOĞULLARI Zeki,** İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı Ve Kişilik Hakkının Korunması, AÜHFD, c 46, s 14, 1997,
- HAKERİ Hakan,** Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri,
http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm, erişim, 18/11/2005
- İÇEL Kayıhan,** Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", 28.4.1995 tarihinde Yargıtay'da yapılan sempozyuma sunulan tebliğ, yayımlandığı yer; SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara 1995
- İÇEL, Kayıhan,** Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah KUNTER' e Armağan, İstanbul, 1998
- İMRE Zabit,** Şahsın Özel hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, Y. 1976, c.39, sayı-4
- İMRE Zahit,** Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması, İHFM C. 39, Sayı 1-4, 1974, (Kısaltma: Şahsiyet Hakkının...)
- İZGİ Ömer
KABOĞLU Ö. İbrahim,** Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı) Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002
- KAPANI Münci,** Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları 7. Bası, Ankara 1993
- KAYMAZ Şeydi,** Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi İBD, c. 70, 1996-10-11-12, (Kısaltma: Mevcut Yasal Düzenleme...)
- KAYMAZ Şeydi,** Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayını, 1997, (Kısaltma: Uygulamada ve Teoride,..)
- KESKİN Serap,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997
- KOCA Mahmut,** Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, erişim 7/6/2005

- KUNTER Nurullah**
YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11 .Bası, Beta Yayını, istanbul 2000
- KİLKELLY Ursula,** Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı Ankara
- MALKOÇ ismail,** Son Değişikliklerle Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001
- MALKOÇ İsmail**
YÜKSEKTEPE Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi-2005
- MEMİŞ Tekin,** Multi medya Suçluluğu Kavramı Ve Bu Suçla Mücadele, Polis Dergisi, Sayı 38, Ocak- Şubat-Mart, 2004
- ÖNEN Mesut,** Hukukun Temel Kavramları, 2. Bası, İstanbul, 1988
- ÖNGÖREN Gürsel,** Medya Ve İnsan Hakları, Yeni Türkiye,, e. 4, Say22 (Özel Sayı), 1998
- ÖZBUDUN ErguD,** Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1997
- ÖZDEMİR Kenan,** Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında özel Hayatın Gizliliği, AD, Yıl 97, sayı 23, Eylül 2005
- ÖZDEŞ Orhan,** Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği, DD Yıl 4, Sayı 14-15, 1974
- ÖZEK Çetin,** Basın Hukuku, İstanbul 1978
- ÖZGEN Eralp,** Askeri Yargıtay'ın Delil ve Savunma Haklarına Bakışı (Askeri Yargıtay'ın 80.Yıllı Sempozyumu (6-704 1994) Ankara 1994,
- ÖZKAN Özgül,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Yazılı Belgeler ve Bunların İspat Kuvveti, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 98, Ankara

- ÖZSUNAY Ergun,** Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul 1982
- ÖZTÜRK Bahri,** "2001 Anayasa Değişiklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri" 16 Hukuk İhtisas Semineri "Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları"18/21.04.2002, Çeşme/İzmir <http://www.cagipolisi.com.tr/13/10-II-12-13-4.htm>, erişim 5/8/2005
- ÖZTÜRK Bahri,** Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, www.mersin.adalet.gov.tr/seminer/ not- lar/murataydin/CMK%20Notları.doc 5271 sayılı CMK, erişim 5/9/2005
- ÖZTÜRK Bahri,** 16.Hukuk İhtisas Semineri "Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları" "2001 Anayasa Değişiklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri" <http://www.cagipolisi.com.tr/16/3-4-5-6.htm>, erişim 8/10/2005, (Kısaltma: 16. Hukuk İhtisas...)
- ÖZTÜRK Bahri,** CMUK Reformu ve Delil Yasakları, İzmir Barosu Dergisi, Yıl. 58, Nisan 1993
- ÖZTÜRK Bahri,** Özel Hayatın Gizliliği Ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Yıl U, c4, 1992
- ÖZTÜRK Bahri,** Ses veya görüntü kaydeden araçlarla yapılan tespitlerin Ceza Muhakemesini Hukukunda Değeri, Prof. Dr.Seyfullah EDİS' e Armağan,2000,(Kısaltma: Ses Veya Görüntü...)
- ÖZTÜRK Bahri,** Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 14 Ankara 1995, (Kısaltma: Yeni Yargıtay Kararları...)
- SAVAŞ, Vural**
MOLLAMAHMUTĞLU Sadık,Türk Ceza Kanunu Yorumu, c.2, Seçkin Yayını, Ankara 2000
- SOYASLAN Doğan,** İtalya'da Ceza ve Ceza Usul Hukukları Reformu Hareketi, AÜHFD, c.45, sayı 1-4(1996), Ankara , 1998
- ŞAFAK Ali**
BIÇAK Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, Ağustos 2005

- ŞAHİN Cumhur,** Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, (Kısaltma.: Gazi Şerhi), Seçkin Yayını, Ankara 2005
- ŞAHİN Cumhur,** Ceza Muhakemesinde İnsan Haklarının Korunması, Adil Bir Ceza Muhakemesinin Temel Şartları (Tercüme), SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, 1994, c.4, Sayı1-2
- ŞAHİN Cumhur
ÖZGENÇ İzzet,** CMUK Tasarısı Üzerine Düşünceler, GÜHFD c.3-5, 1999-20012002/227, sayı: 1,2
- ŞAHİN Cumhur,** Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Değerlendirme Sorun Prof. Dr. Nurullah KUNTER' e Armağan, İstanbul, 1998
- ŞEKER Aziz,** İnsan Hakları Açısından Toplumsal Sorunlara Bir Bakış, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/insanhaklaribakisi.doc>, erişim, 6/9/ 2005
- ŞEN Ersan,** Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996
- ŞEN Ersan,** Gizli Görüntüleme ve Fiillerin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD, c. 68, s. 7-8-9, Yıl:1993
- ŞEN Ersan,** Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim Olması Gerekli İlke ve Esaslar.Polis Dergisi, Sayı 36,Temmuz/Ağustos/Eylül2003, (Kısaltma: Türk Ceza Yargılaması...)
- TANER M. Tahir,** Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1950
- TANÖR Bülent
YÜZBAŞIOĞLU Nemci,** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2001 Değişikliklerine Göre), Yapı Kredi Yayını, İstanbul 2004
- TERCAN Erdal,** Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD, Prof, Dr. Şakir Berki' ye Armağan, c.5, Sayı 1-2, Konya 1996
- TEZCAN Durmuş
ERDEM M. Ruhao
SANCAKDAR Oğuz,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

- TOROSLU Nevzat,** Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof Dr. HAMİDE Topçuoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, NO. 498, Ankara 1995
- TOSUN Öztekin,** Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHF, c. 16, Sayı 3-4, Yıl 1976,
- TOSUN ÖZTEKİN,** Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976
- ÜLKÜ Muhammet Murat,** 5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 150 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale150.pdf> 33516, erişim 3/8/2005
- ÜNAL Şeref,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlişkileri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, Yayınlan, No 29 Ankara 2001
- ÜZELTÜRK Sultan,** 1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul 2004
- YARSUVAT Duygun,** Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen Ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar, TBMM Anayasa, Hukuku Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, Değerlendirmeler, Yayına Hazırlayan Zafer Ankara 22-24 Nisan 2003 GÖREN, TBMM yayını,
- YAŞAR Osman,** Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005,
- YENİSEY Feridun,** Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Bası, İstanbul 1993
- YENİSEY Feridun,** Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, Yayınlandığı Yer, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU CMUK Yorumu CMUK Yorumu, c.1, s.1220 ,(Kısaltma: Yasak Yöntemlerle...)
- YENİSEY Feridun,** Yeni Ceza Muhakemesinin Getirdiği Yeniliklerle (Yeni CMK' ya Dair), Polis Dergisi, Sayı 43, Ocak-Şubat-Mart 2005
- YERLİ F. Kemal,** Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Yeni Türkiye Dergisi, c.2, sayı 11, Ankara, 1996
- YILDIRI MAKİN Çetin,** Özel Hayat ve Medyanın Müdahalesi, Yeni Türkiye Dergisi,

c.2,Sayı 11, Ankara, 1996

YILMAZ Zekeriya,

Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargımla Sistemi, seçkin Yayınları, Ankara 2005

YİĞİT Nuri,

Arama, El koyma ve Gizli Koruma Tedbirleri.<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc>, erişim 6/7/2005

YUMUK Hüseyin,

Delil Yasakları Konusuna Genel Bir Bakış, Askeri Adalet Dergisi, Yıl; 31, Sayı: 18, 2003

YURTCAN Erdener,

Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul1998

YURTCAN Erdener,

IHAS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı-Savunma Hakkı-Yasak Sorgu Yöntemi eri-Yargılamanın Yen ilenmesi,http://www.mersinbarosu.org.tr/haber/erdener_yurtcan.htm, erişim, 15/9/2005

YURTCAN Erdener,

Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile, Dayanma Yasağı Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul, 1998