

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ORGANİZE SUÇLULUKLA MÜCADELEDE
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK
HUKUKUNDA ÖZEL SORUŞTURMA TEDBİRLERİ**

Yüksek Lisans Tezi

Dilek EKMEKÇİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Duygun YARSUVAT(Galatasaray Üniversitesi)

Haziran 2006

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
I) BİRİNCİ BÖLÜM: ORGANİZE SUÇLULUK KAVRAMI VE UNSURLARI	3
A) Terminoloji	3
B) Tanım	7
1) Genel Olarak.....	7
2) Karşılaştırmalı Hukukta	11
a) Uluslararası Hukukta	11
b) Yabancı Hukuklarda.....	13
3) Türk Hukukunda	16
4) Görüşümüz	19
C) Unsurları	22
1) Genel Olarak.....	22
2) İşbölümü.....	23
3) Süreklilik	24
4) Maddi Kazanç Elde Etme Amacı	25
5)Yöntem.....	26
II) İKİNCİ BÖLÜM: ORGANİZE SUÇLULUKLA MÜCADELEDE ÖNGÖRÜLEN ÖZEL SORUŞTURMA TEDBİRLERİ	30
A) Kavram-Terminoloji	30
1) Genel Olarak.....	30
2) “Özel” Nitelik.....	32
a) Gizlilik Bu Tedbirlerin Sadece Bir Boyutudur	32
b) Tedbirlere Değişik Amaçlarla Başvurulması	34
3) “Soruşturma Tedbiri” Kavramı	35
B) Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülen Özel Soruşturma Tedbirleri	36
1) Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi	36
a) Türk Hukukunda	36
aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce	36

bb) Önleyici Amaçla.....	39
cc) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda	40
b) Karşılaştırmalı Hukukta	43
2) Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi	48
a) Türk Hukukunda.....	48
aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce	48
bb) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda.....	48
b) Karşılaştırmalı Hukukta	50
3) Teknik Araçlarla İzleme.....	52
a) Türk Hukukunda	52
aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce	52
bb) Önleyici Amaçla.....	53
cc) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda	54
b) Karşılaştırmalı Hukukta.....	56
4) Tanıkların Korunması	58
a) Türk Hukukunda	58
aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce	58
bb) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda.....	58
b) Karşılaştırmalı Hukukta	61

III) ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TEDBİRLERİN UYGULANMA KOŞULLARI VE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ65

A) Tedbirlerin Uygulanma Koşulları.....65

1) Maddi Koşullar	65
a) Amaç.....	65
b) Suç.....	66
c) Kuvvetli Şüphe Sebepleri	69
d) İkinci Derecede Uygulanabilirlik (Subsidiarité).....	71
e) Tedbirle İlgili Olan Kişiler	75
2) Biçimsel Koşullar	77
a) Karar Verme Yetkisi, Kararın İçeriği ve Kararın Yerine Getirilmesi.....	77
aa) Karar Verme Yetkisi.....	77
bb) Kararın İçeriği.....	82
cc) Kararın Yerine Getirilmesi.....	84
b) Tedbirlerin Süresi, Sona Ermesi ve Elde Edilen Bilgilerin Yok Edilmesi.....	92
aa) Tedbirlerin Süresi	92
bb) Tedbirlerin Sona Ermesi ve Elde Edilen Bilgilerin Yok Edilmesi	94
c) İlgiliye Haber Verme ve Yargısal Denetim.....	98

B) Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi.....101

1) Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	101
2) Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması Halinde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi.....	102
a) Genel Olarak Delil Yasakları.....	102
aa) Karşılaştırmalı Hukukta	102
bb) Türk Hukukunda	104
b) Delil Yasaklarının Uzak Etkisi.....	108
c) Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi.....	109

IV) DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER BAKIMINDAN ÖZEL SORUŞTURMA TEDBİRLERİ.....110

A) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bakımından110

1) Genel Olarak.....	110
2) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler	112
a) Adil Yargılanma Hakkı.....	112
aa) Anonim Tanıklar.....	112
bb) Aldatma ve Provokasyon.....	115
b) Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı.....	116
aa) Genel Olarak.....	116
bb) İletişimin Denetlenmesi.....	120
c) Olağanüstü Hallerde Askıya Alma.....	124

B) Ceza Muhakemesine Egemen Olan İlkeler Bakımından126

1) Soruşturmanın Serbestliği	126
2) Masumluk Karinesi.....	128
3) Aldatma Yasağı	130
4) Kişiyi Kendisini Suçlamaya Zorlama Yasağı	132
5) Silahların Eşitliği İlkesi.....	133
6) Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi.....	136
7) Delillerin Doğrudan Doğrualığı(Vasıtasızlık) İlkesi	139
8) Açıklık İlkesi	140

SONUÇ.....142

KAYNAKÇA.....147

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
age.	Adı geçen eser
agm.	Adı geçen makale
agb.	Adı geçen bildiri
ASBDAHK	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun
b.	Bent
bknz.	Bakınız
c.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CMUK	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇASÖMK	Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
FBI	Amerikan Federal Soruşturma Bürosu
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İCK	İtalyan Ceza Kanunu
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ibid.	Aynı eser
JTGYYK	Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
KTVKK	Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu
K.	Karar
md.	Madde
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RDPC	Revue de Droit Pénal et de Criminologie

VI

RPDP	Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
RSC	Revue de Science Criminelle
s.	Sayı
syf.	Sayfa
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Terörle Mücadele Kanunu
vd.	ve devamı
y.	Yıl
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Günümüzde tüm dünya uluslarını tehdit eden terör ve organize suçluluk olgusuyla mücadele amacıyla, gün geçtikçe gerek maddi ceza hukuku alanında, gerekse ceza muhakemesi hukuku alanında bireyin anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerine daha ağır müdahaleler oluşturan yöntem ve kurallara başvurulmaya başlandığı görülmektedir. Gerçekten bu tür suçlulukla mücadelede klasik mücadele yöntemleri dışında bazı araçlara ve hükümlere gereksinim duyulduğu açıktır¹. Çünkü dayanağını, Aydınlanma Felsefesinde bulan bugünün ceza hukuku kurumları, organize suçluluk olgusu karşısında çaresiz kalmıştır².

Bu anlamda kuşkusuz, ceza yargılaması hukuku alanında büyük suçlarla ve özellikle organize suçlulukla mücadelede başvuru ve bireyin hak özgürlüklerine yakalama, tutuklama, arama, elkoyma gibi geleneksel koruma tedbirlerinden daha ağır müdahalelerin söz konusu olduğu özel soruşturma tedbirlerinin uygulanma alanının, bu suçlarla sınırlı olması gerekmektedir. Ülkemizde ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'yla yasal dayanağa kavuşturulan özel soruşturma tedbirleri, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş ve yeni CMK'nın 5320 sayılı yürürlük kanununa göre 4422 sayılı yasa da eş zamanlı olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Özel kanunun yürürlükten kaldırılarak, özel soruşturma tedbirlerinin genel kanunda düzenlenmesi, şüphesiz ilk bakışta bu istisnai düzenlemeler genele mi yayılmak isteniyor gibi kaygıları da beraberinde getirmiştir.

İşte bu sorunun da yanıtını vermeye gayret edeceğimiz çalışmamızın, birinci bölümünde “*organize suçluluk*” terimine, ve bu terimin ifade ettiği kavramın tanımına ve unsurlarına yer vereceğiz. İkinci bölümde, öncelikle “*özel soruşturma tedbiri*” kavramını açıklamaya çalışacağız. Daha sonra Türk hukukunda CMK'nın

¹ Ümit Kocasakal, “Organize Suçluluğun Tanımı Özellikleri ve Kapsamı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2002, syf. 155

² Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, Seçkin, 2001, syf. 23

ilgili maddelerinde düzenlenmiş olan sırasıyla, “*Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*”, “*Teknik araçlarla izleme*”, “*Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” ve “*Tanıkların Korunması*” tedbirlerini alt başlıklar halinde ele alacağız. Bunu yaparken Türk hukukundaki 5271 sayılı CMK öncesindeki duruma ve özellikle ÇASÖMK’ndaki düzenlemelere ve olabildiğince kapsamlı bir biçimde karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemelere de yer vereceğiz. Çalışmamızın konusu esas olarak CMK’da düzenlenen tedbirler olduğundan, ceza muhakemesi alanıyla sınırlı olmakla birlikte, konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde kısaca önleyici amaçlı düzenlemelere de temas edeceğiz. Üçüncü bölümde, tedbirlerin uygulanma koşullarını ve elde edilen bilgilerin değerlendirilmesini ele alacağız. Bu bölümde de, Türk hukukunda tedbirlerin uygulanma koşullarını, karşılaştırmalı hukuktan da örnekler vererek anlatacağız. Dördüncü ve son bölümde ise İHAS’nin tedbirlerle ilgili maddeleri ekseninde, konuyla ilgili komisyon ve İHAM kararlarını ve kararlarda ortaya konulan temel ilkeleri ele almaya çalışacağız. Bu bölümde, istisnai nitelikteki özel soruşturma tedbirlerini ceza muhakemesine egemen olan başlıca ilkeler bakımından da değerlendirmeye çaba göstereceğiz. Çalışmamız görüş ve önerilerimizin kısa ve toplu bir değerlendirmesini bulacağımız sonuç bölümüyle noktalanacaktır.

Kanımızca Türk hukukundaki düzenlemeleri sağlıklı değerlendirebilmek için mutlaka karşılaştırmalı hukukta bu alanda ne gibi düzenlemeler yapıldığını bilmemiz gerekir. Ayrıca 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümleyle “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*”ın artık açıkça kanunlardan üstün bir konuma getirilmesiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve dolayısıyla sözleşme organlarının konuya bakışları iç hukukumuz bakımından özel bir önem kazanmıştır. Bu yüzden çalışmamızda yabancı kaynaklardan olabildiğince fazla yararlanarak bu konulara ışık tutmaya gayret ettik.

D) BİRİNCİ BÖLÜM: ORGANİZE SUÇLULUK KAVRAMI VE UNSURLARI

A) Terminoloji

Organize suçluluk kavramının tanımına geçmeden önce, ilk olarak organize suçluluk kavramının benzer kavramlardan farkına ve çalışmamızda organize suçluluk kavramını kullanmak konusunda yaptığımız terminolojik tercihin gerekçesine değinmeliyiz.

Organize suç, organize suçluluk, örgütlü suçluluk ve mafya gibi kavramların gündelik hayatta ve hukuk dilinde sıklıkla karşımıza çıktığını görüyoruz. Bu kavramlar benzer olmakla birlikte, aralarında bir takım farklar bulunduğunu belirtmeliyiz.

Organize suçluluk denilince ilk akla gelen mafya ve terör örgütleri başka bir ifadeyle ekonomik ve siyasi mafya olmuştur. Ancak bu görüş, son yıllarda terk edilmeye başlamıştır³. Günümüzde organize suçluluk kavramından anlaşılan dar anlamda mafyadır. Nitekim, Öztürk-Özbek-Erdem'e göre⁴: *“Mafya için ilk sırada yer alan hedef ekonomik kazançtır; siyasi bazı çıkarların temin edilmesi ikinci derece önemlidir; fakat bundan bütünüyle sarfi nazar edilmez. Buna karşılık bir terör örgütü bakımından ilk planda yer alan siyasi kazançtır; ikinci planda yer alan ise, asıl amacın finansmanını sağlamak için zaruri olan ekonomik kazançtır.”*

Abadinsky'e göre ise⁵: *“Bir suç örgütünü anlamak ve ona karşılık vermek işine girildiğinde, onun saikini(güdüünü) göz önünde tutmak önemlidir. Bir organize suç grubu toplumsal bir öğretiden, siyasal inançlardan ya da ideolojik ilgilerden güdülenmez, hedefi para ve güç elde etmektir. Siyasete karışma örgütün faaliyetleri arasında yer aldığına, amaç yasadışı faaliyetleri için korunma ve*

³ Vesile Sonay Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, Beta, 2004, syf. 8

⁴ B. Öztürk/V. Ö. Özbek/M. R. Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2001, syf. 640

⁵ Howard Abadinsky, Organized Crime, Belmont, Wadsworth/Thomson, 2003, syf. 2

bağışıklık elde etmektir. Bu özellik, organize suçluluğu siyasal amaçlarına ulaşmak için organize olan ve yasaları çiğneyen örneğin Ku-Klux-Klan ya da terörist gruplar gibi topluluklardan ayırır.”

Aynı yönde görüşe sahip Fijnaut’ya göre⁶: *“organize suçluluk, terörizmden teröristlerin kafalarında siyasal hedefler varken; organize suç faillerinin genellikle finansal amaç gütmeleri bakımından ayrılır.”*

Dönmezer’e göre de⁷: *“Terör örgütü, münhasıran siyasal amaçlar güden, devletin iç siyasal yapılarını, ülkenin bütünlüğünü ihlal amacı ile şiddet hareketleri sürdüren örgütlerdir. Terör örgütünün yakın ve uzak hedefi vardır. Yakın hedef toplumu kaosa sürükleyici eylemleri gerçekleştirmek ve bu kaos üzerinden nihai olarak siyasal temel hedefe ulaşmaktır. Çıkar amaçlı örgütler ise, iktisadi amaçlara yönelik faaliyetleri, bu maksatla suçları işleyen kuruluşlardır.”*

Bu noktada bir parantez açıp, mafya kavramına biraz daha ayrıntılı değinmek gerektiği kanısındayız. Her ne kadar günümüzde organize suçluluk denilince ilk akla gelen kavram mafya olsa da bu kavram organize suçluluk kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Gerçekten de Erdem’e göre⁸: *“Bizde mafya ifadesi, günlük dilde organize suçluluk karşılığı olarak kullanılmakta ise de, organize suçluluk mafya ve benzer örgütleri de içine alan daha geniş bir anlama sahip olduğu için yanaltıcıdır.”*

Thierry Cretin’e göre⁹: *“...Kuşkusuz büyük organize suçluluk kavramı mafyayı kapsamaktadır, ancak bu kavram gerçek bir tüzel kişilik görünümünde olan, olaylara karşı şaşırtıcı bir adaptasyon yeteneğine sahip ve ulusal sınırları aşan nitelikteki bütün suç topluluklarını içine alan daha geniş kavramdır.”*

Xavier Pradel¹⁰, sosyolojik bakımdan dikkate değer bir çeşitlilik arz eden organize suçluluğun en göze çarpan biçimlerinden birinin yine kendi içinde de

⁶ Cyrille Fijnaut, “The Problem Of Corruption Of Police Officials”, Police and Justice Co-operation and the New European Borders, Kluwer Law International, The Hague, 2002, syf. 223

⁷ Sulhi Dönmezer, “Organize Suçlulukla Mücadele”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2002, syf. 3

⁸ M. R. Erdem, age. , syf. 36

⁹ Thierry Cretin, Mafias du Monde, Puf, Paris, 1997, syf. 15

¹⁰ Xavier Pradel, “La Criminalité Organisée dans les droits Français et Italien”, RPDP, 2003, s. 1-2, syf. 128

farklılıklara sahip mafia tipi örgütler olduğunu söylemektedir. Sözcüğün kökeninin¹¹ İtalyanca olduğundan söz eden yazara göre bugün aynı zamanda Rus, Japon (Yakuza), Çin, Amerikan, Meksika, Kolombiya mafiaları ortaya çıkmıştır.

Mafia, T.C. İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı'nın Kaçakçılık ve Organize Suç Terimleri Sözlüğünde¹² *“en geniş anlamıyla, merkezi otoriteye karşı, yerel güç odaklarının direnişi; tüm özgürlüklerin kullanıldığı hukuki zeminin garantörü, kollayıcısı ve koruyucusu olan çağdaş devletin merkezi otoritesine karşı, yerel değerlere dayanarak bireysel çıkarları doğrultusunda direnen yerel güç odaklarının ortaya çıkardığı kapsamlı bir yasadışı sosyal organizasyon”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda da dikkat çeken mafianın yerel özelliğine yapılan vurgudur. Gerçekten bu açıdan bakıldığında mafia sözcüğünün, günümüzün ulusal sınırları aşan organize suçluluk olgusu karşısında oldukça farklı bir kavramı ifade ettiği bile düşünülebilir.

Mafiayı, genel anlamda organize suçluluktan ayıran belli başlı özellikler olarak¹³: *“ailenin merkezi konumu, onur vurgusu, ölüm kültürü, biat etmenin öncelikli karakteri, geleneğe saygı, efsanevi kurucu ve mafyöz düzenin birey üzerindeki üstünlüğü”* sayılmıştır.

Sonuç olarak, görüldüğü gibi¹⁴: *“Mafya organize suçluluktur, fakat organize suçluluk mafyadan ibaret değildir.”*

Organize suç ve organize suçluluk kavramlarına gelince; bu iki kavram birbirinden nitelik ve nicelik yönünden farklı kavramlardır. Kocasakal'a göre¹⁵: *“Bu*

¹¹ Mafia sözcüğünün kökeni tam olarak bilinmemektedir. Sözcüğün etimolojik kökeni konusunda çeşitli hipotezler vardır. Sözcüğün, Arapça'da reddetmek fiilinin geçmiş zamandaki çekimi olan *“marfud”* sözcüğünden geldiği yanında sözcüğün Sicilya diyalektiğinde küstah, zorba ama aynı zamanda gözüpek olan ve ezilmeyi reddeden anlamlarına gelen *“mafiusu”* ya da *“marfusu”* sözcüğünden geldiği de aynı eserde söz edilen bir başka görüştür. Ayrıca yine aynı eserde sözcüğün, Toscana diyalektiğinde sadakatsiz, inançsız, eşkıya, haydut anlamlarına gelen *“malfusso”* ya da yoksulluk, sefalet anlamlarına gelen *“maffia”* sözcüğünden geldiği de söz edilen bir başka görüştür. Isabelle Sommier *“Les Mafias”* Clefs Politiques, Paris, Montcrestien, 1998, syf. 9 Buna karşılık sözcüğün yine Arapça'da koruma, dokunulmazlık, bağışıklık anlamına gelen *“mahafat”* kelimesinden ya da sağlık vücut bütünlüğü, güç, kuvvet cesaret anlamına gelen *“mü”* ekinden ve korumak, himaye etmek direnmek (azmetme) anlamlarına gelen *“afa”* fiilinin birleşimi sonucu oluşan *“müafah”* sözcüğünden geldiği de bir başka eserde ileri sürülen görüşlerdendir. V. S. Evik, age. , syf. 25

¹² Kaçakçılık ve Organize Suç Terimleri Sözlüğü, T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2002, syf. 170

¹³ T. Cretin, age. , syf. 141

¹⁴ Reiners, Carola, Erscheinungsformen und Ursachen organisierter Kriminalität in Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. 1989, syf. 8'den aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 36

anlamda suç, bireysel bir insan davranışını ifade ederken; suçluluk kavramı, suç oluşturan fiilin yanı sıra bu suçun işleniş biçimini, fail ve mağdura ait özellikleri, suça yol açan çevresel ve bireysel faktörleri, suçun sosyal ve siyasi yanlarını ve de sosyal tepki ile suçlu arasındaki karmaşık sosyal ilişkileri içermektedir.”

Nitekim Queloz'a göre¹⁶ de: “Özellikle latin dillerinde suç kavramı(yasaklanan, kanunsuz olan bir hareket olarak) bireysel bir insan davranışını ifade ederken, suçluluk kavramı belirli bir zamanda niceliksel olarak (işlenen, bilinen, yaptırma bağlanan birden fazla suç), niteliksel olarak denetimi elinde bulunduranlarla sosyal tepki ve suç failleri arasındaki karmaşık toplumsal karşılaşmalar sürecini ifade eder.”

Örgütlü suçluluk kavramının ise, organize suçluluğun yalnızca örgütle ilgili boyutunu ortaya koyduğu ve hangi suçların bu suçluluk alanına girdiğini vurgulamadığı için yetersiz kaldığı söylenmektedir¹⁷. Nitekim, Öztürk-Özbek-Erdem'e göre¹⁸: “...organizasyon bir üst kavramdır, mevzuat ve uygulamada bunun, örgüt (m. 1 vd. TMK), çete (m. 3419 sk), teşekkül, cemiyet (m. 313 TCK); hatta şirket gibi çeşitli görünüş şekilleri ortaya çıkabilmektedir.”

Organize suç kavramı dilimize batı dillerinden girmiştir. Fransızca'da organize suç “*le crime organisé*”, organize suçluluk “*la criminalité organisée*” şeklinde ifade edilirken, İngilizce organize suç ve organize suçluluk kavramları arasında yukarıda sözünü ettiğimiz fark çoğunlukla ihmal edilerek¹⁹ her iki kavram da “*organized crime*” ifadesiyle karşılanmaktadır. Nitekim İngilizce'deki bu anlamsal soruna işaret eden bir yazar²⁰ bu kavramla: “...özel olarak belli bir davranış ya da hareketi ifade ederken, genel olarak da bir oluşumu ya da insan topluluğunu ifade ettiğimizi” söylemektedir.

¹⁵ Ü. Kocasakal, agm. , syf. 130

¹⁶ Nicolas Queloz “Les actions international de lutte contre la criminalité organisée: le cas de l'Europe” RSC, Eylül-Ekim, s. 4, 1997, syf. 766

¹⁷ V. S. Evik, age. , syf. 6

¹⁸ B. Öztürk/V. Ö. Özbek-/M. R. Erdem, age. , syf. 639

¹⁹ N. Queloz, agm. , syf. 767 Yazar , İngilizce'de nadir olarak kullanılan “criminality” sözcüğünü kullanan ve beyaz yaka suçuyla, organize suç “organizational criminality” yani organizasyonel suçluluk başlığı altında inceleyen L.J Siegels'den söz etmektedir.

²⁰ H. Abadinsky, age. , syf. 2

Fransızca “*organise*” sözcüğünün sözlükte²¹ Türkçe karşılığı olarak “*örgenli, örgütlü, örgütlenmiş, organlaşmış, düzenlenmiş, düzenli, planlanmış ve planlı*” sözcükleri verilmektedir. Buna ek olarak İngilizce “*to organize*” fiilinin Türkçe karşılığı olarak da sözlükte²² “*teşkilatlandırmak, örgütlemek, tanzim ve tertip etmek, düzenlemek, kurmak, tertipleme, idare etmek*” gibi pekçok fiil verilmiştir. Gerçekten de bu açıdan bakıldığında, “*organize*” sözcüğünün örgüt boyutuna ek olarak düzen ve plan boyutları da olan daha üst bir kavram olduğu ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, “*organize*” sözcüğünün birçok dilde yerleşmiş beynelmilel bir terim olması, “*örgütlü*” sözcüğünün bu sözcüğün Türkçe karşılıklarından sadece biri olması ve suç kavramıyla suçluluk kavramı arasında yukarıda açıkladığımız farklılık sebebiyle biz de tezimizde “*organize suçluluk*” terimini kullanmayı uygun görüyoruz.

B) Tanım

1) Genel Olarak

Bugüne kadar organize suçluluğun herkesin üzerinden anlaştığı genel geçer bir tanımı verilememiştir. Bu durum, kavramın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de organize suçluluk kavramının tanımı her ülkenin şartlarına göre değişebildiği gibi, tanımı yapan uzmanlık alanının konuya bakış açısına göre de değişebilmektedir. Yine tanım vermedeki bu zorluk karşısında organize suçluluğun belirleyici özelliklerinin tek tek sayıldığı ve bu yolla bir tanıma ulaşılmaya çalışıldığı da görülmüştür. Bir yazara göre²³: “*Organize suçluluğun tam olarak ne olduğu sorusu sonu gelmeyen tartışmaların konusu olabilir.*”

Tanım vermedeki bu güçlüğü nedenini tek bir organize suçluluk modelinin bulunmaması olarak açıklayan Evik’e göre²⁴: “*Organize suçluluk köklerini yaydığı ülkenin tarihi ve kültürel yapısına göre oluşmaktadır. Faaliyet alanlarını oluşturduğu ülkelerin siyasi ve sosyal kurumlarının, ekonomisinin değişimlerine ve*

²¹ Tahsin Saraç, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, İstanbul, Adam, 2001, syf. 977

²² A. D. Alderson/ Fahir İz, The Oxford Turkish Dictionary, 1992, New York, Oxford University Press-İnkılap Kitabevi, syf. 376

²³ C. Fijnaut, agm. , syf. 223

²⁴ V. S. Evik, age. , syf. 8

bunun gereklerine göre gelişmektedir. Bu yüzden de organize suçluluğun tanımı ülkeden ülkeye, hatta belirli bir ülke içindeki kişi ve kurumlara göre değişmektedir.”

Erdem ise, tanım vermedeki bu zorluğu organize suçluluğun faaliyet alanlarının çokluğu ve işlenen suçların çeşitliliğiyle açıklamaya çalışmaktadır. Yazara göre²⁵: “...bizatihi kriminolojik-kriminalistik bir kavram olan organize suçluluk olgusunu hukuki açıdan tanımlama çabasının daha baştan yetersiz kalmaya mahkum olduğu söylenmelidir.”

Yine organize suç kavramının, oybirliğiyle kabul edilen bir tanımın yokluğunda belirsiz bir olgu ve boşa gitmiş bir terim olarak açıklığa kavuşturulmayı hak ettiğini söyleyen Quille'e göre²⁶ tanım vermedeki bu güçlük: “...kuşkusuz birbirine bağlı fakat oldukça farklı tabiattaki olgular bütününi tek ve aynı bir sözcük ya da dizim altında toplamanın zorluğunun kanıtıdır.”

Albanese-Das-Verma'ya göre²⁷: “Organize suçluluğu, ülkeler çeşitli yollarla tanımlamaktadır fakat çoğunlukla bunu yaparken iki bakış açısından birini kullanmaktadır: faaliyet ya da grup. ABD veya Almanya gibi bazı ülkelerde, organize suçluluğun tanımında grubun yapısı merkez alınır. Yasadışı ürün veya suç pazarı ikincildir. Hollanda, Polonya, Slovenya gibi diğer bazı ülkelerde, grubun gösterdiği faaliyetin tipi organize suçluluk olup olmadığını belirler. O ülkenin bakış açısına göre yasadışı uyuşturucu ticareti ya da karapara aklama organize suçluluk sorununun bir parçası sayılırken, yasadışı fuhuş ya da kumar böyle sayılmayabilir.

Organize suçluluk tanımlarında bir başka önemli fark da organize suç gruplarının olgunluğunda kendini gösterir. Bazı ülkelerde, bu gruplar bürokratik olarak tanımlanırken, “üyelerin yaşam boyu bağlılığı”, “sendikalar”, hiyerarşi, büyük gruplar, ve “Cosa Nostra” ya da “Yakuza”dan söz edildiğinde sıklıkla kullanılan diğer terimlerin hepsi olgunlaşmayı ifade eder. Bununla birlikte diğer bazı ülkelerde, yasadışı ürünler ya da başka suçsal fırsatlar çevresinde ortaya çıkan daha az biçimsel gruplar ya da çeteleri kapsayacak şekilde daha az olgunlaşmış bir organize suçluluk tanımlanır. Bu yüzden organize suçluluğun bir ülkenin içinde ya

²⁵ M. R. Erdem, age. , syf. 25

²⁶ Michel Quille, “Le Crime Organisé: Du Mythe à la Réalité”, RPDP, y. 1999, s. 1, syf. 31-32

²⁷ Jay S. Albanese/ Dilip K. Das/ Arvind Verma, Organized Crime World Perspectives, Prentice Hall, New Jersey, 2003, syf. 5

da farklı ülkelerde farklı biçimlerde ve farklı olgunlaşma derecelerinde var olduğuna inanılmasını gerektiren nedenler bulunmaktadır.”

Queloz²⁸, organize suçluluğa ilişkin olarak üç tip tanımdan söz etmektedir. Bunlar kriminalistik ya da polisiye tanımlar, kriminolojik tanımlar ve hukuki tanımlardır. Yazar bir şemayla bu tanımların birbirlerinden amaçları ve sınırları bakımından farklarını açıklamaktadır.

Kriminolojik tanımların amacı, belirtileri ve araştırma kriterlerini(verilerin temeli) kaydetmek ve kamu güvenliği bakımından söz konusu olan tehlikeyi ortaya koymaktır. Kriminalistik tanımlar anahtar faktörlerin tartımından yoksun çok geniş tanımlardır. Kriminolojik tanımların amacıysa anlama ve açıklama, farklı kriminolojik olgular arasındaki bağlantıları keşfetme ve öğrencilerin ve uzmanların formasyonunu sağlamaktır. Bu anlamda fazla betimleyici olan ve yeterince kapsayıcı olmayan bu tanımlar uygulamaya yönelik değildir.

Kuşkusuz organize suçlulukla mücadelede başvuru özel soruşturma tedbirlerinin uygulanma alanının belirlenmesi bakımından son derece önemli olan tanımlar hukuki tanımlardır. Queloz, hukuki tanımların amacını suç organizasyonlarını ve özellik arzeden organize suç faaliyetlerini kovuşturmak ve cezalandırmak için hukuki temeli oluşturmak olarak ifade etmiştir.

Şimdi, öğretilerde organize suçluluğa ilişkin verilen bazı tanımlara yer vereceğiz. Maddi çıkar elde etme amacına hiç vurgu yapmayan, siyasi çıkar amacını yani terör olgusunu da kapsayacak biçimde geniş bir tanım veren bir yazara göre²⁹: *“Organize suç genel anlamda, birden fazla kişinin, hiyerarşik düzende, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmedir.”*

Pradel’in³⁰ verdiği tanım da terörü içine alacak niteliktedir: *“Organize suçluluk sürekli grupların profesyonel ve bazen uluslararası biçimde , hiyerarşik ve gizli olarak, yasadışı bir programı uygulayan ve şiddet de dahil her türlü araçla tehlikeli suçları politik ya da ekonomik amaçlarla işleyen hareketleridir.”*

²⁸ N. Queloz, agm. , syf. 768

²⁹ Insolera, G. , L’associazione per deinquere”, Padova, 1983, 149’dan aktaran Çetin Özek “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, syf. 195

³⁰ X. Pradel, agm. , syf. 127

Buna karşılık, günümüz organize suçluluğunun endüstriyelmiş niteliğine vurgu yapan Kaynak bu tür suçluluğu³¹: “*Geniş kitlelerin yasadışı ve yasal mal ve hizmet taleplerini yasadışı yollardan karşılamak suretiyle büyük kazançlar sağlayan, özel ve kamu sektörüne sızmış, gerektiğinde zora başvuran, beyaz yaka suçlularından kurulu bir suç endüstrisi*” olarak tanımlamaktadır.

Evik³² ise organize suçluluğu: “*...doğrudan veya dolaylı olarak haksız mali çıkar sağlamak için süreklilik içinde ve planlı olarak bir veya birden fazla suçları işlemek üzere üç veya daha fazla kişinin hiyerarşik yapı ve işbölümü esasına göre bir araya gelmesidir.*” diye tanımlamıştır.

Tanım vermek yerine organize suçluluğa işaret eden ölçütleri saymayı tercih eden yazarlardan Abadinsky’ye göre³³ bu ölçütler: “*ideolojik olmama, hiyerarşik yapılanma, sınırlı üyelik, süreklilik, yasadışı şiddete ve rüşvete başvurma, uzmanlaşma veya işbölümü, tekelleşme, ve kurallara göre idare edilme*” olarak sıralanabilir.

Kunter-Yenisey de, organize suçluluğun belirleyici ölçütlerini³⁴: “*ayrıntılı hazırlık, profesyonellik, tüccar gibi davranma, karşı tedbirler alma, bölgesel veya uluslararası ilişki, hiyerarşi, yardım alma, yüksek hayat standardı, şirketleşme, medya ile bağlantı*” olarak saymıştır.

Öztürk-Özbek-Erdem ise³⁵ bu ölçütleri: “*Aralarında kazanç temin etmek için fonksiyonel işbölümü yapılmış elemanlar bakımından hiyerarşik bir yapı; suç organizasyonu içinde bir yaptırım sistemi; karaparanın aklanması; devlet memurları veya hizmetlileri ile özel sektör görevlilerinin korkutulup, yolsuzluk yapar hale getirilmeye çalışılması; suç organizasyonunun, kural olarak, suç işleyerek kazanç temin etmesi; suç işlememin süreklilik arzemesi; suç organizasyonunun faaliyet gösterdiği alanlarda kişilere karşı şiddete başvurusu ve suç organizasyonunun paravan firmalar kurması*” olarak sıralamıştır.

³¹ Altan Kaynak, “Örgütlenmiş suç ve Mafya (LCN)”, YD, 1975, s.4, syf. 113

³² V. S. Evik, age. , syf. 25

³³ H. Abadinsky, age. , syf. 2

³⁴ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2000, syf. 835-836

³⁵ B. Öztürk/V. Ö. Özbek-/M. R. Erdem, age. , syf. 639-643

Yücel³⁶, organize suç örgütünü belirleyici ölçütleri zorunlu ve ihtiyari ölçütler olarak ikiye ayırmıştır. Yazara göre zorunlu ölçütler: “*Üç veya daha fazla kişinin işbirliği; uzunca ve gayrimuayyen bir süre; ciddi suçları işlemekten hükümlü veya zanlı olması; kazanç ve/veya güç elde etme amacıyla yapılmasıdır.* İhtiyari ölçütlerse: “*Her katılanın belli bir görevi ve rolü olması; dahili disiplin ve kontrolün varlığı; tehditkar şiddet ve diğer vasıtalarla başvurulması; siyaset, medya, kamu yönetimi, kolluk, adalet veya ekonomi üzerinde yolsuzluk veya diğer vasıtalarla etki icrası; ticari veya işletme benzeri örgütler kullanılması; karapara aklanmasıyla iştilgal edilmesi; uluslararası düzeyde çalışılmasıdır.*”

Sözür’e göre organize suçluluk için belirleyici ölçütler³⁷: “*yasaklanmış mal ve hizmetlere olan ihtiyacın karşılanması, fonksiyonel işbölümü ve hiyerarşik düzen, kısa zamanda ve hızlı biçimde kazanç sağlayabilmek, maliyeti düşük, yakalanma riski az olan suç alanlarının tercih edilmesi, şiddet kullanma, siyaset, polis, adliye, basın ve ekonomik çevrelerin desteği, dayanışma ve karşılıklı bağımlılık içinde ortak çıkarın amaçlanmasıdır.*”

Kocasakal’a göre³⁸: “....organize suç örgütünden söz edebilmek için mutlaka bulunması gereken hususlar ikiden fazla kimsenin söz konusu olması, ağır bir takım suçların işlenmesi amacı, bu suçların işlenmesi ile haksız ve yasadışı gelir elde etmenin amaçlanması, örgütün belli bir hiyerarşi ve işbölümü içinde faaliyet göstermesi, birleşmenin belirli bir devamlılık göstermesi, şiddet ve yıldırmanın araç olarak kullanılmasıdır.”

2) Karşılaştırmalı Hukukta

a) Uluslararası Hukukta

Uluslararası alanda devletler, giderek büyüyen bir tehlike olan terör ve organize suçluluğa karşı uyumlu ve ortak bir mücadele vermek amacıyla çeşitli düzenlerde işbirliğine girişmişlerdir. Bu düzenlerde de organize suçluluğun kesin ve ortak bir tanımına varılamamıştır.

³⁶ Mustafa Tören Yücel, “Organize Suç”, TBBD, y. 1998, s. 3, syf. 1067

³⁷ Adem Sözür, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu suçla Mücadele İle İlgili Gelişmeler”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, c. 9, s.1-3, syf. 258

³⁸ Ü. Kocasakal, agm. , syf. 142-143

Interpol bünyesinde 1988 yılının mayıs ayında Saint-Cloud'ta³⁹ toplanan 1. Uluslararası Organize Suçluluk Kolokyum'u organize suçluluğu: *“Birincil amacı, ulusal sınırları hiçe sayarak maddi çıkar sağlamak olan ve sürekli bir yasadışı faaliyet içinde bulunan her çeşit örgüt ya da insan topluluğu”* olarak tanımlamıştır.

Avrupa Birliği⁴⁰ Uyuşturucu ve Organize Suçluluk grubunun 1995'te belirlediği 11 özellikten 1, 5, ve 11 numaralı özellikler zorunlu olmak üzere en az 6 tanesine sahip olduğu durumlarda organize suçluluk olgusundan söz edilebilir.

Bu özellikler sırasıyla şunlardır:

- 1) İki veya daha fazla kişi arasında işbirliği
- 2) Herbirine ayrılmış özel görevler
- 3) Yeterince uzun ve belirsiz bir zaman süresince faaliyet gösterilmesi
- 4) Bir denetim ve disiplin mekanizması
- 5) Ağır birtakım suçları işlemek
- 6) Uluslararası düzeyde faaliyette bulunmak
- 7) Şiddet veya daha başka korkutma araçlarına başvurmak
- 8) Ticari bir yapı ya da tipte olmak
- 9) Karapara aklamak
- 10) Siyaset dünyası, medya, kamu yönetimi, yargı erki ve ekonomi üzerinde nüfuz sahibi olmak
- 11) Maddi çıkar ya da güç için faaliyette bulunmak

Avrupa Konseyi de⁴¹ organize suçluluk kavramını tanımlamanın zorluğuyla karşılaşmıştır. 1 Nisan 1997'de toplanan Bakanlar Konseyi'nin kararıyla oluşturulan Ceza Hukukunun ve Organize Suçluluğun Kriminolojik Yönleri üzerine çalışan uzmanlar komitesinin amacı Avrupa Kriminal Sorunlar Komitesi'nin otoritesi altında

³⁹ M. Quille, agm. , syf. 32

⁴⁰ T. Cretin, age. , syf. 138; I. Sommier, age. , syf. 11

⁴¹ M. Quille, agm. , syf. 33

Avrupa Konseyi üyesi devletlerde organize suçluluğun karakteristik özelliklerini analiz etmekte. Bu uzmanlar komitesi sonuç olarak organize suçluluğun bir tanımını vermek yerine, bir takım değişikliklerle Avrupa Birliği tarafından sıralanan ölçütleri kullanmayı daha uygun buldu.

Birleşmiş Milletlerin⁴², 21-23 Kasım 1994 tarihleri arasında toplanan Organize Suçluluğa Karşı Global Eylem Planı'nda yer alan tavsiyeler arasında organize suçluluk kavramının ortak bir tanımının benimsenmesi ve organize suçlulukla mücadeleyle ilişkin uluslararası bir sözleşmenin kabulü hususları yer almıştı. Bu amaçla⁴³, organize suçluluğun zararlarının büyüklüğünü dikkate alan 124 ülke 2000 yılının Aralık ayında Birleşmiş Milletler bünyesinde Palermo'da toplanarak uluslararası organize suçluluğa karşı bir sözleşmeye imza attılar. Kabul edilen metinde ülkelerin iç hukuklarının uyumlulaştırılması, karapara aklama ve büyük ölçekli trafikle mücadelede imzacı hükümetler arası daha sıkı bir işbirliği öngörülmüştür. Bu sözleşmeyi Türkiye de imzalamıştır ve 30.01.2003 tarihinde 4800 sayılı yasayla TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmuştur. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁴⁴ 2a maddesi organize suç grubunu: *“doğrudan ya da dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup”* olarak tanımlamıştır. Yine sözleşmenin 2b maddesine göre ağır suç: *“üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış”* olarak tanımlanmıştır. 2c maddesine göre ise yapılanmış grup: *“belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen bir grup”* anlamına gelmektedir.

b) Yabancı Hukuklarda

Amerikan Federal Soruşturma Bürosu FBI'a⁴⁵ göre, organize suçluluğun belli başlı özellikleri: *“örgütün sürekli ve organize karakteri, maddi çıkar elde etme amacı*

⁴² M. Quille, ibid. , syf. 33

⁴³ Michel Klen, “Les coulises du crime organisé”, Défense National, Mart 2001, syf. 120

⁴⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>

⁴⁵ I. Sommier, age., syf. 12

ve icra ettiği korkutmanın, nüfuzun ve rüşvetin sınıraşan niteliği” dir. Donald Cressey’nin⁴⁶ verdiği tanım onyıllarca FBI tarafından kullanılmıştır. Buna göre: *“Organize suç, en azından rüşvet veren, rüşvet alan ve infazcı olmak üzere üç pozisyonun bulunduğu bir işbölümü içerisinde, birtakım suçlar işlemek üzere bu pozisyonlardan birini işgal eden bir kişi tarafından işlenmiş herhangi bir suçtur.”*

Quille⁴⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde 1970 tarihli Crime Control Act’in hazırlık çalışmalarında 1967 yılında verilen tanımın kronolojik olarak en eski tanım olduğundan söz etmektedir. Bu tanıma göre: *“Organize suç, faaliyetlerini vatandaşların ve hükümetlerinin denetimi dışında icra etmeye çalışan bir işletmedir. Hareketi öngörülüş değildir fakat mümkün olan en fazla karı toplamak yolunda yıllar boyunca süregelen çok karmaşık, gizli suç ortaklıklarının sonucudur ve belli bir faaliyet alanının bütününde denetim sağlamaya yönelmiştir. Organize suç, gücünün büyük bir yüzdesini yasadışı mal ve hizmetler sağlamak, yasak oyunları oynamak ve narkotik gibi bazı ürünlerin tüketimini teşvik etmek için kullanır. Ayrıca yasal şirketler ve işçi birliklerinde de derin bir şekilde kök salmıştır.”*

Gerçekten de bu tarihten önce ABD’de⁴⁸ organize suçluluğu inceleyen çeşitli komisyonlar kurulmuş olmakla birlikte hiçbiri böyle bir organize suçluluk tanımı vermemiştir. Örneğin bu komisyonlardan en eskisi olan Chicago Suç Komisyonu, 1915 yılında sadece organize suçluluğu adi suçluluktan ayıran bazı özelliklere temas etmiştir. Komisyonca bu özellikler, *“özel gelenekler, sistemli uygulama ve özelleşmiş bir dil(suç argosu)”* olarak ortaya konmuştur.

1968 tarihli *“Omnibus Crime Control and Safe Streets Act”*’te verilen tanıma göre organize suçluluk⁴⁹: *“Kumar, fuhuş, tefecilik, narkotik, emek vurgunculuğu ve diğer bazı yasadışı faaliyetleri ihtiva eden fakat bunlarla sınırlı olmayan yasadışı mal ve hizmetleri sağlamakla uğraşan çok iyi organize olmuş ve disiplinli bir örgütün üyelerinin yasadışı faaliyetleridir.”*

⁴⁶ H. Abadinsky, age. , syf. 1

⁴⁷ M. Quille, agm. , syf. 32

⁴⁸ Michael D. Lyman/ Gary W. Potter, Organized Crime, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2004, syf. 13

⁴⁹ M. D. Lyman/ G.W. Potter, age. , syf. 14

Yine, ABD’de⁵⁰ Washington eyaletinin 1985 tarihli ilgili kanunu “*Criminal Profiteering Act*” organize suç yönetimini: “*en az üç kişiyi ortak belli bazı suçları işlemek amacıyla organize etmek, idare etmek ya da finanse etmek veya bu amaçla üçüncü kişileri şiddet ve korkutma eylemlerinde bulunmaya kışkırtmak*” olarak tanımlanmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde⁵¹ çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele de en önemli kanun, 1970 tarihli “*Organized Crime Control Act*”in bir parçası olan “*Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act*” kısa adıyla RICO’dur. Bununla birlikte bu yasada organize suçluluğun bir tanımına rastlamıyoruz.

İtalyan Ceza Kanunu’nun⁵² 416 bis maddesi ünlüdür. İlk olarak 13 Eylül 1982 tarihinde kabul edilen Rognoni-La Torre⁵³(30 Nisan 1982’de öldürülen Hristiyan-Demokrat bakan Virginio Rognoni ve Komünist lider Pio La Torre’un adlarıyla) anılan ünlü anti-mafia yasasında yer alan bu madde, mafia tipi örgütleri ayrıntılı olarak tanımlama kaygısıyla 1992 yılında kısmi bir değişikliğe uğramıştır. Bu madde şu şekildedir⁵⁴: “*Mafya tipi örgütlenme*

Her kim, üç veya daha çok kişiden oluşmuş mafia tipi örgüte katılırsa 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Örgüte öncülük edenler, örgütü yönetenler veya organize edenler yalnız bunun için 4 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Örgüt üyeleri, birden çok cürüm işlemek, doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik faaliyetlerin, yetki, izin, ihale, kamu hizmetlerinin yönetim veya kontrolünü elde etmek veya kendisi veya başkaları için haksız çıkar sağlamak veya kazanç sağlamak veya serbest oy kullanılmasını engellemek veya seçimlerde kendisine veya başkalarına yarar sağlamak için örgütün yıldırma gücünden, tabi kılma ve gizli işbirliği(omerta) durumundan yararlanır ise örgütlenme mafia tipidir.”

Fransa’da⁵⁵ daha çok dolaylı bir biçimde organize suçluluktan söz eden yasalara rastlıyoruz. 29 Ocak 1993 tarihli Yolsuzlukla Mücadele Yasasının 72 ve 73. maddelerinde Fransız ceza hukukunda ilk defa “*suç organizasyonlarından doğduğu*

⁵⁰ M. L. Cesoni, “Organisations de type mafieux: la restaurations des droits comme politique de prevention” RDPC, syf. 306

⁵¹ H. Abadinsky, age. , syf. 318-320

⁵² X. Pradel, agm. , syf. 126

⁵³ J. S. Albanese/ D. K. Kas/ A. Verma, age. , syf. 90

⁵⁴ V. S. Evik, age. , syf. 158

⁵⁵ X. Pradel, agm. , syf. 126

izlenimi veren” eylemler tabirinin kullanıldığını görüyoruz. Yine güvenlikle ilgili 1995 tarihli yasanın polisin birincil amacının uyuşturucu, organize suçluluk ve büyük ekonomik ve finansal suçlulukla mücadele olduğundan söz eden 4. maddesinde ve son olarak karapara aklamayla mücadeleye finansal kuruluşların katılımına ilişkin 12 Temmuz 1990 tarihli yasanın 3. maddesinde de suç organizasyonlarının faaliyetlerinden söz edildiğini görüyoruz.

Fransız Ceza Kanunu’nun “*suç ortaklığından(association des malfaiteurs)*” söz eden 450/1. maddesi ise İCK’nın 416. “*suç işlemek için birleşmeyi*” düzenleyen maddesinin benzeridir. Pradel’e göre⁵⁶ bu iki yasa hükmü: “...*genel nitelikte maddelerdir. Organize suçlulukla mücadelenin aracı olarak kullanılabilirler fakat İCK madde 416 bis’ten daha az bir etkinliğe sahiptirler..*” Bunların yanında Fransız Ceza Kanunu’nun 132-71. maddesi de “*örgütlü çete(bande organisée)*” suçunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre örgütlü çete: “*bir veya birden fazla suçu hazırlamak amacıyla oluşturulmuş tüm topluluklar veya yapılmış tüm anlaşmalar*” olarak tanımlanmıştır.

3) Türk Hukukunda

30 Temmuz 1999 tarihinde kabul edilen, 1 Ağustos 1999 tarihinde yürürlüğe giren ve 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu organize suçlulukla mücadelede hukukumuzda önemli bir aşamadır. Özellikle, bu kanunda düzenlenen özel soruşturma tedbirlerinin uygulanma alanının belirlenmesi açısından söz konusu yasanın 1. maddesi bizim için son derece önemlidir, çünkü Türk hukuku bakımından, organize suçluluğun hukuki tanımı ilk defa bu maddede verilmiştir.

ÇASÖMK’nun 1. maddesinin kaynağı İtalyan Ceza Kanunu’nun 416 bis maddesidir. Bu madde, 6.12.2001 tarih ve 4723 sayılı yasayla da bir değişikliğe uğramıştır. Maddenin son hali şu şekildedir: “*Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya*

⁵⁶ X. Pradel, ibid. , syf. 127

artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla tehdit, baskı, cebir ve şiddet uygulamak suretiyle yıldırma ve korkutma gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar, örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.”

Maddede 4723 sayılı yasayla yapılan değişiklikler yerinde olmuştur. Maddenin önceki şeklinde suçun oluşması için maddede sayılan diğer unsurların yanında “zor veya tehdit” uygulamak yeterli görülürken maddenin son halinde “tehdit, baskı, cebir ve şiddet” uygulamak “ve” bağlacı da kullanılmak suretiyle bir arada aranmıştır. Böylece suçun kapsamı daraltılmıştı. Buna ek olarak kanunilik ilkesi bakımından sakıncalar bulunan “veya kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne surette olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak” ifadesinin aynı değişikliklerle metinden çıkarılması olumluydu. Nitekim maddenin önceki halindeki bu sakıncayı Erdem⁵⁷ şu şekilde ifade ediyordu: “İzleyen fıkralarda, bu tanıma ceza hukuku açısından ağır bazı sonuçlar da bağlanmış olması, bu tanımın özellikle belirlilik ve normun açıklığı ilkeleri doğrultusunda yeniden ele alınmasını gerektirir.”

Bu dönemde suçun tanımın genişliğinden yakının Yarsuvat⁵⁸ da, maddede “suç işlemek”ten söz edilmesi sebebiyle, çıkar amaçlı örgütlenme suçunun oluşması için “birden fazla suçun işlenmesi gerektiği” hususunun kanuni tanımda yer almayarak, yalnızca uygulamada başvurulmayacağını düşündüğü gerekçede yer almasını eleştirmiştir.

Ancak maddeye yöneltilen eleştiriler bununla sınırlı değildir. Organize suçluğun yasal bir tanımını vermenin zorluğu da tartışma konusu yapılmıştır. Bu görüştekilere göre⁵⁹, ne kadar özenli yapılırsa yapılsın aslında kriminolojik-kriminalistik bir kavram olan organize suçluluğun yasal bir tanımını yapmanın

⁵⁷ M. R. Erdem, age. , syf. 33

⁵⁸ Duygun Yarsuvat, “Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması”, Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu, Umut Vakfı Yayını, İstanbul, 2001, syf. 337

⁵⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 25, Aynı yönde görüş için bkz. Francesco Palazzo“Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı”, Çeviren: Ümit Kocasakal, syf. 818 Yazara göre: “ “Organize suçluluk” kavramı kökeninde sosyolojik ve kriminolojik bir kavram olup gitgide hukuksal bir anlam kazanmıştır. Kanunkoyucu tarafından belirlenen bazı suçluluk biçimlerine üstelik her zaman uyumlu olmayan ağırlıkta cezai düzenleme uygulandığı halde bugün halen organize suçluluğun üzerinde birleşilen yasal bir tanımı bulunmamaktadır.”

kanunilik ilkesi bakımından yaratacağı sakıncaları tamamen ortadan kaldırmak olanaksızdır.

Tanım vermenin sakıncalarını sıklıkla dile getiren ve katalog tarzı çözüm modelini savunan Erdem⁶⁰: “...bir ülkede organize suçlulukla ilgili olarak verilen tanımın, başka bir ülkenin kaşullarına ne dereceye kadar uyacağı tartışma götürür.” demek suretiyle de mehzaz İCK md. 416 bis olan maddeyi eleştirmiştir.

Bu bağlamda bilindiğı gibi, yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın “Cürüm işlemek için cemiyet kurma” kenarbaşlığını taşıyan 313. maddesinin mehzaz da yukarıda söz ettiğimiz İCK'nın 416. maddesidir. 5237 sayılı yeni TCK'nın “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220. maddesiye eski TCK'nın 313. maddesine karşılık gelmektedir. Bu suç, adi suç ortaklığıyla karıştırılmamalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.2.1986 tarihli ve 509/42 sayılı kararında vurguladığı gibi⁶¹: “Yasanın amacı; basit birleşme, iştirak dışında; kamu için tehlikeli olacak bir durumu cezalandırmaktır. Böyle bir durum ise, birden çok ve hatta belirsiz suçların veya suçun işlenmesi yönündeki maksatlı birleşmelerdir. Esasen kaynak kanun cürüm değil cürümler sözcüğünü kullanmakla bunu göstermiştir.” Bu bağlamda, 313. maddedeki “cürüm işlemek” şeklindeki tekil ifadenin yeni TCK'da düzeltilmesi yerinde olmuştur. Gerçekten, TCK md. 220/1'de, “kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla üç veya daha fazla kişinin” birleşmesinden söz edilmektedir.

Yine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 11.7.1997 tarih ve 1997/9489-11420 sayılı bir kararında bu fark⁶², “Cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçunun oluşumunda gerek doktrinde, gerekse uygulamada; örgütün birden çok cürüm işlemek için kurulması, süreklilik göstermesi, planlı bir ortaklık ve eylem paylaşımını içermesi gerekeceğinin öngörüldüğü, Majno'nu deyimiyle “Cürüm mektebi” organizasyonunun zorunlu olduğu, tek bir cürüm işlemek amacıyla irade birliğinde olan sujelerin kasıt ve düşünce ortaklığında örgütlenmelerinin TCK'nun iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilebileceği, bu koşullarda TCK. 313. maddesinde tanımlanan suçun oluşmadığı” şeklinde ifade edilmiştir.

⁶⁰ M. R. Erdem, ibid. , syf. 36

⁶¹ İzzet Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2002, syf. 274-275

⁶² Erkan Canak, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, syf. 318-319

Bugün itibariyle artık ikisi de yürürlükten kalkmış bulunan, 4422 sayılı yasanın 1. maddesinin ve 765 sayılı TCK md. 313'ün aynı anda yürürlükte bulunduğu dönemde, bu iki norm arasındaki ilişkiyi ise Evik şu şekilde açıklamaktadır⁶³: “...cürüm işlemek için örgütlenme genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Mafia tipi ya da çıkar amaçlı örgütlenme özel nitelikte bir suçtur. Aralarında özel norm- genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Özel norm- genel norm ilişkisinin bulunması için gerekli olan iki koşulda mevcuttur. Bir kere iki suç tipi de aynı hukuksal değerleri korumaktadır; her iki suç tipiyle kamu düzeni korunmaktadır. İkinci olarak da özellikli unsur denem özel normun genel normun özelliklerinin yanında başka özelliklere de sahip olması koşulu gerçekleşmiştir; mafia tipi örgütlenme suçunun oluşması için genel olarak cürüm işlemek için örgütlenme suçunun unsurları yanında bu suçu karakterize eden mafia methodu yani yıldırma gücünün bulunması gerekir.”

4) Görüşümüz

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren, 4422 sayılı yasanın yürürlükten kalkmasıyla, aynı bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi, Türk Hukukunda özel soruşturma tedbirlerinin uygulama alanı bakımından mafia tipi organize suçluluğu doğrudan tanımlayan bir norm artık mevcut değildir. Yukarıda belirttiğimiz eleştiriler ve öneriler bağlamında yasakoyucu tercihini özel soruşturma tedbirlerinin uygulanacağı suçları yeni CMK'nın ilgili maddelerinde tek tek saymaktan yana kullanmıştır.

Özel soruşturma tedbirlerinin ceza muhakemesi hukuku alanını düzenleyen genel kanun olan CMK'da yer alması eleştiriye açık olmakla birlikte, suçların tek tek sayılması tedbirlerin uygulanma alanı bakımından belirliliği sağlamıştır. Bununla birlikte uygulamada, bu tedbirlerin kuvvetli şüphe sebepleri bulunması, ultima ratio olması gibi uygulanma koşulları dikkate alınmaksızın katalog halinde sayılan suçlar bakımından otomatik olarak uygulanması yoluna gidilmesi tehlikesi her zaman vardır. Nitekim⁶⁴ uygulamada ortaya çıkabilecek bu tehlikeye dikkat çekilmektedir.

⁶³ V. S. Evik, age. , syf. 202

⁶⁴ Şeref Dede, “Koruma Tedbirleri”, Ceza Muhakemesi Yasa Tasarısı Sempozyumu (24 Kasım 2004), İstanbul Barosu Yayınları, Ocak 2005, syf. 68 Avukat Şeref Dede şöyle demektedir: “Bu her zaman varsayıldı; onu öncelikle söyleyelim. Yani uygulamadan kaynaklanan sıkıntılar nedeniyle bundan böyle herhalde karşılaşacağımız şey; bu suç tipleri bakımından şüpheli ya da sanıkların iletişimlerinin dinleneceği, kayda alınacağı.”

Bu bakımdan sayılan suçların özenle tespit edilmesi ve bu tedbirler, 4422 sayılı yasadaki tedbirlerin yerini aldığı için özellikle organize suçlulukla mücadele amacının dikkate alınması gerekirdi.

Bu noktada bir inceleme yapmak gerekirse bu suçların çoğu mahiyetleri itibariyle bir organize suç örgütü bünyesinde işlenebilecek suçlar, ya da başlı başına örgüt kurma suçlarıdır. Burada bir parantez açmakta yarar vardır. ÇASÖMK'nun 11. maddesi gereğince, bu kanun kapsamına giren suçlar bakımından yargılama görevi Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne aitti. Ancak bilindiği gibi 16.6.2004 tarihli ve 5190 sayılı kanunla bu mahkemeler kaldırılmış ve yerlerine bazı suçlarla ilgili özel görevli ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. 5271 sayılı CMK'da da bu özel ağır ceza mahkemeleri varlığını sürdürmüştür. İşte CMK'nın 250. maddesinin ilk fıkrası bu mahkemelerin görev alanına giren suçları saymaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasının a bendinde sayılan *“Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu”*, *“örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi”* unsuruna yer verilmemekle birlikte özel soruşturma tedbirlerine ilişkin kataloglarda da sayılan bir suçtur. Yine birinci fıkranın b bendinde *“Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar”* da bu mahkemelerin görev alanına giren suçlar arasında sayılmıştır. Aslında burada deyim yerindeyse geçmişte ÇASÖMK'nun 1. maddesinde tanımlanan mafia tipi organize suçluluğun esaslı unsurlarına yer veren kısa bir tanım yapılmıştır. Özel soruşturma tedbirlerine ilişkin kataloglarda sayılan suçlar arasında yer alan *“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma”*nın mafia tipi organize suçlulukla farkını yukarıda açıklamıştık. Demek ki bu suça, mafia tipi organize suçluluğun *“cebir ve tehdit”* yani yöntem unsuru eklendiği takdirde, bu suça ilişkin yargılama özel ağır ceza mahkemelerinde yapılacaktır.

Bununla birlikte kataloglarda yer verilen suçlar arasında organize suçluluk mahiyetinde olmayan suçlar da vardır. Katalog halinde sayılan suçlar bakımından en geniş kapsamlı madde olan CMK md. 135'te bu mahiyette olmayan, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı gibi suçlara da yer verilmiştir. Kasten öldürme suçuna, büyük bir suç olması ve münferit olarak işlenebildiği gibi, organize suç örgütlerince de işlenebilecek mahiyette bir suç olması nedeniyle yasakoyucunun *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi”* ve *“Teknik araçlarla izleme”* tedbirleri bakımından katalog içinde yer vermesini

anlayabiliyoruz. Ancak cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı gibi suçları yasakoyucunun sadece 135. madde bakımından bile olsa neden özel soruşturma tedbirlerinin kapsamına aldığına bir anlam veremiyoruz. Yine, 135. maddede sayılan suçlardan işkence suçu bakımındansa bu suçun organize suç örgütü bünyesinde işlenecek mahiyette bir suç olmadığı açıktır. Bu suçun faili sadece kamu görevlileri olabilmektedir. Uygulamada kamu görevlileri içinde bu suçun faili olma potansiyeli en yüksek grup olan kolluk tarafından, yine bu suçun aydınlatılmasında “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*” tedbirine başvurulabilecek olması bu tür tedbirlerin doğasıyla ve orantılılık ilkesiyle ne kadar bağdaşacaktır bu da ayrı bir soru işaretidir.

Yine, CMK'nın ilgili maddelerinde katalog halinde sayılan suçlar arasında 4422 sayılı yasanın 16. maddesiyle yollama yaparak kapsamına aldığı suçlar arasında yer alan “*Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar*”ın sayılmamış olması dikkat çekicidir. Kanımızca katalogda bu suçlara da yer verilebilirdi. 4422 sayılı yasa zamanında bu yasada düzenlenen tedbirler 16. maddenin yollama yaptığı “*Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun*”u ile , “*Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu*”nda düzenlenen suçlar teşekkül halinde işlendiğinde uygulanır denmekteydi. Yeni düzenleme bakımındansa bu kanunlarda düzenlenen suçlar hakkında, CMK'daki özel soruşturma tedbirlerine başvurulabilmesi için bu suçların teşekkül halinde işlenmesi şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte eski düzenlemedeki gibi bu kanunlardaki tüm suçlar kapsama alınmamış. KTVKK'nun 68. ve 74. maddeleri ile, ASBDAHK'un 12. maddesinde düzenlenen suçlar kapsama alınmıştır. Bunlara ek olarak 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 4926 sayılı “*Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*”nda düzenlenen ve hapis cezasını gerektiren suçlar da katalog da sayılan suçlar arasındadır. Ayrıca telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek 135. maddede sayılan suçların arasına, 5353 sayılı yasayla, Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında tanımlanan zimmet suçu da dahil edilmiştir.

C) Unsurları

1) Genel Olarak

Şu ana kadar anlattıklarımızdan, organize suçluluk kavramına ortak, kesin ve belirli bir tanım bulmanın neredeyse imkansız olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden biz de organize suçluluğun olmazsa olmaz unsurlarını işbölümü, süreklilik, maddi kazanç elde etme amacı ve yöntem olmak üzere dört başlık altında inceleme yoluna gideceğiz.

Bu unsurların hepsinin birbiriyle bağlantılı olduğunun önemle altını çizmeliyiz. Ele alacağımız unsurlar arasındaki uyumlu bağlantıyı en iyi ifade eden kavram organizasyondur. Organizasyondaki mükemmellik bu uyumdan ileri gelmektedir.

Örneğin süreklilikle yöntemin bağlantısına dikkate çeken Evik'e göre⁶⁵: *“Sürekli ve istikrarlı bir organizasyonun varlığı söz konusu suç için şarttır, ancak bunun ispatına tipik metotların ispatı ile ulaşılabilir, nitekim yıldırma gücü, tabi kılma ve gizli işbirliği, organize bir yapının sürekliliği için temel faktörlerdir, süreklilik istikrarlılığın belirtisidir.”*

Benzer şekilde yöntem unsuruyla, maddi kazanç elde etme amacı arasında da vazgeçilmez bir ilişki vardır. Sommier'e göre⁶⁶: *“Mafiyayı bir işletme mantığıyla ele alan yazarlar, çoğunlukla Schumpeter'in yenilik üzerine olan tanımına vurgu yaparlar.”* Bu bağlamda Jean Cartier-Bresson⁶⁷, mafianın yasal ve yasadışı pazarlara getirdiği yeniliklerden biri: *“Kendi tekeli oluşturmak için rüşvete ve şiddete başvurmasıdır.”* demektedir. Gerçekten de organize suçluluğun unsurlarından biri olan yöntem, aslında temel unsur olan maddi kazanç elde etme amacına ulaşmak için sadece bir araçtır.

Unsurlar arasındaki bağlar o kadar kuvvetlidir ki ve bu unsurlar öylesine iç içe geçmişlerdir ki bazen birini diğerinden ayırt etmek çok güçleşir. Nitekin Erdem⁶⁸, korunma mekanizması adı altında daha ziyade yöntem unsurunu açıklarken,

⁶⁵ V. S. Evik, age. , syf. 216

⁶⁶ I. Sommier, age. , syf. 82

⁶⁷ Jean Cartier-Bresson, 1977 syf. 75'ten aktaran I. Sommier, age. , syf. 82

⁶⁸ M. R. Erdem, age. , syf. 40

işbölümü unsuruna da kaçınılmaz olarak vurgu yapmıştır : “*Organize suçlulukta, örgüt üyelerinin ve örgütün faaliyetlerinin teşhis edilmesini engellemek için, gerek içe ve gerekse dışa karşı çok iyi işleyen korunma mekanizmasına başvurulur. İçe karşı korunmayı, suçun ayrıntılı olarak planlanması ve bunun uygulamaya konulmasındaki mükemmellik, hiyerarşik grup yapılanması, bölgeler üstü bağlantı ve ilişki, profesyonelce işleyen lojistik, suçtan elde edilen kazançların paylaşılması ve yasal hale getirilmesi sağlamaktadır.*”

2) İşbölümü

Organize suç örgütlerinin en belirleyici özelliklerinden biri, ikiden fazla kişinin belli bir işbölümü içinde faaliyet göstermeleridir. İşbölümünden kasıt hem dikey yani hiyerarşik hem de işlevsel veya coğrafi olarak yatay bir yapılanmadır.

Finckenauer, ünlü Amerikan mafiası La Cosa Nostra’daki hiyerarşik yapılanmayı şu şekilde anlatmaktadır⁶⁹: “*Amerika Birleşik Devletlerinde 1920’lerden beri faaliyet gösteren ve aynı zamanda mafia, Güruh(mob), takım(outfit) ya da örgüt(office) gibi adlarla da anılan La Cosa Nostra ya da LCN bir İtalyan-Amerikan organize suç aileleri topluluğudur.LCN’yi oluşturan bu aileler kaba hatlarıyla aynı örgütsel yapıya sahiptir. Örgütün başında icrai kararlar alan ve aileyi kontrol eden bir şef vardır. Bu şefin altında ikinci derecede emretme yetkisine sahip bir alt şef bulunur. Bu yapılanma içinde bir de daha yaşlı ve kıdemli olan bir danışman mevcuttur. Bundan sonra Cosa Nostra’nın “yapılmış üyeleri” olan askerlerden oluşan ekiplere nezaret eden belirli sayıda capolar gelir. Capolar ve bunların üzerindeki, askerler ve yardımcıları tarafından işlenen suçların gelirlerini paylaşırlar.*”

Abadinsky’e göre⁷⁰: “*Bir organize suç grubu sadece bir lider ve onu takip edenlerden oluşmamaktadır, herbiri altındaki üzerinde otoriteye sahip en az üç sürekli mevkiden oluşan, dikey bir yapılanmaya sahiptir. Otorite mevkiye aittir ve belirli bir zamanda onu kullanan kişiye bağlı değildir.*”

⁶⁹ James O. Finckenauer “La Cosa Nostra in the United States”, National Institute of Justice International, syf. 1 www.ojp.usdoj.gov/nij/international/lcn.html

⁷⁰ H. Abadinsky, age. , syf. 2

Organize suç u ayrıntılı olarak ekonomik boyutu ve ticari işletme yönüyle ele alan ve suç piyasasının büyük ölçüde dikey bütünleşme biçiminde yapılanacağını belirten bir yazara göre de⁷¹: “Suç piyasasında dikey bütünleşme üç şekilde gerçekleşecektir: Monopolleşme, Franchising ilişkisi, işveren-işçi(istihdam) ilişkisi”

Özbek ise organize suç örgütlerinde görülen yatay anlamda işbölümünü şu şekilde açıklamaktadır⁷²: “...organize suçun en belirgin özelliklerinden birisi de lojistik bir yapılanmaya sahip olmasıdır. Bu anlamda strateji ise bir amaca varmak için eylem birliği sağlama ve düzenleme sanatıdır. İşte organize suç failleri de belli bir strateji çerçevesinde faaliyet gösterirler. Lojistik, münferit faaliyet alanlarının nesnel ve personel olarak ayrılması ile oluşturulur. Mesela tedarik, imal, sürüm gibi.”

Yatay anlamda işbölümüyle ilgili olarak Abadinsky'e göre de⁷³: “Bir organize suç grubu nitelikli üyelerden oluşan belirli işlevsel mevkilere sahiptir. Organize suç grubunun doğasına istinaden, “enforcer” yani infazcının durumu çok önemlidir. Bu kişi, adam öldürme dahil, akılcı bir şekilde şiddet kullanılması gibi zor görevleri üstlenir. Bu görevi yerine getirmek için, enforcer gruba üye olanları veya olmayanları kullanabileceği gibi, adam öldürme görevini bu konuda uzman kişilere de verebilir.

Eğer grup yeterince iyi yapılanmışsa, bir fixer(anlaşmacı, bağlayıcı) ve bir moneymover(paraoyuncu) için de mevkiler bulunabilir. Anlaşmacının, görevi ceza adaleti sistemiyle ve siyasi görevlilerle temas kurmak ve uygun olduğunda rüşvet ve yolsuzluk ilişkisi kurmaktır. Paraoyuncu da karapara yani yasadışı yollardan elde edilen parayı aklama uzmanıdır.”

3) Süreklilik

Organize suç örgütlerinin bir diğer belirleyici özelliği sürekliliktir. Evik'e göre⁷⁴: “Organize örgütün esas vazgeçilmez özelliği, örgütün sürekliliği, istikrarlılığıdır. Örgüt, amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız

⁷¹ Enver Alper Güvel, Organize Suç Ekonomisi ve Hukuk Uygulaması, Ankara, Roma Yayınları, Nisan 2004, syf. 37

⁷² Veli Özer Özbek “Organize Suçlulukla Mücadelede Önalın Soruşturmaları”, DEÜHFD, 2002, c. 4, s. 2, syf. 66

⁷³ H. Abadinsky, age. , syf. 3

⁷⁴ V.S. Evik, age. , syf. 216

olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir. Organizasyon örgütün işlediği suçların sadece hazırlık hareketi niteliği taşımamalı, amaçlanan suçlar işlendikten sonra da yenilenerek, tekrarlanarak kullanılan bir yapı oluşturmalıdır.”

Gerçekten bir başka yazara göre de⁷⁵: *“Organize suç gelişigüzel bir iştirak değildir. Organize suç çok failli bir örgütlenme, bir yapıdır. Bu nedenle de türüne göre değişik olmakla beraber, faillerin oluşturduğu beraberliğin sürekliliği amaçlaması gerekir.”*

Abadinsky'e göre ise⁷⁶: *“Bir organize suç grubu, zaman içerisinde devam etmek üzere tasarlanmış-o anda mevcut olan bir üyeliğin ömründen bağımsız olarak-sürekli bir suç ortaklığı kurar. Süreklilik üyelerce kabul görür ve bu gruba nitelikli üyeler çekmenin ve böylece grubun aralıksız devamının yolunu açar.”* Nitekim Lyman-Potter'a göre⁷⁷ bu nitelik sayesinde: *“Ölerek veya hapse atılarak kaybedilen üyelerin yerini kolaylıkla, gruba kabul edilmeye ve organizasyonun yasadışı işlerini yürütmeye hevesli yeni üyeler alır.”*

4) Maddi Kazanç Elde Etme Amacı

Organize suç örgütlerinin başlıca amacının maddi kazanç elde etmek olduğunu ve de bu niteliğin organize suç örgütlerini terör örgütlerinden ayıran temel ölçüt olduğunu daha önce belirtmiştik. Gerçekten de günümüzün organize suç örgütleri bir işletme mantığı içerisinde minimum riskle maksimum kazanç elde etme gayesini güderler. Bazı yazarlara göre⁷⁸, *“ne pahasına olursa olsun kazanç elde etme amacı”* organize suçluluğun en önemli unsurudur.

Hatta bu nitelik günümüzün organize suç örgütlerini, tarihsel anlamda mafiadan da farklılaştırmaktadır. Nitekim Sommier'ye göre⁷⁹ : *“Arabuluculuk fonksiyonlarının giderek birincil hatta tek amaca doğru kayması ve sermaye birikimi geleneksel anlamda mafıyla, bugünün girişimci mafiasını birbirinden ayırmıştır.”*

⁷⁵ Patalano, V... syf. 231'den aktaran Çetin Özek, agm. , syf. 197

⁷⁶ H. Abadinsky, age. , syf. 3

⁷⁷ M. D. Lyman/ G. V. Potter, age. , syf. 8

⁷⁸ Möhrensclager, wistra 1992, syf. 282'den aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 44

⁷⁹ I. Sommier, age. , syf. 83

Aynı hususa dikkat çeken bir başka yazara göre⁸⁰: “Günümüzde suç organizasyonları, her yerde, Şikago’da, Detroit’de, Los Angeles’da, Amerika genelinde, Çin’de, Vietnam’da, İtalya’da ve dünya genelinde bölge, etnisite, çatışma ve doğal grup süreçleri etrafında organize olan etnik girişimler olmaktan çıkmakta; tek hedefleri para ve daha çok para olan iş organizasyonlarına dönüşmektedir. Suç organizasyonları günümüzde adeta girişimciler gibi hareket etmekte ve iş aleminin aynadaki bir yansıması gibi, çeşitli yasadışı piyasalar içinde faaliyet göstermektedir. **Hedef, her zaman ve her yerde , öncelikle kolay maddi ve finansal kazanç elde etmektir.** ‘Para’ üzerindeki bu ‘neredeyse ideolojik vurgu’, 10-25 yıl önceki suç organizasyonlarından dramatik bir kayma olarak nitelendirilmektedir.”

Klen, bu değişimi şöyle açıklamaktadır⁸¹: “ Dünya soğuk savaş dönemindeki dengesini kaybetmiştir. Dünya toplumu daha hareketli hale gelirken, kolay ve hızlı yoldan para kazanmak daha cazip hale gelmiştir. Bu başkalaşımdan çıkar sağlayan sadece ekonomik sektörler olmamıştır. Uluslararası suç organizasyonları (USO) da daha zararlı bir açgözlülükle işaretli bu evrimden payını almıştır.” Benzer hususlara dikkat çeken bir başka yazara göre⁸² de: “Sosyal yaşamın çoğu sektöründe tanık olunan küreselleşme modern dünyamızın karakteristiklerinden biri olarak suç alanını da etkilemektedir. ”

Gerçekten Sommier’ye göre⁸³ :“Bazı yazarlar mafyöz işletmeyi, kapitalist işletmenin bir ilk örneği olarak görmek noktasına kadar gitmektedir.” Öyle ki, Brown’a göre de⁸⁴: “Böylesi bir suç faaliyeti, yasal bir ticari faaliyetten, ticari stoğu veya uyguladığı bazı yöntemlerle ayırt edilebilir, fakat en azından amacı bakımından ayırt edilemez.”

5)Yöntem

Organize suç örgütleri gerek amaçlarına ulaşmak için, gerek örgüt içi disiplini sağlamak için, gerekse yasadışı faaliyetlerden kazandıklarını yasal faaliyet alanlarına yönlendirmek için çeşitli yöntemlere başvururlar. Amaçlarına ulaşmak için

⁸⁰ Enver Alper Güvel, age. , syf. 23

⁸¹ M. Klen, agm. , syf. 106

⁸² M. T. Yücel, agm. , syf. 1066

⁸³ I. Sommier, age. , syf. 82

⁸⁴ Alastair N. Brown, Proceeds of Crime Money Laundering, Confiscation & Forfeiture, Edinburgh, W. Green/ Sweet&Maxwell, 1996, syf. 4

uyguladıkları başlıca yöntemler yıldırma, korkutma ve rüşvettir. Yine örgüt içi disiplini sağlamak için kurallar ve ihlalleri durumunda kimi zaman öldürmeye kadar varabilecek örgüt içi bir yaptırım sistemi mevcuttur. Yasadışı yollardan kazandıklarıyla, yasal faaliyet alanlarına yatırım yaparken uyguladıkları yöntem ise karapara aklamadır. Gerçekten de sürecin başından sonuna kadar bu yöntemli çalışma organize suç örgütlerinin başlıca özelliklerindedir.

Suç örgütlerinin amaçlarına ulaşmak için kullandıkları yöntemlere vurgu yapan bir yazara göre⁸⁵: “*Mafia veya çıkar amaçlı suç örgütünün temel özelliği, korkutma, yıldırma gücünün kullanılmasıdır.*”

Abadinsky’e göre ise⁸⁶: “*Bir organize suç grubunda, şiddet bir kaynaktır. Özel şiddete başvurma, grubun amacına ulaşmasına izin veren önemli bir boyuttur. Gerekliğinde, organize suç grubu eylemlerini ve üyelerini korumak için rüşvete de başvuracaktır.*”

Hatta Kocasakal’a göre⁸⁷: “*...bazen suç örgütleri, cebir, şiddet ve yıldırma kullanmaya gerek görmeksizin kurduğu ilişkiler ve rüşvet ağı ile de haksız çıkar sağlayabilir.*” Benzer görüşteki bir başka yazara göre de⁸⁸: “*Şiddet eylemleri kendilerini açığa vuracağı, kamuoyunda tehlike sinyalleri vereceği ve sonuçta kamu otoritelerini mücadeleye mecbur kılacağından, suç örgütleri şiddete en son çare olarak başvurmaktadırlar. Buna karşın yolsuzlukla yaratılan işbirliği ortamı aynı sonuçların daha az riskle elde edilmesini sağlamakta ve kamu kurumlarına yönelik içten bir tehdit söz konusu olmaktadır.*”

Gerçekten Fijnaut’ya göre⁸⁹: “*Organize suçlular-faaliyet gösterdikleri suç pazarı ne olursa olsun- bir şekilde yasal toplumun dışında kalamazlar ve bu yüzden de her zaman farkedilme, tanınma ve araştırılma riskiyle karşı karşıyadırlar.*” Yazara göre, “*bu bakımdan rüşvet, gizli olduğu için, şiddete ve korkutmaya göre daha etkili bir stratejidir.*”

⁸⁵ Ingroia syf. 63’ten aktaran V. S. Evik, age. , syf. 220

⁸⁶ H. Abadinsky, age. , syf. 3

⁸⁷ Ü. Kocasakal, agm. , syf. 142-143

⁸⁸ M. T. Yücel, agm. , syf. 1068

⁸⁹ C. Fijnaut, agm. , syf. 223

Cretin'e göre de⁹⁰: *“Mafianın gelenekleri vardır, bununla birlikte mafia gelenekçi değildir. Gelenekte mafiyayı ilgilendiren folklor değildir grubun dışı karşı sınımsız kapalılığı, pragmatizmle ekonomik amaçlarını gerçekleştirmeyi aramak temelinde örgütlü bir düzene yapılan referans ve organizasyonun sürekliliğidir. Bunu başarmak için de, nüfuz kullanmanın ve rüşvetin etkisiz kaldığı durumlarda, koşullara göre , bazen örgüt içi yaptırım amacıyla, bazen bir zorluğun üstesinden gelmek için, kimi zaman da bir mesaj yollamak için şiddete başvurur.”*

Yine örgütün amacına ulaşmak için başvurduğu yöntem ister şiddet ve yıldırma, isterse sadece rüşvet olsun Hérail-Ramael'e göre⁹¹ de: *“suç örgütü kavramı, suç oluşturan sonuçtan ziyade korkutma, şiddet ve rüşvet gibi kullanılan yönteme ve elde edilmek istenen tek amaç olan yasadışı yollardan kazanç elde etmeye bağlı olarak ele alınmalıdır.”*

Abadinsky'e göre⁹²: *“Bir organize suç grubu , yasal bir organizasyon gibi, üyelerinin uyması beklenen bir takım kural ve kanunlara sahiptir.”* Suç örgütlerinin örgüt içi disiplini sağlamak için kullandıkları yöntemin temeliyse suskunluk yasası yani omertadır. Erdem'e göre⁹³: *“Mutlak itaat ve susmak en büyük ilkedir.Örgüt üyeleri ile olan ilişkide, bu sisteme karşı ihlaller için sert cezalar öngören kendine özgü bir norm sistemi geliştirir.”*

Bu noktada örgüt içi disiplin ve yaptırım sisteminin de yıldırma gücüne dayandığına vurgu yapan Evik'e göre⁹⁴: *“Mafia için geçerli kabul edilen tabi kılma ve omerta, yıldırma gücünün kullanılmasının tipik sonucudur.”* Gerçekten de bir yazara göre⁹⁵: *“Bu kurala yönelik ihlaller bazen öldürmeye kadar varan en ağır cezalarla cezalandırılmaktadır.”*

Karapara aklama konusundaysa, Cretin⁹⁶: *“Dünyadaki bütün mafia grupları, mutlak bir zorunlulukla kendilerini karapara aklama faaliyetine adarlar.”* demektedir. Yazara göre: *“Mafianın ekonomik gücü bir hakikattir. Fakat*

⁹⁰ T. Cretin, “Qu'est-ce qu'une mafia?”, RSC, yıl 1995, s. 2 , syf. 289

⁹¹ Jean Louis Hérail-Patrick Ramael, Blanchiment d'argent et crime organisé, Puf, 1996, syf. 98

⁹² H. Abadinsky, age. , syf. 3

⁹³ M. R. Erdem, age. , syf. 41

⁹⁴ V. S. Evik, age. , syf. 220

⁹⁵ Reiners, s 6'dan aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 41

⁹⁶ T. Cretin, age. , syf. 167

kaynaklarının kökeni esas olarak suça dayandığı için, önemli olan kazanılan nakit parayı kullanılabilir finansal güce çevirmektir.”

Lyman-Potter’a göre de⁹⁷: “*Organize suçlular yasadışı kazançlarını harcayacak hiçbir yasal yolları olmadığından, gelirlerinin olabildiğince büyük bölümünü saklamak zorundadırlar. Yasal iş alanlarına sızmak yeteneği organize suç örgütüne hem yasadışı gelirlerini gizlemek fırsatını, hem de toplum içinde vatandaşların şüphelenmesini ve polislerin araştırmasını önleyecek bir yasallık zırhını takmak olanağını verir.”*

Son olarak, Brown’un dikkat çektiği gibi⁹⁸: “*Organize suç örgütlerini yasal bir ticari işletmeden ayıran başlıca öge yöntem olmakla birlikte, organize suç örgütleri bu yasadışı yöntemlere olağan ticari yöntemlerin yerine değil onlarla birlikte başvurumaktadırlar.”*

⁹⁷ M. D. Lyman/ G. W. Potter, age. , syf. 11

⁹⁸ A. N. Brown, age. , syf. 4-5

II) İKİNCİ BÖLÜM: ORGANİZE SUÇLULUKLA MÜCADELEDE ÖNGÖRÜLEN ÖZEL SORUŞTURMA TEDBİRLERİ

A) Kavram-Terminoloji

1) Genel Olarak

Özel soruşturma tedbirleri, ceza muhakemesi alanındaki klasik koruma tedbirlerinden farklıdır. Kunter-Yenisey⁹⁹, hazırlık soruşturması sırasındaki araştırma ve koruma tedbirlerini “*klasik yetkiler*” ve “*modern yetkiler*” olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bu ayrıma göre, iletişimin denetlenmesi, gizli izleme, gizli görevli kullanılması “*modern yetkiler*”dir. Benzer şekilde Bouzat¹⁰⁰ da, telefonların dinlenmesi ve banda kaydedilmesi gibi tedbirleri, “*modern kanıt toplama yöntemleri*” olarak ifade etmiştir. Özellikle iletişimin denetlenmesi ve teknik izleme gibi tedbirlerin, teknolojik gelişmenin bir sonucu olarak ortaya çıkmış “*modern*” yöntemler olduğu bir gerçektir. Yazarın bu tedbirlerin amaç unsuruna vurgu yapan “*kanıt toplama*” yöntemi nitelendirmesi de önemlidir. Klasik koruma tedbirleri¹⁰¹: “*Amaç açısından,..., sanığın muhakemede hazır bulunmasını güvencelemeye, delilleri korumaya ve hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. Örneğin, tutuklama, yakalama ve zorla getirme bu amaçların tümünü içeren koruma tedbirleridir.*” Ceza muhakemesinde başvuru, özel soruşturma tedbirlerinin amacıysa “*delil elde etmek*”tir. “*Tanıkların Korunması*” tedbiri bu bakımdan diğerlerinden biraz daha farklı nitelikte olsa da, aslında bu tedbirin de esas amacı, tanığa veya yakınlarına bir zarar gelmesine engel olacak önlemler olarak bir delil türü olan “*tanık beyanı*”nın elde edilebilmesidir.

⁹⁹ N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 627

¹⁰⁰ Pierre Bouzat (Çeviren: Hasan İ. Bıyıklı), “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları”, YD, y. 1997, c. 3, syf. 90

¹⁰¹ Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, Ocak 2003, syf. 205

Türk hukukunda, bu tedbirleri ifade etmek için değişik terimler kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim söz konusu tedbirleri ifade etmek için¹⁰² Öztürk-Özbek-Erdem ve Yenisey “*özel ceza muhakemesi tedbirleri*”, Dönmezer “*özel koruma tedbirleri*”, Tezcan “*özel muhakeme hukuku tedbirleri*”, Çınar “*özel soruşturma tedbirleri*” veya “*özel soruşturma yöntemleri*”, Özbek, “*gizli soruşturma tedbirleri*”, Dülger “*özel koruma tedbirleri*”, Evik “*özel tedbirler*”, Sözüer “*özel yargılama önlemleri*”, Erdem ise, “*gizli soruşturma tedbirleri*” terimlerini kullanmayı uygun görmüşlerdir.

Kanımızca çalışmamızda ele alacağımız “*Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*”, “*Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*”, “*Teknik araçlarla izleme*” ve “*Tanıkların korunması*” tedbirlerini, tüm belirleyici özellikleriyle karşılayabilecek bir sıfat bulmak mümkün değildir. Diğer üç tedbirden biraz daha farklı nitelikte olan “*Tanıkların korunması*” tedbiri de dahil, çalışmamızda ele alacağımız dört tedbir açısından da “*gizlilik*” ortak nitelik olduğundan en uygun sıfatlardan biri olarak görülebilirse de, bu sıfat tedbirleri “*özel*” yapan niteliklerden sadece birine vurgu yaptığından, diğer niteliklerin gözden kaçmasına sebep olabilir. Bize göre, bu tedbirlerin kendilerine özgü ve istisnai niteliklerini en iyi kucaklayabilecek sıfat “*özel*” sıfatıdır.

Nitekim, yabancı hukuklarda da bu tedbirleri nitelerken “*particulière(özel)*” sıfatının kullanıldığını görüyoruz. Örneğin Belçika hukukunda, “*uzun süreli izleme ya da teknik izleme*”, “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” ve “*bilgi kaynağından yararlanma*” gibi tedbirleri ifade etmek için “*méthodes particulières de recherche*” yani “*özel araştırma yöntemleri*” teriminin kullanıldığını görmekteyiz Belçika’da¹⁰³ bu tedbirleri düzenleyen ve 6 Ocak 2003 tarihli yasanın hazırlık çalışmalarında da,

¹⁰² B. Öztürk/V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 637; Feridun Yenisey, “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2, syf. 103; Sulhi Dönmezer “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Yasayla Kabul Edilen Özel Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, 2000, syf. 537; Durmuş Tezcan, “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Muhakeme Hukuku Tedbirleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2, syf. 139; Ali Rıza Çınar, “Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı Neden Kurulmalı, Bu Kurumun, Örgütlü Suçların Kovuşturulmasında Önemi”, Adil Yargılanma Hakkı, IGUL(Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü), Yayın No:4, Nergiz Yayınları, Aralık 2004, syf. 78 ve syf. 80; Veli Özer Özbek, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, syf. 15; Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2002, syf. 275; Adem Sözüer, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye’deki Boyutları”, Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele (5 Ekim 2001 tarihli Panel), İstanbul, Seçkin, 2002, syf. 25; V. S. Evik, age. , syf. 135; M. R. Erdem, age.

¹⁰³ M. De Rue, “La loi du 6 Janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d’enquête: premiers commentaires”, RDPC, Eylül-Ekim 2003, syf. 1107

bu tedbirlerin, “*özel hayata saygı gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeye müsait*” ve “*delillerin elde edilmesinde dürüstlük gibi ceza muhakemesinin temel ilkelerinin sınırlarını aşan nitelikte*” olduklarından ve yine bu tedbirlerin “*gizli*” karakterinin ayrı bir özellik arzettiğinden söz edilerek “*özel*” nitelikleri vurgulanmıştır. Benzer şekilde Hollanda’da¹⁰⁴, bu tedbirleri düzenleyen 27 Mayıs 1999 tarihli yasada da, bu tedbirleri ifade etmek için “*compétences particulières de recherche*” yani “*özel araştırma yetkileri*” kavramı kullanılmıştır.

Sonuç olarak, çalışmamızda bu tür tedbirleri en iyi ifade edecek kavram olduğunu düşündüğümüz için “*özel soruşturma tedbirleri*” kavramını kullanmayı uygun buluyoruz. Tedbirleri ele almaya başlamadan önce söz ettiğimiz tedbirleri “*özel*” yapan nitelikleri ve “*soruşturma tedbiri*” kavramını iki alt başlık altında kısaca açıklamak istiyoruz.

2) “Özel” Nitelik

a) Gizlilik Bu Tedbirlerin Sadece Bir Boyutudur

Bize göre, “*gizlilik*” bu tedbirlerin sadece bir boyutunu ortaya koymaktadır. Gerçekten, bu tedbirlerin bazıları gizliliğin yanında “*aldatmaca ya da hile*” diyebileceğimiz bir başka özellik de taşımakta ve bu özellikleri dolayısıyla temel hak ve özgürlükler bakımından istisnai ve ağır bir müdahale alanı oluşturmaktadır. Nitekim “*gizli soruşturma tedbirleri*” kavramını kullanmasına rağmen Erdem de¹⁰⁵: “*Elbette ki, söz konusu tedbirlerin, yalnızca gizli olduğu biçimindeki bir nitelendirme, bu tedbirlerin özelliklerini bütünüyle ortaya koyamamaktadır.*” diyerek bu gerçeği kabul etmiştir. Gerçekten de, “*gizlilik*” ve “*hile veya aldatmaca*” bu tür tedbirlerin farklı yönlerini ortaya koyan değişik kavramlardır.

Marx’a göre¹⁰⁶, örtülü ve uzlaşımsal polis taktikleri, açık veya gizli olma ve hilesiz veya hileli olma olmak üzere iki boyutu ele aldığımızda aydınlığa kavuşmaktadır. Açık ve hilesiz uygulamalar gibi gizli ve hileli uygulamalar da çoğunlukla bağlantılı olmakla birlikte, kural olarak birbirlerinden bağımsızdırlar.

¹⁰⁴ Christian De Valkeneer, La tromperie dans L’administration de la preuve pénale, Bruxelles, Larcier, 2000, syf. 362

¹⁰⁵ M. R. Erdem, age. , syf. 49

¹⁰⁶ Gary T. Marx, Undercover Police Surveillance in America, Londra, University of California Press, 1998, syf. 11-12

Nitekim yazar bu boyutların birleşmesiyle dört çeşit polis faaliyetinin ortaya çıktığından söz etmektedir. Bu ayrıma göre polis faaliyetlerinin çoğu “açık ve hilesiz”dir. Soru sorma, yardım etme, talimat ya da bilgi verme, yakalama gibi polisle vatandaşın karşı karşıya geldiği faaliyetler buna örnek olarak gösterilebilir. Örneğin otoyollara aslında kayıt yapmayan kameralar yerleştirilmesi gibi bazı faaliyetlerse “açık ve hileli” olabilir. Gizli olarak gerçekleştirilen “Teknik araçlarla izleme” gibi faaliyetlerse “gizli ve hilesiz”dir. “Örtülü faaliyetler(undercover work)” ise hem “gizli”, hem de “hileli”dir.

Benzer bir ayrıma giden Valkeneer¹⁰⁷ ise, soruşturma yöntemlerini sekiz kategoriye ayırmaktadır. Bu sınıflandırmayı yaparken yazar, Marx’ın da ortaya koyduğu “hile” ve “gizlilik” boyutları yanında “etkileşim(interaction)” adı altında üçüncü bir boyuta daha yer vermiştir. “Örtülü(sous-couvertes)” teknikler, hem “gizli”, hem “hileli”, hem de “etkileşimli”dir.

“Gizlilik” ve “aldatmaca ya da hile” farkını daha iyi ortaya koyabilmek için bu kavramların ne anlama geldiği sorusu yanıtlanmalıdır. Bir yazara göre gizlilik¹⁰⁸ : “olanın gösterilmemesi”dir. Erdem’e göre ise¹⁰⁹: “..gizli deyimi, açık deyiminin karşıtıdır.” Aldatmaca veya hile ise¹¹⁰: “Bir kişiyi belli davranışlarda bulunmaya veya bazı bilgileri vermeye yönlendiren, uzlaşma içeren veya içermeyen bir biçimde, olduğu varsayılanla ortaya konulan arasında bir çelişki üreterek delil toplamayı veya bir suçu meydana çıkarmayı amaçlayan bir yöntem” olarak tanımlanmıştır.

Valkeneer’e göre gizlilik, durumun gerçekliğine uygun veriler sunulmuş olsaydı tutumu farklı olmuş olacak bir öznenin tutumunu değiştirmeme amacını güder. Aldatmacada da benzer bir amaç güdülmekle birlikte, kullanılan araç farklıdır. Gizlilikte bilginin saklanması söz konusuysen, aldatmacada bilginin çarpıtılması söz konusudur. Yazarın ortaya koyduğu bu farka dayanarak hukukumuz açısından örnek vermek gerekirse, “Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” tedbirinde “uydurma kimlik” kullanıldığı için hem “gizlilik”, hem de “aldatmaca” söz konusuysen, “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri” bakımından ise yalnızca “gizlilik” söz konusudur. Yine bu verilerden hareketle, “Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” tedbirinin “örtülü” bir teknik olarak nitelendirilmesi gerekirken,

¹⁰⁷ C. De Valkeneer, age. , syf. 25

¹⁰⁸ G. Durangin’den aktaran C. De Valkeneer, age. , syf. 23

¹⁰⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 48

¹¹⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 23

“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri” bakımından böyle bir nitelendirme yapmak mümkün değildir.

b) Tedbirlere Değişik Amaçlarla Başvurulması

Özel soruşturma tedbirlerinin diğer bir özelliği de, “Tanıkların korunması” tedbirini bir yana bırakırsak, bu tür tedbirlerden yalnızca ceza muhakemesi alanında yani “bastırıcı” amaçla değil, “önleyici” ya da “istihbarat” amacıyla da yararlanılabilmektedir. Bu hususa temas eden Erdem’e göre¹¹¹: “Gizli soruşturma tedbirlerine, gerek tehlikeye karşı koyma alanında önleyici ve gerekse ceza koğuşturması alanında bastırıcı amaçla başvurulabilmektedir. Özellikle suç öncesi araştırma yolu ile bu iki alanın birbirinden ayrılması konusundaki ölçütler giderek belirsizleşmiştir.” Bunun sebebi, bu tür tedbirlerin aslında köken olarak ceza muhakemesi alanına değil, istihbarat alanına ait olmasıdır. O kadar ki bu iki alanın yöntemlerinin farkını vurgulayan Boer’e göre¹¹²: “Kabaca, sentezlenerek muhtemelen işlenecek bir suçun resmini ortaya çıkaran önleyici veya engelleyici ipuçlarının araştırılmasına imkan veren bir soruşturma teknikleri bütünü” olarak tanımlanabilecek bu tür bir “istihbarat” faaliyetinin karşıtı, çoğunlukla bir suç işlendikten sonra karşılık verici veya “bastırıcı” bilgi toplama faaliyetidir. Bununla birlikte şu bir gerçektir ki¹¹³: “İstihbarat temelli polis faaliyetleri modern kolluk çağında en önemli yöntemlerden biri haline gelmiştir.”

Valkeneer’e göre¹¹⁴, bu tür tedbirler aslında “önleyici(proactive)” olma niteliklerini koruyarak istisnai olarak ceza muhakemesinde kullanılmaktadır. Yazara göre: “Tepkisel polis faaliyetleri soruşturmaya, tanımlanmış ve çerçevesi çizilmiş bir veya birden fazla olguya dayandırırken, önleyici faaliyetler çerçevesi daha belirsiz bir olguya dayanan geleceğe yönelik bir yaklaşım ileri sürerler. Bu açıdan, önleyici faaliyetler potansiyel tehdit oluşturan veya oluşturabilecek faaliyetler hakkında bilgi toplayan istihbarat servislerinin yöntemleriyle benzerlik gösterirler.” Gerçekten bir yazara göre de¹¹⁵: “Burada deyim yerinde ise, istihbarat kurumları için klasik olan

¹¹¹ M. R. Erdem, age. , syf. 301

¹¹² Monica den Boer, “Intelligence Exchange and The Control of Organized Crime: From Europeanisation via Centralisation to Dehydration”, Police and Justice Cooperation and the New European Borders, Lahey, Kluwer Law International, 2002, syf. 151

¹¹³ aktaran Monica den Boer, agm. , syf. 151

¹¹⁴ C. De Valkeneer, age. , syf. 430

¹¹⁵ Rogall, JZ 1987, s. 484 vd. ‘dan aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 49

yöntemlerden ceza koğuşturması amacıyla yararlanılması söz konusudur.” Nitekim Özbek de¹¹⁶, aslında “ön alan” a ait olup ceza muhakemesi içine çekilen bu tedbirleri, birer “devşirme tedbir” olarak nitelemiştir.

3) “Soruşturma Tedbiri” Kavramı

CMK’nın 2. maddesine göre soruşturma: “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi” ifade ederken, kovuşturma ise: “İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade etmektedir.

CMK’da “araştırma” kavramı ise “Soruşturma İşlemleri” başlıklı ikinci bölümde 160. ve 161. maddelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu hükümlerden “araştırma”nın, Cumhuriyet savcısının “kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere” “delil ve bilgi” toplaması anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan “araştırma” muhakemenin hazırlık soruşturması evresiyle ilgili bir kavramdır. Oysa CMK’da özel soruşturma tedbirlerine “kovuşturma” aşamasında da başvurulabilmesi öngörülmüştür.

Yeni yasada hazırlık soruşturması yerine soruşturma, son soruşturma yerine kovuşturma terimlerini kullanmak yasakoyucunun tercihidir. Türk hukuk öğretisinde ise, CMK’daki “soruşturma” evresinin, “önsoruşturma” ya da “hazırlık soruşturması”, “kovuşturma” evresinin ise “son soruşturma” olarak ifade edilmesi geleneği devam etmektedir. Gerçekten öğretilde “soruşturma” kavramı halen muhakemenin bütün evrelerini kucaklayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple bu özel nitelikli tedbirleri “soruşturma” tedbiri olarak nitelendirmeyi uygun buluyoruz.

Özel soruşturma tedbirlerinin Belçika ve Hollanda’dan örnek vererek “yöntem(method)”, ya da “yetki” olarak da ifade edildiğinden söz ettik, öğretilde de bu nitelendirmeleri tercih eden yazarlar olduğunu gördük.

Bizce de, bu tedbirlerin hem birer yöntem, hem de birer yetki oldukları bir gerçektir. Bununla birlikte, öğretilde ceza muhakemesinde kesin hükümden önce

¹¹⁶ V. Ö. Özbek, agm., syf. 78

temel haklara müdahale niteliği taşıyan yetki ve yöntemleri ifade eden yerleşmiş bir kavram olduğundan çalışmamızda “*tedbir*” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

B) Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülen Özel Soruşturma Tedbirleri

1) Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

a) Türk Hukukunda

aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce

Hukumumuzda en kapsamsız ifadeyle “*telefon dinleme*” diye adlandırabileceğimiz özel soruşturma tedbirine ilişkin üç aşamadan söz edilebilir. Birinci aşama 4422 sayılı ÇASÖMK’nun yürürlüğe girişinden önceki telefon dinlemelere ilişkin doğrudan bir yasal dayanağın bulunmadığı dönemdir. Gerçekten bu dönemde telefonla yapılan haberleşmenin denetlenmesi konusunda tek açık düzenleme posta işletme rehberinin 4. maddesinde¹¹⁷ bulunmaktaydı. Bahsettiğimiz dönemde doktrinde, adli amaçlı telefon dinlemelerin 1412 sayılı CMUK’nın postada el koymaya ilişkin 91. maddesindeki “*sair mersule*” kavramının kıyas veya geliştirmeci yorum yoluyla uygulanarak yapılabileceği düşünülüyordu ve uygulamada da bu yola gidilmekteydi.

Tosun konuya ilişkin olarak¹¹⁸: “*Yasamızda bu konuda hüküm bulunmayınca, telefon konuşmalarının dinlenmesine evraka postada elkoyma hakkındaki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerekeceği kanısındayız.*” demekle birlikte konunun özel düzenlemeye muhtaç olduğunu ve Anayasa’ya aykırılık sorununun gündeme gelebileceğini daha 1984 yılında vurgulamıştır.

¹¹⁷ Telefon İşletme Rehberinin 4. Maddesi şu şekildeydi: “*Mahkeme kararı ve açık hallerde CMUK’un 92. maddesindeki kayıt ve şartlarla konuşmaların kim tarafından dinleneceği teşkilümüze yazılı olarak bildirilmek suretiyle C. Savcılarının verecekleri kararlar üzerine telefon konuşmaları sözü edilen ilgililer tarafından dinlenebilir. C. Savcıları tarafından verilmiş bu kararın Hakim tarafından tasdik edilmiş olup olmadığı araştırılır. Üç gün zarfında karar tasdik olunmadığı takdirde müteakip konuşmalar dinletilmez.*” Seydi Kaymaz, “Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefonla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, y. 1996, s. 4, syf. 796

¹¹⁸ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, syf. 911

Şen'e göre de¹¹⁹: “kıyas müessesesinin uygulanamayacağı yer sadece ceza hukukudur. Bu yasağı, ceza yargılaması hukukunu da kapsayacak biçimde düşünmek yerinde değildir. Elbette olması gereken, telefonların gizlice dinlenmesi hakkında kıyas müessesesine başvurmaya gerek bırakmayan özel düzenlemelere yer verilmesidir.” Yazar konuya ilişkin olarak: “...sadece belirli bir suç, fail veya failler hakkında, belirli zamanlarda ve telefon numaraları da gösterilmek suretiyle yapılacak dinlemeler sonucu elde edilecek kayıtlar yine hakim tarafından incelenmek kaydıyla hukuki açıdan mümkün sayılmaldır. Mektup ve belgelere postada elkoymayı düzenleyen 91. ve 92. maddelerin kıyaslanması yoluyla ulaşılan bu sonuç ilk bakışta hoş karşılanmasa bile, dinlemelerin Anayasaya uygun ve en azından belirli bir mevzuat çerçevesinde yapılması sağlanacaktır.” görüşünü savunmuştur. Yazarın önceki tarihli bir makalesinde¹²⁰ kıyas yoluyla uygulamaya daha katı yaklaştığını fakat daha sonra görüşünü değiştirdiğini belirtmeliyiz.

Buna karşılık Kaymaz'a göre¹²¹, 4422 sayılı yasadaki önceki dönemde mevcut yasal düzenleme bakımından telefonla yapılan haberleşmenin denetlenmesi için ne kıyas ne de geliştirmeci(genişletici) yorum yapılması mümkün değildi. Kaymaz bu görüşünü üç gerekçeye dayandırmaktaydı. İlk olarak Anayasanın 22. maddesinde düzenlenen “haberleşme özgürlüğünün” sınırlandırılması için “kanunda açık hüküm” bulunması gerekliliğinin öngörülmesiydi. İkinci olarak yazar, CMUK md. 91/I'deki “sair mersule” ibaresinin mektup kavramını genişletmek için esas alınabilirse de telgraf kavramını genişletmek için esas alınamayacağı görüşündeydi. Bu görüşe göre maddenin kaleme alınışında “mektuplar ve sair mersule ve telgrafların” şeklinde bir dizilişle “telgraf” sözcüğü “ve” bağlacından sonra kullanılarak böyle bir yorum yolu kapatılmıştı. Aksi takdirde maddede “mektup, telgraf ve sair mersule” şeklinde bir

¹¹⁹ Ersan Şen, “Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler”, İÜHFD, Prof Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999, syf. 732-733

¹²⁰ Yazar, ceza yargılaması hukukunda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin sağlanması için belli ölçüler içerisinde kıyası kabul etmekle beraber tutuklama benzeri kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlayan işlemlerde kıyas yoluna gidilemeyeceğinden söz etmekte ve şöyle devam etmektedir: “...bir suçun ortaya çıkarılması hali söz konusu olsa dahi, özel bir düzenleme olmadığı için adli makamların fiillerinin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı ve sayılmayacağı belirsizlik arzedecektir. Daha önemlisi 92/III. Maddeye göre “Cumhuriyet savcılarını kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar vesair posta mersulelerini açmaksızın derhal hakime tevdi etmek mecburiyetindedirler” hükmü karşımıza çıkacaktır,....Oysa suç takibi nedeniyle bir kişinin evini veya telefonunu dinleyen ya da görüntü tespiti yaptıran cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetinin o kişinin konuşmalarını dinlemeden ve görüntülerini seyretmeden hakime intikal ettirmeleri, hayatın akış şartlarına göre imkansız olacak ve bu halde elde edilen delilin hukuka aykırılığından söz edilecektir.” Ersan Şen, “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme” İstanbul Barosu Dergisi, y. 1993, s. 3, syf. 528

¹²¹ S. Kaymaz, agm. , syf. 797-799

düzenleme yapılmış olmalıydı. Yazarın bu konudaki üçüncü ve son gerekçesi de, ceza muhakemesinde kıyasın kural olarak serbest olduğu ancak istisnai hükümler ve sınırlayıcı hükümlerde kıyasın mümkün olamayacağı yönündeydi.

Bir başka görüşe göre ise, CMUK md. 91'in kıyas veya genişletici yorum yoluyla uygulanabileceği konusunda¹²²: *“Bu yorumlar yapılırken, gerektiği hallerde telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydedilmesi ihtiyacından hareketle, tüm bu maddelerin “telefon” veya “telefon görüşmeleri” terimlerini içermedikleri hususuna dikkat edilmemiş ve maddelerde bu terimlere kasten yer verilmemiş olması olasılığı bulunduğu halde, bunun üzerinde durulmamıştır. Oysa CMUK’undan önce yürürlüğe giren TCK’nda....195 ve 200. maddelerde “telefon” ve “telefon mükamelatı” terimleri açıkça kullanıldığı halde, Kanun Koyucu CMUK’nun yorum konusu yapılan maddelerinde bu terimlere yer vermemiştir.”*

Bize göre de 4422 sayılı yasanın yürürlüğe girişinden önce Türk hukunda yasal olarak telefonların dinlenmesi mümkün değildi. Geçmişte, bazı yazarların, uygulamada başvurulduğu bilinen ve haberleşme hürriyetine ağır bir müdahale olan böyle bir tedbire en azından eldeki mevcut yasal düzenlemeler içerisinde bir dayanak bulmak ve böylece bu tedbiri asgari bir takım güvencelerle donatmak yönündeki çabalarını anlamakla birlikte yine de böyle bir çabanın orta ve uzun vadede bir hukuk devletinde yarardan, çok zarar getireceği kanaatindeyiz. Her ne kadar geçmişte kalmış bir tartışma da olsa, bu gerçeği vurgulamak gerektiği kanısındayız. Konuya ilişkin olarak şu görüşe katılmamak mümkün değil¹²³: *“Hukukçunun görevinin çözüm üretmek olduğu ve hukuk kurallarını günün koşullarına göre yorumlamak olduğu şeklindeki görüşlere katılmakla beraber, hukukçunun görevinin yasakoyucunun yerine geçerek, yoruma elverişli olmayan bir hükmü temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı şekilde bir yoruma tutmak olmadığı kanatindeyiz. Bu şekilde bir yorum, yeni bir yasa hükmü yaratmak anlamına gelebileceği gibi, ayrıca bu şekil bir düşüncenin kabulü tehlikeli sonuçlara da neden olabilir.”*

¹²² Yüksel Ersoy, “Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, syf. 318

¹²³ S. Kaymaz, agm. , syf. 800

bb) Önleyici Amaçla

Hukumumuzda önleyici amaçlı olarak başvurulacak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti tedbiri ise, 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı “*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”¹²⁴ ile yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Bu kanunla, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun ek 7. maddesine bazı fıkralar eklenirken, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’na EK MADDE 5 eklenmiş, ve yine 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesinde de bir takım değişikliklere gidilmiş ve maddeye bazı eklemeler yapılmıştır.

Önleyici amaçlı olduğu için çalışmamızın doğrudan konusu kapsamında olmamasına rağmen bu yasayla getirilen düzenlemeyi kısaca açıklamakta yarar görüyoruz. Bu yasa kapsamında PVSK’ye göre, “*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 inci maddesinin birinci fıkrasının (a),(b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla*” telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilecek, dinlenebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir. Burada sözü edilen suçlar, DGM’lerin kaldırılmasından sonra, bunların yerini alan özel ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardır. Aynı suçların önlenmesi amacıyla JTGYK’ye göre Jandarma da “*sadece kendi sorumluluk alanında*” bu tedbire başvurabilecektir. DİHMİT Kanununa göre ise “*Anayasanın 2 inci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak*” söz konusu tedbire başvurabilecektir.

Tedbire başvurulabilmesi için hakim kararı aranmakla birlikte, “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” tedbire Emniyet tarafından başvurulacaksa, “*Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle*” , tedbire Jandarma tarafından başvurulacaksa “*Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle*”, tedbire MİT tarafından başvurulacaksa “*MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle*” söz konusu tedbir uygulamaya konulabilir. Ancak bu

¹²⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5397.html>

gibi hallerde verilen yazılı emrin 24 saat içinde “*yetkili ve görevli hakimın onayına sunulması*” gerekir. Hakim de kararını en geç 24 saat içinde verir. Böylece “*yazılı emir*”in verildiği andan itibaren en geç 48 saat içinde tedbir kararı hakim onayına bağlanacaktır. Sürenin dolması veya hakimın kararı onaylamaması durumunda tedbir “*derhal*” kaldırılacak ve bu süre içerisinde elde edilen kayıtlar en geç 10 gün içerisinde yok edilecek ve bu durum denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilecek bir tutanakla tespit edilecektir.

cc) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda

5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasına göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine: “*Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), kasten öldürme (madde 81, 82, 83), işkence (madde 94, 95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), parada sahtecilik (madde 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), fuhuş (madde 227, fıkra 3), ihaleye fesat karıştırma (madde 235), rüşvet (madde 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları ile Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, Bankalar Kanununun 22 inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarından tanımlanan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.*”la ilgili olarak başvurulabilir.

CMK md. 135'in birinci fıkrasında “*telekomünikasyon yoluyla iletişimin*”, “*tespiti*”, “*dinlenmesi*”, “*kayda alınması*” ve “*sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*”den söz edildiğini görüyoruz. Bu aşamada öncelikle “*telekomünikasyon yoluyla iletişim*”in ne olduğu sorusu akla gelir. ÇASÖMK'unda “*telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntüler, veya sesler ve diğer nitelikte bilgiler*”in dinlenebileceği şeklinde bir

düzenlemeyle bir anlamda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tanımı verilmişti. Yeni CMK’da ise “*telekomünikasyon yoluyla iletişim*”in bir tanımı verilmemiştir. Ancak maddenin gerekçesinde¹²⁵ ÇASÖMK’na benzer bir biçimde: “*kişiler arasında cereyan eden telefon muhaverelerinin(karşılıklı konuşmaların) dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri, veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlar*” şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

135/1’de “*telekomünikasyon yoluyla iletişim*”in “*tespiti*”, “*dinlenmesi*”, “*kayda alınması*” ve “*sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*” olmak üzere söz edilen dört yöntemle ilgili maddenin gerekçesinde bir açıklık bulunmamakla birlikte TBMM Adalet Komisyonu Raporu’nda¹²⁶ bu konuda bir açıklama mevcuttur. Kaldı ki kanunkoyucunun abesle iştiğal etmeyeceğinden hareketle bu dört kavramla dört ayrı yöntemin ifade edildiğini düşünüyoruz. Gerçekten iletişimin, “*dinlenmesi*” ile telekomünikasyon araçlarıyla sesli olarak yapılan her türlü iletişimin kulakla algılanarak duyulması anlaşılmalıdır. Şüphesiz böyle bir sesli iletişim sabit, mobil veya ankesörlü telefonlarla yapılabileceği gibi, telsizle, veya internetteki sohbet programlarında mikrofon yoluyla, sesli olarak yapılan iletişim de bu kapsamda değerlendirilebilir. İletişimin “*kayda alınması*” ile kastedilen, telekomünikasyon yoluyla yapılan her türlü iletişim içeriklerinin yazılarak veya banda alınarak veya başka bir surette¹²⁷ muhafaza edilmesidir. İletişimin “*tespiti*”i ile ise iletişimin içeriği dışında kalan ve resmi veya özel iletişim kuruluşlarının tuttıkları, görüşülen numaralar, görüşme zamanı, yeri, süresi gibi verilere ilişkin kayıtlar kastedilmektedir. “*Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*” ise maddenin dördüncü fıkrası kapsamında ele alınan “*şüphelinin veya sanığın yerinin tespiti*” amacıyla başvuru olan bir yöntem olarak değerlendirilmelidir.

¹²⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>

¹²⁶ “*İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu, husularının tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.*” Ceza Muhakemesi Kanunu, Av. Celal Ülgen (Derleyen ve Yayına Hazırlayan), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ocak 2005, syf. 215

¹²⁷ Nitekim ÇASÖMK zamanında Uygulama Yönetmeliği md. 11/3’te, kayda almanın öncelikle büyük veri taşıyıcısıyla yapılacağı daha sonra özel hayatı ilgilendiren kısımların ayıklanıp suça ve suçluyla ilişkin kalan içeriğin ayrı bir veri taşıyıcısına kayıt veya tutanağa geçirmek suretiyle ya da her iki yöntem birlikte uygulanarak gerçekleştirileceğinden söz edilmektedir. Hasan Köroğlu, Örgütlü Suçluluk, Seçkin, Ankara, 2001, syf. 410

Yeni CMK'daki düzenleme, 4422 sayılı yasa zamanında tartışma konusu olan bir hususa da açıklık getirmiştir. CMK 135. maddeye göre, “*iletişimin tespiti*” ve “*iletişimin kayda alınması*” farklı kavramlardır. 4422 sayılı kanun açıkça “*iletişimin kayda alınmasından*” söz etmemekteydi. Bazı yazarlar¹²⁸ “*dinleme ve tespit*”in “*kayda almayı*” içerip içermediğinin anlaşılamadığını söylerken; diğer bazı yazarlar¹²⁹ ise “*tespit edilebilir*” ifadesinin, iletişimin kaydedilmesini de içerdiğini, ayrıca ÇASÖMK Uygulama Yönetmeliği'nin 11/1 maddesinin dinlemenin “*iletişimin kayda alınması suretiyle*” yapılacağını belirterek konuya açıklık getirdiğini ve bunun mümkün olduğunu savunmaktaydı.

5271 sayılı CMK 135/6, “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler*”in ancak aynı fıkrada dört bent halinde sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceğinden söz etmektedir. Buradan, “*tespit*”e ilişkin hükümlere maddede katalog halinde sayılmayan suçlarla ilgili olarak da başvurulabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır ki, bunun özel soruşturma tedbirlerinin doğasına aykırı ve 135. maddenin ilk fıkrasıyla uyumsuz olmasının yanısıra, haberleşme hürriyeti için de sakıncalı olduğu açıktır. Gerekçede de bu konuda bir açıklık yoktur, bu durum yasakoyucunun özensizliğinden kaynaklanmışsa, zaman kaybedilmeden düzeltilmesi yerinde olacaktır.

135. maddenin dördüncü fıkrasında, “*şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespit edilebileceği*”nden söz edilmektedir. Görüldüğü gibi bu fıkra aslında özel soruşturma tedbirlerinin doğası dışında başlı başına ayrı bir düzenlemedir diyebiliriz. Çünkü buradaki amaç klasik koruma tedbirlerinin amaçlarıyla aynıdır. Burada “*yakalama*” koruma tedbirinin gerçekleştirilebilmesi bakımından adeta bir ön basamak olan ve dolayısıyla amacı klasik koruma tedbirlerinden biri olan yakalama koruma tedbiriyle aynı olan bir tedbirden söz ediyoruz. Bir başka deyişle buradaki amaç “*delil elde etmek*” değil, “*şüpheli veya sanığı elde etmek*”tir. Dördüncü fıkra kapsamında tedbire gecikmesinde sakınca bulunması durumunda Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilmesi halinde hakim onayının aranmaması da, maddenin genel düzenlemesinden farklıdır ve aynı zamanda özel soruşturma tedbirlerinin uygulanmasında temel ilkelere olan hakim

¹²⁸ B.Öztürk/ V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 657-658

¹²⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 104

güvencesiyle bağdaşmamaktadır. Buradan da, 135/4 ile yasakoyucunun “*yer tespit etme*” işlemine ilişkin özel bir hüküm getirmek istediği anlaşılmaktadır.

Ancak dördüncü fıkradaki düzenleme bakımından temel sorun, “*yer tespit*” etme işleminin “*sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*” yoluyla yapılacağından cihetle, 135. maddenin ilk fıkrasındaki yer alan tedbirlerin uygulanma koşullarının 135/4 bakımından nasıl yorumlanacağı noktasındadır. 135/1’e göre, “*sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*” için de, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması için olduğu gibi, “*suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” yanında “*başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması*” koşulunun da arandığını biliyoruz. Özellikle bu koşulun, yakalama amacıyla yer tespit işlemiyle nasıl bağdaşacağı soru işaretidir. Bu koşulun, tedbirlerin uygulanma koşullarını anlatırken daha sonra ayrıntılı olarak anlatacağımız üzere, “*ikinci derecede uygulanabilirlik*”(subsidiarité) ilkesini yani tedbirlere “*ultima ratio*”(son çare) olarak başvurulabileceğini ifade ettiğinden hareketle, yakalama amacıyla “*yer tespit*” işlemine de ancak başka bir yolla yakalamanın gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması halinde başvurulabileceği şeklinde yorumlanması, şu an için bize en doğru çözüm olarak gözükmektedir. Kanımızca bu tedbir aynı bölümde 136. ve 137. maddelere benzer şekilde başka bir madde numarası ve kenarbaşıyla düzenlense daha iyi olurdu.

b) Karşılaştırmalı Hukukta

Yabancı hukuklarda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçlar çoğunlukla kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Örneğin İtalya’da¹³⁰, bu tedbire yalnızca İtalyan CMK’nın 266. maddesinde sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili olarak başvurulabilir. Belçika’da¹³¹ da, 30 Temmuz 1994 tarihinde kabul edilen ve 3 Şubat 1995 tarihinde yürürlüğe giren “*Telekomünikasyonun ve iletişimin dinlenilmesi, öğrenilmesi ve kayda alınmasına karşı özel hayatın korunmasına ilişkin yasa*”ya göre¹³², kanunda sınırlı olarak sayılmış ağır suçlara ilişkin olarak, tedbire başvurulabilir. Buna karşılık suçların tek tek sayılması yani katalog yöntemini değil, “*asgari ceza eşiği*” ölçütünü benimseyen

¹³⁰ Mireille Delmas-Marty, Procédures Pénales d’Europe, Paris, Puf, Kasım 1995, syf. 321-322

¹³¹ D. Vandermeersch, “Les modifications en matière de repérage et d’écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 Juin 1998”, RDPC, Aralık 1998, syf 1061

¹³² M. Delmas-Marty, age. , syf. 200

Fransa'da¹³³ bu tedbire, ancak 2 yıl veya 2 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler veya cünhalar için başvurulabilir. İsviçre'de¹³⁴ de iletişimin denetlenmesi ve teknik izleme tedbirlerine başvurmak için suçun belli bir ağırlıkta olması gerekir.

Almanya'da bu tedbir ilk olarak 1968 yılında Alman CMK'da yapılan değişiklikle yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Alman CMK'nın ilgili maddeleri yürürlüğe girdiklerinden bu yana en önemlileri 1989 ve 1992 yıllarında olmak üzere birçok değişikliğe uğramıştır¹³⁵. Alman CMK'nın 100a maddesine göre¹³⁶, tedbire esas olarak kanunda sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili ve bastırıcı amaçla başvurulabilir. Bununla birlikte maddedeki “*başka bir suç işleyerek bu suçları hazırladığı*” ibaresine göre, bir suç kanunda sınırlı olarak sayılan suçların hazırlık hareketi niteliği taşıyorsa, bu suçlarla ilgili de tedbire başvurulabilecektir. Bu durumda tedbire, bir yandan kanunda sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili olarak önleyici amaçla başvurulmuş olacak, diğer taraftan bu suçun hazırlık hareketi niteliğinde olan işlenmiş suçla ilgili olarak adeta suç kataloğu genişleyecek ve bu suç bakımından tedbir bastırıcı bir nitelik taşıyacaktır. Almanya'da haberleşmenin dinlenmesi veya banda kaydedilmesi tedbirin kapsamındadır¹³⁷.

ABD'de de, “*electronic surveillance*” olarak yani “*elektronik izleme*” olarak anılan bu tedbir, federal düzeyde bu alanda bir birlik sağlamak için¹³⁸ 1968 tarihli “*Omnibus Crime Control And Safe Streets Act*” adlı yasanın III. başlığında düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu ülkede tedbirin yasal düzenlemeye kavuşması Almanya ile eş zamanlıdır ve oldukça eski bir tarihtir. ABD'de hakkında tedbir uygulanabilecek suçlar¹³⁹: “*...casusluk, rüşvet, yasadışı patlayıcı madde kullanımı, vergi kaçırma, kumarla ilgili suçlar, borç ve alacak işlemleriyle ilgili suçlar, adaleti engelleme, adam kaçırma, devlet görevlilerinin öldürülmesi, fidye için adam öldürme, RICO, karapara aklama, zimmet, posta, telefon ya da bir finans kurumu aracılığı ile dolandırıcılık, müstehcenlik, çocuklara cinsel taciz, rehin alma,*

¹³³ Philippe Conte/Patrick Maistre du Chambon, Procédure Pénale, Paris, Armand Collin, 2002, syf. 263

¹³⁴ Thomas Legler, Vie privée, image volée, Stämpfli Editions SA, Berne, 1997, syf. 216

¹³⁵ M. R. Erdem, age. , syf. 100

¹³⁶ Yener Ünver, “Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, 1998, syf. 444

¹³⁷ F. Yenisey, agb. , syf. 119

¹³⁸ H. Abadinsky, age. , syf. 345

¹³⁹ Lawrence D. Finder, “Amerika Birleşik Devletlerinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele”, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, syf. 112

uçakların ve ilgili binaların tahrip edilmesi suçları, federal memurlara yapılan tehditle ilgili suçlar, nükleer maddelerle ilgili suçlar, biyolojik silahlarla ilgili suçlar, kalpazanlık, uyuşturucu kaçakçılığı ve yukarıdakileri gerçekleştirmek amacıyla gizli plan yapmak.” gibi ağır suçlardır.

İngiltere’de¹⁴⁰, “*telefon dinleme*” tedbiri, 1985 tarihli “*Interception of Communication Act*” yani iletişimin denetlenmesi yasasıyla düzenlenmiştir. Yalnızca, ulusal güvenliğin tehlikede olması halinde, üç yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren, şiddet içeren, önemli finansal çıkarları tehlikeye sokan ya da ortak bir amaca yönelik olarak çok sayıda insan tarafından işlenen suçları önlemek amacıyla ya da ülkenin ekonomik güvenliğinin tehlikede olması halinde bu tedbire başvurulabilir. Görüldüğü gibi İngiltere’de tedbir önleyici amaçlı dinlemeleri de kapsamaktadır.

Fransa’da ise 10 Temmuz 1991 tarihli yasayla getirilen adli amaçlı dinlemeler Ceza Usul Kanunu’nun 100 ile 100-7 maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁴¹. Tedbir, hile veya aldatmaca olmaksızın, telekomünikasyon yoluyla yapılan her türlü iletişimin tutulmasını, banda kaydedilmesini ve yazıya dökülmesini kapsamaktadır¹⁴². Gerçekten bu ülkede yıllardan beridir, 4422 sayılı yasadan önce ülkemizde süregelen uygulamaya benzer şekilde yasal düzenlemeden yoksun, keyfiliğe ve kötüye kullanmaya müsait idari ve adli amaçlı telefon dinlemeler yapılmaktaydı. Öyle ki bu dönemde Fransız Yargıtayı, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81. maddesini buna dayanak yapmaktaydı. Bu keyfi uygulama yüzünden Fransa’nın İHAM önünde son bölümde ayrıntılı değineceğimiz Kruslin ve Huvig davasında 1990 yılında mahkum olmasından kısa bir süre sonra nihayet hem idari, hem de adli amaçlı dinlemelerle ilgili yasal düzenleme yapılmıştır¹⁴³.

İsveç’de¹⁴⁴, Adli Usul Kanunu’na göre hazırlık soruşturmasında telefon dinleme tedbirine bastırıcı amaçla başvurulabilir. Belirli birtakım ağır suçları

¹⁴⁰ M. Delmas-Marty, age. , syf. 153

¹⁴¹ Jean Pradel, Manuel de Procédure Pénale, Cujas, Paris, 2002, syf. 398; Konuyla ilgili ayrıca bkz. Gaston Stefani/ Georges Levasseur/ Bernard Bouloc, Procédure Pénale, Paris, Dalloz, 1996 syf. 537-539; Jacques Georgel, Les libertés de communication, Dalloz, Paris, 1996, syf. 85; Mireille Delmas-Marty, age. , syf. 255

¹⁴² P. Conte/P. M. du Chambon, age. , syf. 264

¹⁴³ P. Conte/P. M. du Chambon, ibid. , syf. 263

¹⁴⁴ Dennis Töllborg, “Undercover In Sweden: The Swedish Security Police and Their Modi Operandi”, Undercover Police Surveillance In Comparative Perspective, Cyrille Fijnaut/ Gary T. Marx (editörler), 1995, Kluwer Law International, The Hague, syf. 255

işlediğinden şüphelenilen kişilerle ilgili olarak bu tedbire başvurulabilir. Şüphelinin kendi telefonu ya da makul gerekçelerle şüpheli tarafından kullanıldığına inanılan telefona ilişkin olarak tedbir uygulanabilir. Telekom idaresinden belli bir telefona gelen ve telefondan yapılan aramalara ilişkin bilgilerin istenmesine ilişkin tedbirin ise, özel hayata daha hafif bir müdahale niteliği taşıdığı düşünülerek ağır olmayan suçlara ilişkin olarak da uygulanabilmesi öngörülmüştür. Romanya’da¹⁴⁵ da 1996 tarihli 141 sayılı yasayla, Ceza Usul Kanunu’nun 91. maddesiyle savcının gerekçeli olarak vereceği onayla iletişimin bant kaydına alınması delil olarak kabul edilmiştir. Bu ülkede hem önleyici, hem de bastııcı amaçla tedbirin uygulanması mümkündür.

Bazı ülkelerde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiriyle teknik araçlarla izleme tedbiri birlikte düzenlenmiştir. Gerçekten örneğin ABD’de “*elektronik izleme*” tedbiri, hem telefonların dinlenmesini(wire-tapping), hem de “*bug*” yani böcek denen, ses kaydedici elektronik dinleme aygıtlarıyla yapılan sözlü iletişimin denetlenmesini de kapsamaktadır¹⁴⁶. Böcek denilen akustik araçların kullanılması bizim hukukumuzda “*Teknik araçlarla izleme tedbiri*”nin kapsamına girmektedir. Ayrıca cep telefonları ve elektronik posta gibi teknolojik gelişmelere paralel olarak ABD’de 1987 yılında, “*Electronic Communications Privacy Act*” yasası ile “*tel iletişimi(wire communications)*” ve “*sözlü iletişimin(oral communications)*” yanında üçüncü bir kategori olarak “*elektronik iletişim*”in denetlenmesine de imkan tanınmıştır¹⁴⁷. Yasada¹⁴⁸, elektronik iletişim: “*ulusal veya uluslararası ticareti etkileyen tamamen veya kısmen, tel, radyo, elektromanyetik, foto elektronik ya da foto optikal sistemlerle yayılan işaretlerin, simgelerin, yazıların, görüntülerin, seslerin, verilerin ya da başka özellikte bilgilerin her türlü aktarımı*” olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde Belçika’da, 6 Ocak 2003 tarihli yasa, “*iletişimin doğrudan dinlenmesi*” tedbirine de yer vererek böcek denilen teknik araçlarla yapılan akustik izlemeyi de kapsamına alan bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeyle Belçika yasakoyucusu, teknik araçların yerleştirilmesinin özel bir yere önceden girilmesini gerektirdiği hallere açıkça izin vererek 1995 tarihli yasanın düzenlemesini tamamlamayı istemiştir. Bu tedbir kapsamında, bir konutta veya özel bir yerde, dinlenen ilgilinin, konut sahibinin ya da diğer hak sahiplerinin haberleri ya da rızaları olmaksızın, teknik araçlar yardımıyla iletişimi ya da telekomünikasyonu

¹⁴⁵ Rodica Stanoiu, “Roumanie”, International Review of Penal Law, y. 1999, s. 70, c. 1-2, syf. 626

¹⁴⁶ Dennis Hoffman, Criminal Justice, IDG Books, 2000, syf. 92

¹⁴⁷ H. Abadinsky, age. , syf. 347

¹⁴⁸ R. J. Bacigal, age. , syf. 218

dinlenebilir, tespit edilebilir, ya da doğrudan kayda alınabilir¹⁴⁹. Yine İsviçre’de¹⁵⁰ hem bastırıcı hem önleyici amaçlı olarak başvurulabilen, “*iletişimin denetlenmesi*” ve “*teknik araçlarla izleme*” tedbirleri bir arada Ceza Muhakemesi Kanununun 179octies maddesinde düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği’nde de 7.2.1992 tarihinde imzalanarak 1.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği(Maastricht) Antlaşması’na göre, üçüncü sütun kapsamında adalet ve içişlerinde işbirliği ortak yarar esasına göre özellikle terör, uyuşturucu madde ticareti ve organize suçluluğun diğer şekilleriyle mücadeleyle ilgili olarak yürütülmektedir. 2.10.1997 tarihinde kabul edilerek, 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması’nda ise işbirliğinin kapsamı daha da genişletilmiş ve bu suçların unsurlarına ve cezalarına ilişkin minumum kurallar saptanarak bu kurallara uyulmasının sağlanması ve organize suçlulukla mücadele için özel araştırma tekniklerinin değerlendirilmesi konuları üzerinde durulmuştur¹⁵¹. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi’nin 1997 tarihinde kabul ettiği organize suçluluğa karşı eylem planı hakkında kararı kapsamında organize suçluluğun önlenmesi amacıyla başvuru özel soruşturma tedbirleri bakımından özellikle telekomünikasyon ve elektronik iletişim araçları hakkında ortak stratejiler belirlenmesi, gizli soruşturmacı ve tanıkların korunması tedbirleri üzerine de yoğunlaşılması ve ortak karma soruşturmacı grupların oluşturulması öngörülmüştür. Bunun dışında, üye devletlerin delilleri karşılıklı olarak elde edebilmesi ve kullanılabilmesi bakımından, bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin sorunların derinlemesine incelenmesi ve kötüye kullanmaların önlenmesi bakımından hukuk devleti ilkesine uygun olarak etkili denetim yollarının yaratılması ve tedbirlere başvurulmasına ilişkin sınırları belirleyen ortak bir eylem planı oluşturulması kararlaştırılmıştır¹⁵².

¹⁴⁹ M. De Rue, agm., syf. 1115

¹⁵⁰ T. Legler, age. , syf. 213-216

¹⁵¹ V. S. Evik, age. , syf. 69-70

¹⁵² V. S. Evik, ibid. , syf. 75-76

2) Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

a) Türk Hukukunda

aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce

Bu tedbir hukukumuzda ilk olarak 4422 sayılı ÇASÖMK'nun "*Gizli görevli kullanılması*" kenarbaşlıklı 5. maddesiyle yasal dayanağa kavuşmuştur. Bununla birlikte bu yasal düzenlemeden önce de ülkemizde uygulamada özellikle terörle mücadele amacıyla gizli ajan görevlendirildiğinden söz edilmektedir¹⁵³. Gerçekten de Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin "*Suçların Öğrenilmesinde Diğer Kaynaklardan Yararlanma*" başlığını taşıyan 84. maddesinde suçların jandarma tarafından öğrenilmesinin, "*...istihbarat teknikleri çerçevesinde yapılan çalışmalar ve ajan, muhbir veya mutemet olarak nitelenen kimselerden*" gizli haber elde edilmesiyle olacağından söz edilmektedir¹⁵⁴.

bb) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda

Bugün için hukukumuzda "*Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*"¹⁵⁵ tedbiri 5271 sayılı CMK'nın 139. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle ilgili olarak ilk göze çarpan, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin, tedbire başvurulabilecek suçlar bakımından suç kataloğu en dar şekilde düzenlenmiş özel soruşturma tedbiri olduğudur. Kanımızca, maddede sayılan suçların kapsamı geniş tutulsaydı, temel hak ve özgürlükler bakımından son derece sakıncalı bir düzenleme ortaya çıkabilirdi. Gerçekten, CMK 139/son'a göre yalnızca , "*a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315). b) Ateşli Silahlar*

¹⁵³ Hamide Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul, Beta, 1999, syf. 221

¹⁵⁴ V. Ö. Özbek, age. , syf. 18

¹⁵⁵ Bu tedbir kontrollü teslimat ve benzeri tekniklerle karıştırılmamalıdır. Bu tedbirle, uzunca bir süre için bir suç örgütü içerisine sızılarak bilgi toplanılması amaçlanmaktadır. Diğer tekniklerden farklı olarak burada belli bir muamelenin yapılması öngörülmediği için amaç daha belirsizdir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin benzer tekniklerle farkıyla ayrıntılı bilgi için bkz. C. De Valkeneer, age. syf. 39-41; Genel olarak ve Türk hukukunda kontrollü teslimatla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Kocasakal, Karapara Aklama Suçu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2000, syf. 458-467

ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.” ile ilgili olarak bu tedbire başvurulabilecektir.

Maddede “gizli soruşturmacı”nın tanımının verilmediğini görüyoruz. Bununla beraber, birinci fıkraya göre “gizli soruşturmacı” bir kamu görevlisi olacaktır. Kamu görevlisi 5237 sayılı TCK’nın “Tanımlar” kenar başlıklı 6. maddesinin ilk fıkrasının c bendinde: “...kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, hukumuzda gizli soruşturmacının polis olması şart değildir. Söz konusu düzenlemelerden, bu kişinin bir MİT görevlisi, bir asker ya da belirli bir süre için görevlendirilmiş herhangi bir kişi dahi olabileceği sonucu çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise gizli soruşturmacının polis memuru olması kural, olmaması istisnadır. Örneğin Belçika’da¹⁵⁶ ilgili yasanın hazırlık çalışmalarından anlaşıldığı üzere, ancak bu amaçla özel olarak yetiştirilmiş polis memurları gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bununla birlikte soruşturmanın amacına ulaşabilmesi bakımından mutlak biçimde zorunluysa polis olmayan kişiler de bu amaçla kısa bir süreliğine “infiltrant” yani gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Hollanda’da da kural olarak gizli soruşturmacılar polis memuru olmalıdır. Ancak, soruşturulan kişilerle aynı uyruktan olması amacıyla, bazen yabancıların da gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi mümkündür. Ayrıca ağır suçlarla ilgili olarak polis olmayan kişilerin de, savcının görevin bir polis memuru tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı kanısına varması koşuluyla gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi mümkündür¹⁵⁷.

Bu madde anlamında gizli soruşturmacı; bilgi veren, güvenilir adam, yeraltı ajanı(undercover agent), ajan provokatör(kışkırtıcı ajan) gibi benzer kavramlarla karıştırılmamalıdır. Gerçekten Amerikan hukukunda informant(bilgi veren)¹⁵⁸, “Bir suçla ilgili bilgi veren ama şikayetçi, tanık ya da mağdur olmayan herhangi bir kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu kişiler seyyar satıcı, ayakkabı boyacısı, garson gibi sıradan vatandaşlar ya da suçlular olabilir. Genellikle bu kişilerin belli bir menfaat karşılığında tanıklık yaptıkları söylenmektedir. Bu bağlamda yeraltı ajanı yerine,

¹⁵⁶ M. De Rue, agm. , syf. 1110-1111

¹⁵⁷ C. De Valkeneer, age. , syf. 377

¹⁵⁸ M. D. Lyman/G. W. Potter, age. , syf. 495

suçlu çevreden geldikleri için daha kolayca kabul edilebilen informantların, suç grubuna sızdırılması uygulamasına rastlanır. Böyle bir durumda, bilgi verenin münferit durumlarda, güvenilir adamın sürekli olarak kullanıldığından hareketle artık “bilgi veren” den değil, “güvenilir adam” dan söz edilmesi gerekir. Güvenilir adam polis değildir; örgüt üyesi olabileceği gibi çok farklı meslek gruplarından bir kişi de olabilir¹⁵⁹. Amerikan hukuku kaynaklı “yeraltı ajan”ın ise gizli soruşturmacıdan temel farkı, somut bir soruşturma emri olmaksızın, adeta ava çıkar gibi suç ortamına sızması ve orada gerektiğinde suç işleyebilmesidir¹⁶⁰. Kışkırtıcı ajan ise kısaca¹⁶¹, “bir kişiyi başka türlü işlemeyecek olduğu bir suçu işlemesi için kandıran ve daha sonra bu kişiyi bu suçla ilgili olarak ele veren” kişi olarak tanımlanabilir. Aslında “kışkırtıcı”nın kamu görevlisi olması halinde “kışkırtıcı ajan”dan söz etmek daha doğrudur, oysa bu tanım özel nedenlerle hareket edenleri de kapsar niteliktedir¹⁶².

139. maddesinin dördüncü fıkrasında gizli soruşturmacının görevi düzenlenmiştir. Bu hükme göre soruşturmacı faaliyetini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunacak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplayacaktır. Hükümün, ÇASÖMK’ndaki gibi “örgütün içine sızmak”tan değil yalnızca “örgütün faaliyetinin izlenmesi”nden söz etmesi bize göre bir eksiklikler çünkü tedbirin doğası gereği soruşturmacının bu görevleri örgütün içine sızmaksızın yerine getiremeyeceği kuşkusuzdur.

b) Karşılaştırmalı Hukukta

Almanya’da¹⁶³, 1992 değişikliğiyle CMK’ya eklenen 110a ila 100e maddeleri arasında düzenlenen “gizli ajan” görevlendirilmesi tedbirine kanunda sınırlı olarak sayılan¹⁶⁴, “Yasa dışı uyuşturucu madde veya silah trafiği, para veya değerli kağıt sahteciliği suçları, devlet güvenliğini ilgilendiren suçlar, meslek veya alışkanlık haline getirilmiş olarak işlenen suçlar, bir çete bünyesinde veya başka bir şekilde organize edilerek işlenen suçlar”la ilgili olarak başvurulabilir.

¹⁵⁹ V. Ö. Özbek, age. , syf. 32-33

¹⁶⁰ V. Ö. Özbek, ibid. , syf. 45

¹⁶¹ Michael Levi, “Covert Policing and the Investigation of ‘Organized Fraud’: The English Experience in International Context”, Undercover Police Surveillance In Comparative Perspective, Cyrille Fijnaut/ Gary T. Marx (editörler), Kluwer Law International, The Hague, 1995, syf. 196

¹⁶² Faruk Erem, “İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması”, Onar Armağanı, İstanbul, 1977, syf. 271

¹⁶³ M. R. Erdem, age. , syf. 92

¹⁶⁴ F. Yenisey, agb. , syf. 126

Belçika’da 6 Ocak 2003 tarihli yasayla düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, “*infiltration*” yani “*örgüt içine sızma*” olarak ifade edilmiştir. Bu yasal düzenlemeden önce Belçika’da gizli soruşturmacı¹⁶⁵, Belçika İçişleri Bakanlığı’nın 1990 tarihli genelgesine dayanılarak görevlendirilmekteydi. Belçika hukukunda bu tedbire sadece belli ağırlıktaki suçlar bakımından başvurulabilir. Bu suçlar, Belçika Ceza Kanunu’nun 324bis maddesinde düzenlenen “*bir suç örgütü çerçevesinde işlenen suçlar*” ile, “*iletişimin denetlenmesi ve tespiti*” tedbirine başvurulabilecek suçlardır. Tedbirin tanımındaki “*suç işlediği veya işleyeceğine dair*” ifadesinden önleyici(proactive) amaçla da tedbire başvurulabileceği sonucu çıkmaktadır. Yasada gizli soruşturmacının, sadece sızdığı grupla temas kurmakla kalmayıp, bu teması devam da ettireceğinden söz edilmektedir. Sadece bir kerelik temaslar, bu bakımdan tedbirin kapsamı dışındadır¹⁶⁶.

Hollanda’da¹⁶⁷ da, 27 Mayıs 1999 tarihli yasadan önce bu tedbire ilişkin yasal dayanak yoktu. Bu konudaki hukuki kaynaklar, savcılık genelgeleri, mahkeme içtihatları ve öğretilerden ibaretti. Örtülü tekniklere(les techniques sous-couvertures) ilişkin olarak Hollanda Savcılık Teşkilatı birincisi 1985, ikincisi 1992 tarihli olmak üzere operasyonların tabi olacağı koşulları düzenleyen iki genelge kaleme aldı. Bu iki genelgede, esas olarak, Belçika İçişleri Bakanlığı’nın çıkardığı Nisan 1990 tarihli genelgedekine benzer ilkelere yer veriliyordu. Bununla birlikte, Hollanda’daki genelgeler yayımlanmış oldukları için, mahkemelerce biliniyordu.

Bu ülkede, 27 Mayıs 1999 tarihli “*özel araştırma yetkilerini*” düzenleyen yasaya göre, “*infiltration*” yani “*örgüt içine sızma*” olarak ifade edilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri hem “*ağır suçlar*”a, hem de “*organize suçluluğa*” ilişkin olarak öngörülmüştür. Kanuna göre, “*Ceza Muhakemesi Kanunu 67/1’de öngürülen doğası veya şüpheli tarafından işlenmiş başka suçlarla olan bağlantısı yüzünden kamu düzenine ciddi şekilde zarar veren*” ağır bir suçla ilgili olarak bu tedbire başvurulabilir. Bu tedbir kapsamında gizli soruşturmacı, makul olarak içinde suçların işlendiği veya hazırlandığı varsayılabilecek bir gruba katılacak ya da bu gruptan kişilerle işbirliğine girişecektir¹⁶⁸. Tedbire “*organize bir çerçevede*

¹⁶⁵ Rambach, in: Besondere Ermittlungsmaßnahmen, s. 43 vd. aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 93

¹⁶⁶ M. De Rue, agm. , syf. 1110-1111

¹⁶⁷ C. De Valkeneer, age. , syf. 346-347

¹⁶⁸ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 365

işlenen veya doğaları ya da organize bir çerçevede işlenen başka suçlarla olan bağlantıları yüzünden kamu düzenine ağır şekilde zarar veren ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67/1. maddesinde öngörülen suçlar"la ilgili olarak başvurulduğu takdirde ise gizli soruşturmacı organize suç örgütüne katılacak ya da örgütle işbirliğine girecektir¹⁶⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67/1 maddesi "*tutuklama müzakeresi*" çıkarılmasının mümkün olduğu suçları düzenlemektedir. Bu suçlar¹⁷⁰, dört yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren fiiller; fuhuşa teşvik, zimmet, ihtilas, vergi kaçakçılığı, bazı tehdit ve şantaj suçları ve şans oyunları, uyuşturucu maddeler ve silahlarla ilgili suçlardır. Tedbire ağır suçlarla ilgili olarak yalnızca bastırıcı amaçla, organize suçlarla ilgili olarak hem önleyici hem de bastırıcı amaçla başvurulabilir¹⁷¹.

3) Teknik Araçlarla İzleme

a) Türk Hukukunda

aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce

Bu tedbir de, hukukumuzda ancak ÇASÖMK ile bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bununla birlikte bazı yazarlar¹⁷², polisin PVSK Ek. Md. 7'ye dayanarak genel bilgi toplama görevi çerçevesinde bu tedbire ÇASÖMK'ndan önce de başvurduğundan söz etmektedir.

ÇASÖMK'nun 3. maddesinde bu tedbir "*gizli izleme*" başlığı altında düzenlenmişti. Anılan düzenleme: "*bu kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgah, işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir.*" şeklindeydi.

¹⁶⁹ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 374

¹⁷⁰ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 365

¹⁷¹ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 376

¹⁷² H. Zafer, age. , syf. 213; Turgut Kazan, "Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 2000, syf. 568

bb) Önleyici Amaçla

5397 sayılı kanunda, bu kanuna göre önleyici amaçla “*Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti*” tedbirine başvurulabilecek suçların önlenmesi amacıyla Emniyet ve Jandarmanın teknik araçlarla izleme yapabileceğinden söz edilmektedir. Ancak bunun için mutlaka “*hakim kararı*” alınması şarttır.

Bunun dışında ülkemizde kamuya açık alanlarda MOBESE¹⁷³ gibi sistemlerle önleyici amaçla yapılan teknik araçlarla izlemelerin yasal dayanağı aslında yukarıda bahsettiğimiz PVSK EK md. 7'nin birinci fıkrasıdır. Bu madde anlamında tamamen “*emniyet ve asayişini sağlamak*” üzere ve dolayısıyla CMK'da ya da 5327 sayılı kanunda yer verilen uygulanma koşulları, özellikle hakim kararı aranmaksızın yapılan söz konusu izlemeleri doğrudan doğruya hukuka aykırı saymak mümkün değildir. Ancak bu yolla sistemli ve sürekli kayıtlar tutulması halinde özel hayata saygı hakkının, bu kayıtların seneler sonra bile ceza muhakemesinde kullanılması halinde ise adil yargılanma hakkının ihlal edilebileceği ve CMK'da öngörülen güvencelerin de böylece etkisiz kalacağı ortadadır¹⁷⁴. Bu yüzden, bu kayıtların kısa aralıklarla düzenli olarak imha edilmesi ve bu işlemin denetimi konusunda yasal güvencelerin getirilmesi yerinde olacaktır.

Konuya ilişkin olarak, İHAS organları Avusturya'ya karşı Friedl davasında polis tarafından kamuya açık yerlerde çekilen fotoğrafların saklanması, fotoğraflarda yer alan kişilerin kimliklerinin açıkça belli olmaması ve fotoğrafların genel anlamda idari olarak kalması ve polisin veri bankasına konmaması gibi gerekçelerden hareketle özel hayata müdahale niteliğinde bile olmadığına karar vermiştir. Sözleşme organları kişilerin kimliklerinin belli olması durumunda ise bunun özel hayata bir müdahale olduğu görüşündedir. Ancak bu müdahale, daha sonra dava açılmasa bile, ceza kovuşturması amacıyla gerçekleştirildiği takdirde meşru bir nitelik kazanır. İsviçre'ye karşı Martin davasında ise 50 yıllık bir süre için kişisel verilerin arşivde saklanması özel hayat üzerinde bir etkisi bulunmaması sebebiyle müdahale niteliğinde görülmemiştir¹⁷⁵.

¹⁷³ Bilgi için bkz. <http://www.mobese.iem.gov.tr/>

¹⁷⁴ Duygun Yarsuvat/ Fikret İlkiz, “*Gizli İzleme Kayıt ve Denetim*”, Güncel Hukuk, Ağustos 2005, s. 20, syf. 20 vd.

¹⁷⁵ Karen Raid, A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights, Sweet&Maxwell, Londra, 1998, syf. 327

Görülüyor ki burada kişisel nitelikli verilerin toplanması ve saklanması sorunu gündeme gelmektedir. Bilindiği gibi, CMK kapsamında “*teknik araçlar*”dan önleyici veya bastırıcı amaçlı teknik izleme dışında da yararlanılmaktadır. Örneğin CMK’nın “*İfade ve sorgunun tarzı*” başlıklı 147. maddesinin birinci fıkrasının h bendinde “*İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır.*” denilmektedir. Ancak CMK’da bu kayıtların hangi koşullarda imha edileceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık CMK’nın 81. maddesinde “*fizik kimliği tespiti*” kapsamında şüpheli veya sanığın “*fotoğrafi, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri*”nin kayda alınmasından söz edilmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında söz konusu kayıtların, “*kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde*”, Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilmesi ve bunun bir tutanakla saptanması öngörülmüştür.

İHAS organları, terörle mücadele kapsamında yakalanan ve tutuklananlara ilişkin İngiltere’ye karşı McVeigh davasında başvuruların ifade, fotoğraf ve parmak izi gibi kayıtlarının tutulmasını ve sonradan haklarında iddianame düzenlenmediği halde bu kayıtların saklanmasını özel hayata bir müdahale kabul etmekle birlikte, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi sebepleriyle bu müdahaleyi haklı bulmuştur. Komisyona göre, bu bilgilerin istihbarat amacıyla saklanması uygundur çünkü burada terörle mücadele amacı gibi “*sıkıştıran bir toplumsal gereksinim*” söz konusudur¹⁷⁶. Bize göre de, terör ve organize suçluluk dışında kalan suçlar bakımından “*sıkıştıran bir toplumsal gereksinim*”den kolaylıkla söz edilemeyeceği için, CMK’da bu tarz kayıtların yok edilmesine ilişkin hükümlerin öngörülmesi yerinde olacaktır. Bu bakımdan CMK md. 81/2’de öngörülen yok etme yükümlülüğünün benzeri, md. 147/1’in h bendi kapsamında tutulan kayıtlar bakımından da öngörülmelidir.

cc) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda

5271 sayılı CMK’nın 140. maddesinde sayılan teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilecek suçlar, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, fuhuş ve Bankalar Kanununun 22. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında tanımlanan

¹⁷⁶ K. Raid, age. , syf. 327

zimmet suçu hariç, 135. maddede sayılan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçların ayıdır.

CMK md. 140/1’de “*şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir*” denilmektedir. Demek ki, 4422 sayılı yasanın düzenlemesinden farklı olarak bundan böyle maddede sayılan suçların işledikleri hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunanların “*mesken ve ikametgah*”ında teknik araçlarla izleme yapılamayacaktır. Görüldüğü gibi hukukumuzda bu tedbirin uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Bunun yanısıra maddenin beşinci ve son fıkrasındaki, “*Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.*” şeklinde düzenlemeyle bu husus bir kez daha ve açıkça vurgulanmıştır.

3.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılarak, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ilgili maddelerde İHAS sistemine uygun şablon sınırlama sebeplerine yer verilmesinden önce, konut dokunulmazlığını düzenleyen Anayasanın 21. maddesi karşısında 4422 sayılı kanuna göre konutta teknik araçlarla izlemenin Anayasaya aykırı olduğu söylenmiştir. Bu görüşteki Erdem’e göre¹⁷⁷, özellikle konut içinde olup bitenlerin gözetlemeye alınması, Anayasa değişikliği olmaksızın olanaksızdı. Yazara göre¹⁷⁸, konut dokunulmazlığına müdahale bakımından arama ve elkoyma “*üst sınır*” ve özel sınırlama sebepleri olarak öngörülmüştü. Kanımızca söz konusu Anayasa değişikliğiyle bu tür bir yoruma artık olanak kalmamıştır. Kaldı ki bu yorumun halen geçerli olduğu kabul edilerek, teknik izleme tedbirinin bundan böyle kişinin konutunda uygulanamayacak olmasının yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilirse de, “*işyeri*”¹⁷⁹ kavramını geniş anlamda konut kavramı içinde ele alan görüşü kabul edecek olursak söz konusu Anayasaya aykırılık halen giderilebilmiş değildir. Bize göre teknik izleme tedbirinin kişinin konutunda da uygulanabileceğini öngören bir düzenleme, sırf bu yüzden Anayasaya aykırı olmayacaktır. Anayasanın 21. maddesinde; “*...kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.*” denilerek konut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıyan üç hal

¹⁷⁷ M. R. Erdem, age. , syf. 76

¹⁷⁸ M. R. Erdem, ibid. , syf. 142-143

¹⁷⁹ Bu görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2000, syf. 236 Nitekim 5237 sayılı yeni TCK’nın “*Konut dokunulmazlığının ihlali*” suçunu düzenleyen 116. maddesinin 3. fıkrasında “*işyeri*” de açıkça bu madde kapsamında korunmaktadır.

sayılmıştır. Ancak bu haller özel sınırlama sebepleri değildir. Konut dokunulmazlığı maddede sayılan, “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” gibi sınırlama sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilecektir.

Kişilerin “*kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri*”nin gözetlemeye alınabileceğinden ÇASÖMK md. 3’te olduğu gibi CMK md. 140’ta da söz edilmektedir. ÇASÖMK zamanında yapılan ve bu ifadenin, maddede sayılanlar dışında kalan suçların aydınlatılması bakımından bundan böyle kişilerin kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin dahi gözetlenemeyeceği gibi bir yanlış anlamaya yol açabileceği hususundaki eleştirisi¹⁸⁰ yinelenabilir.

Maddede “*teknik araçlarla izleme*” düzenlendiği için “*çıplak gözle*” yapılan ya da “*dürbün*” gibi geleneksel araçlarla yapılan gözetleme genel hükümlere(CMK md. 164) göre mümkün olabilecektir. Burada kastedilen insanın görme ve işitme duyusunun sınırlarını aşmaya yarayan optik ve akustik izlemeye yarayan araçlardır. Bununla birlikte, çıplak gözle de olsa, sistemli ve uzun süreli izleme tedbirine başvurulabilmesi için hukukumuzda bu konuda açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır¹⁸¹.

b) Karşılaştırmalı Hukukta

Belçika’da, 6 Ocak 2003 tarihli yasanın düzenlediği “*özel araştırma yöntemleri*”nden olan “*observation*” yani “*izleme*” ya da “*gözetleme*” olarak ifade edebileceğimiz tedbir, hem uzun süreli izlemeyi hem de teknik araçlarla izlemeyi kapsamına alan bir düzenlemedir. Tedbir yasada, “*bir polis memuru tarafından bir veya birden çok kişinin varlıklarının veya davranışlarının veya belirli nesnelere, yerler ve olayların sistemli olarak gözlenmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tedbiri özel yapan “*sistemli*” karakteridir. Bu bağlamda, “*5 günden uzun süreli ve aralıksız, 5 günden uzun süreli ve bir aya kadar aralıklarla izleme, teknik araçlar kullanılarak yapılan izleme, uluslararası bir karakter taşıyan izleme ve federal polisin özel bir birimince gerçekleştirilen izlemeler*” bu yasanın kapsamındadır. Yasa teknik araçları: “*sinyal alan, aktaran, kayıtlarını aktive eden ve sinyalleri kaydeden ve iletişim*

¹⁸⁰ M. R. Erdem, age. , syf. 76

¹⁸¹ M. R. Erdem, ibid. , syf. 77

denetlenmesi ve tespiti tedbiri bünyesinde kullanılan araçlar hariç araçlar” olarak tanımlamıştır. Bu araçlara örnek olarak fotoğraf makineleri, kameskop, video kameralar, yer tespit eden ve gözlem yapan araçlar, metal dedektörleri sayılabilir¹⁸². Demek ki, bu düzenleme anlamında teknik araçlar, optik izlemeye yarayan teknik araçlardır. Akustik izlemeye yarayan teknik araçlara ilişkin Belçika hukukundaki düzenlemeyi iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında ele aldığımızdan burada tekrar etmiyoruz.

Almanya’da “*teknik araç kullanma*” tedbiri 1992 değişikliği ile CMK’ya girmiştir. Alman CMK’nın 100c maddesi “*gizlice fotoğraf ve film çekilmesine*”, “*çekim amaçlı olmayan örneğin yer belirleyici gibi sinyal göndericilerin kullanılmasına*” ve “*konut sayılan yerler dışında halka açık olmayan konuşmaların gizlice dinlenmesine ve kaydedilmesine*” ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Kullanılan teknik aracın niteliğine ve müdahalenin yoğunluğuna göre tedbire başvurulması için koşullar farklı ve aşamalı olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*gizlice fotoğraf ve film çekilmesi*” için yalnızca koğuşturulacak suçun önemli olması aranmıştır. CMK md. 100a’da sayılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçlardan biriyle ilgili olaraksa “*konut sayılan yerler dışında halka açık olmayan konuşmaların gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesi*” mümkündür. Çekim amaçlı olmayan “*alarm çantası, hareket bildiriciler ve yer gösterici gibi sinyal göndericiler*” gibi teknik araçlar da ancak “*olayın araştırılması veya failin oturduğu yerin soruşturulması amacıyla ve ancak önemli bir suçla ilgili olarak*” kullanılabilir¹⁸³.

Romanya’da¹⁸⁴ yukarıda söz ettiğimiz, iletişimin denetlenmesiyle ilgili Ceza Usul Kanunu’nun 91. maddesi aynı koşullarla “*görüntülerin*” de delil olabilmesini kabul etmiştir.

¹⁸² M. De Rue, agm. , syf. 1109

¹⁸³ M. R. Erdem, age. , syf. 62-64

¹⁸⁴ R. Stanoiu, agm. , syf. 626

4) Tanıkların Korunması

a) Türk Hukukunda

aa) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan Önce

1 Haziran 2005 tarihinden önce hukukumuzda, tanıkların korunması tedbirini “*Tanığın ve Görevlilerin Korunması*” başlığı altında, 4422 sayılı ÇASÖMK’nun 7. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddede ayrıntılı olmamakla birlikte anonim tanıklığa¹⁸⁵ ilişkin olarak “*tanığa yapılacak tebligatlar için ayrı bir adres belirlenmesi*” ve “*tanığın kimliğinin gizli tutulması*” gibi düzenlemeler getirilmişti. 4422 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceyse hukukumuzda TMK’nun “*Muhbirlerin Hüviyetlerinin Açıklanmaması*”na ilişkin 14. maddesi ve “*Koruma Tedbirleri*” kenarbaşlıklı 20. maddesi dışında tanıkların korunmasına ilişkin yasal düzenleme yoktu. Söz konusu düzenlemeler de, daha çok tanıkların muhakeme sonrasında fiziksel korunmasına ilişkin olduğu ve ceza muhakemesinde anonim tanıklığı düzenlemedikleri için bu alanda bir eksiklik göze çarpıyordu.

bb) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda

Bugün hukukumuzda söz konusu tedbir, yeni CMK’nın 58. maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle maddenin 5. fıkrasına göre, tanıkların korunması tedbirine ancak “*bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar*”la ilgili olarak başvurulabilecektir.

Şahin bu hususta¹⁸⁶: “*Özellikle organize suçlulukla mücadele etmenin yollarından biri, tanıkların etkili bir şekilde korunmasının mutlaka sağlanmasıdır. Bununla birlikte, tehlike altında bulunan tanıklar sadece terör suçları(siyasi mafya) ve ekonomik suçların(ekonomik mafya) tanıklarından ibaret değildir. Bu nedenle, tanık koruması sadece bu tür özel alanlarla sınırlı kalmamalı, CMUK (2002) Tasarısında olduğu gibi, genel bir düzenlemeyle, tehlike altındaki tüm tanıklar için*

¹⁸⁵ Anonim(isimsiz) demektir. Bu bağlamda anonim tanıklık muhakeme aşamasında, tanığın kimliğinin ve adresinden yüzüne, hatta sesine kadar kimliğini ortaya çıkarabilecek diğer bilgilerin tümünün veya bir kısmının saklanmasıdır.

¹⁸⁶ Cumhur Şahin, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, syf. 803

uygulanabilir hale getirilmelidir.” demektedir. Yasakoyucu bu konuda tercihini, daha sonra açıklayacağımız gibi, Amerikan hukukundakine değil Belçika hukukundakine benzer şekilde yapmıştır ve bu tedbirin uygulama alanını “*bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar*”la sınırlamıştır. Bununla birlikte CMK’dan farklı olarak, halen Başbakanlık’da bulunan “*Tanık Koruma Kanunu Tasarısı*”nın¹⁸⁷ 3. maddesinde tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar kapsamında, bir suç örgütü veya terör örgütü bünyesinde işlenen suçların yanısıra 5237 sayılı TCK’da ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan “*ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve üst haddi on yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar*” da sayılmıştır.

Hukumuzda anonim tanıklık bakımından, bir sonraki alt bölümde açıklayacağımız üzere Almanya ve Belçika’daki düzenlemelere benzer şekilde, iki aşamalı bir koruma öngörülmüştür.

Birinci aşama olarak, CMK md. 58/2’de, “*tanık olarak dinlenecek kişilerin, kimliklerinin saklı tutulması*”ndan söz edilmektedir. Ancak maddede adres veya ikametgah bilgilerinin gizli tutulması konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. ÇASÖMK md. 7/1’in A bendinde: “*Tanık için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adres tespit edilebilir.*” demek suretiyle bu konuya bir açıklık getirilmişti. Bununla birlikte, CMK md. 58/2’nin¹⁸⁸ gerekçesinde: “*...tanığın adreslerini gizleyebilmesi için Cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı veya hakimin kendisine davetiyenin ulaşabileceği bir başka adresi göstermesine izin verilebilmesi ikinci fıkrada kabul edilmiştir.*” dediği için 2. fıkra anlamında “*kimlik*”in kapsamına adres ve ikametgah gibi kimliğin ortaya çıkmasına yol açabilecek kişisel bilgilerin de dahil olduğunu kabul etmek maddenin amacına uygun düşecektir. Yine de bu konuda daha açık bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olurdu. Nitekim Tanık Koruma Kanunu tasarısının, tanık koruma tedbirlerine ilişkin 5. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde bu hususlar açık olarak belirtilmiştir¹⁸⁹. CMK md. 58/2 c. 2’de, kimliği saklı tutulan tanık bakımından, “*tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklama*” yükümlülüğü getirilmiştir. Hükmün gerekçesinde bu

¹⁸⁷ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tanikkorumakanunu.htm>

¹⁸⁸ C. Ülgen, age. , syf. 129

¹⁸⁹ CMUK 2002 tasarısının 60. maddesinde de bu konuda bir açıklık mevcuttu: “*...birinci fıkrada belirtilen adreslerin açıklanmasının, tanığı veya bir başkasını tehlikeye sokacağından korkuluyorsa, tanığın bunların yerine kendisine ulaşılabilir başka bir adresi vermesine Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim tarafından izin verilebilir.*” C. Şahin, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükmülerinin Değerlendirilmesi”, agm. , syf. 814

yükümlülükle savunma hakları bakımından bir denge sağlanmasının amaçlandığı söylenmektedir¹⁹⁰. İkinci aşamada ise, CMK md. 58/3’de hakimın hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan da tanığı dinleyebilmesine olanak tanınmıştır. Bu tedbirin uygulanması sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılarak savunmaya tanığa soru sorma imkanı tanınacaktır.

Her iki tedbir bakımından da “*ağır bir tehlike*”nin varlığı aranmıştır. CMK md. 58/2’deki düzenleme bakımından bu tehlikenin tanık veya yakınları için söz konusu olması gerekir. Buna karşılık md. 58/3’ün amacına uygun olarak, bu hükmün uygulanabilmesi yalnızca tanığın tehlikede olması veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından tehlikenin söz konusu olması halinde mümkündür.

CMK md. 58/4’te “*Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler*”e ilişkin olarak “*ilgili kanuna*” atıf yapılmaktadır. ÇASÖMK 7/2’de: “*Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 inci maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Dördüncü fıkranın gerekçesine baktığımızda yasakoyucunun ÇASÖMK 7/2’nin benzeri bir düzenleme getirmek istediği anlaşılmaktadır. Gerekçede: “*Tanığın dinlenilmesi sırasında kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında hakim kararıyla 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 nci maddesinde gösterilen “koruma tedbirleri” uygulanabilecektir. Bu tedbirlere ancak tanığın kimliğinin açıklanmasının kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike oluşturması halinde başvurulabilecektir.*” denmektedir. Bununla birlikte, yasakoyucunun ilgili kanunun adını, tarihini ve sayısını kanun metninde açıkça belirtmemiş olması aslında TMK’da değişiklik yapılması ya da Tanık Koruma Kanunu Tasarısının yasalaşması ihtimalleri karşısında, bu alanda bir boşluk oluşmaması bakımından, yerinde bir düzenlemedir.

¹⁹⁰ C. Ülgen, age. , syf. 129

b) Karşılaştırmalı Hukukta

Belçika'da¹⁹¹, 8 Nisan 2002 tarihinde organize suçlulukla mücadele amacıyla alınan önlemler ve meclis soruşturma komisyonlarının önerileri doğrultusunda, anonim tanıklığa ilişkin bir yasa kabul edilmiştir. Bu yasadaki anlamıyla tanık¹⁹², yemin verdirilerek sorgu hakimi (juge d'instruction) tarafından dinlenen ya da son soruşturma aşamasında dinlenen kişilerdir. Bu bakımdan polis ya da savcılık(ministère public) tarafından yapılan dinlemeler, bu yasanın kapsamında değildir. Bu yasayla, tanıklara kısmi ya da tam anonim tanıklık olmak üzere iki aşamalı bir koruma getirilmiştir.

Kısmi anonim tanıklık kapsamında bazı kimlik bilgilerinin gizli tutulması ve ikametgah adresleri yerine iş adreslerinin verilmesi olmak üzere iki tür tedbir öngörülmüştür. Koruma amacıyla tanığın, adresi, ikametgahı, yaşı, medeni durumu ve mesleği gizli tutulabilir¹⁹³. Benzer bir düzenleme olan Alman CMK md. 68/3'e göre de¹⁹⁴ tanığa “*kimliğine ilişkin bilgi vermeme veya yalnız eski kimliği altında tanıklıkta bulunma*” imkanı tanınmıştır. Bununla birlikte aynı fıkırdaki tanığın, “*hakkında tanıklıkta bulunduğu olgulara hangi sıfatla vakıf olduğunun sorulması üzerine, bunu açıklaması zorunluluğu*” öngörülmüştür. Türk hukukuna da hemen hemen aynen girmiş bulunan bu düzenlemenin aslında gizli soruşturmacının tanıklığı bakımından önemli olduğu söylenmektedir. Ayrıca Alman CMK 68/4'teki düzenlemeye göre, “*gerekli durumlarda tanığa incelenen olayda verdiği beyanın inandırıcı olup olmadığını ortaya koyabilecek olgular hakkında özellikle sanık ve suçtan zarar görenle ilişkilerini aydınlayabilecek sorular sorulabilmesi*” mümkündür¹⁹⁵. Belçika'da ise gerekirse tanığın, sanıkla ilişkisine ilişkin bilgilerle, ad-soyad bilgileri de gizli tutulabilir¹⁹⁶. Fransa'da ise 15 Kasım 2001 tarihinde anonim tanıklığa ilişkin olarak ceza muhakemesi kanununda yapılan düzenlemelere göre tanığın kimlik bilgilerinin gizli tutulabilmesi mümkündür. Bu tedbirin tek

¹⁹¹ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, “La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins”, RDPC, Temmuz-Ağustos 2002, syf. 715

¹⁹² M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 721

¹⁹³ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, ibid. , syf. 723

¹⁹⁴ Mustafa Ruhan Erdem, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1995, s. 3, syf. 74

¹⁹⁵ M. R. Erdem, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, syf. 77

¹⁹⁶ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 723

istisnası suçun işlendiği koşullar veya tanığın kişiliği sebebiyle tanığın kimliğinin bilinmesinin savunma haklarının kullanılması bakımından zorunlu olması halidir¹⁹⁷.

Belçika’da ikametgah adresleri yerine iş adreslerinin verilmesi tedbirine ise, meslekleri dolayısıyla tanıklık etmeleri söz konusu olan iki kategoriye mensup kişilerle ilgili olarak başvurulabilir. Birinci gruptaki kişiler, ceza adaleti sistemi içinde görev alan adli kolluk, sosyal müfettiş, gümrük memurları, savcılar veya bilirkişilerdir. İkinci grup kişilerse, bir yükümlülük veya yasal bir yetkiye dayanarak, bir suçun işlendiği koşullar hakkında bilgi sahibi olan kişilerdir. Bu gruptaki kişilere örnek olarak bankacılar, ambulanslarda çalışanlar, sosyal yardım görevlileri ve itfaiyeciler sayılabilir¹⁹⁸. Benzer bir düzenleme olarak Almanya’da¹⁹⁹ CMK md. 68/1’de “*resmi sıfatla dinlenen tanığın oturduğu yerin adresi yerine işyeri adresini verebilmesi yetkisi*” öngörülmüştür. Burada önemli olan tanıklığın resmi sıfatla, göreviyle bağlantılı olarak yapılmış olmasıdır. Bu bakımdan hüküm herhangi bir özel kişi gibi tanıklıkta bulunan memurlar hakkında uygulanmaz. Fransa’da da kimlik bilgilerini açıklamaktan kaçınmamakla birlikte, baskı ve korkuyla adresini vermek istemeyen tanığın ikametgah adresi yerine polis karakolunun veya jandarmanın adresinin verilmesi mümkündür²⁰⁰.

ABD’de²⁰¹ tanık koruma programı bünyesinde, tanıklara ve aile üyelerine yeni doğum kayıtları, sürücü belgeleri ve yasal kimlikler verilir. Başka bir yargı çevresinde sürekli bir ikametgah temin edilene kadar geçici olarak tanıkların ve ailelerinin, kira bedeli ve masraflarını karşılanır, ayrıca bu kişilere tıbbi ve psikolojik yardım sağlanır.

Karşılaştırmalı hukukta özellikle tam anonim tanıklığa ve kapsamlı bir tanık koruma programına belirli bazı suçlarla ilgili olarak başvurulabildiğini görüyoruz. Örneğin Belçika’da tam anonim tanıklığa telefon dinleme tedbirine başvurulabilecek suçlar, uluslararası insancıl hukukun ağır ihlali suçu ve bir suç örgütü bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak başvurulabilir²⁰². Hollanda’da²⁰³ da, 11 Kasım 1993

¹⁹⁷ J. Pradel, age. , syf. 378

¹⁹⁸ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 729

¹⁹⁹ M. R. Erdem, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, syf. 71-72

²⁰⁰ J. Pradel, age. , syf. 380

²⁰¹ “Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation”, U.S. Department of Justice- Office of Justice Programs, www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf , National Institute of Justice, syf. 33

²⁰² M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 731-732

²⁰³ C. De Valkeneer, age. , syf. 357-359

tarihli yasayla Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen 226a maddesine göre, anonim tanık beyanı ancak sanık tarafından işlenmiş başka suçlarla veya organize suçlulukla olan bağlantıları sebebiyle hakkında tutuklama kararı verilebilecek ve kamu düzeninin ağır ihlaline yol açan fiillerle ilgili olarak kullanılabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise²⁰⁴, Federal Tanık Koruma Programı 1970 yılında kongrenin çıkardığı “*Organized Crime Control Act*”te öngörülmüştür. 1984 yılında²⁰⁵ “*Witness Security Reform Act*”, tanık koruma programının uygulanabileceği davaların alanını genişletmiştir. Bu ülkede federal organize suçlar ve tehdit veya şantaj yoluyla çıkar elde etme(rackeetering) suçları, federal uyuşturucu trafiğine ilişkin suçlar, tanıklık yapmasının, tanığı şiddete veya şiddet tehdidinde maruz bırakacağı diğer ağır federal cürümler ve bu sayılan suçlara doğası gereği benzeyen eyalet suçlarıyla ilgili davalarda tanık koruma programı uygulamaya konulabilir. Bunların yanı sıra medeni veya idari yargı alanında görülen ve beyan vermesi durumunda tanığın güvenliğinin tehlikeye düşeceği davalarda da bu tedbire başvurulabilir. Fransa'da da anonim tanıklığa, beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçla ilgili kovuşturmada başvurulabilir²⁰⁶.

Karşılaştırmalı hukukta, tanıkların korunması tedbirine başvurulması bakımından “*tehlike*” “*zarar*” “*tehdit*” gibi ölçütlerin kullanıldığını görüyoruz. Yabancı ülkelerde genellikle, bu tehdit veya tehlikenin varlığını gösteren “*açık*” ya da “*ciddi*” “*belirtiler*” ya da buna ilişkin bir “*karine*”nin varlığı aranmıştır. Bu bakımdan tehlikenin varlığını subjektif bir değerlendirmeye bağlayan bir istisna olarak Belçika'da²⁰⁷ sivil kişilerin tam anonim tanıklığına, “*tanığın veya bir yakınının makul olarak tanıklık dolayısıyla beden bütünlüğünü ciddi bir tehdit(tehlike) altında hissetmesi*” ve tanığın, bu tehlike yüzünden tanıklık etmeyeceğini bildirmesi halinde karar verilebilmesini örnek gösterebiliriz. Ancak bu ülkede bir memur veya polis memuru hakkında tam anonim tanıklığa karar verilebilmesi için, tanıklık yapacak memurun veya polis memurunun veya yakınından bir kişinin “*tehlikede olduğuna dair açık ve ciddi belirtiler*” bulunmalıdır. Bunun dışında, Belçika'da kısmi anonim tanıklığa karar verilebilmesi için de “*tanığın, tanıklık yapması durumunda, kendisinin veya çevresinden bir kişinin ciddi bir zarara*

²⁰⁴ H. Abadinsky, age. , syf. 334

²⁰⁵ “Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation”, National Institute of Justice, www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf , syf. 33

²⁰⁶ J. Pradel, age. , syf. 378

²⁰⁷ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 731

uğrayabileceğine dair makul bir karine'nin varlığı aranır²⁰⁸. Benzer bir şekilde, Alman CMK md. 68/3'de de, tanığın kimliğinin veya oturduğu veya ikamet ettiği yerin açıklanmasının, onun veya bir başka kişinin yaşamı, sağlığı veya özgürlüğü için *“tehlike meydana getireceğinden korkulmasını gerektiren nedenler”*in varlığı aranmıştır²⁰⁹. Yine Fransa'da tedbire başvurulabilmesi için tanığın dinlenmesinin, kendisinin ya da yakınlarının yaşamını veya beden bütünlüğünü *“ciddi biçimde tehlikeye atabilecek nitelikte”* olması gerekir²¹⁰. Hollanda'da²¹¹, bir tanığın anonim olarak dinlenmesi için kimliğinin açıklanmasının, kendisinin veya bir başka kişinin hayatını, sağlığını, güvenliğini ya da ailevi veya sosyo-ekonomik durumunu *“tehlikeye atabilecek nitelikte”* olması gerekir. ABD'de²¹² ise tanığın hayatının, vereceği beyan neticesi olarak *“tehlikede olduğuna”* ya da *“tehlikeye maruz kalacağına”* dair *“açık belirtiler”* olmalıdır.

²⁰⁸ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 724-725

²⁰⁹ M. R. Erdem, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, syf. 73

²¹⁰ J. Pradel, age. , syf. 378

²¹¹ C. De Valkeneer, age. , syf. 357-359

²¹² “Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation”, National Institute of Justice, www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf , syf. 33

III) ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TEDBİRLERİN UYGULANMA KOŞULLARI VE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Tedbirlerin Uygulanma Koşulları

1) Maddi Koşullar

a) Amaç

Hukukumuzda CMK'nın 135, 139 ve 140. maddelerinde düzenlenen özel soruşturma tedbirlerine ancak “*tepkisel(reactive) ya da bastırıcı(repressive)*” amaçla yani ceza muhakemesinde, işlenmiş bir suçun aydınlatılması amacıyla başvurulabilir. Bu husus tedbirlere başvurmak için CMK md. 135’de “*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma da, suç işlendiğine ilişkin*”, md. 139’da “*soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda*”, 140. maddede “*Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda*” kuvvetli şüphe sebepleri aranması suretiyle de bir kez daha vurgulanmıştır. Başka bir deyişle, CMK kapsamında önleyici(proactive) amaçlı olarak bu tedbirlere başvurmak mümkün değildir.

Bununla birlikte daha önce söz ettiğimiz gibi özel soruşturma tedbirlerine başka amaçlarla ve devletin başka birimlerince de başvurulmaktadır. Nitekim 5397 sayılı yasanın hukukumuzda önleyici ve istihbarat amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurulmasına ilişkin getirdiği düzenlemeleri kısaca açıklamıştık. Bu bağlamda karşımıza “*amaca bağlılık*” ilkesi çıkar. Bu ilke, verilerin hangi amaçla elde edilmişlerse, ancak o amaç çerçevesinde kullanılması gerekliliğini ifade eder²¹³.

²¹³ M. R. Erdem, age. , syf. 303

Nitekim, halen Başbakanlık'da bulunan “*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*”nın²¹⁴ 4. maddesinde bu ilkeye yer verilmiştir.

Bu bakımdan önleyici ya da istihbarat amaçlı olarak bu tedbirlere başvurulması halinde, elde edilen bilgilerin kural olarak ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaması gerekir. Bununla birlikte belli bir takım suçların önlenmesi amacıyla hukuka uygun olarak bu tedbirlere başvurulmuşsa, elde edilen bilgilerin yalnızca bu suçlara ilişkin “*başlangıç şüphesine*” dayanak yapılması bize göre mümkündür. Ancak, 5397 sayılı yasanın ikinci maddesinin gerekçesinden²¹⁵, yasakoyucunun, bu yolla elde edilen bilgilerin sanki bütün suçlar için ceza muhakemesinin “*soruşturma*” aşamasını başlatan “*başlangıç şüphesi*”sine temel olabileceğini kabul ettiği sonucu çıkmaktadır ki, bize göre bu kesinlikle mümkün değildir. Gerçekten “*tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesi*” başlığı altında açıklayacağımız üzere, ceza muhakemesi alanında bile tesadüfen elde edilen delillerin, ilgili maddelerde sayılan tedbirlere başvurulabilecek suçlar dışında kalan suçlar bakımından “*yol gösterici*” olarak dahi kullanılması mümkün değilken; önleyici alanla, ceza muhakemesi alanının kesiştiği bu kritik noktada bunun evleviyetle mümkün olmaması gerekir.

b) Suç

CMK kapsamında bu tedbirlere, işlenmiş bir suçun aydınlatılması amacıyla başvurulabileceğini açıkladık. Bu noktada hangi suçlar bakımından bu tedbirlere başvurulabileceği sorusu karşımıza çıkar. Şüphesiz bu suçların organize suçluluk çerçevesinde işlenebilecek fiillerle sınırlı kalması gerekir. Çünkü bu istisnai nitelikteki tedbirlere başvurulmasını, organize suçlulukla mücadele amacı meşrulaştırmaktadır. Gerçekten, özel soruşturma tedbirlerine başvurulabilecek

²¹⁴ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselverilerinkorunmasikanunu.htm>

²¹⁵ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0546.pdf> Madde gerekçesinde şöyle denilmektedir: “*Madde, sadece suç öncesi faaliyetler ve eylemleri düzenlemektedir. Bazı suçlar işlendikten sonra, delil elde etmek ve faili yakalamak maksadıyla yapılabilecek olan müdahaleler konusunda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle bir suç oluşmasına vakıf olunması veya kuvvetli belirtinin tespiti durumunda keyfiyetin Cumhuriyet savcılarına bildirilmesi suretiyle idari tedbirin sona erdirilmesi ve adli işlemlerin başlatılmasının sağlanacağı açıktır.*”

suçların kapsamının sınırlandırılması aynı zamanda orantılılık ilkesinin bir gereğidir²¹⁶.

Valkeneer'e göre²¹⁷ hangi suçlar bakımından bu tedbirlere başvurulabileceği sorunu, ya oldukça katı bir tarzda yani “suçların tek tek sayılması yöntemi” ile; ya da daha yumuşak bir biçimde “asgari ceza eşiği”²¹⁸ belirlenerek ve bunun “fiilin ağırlığı”nın ayrıntılı olarak açıklandığı bir gerekçeye dayandırılması zorunluluğu getirilerek iki biçimde ele alınabilir. Birinci sistem yetkili merciin takdir yetkisini azaltır ve böylece olası kötüye kullanmalara karşı bir güvence oluşturur. Bu yöntemde hukuk güvenliği daha fazladır. Ancak her suç bazen birbirinden çok farklı birçok somut durumu içinde taşıdığından, çok değişik ağırlık derecelerini yansıtır. İkinci sistem, fiil veya fiillerin ağırlıklarını her zaman farklı biçimlerde anlayabilecek yetkili merciin ve hakimin takdir yetkisini artırır. Bununla birlikte, fiilin ağırlığın bir şekilde varsayıldığı birinci yaklaşımın sakıncasını bertaraf eder. Dahası, fiilin ağırlığının azaldığı olayın kendine özel koşullarını, somut ve özel durumları daha gerektiği gibi ele almaya olanak tanır. Bu iki yöntemin ortasında bir başka yolsa, belli bir ağırlık zorunluluğuyla birleşen oldukça geniş bir suç listesi oluşturmaktır. Bu formulün de her iki sistemin olumsuz yanlarını birlikte taşıma riski vardır. Gerçekten de bu yöntemde, kararı her zaman suç oluşturan durumun ağırlığına dayandırmayı kararlaştıracaklarından, yetkili merciin ya da hakimin takdir yetkisi önem kazanır. Üstelik, başlangıçta düşünilemeyen bazı nitelikler daha sonra öngörülemeyen bir önem kazanabilir. Dahası, bütün listelerin donuk karakteri, yasakoyucuyu listeyi yeni suçların gelişimine uygun olarak tamamlamaya zorlar. Yazara göre, “asgari ceza eşiği” ile “fiilin ağırlığı” ölçütünün bir arada uygulanacağı bir sistem en faydalı sistemdir.

Daha önce de açıkladığımız gibi hukukumuzda ÇASÖMK zamanında, özel soruşturma tedbirlerine ancak bu kanunun 1. maddesinde düzenlenen “çıkart amaçlı örgütlenme suçu” ve yine aynı kanunun 16. maddesiyle yollama yaptığı kanunlardaki suçlarla ilgili olarak başvurulabiliyordu. Ancak, ÇASÖMK'nun 1. maddesine yöneltilen belirlilik ilkesine uymadığı yolundaki eleştiriler bağlamında, özel

²¹⁶ C. De Valkeneer, age. , syf. 448

²¹⁷ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 451-452

²¹⁸ Erdem bu yöntemi “mutlak cezalandırılabilirlik sınırı” olarak ifade etmektedir. M. R. Erdem, age. , syf. 309

soruşturma tedbirlerinin uygulanacağı suçlar bakımından katalog/liste²¹⁹ tarzı çözüm modeli yani tedbirlerin uygulanma alanı bakımından suçların tek tek sayılması yöntemi 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da benimsenmiştir. CMK'ya göre özel soruşturma tedbirlerine yalnızca tedbirlerin düzenlendiği ilgili maddelerde sayılan suçlarla ilgili olarak başvurulabilecektir.

Erdem'e göre²²⁰: “...hangi suçlar bakımından bu tedbirlere başvurulacağı, her bir tedbirin özelliği ve temel haklara yönelik müdahale yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.” Nitekim CMK'nın 135. , 139. ve 140. maddelerinde öngörülen özel soruşturma tedbirleri bakımından suç kataloğu farklı şekillerde düzenlenmiştir. Daha önce de söz ettiğimiz gibi, suç kataloğu en dar kapsamlı düzenlenen tedbir “Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” tedbidir. Kuşkusuz bunun sebebi bu tedbirin “gizlilik” yanında “aldatmaca” unsuruna da sahip “örtülü” bir teknik olması ve temel haklara daha ağır bir müdahale niteliği taşımasıdır. Suç kataloğu en geniş kapsamlı olarak düzenlenen tedbir ise 135. maddede düzenlenen “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” tedbidir. Maddenin gerekçesinde, “Soruşturulan suçun beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürüm olması gerekmektedir.” demek suretiyle suçların tek tek sayılması yönteminin yanısıra “asgari ceza eşiği” yöntemine de düzenleme yapılırken başvurulduğu görülmektedir. Gerçekten örneğin “cinsel saldırı” suçu bakımından TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasının tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından kapsam dışında bırakılması bu sebeptir. Bu noktada bir parantez açmak gerekirse gerekçedeki “cürüm” sözcüğüyle yasakoyucunun, 5237 sayılı yeni TCK'da cürüm, kabahat ayrımı kaldırıldığı için aslında “suç”u kastettiğini anlamak zor değildir. Burada aslında tedbirin uygulanacağı suçların kapsamını belirlemek bakımından bir üçüncü yöntemin daha saydığımız ilk iki yöntemle birlikte uygulandığından söz edilebilir. Bu yöntem, “suçun ağırlığı”²²¹ ölçütünün uygulanmasıdır. Buna göre, bu tür tedbirlere ancak TCK'da ve bazı özel kanunlarda düzenlenen ve CMK'nın ilgili maddelerinde katalog halinde sayılan birtakım “suç”larla ilgili olarak başvurulabilecektir. Yani kabahatlerle ilgili olarak bu tedbirlere başvurmak mümkün değildir.

²¹⁹ Nitekim bu dönemde ya tedbirlerin uygulama alanına giren suçların tek tek sayılması(katalog/liste) yöntemi ya da belli ağırlıktaki suçlar bakımından bu tedbirlere başvurulabilmesini sağlayacak bir model önerilmiştir. M. R. Erdem, age. , syf. 315

²²⁰ M. R. Erdem, ibid. , syf. 314

²²¹ Erdem, Valkeneer'den farklı olarak “suçun ağırlığı”nı üçüncü bir model olarak ele almaktadır.

c) Kuvvetli Şüpheli Sebepleri

Hukukumuzda bu koşul, “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine ilişkin CMK md. 135/1’de “kuvvetli şüpheli sebeplerinin varlığı”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi”ne ilişkin md. 139/1 ile “teknik araçlarla izleme” tedbirine ilişkin md. 140/1’de ise “kuvvetli şüpheli sebeplerinin bulunması” olarak ifade edilmiştir. Bu iki ifade biçimi arasında herhangi bir fark olmadığı açıktır.

Bu düzenlemelerden ilk bakışta kanunun “kuvvetli şüpheli” aradığı sonucu çıkarılabilirse de bize göre aslında kanunun kuvvetli olmasını aradığı “şüpheli” değil “şüpheli sebepleri”dir. Bu da ÇASÖMK’undaki 2/2’deki “kuvvetli belirti”den farklı birşey değildir. Şöyle ki, 1412 sayılı CMUK md. 104’te de tutuklamaya karar verilebilmesi için “kuvvetli belirtiler” aranıyordu. Kunter-Yenisey’e göre²²², “şüpheli sebepleri” yalnızca CMUK md. 104’teki tabirle “belirtiler”in daha doğru ifade edilmiş haliydi. Kuşkusuz bu yorum bizim konumuz açısından da geçerlidir.

Bu noktada “belirti”nin ne olduğu sorusu akla gelecektir. Erem’e göre²²³: “Belirti” (=emare) basit bir “şüpheli” değildir. Vakıalarla müşahhas hale gelmiş şüphelerden bazılarının “emare” sayılması mümkündür. Buna mukabil “belirti” (=emare) elbette “delil” değildir. Delildeki kat’iyete yakınlık ve küllilik belirtide mevcut bulunmamaktadır. Bir vakıanın kanuni anlamda belirti sayılabilmesi yargıcın “takdirini” gerektirecektir. Fakat bu takdir “intiba”lara dayanmamalı, bir mantık ameliyesine dayanmalıdır.”

Kaldı ki özel soruşturma tedbirlerine başvurulması için “kuvvetli şüpheli”nin aranması şeklinde bir yorum bu tür tedbirlerin doğasında yer alan orantılılık ve ikinci derecede uygulanabilirlik ilkeleriyle de bağdaşmaz. Gerçekten Kunter-Yenisey’e göre²²⁴: “Telefon dinleme en son çare olduğu için, (ÇASÖMK. Md. 2/3) bu kadar kuvvetli bir şüphelinin mevcudiyeti aransa idi, zaten bütün deliller elde olacağı için telefon dinleme yolu gereksiz kalacaktı. Bu nedenle iletişim dinlenmesi kararı basit şüpheli ile verilir.” Yazarlara göre, “Basit şüpheli yeterli olmakla birlikte,...., Kanunda öngörülen suçların işlendiğine dair, “somut, elle tutulur, müşahhaslaşmış olaylara dayanan (kuvvetli) belirtilerin mevcut bulunması şarttır.”

²²² N. Kunter/F. Yenisey, age. , syf. 676

²²³ Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, syf. 419

²²⁴ N. Kunter/F. Yenisey, age. , syf. 639

Erdem'e göre de²²⁵: “Şayet buradaki kuvvetli şüphe deyimi, sanığın mahkum edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılacak olursa, bu aşamada tedbire başvurmak, oranlılık ilkesi açısından yerinde olmaz.” Yazar, şöyle devam etmektedir: “Tedbire başvurulabilmesi için “kuvvetli şüphe” zorunluluğunun aranması, aynı zamanda, ... başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması” biçimindeki gereklilikle yani ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Biz de yazarların bu konudaki görüşlerine aynen katılıyoruz.

Yabancı hukuklarda da bu koşul değişik biçimlerde ifade edilmiştir. Genellikle açıkça “belirti”den söz edildiğini, bununla birlikte olgulara dayanan “şüphe” kavramının da kullanıldığına rastlıyoruz. Örneğin Almanya’da²²⁶, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve sözlü iletişimin teknik araçlarla denetlenmesi tedbirleri bakımından, suç işlendiği şüphesini haklı gösterecek “belirli olaylar”ın varlığı aranmıştır. Aslında burada da aranan, “vakıalara dayanan somut şüphe sebebi”dir²²⁷. Bununla birlikte Almanya’da gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için maddede sayılan “suçların işlendiği konusunda yeterli fiili tutanak noktaları”²²⁸ bulunmalıdır. Romanya’da²²⁹, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurulabilmesi için suçların hazırlandığına veya işlendiğine ilişkin “ciddi belirtiler”in varlığı gerekir. Belçika’da²³⁰ da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine “suç işlediği veya işleyeceğine dair ciddi belirtiler bulunan” kişi ya da kişilerle ilgili olarak başvurulabileceğinden söz edilmektedir. Hollanda’da²³¹ ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine organize suçlarla ilgili olarak başvurulabilmesi için, bu “suçların hazırlandığına veya işlendiğine ilişkin olarak olgulardan veya durumlardan ortaya çıkan makul bir karinenin varlığı” aranmıştır. İsveç’de de, telefonların dinlenmesi için suç işlendiğine ilişkin şüphenin “makul nedenler”e dayanması gerekir²³².

²²⁵ M. R. Erdem, “5271 sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, y. 2005, s. 3, syf. 100

²²⁶ F. Yenisey, agb. , syf. 119; Y. Ünver, agm. , syf. 446

²²⁷ Y. Ünver, agm. , syf. 403

²²⁸ Y. Ünver, ibid. , syf. 447, Erdem’e göre burada “başlangıç şüphesi” aranmaktadır. M. R. Erdem, age. , syf. 92

²²⁹ R. Stanoiu, agm. , syf. 626

²³⁰ M. De Rue, agm. , syf. 1110-1111

²³¹ C. De Valkeneer, age. , syf. 374

²³² D. Töllborg, agm. , syf. 255

“Şüphesiz”den değil “yeterli belirtilerin varlığı”dan söz eden Valkeneer’e göre de²³³, sadece araştırma amaçlı olarak bu tedbirlere başvurulmasına karşı bir güvence oluşturan bu koşul aynı zamanda orantılılık ilkesinin de bir gereğidir. Yazara göre²³⁴: “Elde bulunan belirtiler bir veya birkaç insanın bir eyleme girişme yeteneğini tahmin etmeye elverişli olmalıdır. Bu kişilerin suç işleme isteklerini varsaymaya imkan verecek unsurlarla ilgili olmalıdır. Bununla birlikte böyle bir tahmin, hakkında tebdir uygulanacak bütün kişiler tedbirin başlangıç anında bilinemediği için karışık bir suçluluk çerçevesinde uygulamada olanaksız olabilir.”

Erdem’in bu konuda “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbiriyle ilgili olarak yaptığı ve bu koşulun arandığı diğer tedbirler için de geçerli olması gereken²³⁵: “Herhalde koğuşturma organlarının, somut bir tutanak noktası mevcut olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup, kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri bu tedbire başvurmak için yeterli değildir.” şeklindeki yorumuna da katılıyoruz.

Sonuç olarak bize göre, bu tedbirlere “kuvvetli suç şüphesinin” varlığı halinde, örneğin tutuklama kararının verilebileceği bir aşamada başvurmak orantılılık ilkesi açısından yerinden olmaz. Bu tedbirlere “kuvvetli şüphesinin varlığı” halinde başvurulabilecektir.

d) İkinci Derecede Uygulanabilirlik (Subsidiarité)

Özel soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin bir başka koşul, Türk hukuk öğretisinde “ikinci derecede uygulanabilirlik ya da ikincillik”²³⁶ diye adlandırılan “subsidiarité” ilkesidir. Valkeneer’e göre²³⁷: “Bu ilke bu tür tedbirlere başvurmanın birincil koşuludur ve bu tür tekniklerin istisnai karakterini ifade eder.” Erdem’e göre de²³⁸, bu ilke aslında orantılılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimidir.

Bu ilke yabancı hukuklarda çeşitli biçimlerde ifade edilmiştir. Örneğin iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olarak Alman CMK’nın 100a maddesinde

²³³ C. De Valkeneer, age. , syf. 448

²³⁴ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 449-450

²³⁵ M. R. Erdem, agm. , syf. 100

²³⁶ M. R. Erdem bu ilkeyi “İkinci derecede uygulanabilirlik”, Öztürk/Erdem/Özbek ise “İkincillik” olarak adlandırmaktadır.

²³⁷ C. De Valkeneer, age. syf. 446

²³⁸ M. R. Erdem, age. , syf. 320

“*maddi olayın öğrenilmesi veya sanığın bulunduğu yerin ortaya çıkarılması başka şekilde imkansız görünüyorsa veya ehemmiyetli surette zorlaşacaksa*” ifadesiyle ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmiştir²³⁹. ABD’de, elektronik izleme başvurusunda bulunması gereken, subsidiarité ilkesinin bir ifadesi olan “*diğer soruşturma yöntemlerinin başarısız olduğu veya olacağı, ya da tehlikeli olduğununun gösterilmesi(örneğin gizli görevli niteliğinde bir polis memurunun, bir organize suç örgütünün daha içerideki halkalarına sızdırılmasının, onun hayatını tehlikeye düşürecek olması)*” koşulundan söz edilmektedir²⁴⁰. Yine ABD’de²⁴¹ kimlerin tanık koruma programından yararlanabileceğine ilişkin orantılılık ve özellikle ikinci derecede uygulanabilirlik ilkelerinin yansıması olan birden fazla ölçüt belirlenmiştir. Öncelikle tanığın hayatının, içinde bulunduğu veya maruz kalacağı tehlikenin “*bu programı uygulamak dışında başka seçenek bırakmaması*” gerekir. Bunun yanı sıra suçlanan sanığın mahkum edilmesi, ceza adaleti sistemini güçlendirmek ve Savcılık Teşkilatının nihai amacına ulaşması bakımlarından “*önemli*” olmalı, tanık “*önemli ve kendine özgü bir beyan*” sunabilecek durumda olmalı ve tanığın beyanına duyulan ihtiyaç, kamunun maruz kalabileceği tehlikelerden daha ağır basmalıdır. Belçika hukukunda²⁴² tam anonim tanıklığa, “*bazı kimlik bilgilerinin gizli tutulmasının yeterli bir koruma sağlamaması*” ve “*diğer soruşturma araçlarının maddi gerçeğin bulunması bakımından yetersiz kalması*” halinde karar verilebilir. Bununla birlikte “*diğer soruşturma araçlarının yetersiz kalması*” koşulunun, yalnızca anonim tanık beyanına dayanarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı ilkesiyle bağdaşmasının kolay olmadığı söylenmektedir. Bize göre de tanıkların korunması tedbiri bakımından, ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesi tedbirin kendi içindeki aşamalar arasında göz önüne alınmalıdır. Başka bir deyişle bu tedbir kapsamında esas olarak savunma haklarını daha az kısıtlayan bunun yanı sıra da daha az masraflı bir seçenikle tehlike önlenilecekse daha ağır bir seçeneğe başvurulmamalıdır. Belçika’da diğer özel soruşturma tedbirleri bakımından da bu koşul, “*klasik soruşturma araçlarının etkisiz kalması*” olarak benzer şekilde ifade edilmiştir²⁴³.

²³⁹ F. Yenisey, agb. , syf. 119

²⁴⁰ R. J. Bacigal, age. , syf. 217

²⁴¹ Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation”, National Institute of Justice, www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf , syf. 33

²⁴² M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 732

²⁴³ M. De Rue, agm. , syf. 1118

Bazı ülkelerde ise, ikinci derecede uygulanabilirlik ve orantılılık ilkelerini ortaya koyan benzer düzenlemelere daha farklı formülasyonlarla yer verilmiştir. Örneğin Fransa’da telefon dinleme tedbiri bakımından²⁴⁴ “*soruşturma gereklerinin tedbire başvurulmasını zorunlu kılması*” ölçütü kullanılmıştır. Romanya’da²⁴⁵ da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasının maddi gerçeğin bulunması bakımından elverişli olması gerekir. İsviçre’de ise iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurulabilmesi için suçun özelliğinin(particularité) müdahaleyi haklı göstermesi gerekir²⁴⁶. Bir başka deyişle Romanya’ya benzer biçimde tedbirin o suç bakımından delil elde etmeye elverişli olması gerekir. Hollanda’da ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, “*aciliyet*” koşuluna bağlanarak bu ilke daha farklı ele alınmıştır²⁴⁷.

Hukukumuzda, CMK md. 135/1’in gerekçesinde²⁴⁸ de bu tedbirlere ancak “*ultima ratio*” yani en son çare olarak başvurulabileceği belirtilmiştir. Kunter-Yenisey’e göre de²⁴⁹: “*Bu nedenle, diğer “klasik tedbirler” diyebileceğimiz arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerin “olayın araştırılması ve şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi” bakımından hiçbir başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuca göre çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi şarttır.*”

CMK’nın 135. maddesinin ilk fıkrasına göre “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbirine ancak “*başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması*” durumunda başvurulabilmektedir. CMK’nın 139. ve 140. maddelerinin ilk fıkralarında ise “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” ve “*teknik araçlarla izleme*” tedbirlerine “*başka surette delil elde edilememesi*” halinde başvurulabileceğinden söz edilmektedir. Bu iki ifade biçimi arasındaki fark dikkat çekicidir. Gerçekten, “*başka surette*” “*delil elde edilmesi imkanının bulunmaması*” ile “*delil elde edilememesi*” farklıdır. Bu ilke ÇASÖMK’nun md. 2/3’te “*Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise*” bu tedbirlerin uygulanmasına karar verilemeyeceği şeklinde ifade edilmişti.

²⁴⁴ G. Stefani/ G. Levasseur/ B. Bouloc, age. , syf. 538; J. Pradel, age. , syf. 399

²⁴⁵ R. Stanoiu, agm. , syf. 626

²⁴⁶ T. Legler, age. , syf. 216

²⁴⁷ C. De Valkeneer, age. , syf. 374

²⁴⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>

²⁴⁹ N. Kunter/F. Yenisey, age. , syf. 640

Hukumuzda bu ilke, tanıkların korunması tedbirleriyle ilgili olarak da söz konusudur. CMK md. 58/3 hükmünün uygulanabilmesi için tanık bakımından söz konusu olan tehlikenin “*başka türlü önlenemeyecek*” olması gerekir. Ayrıca Tanık Koruma Kanunu Tasarısı’nda öngörülen tanık koruma tedbirleri bakımından da bu ilkeye yer verilmiştir. Tasarının 5. maddesinin 2. fıkrasına göre²⁵⁰, bu maddede yazılı olan tedbirlere aynı anda başvurulabilecektir, ancak “*aynı sonuç daha hafif bir tedbirle elde edilebiliyor ise*” bu durum dikkate alınacaktır.

CMK 135/1’deki “*başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması*” şeklindeki düzenleme ÇASÖMK md. 2/3’deki düzenlemeye benzemektedir. Burada “*imkanın bulunmaması durumu*” “*önceden belirli bir varsayıma dayanılarak*”²⁵¹ belirlenecektir yani tedbirlerin denenmiş ve bundan sonuç alınamamış olması gerekmez; bunlar denendiğinde sonuç alınamayacağına ilişkin bir beklentinin varlığı yeterlidir²⁵². Valkeneer’e göre de²⁵³: “*Bu koşulun varlığı “in abstracto” olarak değerlendirilecektir. Gerçekten, makul olarak, bu tür tedbirlere başvurmak, diğer soruşturma araçlarının öncelikle uygulanıp başarısız olması gibi bir koşula bağlanamaz. Bu durumda, tedbire karar verecek mercii uygulanacak tedbirin hedeflenen amaca göre gerçekleştirilebilirliğini ve etkinliğini değerlendirmeye bağlı bir analiz yapacaktır. Kuşkusuz, bu ilkeye uyulup uyulmadığı her zaman rahatlıkla “a posteriori” olarak denetlenemez.*”

Buna karşın, 139. ve 140. maddelerdeki “*başka surette delil elde edilememesi*” ifadesi karşısında bu maddelerde düzenlenen tedbirler bakımından aynı sonuca varmak kolay değildir. Kaldı ki yasakoyucunun abesle iştiğal etmeyeceğinden bu ifadeyi bilinçli olarak kullandığını ve özel soruşturma tedbirlerinin birbirleri arasında da bu koşula yer vererek, 135. maddede düzenlenen tedbire 139. ve 140. maddelerde düzenlenen tedbirlere oranla bir öncelik tanımış olabileceğini düşünüyoruz. Nitekim ÇASÖMK zamanında da 5. maddenin ilk fıkrasında yer alan, “*Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığının anlaşılması halinde*” ifadesi ile “*gizli görevli kullanılması*” tedbirine diğer özel soruşturma tedbirlerine göre “*ultima ratio*” olarak başvurulması öngörülmüştü. Bize göre burada artık delil elde etmek için bütün

²⁵⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tanikkorumakanunun.htm>

²⁵¹ Benfer, MDR 1994, s. 13; Hilger, NStZ 1992, s. 460; Hassamer, KJ 1992, s. 68’den aktaran M. R. Erdem, age. , syf. 322

²⁵² Schmitz, s. 86’dan aktaran M. R. Erdem, ibid. , syf. 322

²⁵³ C. De Valkeneer, age. , syf. 446

yöntemler denenecek, sonuca ulaşılamayacak ve ancak bu takdirde 139. ve 140. maddelerdeki tedbirlere başvurulabilecektir. Kanımızca soyut olarak, yani belli bir varsayıma dayanarak alınan bir karar artık bu maddelerdeki düzenleme karşısında tedbirlere başvurmak için yeterli değildir.

e) Tedbirle İlgili Olan Kişiler

CMK'nın 135. maddesine göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri “*şüpheli*” veya “*sanık*” hakkında uygulanır. Bilindiği gibi 5271 sayılı CMK “*şüpheli*” ve “*sanık*” kavramlarını yargılamanın aşamalarıyla ilişkilendirmiştir. CMK'nın “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesine göre şüpheli, “*Soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi*”; sanık ise, “*Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi*” ifade eder. CMK md. 140/1'e göre “*Teknik araçlarla izleme*” tedbiri de hem “*şüpheli*”, hem de “*sanık*” hakkında uygulanır.

Demek ki, söz konusu tedbirlere ceza muhakemesinde hem “*soruşturma*” hem de “*kovuşturma*” evresinde başvurulabilecektir. Bizim için burada önemli olan bu evrelerin söz konusu tedbire başvurmak için aranan şüphe yoğunluğuyla olan ilişkisidir. CMK md. 170, soruşturma aşamasında toplanan delillerin “*yeterli suç şüphesi*” oluşturması durumunda Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyerek kamu davasını açması öngörülmüştür. Demek ki kanun, kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için en azından “*yeterli suç şüphesi*”nin varlığını aramıştır. Bize göre, şüphenin böyle bir yoğunluğa ulaştığı bir aşamada bu tedbire başvurmak orantılılık ilkesiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, ceza muhakemesinde hazırlık soruşturması aşamasına egemen olan ve diğer bütün özel soruşturma tedbirleri gibi bu tedbirin de özelliği olan gizlilik ilkesi, son soruşturma aşamasında söz konusu değildir. Ceza muhakemesinin bu aşamasında bilindiği gibi açıklık ilkesi egemendir, ve söz konusu tedbirlere bu aşamada başvurulmasını bu ilkeyle de bağdaştırmak güçtür.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımındansa CMK'nın 139. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “*görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması*” ifadesi, bu tedbirin de hem “*şüpheli*” ye hem de “*sanık*”a yönelik olarak uygulanabileceği sonucunu çıkarmaya elverişlidir. Bununla birlikte bu ifadeden doğrudan doğruya böyle bir sonuca varmak da mümkün değildir. Nitekim

md. 139/1'de de yalnızca “*soruşturma konusu suç*”tan söz edilmesi bu yorumu kuvvetlendirmektedir. Bize göre, burada yalnızca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri sonucu elde edilen kişisel bilgilerin, aynı suça ilişkin yargılamanın aşamaları dışında başka bir yargılamada kullanılamayacağı ifade edilmek istenmiştir. Bizi böyle bir yoruma iten başlıca sebep, bu tür tedbirlere “*kovuşturma*” aşamasında başvurulmasının orantılılık ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündeki yukarıda açıkladığımız görüşümüzdür.

Soruşturma aşamasından sonra “*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*” verilmiş ise, bundan böyle “*şüpheli*”den söz edilemeyeceği için aynı kişiye yönelik olarak bu tedbirlere başvurmak olanaksızdır. Nitekim telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili olarak bu hususa yer CMK md. 137/3'de açıkça yer verilmiştir. Şüphesiz bu yorumun diğer tedbirler için de geçerli olması gerekir. Beraat ya da mahkumiyet olsun yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasından sonra da “*şüpheli*” ortadan kalktığı için bu tedbirlere başvurulamaz.

CMK md. 135/2'de ÇASÖMK'ndan farklı olarak, “*Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı*” düzenlenmiştir. Bu hükümde, neden sadece “*kayda alma*”dan söz edildiği maddenin gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Bu hükümden şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin “*dinlenmesi*” ve “*tespiti*”nin ise mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Hükümün devamına göre iletişimin karşı tarafının tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olduğunun, “*kayda alma gerçekleştirildikten*” sonra anlaşılması halinde, bu kayıtların derhal yok edilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm karşılaştırmalı hukuktaki eğilime aykırı olarak kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olanlar(CMK md. 45) bakımından bir denetleme yasağı getirmesi sebebiyle eleştiriye uğramıştır²⁵⁴.

CMK'nın, “*Müdafinin bürosu ve yerleşim yeri*” başlıklı 136. maddesine göre ise: “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.*” Bu madde ilk bakışta müdafiler için bir güvence gibi gözükse de, maddede 135. madde hükmünün uygulanmayacağı telekomünikasyon araçları arasında günümüzde iletişimin çok büyük bir bölümünün yapıldığı mobil telefonların

²⁵⁴ M. R. Erdem, agm. , syf. 101

sayılmayarak, kapsam dışı bırakılması düşündürücüdür. Bununla birlikte, CMK. md. 46'ya göre avukatlar tanıklıktan çekinme yetkisine sahip oldukları için, CMK md. 135/2'nin düzenlemesi müdafiler için de ek bir güvencedir. Şunu da eklemeliyiz ki, karşılaştırmalı hukukta avukatların, yazıhaneleri veya konutlarında bağlı bulunan hatlarla ilgili olarak bile dinleme yapılabileceğine ilişkin düzenlemelerle karşılaşılıyor. Örneğin Fransa'da²⁵⁵ bu mümkündür. Ancak bunun için önceden baroya bilgi verilmesi zorunludur. İsviçre'de ise²⁵⁶ görevleri veya meslekleri sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların telefon konuşmaları kaydedilemez ve kullanılmaz. Bu yasağın kapsamına avukatlar da girmektedir. Şüphelinin telefonunun dinlenmesi sırasında, avukatıyla olan konuşmalarının kaydedilmesi halinde de, mesleki sır niteliğinde olan bölümlerin ayıklanması gerekir.

2) Biçimsel Koşullar

a) Karar Verme Yetkisi, Kararın İçeriği ve Kararın Yerine Getirilmesi

aa) Karar Verme Yetkisi

Hukumuzda, özel soruşturma tedbirlerine kural olarak hakim²⁵⁷ karar verir. Bunun tek istisnası “*gecikmesinde sakınca bulunan haller*”dir. Bu gibi hallerde tedbir kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından verilebilir. 4422 sayılı ÇASÖMK'nda²⁵⁸ da aynı yönde düzenleme mevcuttu. Buraya kadar “*İletişimin, tespiti dinlenmesi ve kayda alınması*”, “*Teknik araçlarla izleme*” ve “*Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” tedbirlerinin uygulanma koşulları arasında bir fark yoktur. Bu

²⁵⁵ P. Conte/P. M. du Chambon, age. , syf. 263; G. Stefani/ G. Levasseur/ B. Bouloc, age. , syf. 538

²⁵⁶ T. Legler, age. , syf. 219

²⁵⁷ M. Naci Ünver, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, syf. 77 ““*İletişimin dinlenmesi veya tesbiti*” ile ilgili olarak hakim kararı alınıp alınmamasının değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılığına ait bir yetki ve görevdir. Kollukça Cumhuriyet Savcılığından bu konuda bir istemde bulunulduğunda Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda iletişimin dinlenmesi veya tespitine gerek duyulduğu takdirde hakimden karar istenecektir. Aksi halde kolluk tarafından Cumhuriyet Savcılığına bu konuda yapılan başvurulardan Cumhuriyet Savcılığınca katılmayanlar da Cumhuriyet Savcılığı düşüncesi ile hakime havale edilir duruma gelinir ki yasalarımızda böyle bir usul mevcut değildir.” (Yargıtay 8. CD. 21.12.2000 E. 27613 K. 21500)

²⁵⁸ ÇASÖMK'nun “*İşlemlerin Uygulanması*” kenarbaşlıklı 8. maddesine göre: “*3,4,5,6 ve 7 inci maddelerde öngörülen tedbir ve işlemlere ait kararların alınmasında ve uygulanmasında 2 inci maddedeki usul ve esaslara uyulur.*” Bu düzenleme sebebiyle ÇASÖMK'ün 2. maddesinde düzenlenen “*İletişimin dinlenmesi ve tespiti*” tedbirine ilişkin uygulanma koşulları kanundaki diğer özel soruşturma tedbirlerini de kapsamaktadır. H. Köroğlu, age. , syf. 402

aşamadan itibaren ise yeni CMK’da düzenlenen bu üç özel soruşturma tedbiri arasında büyük farklar dikkat çekmektedir. Şimdi bunları açıklamaya çalışacağız.

Öncelikle, CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen “*İletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması*” tedbirine “*gecikmesinde sakınca bulunan bir hal*” sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, Cumhuriyet savcısı kararını “*derhal*” hakimin onayına sunacak ve hakim de kararını 24 saat içinde verecektir. Erdem’e göre²⁵⁹: “*Getirilen düzenleme, hakim için 24 saat içinde kararı onaylama zorunluluğu öngörmekle birlikte, cumhuriyet savcısının belirli bir süre için değil “derhal” kararı hakim onayına sunması gibi bir zorunluluk içermektedir. Bu durumda tedbire ilişkin cumhuriyet savcısı kararının söz gelimi üç gün sonra da hakim onayına sunulması mümkün gözükmemektedir.*” Bize göre bu yorum yersizdir. Gerçekten “*derhal*” sözcüğü “*çabuk*” sözcüğünden bile daha büyük bir hızı ifade etmektedir. Öyle ki bu sözcük bir şeyin “*hemen*”, zaman kaybetmeksizin, son derece hızlı yapılmasını ifade eder. Üstelik, “*Haberleşme Hürriyeti*”ne ilişkin Anayasa md. 22’nin “*Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur.*” yönündeki düzenlemesi karşısında “*derhal*” sözcüğünün bu şekilde yorumlanabilmesi bizce olanaksızdır. Kanımızca bu düzenlemeyle, Cumhuriyet savcısınca verilen kararın, 24 saat içinde hakim kararına bağlanması ve “*derhal*” sözcüğü de kullanılarak bu süre zarfında zaman kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme büyük ölçüde ÇASÖMK md. 2/5’e benzemektedir. ÇASÖMK’unda da “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*”, “*Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin 24 saat içinde hakim kararına bağlanması şarttır.*” denilmekteydi. Erdem’e göre²⁶⁰, burada üzerinde durulması gereken bir konu da bu 24 saatlik sürenin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı idi. Yazara göre bu düzenlemeden, sürenin savcı tarafından tedbire karar verildiği andan itibaren değil de, tedbirin uygulanmasına başlanmasından itibaren işlemeye başlayacağı gibi bir sonuç çıkıyordu. Yani sürenin başlaması için “*işlemin gerçekleştirilmesi*”, diğer bir deyişle tedbire başvurulmuş olması aranmıştı. Bu yorum bakımından hakim kararına bağlama süresi, Cumhuriyet savcısının kararından itibaren 24 saati aşabilecekti. Gerçi, tedbire Cumhuriyet savcısınca karar verildiğinde mutlaka “*gecikmesinde sakınca bulunan bir hal*” bulunduğu ve bu yüzden savcının kararından itibaren mümkün olduğunca çabuk tedbirin uygulanmaya başlanması

²⁵⁹ M. R. Erdem, agm. , syf. 102

²⁶⁰ M. R. Erdem, age. , syf. 341

gerekeceğinden söz konusu süre aşımı fazla olmayacaktı. Bize göre, yeni CMK'daki düzenlemenin bu tür tartışma veya yorumlara yer vermemesi bakımından ÇASÖMK md. 2/3'dekinden bir adım daha ileride olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte kanun koyucunun aynı duyarlılığı diğer iki tedbir bakımından göstermemiş olması düşündürücüdür. Gerçekten, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri CMK tasarısına sonradan TBMM Adalet Komisyonunda eklendiklerinden olsa gerek, aynı konuda “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbirinden oldukça farklı düzenlemeler öngörmektedir.

Şöyle ki CMK md. 140/2'de, teknik araçlarla izleme tedbirine, “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, sadece bu kararın “*yirmidört saat içerisinde hakim onayına sunulması*” öngörülmüştür. Maddede, hakimin kararını ne kadar sürede açıklaması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Bunun bir eksiklik olduğu açıktır. Bu eksikliğin yasakoyucu tarafından zaman kaybetmeksizin düzeltilmesi en iyi çözüm olmakla birlikte, geçici bir çözüm olarak teknik araçlarla izleme tedbirinin müdahalede bulunduğu üç temel hak ve özgürlük olan özel hayatın gizliliği (Anayasa md. 20), konut dokunulmazlığı (Anayasa md. 21) ve haberleşme hürriyetinin (Anayasa md. 22) düzenlendiği Anayasa'nın ilgili maddelerindeki “*hakim kararını kırksekiz saat içinde açıklar.*” hükmünden hareket edebiliriz. Bize göre hakim kararını, Cumhuriyet savcısınca tedbire karar verildiği andan itibaren 48 saat içerisinde açıklamalıdır. Hakimin bu süre içinde kararını açıklamaması veya kararı onaylamaması durumunda tedbirin uygulanmasına derhal son verilmelidir. Kuşkusuz bu halde, hakimin kararını açıklamasına kadar geçen en fazla 48 saat olması gerektiğini düşündüğümüz süre içerisinde elde edilen kayıtların ve verilerin imha edilmesi gerekir. Bu kayıtların ceza muhakemesinde kullanılmasının hukuka aykırı delil olacağı açıktır. Ancak daha sonra açıklayacağımız gibi yeni CMK'da 135. madde bakımından olmasa da 139. ve 140. maddede düzenlenen tedbirler bakımından bu hususta da bir eksiklik göze çarpmaktadır.

CMK'nın 139. maddesinde düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” Cumhuriyet savcısınca karar verilmesi halinde ise, Cumhuriyet savcısınca verilen bu kararın hakim onayına sunulması hususunda hiçbir hüküm öngörülmüş değildir. Gerçekten maddedeki

düzenlemeden çıkan sonuç, takdiri Cumhuriyet savcısına ait olan “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” tedbire yine Cumhuriyet savcısınca karar verilebileceği ve bu durumda hakim onayının aranmayacağı yönündedir. Bunun, hakim denetimini ve temel hak ve özgürlüklere böylece sağlanan güvenceyi bütünüyle ortadan kaldıran bir düzenleme olduğu açıktır.

Karşılaştırmalı hukukta da, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için, ülkemizdekine benzer biçimde, genellikle hakim veya mahkeme kararının arandığını, acil durumlarda tedbire savcı tarafından karar verilmesi halinde ise bu kararın kısa sürede hakim onayına bağlanması gerektiğini görüyoruz. Örneğin Almanya’da²⁶¹ iletişimin denetlenmesi tedbirine sadece hakim karar verebilir. Ancak Alman CMK md. 100b’ye göre “*gecikmede tehlike varsa*” savcılık da emir verebilir. Savcılığın emri üç gün içinde hakim tarafından onaylanmadığı takdirde, geçerliliğini yitirir. İtalya’da²⁶² da savcılığın sorgu hakiminin onayını alması gerekmektedir. Acil durumlarda, savcılık gerekçeli bir kararnameyle tedbirin uygulanmasına karar verebilir. Bu karar 24 saat içerisinde hakim onayına sunulmalı ve hakim kararını savcılık kararnamesinden itibaren 48 saat içerisinde açıklamalıdır. Fransa’da²⁶³ telefon dinleme tedbirine karar vermeye sorgu hakimi yetkilidir. Benzer şekilde Belçika’daki²⁶⁴ düzenleme de sorgu hakiminin emrini aramaktadır.

ABD’de ise elektronik izleme tedbirine başvurmak için federal mahkemenin izni gerekir²⁶⁵. Bununla birlikte ulusal güvenliği tehdit eden ya da organize suçluluk niteliğindeki eylemlerle ilgili olarak, acil durumlarda hakim onayı alınması için yeterli zaman olmaması halinde tedbir uygulamaya konulabilir, ancak tedbir uygulamaya konulmasından itibaren 48 saat içerisinde hakim onayına sunulmalıdır²⁶⁶. İsveç’de telefon dinleme tedbirine mahkeme karar verir²⁶⁷.

Buna karşılık Romanya’da²⁶⁸ bu tedbire başvurulabilmesi için savcının gerekçeli olarak onay vermesi yeterlidir. Yine İsviçre’de²⁶⁹, iletişimin denetlenmesi

²⁶¹ F. Yenisey, agb. , syf. 119

²⁶² M. Delmas-Marty, age. , syf. 321-322

²⁶³ J. Pradel, age. , syf. 399

²⁶⁴ M. Delmas-Marty, age. , syf. 200

²⁶⁵ R. J. Bacigal, age. , syf. 217

²⁶⁶ H. Abadinsky, age. , syf. 346-347

²⁶⁷ D. Tölliborg, agm. , syf. 255

²⁶⁸ R. Stanoiu, agm. , syf. 626

²⁶⁹ T. Legler, age. , syf. 213-216

ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurmak isteyen yetkili merci, derhal(genellikle en geç 24 saat içerisinde) hakim onayını almalıdır. Bu ülkede hakim yaptığı denetim “*a posteriori*” bir denetimdir. Federal ceza yargılamasında yetkili hakim, Federal Mahkemenin ceza dairesi başkanı, askeri ceza yargılamasında askeri yargıtay başkanıdır. Federal ceza muhakemesi kanununa göre ilk soruşturmadan önce veya önleyici amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması talimatını verecek ve hakime başvuracak yetkili mercii savcıdır. İlk soruşturmanın açılmasından sonra tedbire başvurmaya federal sorgu hakimi yetkilidir ve yalnızca iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması talimatını verebilir. Federal ceza yargılamasından farklı olarak, askeri ceza yargılamasında ilk soruşturmanın açılmasından sonra da sorgu hakimi teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilir. İngiltere’de ise²⁷⁰ iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için içişleri bakanının(home secretary) emri aranarak oldukça farklı bir düzenlemeye gidilmiştir.

Hollanda’da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine karar vermeye yetkili mercii savcılıktır. Özel soruşturma tedbirlerinden hangisine başvurulacağını takdir etmek ve kişilerin özel hayatına saygı hakkı bakımından somut olaydaki değerler tartımını yapmak savcının görevidir. Savcının bu merkezi konumuna, kolluk da öneriler getirerek ve tedbirlerin gerçekleştirilebilirliğini değerlendirerek yardımcı olur²⁷¹. Belçika’da²⁷² ise, izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerine başvurmak için savcılığın izni aranırken, yalnızca konut içerisinde yapılan teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından sorgu hakiminin onayı gerekmektedir.

Belçika’da kısmi anonim tanıklık kapsamında bazı kimlik bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin karar, re’sen, tanığın veya avukatının talebi ya da taraflardan birinin(savcılık, sanık veya müdafii ya da müdahil veya vekili) tarafından verilen bir dilekçe üzerine yetkili hakimce verilir²⁷³. Tam anonim tanıklığa ilişkin olarak ise, sorgu hakimi bir tanığın kimliğinin tamamen gizli tutulmasını emredebilir. İstinaf veya temyiz mahkemesi veya ağır ceza mahkemesinin başkanı da, sorgu hakiminden re’sen ya da taraflardan birinin veya avukatlarının talebi üzerine, söz konusu tanığın tekrar dinlenilmesini veya yeni bir tanığın tam anonim statüde dinlenilmesini

²⁷⁰ M. Delmas-Marty, age. , syf. 153

²⁷¹ C. De Valkeneer, age. , syf. 371

²⁷² M. De Rue, agm. , syf. 1127-1128

²⁷³ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 725

emredebilirler. Yani bir tanık tam anonim statüde yalnızca sorgu hakimince dinlenebilir. Sorgu hakimi tam anonim statü sağlanan tanığın kimliğinin gizli tutulması için makul olarak gereken bütün tedbirleri alır²⁷⁴. Hollanda'da²⁷⁵ da mahkeme üyesi bir hakim re'sen veya savcılığın, sanığın ya da müdafinin başvurusu üzerine bir tanığın anonim olarak dinlenmesini emredebilir. ABD'de²⁷⁶ Fedaral Tanık Koruma Programı Adalet Bakanlığı'na bağlı, Cezai İşler Bölümü'nün Soruşturma Operasyonları Bürosu(Office of Enforcement Operations) tarafından yürütülür. Bu büro, program hizmetlerinin ilgili her tanık için uygulanıp uygulanmayacağına dair son kararı vermeye yetkilidir. Programın uygulanmasını, tanık beyanının kullanılacağı davaya bakan Fedaral savcının talep etmesi gerekir.

bb) Kararın İçeriği

Tedbir kararlarının içeriğine ilişkin olarak ÇASÖMK'unda, herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildi. Yeni CMK'da ise yalnızca 135. maddenin 3. fıkrasında "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" tedbirine ilişkin kararda bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre kararda, "*yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası, veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi*" belirtilecektir.

CMK'da, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerine ilişkin olarak verilen kararlarda bulunması gereken hususlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte 139/3'ün ilk cümlesinde, "*Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir.*"denmektedir. Bu hükümden kararın yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bize göre de bu tedbirler gizli olduklarından, bunlara ilişkin kararın yazılı olması bu hususda kanunda açık bir düzenleme bulunmasa bile şarttır. Gerçekten ceza muhakemesinde açıklık ile sözlülük ilkelerinin kardeş olması gibi gizlilik ilkesiyle de yazılılık kardeşdir. Nitekim Erdem'e göre²⁷⁷: "*Tedbirin kötüye kullanılması olanağını belli ölçüde ortadan*

²⁷⁴ M. A. Beernaert/ D. Vandermeersch, agm. , syf. 730-731

²⁷⁵ C. De Valkeneer, age. , syf. 357

²⁷⁶ Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation", National Institute of Justice, www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf , syf. 33

²⁷⁷ M. R. Erdem, age. , syf. 341

kaldırmak için kararın yazılı olması gerekir. Aksi takdirde söz konusu tedbirler gizli olduğu için, karar yazılı olmadığı sürece, tedbirin hukuka aykırı olması durumunda etkili bir denetimin gerçekleştirilmesi olanaksızdır.”

Bize göre tedbirlere ilişkin kararlarda²⁷⁸, 1) şüpheli(ler) veya sanık(lar)ın adlarına, 2) On(a)lara isnad edilen fiil veya fiillerin, başvurulacak tedbir veya tedbirler hangisiyse onlarla ilgili maddelerde sayılan suçlardan biri veya birkaçının kanundaki tanımına uygun olduğunu gösteren olgulara, 3) Hangi özel soruşturma tedbiri veya tedbirlerine başvurulacağına, 4) Şüpheli veya sanığın söz konusu fiili işlediğine ilişkin dayanak oluşturan kuvvetli şüphe sebeplerine, 5) İkinci derecede uygulanabilirlik koşulunun gerçekleştiğine ilişkin gerekçelere 6) Tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*”in varlığını gösteren olgulara, 7) Kararın verildiği tarih ve saate, 8) Tedbire ne kadar süre için başvurulacağı hususlarına yer verilmesi gerekir.

İtalya’da²⁷⁹ iletişimin denetlenmesine ilişkin savcılık kararlarında tedbirin niteliği ve süresi hakkında bilgiler bulunmalıdır. Fransa’da yazılı olması gereken iletişimin denetlenmesi kararında, dinlenecek hatta ilişkin bütün bilgilere, tedbire konu olan suça ve tedbirin süresine yer verilmelidir²⁸⁰. Benzer biçimde Almanya’da²⁸¹ da tedbir kararı yazılı olmalıdır. Kararda yönelmiş olduğu ilgilinin adı ve adresi, tedbirin cinsi, kapsamı ve süresine ilişkin hususlar yer almalıdır. ABD’de ise elektronik izleme tedbiri doğası gereği “*rasgele yapılan bir arama*” niteliğinde olduğundan özel hayata daha ağır bir müdahaledir ve bu sebeple elle tutulabilen şeylerin aranmasından daha sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu yüzden federal mahkemeye yapılacak bir elektronik izleme başvurusunda normal arama müzakerelerinde bulunan bilgilerin yanısıra, ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine ilişkin değerlendirmeye, tedbirin ilgili olduğu suça, biliniyorsa suç işlemekte olan kişinin adına ve kimin iletişiminin dinleneceğine, daha önce aynı kişi veya yerlerle ilgili başvuru yapılmışsa bu başvurulara ve tedbirin uygulanması öngörülen süreye yer verilmelidir²⁸². Yine Hollanda’da²⁸³, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi emri yazılı olmalıdır. Bu emirde, organize yapının tasvirine, tedbirin uygulanmasına

²⁷⁸ M. R. Erdem, ibid. , syf. 342

²⁷⁹ M. Delmas-Marty, age. , syf. 322

²⁸⁰ J. Georgel, age. , syf. 86

²⁸¹ F. Yenisey, agb. , syf. 119

²⁸² R. J. Bacigal, age. , syf. 216-217

²⁸³ C. De Valkeneer, age. , syf. 375

ilişkin maddi koşulların özellikle ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesinin gerçekleştiğini gösteren olgulara ve durumlara, görevin gerçekleştirilmesine ilişkin koşullara(gizli soruşturmacının suç işlemesi gibi) ve emrin geçerlilik süresine yer verilmelidir.

cc) Kararın Yerine Getirilmesi

Tedbirlere ilişkin kararların nasıl ve kim tarafından yerine getirileceğine ilişkin olarak gerek geçmişte ÇASÖMK'nunda²⁸⁴, gerekse yeni CMK'da özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. Diğer bir deyişle bu amaçla özel yetkili kurumlar oluşturulmuş değildi.

Bununla birlikte yukarıda söz ettiğimiz 5397 sayılı kanunla gerek bu kanun kapsamında önleyici amaçlı olarak, gerekse 5271 sayılı CMK md. 135 kapsamında bastırıcı amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması halinde yapılacak işlemlerin tek bir merkezden yürütülmesi öngörülmüştür. Bu merkez Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, kurum başkanına doğrudan bağlı “*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*” adıyla kurulacaktır. Kanunun geçici maddesine göre bu merkezin en geç altı ay içerisinde kurulması öngörülmüştür. Bu merkez, bir başkan ve “*teknik, hukuk ve idari*” olmak üzere üç uzmandan oluşturulacaktır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine başbakan tarafından atanacaktır. Merkez bünyesinde Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer de temsilci bulunması öngörülmüştür. Ancak halen Anayada Mahkemesi'nde iptal davasına konu olan bu düzenlemenin uygulanma fırsatı bulacağı tereddütlüdür. Gerçekten, “*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*” adı altında, aslında bağımsız bir idari otorite değil, yürütmeye ve özellikle başbakana bağımlı bir merkez kurulmaktadır. Üstelik aynı yasayla CMK kapsamındaki dinlemelerin de, bu merkezden yürütülmesinin öngörülmesi yargı bağımsızlığına gölge düşürecek niteliktedir. Bu bağlamda örneğin Fransa'da önleyici amaçlı idari dinlemelerle ilgili olarak 1991 tarihli yasa, görevi sistemin işlemlerini gözetmek ve senelik bir rapor sunmak olan, “*Güvenlik Amaçlı*

²⁸⁴ÇASÖMK Uygulama Yönetmeliğinin “*Dinleme görevlisi*” başlıklı 12. maddesinin ilk cümlesinde: “*İletişimin dinlenmesi ve tespiti ile ilişkili işlemlerin icrası için yeterli sayıda kolluk mensubu görevlendirilir.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttu. H. Köroğlu, age. , syf. 410

Dinlemeler Ulusal Komisyonu” adı altında bir bağımsız idari otorite kurmuştur²⁸⁵. Bu komisyon, üyelerinin seçimi ve görevleri süresince sahip oldukları güvenceler bakımından hükümete karşı bağımsızdır. Dahası adli amaçlı dinlemelerle ilgili de herhangi bir yetkiye sahip değildir. Kanımızca ülkemizde de idari amaçlı dinlemelerle ilgili olarak Fransa örneğine benzer bir düzenleme yapılmalıdır. Adli amaçlı dinlemeler ise gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatı kurularak, savcılığın denetimi altında uzman kadrolarca yapılmalıdır.

CMK’ya göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin kararlar, savcı ve onun yardımcı organı olan kolluk tarafından yerine getirilecektir. Bununla birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olarak daha önce açıkladığımız gibi, gizli soruşturmacının mutlaka kolluk görevlisi olması gerekmemektedir.

CMK 137/2’nin ilk cümlesinde, *İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbirine ilişkin karar gereğince tutulan kayıtların, “*Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından*” çözümlenerek, metin haline getirileceği öngörülmüştür. Madde metninde bu kişilerin “*kolluk*” mensubu olmaları açıkça öngörülmemiştir, hatta bu düzenleme “*sivil*” kişilerinde bu işlemin yapılmasında görevlendirilebileceği sonucu çıkarmaya elverişlidir. Bununla birlikte madde gerekçesinden²⁸⁶ bu işlemin mutlaka Cumhuriyet savcılığınca veya kolluk tarafından yerine getirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak gerekçe bağlayıcı olmadığı ve uygulamada büyük bir olasılıkla gerekçeye bakılmayacağı için ve kaldı ki gerekçe de kendi içinde çok iyi kaleme alınmadığından, kayıtların çözümü konusunda uzman sivil kişilerin de görevlendirilebilmesi bize göre mümkün olabilecektir. 137/2’nin ikinci cümlesinde de yabancı dildeki kayıtların “*tercüman aracılığı*” ile Türkçe’ye çevrileceği öngörülmüştür. Bu hüküm de işlemlerin yapılmasında kural olarak kolluğun yetkili olmasının bir istisnasıdır. Kanımızca en doğrusu bu tür işlemleri yapacak yeterli sayıda uzman adli kolluk personelinin yetiştirilmesi ve ilgili hükümlerin bu doğrultuda yeniden düzenlenmesidir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararının yerine getirilmesiyle ilgili olarak, özel kişiler açısından işbirliği yükümlülüğü getiren ve

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. J. Georgel, age. , syf. 87-91

²⁸⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm> “*Elde edilen kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca veya görevlendireceği kolluk memuru tarafından çözümlenir ve metin haline getirilir.*”

ÇASÖMK md. 2/son'daki²⁸⁷ düzenlemenin bir benzeri CMK md. 137/1'de de öngörülmüştür. Bu hükme göre: “*Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir.*” ÇASÖMK’ndan farklı olarak yeni CMK’da özel iletişim kuruluşlarının bu istemi yerine getirmeye yanaşmaması halinde, zor kullanılabileceği şeklinde bir yaptırımın öngörülmüş olması yerinde bir düzenlemedir.

Yine telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK 137/1’in son cümlesinde “*İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliğinin bir tutanakla saptanması*” öngörülmüştür. Bununla birlikte benzer bir düzenlemenin 140. maddede düzenlenen “*Teknik araçlarla izleme*” tedbiri bakımından öngörülmemesi bir eksikliklerdir.

Özel soruşturma tedbirlerinin en belirleyici özelliklerin birinin “*gizlilik*” olduğundan söz etmiştik. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından bu ilkeye CMK’da yer verilmiştir. CMK md. 135/5’e göre: “*Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.*”

Teknik araçlarla izleme tedbirinin ise ÇASÖMK’ndaki düzenlemede “*gizli*” olma niteliği hem başlı başına tedbirin adında, hem de madde metninde vurgulandığı halde CMK’daki yeni düzenlemede bu nitelik vurgulanmamıştır. Bunun bilinçli bir tercih mi yoksa yasa koyucunun ihmali mi olduğu anlaşılamamaktadır. Kanımızca, tedbirin istisnai niteliğini ortaya koyan bu özelliğin kanuni düzenlemede vurgulanması gerekirdi. Öyle ki tedbirin “*gizli*” olarak uygulanması sonucu elde edilen delillerin sırf bu yüzden hukuka aykırılığının iddia edilebileceği düşüncesindeyiz. Tedbirin “*gizli*” olarak uygulanmaması halinde ise, tedbir amaca ulaşmaya elverişli olmayacağı için uygulanması orantılılık ilkesine aykırı olacaktır.

²⁸⁷ “*Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını veya bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde bu istem derhal yerine getirilir.*” H. Köroğlu, age. , syf. 402-403

Bu başlık altında ele alınması gereken en önemli konular, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkindir.

139. maddenin 2. fıkrasında gizli soruşturmacıya “uydurma kimlik” verilebileceği “Gizli soruşturmacının kimliği değiştirilebilir.” demek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. ÇASÖMK’nda sadece “gizli görevlinin kimliğinin” gizli tutulacağından söz ediliyordu. “Uydurma kimlik” konusu, kanunun 5. maddesinin son fıkrasıyla yollama yaptığı İçişleri Bakanlığı’nca çıkarılan Uygulama Yönetmeliği’nin²⁸⁸ “Gizli görevlinin çalışma ilkeleri” başlıklı 29. maddesinin dördüncü fıkrasında: “Gizli görevliye, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi, özlük haklarının korunması ve benzeri işlemler koruma birimi tarafından yerine getirilir. Belgelerin temini hususunda, kendilerinden talepte bulunulan Devlet merci ve makamları yardımcı olur.” denilerek ve yine bu yönetmelikte “Koruma biriminin görevleri” başlıklı md. 39/1’in c bendinde: “c) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, diploma, evlilik cüzdanı ve her türlü ruhsat gibi resmi belgelerin düzenlenmesini sağlamak” şeklinde düzenlenmişti ve bu yüzden eleştiriye uğramıştı²⁸⁹. Kanımızca “uydurma kimlik” verilmesinin kanunda düzenlenmesi yerinde olmuştur. Nitekim Almanya²⁹⁰ ve Belçika’da²⁹¹ da bu hususa kanunda yer verilmiştir. Bununla birlikte Almanya’daki düzenlemeye benzer biçimde²⁹² gizli soruşturmacının, “uydurma kimlikle hukukî işlemler yapabileceği”nden söz edilmesi de yeni eleştirileri beraberinde getirmiştir²⁹³.

139. maddenin 3. fıkrasına göre, soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilecektir. Bu hükümden, tedbire ilişkin karar ve belgelerin dosyaya girmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla, kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme yetkisi kısıtlanamayacak olan müdafinin, bu yetkisinin bir anlamı kalmadığı söylenebilir. Bu hüküm savunma hakları ve yargı denetimini bakımından sakıncalıdır. Fıkranın devamında soruşturmacının kimliğinin, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulması öngörülmüştür. Bu hükmün, hem soruşturmacının can güvenliğinin

²⁸⁸ H. Köroğlu, age. , syf . 415-416

²⁸⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 97

²⁹⁰ Y. Ünver, agm. , syf. 447-448

²⁹¹ M. De Rue, agm. , syf. 1110-1111

²⁹² Y. Ünver, agm. , syf. 447-448

²⁹³ Şeref Dede, agb. , syf. 69 Konuşmacı avukat şöyle demektedir: “...Bu gizli görevlinin kimliği değiştirilebilecek. (burası çok şaşırtıcı)Bu kimlikle hukuki işlemler yapabilecek. Yani daire alacak, evlenecek. Çünkü bunlar hukuki işlem. Burada sınırlama yok. Yani araba alacak. Böylece aslında biz muhatap olduğumuz bazı insanların, gerçekte o insan olup olmadığını bilemeyeceğiz.”

korunması, hem de soruşturmacıdan gelecekte başka operasyonlarda yararlanılabilmesi amacıyla konulduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte gizli soruşturmacının bu şekilde, kimliği gizli tutularak anonim tanık olarak dinlenmesi halinde adil yargılanma hakkına ilişkin yeterli güvencelerin öngörölmüş olması gerekeceğı kuşkusuzdur.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin öğretide tartışılan, soruşturmacının suç işleme²⁹⁴ ve provokasyon olmak üzere iki temel sorun vardır.

Valkeneer²⁹⁵, gizli soruşturmacının işleme söz konusu olabilecek suçları iki gruba ayırmaktadır. Yazara göre, birinci gruptakilerle güdülen amaç gizli soruşturmacının kimliğini saklamak, ikinci gruptaki suçların amacıysa tedbirin hedeflenen sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Birinci gruptaki suçların meşruiyeti sorun yaratmaz. Bunlar uydurma kimlik ve belgeler verilmesi, hayali şirketler kurulmasına bağılı olarak oluşan suçlardır. Esas sorun ikinci gruptaki suçlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu gruba, suç örgütünün içine sızmak da dahil, tedbirin amacına ulaşması için gerekli olan her türlü suç girer. Bu grubun kapsamına, gerektiğinde bazen ağır biçimde bireysel veya kollektif menfaatlere zarar veren, amaca ulaşmaya elverişli geniş bir yelpazedeki fiiller girer. Yazara göre kişilerin fiziksel veya ruhsal bütönlüklerine zarar veren suçlar, daima gizli soruşturmacının işleyebileceğı suçların kapsamı dışında tutulmalıdır. Ayrıca dolaylı yoldan da olsa böyle bir zarara yol açabilecek, silah, patlayıcı ya da buna benzer maddelerin sağlanması gibi suç fiilleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Özel menfaatlere zarar veren fiiler ise yalnızca, sıkı koşullara bağlanması ve meydana gelebilecek zararın sınırlı kalması halinde kabul edilebilir. Ancak ne olursa olsun, işlenen fiille amacı arasında bir orantı bulunmalıdır. Gizli soruşturmacının katıldığı suç fiilleri yüzünden meydana gelen zararı tazmin amacıyla devletin hukuki sorumluluğuna gidilebilir.

Kişilerin bütönlüğü hariç özel menfaatlere veya kollektif menfaatlere zarar veren nitelikteki(rüşvet, karapara aklama gibi) suçlara, işlenmelerini kolaylaştırmak amacıyla, gerekli olsun ya da olmasın, yardımlarda bulunmak suretiyle iştirak fiilleri ise; kalacak yer, taşıma aracı veya belge sağlama gibi aktif bir hareket şeklinde ortaya çıkabileceğı kadar, suçu önlemede çekimser kalma ya da kovuşturmayı erteleme gibi pasif hareketler şeklinde de ortaya çıkabilir. Bütönlü bu iştirak fiillerinde

²⁹⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. V. Ö. Özbek, age.

²⁹⁵ C. De Valkeneer, age. , syf. 459-462

başlıca sorun sonuçlarının üstünlüğünde yatar. Başka bir deyişle, tedbirin amacına ulaşacağına ilişkin bir güvenceye sahip olmaksızın, gelişmesi için denetimsiz bir biçimde araçlar sağlanarak aslında suçluluk desteklenmiş olmayacak mıdır? Bu türden fiillerin kabul edilebilirliği, tedbirle bastırılması amaçlanan suç üzerindeki etkilerinin denetlenebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan, tedbirle bastırılması amaçlanan suçun büyüklüğü ve iştirak fiilinin bu suçla oranla küçüklüğü de dikkate alınmalıdır²⁹⁶.

TCK'da genel hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen eski TCK'nın 49. maddesinin karşılığı olan md. 24(Kanunun hükmü ve amirin emri) ve md. 25(Meşru savunma ve zorunluluk hali) hükümlerinin kamu hukuku alanındaki müdahale normları için gereken yeterli belirlilikte olmadığı, bu yüzden bu hükümlerden görevlendirmenin gerekli kıldığı fiilleri hukuka uygun kılmada yararlanılmayacağı savunulmuştur²⁹⁷. Nitekim Valkeneer'e göre de²⁹⁸, “*zaruret hali(l'état de nécessité)*” öngörülemeyen istisnai durumlara özgü bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu tedbir bakımından, gizli soruşturmacının, programlı ve öngörülebilir bir biçimde suç örgütünün içine yerleştirilmesi söz konusu olduğundan, yazar, Hollanda'da önerildiği gibi özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratılması gerektiği görüşündedir. Buna karşılık, yazarın önerdiği hukuka uygunluk nedeni, “*yetkili mercii emrini yerine getirme*” biçiminde hukukumuzda genel hukuka uygunluk nedeni olarak yer alan TCK md. 24 hükmünün benzeridir. Yazara göre, bu hukuka uygunluk nedeninin doğrudan doğruya soruşturmacıya verilen görevden kaynaklanan özel bir niteliği vardır. Başka bir deyişle soruşturmacı, yetkili mercii özellikle izin vermedikçe suç işleyemeyecektir. Bu izin, tedbirin uygulanmasına ilişkin belgelerde açıkça yer alması gerekir. Bu şekilde yetkili mercii tarafından izin verilen fiiller sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olmaz. Bununla birlikte yazara göre bu tür bir tedbirin kanunilik ilkesiyle bağdaşması kolay değildir, çünkü bunlar sonucu elde edilen deliller işlenmiş suçlardan doğar. Yazara göre, gizli soruşturmacının suç işlemesi, aynı zamanda gereklilik ve orantılılık koşullarına da uygun olmalıdır. İkinci derecede uygulanabilirlik koşulunda olduğu gibi, bu gerekliliğin “*in abstracto*” soyut olarak değerlendirilmesi gerekir. Somut yani “*in concreto*” biçimde bir değerlendirme gizli soruşturmacının hukuki güvenliğini tehlikeye atabilir. Orantılılık ise, tedbirin

²⁹⁶ C. De Valkeneer, *ibid.*, syf. 459-462

²⁹⁷ M. R. Erdem, *age.*, syf. 203; V. Ö. Özbek, *age.*, syf. 217-218

²⁹⁸ C. De Valkeneer, *age.*, syf. 461-462

denetlenebilirliği ve özel ve kollektif menfaatlere zarar verilmesinin kabul edilebilirliğiyle değerlendirilmelidir. Bu koşullar da tedbire ilişkin bütün bilgilerin yer aldığı belgelerde bulunmalıdır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olarak ele alınması gereken ikinci temel sorun “kışkırtma” yani “*provokasyon*”dur. Aslında provokasyon da gizli soruşturmacının suç işlemesi sorununun bir parçası olarak değerlendirilmektedir²⁹⁹.

Provokasyon³⁰⁰, devletin eyleme geçmesine bizzat kendi görevlilerinin kasıtlı hareketlerinin neden olduğu bir faili cezalandırması çelişkisini anlatan “*sui generis*” bir kavram olarak nitelendirilmektedir. Üstelik devletin, vatandaşlarının dürüstlüğüne, onlara suç işlemleri için araçlar sunarak test etmesi kolay kolay kabul edilemez. Böyle bir olgu, demokratik ilkelere kökünden aykırıdır. Dahası, fiilden faile, suçtan suçluya ulaşmaya ilişkin temel ilkeyi de alt üst eder.

CMK anlamında gizli soruşturmacının ajan provokatörden farklı bir kavram olduğunu daha önce açıklamıştık. Nitekim, CMK 139/5’de gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ve fakat örgütün işlemekte olduğu suçlardan da sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. ÇASÖMK md. 5/4’ün aynısı olan bu düzenleme ilk bakışta çelişkili gibi görünmektedir. Öğretide³⁰¹ burada bir ifade yanlışlığının bulunduğu gizli soruşturmacının, “*örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağı*” şeklinde düzenlemeyle aslında başlı başına suç örgütünün içine sızmanın suç oluşturması sebebiyle, gizli soruşturmacının bu suçtan sorumlu tutulmamasının amaçlandığı söylenmektedir. Gerçekten TCK’nın “*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*” kenarbaşlıklı 220. maddesinin 2. fıkrasına göre suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak suç oluşturmaktadır. Ancak söz konusu hüküm gereği gizli soruşturmacı bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Bize göre de bu hükmün böyle anlaşılması gerekir, bununla birlikte ÇASÖMK’ndaki ifade yanlışlığı CMK’da da devam ettirilmiştir.

ÇASÖMK’nda olduğu gibi CMK’da da, gizli soruşturmacının konuta girebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bazı yazarlar³⁰², gizli

²⁹⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 196

³⁰⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 463

³⁰¹ V. Ö. Özbek, age. , syf. 108-109; M. R. Erdem, age. , syf. 204-205

³⁰² M. R. Erdem, ibid. , syf. 200

soruşturmacının hangi amaçla olursa olsun, gerçek kimliğini gizlemek suretiyle hak sahibinin rızasını “*hile ile*” alarak konuta girmesinin, bizim hukukumuz bakımından konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağı görüşündedir. Bize göre burada, gizli soruşturmacı kimliği konusunda kanunun açıkça verdiği izne dayanarak yalan söylediğinden, özel bir hukuka uygunluk nedeni söz konusudur. Bu yüzden konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmaz.

Yukarıda açıkladığımız gibi ÇASÖMK’nda gizli soruşturmacıya “*uydurma kimlik*” verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı için, gizli soruşturmacının kimliğinin saklanması amacıyla gerçeğe aykırı belgeler düzenlenmesi durumunda, gerek bu belgeleri kullanan gerekse düzenleyen kişilerin evrakta sahtekarlık suçunu işlemiş olacakları söylenmiştir³⁰³. CMK’da “*uydurma kimlik*” konusu düzenlendiği için artık böyle bir tartışmaya olanak kalmamıştır. Bununla birlikte bize göre ÇASÖMK zamanında da kanunun açıkça yollama yaptığı yönetmelikte bu konu ayrıntılı düzenlendiği için bu suçun oluşması söz konusu değildi.

Kanımızca, bu tedbirin kabul edildiği bir hukuk sisteminde gizli soruşturmacının suç işlemesi yasağına bir takım istisnalar getirilmesi zorunludur. Aksi halde tedbirin amacına ulaşması neredeyse imkansızlaşacaktır. Bunun yanı sıra, gizli soruşturmacının can güvenliğini ya da hukuki güvenliğini tehlikeye atacak durumlarla karşılaşılması olasıdır.

Bu bağlamda, örneğin Belçika³⁰⁴ yasakoyucusu gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işlemesi yasağına bazı istisnalar öngörmüştür. Bunun için suç işlenmesinin görevin başarıyla yerine getirilmesi ya da gizli soruşturmacının veya operasyonun kapsamındaki başka kişilerin güvenlikleri için “*mutlak surette gerekli*” olması gerekir. Belçika yasakoyucusu işlenebilecek suçların bir listesini yapmak yerine takdir yetkisini savcıya bırakmıştır. Çünkü bu suçların hepsini önceden kestirebilmek mümkün olmadığı gibi, suç örgütü gizli soruşturmacıyı izin verilmeyen bir suçu işlemeye zorlayarak kimliğini deşifre edebilir. Suç işlemeye savcının önceden yazılı izin vermesi gerekir. Ancak gizli soruşturmacının önceden savcının iznini alması imkansızsa “*görevini ve hayatını tehlikeye atmaksızın ulaşabileceği en kısa sürede*” savcıya haber verip onayını alması gerekir. Önceden

³⁰³ M. R. Erdem, *ibid.*, syf. 203

³⁰⁴ M. De Rue, *agm.*, syf. 1123-1126

yazılı izni alamamakla birlikte sözlü izin alması mümkünse gizli soruşturmacı bunu da yapmalıdır. İşlenebilecek suçları, yasakoyucu iki aşamalı olarak orantılılık ilkesine bağlamıştır. İşlenebilecek suçlar kovuşturulan suçlardan daha ağır suçlar olamayacağı gibi, amaçla mutlak surette orantılı olması da gerekir. Bu düzenlemenin kişi bütünlüğünü ihlal eden suçların kesin olarak yasaklanmamış olması sebebiyle İHAS'ın 2. , 3. , 4. maddeleri bakımından sakıncalı olduğu söylenmiştir. Nitekim Belçika'da eleştiriye uğrayan bu düzenleme için yapılan değişiklik teklifi de, suç örgütünün gizli soruşturmacının kimliğini böylece deşifre edebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak bu gerekçenin yerinde olmadığı ve gizli soruşturmacının yasaklanan bir suçu işlemekten başka seçeneği kalmaması halinde her zaman zaruret halini öne sürebileceği söylenmiştir. Bize göre de, Valkeneer'ın yaptığı değerlendirmelerde vurguladığı gibi, kişi bütünlüğünü ihlal eden suçlar gizli soruşturmacının mutlak olarak işleyemeyeceği suçlar arasında sayılmalıdır.

b) Tedbirlerin Süresi, Sona Ermesi ve Elde Edilen Bilgilerin Yok Edilmesi

aa) Tedbirlerin Süresi

CMK 135/3'e göre; "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" tedbirine ilişkin karar en çok 3 ay için verilebilir. Kuşkusuz bu tedbire 3 aydan kısa bir süre için de karar verilebilir. Bu süre bir defa daha uzatılabilir. Bu maddeye 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı kanunun³⁰⁵ 17. maddesiyle, "*Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.*" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Demek ki 135. maddede sayılan suçlardan örneğin "*kasten öldürme*" suçu bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemişse, bu suça ilişkin olarak tedbire en fazla 6 aylık bir süre için başvurulabilecektir. Bununla birlikte aynı suç "*bir örgüt faaliyeti çerçevesinde*" işlenmişse, bu suçla ilgili olarak tedbirin süresine ilişkin bir üst sınır yoktur. Tedbire ilişkin diğer uygulanma koşulları gerçekleştiği sürece hakim tarafından sürenin uzatılması her zaman mümkündür. Kanımızca burada süreye ilişkin olarak, hem tedbirin amacına ulaşabilmesi için makul, hem de tedbirin kötüye kullanılmasını engelleyecek uzunlukta bir üst sınır

³⁰⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5353.html>

belirlenmesi yerinde olurdu. Nitekim ÇASÖMK md. 2/6'da bu konuda oldukça makul bir düzenleme getirmişti. Bu hükme göre ÇASÖMK'nunda düzenlenen özel soruşturma tedbirlerine en çok 3 ay için karar verilebiliyor ve bu süre en çok iki defa ve üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabiliyordu. Yani tedbirlerin süresi hiçbir koşulda 9 ayı geçemiyordu.

CMK md. 140/3'e göre, *“Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.”* Ancak söz konusu fıkraya da, *“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”* tedbirine benzer şekilde, 5353 sayılı yasanın 19. maddesiyle; *“Ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.”* cümlesi eklenmiştir. *“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”* tedbirine ilişkin olarak yaptığımız değerlendirme ve yorumlar burada da geçerli olduğu için tekrar etme gereği duymuyoruz.

Bununla birlikte tedbirin süresinin ve bu süreye ilişkin bir üst sınırın belirlenmesi, son tahlilde yasakoyucunun tercihidir. Nitekim yabancı hukuklarda da bu tedbire ilişkin değişik süreler öngörüldüğü gibi kimi ülkelerde süreye ilişkin bir üst sınır da belirlenmemiştir. Örneğin Almanya'da iletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi en fazla üç ay olabilir, ancak 100a maddesinde tanımlanmış koşullar devam ettiği takdirde, süre her defasında üç aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir³⁰⁶. İtalya'da ise bu tedbirin süresi 15 günü geçemez. Ancak bu sürenin, tedbirin uygulanma koşulları devam ettiği takdirde, hakim tarafından gerekçeli bir kararnameyle 15 günlük dönemler halinde uzatılması mümkündür³⁰⁷. Fransa'da³⁰⁸ telefon dinleme tedbirinin süresi en fazla dört ay olabilir, sürenin bir dört ay daha uzatılması mümkündür. ABD'de elektronik izlemeye en çok 30 günlük bir süre için izin verilebilir, sürenin bir 30 gün daha uzatılabilmesi mümkündür. Mahkeme tedbire son verme ya da uzatma konusunda bir karara varabilmek için raporlar isteyebilir³⁰⁹. Belçika'da³¹⁰ ise tedbirin süresi en fazla bir ay olabilir. Sürenin uzatılması mümkündür, ancak bu halde de tedbirin toplam süresi altı ayı geçemez.

³⁰⁶ F. Yenisey, agb. , syf. 120

³⁰⁷ M. Delmas-Marty, age. , syf. 322

³⁰⁸ J. Georgel, age. , syf. 86

³⁰⁹ R. J. Bacigal, age. , syf. 217

³¹⁰ M. Delmas-Marty, age. , syf. 200

İngiltere’de³¹¹ ise tedbir izninin süresi altı aydır, bu izin yenilenebilir. İsveç’de³¹² ise söz konusu tedbire her defasında bir aylık süre için karar verilir.

CMK’nın 139. maddesinde düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olarak kanunda hiçbir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Aslında ÇASÖMK zamanında bu tedbir için öngörülen diğer özel soruşturma tedbirleri gibi en fazla 9 ay olabilecek süre sınırlamasının tedbirin amacı ve niteliğiyle bağdaşmadığı söylenmiştir³¹³. Nitekim Almanya, Hollanda, Belçika gibi ülkelerde de bu tedbir için bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Bununla birlikte Hollanda’da gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin emirde görevin süresinin belirtilmesi ve savcının durumu düzenli aralıklarla tedbirin süresini uzatıp uzatmamak konusunda gözden geçirmesi gerektiği söylenmiştir³¹⁴.

Bize göre, bu tedbire ilişkin olarak özellikle hakim güvencesinin bertaraf edilmesine açık kapı bırakılması gibi daha önce değindiğimiz kaygılara, bir de süre sınırlamasının olmaması eklenince, söz konusu tedbirin bu haliyle kötüye kullanmalara son derece müsait olduğunu söylemek zor değildir. Bununla birlikte gerçek anlamda bir hakim güvencesi sağlandığı, yani hakimin tedbirin uygulandığı süre boyunca, düzenli olarak denetim yapmasına olanak tanıyan bir düzenleme yapılması halinde sürenin sınırlı olmaması bir sorun yaratmayacağı gibi, tedbirin amacına ulaşması için daha gerçekçi bir çözüm olacaktır.

bb) Tedbirlerin Sona Ermesi ve Elde Edilen Bilgilerin Yok Edilmesi

CMK md. 137/3’ün ilk cümlesine göre, “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine ilişkin olarak, “135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir.” Bu hükme göre kanunda söz konusu tedbire ilişkin olarak yalnızca iki sona erme sebebi açıkça düzenlenmiştir. Birincisi, CMK md. 172’ye göre verilecek “kovuşturmaya yer

³¹¹ M. Delmas-Marty, age. , syf. 153

³¹² D. Töllborg, agm. , syf. 255

³¹³ V. Ö. Özbek, age. , syf. 24

³¹⁴ C. De Valkeneer, age. , syf. 373

olmadığına dair karar”dır. Bu durumda Cumhuriyet savcısınca tedbirin uygulanmasına “*derhâl*” son verilecektir. Bunun yanında, 135/1’e göre tedbire, “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*”, Cumhuriyet savcısınca karar verildiği takdirde, yukarıda açıkladığımız süre içerisinde hakimın onayı alınamazsa ya da hakim aksine karar verirse, yine tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısınca “*derhâl*” son verilmesi öngörülmüştür. İtalya’da³¹⁵ da iletişimin denetlenmesi tedbirine acil durumda savcılıkca karar verilmesi halinde, süresi içinde hakimın onayı alınmadığı takdirde, elde edilen bilgiler değerlendirilemeyeceği gibi tedbirin uygulanmasına da son verilmesi öngörülmüştür.

Hukukumuzda, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri bakımından ise kanun açıkça herhangi bir sona erme sebebine yer vermiş değildir.

Kanımızca tedbirlerin sona erme sebepleri kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Gerçekten özel soruşturma tedbirlerinin, uygulanma koşulları ortadan kalktığında kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa bile sona erdirilmeleri gerekir. Almanya’da³¹⁶ da iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin koşulların ortadan kalkması halinde, tedbirlere geciktirilmeden son verilir ve bu durum hakime ve Alman Federal Posta İdaresine bildirilir. Nitekim Erdem’e göre de³¹⁷: “...*tedbirin uygulanmasına ilişkin koşulların sonradan ortadan kalkması, örneğin tedbire başvurulmasını gerektiren fiilin, hakkında tedbir uygulanabilecek bir suç olmadığına anlaşılması, tedbirin gecikmeksizin sona erdirilmesini gerektirir.*”

ÇASÖMK md. 2/7’de “*kanundaki suçların işlendiğine dair şüphenin ortadan kalkması*” halinde tedbirlere son verilmesi öngörülmüştü. Erdem’e göre³¹⁸: “..*yalnızca şüphenin değil, tedbirin uygulanma koşullarından herhangi birinin ortadan kalkması tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmeliydi.*”

Yeni CMK’da ise tedbirlerin uygulanma koşullarından herhangi birinin ortadan kalkması, açıkça bir sona erme sebebi olarak düzenlenmemiştir. Kuşkusuz bu hususa kanunda açıkça yer verilmesi iyi olurdu. Bununla birlikte, bize göre bu tür

³¹⁵ M. Delmas-Marty, age. , syf. 321-322

³¹⁶ Y. Ünver, agm. , syf. 446

³¹⁷ M. R. Erdem, age. , syf. 347

³¹⁸ M. R. Erdem, ibid. , syf. 347

tedbirlerin uygulanma koşullarına ilişkin düzenlemeler aynı zamanda onların doğal uygulanma sürelerini ve sona erme sebeplerini içinde taşıyan hükümlerdir. Bu yüzden uygulanma koşullarından herhangi birinin örneğin “*ikinci derecede uygulanabilirlik*” koşulunun ortadan kalkması halinde tedbire derhal son verilmelidir.

Gerçekten Erdem’e göre de³¹⁹: “*..başvurulan gizli soruşturma tedbirlerine göre daha ılımlı başka bir tedbir yardımıyla aynı sonucun elde edilmesi olanağının ortaya çıkması, sona erme nedeni olarak kabul edilmelidir.*”

Bununla birlikte, bize göre “*tedbirlerin uygulanma koşullarının ortadan kalktığına*” ilişkin böyle bir değerlendirmeyi hakim yapması gerçek anlamda bir güvence ve denetim sağlayabilecektir. Hakimin bu denetimi sağlayabilmesi ise ancak tedbirin süresinin dolması halinde tekrar uzatılıp uzatılmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapacağı aşamada mümkün olabilecektir. Ancak eğer süre dolmadan uygulanma koşulları ortadan kalkmışsa, bu değerlendirmeyi Cumhuriyet savcısı yapmalı ve tedbirin uygulanmasına derhal son vermelidir. Kanımızca, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin CMK 139. maddenin düzenlemesi bu anlamda son derece sakıncalıdır. Gerçekten bu tedbir bakımından daha önce açıkladığımız gibi hakim denetiminden tamamen kaçmaya açık kapı bırakılmıştır. Öyle ki, karar aşamasında “*gecikmesinde sakınca bulunan haller*” ölçütü kullanılarak bu kapıdan kolayca girilebilir. Söz konusu maddede tedbire ilişkin bir süre de öngörülmemiş olduğundan tedbirin uygulandığı belirsiz süre boyunca da hakim denetimi mümkün olmayacaktır. Bir hukuk devletinde böyle bir düzenleme kaygı vericidir.

Bunun dışında, CMK’nın 139. maddesinin sakıncalarını açıkladığımız istisnası dışında, özel soruşturma tedbirlerine belirli bir süre için karar verilebileceğinden bu sürenin bitmesi durumunda kararın kendiliğinden hükümsüz kalacağı ortadadır. Bu durumda da tedbirlerin uygulanmasına derhal son verilmelidir.

CMK md. 137/3’te, “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbirinin uygulanmasına, “*şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi*” ya da “*hakim onayının alınamaması*” sebeplerinden biriyle Cumhuriyet savcısınınca derhal son verilmesi halinde, “*tespit ve dinleme*”ye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilmesi

³¹⁹ M. R. Erdem, ibid., syf. 347

ve durumun bir tutanakla tespit edilmesi öngörülmüştür. ÇASÖMK md. 2/7’de de“...tedbir uygulanması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının denetimi altında derhal ve nihayet 10 gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla bir belirlenir.” şeklinde benzer bir düzenleme bütün özel soruşturma tedbirleri için söz konusuydu. Ancak bu yükümlülük CMK’dan farklı olarak “suçun işlendiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması” koşuluna bağlanmıştı. Erdem’e göre³²⁰: “...bunun dışındaki durumlarda, söz gelimi sanık hakkında açılan kamu davası sonucunda beraat kararı verilmesi durumunda yok etme yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı sonucuna varılabilir.” Bu bakımdan yazara göre³²¹: “...tedbire gerek kalmadığı her durumda, yok etme yükümlülüğünün söz konusu olacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmesi daha isabetli olurdu.”

Gerek ÇASÖMK’nda, gerekse yeni CMK’da, yok etme işleminin Cumhuriyet savcısının denetimi altında gerçekleşeceği öngörülmüştür.

“Teknik araçlarla izleme” tedbiri bakımından CMK md. 140/4’e göre: “Elde edilen deliller....ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.” Burada bizim için önemli olan husus elde edilen delillerin “ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı”nın takdirini Cumhuriyet savcısının nasıl yapacağıdır. Nitekim Erdem’e göre³²²: “Bugün hazırlık soruşturmasının kralı olma işlevini yerine getiremeyen Cumhuriyet savcısının, kolluğun oluşturduğu bilgi bankasına girmesi mümkün olmadığı için, hangi bilgilerin muhakeme için gerekli, hangilerinin gereksiz ve dolayısıyla yok edilmesi gerektiği konusunda etkili bir denetim gerçekleştirilmesi mümkün değildir.” Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Ülkemizde gerçek anlamda adli kolluğun kurulması ve Cumhuriyet savcısının adli kolluğun sicil amiri olması sağlanamadığı sürece bu sorunları aşmak kolay görünmemektedir.

Yabancı hukuklarda da yok etme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere rastlıyoruz. Örneğin Almanya’da³²³, iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen verilerin bir ceza kovuşturması için artık gerekli olmadıkları takdirde savcılığın gözetimi altında imha edilmesi ve bu hususun bir tutanakla saptanması öngörülmüştür. Fransa’da iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla tutulan kayıtlar

³²⁰ M. R. Erdem, agm. , syf. 105

³²¹ M. R. Erdem, ibid. , syf. 105

³²² M. R. Erdem, age. , syf. 350

³²³ Y. Ünver, agm. , syf. 446

cünhalar için üç yıl, cürümler içinse 10 yıl olan dava zamanaşımı süresinin dolmasıyla savcılığın denetiminde imha edilir³²⁴. Bu süre takipsizlik, salıverme veya mahkumiyet kararından itibaren işlemeye başlar³²⁵. Ayrıca bu işlem bir tutanakla saptanır³²⁶. Görüldüğü gibi Fransa’da yok etme yükümlülüğü oldukça uzun bir süre sonunda ortaya çıkmaktadır.

c) İlgiliye Haber Verme ve Yargısal Denetim

Özel soruşturma tedbirleri bakımından ilgiliye haber verme yükümlülüğü iki açıdan önemlidir. Birincisi savunma hakları yani çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından, hakkında tedbir uygulanan sanığa olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi verilmesi gereğidir³²⁷. Daha önce vurguladığımız gibi CMK’ya göre kovuşturma aşamasında bu tedbirlere başvurulabilecek olması orantılılık ilkesine aykırı olmasının yanında, bu açıdan da sakıncalıdır. Çünkü özel soruşturma tedbirleri gizli olduklarından, tedbirlerin uygulandığı süre boyunca ilgiliye haber verme yükümlülüğü doğal olarak söz konusu olmayacaktır. Bu yükümlülük tedbirler sona erdiği andan itibaren başlayan bir yükümlülüktür. İşte kovuşturma aşamasında bu tedbirlere başvurulması halinde, bu yükümlülük doğmuş olmayacağı için, savunma hakları büyük ölçüde kısıtlanmış olacaktır.

Bu yükümlülüğün ikinci önemli boyutu, hakkında haksız olarak tedbirlere başvurulmuş kişilerin, bu haksızlığı tespit ettirebilmesi ve zararlarını tazmin ettirebilmesi gereğidir. Bu bağlamda ilgiliye haber verme yükümlülüğü ile yargısal denetim arasında çok sıkı bir bağ vardır. Karar aşamasında yapılan hakim denetimi, bu açıdan yeterli değildir. Çünkü hakkında hukuka uygun olarak özel soruşturma tedbirlerine başvurulmuş bir şüpheliyle ilgili suç şüphesi herhangi bir biçimde daha sonra ortadan kalkabilir. Bu takdirde hukuka uygun olarak başvuru tedbir, ilgili kişi için haksız bir sonuca yol açmış olacaktır. Dahası tedbirden etkilenen üçüncü kişiler bakımından da tedbir haksız sonuçlara yol açmış olabilir. Bütün bu hususların denetlenebilmesi yani Anayasa md. 36’da garanti altına alınan “*Hak arama hürriyeti*”nin bir anlam ifade edebilmesi için ilgiliye haber verme yükümlülüğü, bu tedbirler bakımından tartışmasız bir zorunluluktur.

³²⁴ J. Georgel, age. , syf. 86

³²⁵ J. Pradel, age. , syf. 400

³²⁶ G. Stefani/ G. Levasseur/ B. Bouloc, age. , syf. 539

³²⁷ M. R. Erdem, age. , syf. 350-351

ÇASÖMK’nda ilgiliye haber verme yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almıyordu. CMK’da ise sadece telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini bakımından böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Kuşkusuz bu olumlu bir gelişmedir ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri bakımından kanunda ilgiliye haber verme yükümlülüğü öngörülmemiş olması sebebiyle yeterli değildir.

CMK md. 137/4’e göre, “*Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.*” Görüldüğü gibi bildirme yükümlülüğünün kapsamına yalnızca şüpheli veya sanığın değil, haberleşmenin karşı tarafı gibi tedbirle ilgili üçüncü kişilerin de alınmış olması yerindedir. Bununla birlikte söz konusu yükümlülüğün “*kayıtların yok edilmesi*” koşuluna bağlanması dolayısıyla, CMK 137/3 gereği, ancak “*kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya kararın hakim tarafından onaylanmaması*” durumlarında gündeme gelebileceği hususu, bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Bize göre tedbirlerin sona erdiği her durumda ilgiliye haber verme yükümlülüğü öngörülmelidir.

Karşılaştırmalı hukukta da ilgiliye haber verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere rastlıyoruz. Örneğin, ABD’de hakkında elektronik izleme tedbirine başvuru yapılan kişilere, tedbirin sona ermesinden itibaren 90 gün içinde iletişimlerinin dinlendiğinin bildirilmesi öngörülmüştür³²⁸. İsviçre’de de³²⁹, sorgu hakiminin ceza yargılamasının sona ermesinden itibaren 30 gün içinde iletişimin denetlenmesi veya teknik izleme tedbirinin gerekçesi, kapsamı ve süresi hakkında ilgisine bilgi vermesi öngörülmüştür. Bu yükümlülüğün tek istisnası Yargıtay ceza dairesi başkanının onayı alınmak şartıyla, kamu menfaatleri, özellikle ülkenin iç veya dış güvenliği için bunun sır olarak saklanması zorunlu olduğu hallerdir.

Yargısal denetime gelince, ÇASÖMK’nda özel soruşturma tedbirleri için gidilebilecek özel bir denetim muhakemesi yolu da öngörülmemiştir. Bu dönemde, söz konusu sakıncanın ortadan kaldırılması için önerilen³³⁰ bir çözüm yolu, Yasa Dışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’un özel

³²⁸ H. Abadinsky, age. , syf. 346

³²⁹ T. Legler, age. , syf. 217

³³⁰ M. R. Erdem, age. , syf. 359

soruşturma tedbirlerini de kapsayacak şekilde değiştirilmesiydi. Ancak CMK'nın yürürlük kanunuyla bu kanun yürürlükten kaldırılmış olduğu için artık böyle bir çözüm seçeneğinin kalmadığı açıktır.

CMK'nın "*Tazminat istemi*" kenarbaşlıklı 141. maddesinde sayılan tazminat ödenmesini gerektiren durumlar arasında da, CMK'nın 135. , 139. ve 140. maddelerinde düzenlenen özel soruşturma tedbirlerine hukuka aykırı olarak başvurulmasına yer verilmemiştir. Bu durumda idarenin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar çerçevesinde devletin tazminat sorumluluğuna gidilebileceğinden söz edilmektedir³³¹. Gerçekten de Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan, bizce de bu bir çözüm yolu olarak görünmektedir.

Yine CMK'nın 267 ve 268. maddelerine göre ise, özel soruşturma tedbirlerine başvurulmasına ilişkin hakim kararlarına karşı itiraz kanun yolu açıktır. Bu itirazın "*ilgilinin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde*" yapılması gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta da, örneğin İngiltere'de³³² dinlemeler hakkında hakim denetimi öngörülmemiştir. Bunun yerine, hakkında dinleme tedbiri uygulanan kişilerin başvurabileceği hükümetçe atanan hakemlerden oluşan özel bir kurul öngörülmüştür. Bu kurulun görevi tedbire başvurulabilmesi için yukarıda saydığımız yasal koşullara uyulup uyulmadığının denetlenmesidir. Görüldüğü gibi İngiltere'de denetim organı olarak yarı yargısal yarı idari nitelikte bir organ öngörülmüştür. İsviçre'de³³³ ise, bir kişi hakkında tedbir uygulanıp uygulanmadığını öğrenmek için hakime başvurabilir. Hakimin bu talebi reddetmesi halinde, Yargıtay Ceza dairesi başkanına 10 gün içinde itiraz hakkı vardır.

³³¹ M. R. Erdem, agm. , syf. 106

³³² M. Delmas-Marty, age. , syf. 153

³³³ T. Legler, age. , syf. 218

B) Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

1) Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Tesadüfen ele geçen delillerden anlaşılması gereken, belirli bir takım suçlara yönelik olarak uygulanan bir tedbir sonucunda ele geçirilen ve şüpheli ya da üçüncü kişiler tarafından başka bazı suçların işlendiğini gösteren delillerdir³³⁴.

ÇASÖMK’nda, tedbirlerin uygulanması sırasında başka bir suçla ilgili olarak elde edilen bilgilerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. CMK md. 138/2’de ise , telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerle ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak 135. maddenin altıncı fıkrasında “*sınırlı olarak sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil*” elde edilmesi durumunda, bunun muhafaza altına alınması ve durumun Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilmesi öngörülmüştür. Demek ki CMK, tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesine yalnızca bu deliller, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlardan birisine ilişkin ise olanak tanımaktadır. Böylece, CMK 135/6’da sayılmayan suçlarla ilgili olarak, tesadüfen elde edilen bilgiler, ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Öğretide, bu bilgilerden katalogda sayılmayan suçlarla ilgili olarak “*delil olarak*” değil ama “*yol gösterici*” olarak yararlanılabileceği yönündeki görüşleri eleştiren Erdem’e göre³³⁵: “*..böyle bir anlayış, tedbirin, hakkında tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan bir suçun aydınlatılması amacıyla kötüye kullanılmasına açık kapı bırakmakta ve bu nedenle söz konusu tedbirin uygulanma alanını, ancak belirli ağırlıktaki suçlarla sınırlı tutmakla izlenen amaçla bağdaşmamaktadır.*” Biz de yazarın bu yorumuna aynen katılıyoruz.

Teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından ise CMK md. 140/4’e göre: “*Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında*

³³⁴ T. Legler, ibid. , syf. 219

³³⁵ M. R. Erdem, age. , syf. 107

kullanılmaz” Bu düzenlemeden tesadüfen elde edilen delillerin ancak 140. maddede sayılan teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilecek suçlardan birine ilişkin ise kullanılabilmesi sonucu çıkmaktadır. Ancak burada CMK 138/2’deki gibi bir muhafaza altına alma ve C. Savcılığına bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olarak CMK 139/6’da, bu surette elde edilen “*kişisel bilgiler*”in, soruşturmacının görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılmayacağı öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme, “*kişisel bilgiler*” dışındaki her türlü bilgi ve delilin 139. maddede sayılmayan suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda bile kullanılabilmesi gibi sakıncalı bir sonuca varmaya açık kapı bırakmaktadır.

Kanımızca tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin bu şekilde özel delil yasakları öngörülmemiş olsaydı bile, bu delillerin ilgili maddelerde sayılan suçlar dışındaki suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmada kullanılmasının, CMK md. 217/2’nin düzenlemesi karşısında zaten mümkün olmaması gerekir. Çünkü tedbirlerin uygulanma koşullarına aykırılık mutlak bir hukuka aykırılık oluşturur.

2) Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması Halinde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

a) Genel Olarak Delil Yasakları

aa) Karşılaştırmalı Hukukta

Amerika Birleşik Devletleri’nde delil yasaklarına ilişkin “*exclusionary rule*” içtihat yoluyla oluşturulmuş ve bir sanığın devlet tarafından anayasal hakları ihlal edilerek elde edilmiş delilin, onun aleyhine kullanılması yasağını öngören bir kuraldır³³⁶. Gerçekten de Amerika Birleşik Devletleri’nde, Anayasa’nın 4. ek maddesi kabul edildikten sonraki ilk 150 yıl boyunca hukuki güvenceden yoksun bir hak niteliği taşıyordu. Öyle ki bir sanık, “*makul olmayan arama ve el koymaya maruz kalmama*” hakkının polis tarafından ihlal edildiğini ispatlarsa bile, mahkeme olup bitmiş böyle kanuna aykırı bir arama veya el koyma işlemiyle ilgili olarak herhangi

³³⁶ D. Hoffman, age. , syf. 99

birşey yapma gücünden yoksundu. 1914 yılında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, Birleşik Devletlere karşı Weeks davasında, “*exclusionary rule*” olarak anılan Türkçeye “*delilin dosyaya girmemesi kuralı*” olarak çevirebileceğimiz kuralı benimsedi. Bu kural savcılığın, hukuka aykırı bir arama neticesi federal polis tarafından elde edilen delilleri mahkemeye sunmasını yasaklıyordu. Ancak bu kararlar yaratılan, söz konusu kural sadece federal davalarda uygulanabiliyordu. Bununla birlikte mahkeme, 1949 yılında Colorado eyaletine karşı Wolf davasında, “*polis tarafından yapılan keyfi müdahalelere karşı bir kimsenin özel hayatının güvenliği*”nin 4. ek maddenin özünde yer alan ve özgür bir toplumun temelini oluşturan bir ilke olduğu ve eyaletlerin bunun gereğini yapması yönünde karar verdi.

Bu genel kural dışında, daha önce bahsettiğimiz 1968 tarihli Omnibus Crime Control and Safe Streets Act olarak anılan federal yasanın III. Bölümünde özel bir delil yasağı(*exclusionary rule*) daha öngörülmektedir. Buna göre, bu kanuna aykırı olarak yapılan elektronik izleme sonucu elde edilen bilgiler, büyük jüri soruşturması, hazırlık soruşturması gibi genel kuralın uygulanamayacağı kovuşturmanın diğer bütün aşamalarında delil olarak kabul edilemez³³⁷. Bu kurala göre dava mahkemeleri, büyük jüriler, ve diğer devlet organlarının yetkisiz yapılmış elektronik izleme sonucu elde edilen delilleri kullanmaları yasaktır³³⁸.

İtalya’da ceza muhakemesi kanununun 191. maddesine göre kanunla öngörülen yasaklar ihlal edilerek elde edilen deliller kullanılamaz. İngiltere’de ise 1984 ise “*Polis ve Cezai Deliller Yasası(Police and Criminal Evidence)*”nın 76 maddesine göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş ikrarın delil olarak kabul edilmesi kesinlikle yasaktır. Ayrıca aynı yasanın 78. maddesi de mahkemeye elde edilmişleri itibarıyla adil yargılamaya zarar verecek nitelikte gördüğü delilleri kabul etmemek konusunda bir takdir hakkı tanımıştır³³⁹.

Fransa’da, İngiltere gibi, kanuna aykırı olarak elde edilen deliller hakkında mutlak bir delil yasağı öngörülmemiştir. Fransa’da mahkemenin takdir hakkı değil, ihlal edilen normun niteliği önemlidir. Kanunun belli bir kuralın ihlalini açıkça delil yasağıyla yaptırıma bağladığı haller olduğu gibi, içtihat yoluyla bir kuralın ihlalinin

³³⁷ R. J. Bacigal, age. , syf. 218

³³⁸ D. Hoffman, age. , syf. 93

³³⁹ M. Delmas-Marty, age. , syf. 524

delil yasağına yol açmasına karar verildiği de olur. Davada ilgili oldukları tarafın menfaatine zarar vermeyen deliller hakkında delil yasağı söz konusu olmaz³⁴⁰.

Almanya’da ise, yasak yöntemlerle elde edilen ikrar delil olarak kullanılamaz. Bunun dışında içtihat yoluyla belli bir yöntemin delil elde etmekte kullanılmasının yasaklanması ve mahkemenin belli bir delili kullanmasının(değerlendirmesinin) yasaklanması olmak üzere iki delil yasağı daha öngörülmüştür. Ancak yasak bir yöntemle elde edilen her delil, mahkemece mutlak değerlendirme yasağı kapsamına girmeyeceği gibi; bazen hukuka uygun olarak elde edilmiş bir delilin değerlendirilmesi yasak olabilir. Örneğin X kişi hakkında yapılan hukuka uygun bir telefon dinleme sonucu elde edilen delillerin, Y kişi hakkında başka bir davada kullanılması yasaktır. Almanya’da delil değerlendirme yasağı içtihat yoluyla susma hakkı ve özel hayatla ilgili konularda genişletilme eğilimindedir³⁴¹.

bb) Türk Hukukunda

Hukukumuzda, CMUK’da delil yasaklarına ilişkin iki hüküm bulunuyordu. Bunlar CMUK md. 135a ve delil değerlendirme yasağına ilişkin md. 254/2 idi. Yeni CMK’da yasak sorgu yöntemleri 148. maddede düzenlemiştir. Söz konusu hükmün özel soruşturma tedbirlerinin uygulanması sonucu elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Biz burada CMUK 254/2’nin yeni CMK’daki karşılığı olan md. 217/2’deki düzenlemenin özel soruşturma tedbirlerinin uygulaması sonucu elde edilen delillerin değerlendirilmesine etkisi üzerinde duracağız. CMUK 254/2’de, “*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.*” denilmekteydi. Yeni yasa ise md. 217/2’de farklı bir ifade tarzı benimsemiştir. Buna göre, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” Yurtcan’a göre³⁴², bu formül değişikliğine rağmen “*ilke sağlam temelini korumaktadır*”. Bize göre de bu ifade değişikliği çok önemli değildir, yeni CMK’da da CMUK 254/2’deki ilke aynen benimsenmiştir.

³⁴⁰ M. Delmas-Marty, ibid. , syf. 524-525

³⁴¹ M. Delmas-Marty, ibid. , syf. 525-526

³⁴² E. Yurtcan, age., syf. 428

Öztürk'e göre³⁴³: “*Hukuka aykırılık, hukuk kelimesinden de kolayca anlaşılacağı gibi, HAKLARA AYKIRILIK demektir. Hangi haklara? Hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, milletlerarası andlaşmalar ve bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlarla düzenlenen haklara. O halde HAK İHLALİ YOKSA , HUKUKA AYKIRILIKTAN SÖZ EDİLEMEZ. Öyleyse HUKUKA AYKIRILIK kavramı KANUNA AYKIRILIK kavramı ile karıştırılmamalıdır.*”

Öztürk-Özbek-Erdem'e göre³⁴⁴: “*Burada HAK İHLALİNİN NİTELİĞİ üzerinde durulmakta, bazı haklar MUTLAK, bazıları da NİSBİ olarak korunmaktadır. Delil yasakları bakımından da bu değerlendirme sonucunda ortaya mutlak ve nisbi delil yasakları çıkmaktadır.*” Gerçekten yazarlara göre insan haysiyetinin ağır ihlali niteliği taşıyan durumlarda mutlak delil yasağı, bunlar dışındaki ihlaller bakımından ise nisbi delil yasağı söz konusu olmalıdır. Nisbi delil yasağının söz konusu olduğu durumlarda “*kamu yararı*” bakımından bir “*değerlendirme*” yapılacaktır.

Nitekim Kunter-Yenisey'e göre³⁴⁵ de burada: “*mutlak bir yasak söz konusu olmayıp, hakimin takdir yetkisini kullanabileceği bir düzenleme yer almaktadır. Hakim takdir yetkisini kullanırken, “sanığın temel haklarının”, yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve anayasal hak ihlal edilmiş olduğunu saptadığında da; sanığın işlediği suçun topluma vermiş olduğu zarar ile, delil toplarken devlet güçlerinin sanığa ait anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zararı karşılaştırmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili hakim hüküm verirken kullanabilmelidir.*”

Sonuç olarak Öztürk-Özbek-Erdem'e göre³⁴⁶, hukuka aykırılık kavramı böyle anlaşılacak olursa, ki yazarlara göre bu şarttır, eski CMUK 254/2 yeni CMK 217/2 kendi içinde sınırlandırılmış³⁴⁷ olacaktır.

³⁴³ Bahri Öztürk, “Ses Ve/Veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, syf. 224

³⁴⁴ B. Öztürk/ V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 509

³⁴⁵ N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 850

³⁴⁶ B. Öztürk/ V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 511

³⁴⁷ Erdoğan Genel, “Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, Adil Yargılanma Hakkı, IGUL(Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü), Nergiz Yayınları, syf. 139 “*Yargıtay, 3842 sayılı kanun değişikliğinden sonra vermiş olduğu ilk kararlarında, CMUK'un 135/a maddesindeki yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması sebebiyle, verilen kararları, CMUK'un 135/a ve 254/2 nci maddelerine aykırı bularak bozmuştur. (YCGK. 18,10,1993, E. 1993/6-236, K. 1993/255; YCGK. 4.10.1993, E. 1993/6-192, K.193/217)*”

Valkeneer de³⁴⁸, mutlak ve nisbi delil değerlendirme yasakları olmak üzere iki tür yaptırımdan söz etmektedir. Yazara göre, yukarıda anlattığımız tedbirlerin uygulanmasına ilişkin, karar verme yetkisi gibi biçimsel ve ikinci derecede uygulanabilirlik gibi maddi koşullara aykırı davranılması ya da provokasyona başvurulması halinde mutlak değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır. Çünkü maddi koşullar başlı başına operasyonun temelini oluşturdukları için çok önemlidir. Sebep olmayan bir hukuki işlem hükümsüzdür. Aksi halde, ikinci derecede uygulanabilirlik gibi maddi koşullara aykırılık halinde, tedbirin sonuçlarının sebep eksikliğini gidererek başlangıçta haklı olmayan belli hareketleri sonradan haklı çıkarabileceğini zımni olarak kabul etmiş oluruz. Karar verme yetkisine ilişkin kurallarda da durum aynıdır. Provokasyon ise devletin her türlü cezai müdahalesini kirlendirir. Çünkü devletin, suç hareketine girişmesine, bizzat kendi görevlilerinin kasıtlı hareketleriyle sebep olduğu bir kişiyi cezalandırması kabul edilemez.

Bununla birlikte Valkeneer'e³⁴⁹ göre, mutlak değerlendirme yasağı radikal bir yaptırımdır ve ağır suçlulukla mücadelede sarsıcı sonuçları olabilir. Bu mutlak niteliğe karşılık, mahkeme koşulların değerlendirilmesinde daha yumuşak bir tavır göstererek yargılamayı korumaya girişebilir. Böyle bir sapmayı düzeltmek için, mahkemenin olağan olarak ona bağlı sonuçları ihlalin meydana getirdiği zararlar orantısız bir haksızlığa yol açmaya elverişli birtakım bozuklukları ihmal edebileceği hukuki bir düzenlemeye gidilebilir. Özel soruşturma tedbirlerinin alanını aşarak bütün deliller için uygulanabilecek bu yöntemle başvurulması, yalnızca zaruret haline yakın istisnai durumlarda haklı gösterilebilir.

Yazara göre tedbirlerin uygulanma sürecine, denetimine, görevlilerin niteliklerine, hatta suç işlenmesine ya da bazı şekil şartlarına ilişkin kuralların ihlali durumunda ise otomatik olarak değerlendirme yasağı söz konusu olmamalıdır. Ancak savunma haklarının ya da sanığın bireysel haklarının ihlali söz konusuysa

Yargıtay bu uygulaması ile CMUK'un 254/2 nci maddesini CMUK'un 135/a maddesiyle ilişkilendirmiş ve bu maddeyi 135/a maddesindeki yasak sorgu yöntemlerinin ihlali halinde uygulanan veya uygulanması gereken bir madde olarak kabul etmiş ve böylece CMUK'un 254/2 nci maddesini CMUK'un 135/a maddesiyle sınırlandırma yoluna gitmiştir.

Yargıtay'ın bu uygulaması hatalı olmuştur. Zira, 254/2 nci maddesi, 135/a maddesiyle sınırlandırılacak bir hüküm olmayıp, tüm hukuka aykırı delilleri kapsamına almaktadır. Yargıtay daha sonra bu hatalı görüşünü değiştirmiş, bu kez de hukuka aykırı delilin kurulan hüküm açısından nedensellik değeri ve gücü taşıyıp taşımadığını aramaya başlamıştır. (4. CD. 26.9 1994 7114/7264)"

³⁴⁸ C. De Valkeneer, age. , syf. 471

³⁴⁹ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 471-472

değerlendirme yasağına gidilmelidir. Örneğin tutanağın gerektiği gibi tutulmaması durumunda, sanık olası bir provokasyonun varlığını ileri sürecektir yeterli verilere sahip olamayabilir ve hatta yeterli denetimin yapılmamış olması sanık tarafından ileri sürülen bir provokasyonun varlığı olasılığını güçlendirir. Bu gibi durumlarda mutlak değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır.

Erdem'in CMUK döneminde yaptığı bir değerlendirmeye göre³⁵⁰, *“Bu yönüyle söz konusu hüküm, delil elde etmenin güç hatta olanaksız olduğu organize suçlulukla mücadelede önemli bir engel oluşturmaktadır. Şöyle ki ister maddi hukuka, ister muhakeme hukukuna ilişkin olsun , örneğin tedbirin uygulanması için öngörülen ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine veya şüphe yoğunluğuna aykırı davranılması, tedbire gecikmesinde sakınca nedeniyle savcı tarafından karar verilmesi durumunda kararın süresi içinde hakim onayına sunulmaması, tedbir için öngörülen azami süre geçtikten sonra delil elde edilmesi, başka bir tedbirle de aynı sonuca ulaşılabileceği yönündeki değerlendirmenin yanlış yapılması gibi delilin elde edilmesi sırasında yapılan her hukuka aykırılık, bu deliller devletin içine en üst düzeyde sızmış bir suç örgütünü ortaya koysa bile, söz konusu delilin değerlendirilmemesi sonucuna yol açacaktır.”* Yazarın kaygılarına katılmakla birlikte, verdiği örnekler kanunda düzenlenmiş bulunan ve özel soruşturma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere ağır müdahalede bulunan istisnai niteliklerine karşı bir güvence oluşturan uygulanma koşullarına ilişkin olduğu için kanımızca bu koşullara aykırı davranılması halinde her şekilde mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır. Ancak bunların dışında kalan bazı şekil şartlarına aykırılık yüzünden de elde edilen delil doğrudan doğruya değerlendirme dışı kalmamalıdır. Gerçekten Öztürk-Özbek-Erdem'e göre de³⁵¹: *“Bir hukuk devletinde, devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olması lazım gelir; ancak, bu kurala rağmen uygulamada insanların yapısı gereği, halk arasında “.....” olarak sloganlaşan niteliği gereği bazı hukuka aykırılıklar yapılabilir. Bu gerçeği kabul eden medeni ülkelerde, böyle bir yanlış uygulama dünyanın sonu sayılmamaktadır.”*

Yeni CMK'da 217/2'deki bu yasağı perçinleyen başka hükümler de mevcuttur. Kanunun, *“Delillerin ortaya konulması ve reddi”* kenar başlıklı 206. maddesine göre (206/2 b. 1) ortaya konulması istenilen bir delil, *“kanuna aykırı*

³⁵⁰ M. R. Erdem, age. , syf. 369-370

³⁵¹ B. Öztürk/ V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 509

olarak elde edilmişse” reddolunacaktır. Yine kanununun 289. maddesinde, “*hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*” mutlak bozma nedenleri arasında sayılmıştır. Yurtcan’a göre³⁵², yeni CMK md. 217/2 hükmüyle, delil değerlendirme yasağına ilişkin söz konusu ilkenin “*zedelenmesinin Türk ceza yargılaması sisteminde yeri olamayacağını belirtmiştir.*”

b) Delil Yasaklarının Uzak Etkisi

Amerikan hukukunda bu gibi delilleri ifade etmek için “*türev deliller*” (derivative evidence) kavramının kullanıldığını görüyoruz. Türev deliller, kanuna aykırı olarak kollukça elde edilmiş bütün ikincil delilleri kapsayan bir kavramdır. Gerçekten Amerikan hukukunda delil yasaklarını ifade eden kural, kanuna aykırı bir arama ve el koyma sonucu doğrudan elde edilen delillere uygulanır. Bununla birlikte sıklıkla kanuna aykırı bir arama bir ikrara, sonraki bir yakalamaya, başka bir aramaya, veya sanık aleyhine beyanda bulunacak bir tanığın ortaya çıkarılmasına yol açabilir. Bu gibi durumlarda mahkeme türev delilin önceki hukuka aykırı arama neticesi elde edilip edilmediğine bakacaktır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin ünlü benzetmesiyle ifade edersek işte bu gibi türev deliller “*zehirli ağacın meyveleri*”dir³⁵³.

Öztürk’e göre³⁵⁴, CMUK 254/2’deki, “*düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak(dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş olmaktadır. Gerçekten kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır.*”

Bize göre de, CMK 217/2’nin düzenlemesi, CMUK 254/2’deki ilkeyi aynen benimsemiş olduğundan delil yasaklarının uzak etkisini de kapsamaktadır ve hukuka aykırı olarak elde edilmiş türev deliller de yüklenen suçun ispat edilmesinde kullanılmaz. Nitekim Yurtcan’a göre de³⁵⁵: “*Hukukun uygulanmasında, meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üstüne meşru ve hukuka uygun bir şey bina*

³⁵² E. Yurtcan, age. , syf. 429

³⁵³ R. J. Bacigal, age. , syf. 222

³⁵⁴ B. Öztürk, agm. , syf. 223; aynı yönde görüş için bkz. M. R. Erdem age. , syf. 370

³⁵⁵ E. Yurtcan, age. , syf. 365

edilemeyeceğine göre, son delilin de değerlendirme dışı delil olarak nitelendirilmesi yerinde olur.” Bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

c) Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi

Öğretide bir görüşe göre, özel soruşturma tedbirlerine ilişkin uygulanma koşulları kovuşturma organlarına yönelik olduğu için, özel kişiler tarafından bu yöntemler kullanılarak elde edilen delillerin somut olayda insan haklarına ağır bir müdahalede bulunulmadığı takdirde kural olarak değerlendirilebilmesi gerekir³⁵⁶.

Buna karşılık bizim de katıldığımız bir görüşe göre özel soruşturma tedbirlerine özel kişiler ve özellikle basın yayın mensupları tarafından başvurulması kesinlikle mümkün değildir, başvurulması halinde de elde edilen deliller bakımından delil yasağının söz konusu olması gerekir³⁵⁷. Gerçekten de özellikle, basın yayın kuruluşlarının, gizli ses ve görüntü kaydedici teknik araçlar kullanmak suretiyle araştırmacı gazetecilik adı altında suç bastırdıklarına sıkça rastlıyoruz. Bize göre bu gibi yöntemlere başvurulmasına, özel kişiler tarafından kullanılıyor diye açık kapı bırakılması, özel soruşturma tedbirlerine ilişkin olarak getirilen güvenceleri etkisiz bırakacak ciddi sonuçlara yol açabilir.

Yeni CMK’da, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olarak 135. maddenin son fıkrasında bu konuya bir açıklık getirilmiştir. Bu hükme göre, 135. maddede öngörülen esas ve usuller dışında hiç kimse bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. Kanımızca bu hüküm kovuşturma organlarının, özel kişileri sırf delil yasaklarını dolaşmak için kullanmaları olasılığını da engelleyebilecek yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri bakımından da böyle bir düzenlemeye yer verilmesi iyi olurdu.

³⁵⁶ M. R. Erdem, age. , syf. 371

³⁵⁷ Ersan Şen, “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, syf. 529

IV) DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER BAKIMINDAN ÖZEL SORUŞTURMA TEDBİRLERİ

A) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bakımından

1) Genel Olarak

Türkiye İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954 ve 6366 sayılı yasayla onaylamış ve 18 Mayıs 1954'de onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine verilmesiyle sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir³⁵⁸. Türkiye 28 Ocak 1987'de ise bireysel başvuru hakkını tanımış, böylece Türkiye'nin yetki alanı altında bulunan herkesin Türkiye'yi komisyona şikayet edebilmesi yolu açılmıştır. Nihayet Türkiye'nin 22 Ocak 1990'da, o tarihte seçimlik olan³⁵⁹, divanın zorunlu yargı yetkisini tanınmasıyla, sözleşme ülkemiz açısından tam olarak işler hale gelmiştir³⁶⁰.

İHAS'ın iç hukukumuzdaki yeri üzerine bir değerlendirme yapmak gerekirse, bilindiği gibi Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.*” Bununla birlikte Anayasa aynı fıkradaki “*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” cümlesiyle milletlerarası antlaşmaları inkılap kanunlarına(Anayasa md. 174) benzer bir şekilde Anayasa yargısı denetimden bağımsız tutarak, bunlara diğer kanunlara göre görece bir üstünlük tanımaktadır. Ancak bu durum kanımızca, milletlerarası antlaşma hükümlerinin sonradan, bunlara aykırı kanunlar çıkarılarak ya da özel kanun-genel kanun ilişkisine dayanılarak

³⁵⁸ A. Şeref Gözübüyük/ A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, syf. 18

³⁵⁹ 11 No'lu ek protokolün 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle komisyon ve divan birleştirilmiştir ve Strasbourg denetim mekanizması tek organlı hale getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, Ankara, 2004 , syf. 99-100; A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 26

³⁶⁰ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, ibid. , syf. 23-24

uygulanmaması olasılığını tamamen ortadan kaldırmaz. İşte bu nedenle kısa bir zaman öncesine kadar İHAS'ın normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından öğretide, sözleşmenin yasa hükmünde olmasına dayanarak, sonradan sözleşmeye aykırı bir yasa çıkarılırsa bunun uygulanacağı görüşünde olanlar olduğu gibi, İHAS'ın anayasallık bloku içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine kadar çok çeşitli görüşler savunulmuştur³⁶¹. Bu dönemde savunulan bir başka görüşe göre ise, sonradan çıkarılan Anayasa ile değiştirilemeyen sözleşmenin, sonradan çıkarılan bir yasayla değiştirilebileceğini kabul etmek çelişkili bir yaklaşımdır³⁶². Bize göre birinci görüş kabul edildiği takdirde, özellikle İHAS gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar bakımından, bu antlaşma hükümlerine aykırı kanunların bir şekilde uygulamasının önünün açık olması bu antlaşmalarla getirilen güvencelerin etkisiz kılınması tehlikesini doğuruyordu. İşte bu olasılığı ortadan kaldırmak amacıyla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına 7.5.2004 tarihli Anayasa değişikliğiyle bir cümle eklenmiştir. Buna göre: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Bu Anayasa değişikliği ile artık **temel hak ve özgürlüklere ilişkin** milletlerarası antlaşmaların hukukumuz bakımından kanunlardan üstün bir konuma getirildiği ortadadır. Dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hükümleri ve İHAM kararlarından çıkan temel ilkeler iç hukukumuz bakımından son derece önem kazanmıştır. Bundan böyle hakimlerimiz özel kanun-genel kanun, ya da sonraki kanun-önceki kanun ilişkisine bakmaksızın bir kanun İHAS'a aykırı hükümler içeriyorsa bu kanunu değil sözleşme hükümlerini ve bu hükümlerin yorumunu yani İHAM kararlarını dikkate alarak bir karara varacaklardır.

³⁶¹ D. Tezcan, age. , syf. 121-122

³⁶² A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 21

2) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler

a) Adil Yargılanma Hakkı

aa) Anonim Tanıklar

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Bizim konumuz içerisinde yer alan anonim tanıklara, ve gizli soruşturmacının tanıklığına ilişkin tedbirler bakımından bu maddenin sanık haklarına ilişkin 3. fıkrasının d bendi önemlidir. Bu düzenlemeye göre her sanık: “ *d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek*”³⁶³ hakkına sahiptir.

Öncelikle “*tanık*” kavramını İHAM'ın bağımsız(autonome) bir biçimde ele aldığını belirtmeliyiz. Bu bakımdan iç hukukların bu kavramı nasıl tanımladıkları mahkeme açısından önemli değildir. Mahkemenin gözünde tanık, bir gizli soruşturmacı, bir bilirkişi, müdahil ve hatta suç ortağı olabilir³⁶⁴.

Mahkemenin konuya ilişkin olarak verdiği ilk karar 1989 tarihli Kostovski/Hollanda³⁶⁵ kararıdır. Bu karara göre³⁶⁶, delillerin sanığın karşısında, açık duruşmada, çelişmeli³⁶⁷ tartışmaya imkan verecek şekilde ortaya konması esastır. Bununla birlikte, bir tanık beyanının mutlaka bir mahkeme salonunda ya da açık bir duruşmada yapılmak kaydıyla delil olarak değerlendirilmesi her olayda mümkün olmayabilir. Genel anlamda sözleşmenin 6. maddesiyle amaçlanan, sanığa aleyhine olan bir tanık beyanına karşı elverişli ve yeterli bir şekilde itiraz edebilmesi ve tanığa beyanda bulunduğu sırada veya daha sonra soru sorabilmesi imkanının

³⁶³ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, ibid. , syf. 265

³⁶⁴ Jean Pradel/ Geert Corstens, Droit Pénal Européen, Paris, Dalloz, 2002, syf. 405

³⁶⁵ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=kostovski&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

³⁶⁶ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 407

³⁶⁷ Fransızca'da “principe de contradictoire” olarak ifade edilen bu ilke, Türk hukukunda yüzekarşılık ya da vicahilik (bkz. N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 950) olarak da adlandırılmıştır. En basit anlamıyla bu ilkeyle yargılamanın, tez- antitez-sentez yani sav-savunma- karar üçgeninden oluşmasının kastedildiği söylenebilir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. N. Kunter/ F. Yenisey, ibid. , syf. 40-41

tanınmasıdır. Bunun dışında tanığın kimliğinin gizli tutulmasının bir yaptırımını mahkeme açıkça öngörmemektedir. Buna karşılık uygulamada adil yargılanma hakkının özüne saygılı bir yorumla, istisnai durumlar hariç sanığın mutlaka tanığa soru sorabilme imkanının bulunması gereğine işaret etmektedir.

Sözleşme organları, İsviçre'ye karşı 1992 tarihli Lüdi davasında³⁶⁸ ise gizli soruşturmacı kullanılması sorununu anonim tanıklıkla ve telefon dinlenmesi tedbirleriyle ilintili olarak ele almıştır. Komisyona göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tek başına sözleşmenin 8. maddesi anlamında özel hayata bir müdahale oluşturmaz. Buna karşılık telefon dinleme tedbiriyle birlikte uygulandığında tedbirin niteliği değişmektedir, çünkü kaydedilen konuşmaların tamamında veya bir bölümünde gizli soruşturmacının kışkırtması söz konusudur. Bu durum gizli soruşturmacının şüpheliyi kimliği ve hareketleri konusunda aldatması şeklinde kendisini gösterir. Böylelikle gizli soruşturmacı şüphelinin özel hayatına müdahale etmektedir³⁶⁹. Komisyon, bu olayda her iki tedbirin birlikte uygulanması, İsviçre hukukunda kanunla öngörülmemiş olduğundan olduğundan 8. madde ihlali olduğu görüşüne varmıştır³⁷⁰. Komisyondan farklı olarak mahkeme söz konusu davada, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin ne tek başına, ne de telefon dinleme tedbiriyle birlikte uygulandığında 8. maddenin ihlalini doğurmadığı sonucuna varmıştır. Gerçekten mahkemeye göre uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadelede bu tür bir tedbire kaçınılmaz olarak başvurulmaktadır³⁷¹. Buna karşılık olayda gerek komisyon gerekse mahkeme, Kostovski kararında ortaya konulan ilkelere atıfla, gizli soruşturmacı polislerin anonim tanıklıkları güvence altına alınarak bir yüzleştirmenin mümkün olmasına rağmen, bu yola başvurulmaması sebebiyle 6. madde ihlalinin olduğuna karar vermiştir³⁷².

1993 tarihli Saidi/Fransa kararında³⁷³ da mahkeme, uyuşturucu madde kaçaklığıyla mücadelede özellikle delil elde etmenin zorluğunu ve bu suçun topluma verdiği zararı gözardı etmemekle birlikte, tanıkların korunmasında çelişmeli

³⁶⁸ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=I%FCdi&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

³⁶⁹ C. De Valkeneer, age. , syf. 386-387

³⁷⁰ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 387

³⁷¹ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 408

³⁷² J. Pradel/ G. Corstens, ibid. , syf. 408

³⁷³ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=saidi&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

yargılama ilkesine daha üstün bir değer vererek, söz konusu olayda bu sağlanmadığı ve sadece tanık beyanına dayanarak mahkumiyet kararı verildiği gerekçesiyle ihlalin varlığına karar vermiştir³⁷⁴. Gerçekten Saidi davası gibi birçok olayda mahkeme³⁷⁵, başvuranın aleyhine olan ve kendisini şüpheli olarak teşhis eden tanıklarla yüzleşme hakkını yani, fiziksel olarak karşılarına çıkarak onlara soru sorma hakkını kabul etmiştir. Bununla birlikte 1996 tarihli Doorson/Hollanda davasında³⁷⁶ olduğu gibi İHAM'ın, müdafinin sanığın yokluğunda tanıkla yüzleşerek ona soru sormasının yeterli olduğunu kabul ettiği durumlar da söz konusudur. Mahkeme bu davada, anonim tanıklığa ilişkin ilkeleri daha bir açıklıkla ortaya koymuştur. Kararda, anonim tanığın sorgusu sırasında bir hakimin bulunması, bu hakimin söz konusu tanığın inanılabilirliği konusunda bir kanaat oluşturması, ve anonim tanığın beyanı dışında başka delillere de dayanılması gerektiği hususlarının altı çizilmiştir. Olayda bu koşullar yerine getirildiği için mahkeme Hollanda'yı mahkum etmemiştir³⁷⁷.

Mahkeme yine Hollanda'ya karşı 1997 tarihli Van Mechelen ve diğerleri³⁷⁸ davasında, anonim tanıklığın kabul edilebilmesi için, başka delillerin bulunması, tanığın inanılabilirliğini doğrulayabilecek bir hakimin bulunması ve savunmanın tanık beyanını tartışma ve özellikle soru sorma imkanına sahip olması şeklinde üç koşulun varlığının gerektiği konusundaki içtihadını yinelemiştir. Bunların dışında mahkeme, söz konusu davada yeni bir gerekçe daha ortaya koymuş ve polislerin genel bir amire itaat ödevinin bulunduğu bu sebeple bu tür kişilerin, istisnai durumlar dışında, anonim tanık olarak dinlenmemeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu dava, Doorson davasına benzer olmakla birlikte, mahkemenin burada Hollanda'yı mahkum etmesi bir içtihat değişikliği olarak yorumlanmıştır. Mahkemenin polislerin anonim tanıklığı ile, polis olmayanların anonim tanıklığı konusunda yaptığı ayırım birçok eleştiriye uğramıştır. Bir görüşe göre, polislerin de herkes kadar canlarına, ailelerine veya mallarına yönelik tehditlerle karşılaşma ihtimali vardır. Polislerin anonim tanıklığının zorlaştırılması, bu insanların korkarak organize suçluluğa göz yummaları ve bu tür suçların ortaya çıkarılması için pişmanlık gibi ahlaken şüpheli diğer bazı

³⁷⁴ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 408

³⁷⁵ K. Raid, age. , syf. 142, Saidi davasında mahkumiyet yalnızca tanık beyanına dayandırılmıştır.

³⁷⁶ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=doorson&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

³⁷⁷ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 408

³⁷⁸ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=mechelen&sessionid=5968325&skin=hudoc-fr>

tedbirlere başvurulması olmak üzere iki tür risk ortaya çıkarmaktadır³⁷⁹. Bir başka eleştiriye göre, mahkemenin polislerin tam anonim tanıklığı bakımından, misilleme riskinin somut(in concreto) olarak gösterilmesini zorunlu tutması, polislerin tam anonim tanıklığını güçleştirerek, yalnızca önceden tehdide ya da misillemeye maruz kalmış olanlarla sınırlandırmak gibi saçma bir sonuca yol açabilir³⁸⁰. Hatta bu kararın bazı sanıkları, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi taleplerinden vazgeçmek karşılığında, savcılıkla cezanın indirilmesi ya da bazı fiillerin kovuşturulmasından vazgeçilmesi gibi bir tür “pazarlığa(plea bargaining)” girmeye teşvik edebileceği bile söylenmektedir³⁸¹.

Görüldüğü gibi, İHAM anonim tanıklığı, ancak adil yargılanmanın gereklerine uygun ve çatışan menfaatleri uzlaştıracak belirli şartlar altında kabul etmektedir. Hatta Van Mechelen kararı bu şartları daha da ağırlaştırdığından eleştiriye uğramıştır. Ancak Renucci’ye göre sözleşmenin katı bir biçimde lafzi yorumu, bu uygulamanın tamamen yasaklanması sonucunu doğurabilirdi, ama İHAM yargıçları gerçekçi bir bakış açısıyla böyle katı bir yoruma gitmeyi istememişlerdir³⁸².

bb) Aldatma ve Provokasyon

İHAM 1998 tarihli Teixeira de Castro/Portekiz davasında, oy çokluğuyla(8:1) sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁸³. Bu cümle şöyledir³⁸⁴:

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

İHAM bu davada³⁸⁵, gizli soruşturmacıların provokasyon yapması sorununa ilişkin verdiği kararda, ilke olarak organize suçlulukla ve özellikle uyuşturucu

³⁷⁹ J. Pradel/ G. Corstens, ibid. , syf. 409

³⁸⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 419

³⁸¹ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 423

³⁸² Jean-François Renucci, Droit Européen Des Droits De L’Homme, LGDJ, Paris, 2002, syf. 289

³⁸³ K. Raid, age. , syf. 79; Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=teixeira&sessionid=5968205&skin=hudoc-fr>

³⁸⁴ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 265

kaçaklığıyla mücadelede örtülü tekniklere başvurulmasını reddetmemekle birlikte, kamu yararının bile polisin provokasyonu sonucu elde edilen delillerin kabul edilebilirliğini haklı göstermeyeceğini vurgulamıştır. Aslında bu kararda İHAS'la bağdaşabilir nitelikteki örtülü operasyonlarla, “kışkırtıcı ajan” arasındaki sınır ortaya konulmuştur. Söz konusu davada mahkemeye göre, operasyon bir hakim kararına dayanmadığı gibi, hakim denetimine de tabi değildir. Buna ek olarak yetkili makamlar başvuranın uyuşturucu satışı işine girdiğine ilişkin şüphe doğuracak belirtilere sahip olmadıkları halde bu operasyona girişmişlerdir. Üstelik başvuranın adli sicili temiz olduğu gibi, polisler bu kişiyi tanımamaktadır ve başvuran üçüncü bir kişiyle birlikte uyuşturucuyu temin etmek zorunda kalmıştır. Gözaltına alındığı anda elinde talep edilen miktardan fazla uyuşturucu bulunduğu da belli değildir. Mahkeme bu verilerden hareketle 6. maddenin ihlaline karar vermiştir. Mahkemeye göre bu olayda, polisler suça kışkırtmışlardır, ve bu kışkırtma olmasaydı suçun oluşacağına dair hiçbir belirti yoktur. Sonuç olarak başvuran, “*ab initio*”(başlangıçtan beri) adil yargılanma hakkından yoksundur. Bu davada ihlale gerekçe olan etkenlerin, birbirlerine alternatif olarak değil, hep birlikte(kümülatif) olarak ele alındığından söz edilmektedir³⁸⁶. Yani bütün bu etkenler birleşmiş ve özellikle hakim denetiminin yokluğunda ihlali sonuçlamıştır.

b) Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

aa) Genel Olarak

Bu hak İHAS'ın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin bireysel hayatı çeşitli yönleriyle koruma altına alan 8, 9, 10 ve 11. maddeleri yapısal bakımdan birbirine benzemektedir. Söz konusu maddelerin birinci fıkralarında maddelere konu olan haklar düzenlenmiş, ikinci fıkralarda da bu hakların hangi koşullarla sınırlandırılabilceği gösterilmiştir.

İHAS'ın 8. maddesine göre³⁸⁷: “1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

³⁸⁵ C. De Valkeneer, age. , syf. 391; ayrıca bkz. Iain Cameron, National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, 2000, syf. 319

³⁸⁶ I. Cameron, age. , syf. 320

³⁸⁷ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 330

2) *Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demoktarik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”*

Öncelikle maddenin ilk fıkrasında sözü edilen “*özel hayat*”, “*konut*” ve “*haberleşme*” kavramlarının sözleşme organlarınca nasıl değerlendirildiğini kısaca açıklamakta yarar görüyoruz. Mahkeme, özel hayat kavramını sadece herkesin kişisel hayatını keyfine göre yaşayacağı, dış dünyaya kapalı özel bir çemberle sınırlandırmamaktadır. Özel hayata saygı, belli bir ölçüde, birey için diğer bireylerle ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da içerir. Bu bağlamda mahkeme, ticari ve mesleki faaliyetler ile özel hayat arasındaki karşılıklı da yumuşatmıştır. Gerçekten çoğu insan dış dünya ile ilişkiler kurabilme fırsatını en çok isteyken bulabilmektedir. Bazen bu ilişkiler öylesine iç içe geçer ki ayırt etmek güçtür. Özellikle serbest mesleklerle uğraşanlar için mesleki faaliyetleri hayatlarının çok büyük bir bölümünü kapsadığı için bu ayrımı yapabilmek büsbütün güçleşir. Bununla birlikte bu durumun bazen mesleki faaliyetleri ile özel hayatları iç içe geçen mesleklerden olanlarla, bu tür mesleklerden olmayanlar arasında 8. madde korumasından yararlanma bakımından bir eşitsizliğe yol açabileceğinden söz edilmiştir³⁸⁸.

İşte İHAM’ın bu şekilde çok geniş yorumlanmaya elverişli özel hayat kavramına bir sınır getirmeye elverişli, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin özel hayat kavramını tanımlarken ortaya koyduğu “*makul mahremiyet beklentisi*”(reasonable expectation of privacy) ölçütünü, sözleşmenin 6. maddesinin ihlali ile ilgili olarak ele aldığımız Lüdi/İsviçre davasında kullandığı ve 8. maddenin ihlal edilmediğine bu yaklaşımdan hareket ederek karar verdiği söylenebilir³⁸⁹. Mahkemeye göre Lüdi gizli soruşturmacıya uyuşturucu satmayı kabul ettiği anda bir suç işlemekte olduğunu hesaba katmış ve bu tür bir örtülü operasyonla karşılaşma riskini göze almıştır³⁹⁰. Yani olayda Lüdi’de “*makul bir mahremiyet beklentisi*” olmadığı için özel hayata bir müdahale de söz konusu değildir. Bu yaklaşım, bir suç varsayımından hareket edilmesi sebebiyle, suç sonradan kanıtlanmadığı takdirde varsayım çürütülmüş olacağından özel hayata bir müdahalenin söz konusu olacağı

³⁸⁸ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 423

³⁸⁹ J. Pradel/ G. Corstens, ibid. , syf. 423-424

³⁹⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 388

yönünden eleştirilmiştir. Bu durumda gizli soruşturmacı kullanılması tedbiri bir varsayımın kanıtlanması gibi belirsiz bir temele oturmaktadır. Daha mantıklı bir yaklaşım olarak gizli soruşturmacı kullanılması tedbirinin insanlar arasında kişisel ilişkiler kurduğu varsayımından, dolayısıyla bu tedbirin her şekilde özel hayata bir müdahale teşkil ettiği ve ancak 8. maddenin 2. fıkrasına uygun olarak meşru olabileceğinden söz edilmektedir³⁹¹. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Genel tanımıyla konut kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer olmakla birlikte, komisyon ve mahkeme kişinin mesleki ve ticari faaliyetini sürdürdüğü yeri de konut saymıştır³⁹². Özel hayat kavramına benzer şekilde konut kavramı da genişletici biçimde yorumlanmaktadır. Sözleşmenin İngilizce metnindeki “*home*” sözcüğü de mesleki yerleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmakla birlikte, Fransızca metindeki “*domicile*” sözcüğü “*home*” sözcüğünden daha geniş bir anlamı sahip olduğundan, örneğin bir serbest meslek mensubunun bürosunu kapsayacak şekilde genişletici yoruma daha elverişlidir³⁹³.

Mahkeme, sözleşmenin resmi Fransızca ve İngilizce metnindeki “*correspondance*” “*correspondence*” sözcüğünü sadece sözlük anlamındaki “*yazışma*” olarak değil her çeşit yol ve araç ile gerçekleştirilen haberleşme olarak anlamaktadır³⁹⁴. Mahkeme özel hayat ve konut kavramları gibi haberleşme kavramını da geniş yorumlamaktadır. Bu kavramın önünde ayrıca “*özel*” sıfatının bulunmayışı, karışık nitelikteki yani kısmen mesleki kısmen de özel karakter taşıyan haberleşmenin 8. madde korunmasından yararlanması gerektiği görüşünü desteklemektedir. Çünkü örneğin bir tutuklunun dış dünya ile tek iletişimi avukatı vasıtasıyla. Modern teknolojinin geliştirdiği faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarıyla yapılan iletişimin de, umuma açık olmadığı sürece, 8. madde korunmasından yararlanacağı kuşkusuzdur³⁹⁵.

8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamanın koşullarını da kısaca gözden geçirmekte yarar görüyoruz. Öncelikle sınırlamanın “*kanunla öngörülmüş olması*”(prévüe par la loi) gerekmektedir. Bunun anlamı hak veya özgürlüğe müdahale eden önlem veya işlemin ulusal(iç) hukukta yasal dayanağının

³⁹¹ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 424

³⁹² A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 340

³⁹³ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 426

³⁹⁴ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 341

³⁹⁵ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 426-427

bulunmasıdır. Ancak kanun kavramı yalnızca şekli anlamda kanunla sınırlı değildir, bunun yanı sıra maddi anlamda kanunu yani soyut norm koyan tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarrufları ve içtihat hukukunu da kapsamaktadır. Başka bir deyişle bu kavramla atıfta bulunulan yalnızca yasama organı(parlamento) tasarrufları değildir³⁹⁶.

Mahkeme, “ulaşılabilirlik”(l’accessibilité) ve “anlaşılabilirlik”(la prévisibilité) olmak üzere kanunda bulunması gereken iki nitelikten söz etmektedir. Ulaşılabilirlik, müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemenin(normun) açığa çıkarılabilir olmasıdır. Bir başka deyişle ilgilinin belli bir olayda başvurulacak hukuk normu hakkında yayımlanma gibi yollarla yeterli bilgiye sahip olabilmesidir. Anlaşılabilirlik koşulu ise “*lex certa*” sözcükleriyle ifade edilen yasanın açıklığı ve belirliliğidir. Bu koşul idarenin ve ceza adaletinin keyfilğine karşı koruyucudur. Bu bağlamda yalnızca normun metni değil, idari talimat ve uygulamalar, yasanın hazırlık çalışmaları ve yargı denetimi de bu koşul ele alınırken hesaba katılmalıdır³⁹⁷.

Bununla birlikte bazen bir tedbirin çok fazla anlaşılabilir olması, onun uygulanmasını büsbütün yararsız kılabilir. Örneğin hakkında gizli dinleme tedbiri uygulanan bir şüpheli, bu yolla iletişim kurmaktan kaçınabilir. Böylece bu tür bir tedbir etkili olarak uygulamak mümkün olmayabilir³⁹⁸. Bu yüzden bu koşulun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir.

Sınırlamada ikinci koşul, bunun 2. fıkrada sayılan meşru amaçlardan birine veya birkaçına yönelik olmasıdır. 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan bu meşru amaçları Mahkeme, “*sıkıştıran toplumsal gereksinim*”(besoin social impérieux) olarak nitelendirmektedir³⁹⁹. Yani, bir hak ve özgürlüğe müdahale 2. fıkrada belirlenen amaçlardan biri veya birkaçı bakımından “*sıkıştıran toplumsal gereksinim*”e cevap teşkil edecek, bu gereksinim nedeniyle meşruluk kazanacaktır⁴⁰⁰.

Üçüncü koşul sınırlamanın “*demokratik bir toplumda gerekli*” olmasıdır. 8. madde anlamında “*gereklilik*” kavramı sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki “*mutlak surette gerekli*”(absolument nécessaire) ifadesi kadar yoğunluk taşımamakla birlikte “*yararlı*”(utile) ya da “*elverişli*”(opportun) sözcükleri kadar yumuşak bir

³⁹⁶ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 375-376

³⁹⁷ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 429

³⁹⁸ J. Pradel/ G. Corstens, ibid. , syf. 430

³⁹⁹ J. Pradel/ G. Corstens, ibid. , syf. 430

⁴⁰⁰ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 378

anlamı da ifade etmemektedir⁴⁰¹. Yukarıda açıkladığımız gibi bu sözcük mahkeme içtihadında “*sıkıştıran(zorlayıcı) bir toplumsal gereksinim(besoin social impérieux, pressing social need)*”i ifade eder⁴⁰². Demek ki öncelikle alınan tedbir, meşru amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Eğer tedbirin hemen istenilen etkiyi göstermeyeceği kesin ya da muhtemelse, tedbir sıkıştıran toplumsal gereksinime cevap vermek bakımından etkisizse, gereklilik koşulu gerçekleşmez. Müdahale yerinde ve yeterli gerekçelere dayanmalıdır. İkinci olarak, ilgilinin durumunu daha az etkileyen denk başka tedbirler uygulanmasının mümkün olmaması gerekir. Bu “*subsidiarité*” ilkesidir. Son olarak orantılılık ilkesine göre, alınan tedbirin izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekir. Yani müdahale ile izlenen amaç arasında bir denklik olmalıdır⁴⁰³.

bb) İletişimin Denetlenmesi

Mahkemenin telefon dinleme ile ilgili olarak verdiği ilk karar 6 Eylül 1978 tarihli *Klass ve diğerleri/Almanya*⁴⁰⁴ kararıdır. Söz konusu davada mahkemenin soyut norm denetimi yaptığını, başvuranları “*potansiyel mağdur*” olarak değerlendirip başvurularını kabul ettiğini görüyoruz. Gerçekten bu olayda Almanya’da telefonların idarece gizlice dinlenmesine ilişkin yasal düzenlemeye karşı başvuruda bulunanlar savcı, hakim ve avukatlardan oluşan bir grup hukukçudur. Bu davanın konusu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uygulanan adli amaçlı telefon dinlemeler değil, ulusal güvenliği korumak için uygulanan idari telefon dinlemelerdir⁴⁰⁵.

Mahkeme, olayda dava konusu yasal düzenlemenin 8. maddede düzenlenen hakka bir müdahale olduğunu tartışmasız kabul etmiş yalnızca 8. maddenin 2. fıkrası anlamında bu müdahalenin meşru olup olmadığı sorunuyla ilgilenmiştir. İHAM, her zamanki gibi sözleşmeyle korunan bir hakka istisna getirdiği için söz konusu fıkranın dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkemeye göre, vatandaşların gizlice dinlenip izlenmesi polis devletine özgü bir özelliktir, ve sözleşmeye göre

⁴⁰¹ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 431

⁴⁰² A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 378

⁴⁰³ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 431-432

⁴⁰⁴ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

⁴⁰⁵ J. Pradel/ G. Corstens, age. , syf. 434

ancak demokratik kurumları korumak için “*ciddi biçimde gerekli*”(strictement nécessaire) ise bu tür tedbirlere başvurulabilir⁴⁰⁶. Görüldüğü gibi bu tür tedbirler bakımından mahkeme “*gereklilik*” koşulunu daha da dar yorumlamış neredeyse sözleşmenin 2. maddesindeki “*mutlak surette gerekli*” kavramına yaklaştırmıştır.

Mahkeme dava konusu yasal düzenlemeyi, ulusal güvenliğin, düzenin korunması ve suçların önlenmesi amaçlarına yönelik olduğundan 8. maddenin 2. fıkrası bakımından “*meşru bir amaca yönelik*” bulmuştur. Mahkemeye göre günümüzde, demokratik toplumlar casusluğun çok karışık biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır. Devletin bu tehditlerle etkin olarak mücadele edebilmesi için ülkesi üzerinde yıkıcı öğeleri gizlice izlemesi gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu yasal düzenleme bu amaçlara ulaşmak için “*demokratik bir toplumda gerekli*”dir.

İHAM’a göre, sözleşme taraf devletlere izleme sisteminin özelliklerini belirleme konusunda bir takdir yetkisi tanımakla birlikte, devletler bu konuda sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. Demokrasiyi korumak gerekçesiyle, demokrasi yok edilemez. Bir başka deyişle bu tür tedbirlerin kötüye kullanılmalara karşı uygun ve yeterli güvencelerin öngörülmesi gerekmektedir. Mahkeme kötüye kullanmalara elverişli böyle bir alanda hakim güvencesinin tercih edilir olduğunu belirtmekle birlikte, somut olayda Almanya’daki yasal düzenleme bakımından Buntstag tarafından oransal olarak atanan beş milletvekilinden oluşan bir komite ve yine bu komite tarafından bir yasama dönemi için atanan üç kişilik bir komisyon olarak öngörülen iki denetim organını yeterli bir bağımsızlığa sahip bulmuştur⁴⁰⁷.

Mahkemeye göre tedbirin bitiminde ilgiliye haber verilmemesi de, 8. madde ihlaline yol açmaz, çünkü esas olarak tedbirin etkinliğini sağlayan bu gizli niteliklidir. Sonuç olarak bu olayda mahkeme oybirliğiyle 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁰⁸. Bize göre mahkemenin bu yorumu isabetsizdir. Şöyle ki, tedbirin etkinliğini, uygulandığı süre boyunca, bu gizli niteliğin sağladığı bir gerçektir. Ancak tedbirin bitiminde ilgiliye haber verilmemesinin tedbirin etkinliğiyle bir ilgisi olmadığı gibi, yargısal denetim ve dolayısıyla İHAM’a bireysel başvuru hakkını da uygulamada imkansızlaştıracağından sözleşmeyle bağdaşmayacağı ortadadır.

⁴⁰⁶ Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’homme*, Paris, Dalloz, 2000, syf. 423

⁴⁰⁷ V. Berger, *age.*, syf. 422-424

⁴⁰⁸ V. Berger, *ibid.*, syf. 424

Ele alacağımız bir başka önemli karar Klass ve diğerleri davasından farklı olarak ceza soruşturması çerçevesinde telefon dinlemelere ilişkin 2 Ağustos 1984 tarihli Malone/ Birleşik Krallık⁴⁰⁹ davasıdır. Bu davada İHAM, iletişimin denetlenmesi yetkisinin İngiliz ve Galler hukuklarında hangi açılardan hukuki düzenlemelerde yer aldığı ve ne oranda idareye bağlı olduğu hususları yeterli güvenilirlikle ortaya konmadığı için demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince istenen asgari hukuki korumanın bulunmadığına, yani yasayla öngörülme koşulunun gerçekleşmediğine karar vermiştir⁴¹⁰. Gerçekten de, “*hukukun üstünlüğü ilkesi*” (prééminence du droit) ile yasayla öngörülme koşulu arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu ilke, iç hukukun 1. fıkra ile korunan hakka resmi makamların keyfi müdahalesini önleyecek bir koruma sistemine sahip olmasını gerektirir. Devlet organlarına bir takdir yetkisinin tanındığı durumlarda da, bu yetkiyi tanıyan yasanın takdir yetkisinin sınırlarını keyfi uygulamaları önleyecek şekilde belirlemesi gerekir⁴¹¹.

Söz konusu davada Mahkeme, adli kolluğa iletişimin denetlenmesi yetkisi veren bir düzenlemenin, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini kabul etmekle birlikte, böyle bir tedbirin aşırılıklara karşı yeterli güvencelerle donatılmış olması gerektiği görüşündedir⁴¹².

Mahkemeye göre, İngiliz ve Galler hukuklarında, posta idaresinin sadece polisten gelen bir talep karşısında buna uyararak numaraların dökümünü tutmasını yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmadığı ve dahası dosyadaki belgelerde yetkili mercilerin takdir yetkisini ve böyle bir uygulamanın kapsam ve özelliklerini düzenleyen herhangi bir hukuki norm gösterilmediği için, bu tür kayıtların tutulması da yasayla öngörülme koşuluna aykırıdır⁴¹³.

⁴⁰⁹ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=Malone&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

⁴¹⁰ V. Berger, age. , syf. 426

⁴¹¹ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 375

⁴¹² V. Berger, age. , syf. 426

⁴¹³ V. Berger, ibid. , syf. 427

Bu maddeyle ilgili olarak son olarak ele alacağımız karar 24 Nisan 1990 tarihli Fransa'ya karşı Kruslin⁴¹⁴ ve Huvig⁴¹⁵ kararlarıdır. Daha önce de söz ettiğimiz gibi Fransa bu davada mahkum olmasının hemen ertesi yılı, telefon dinlemeye ilgili iç hukukunda ayrıntılı yasal düzenlemelere gitmiştir. Gerçekten, bu kararlar İHAM kararlarının ulusal hukukları etkilemesinin somut bir örneği olduğu için de ayrıca önemlidir.

Söz konusu davada mahkeme yasayla öngörülmüş olma koşuluna ilişkin üç aşamalı bir inceleme yapmıştır. Birinci aşamada, özellikle Fransız Yargıtayı'nın yıllardan beridir Fransız Ceza Muhakemesi Kanunda yer alan bazı hükümleri telefon dinlemenin yasal dayanağı olarak gören kararlarını göz önünde bulundurarak, “yasa” kavramını şekli değil maddi anlamda ele aldığı yani yalnızca yazılı değil yazılı olmayan hukukun da bu kavramın kapsamına girdiğine ilişkin klasik içtihadını tekrarlayıp, telefon dinlemenin Fransız hukukunda yasal temeli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ikinci aşamada, yasayla öngörülme koşulunun unsurlarından olan “ulaşılabilirlik” bakımından da bir sorun olmadığını tespit ettikten sonra, “anlaşılabilirlik” koşulu bakımından aynı kanıya varamamıştır. Mahkemeye göre, telefonların dinlenmesi ve diğer iletişimin denetlenmesi biçimleri özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına ağır bir müdahaledir. Bundan dolayı, bu tür tedbirler özel belirlilikte bir yasaya dayanmalıdır. Bu alanda kullanılan teknik yöntemler durmaksızın geliştiği için, bu alanı düzenleyen açık ve ayrıntılı kuralların bulunması zorunludur. Nitekim, özellikle hakkında tedbir uygulanabilecek kişiler, tedbire konu olabilecek suçların niteliği, tedbirin uygulanacağı süre, kaydedilen konuşmaların nasıl tutanağa geçirileceği ve tutulan kayıtların özellikle takipsizlik kararı veya hükümlünün salıverilmesi gibi durumlarda imha edilmesine ilişkin koşulların belli olmaması gibi gerekçelerle İHAM, Fransız hukukunda yeterince açıklıkla, tedbirin kapsam ve özelliklerinin gösterilmediğine ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴¹⁴ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=kruslin%20%7C%20huvig&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

⁴¹⁵ Kararın Fransızca metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=kruslin%20%7C%20huvig&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

c) Olağanüstü Hallerde Askıya Alma

İHAS'ın “*Olağanüstü hallerde askıya alma*” başlıklı 15. maddesine göre:

“*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşen Taraf, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.*”

Bu madde sözleşmeye taraf devletlere, sözleşmeyle tanınan hak ve özgürlüklere ve güvencelere, maddede öngörülen kayıt ve şartlarla, belli ve geçici bir süre için “*istisnalar*” getirme veya bunları “*askıya alma*”; yani sözleşmede öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeme olanağı tanımıştır⁴¹⁶.

Organize suçluluk bu madde anlamında, “*ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike*” olarak değerlendirilebilir mi? Örneğin adil yargılanma hakkının, özel hayata saygı hakkı gibi sınırlanma koşullarının 6. maddede ortaya konulmaması karşısında, 15. maddeye dayanarak bazı suçluluk biçimlerinin “*ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike*” olarak değerlendirilerek 6. maddeye istisnalar getirilebilmesi mümkün müdür⁴¹⁷?

Komisyonca göre bu madde anlamında “*genel tehlike*”, güncel ve pek yakın olmalı, ulusun tamamını kapsayan etkiler taşınmalı, toplumun düzenli yaşamını tehdit etmeli, kriz olağandışı nitelikte olmalı, yani olağan tedbir ve kısıtlamaların yetersizliği açıkça görülmelidir⁴¹⁸.

Kostovski kararında bu sorunun yanıtı olabilecek, 6. maddede belirtilen yükümlülüklerin suçlulukla etkin mücadele zorunluluğuyla askıya alınmasına ilişkin bazı işaretler bulunabileceğinden söz edilmiştir. Çünkü İHAM bu kararda, organize suçluluğun yaygınlığının “*uygun tedbirler*” (mesures appropriées) alınmasını zorunlu kılmasından söz ederek bir orantılılık vurgusu yapmıştır. Bununla birlikte “*uygun tedbirler*” kavramının çok geniş bir kavram olduğu da söylenmiştir. Kaldı ki somut

⁴¹⁶ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 405

⁴¹⁷ C. De Valkeneer, age. , syf. 420-421

⁴¹⁸ A. Ş. Gözübüyük/ A. F. Gölcüklü, age. , syf. 406

olayda Hollanda hükümeti 15. maddeye dayanarak anonim tanıklıkla ilgili 6. maddeye aykırı bir tedbir almamıştır⁴¹⁹.

Valkeneer'e göre⁴²⁰ bazı suçluluk biçimlerini “*ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike*” olarak kabul etmek, son tahlilde belli bir yer ve zamanda söz konusu olan duruma göre değişebilecek siyasi bir sorundur. Bugün birçok kriminal olgunun açık olarak sınırlarını çizmenin neredeyse imkansız olması karşısında geleceğe ilişkin öngörülerde bulunmak daha da zordur. Bununla birlikte böyle bir kabul, olayların tersini göstermesi mümkün olmakla birlikte, teorik olarak kolay değildir. Bunun için bazı suçluluk biçimlerinin toplumun üyelerine ve kurumlarına ulusun yaşamını tehlikeye atacak derecede zarar verdiğini kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle bu suçluluk biçimlerinin, sosyal hayatı derinden sarsan, hatta imkansız hale getiren nitelikte olması gerekir. Terörü buna örnek olarak kabul edersek, organize bile olsalar diğer suçluluk biçimlerinin böyle bir sonuca nasıl yol açabileceği soru işaretidir. Gerçekten yalnızca, nüfusun önemli bir bölümünün zımnen veya aktif olarak, bazı grupların suç faaliyetlerini desteklemesi halinde böyle bir durum söz konusu olabilir.

Ayrıca komisyonun 8. maddenin ihlal edilmediğine karar verdiği bir olayda, devletin kendi güvenliğini ya da imzaladığı uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini tehlikeye atan suçluluk biçimleriyle karşı karşıya kaldığında, yasal düzenlemenin yokluğuna rağmen, gizli soruşturmacı görevlendirmesinin meşru olup olamayacağı tartışılmıştır. Somut olayda nükleer silah üretiminde kullanılan bir maddenin Irak'a ihracı suçuyla ilgili olarak, İngiliz yetkililerle birlikte çalışan gümrük görevlisi Amerikalı bir ajan, İngiltere'de yasal dayanağın yokluğuna rağmen görevlendirilmiştir. Komisyona göre böyle bir olayda devletin uluslararası sorumluluğu söz konusudur. Burada komisyonun böyle bir durumu 15. maddedeki “*ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike*” kavramına benzettiğinin düşünülebileceği söylenmiştir⁴²¹.

⁴¹⁹ C. De Valkeneer, age. , syf. 421-422

⁴²⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 422- 423

⁴²¹ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 393

B) Ceza Muhakemesine Egemen Olan İlkeler Bakımından

1) Soruşturmanın Serbestliği

Bu ilke soruşturma(hazırlık soruşturması) aşamasının “*dağınıklığı*”nı ve “*kurallara bağlı olmayışı*”nı⁴²² ifade etmektedir. Soruşturma sırasında, birbirinden bağımsız, farklı yer ve zamanlarda ve farklı kişiler tarafından birçok araştırma işleminin yapılması söz konusudur. Bu yüzden kovuşturma(son soruşturma) aşamasındaki işlemlerin hakim tarafından bir celsede yapılması yani “*duruşmanın yoğunluğu*” ilkesi bu aşamada kabul edilmemiştir⁴²³. Bu özelliğin, olayın araştırılması bakımından zorunlu olması sebebiyle buna “*soruşturmanın dağınıklığı ilkesi*” demek yanlış olmayacaktır.

Soruşturmada, araştırmaların yapılması ve koruma tedbirlerine başvurulması bakımından bir sıraya uyulmasının öngörüldüğü haller istisnadır⁴²⁴. İşte özel soruşturma tedbirleri bu istisnalardandır, çünkü bunlara başvurulmasında daha önce açıkladığımız gibi “*subsidiarite*” ilkesine uyulması gerekir. Ancak genelde bu ilkeye ilişkin değerlendirmenin soyut olarak yapılacağı söylendiği için, denetlenebilmesi neredeyse imkansızdır.

Soruşturma aşaması işlemlerini yapan organlar olarak savcı, kolluk ve sulh ceza hakimi değişik görevleri yerine getirir. Özel soruşturma tedbirlerinin “*subsidiarite*” gibi maddi uygulanma koşullarının oluştuğunun değerlendirmesini yapması gereken organ savcılıktır. Böylece savcılık yönetim fonksiyonunu koruyacak, aslında hakimin onayı hukuka uygunluk denetiminden ibaret olacaktır. Bununla birlikte uygulamada “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*”e dayanılarak savcı kararına istinaden, kollukça çoktan uygulamaya konulmuş yöntemler sonradan hakimin denetimine sunulacaktır. Bu durumda hukuka uygunluk denetiminin yapılmasının güçleşeceği ortadadır. Daha büyük sorun ise savcıyla ilgilidir, uygulamada savcının yapması gereken değerlendirmeyi kolluk yapacaktır. Şimdi bu sorunun nedenini biraz açmak istiyoruz.

⁴²² N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 62

⁴²³ Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta, İstanbul, 1987, syf. 19

⁴²⁴ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 62

Ülkemizde yürütme içinde yer alan kolluk hiyerarşik olarak İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. İdari görevleri yanında, kolluk bastırıcı amaçlı görevleri bakımından CMK md. 160/2'ye göre savcının emri altındadır. Savcılığın emri altında bulunan kolluk görevlilerinin yeni CMK'da “*adli kolluk*” olarak adlandırılması, bu bağın eskiden olduğu gibi şimdi de yalnızca fonksiyonel bir bağ olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁴²⁵. Bu yüzden aslında özlük hakları bakımından İçişleri Bakanlığı'na bağlı olan kolluğun gerçek anlamda bir “*adli kolluk*” olarak görev yapması mümkün değildir. Savcının adli kolluğun “*sicil amiri*” olmasını sağlayacak bir adli kolluk teşkilatı kurulmadan savcının kolluk üzerinde yeterli yaptırım gücü olamayacağından, CMK md. 160'da ifadesini bulan savcının soruşturma aşamasının kralı olması, uygulamada gerçekleşmeyecektir. Bu anlamda CMK'nın 166. maddesinde savcıya tanınan adli kolluk görevlileri hakkında değerlendirme raporu düzenleyerek mülki amire gönderme yetkisi ancak tavsiye niteliğinde olduğundan kanımızca bu anlamda yeterli olmaktan uzaktır.

Bilindiği gibi soruşturma aşamasında yapılan işlemler, kovuşturma aşamasına ve dolayısıyla verilecek hükme etkileri bakımından son derece önemlidir. Çünkü mahkeme hüküm verirken bu aşamada toplanan delillere dayanacaktır. CMUK md. 150/2'de yer verilen ceza muhakemesinde yargıcın da delil araştırabilmesi ilkesine yeni CMK'da yer verilmemesi karşısında artık soruşturma aşamasında yapılan işlemlerin önemi daha da artmıştır. Ancak yukarıda açıkladığımız ve öğretilde şikayet edildiği gibi uygulamada “*de facto*” olarak soruşturma aşamasının kralı savcı değil kolluktur⁴²⁶. Bu durumun en büyük sakıncası gizli ve ön alandan devşirme yöntemler olmaları ve modern teknoloji olanaklarından yararlanılması gibi sebeplerle özel soruşturma tedbirleriyle ilgili olarak ortaya çıkacaktır. Bu yetmezmiş gibi, CMK'da özel soruşturma tedbirlerine kovuşturma aşamasında da başvurulabileceğinin öngörülmüş olması karşısında, adeta ceza muhakemesinin bütün aşamalarında büyük ölçüde savcı ve hakimin bertaraf edilip, insiyatifin kolluğa geçmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır.

Bu sorununun çözümünün gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatı kurularak savcının konumunun güçlendirilmesiyle mümkün olacağı kuşkusuzdur. Bunun yanı sıra Alman CMK md. 244/2'de açıkça yer verilen⁴²⁷ “*yargıcın da delil*

⁴²⁵ M. R. Erdem, age. , syf. 247

⁴²⁶ M. R. Erdem, ibid. , syf. 247-248

⁴²⁷ E. Yurtcan, age. , syf. 49-50

araştırabilmesi ilkesinin” hukukumuzda yeniden yasal dayanağa kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyiz.

2) Masumluk Karinesi

“*Suçsuzluk karinesi*”⁴²⁸ diye de anılan ilke, Anayasa(md 38/4), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(md. 11), İHAS(md. 6/2) ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(md. 14/2) ‘de ifadesini bulan çağdaş ceza yargılaması hukukunun en temel ilkelerindendir. Bu hak bir kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmasına engel olur. Bu ilke aynı zamanda ceza muhakemesinde ispat yükünü de belirler. Şüpheli veya sanık suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir⁴²⁹. Bir kimsenin suçluluğunun hükmen sabit olması için, hakimde yargılamanın sonunda bu konuda yüzde yüz kanaat oluşmalıdır⁴³⁰.

Nitekim şüphenin az bir oranda da olsa kaldığı, yenilemediği durumlarda “*şüpheden sanık yararlanır*”(in dubio pro reo) kuralı geçerlidir⁴³¹. Yani ceza muhakemesi masum olduğu varsayılan kişilere yönelir⁴³². Bu yüzden bireyin temel hak ve özgürlüklerine kesin hükümden önce müdahale etmenin olmazsa olmaz koşulu “*şüpheli*”dir⁴³³.

CMK md. 160/1, soruşturmaya başlanması için “*başlangıç şüphesi*”nin varlığını aramaktadır. CMUK(md. 153/1)’de “*bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz*” biçiminde ifade edilen bu husus, CMK md. 160/1’de “*bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez*” denilmek suretiyle benzer şekilde ifade edilmiştir. Kanunun ifade biçiminden de açıkça anlaşılacağı gibi, soruşturmaya başlanması için bir suçun işlendiği yönünde şüphenin bulunması yeterli olup, ayrıca şüphelinin de biliniyor olması gerekmez.

Geleneksel soruşturma yöntemlerinde kovuşturma organları, bir suçun varlığına işaret eden bilgileri öğrendikleri zaman, ilk olarak bunları doğrulamaya yönelirler. İkinci aşamada, yani suç işlendiğine ilişkin yeterli bir karineye ulaştıklarında, bu suçu bir veya birkaç kişiyle ilişkilendirirler.

⁴²⁸ D. Tezcan, age. , syf. 356

⁴²⁹ G. Stefani/ G. Levasseur,/B. Bouloc, age. , syf. 27

⁴³⁰ E. Yurtcan, age. , syf. 53

⁴³¹ G. Stefani/ G. Levasseur,/B. Bouloc, age. , syf. 27

⁴³² N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 128-129

⁴³³ M. R. Erdem, age. , syf. 249

Özel soruşturma tedbirlerinde ise bu bilgilerden hareketle, suç faaliyetlerine giriştikleri az çok belirsiz olan, buna karşılık az çok belirli insanlara yönelir. Böylece suçluluk belirtileri, fiillerin ortaya konulmasından önce gelir. Başka bir deyişle, bu tür tedbirler, kimliği belirli kişileri değil yapısı belirsiz bir grubu hedef alır. Bu yüzden bu tür tedbirler, ceza soruşturmasına başlanmasını suç sayılan bir fiille ya da en azından suç işlendiğine ilişkin makul bir karineye dayandıran ceza yargılamasının temel ilkelerini altüst eder⁴³⁴.

Yetkili mercilerin, vatandaşların özel yaşamına keyfi müdahalesine karşı bir güvence olan geleneksel ceza yargılaması hukukunun bu ilkesi, aynı zamanda kanunilik ilkesine de dayanır. Bu ilke sadece belirsiz fiillere dayanarak mahkumiyet kararı verilmesini önlemekle kalmaz, dahası ceza davasını da belirli bir suçun işlendiği hususunda yeterli suçluluk unsurlarına bağlanan makul belirtilerin varlığı koşuluna tabi tutar. Suça ilişkin olgulardan önce, suçlunun aranması totaliter rejimlere açık bir kapıdır. Bir kere suçlanacak kişi bulundu mu, birtakım fiillerin bu kişiye isnad edilmesi bazen olayların gücüyle, bazense “*arayan bulur*” sözündeki gibi olayları zorlayarak gerçekleştirilir. Bir başka deyişle, geleneksel yöntemlerde bir fiil bir kişiyle ilişkilendirilmeye çalışılırken, özel soruşturma tedbirlerinde bir kişi bir veya birkaç fiille ilişkilendirilmeye çalışılır. Birinci durumda, fiil failden önce gelirken, ikinci durumda fail fiilden önce gelmektedir.

İşte özel soruşturma tedbirlerinin, soruşturmanın aşamalarını ters çevirdiği ölçüde ceza muhakemesinde gerçek bir kırılma yarattığından söz edilmektedir. Çünkü geleneksel ceza muhakemesinde fiiller suçluluktan önce gelirken, bu tür tedbirler suçluluğa öncelik tanıyıp bunu suç oluşturan fiillerle desteklemeye yöneliktir⁴³⁵.

Aslında, bu tedbirler ön alan soruşturmalarında kullanılan yöntemlerden devşirme tedbirler olduğundan bu sonuç kaçınılmazdır. Gerçekten bireyin temel hak ve özgürlüklerine kesin hükümden önce müdahale etmenin başlıca koşulu şüphe olduğundan, örneğin tutuklama gibi geleneksel koruma tedbirlerine şüphenin derecesine göre, şüpheyle orantılı olarak karar verilir⁴³⁶. Ancak özel soruşturma tedbirleri bakımından, daha önce açıkladığımız gibi, tam tersine şüphenin kuvvetli

⁴³⁴ C. De Valkeneer, age. , syf. 432

⁴³⁵ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 431-433

⁴³⁶ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 128-129

olduğu bir aşamada bu tedbirlere başvurmak orantılılık ilkesiyle bağdaşmaz. Masumluk karinesi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesini ifade ederken⁴³⁷; organize suçluluk ve terör gibi büyük suçluluk biçimleriyle mücadelede başvurulmuş özel soruşturma tedbirleri bakımından, zorunlu olarak bu ilkedan sapmalar olacaktır.

Ancak elbette ki, hakkında somut belirtilere dayanan bir suç şüphesi olmaksızın, bir kişiye karşı bu tedbirlere başvurulmaması gerekir. Bu bağlamda ÇASÖMK zamanında, bu kanunun 4. maddesinde düzenlenen, “*Kayıt ve verilerin incelenmesi*” tedbirine “*suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunan kişilere*” yönelik olarak başvurulabilmesi öngörülmüştü. Bu düzenlemeye bu haliyle yeni yasada yer verilmemesi yerinde olmuştur.

Konuya ilişkin olarak eklenmesi gereken bir husus da, bu tür tedbirlerin doğası gereği kaçınılmaz olarak şüpheli olmayan üçüncü kişiler üzerinde etkisini göstereceğidir. Bu yüzden özel soruşturma tedbirlerinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde, kural olarak hukuka uygun olarak başvurulmuş bir tedbirin uygulanması sonucu üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi hukuka aykırı değildir. Ancak bu halde de, müdahaleler asgari düzeyde olmalı ve hiçbir zaman bu kişilere şüphelinin katlanma yükümlülüğünden daha fazla bir yükümlülük yüklenmemelidir. Örneğin olabildiğince çabuk, bu kişilere ait verilerin yok edilmesi ilişkin güvenceler getirilmeli ve bu kişilere haklarında tedbir uygulandığının bildirilmesi gerekir⁴³⁸. Ancak tedbire “*kazara*”(accidentellement) maruz kalan üçüncü kişilerle ilgili olarak ilgiliye haber verme yükümlülüğünün makul bir sınırı olması gerektiği söylenmiştir⁴³⁹.

3) Aldatma Yasağı

Bilindiği üzere, CMK'nın 148. maddesi eski CMUK md. 135a gibi ifade alma ve sorguda yasak yöntemleri düzenlemektedir. CMUK zamanında burada sayılan yasak yöntemlerden olan “*aldatma*”nın özel soruşturma tedbirleri özellikle de, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından geçerli olup olmayacağı

⁴³⁷ B. Öztürk/ V.Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 147-148

⁴³⁸ M. R. Erdem, age. , syf. 254

⁴³⁹ T. Legler, age. , syf. 218

tartışılmıştır⁴⁴⁰. Bu bağlamda, ifade alma ve sorgu kavramlarının gizli soruşturmacının bilgi elde etmeye yönelik faaliyetlerini kapsayıp kapsamadığı sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır.

Ancak yeni CMK'nın “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinde ifade almanın, “*şüphelinin kolluk görevlileri veya cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi*”, sorgunun ise, “*şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi*” olarak tanımlanması karşısında, artık hukukumuzda bu kavramları fonksiyonel anlamda ele almanın bir yolu kalmadığından bu tartışma da anlamını yitirmiştir.

Daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri kaçınılmaz olarak “*aldatmaca*” ya da “*hile*” diye ifade edebileceğimiz bir nitelik taşır. İşte bu tedbire başvurulmasında “*aldatma*”nın kabul edilebilirlik sınırını belirlemek önemlidir.

Erdem'e göre⁴⁴¹: “*Bu konudaki ölçü provokasyon olmalıdır, eğer gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi tarafından, ilgili açıklamada bulunmak içi provoke edilmişse, artık CMUK m. 135a'daki (CMK md. 148) yasağın sınırı içine girilmiş olur.*” Biz de aldatma yasağında ölçüt olarak “*provokasyon*”u almak gerektiğini görüşüne katılmakla birlikte bu yasağın dayanağını, CMK'nın 148. maddesinde değil, Anayasanın “*suç ve cezalara ilişkin esaslar*” kenarbaşlıklı 38. maddesinde ve İHAS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkında buluyoruz.

Bir başka görüşe göre aldatmanın derecesi tedbirin süresi ve temas kurma ve sürdürmede karşılaşılan zorluklara göre değişir. Örneğin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri kurgu bakımından en iyi hazırlanılması gereken tedbirdir. Bu tedbir bakımından gizli soruşturmacının bir suç örgütünün içine girmesi gerektiğinden, genellikle başlangıçta karşılaştığı güvensizlik yüzünden, güven kazanmak için kimi zaman suç örgütüyle ilgisi olmayan insanlara karşı bile aldatmaya başvurmak gerekebilir. Bu yüzden aldatma yasağının her bir özel soruşturma tedbiri için bile ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu görüşe göre bütün tedbirleri benzer koşullara bağlamak, kimi zaman en yukarı, kimi

⁴⁴⁰ M. R. Erdem, age. , syf. 256

⁴⁴¹ M. R. Erdem, ibid. , syf. 265

zaman da en aşağı düzeye bir eşitlemeye yol açar. Böylece, ilerinden hafif nitelikte olanlar fazla sınırlandırıcı koşullara bağlanabilir ya da tam tersine temel hak ve özgürlükler bakımından en duyarlı olunması gereken tedbirler yeterli güvencelerle donatılamayabilir⁴⁴². Kanımızca bizim savunduğumuz görüş benimsendiği takdirde yani söz konusu yasak kaynağını adil yargılanma hakkında bulduğu takdirde somut olayda, tedbirin niteliğine göre bu hakkın ihlal edilip edilmediğine bakılarak söz konusu sakıncanın giderilmesi de mümkündür.

4) Kişiyi Kendisini Suçlamaya Zorlama Yasağı

Bu ilke hukukumuzda yine öncelikle Anayasamızın 38. maddesine dayanır. Bu maddenin 5. fıkrasına göre, *“Hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* Kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması hakkı bilindiği gibi CMK’nın tanıklıktan çekinme hükümleriyle düzenlenmiştir.

Kişinin kendi kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yolda delil göstermeye zorlanamaması (nemo tenetur se ipsum accusare⁴⁴³) ilkesi ise, CMK’nın *“İfade ve sorgunun tarzı”* kenarbaşlıklı 147. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin e bendine göre şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde, *“Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.”* Nemo tenetur ilkesinin pasif boyutu olan susma hakkını düzenleyen bu hüküm, CMUK md. 135 hükmünün aynısıdır ve aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır.

Konumuz bakımından önemli olan sorun özel soruşturma tedbirlerinin susma hakkını dolaylı olarak ihlal edip kişiyi kendisini suçlamada bir araç durumuna getirip getirmediğidir. Bu konuda genel olarak kabul edilen görüş bu tür tedbirlerin susma hakkını ihlal etmediğidir. Çünkü zaten en önemli özelliği gizlilik olan bu tedbirler bakımından aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmaz. Aydınlatma yükümlülüğüyle amaçlanan şüpheli veya sanığın, açık işlemler olan ifade alma veya sorgu sırasında kendisini devlete karşı ifade vermek zorunda sanarak, kendi kendisini suçlamasını önlemektir. Ancak  zel soruşturma tedbirleri bakımından kişinin

⁴⁴² C. De Valkeneer, age. , syf. 445

⁴⁴³ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 257

kendisini böyle bir yükümlülük altında sanmasını gerektirecek herhangi bir neden yoktur⁴⁴⁴.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde, kişileri kendisiyle temasa geçmeye veya ilişkiler kurmaya teşvik edebilmek için hazırlanan bir mizansen(düzen, oyun) söz konusudur. Öyle ki burada kullanılan kurnazlık, bazen suç işlenmesine varan çok büyük bir hazırlığı ifade eden çeşitli biçimler olabilir. Kuşkusuz, gizli soruşturmacının talebine olumlu cevap veren kişiler, ona bilgi verme ve/veya faaliyetlerine katılma riskini kabul eder. Bununla birlikte, bu kabul güvenlerini kazanmak ve faaliyetlerine gizlice karışmak amacıyla hazırlanmış bir mizansenin sonucu olarak ortaya çıkar⁴⁴⁵.

Kanımızca aslında burada komisyonun İHAS'ın 8. maddesiyle ilgili olarak Lüdi davasında yaptığı değerlendirmenin susma hakkıyla dolayısıyla 6. maddeyle ilgili yapılması gerekir. Deyim yerindeyse, gizli soruşturmacıyla temasa geçen kişilerin “*makul bir aydınlatılma beklentisi*” içinde olmaması gerekir. Bu yüzden gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin kural olarak susma hakkını ihlal etmediği ancak “*aldatma yasağı*”nda olduğu gibi burada da sınırın “*provokasyon*” olması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu provokasyon, suç işlenmesine yönelik değil, yalnızca ikrar elde etmeye yönelik olsa bile susma hakkının ihlal edileceğini kabul etmek gerekir⁴⁴⁶.

5) Silahların Eşitliği İlkesi

Savunma haklarının en önemlisi olan silahların eşitliği(égalité des armes) ilkesi, aslında adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri ve çelişmeli muhakeme ilkesinin bir sonucudur⁴⁴⁷. Bilindiği gibi ceza muhakemesinde yargılama makamından başka, iddia makamı ve savunma makamı olmak üzere iki makam vardır. Bunlardan iddia makamı tezi, savunma makamı anti-tezi ileri sürer, böylece her iki taraf da sentezin yani hükmün oluşumuna katkıda bulunur⁴⁴⁸. Başka bir

⁴⁴⁴ M. R. Erdem, age. , syf. 268

⁴⁴⁵ C. De Valkeneer, age. , syf. 395

⁴⁴⁶ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 403-404

⁴⁴⁷ J. Pradel, age. , syf. 326-327; K. Raid, age. , syf. 81

⁴⁴⁸ N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 352

deyişle iddia ve savunma çelişik iki görevdir, işte bu çelişik iki görevin dengelenmesi “silahların eşitliği” ilkesi olarak ifade edilir⁴⁴⁹.

Özel soruşturma tedbirleri bakımından bu ilkenin özellikle ele alınması gerekir, çünkü bir yazarın da dediği gibi⁴⁵⁰: “*Özel soruşturma tedbirlerine başvurulduğu her durumda, çelişmeli yargılama ilkesine saygı gösterilmesi, bir taraftan soruşturma gereklerini, diğer taraftan da savunma haklarını yani zıt menfaatleri sınırlandıracaktır. Tam olarak iki menfaati uzlaştıracak bir çözüm bulmaksa imkansızdır. Özel soruşturma tedbirlerine başvurulmasını kabul ettiğimiz anda, savunmanın da tam olarak savunma haklarını kullanamayacağını kabul etmişiz demektir. Kuşkusuz, bunları en aza indirecek çözümler bulabilmek mümkündür ancak, bu çözümler de zararı asla tam olarak telafi etmeyecektir.*”

Bu ilke öncelikle tanıkların korunması tedbiri bakımından ele alınmalıdır çünkü savunmanın iddia tanıklarına soru sorma hakkı, davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ve silahların eşitliği ilkesiyle yakından ilgilidir⁴⁵¹. Bu bağlamda Valkeneer’e göre⁴⁵² tanığın uzak başka bir yerde dinlenmesi, açık duruşmada yüzü maskelenerek dinlenmesi ya da anonim olarak sorgu hakimi tarafından dinlenmesi gibi çözümlerin hepsi yetersizdir. Çünkü, tanık her zaman, kimliğini ortaya çıkaracağını ve güvenliğini tehlikeye düşüreceğini düşündüğü bazı sorulara yanıt vermeyi reddedebilir. Dahası anonim tanıklık, her zaman tek başına bir tanığın ya da gizli soruşturmacının güvenliğini garanti etmeye yetmez. Bu durum özellikle verilecek bilginin, doğrudan tanığın kim olduğunu ortaya çıkaracağı haller bakımından söz konusudur. Bu yüzden soruşturma gerekleri ve ilgili kişilerin güvenlikleri de göz önünde bulundurularak gerçek anlamda bir çelişmeli yargılama yapılabilmesi için en kesin çözümün tanığın kimliğinin değiştirilmesi olduğu söylenebilirse de, bu tedbirin de etkinliği asla mutlak biçimde garanti edilemeyeceği gibi masraflı olması da ayrı bir handikaptır.

Yazarın, bu bağlamda değerlendirdiği bir diğer seçenek, sorgu hakiminin ya da davanın esasın bakan hakim, sanığın ve müdafinin yokluğunda, buna ilişkin tutanaklar dosyaya konmaksızın operasyona dahil olan herkesi dinlemesidir. Bu

⁴⁴⁹ N. Kunter/ F. Yenisey, ibid. , syf. 203

⁴⁵⁰ C. De Valkeneer, age. , syf. 472

⁴⁵¹ D. Tezcan, age. , syf. 364

⁴⁵² C. De Valkeneer, age. , syf. 473-476

durumda hakim, gerekçeli bir rapor hazırlayacak ve bu raporda tedbirlerin uygulanma koşullarına uyulduğu ve provokasyonun olmadığı hususları yer alacaktır. Gerekirse, savunmanın hakime ilgililere sorulacak soruları önceden vermesi mümkündür. Bu durumda gizli soruşturmacılar ya da bilgi verenler anonimlik arkasına saklanmayacak ve tedbirle ilgili bütün belgeler hakim elinin altında olacaktır. Bununla birlikte bu formül davanın esasına bakan hakim tarafından gerçekleştirilirse, son soruşturmaya egemen olan çelişmeli yargılama ve delillerin vasıtasızlığı ilkeleri zedelenecek çünkü hakim bazı delillerin hukuka uygunluğuna, savunma bunları yeterince tartışmadan, karar verecektir. Tanığı gizlice sorgu hakimi dinlediği takdirde ise, hazırlık soruşturmasının yazılılığı ilkesi zedelenecektir. Dahası sorgu hakimi, gizliliği korumak için, esas davaya bakan hakime beyanda bulunmaktan veya bazı sorulara yanıt vermekten çekinebilecektir. Bu yöntemin sorgu hakimi tarafından gerçekleştirilmesi, hakim topolanması sürecine kendisinin de kararlarıyla katıldığı bir delilin hukuka uygunluğu hakkında karar vermesi söz konusu olabileceğinden de iyi bir çözüm olarak görülmemiştir. Bunların yanı sıra, delillerin hukuka uygunluğunu değerlendirmek yalnızca davanın esasına bakan mahkeme veya hakim yetkisinde olduğundan, bu çözümün delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini de zedeleyeceği söylenmiştir.

Üçüncü bir seçenek olarak, operasyonu bütün yönleriyle incelemek üzere ayrı bir organa yetki verilmesi önerilmektedir. Bu bütün belgeleri inceleyebilecek ve bütün ilgilileri dinleyebilecek denetim dairesi niteliğinde bir organ olacaktır. Bu usul gizli ve çelişmesiz olacaktır. İstinaf mahkemesi bünyesinde kurulabilecek bu organı, davanın esasına bakmakta olan hakim, savcı veya sanık harekete geçirebilecektir. Bu önerinin olumlu tarafı kararı verecek organın, denetim organından uzak olmasıdır. Böylece davanın esasına bakılırken çelişmeli yargılama ve delillerin vasıtasızlığı ilkelerinin korunacağı söylenmektedir. Bununla birlikte, davanın esasına bakan hakim, kendisine sunulan delillerden bazıları hakkındaki takdir yetkisinden yoksun kalması ve denetim organının kararının ona dayatılması bu çözümün sakıncalı tarafıdır. Bununla birlikte yazar, diğer seçeneklere göre çatışan menfaatleri daha iyi uzlaştırdığını düşündüğü bu çözümden yanadır⁴⁵³.

⁴⁵³ C. De Valkeneer, ibid. , syf. 473-476

Diğer özel soruşturma tedbirlerine başvurulması halindeyse bu ilke bakımından ortaya çıkabilecek önemli bir sorun, müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasıdır. Bu sebeple, özel soruşturma tedbirlerine başvuru bir ceza muhakemesinde, zorunlu müdafilik kapsamında yer verilen bir “nöbetçi müdafilik” kurumunun oluşturulması önerilmiştir. Bu kapsamda nöbetçi müdafii, soruşturmanın en başından itibaren görev alacak ve özel soruşturma tedbirlerinin uygulanması sırasında şüphelinin haklarını gözetecek, fakat doğal olarak bu sırada müvekkiline bilgi veremeyecektir. Böylece tedbirler hakkında önceden bilgi sahibi olmasının müdafiiye ve sanığa, muhakemenin sonraki aşamalarında etkin bir savunma yapılabilmesi bakımından sağlayacağı yarar ortadadır⁴⁵⁴.

6) Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi

Öğretide “*kamu davasının mecburiliği*” olarak da adlandırılan bu ilkenin benimsendiği sistemlerde, ceza davası açmakla görevli resmi makam dava açmak için aranan şartlar gerçekleşince kamu davasını açmaya mecburdur⁴⁵⁵. Bu ilkenin karşıtı, Türk hukuk öğretisinde “*takdirilik*”⁴⁵⁶ ya da “*kamu yararı*”⁴⁵⁷ ilkesi de denilen “*maslahata(maksada) uygunluk*”⁴⁵⁸ (opportunit ) ilkesidir. Bu ilke gereğince savcı dava açmaya yetecek yeterli şüpheye ulaştığında, dava açılmasının, suçtan doğan veya suçlunun cezasız kalmasından doğabilecek zarardan daha büyük bir zarara neden olabileceği kanaatine varırsa dava açmayabilir⁴⁵⁹. Gerçekten eğer toplumsal zarar çok küçükse, suçun konusu önemsizse, suçlu hoşgörülebilir dürtülerle hareket etmişse, kovuşturmanın kamu düzenine yarardan çok zarar getirebileceği söylenmektedir⁴⁶⁰. Bununla birlikte maslahata uygunluk ilkesinin, ceza hukukunun temel ilkesi kanuniliği tanımadığından, bazı suçluları koruyarak suçların bastırılmasında keyfiliğe yol açabileceği de bir gerçektir⁴⁶¹. Nitekim kovuşturma mecburiyeti ilkesinin Fransızca’da “*kovuşturmanın kanuniliği(legalit  des poursuites)*” olarak ifade edilmesi tesadüf değildir.

⁴⁵⁴ M. R. Erdem, age. , syf. 279

⁴⁵⁵ N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 167

⁴⁵⁶ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 295

⁴⁵⁷ N. Kunter/ F. Yenisey, age. , syf. 167

⁴⁵⁸ B. Öztürk/ V. Ö. Özbek/ M. R. Erdem, age. , syf. 157

⁴⁵⁹ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 295

⁴⁶⁰ G. Stefani/ G. Levasseur./B. Bouloc, age. , syf. 464

⁴⁶¹ J. Pradel, age. , syf. 485

Bu iki sistemden hangisinin benimseneceği bir suç siyaseti sorundur⁴⁶². Ayrıca bu ilkelerin mutlak olarak uygulanması yerine, Fransa'da olduğu gibi maslahata uygunluk ilkesine istisnalar getirmek, ya da Almanya'da olduğu gibi kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisnalar getirmek de mümkündür⁴⁶³. Anglo-Amerikan hukukunda⁴⁶⁴ ve Avrupa'da Fransa, Belçika⁴⁶⁵ gibi ülkelerde maslahata uygunluk ilkesinin kabul edildiğini görüyoruz. Ancak ülkemizde, İtalya⁴⁶⁶ ve Almanya'da olduğu gibi, kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. CMK'ya göre savcı başlangıç şüphesinin bulunması durumunda soruşturma aşamasını başlatmak(md. 160) ve toplanan deliller neticesi yeterli suç şüphesine ulaştığında bir iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak(md. 170) ve bu davayı sonuna kadar yürütmek zorundadır.

İşte bu yüzden Türk hukuku bakımından özellikle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulması halinde, uygulamada bu ilkenin mutlak olarak uygulanması neredeyse imkansız olduğu için, bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Hukukumuzda, gizli soruşturmacının suç işlemesi söz konusu olmasa bile, en azından örgütün işlemekte olduğu bazı suçlara göz yumması söz konusu olabilecektir. Çünkü gizli soruşturmacının can güvenliği ve soruşturmanın amacına ulaşabilmesi bakımından bazı suçların kovuşturulmasının ertelenmesi gerekebilir. Dahası, yalnızca gizli soruşturmacının tanıklığına dayanarak mahkumiyet kararı verilemeyeceğinden, erteleme sonucu bu suçlarla ilgili diğer deliller kaybolabileceğinden, bu suçların kovuşturulmasından büsbütün sarfınazar edilmesi gerekebilir. Yine bu bağlamda kovuşturma mecburiyeti ilkesine böyle istisnalar tanımanın, yargılamanın çabukluğu(célérité) ilkesine de uygun olmayacağı söylenebilir. Çünkü bu ilke toplumsal düzenin sağlanması için, bir suç işlendiğinde bunun en kısa sürede tespitini ve failin cezalandırılmasını, aslında suçlu olmadığı halde şüpheli veya sanık statüsüne girmiş kişilerin ise toplumun gözünde bir an önce aklanmasını amaçlar⁴⁶⁷. Hatta gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uzunca ve belirsiz bir süre boyunca, bir grup insanı şüpheli statüsünde tuttuğu için başlı başına bu ilkeye aykırı olduğu da söylenebilir.

⁴⁶² N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 295

⁴⁶³ J. Pradel, age. , syf. 485

⁴⁶⁴ N. Centel/ H. Zafer, age. , syf. 295

⁴⁶⁵ M. Delmas-Marty, age. , syf. 381

⁴⁶⁶ M. Delmas-Marty, ibid. , syf. 382

⁴⁶⁷ E. Yurtcan, age. , syf. 58

Gerçekten köken itibariyle önleyici alana ait bu tür tedbirlerde kolluk, suçları araştırmakla görevli kişilere kendi programlarını uygulamaya koyma ve önceliklerini belirleme fırsatı vererek daha fazla özerklik tanıma eğilimindedir⁴⁶⁸. Gizli soruşturmacının kimliğinin ortaya çıkmaması ve can güvenliği bakımından ayrıca, örgütün üst düzey yöneticilerine ulaşılması, örgütün işlemekte olduğu daha ağır suçların ortaya çıkartılması yani kısaca örgütün çökertilmesi için de aslında bu esneklik gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından gereklidir. Bununla birlikte soruşturmanın amacına ulaşamama riski karşısında, bu suçların kovuşturulmama riski göze alınabilecek midir? Burada bir değerler tartımı yapılsa, hangisinde kamu yararı daha fazla olacaktır? Öyle ki, devleti ele geçirme noktasına gelmiş bir suç örgütüyle mücadelede, bu örgütün yıldırma ve korkutma gücünü kullanmasının somut bir örneği olarak işlediği adam öldürme ve etkili eylem fiillerinin bile, faile hiçbir zaman ceza verememe riski göze alınarak kovuşturulmasının ertelenmesi yoluna gidilebilecek midir?

Hukumumuzda kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, CMK'nın 171. maddesinde düzenlenen istisnaları bu açıdan son derece yetersizdir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından kanımızca mutlaka, bu ilkenin istisnalarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Tedbirin bu haliyle, ya uygulama hukuku çiğneyecek ya da, ya da mevcut hukuki düzenleme uygulamayı olanaksız kılacaktır.

Örneğin Alman CMK'da sonradan yapılan bir takım değişikliklerle bu ilkenin istisnaları genişletilmiştir. Getirilen iki istisnadan biri "*kamuya ait üstün menfaat nedeniyle suçun kovuşturulmasından sarfınazar edilmesi*", diğeri "*suçun görece önemsizliği*"dir⁴⁶⁹. Bununla birlikte Alman hukukunda öngörülen bu istisnaların da "*aynı kişi tarafından işlenen*" suçlara ilişkin olması sebebiyle, organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle "*başka kişiler tarafından işlenmiş başka suçların da aydınlatılması*" amaçlandığından, söz konusu tedbir bakımından yetersiz olduğu söylenmiştir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ C. De Valkeneer, age. , syf. 431

⁴⁶⁹ M. R. Erdem, age. , syf. 285

⁴⁷⁰ M. R. Erdem, ibid. , syf. 287-288

7) Delillerin Doğrudan Doğrualığı(Vasitasızlık) İkesi

Fransızca'da(immédiateté des preuves) olarak adlandırılan ve “*duruşmanın doğrudan doğrualığı*” ya da “*şahsen dinleme*” ilkesi de denilen bu ilke, hüküm verecek olan mahkeme üyelerinin sanık, tanık ve diğer tüm delillerle birebir karşı karşıya gelerek, onlarla doğrudan temas etmesini ifade eder⁴⁷¹.

Nitekim bu ilke, CMK'nın 217. maddesinde hakimin kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği ve bu delillerin hakimin vicdani kanaatine göre serbestçe takdir edileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte tanığın veya sanığın duruşmada dinlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. CMK md. 211'de yer verilen istisnalar buna örnektir.

Dolaylı tanıkların beyanlarının bu ilkeyi ihlal etmediği, delil başlangıcı olarak kendisine bildirilen olayların doğruluğunu tespit etmede kullanılabileceği söylenmektedir⁴⁷². Gerçekten “*duyduğunu söyleyen*”(oui-dire, hearsay⁴⁷³) tanıkların dinlenmesi, tek başına İHAS md. 6/3'ün d bendine ve adil yargılanma hakkına aykırı değildir. Ancak bunun için tanık beyanının başka delillerle desteklenmesi ve kesin engeller sebebiyle doğrudan tanıkların çağrılmasının imkansız olması gerekir⁴⁷⁴.

Konumuzla ilgili olarak genel anlamda anonim tanıklık ve özellikle gizli soruşturmacının anonim tanıklığı bu ilkenin başlıca istisnasını oluşturur. Daha önce söz ettiğimiz gibi CMK 139. maddede gizli soruşturmacının kimliğinin görevin tamamlanmasından sonra da gizli tutulacağı öngörülmüştür. Burada güdülen amacın, hem onun daha sonra başka bir görevde kullanılabilmesi imkanını muhafaza etmek, hem de soruşturmacının can güvenliğinin sağlanması olduğu açıktır.

Teknik araçlarla izleme ya da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri yoluyla elde edilen delillerin yani bant kayıtlarının ise keşif yoluyla değerlendirilebileceği söylenmektedir. Bu yüzden de bu deliller, belge delili gibi doğrudan doğrualık özelliğine sahip olmadığından sınırlı bir ispat gücüne sahip

⁴⁷¹ N. Centel/ H. Zafer , age. , syf. 442

⁴⁷² N. Centel/ H. Zafer , ibid. , syf. 443

⁴⁷³ ABD'de hearsay(duyduğunu söyleme kuralı) ve istisnaları için bkz. Frank Tom Read, Çapraz Sorgu Teknikleri, Yayına Hazırlayanlar: Feridun Yenisey-Neylan Ziyalar, IGUL, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, syf. 14-23

⁴⁷⁴ C. De Valkeneer, age. , syf. 417-418

olacaktır⁴⁷⁵. Bunun yanı sıra bu tedbirlere ilişkin kayıtların çözümünü içeren tutanakların okunması veya tedbir kararını yerine getiren görevlinin tanık olarak dinlenmesi de mümkündür⁴⁷⁶.

8) Açıklık İlkesi

Soruşturma aşamasının gizliliği CMK'nın 157. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu gizlilik "*savunma haklarına*" zarar vermemek kaydıyla söz konusudur. Gizliliğin iki boyutu vardır, birincisi işlemlerde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunmaması, ikincisi ise yapılmış olan araştırma sonuçlarının kamuya açık olmamasıdır⁴⁷⁷. Bu yüzden soruşturma aşamasında kural olarak taraflar arasında açıklık söz konusudur⁴⁷⁸. Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi(CMK md. 153) gibi düzenlemeler buna örnektir. Ancak özel soruşturma tedbirleri bu ilkenin bir istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten ilgilinin bu tedbirlerden önceden ya da uygulanmaları sırasında haberdar olması, tedbirlere başvurulmasını büsbütün anlamsız kılar. CMK 153/2'de müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması düzenlenmiştir. Bunun koşulu müdafinin dosyayı incelemesi ve belgelerden örnek alması halinde "*soruşturma amacının tehlikeye düşebileceği*" olmasıdır. Özel soruşturma tedbirleri bakımından bu hükmün uygulanacağı kesindir.

CMK'nın 182. maddesi ise kovuşturma aşamasına egemen olan duruşmanın açıklığı ilkesini düzenlemektedir. Ancak CMK'ya göre kovuşturma aşamasında da sanık hakkında özel soruşturma tedbirlerine başvurulabilecektir. Bir yandan açık duruşma sürerken, bir yandan da sanık hakkında delil elde etmeye yönelik bir takım gizli tedbirlerin uygulanmaya devam ettirilmesini birbiriyle bağdaştırmak kolay değildir. Çünkü bir tarafta kolluk bu tedbirleri uygulamaya devam ederken, diğer tarafta mahkeme kendisi delil araştırma yetkisi bulunmaksızın bir karara varmaya çalışacaktır. Bu durum, duruşmanın yoğunluğu ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir, çünkü soruşturma aşamasının bir özelliği olan dağınıklık kovuşturma aşamasında söz konusu değildir. Bilindiği gibi, yeterli şüphe yoğunluğuna ulaşmadan iddianamenin kabul edilerek kovuşturma aşamasının başlatılmaması gerekir. Kovuşturma aşaması başlatıldığı takdirde ise, elde yeterli

⁴⁷⁵ E. Yurtcan, age. , syf. 297-298

⁴⁷⁶ M. R. Erdem, age. , syf. 296

⁴⁷⁷ N. Centel/ H. Zafer , age. , syf. 60

⁴⁷⁸ M. R. Erdem, age. , syf. 292

şüphe yoğunluğuna ulaştıracak delillerin olduğu varsayıldığından, bu aşamada tedbirlere başvurmak zaten orantılılık ilkesiyle de bağdaşmaz. Dahası kovuşturma aşamasında bu tedbirlere başvurulması halinde, 153/4 hükmü karşısında artık müdafinin dosyayı inceleme yetkisi bütün tutanak ve belgeler bakımından istisnasız ve kısıtlamasız söz konusu olacağından gizliliğin nasıl sağlanacağı da ayrı bir soru işaretidir.

Valkeneer'e göre de⁴⁷⁹ özel soruşturma tedbirleri söz konusu olduğunda, savunma bakımından en iyi güvence çok sıkı denetim mekanizmalarının öngörülmesidir. Ancak böyle mekanizmalar, bu tedbirlerin gizli niteliğinin yarattığı eşitsizliği giderebilir. Aslında açıklık ilkesi dayanağını Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinde bulur. Bir hukuk devletinin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olmalıdır. Bu eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin yapılabilmesi için de, mutlaka ilgilileri tarafından biliniyor olması gerekir. Bu bakımdan özel soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına son verildikten sonra, hakkında tedbir uygulanan kişilere mutlaka bildirilmesi gerekir. Tedbirlere karar verilmesi aşamasında yapılan yargısal denetim gerekli ancak yeterli değildir. Hakkında haksız olarak bu tedbirlere başvurulmuş kişilere, bu durumu yargı önünde tespit ettirip, zararlarını tazmin ettirebilmeleri imkanının tanınması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu bakımdan daha önce açıkladığımız gibi ÇASÖMK'nda hiç yer verilmeyen "*ilgiliye haber verme yükümlülüğü*"ne, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK'da yer verilmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte yeterli değildir. Kanımızca teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleriyle de ilgili olarak ve tedbirlere son verildiği her durumda, ilgiliye haber verme yükümlülüğü doğacağına ilişkin yasal düzenlemenin yapılması gerekir.

⁴⁷⁹ C. De Valkeneer, age., syf. 472

SONUÇ

Çalışmamızda organize suçlulukla mücadelede karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda öngörülen özel soruşturma tedbirlerini ele aldık. Batı ülkelerinden birçoğunda bu tür düzenlemelerin var olduğunu ve yine İHAS'ın belli koşullar altında bu tür düzenlemeleri kabul ettiğini gördük. Bu verilerden hareketle ve Türk hukukunda özel soruşturma tedbirlerini ilk kez yasal dayanağa kavuşturan ÇASÖMK'ndaki düzenlemelerle de karşılaştırarak, bugün için CMK'da düzenlenen bu tür tedbirler bakımından ideal olanın ne olduğu sorusuna, olumlu ve olumsuz eleştirilerimiz, kanunu yorumlama gayretimiz ve önerilerimizle yanıt bulmaya çalıştık. Şimdi bu değerlendirmeleri kısaca toparlamaya çalışacağız.

Öncelikle, “*organize suçluluk*” kavramının kanunilik ilkesinin gereklerini karşılayacak hukuki bir tanımını vermenin güçlüğü karşısında bize göre, CMK'da tedbirlerin uygulama alanına giren suçların tek tek sayılması yönteminin benimsenmesi yerinde olmuştur. Bununla birlikte uygulamada bu suçlar bakımından uygulanma koşulları dikkate alınmaksızın otomatik olarak bu tedbirlere başvurulması tehlikesi her zaman vardır. Üstelik tedbirlerin genel kanun olan CMK'da düzenlenmesi, karşılaştırmalı hukukta da rastlanan bir durum olmakla birlikte, kovuşturma organları üzerinde tedbirleri kolaylıkla uygulama yoluna gitmek gibi bir psikolojik etki yaratabilir. Bu yüzden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından suç kataloğunun fazla kapsamlı olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte kanımızca, özel soruşturma tedbirlerine başvurulabilecek suçlar arasında daha önce, ÇASÖMK'nun 16. maddesine göre tedbirlerin uygulanabileceği suçlar arasında yer alan TMK kapsamına giren suçların sayılmamış olması bir eksikliktir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olarak, öncelikle CMK md. 135/6'da “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler*”in ancak aynı fıkrafta dört bent halinde sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceğinden söz eden ve “*tespit*”e

ilişkin hükümlere maddede katalog halinde sayılmayan suçlarla ilgili olarak da başvurulabileceği gibi bir sonuç çıkarmaya elverişli düzenlemenin, fıkraya “*tespit*” sözcüğünün eklenerek düzeltilmesi yerinde olacaktır. Yine kanımızca, bu tedbir kapsamında CMK md. 135/4’deki yer tespit etme işlemine ilişkin özel hüküm niteliğindeki düzenlemenin, aynı bölümde 136. ve 137. maddelere benzer şekilde başka bir madde numarası ve kenarbaşlığıyla düzenlenmesi daha iyi olacaktır. En önemlisi, 5397 sayılı yasayla kurulması öngörülen yürütmeye ve başbakana bağımlı nitelikteki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, gerçek anlamda bağımsız bir idari otorite olarak yeniden yapılandırılmalı ve görevi önleyici amaçlı idari dinlemelerle sınırlandırılmalıdır. Bu bağlamda Fransa örneğinden yararlanılabilir. CMK kapsamında bastırıcı amaçlı dinlemeler ise gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatı kurularak, savcılığın denetimi altında gerçekleştirilmelidir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından, tedbirin süre sınırlaması olmadığını da hesaba katarak hakim denetiminin mutlaka sağlanması gerekir. Bu denetim hem karar aşamasında, hem de tedbirin devamı sırasında düzenli aralıklarla gerçekleştirilmelidir. Bu yüzden, tedbire savcı tarafından karar verildiği takdirde bu kararın hakim onayına sunulması ve hakimin kararını açıklamasına ilişkin hususların, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirindeki gibi açık ve ideal şekilde düzenlenmesi çok önemlidir.

Gizli soruşturmacının, göreviyle ilgili olaraksa CMK md. 139/4’de, tedbirin niteliği gereği yalnızca “*örgütün faaliyetinin izlenmesi*”nden değil, ÇASÖMK’ndaki gibi “*örgütün içine sızmak*”tan da açıkça söz edilmesi gerekir. Yine bu tedbir bakımından karşılaştırmalı hukuktaki eğilime uygun olarak gizli soruşturmacının kural olarak polis memuru olması sağlanmalı, bu kuralın istisnaları kanunda ayrıca sayılmalıdır. Güvenilir kişi kullanma tedbirine ise ayrıca yasal dayanağa kavuşturulmadıkça başvurulmamalıdır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve belgelerin Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilmesi ve dosyaya girmemesi, müdafinin kovuşturma aşamasında kısıtlanması mümkün olmayan dosyayı inceleme yetkisini bertaraf ettiğinden yani savunma haklarını sınırlandırdığından, bu hükmün yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Son olarak yalnızca bu tedbirin uygulanması sonucu elde edilen “*kişisel bilgilerin*” değil, bu yolla elde edilen bütün bilgi ve delillerin,

soruşturmacının görevlendirildiği ceza muhakemesi dışında kullanılmayacağı hususu kanunda düzenlenmelidir.

Bize göre, gizli soruşturmacının suç işlemesi sorununa ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmasında da yarar vardır. Gizli soruşturmacının hiçbir şekilde suç işleyemeyecek olması, ister istemez tedbirin büsbütün reddedilmesi tartışmalarını beraberinde getirir. Çünkü bu haliyle tedbirin amacına ulaşması son derece zor olduğu gibi, gizli soruşturmacının hem can güvenliği hem de hukuki güvenliği bakımından da sakıncalar doğurabilir.

Teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından, tedbire savcı tarafından karar verildiği takdirde, bu kararın hakim onayına sunulması halinde hakimın kararını açıklaması gereken süre kanunda açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca bu tedbirin ÇASÖMK’nda olduğu gibi “gizli” olma niteliği yasal düzenlemede mutlaka açıkça vurgulanmalıdır. Yine, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde olduğu gibi, işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliğinin bir tutanakla saptanması hususlarının bu tedbir bakımından da öngörülmesi yerinde olacaktır. Bize göre Belçika’daki gibi, teknik araçlar kullanılmaksızın yapılan uzun süreli izleme bakımından da yasal dayanağa ihtiyaç vardır.

ÇASÖMK’nun 4. maddesinde düzenlenen “*Kayıt ve verilerin incelenmesi*” tedbirine, CMK’da yer verilmemiştir. Bu tedbire yasal düzenleme olmadan başvurulmaması gerekir. Örneğin Almanya’da bu tedbirin yasal dayanağı Alman CMK’nın 98a maddesidir⁴⁸⁰. Gerçekten CMK’nın 134. maddesinde düzenlenen “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” tedbiri, bu anlamda ÇASÖMK md. 4’ün düzenlemesinden oldukça farklıdır. Bu tedbir bakımından bir suç kataloğu sayılmadığı gibi, tedbir kapsamına sadece “*şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri*” girdiği için, başka kişi veya kurumlara ait bilgisayarlardaki verilerin bu hükme dayanarak incelenmesi mümkün değildir. Tedbirin özel soruşturma tedbirleriyle tek ortak noktası, ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmesidir. Bu bağlamda, veri koruma kanunu çıkarılması gerektiğine yönelik

⁴⁸⁰ Y. Ünver, agm. , syf. 442

eleştiriler⁴⁸¹ doğrultusunda hazırlanan ve halen Başbakanlık'ta bulunan “*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*”⁴⁸² yasalaşmayı beklemektedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerine yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabilmeli ve kovuşturma aşamasında da bu tedbirlere başvurulabilmesini öngören düzenlemeler mutlaka kaldırılmalıdır. Bu tedbirlere kovuşturma aşamasında başvurulabilmesinin doğuracağı sakıncaları çalışmamızda defalarca vurguladığımız için tekrar etme gereğini duymuyoruz.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak süresinin müteaddit defalar uzatılması halinde, bir süre üst sınırı öngörülmemiştir. Bu konuda ÇASÖMK'nda olduğu gibi makul bir sınır öngörülebilirdi. Bununla birlikte sonuç olarak bu yasakoyucunun tercihidir, karşılaştırmalı hukukta da bu gibi düzenlemeler olduğunu gördük. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından bir süre sınırının öngörülmemesi tedbirin doğasına uygun ve etkinliğini artırıcı, yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte, hakim denetiminin yokluğunda, bu düzenlemenin sakıncalı olduğu kuşkusuzdur.

Tedbirlerin uygulanma koşullarından herhangi birinin ortadan kalkması halinde tedbirlere son verilmesini öngören genel bir düzenleme yapılmalıdır. Yine tedbirlere gerek kalmadığı her durumda, yok etme yükümlülüğünün öngörülmesi gerekir. İlgiliye haber verme yükümlülüğü ise, her üç tedbir için de, tedbirlerin sona erdiği bütün durumlarda öngörülmelidir. Yine 135. maddenin son fıkrasında yer alan özel kişilerin bu tedbirlere başvurmasını yasaklayan düzenlemenin, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri bakımından da öngörülmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Görüldüğü gibi hukukumuz bakımından özel soruşturma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerde göze çarpan eksik veya yanlışlar pek de azımsanacak boyutta değildir. Bir yazarın da dediği gibi⁴⁸³, kuşkusuz, bu düzenlemeler yüzünden mutlaka demokratik ilkelerin erozyona uğradığının işaretlerini görmek kolaycı bir yaklaşımdır. Bununla birlikte özel soruşturma tedbirlerinin istisnai niteliğinin, temel

⁴⁸¹ M. R. Erdem, age. , syf. 120

⁴⁸² <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselverilerinkorunmasikanunu.htm>

⁴⁸³ C. De Valkeneer, age. , syf. 477

hak ve özgürlüklerin korunması bakımından dikkatle ele alınması gerekir. Gerçekten çağdaş ceza muhakemesinin ilkeleri, öncelikle demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelmiştir. Ancak son bölümde, ceza muhakemesinin ilkeleri bakımından yaptığımız değerlendirmede özel soruşturma tedbirlerinin bu ilkelerle ortaya konan güvencelerin bir veya birden fazlasına, mutlaka az veya çok istisnalar getirdiğini gördük. Aslında burada ceza muhakemesi kurallarının birliğine ilişkin bir sorun ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, bazı suçluluk biçimleriyle mücadele, klasik suçluluk biçimlerinin bastırılmasına ilişkin ilkelerden farklı bazı ilkelerin getirilmesini mi gerektiriyor⁴⁸⁴? Bize göre bu soruya olumlu yanıt veren yani özel soruşturma tedbirlerinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde, mutlaka bu tedbirlerin ortaya çıkaracağı sakıncaları telafi eden yeterli kanuni düzenlemelere yer verilmelidir. Sonuç olarak, Türk hukuku bakımından, eleştirilerimiz bağlamında özellikle teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerinin titizlikle, yeniden ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

⁴⁸⁴ C. De Valkeneer, *ibid.*, syf. 477

KAYNAKÇA**A) GENEL YAPITLAR**

ALDERSON A. D. / İZ Fahir, The Oxford Turkish Dictionary, New York, Oxford University Press-İnkılap Kitabevi,1992

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2000

BACIGAL Ronald, Criminal Law and Procedure: An Introduction, New York, West Thomson, 2002

BERGER Vincent, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme, Paris, Dalloz, 2000

CENTEL Nur/ Zafer Hamide , Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta, 2003

CONTE Philippe/ CHAMBON Patrick Maistre du, Procédure Pénale, Paris, Armand Colin, 2002

DELMAS-MARTY Mireille, Procédures pénales d'Europe, Paris, Puf, Kasım 1995

EREM Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003

HOFFMAN Dennis, Criminal Justice, Indianapolis, IDG Books, 2000

KAÇAKÇILIK VE ORGANİZE SUÇ TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ, TC. Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2002

ÖZTÜRK Bahri/ ÖZBEK Veli Özer/ ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2001

PRADEL Jean, Manuel de Procédure Pénale, Paris, Cujas, 2002

PRADEL Jean/ CORSTENS Geert, Droit Pénal Européen, Paris, Dalloz, 2002

RAID Karen, A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights, Sweet&Maxwell, Londra, 1998

SARAÇ Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, İstanbul, Adam, 2001

STEFANI Gaston/ LEVASSEUR Georges/ BOULOC Bernard, Procédure pénale, Paris, Dalloz, 1996

TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984

ÜLGEN CELAL(Derleyen ve yayına hazırlayan), Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, Ocak 2005

YENİSEY Feridun/ KUNTER Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta, 2002

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2000

B) UZMANLIK YAPITLARI

ABADINSKY Howard, Organized Crime, Belmont, Wadsworth/Thomson, 2003

ALBANESE Jay S./ DAS Dilip K./ VERMA Arvind, Organized Crime World Perspectives, New Jersey, Prentice Hall, 2003

BROWN Alastair N., Proceeds of Crime Money Laundering, Confiscation & Forfeiture, Edinburgh, W. Green/ Sweet&Maxwell, 1996

CAMERON Iain, National Security and the European Covention on human Rights, Londra, Kluwer Law International, 2000

CANAK Erkan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005

CRETIN Thiery, Mafias du Monde, Paris, Puf, 1997

ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde ve Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, Seçkin, 2001

EVİK Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, Beta, 2004

GEORGEL Jacques, Les Libertés de Communication, Paris, Dalloz, 1996

GÜVEL Enver Alper, Organize Suç Ekonomisi ve Hukuk Uygulaması, Ankara, Roma Yayınları, Nisan 2004

HÉRAIL Jean-Louis/RAMAEL Patrick, Blanchiment d'argent et Crime Organisé, Paris, Puf, 1996

LEGLER Thomas, Vie privée, image volée, Berne, Stämpfli Editions SA, 1997

LYMAN Michael D. / POTTER Gary W. , Organized Crime, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2004

KOCASAKAL Ümit, Karapara Aklama Suçu(Yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2000

KÖROĞLU Hasan, Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele(4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara, Seçkin, 2001

MARX Gary T., Undercover Police Surveillance in America, Londra, University of California Press, 1998

ÖZBEK Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara, Yetkin, 2003

READ Frank Tom, Çapraz Sorgu Teknikleri(Cross Examination), Yayına Hazırlayanlar: Feridun Yenisey/Neylan Ziyalar) , IGUL(Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü), Yayın No: 7 , İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2005

ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin, 2002

SOMMIER Isabelle, Les Mafias, Paris, Montcrestien, 1998

ÜNVER M. Naci, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002

VALKENEER Christian De, La Tromperie dans l'administration de la preuve pénale, Bruxelles, Larcier, 2000

YENİSEY Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul, Beta, 1987

ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul, Beta, 1999

C) MAKALELER VE TEBLİĞLER

BEERNAERT M. A./ VANDERMEERSCH D., "La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Temmuz-Ağustos 2002, syf. 711 vd.

BOER Monica den, "Intelligence Exchange and The Control of Organized Crime: From Europeanisation via Centralisation to Dehydration", Police and Justice Cooperation and the New European Borders, Lahey, Kluwer Law International, 2002, syf. 151 vd.

BOUZAT Pierre (Çeviren. Hasan İ. Bıyıklı), "Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları" Yargıtay Dergisi, y. 1997, c. 3, s. 1, syf. 87 vd.

CESONI M. L., "Organisations de type mafieux: la restauration des droits comme politique de prévention", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Mart 1999, syf. 303 vd.

ÇINAR Ali Rıza, "Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı Neden Kurulmalı, Bu Kurumun Örgütlü Suçların Kovuşturulmasındaki Önemi", Adil Yargılanma Hakkı, IGUL(Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü), İstanbul, Nergiz Yayınları, 2004, syf. 73 vd.

CRETIN Thierry, "Qu'est-ce qu'une mafia? Essai de definition des mafias", Revue de Science Criminelle, s. 2, y. 1995, syf. 281 vd.

DEDE Şeref, "Koruma Tedbirleri", Ceza Muhakemesi Yasa Tasarısı Sempozyumu(24 Kasım 2004), İstanbul Barosu Yayınları, Ocak 2005, syf 65 vd.

DÖNMEZER Sulhi, "Organize Suçlulukla Mücadele" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2002, syf. 3 vd.

DÖNMEZER Sulhi, "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Yasayla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, 2000, syf. 537 vd.

DÜLGER Volkan Murat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2002, syf. 275 vd.

ERDEM Mustafa Ruhan, "Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1995, s. 3, syf. 48 vd.

ERDEM Mustafa Ruhan, "5271 Sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan 2005, syf. 97 vd.

EREM Faruk, "İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması", Onar Armağanı, İstanbul, 1977, syf. 271 vd.

ERSOY Yüksel, "Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, syf. 318 vd.

FIJNAUT Cyrille, "The Problem Of Corruption Of Police Officials", Police and Justice Co-operation and the New European Borders, Lahey, Kluwer Law International, 2002, syf. 223 vd.

FINDER Lawrence D., "Amerika Birleşik Devletlerinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele", Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, İstanbul, Umud Vakfı Yayınları, 1996, syf. 110 vd.

GENEL Erdoğan, "Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller Sorunu", Adil Yargılanma Hakkı, IGUL(Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü), İstanbul, Nergiz Yayınları, 2004, syf. 127 vd.

KAYNAK Altan, "Örgütlenmiş Suç ve Mafya (LCN)", Yargıtay Dergisi, y. 1975, s.4, syf. 96

KAYMAZ Seydi, "Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon ile Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, y. 1996, s. 4, syf. 796 vd.

KAZAN Turgut, "Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, 2000, syf. 566 vd.

KLEN Michel, "Les coulises du crime organisé", Défense National, Mart 2001, syf. 106 vd.

KOCASAKAL Ümit, "Organize Suçluluğun Tanımı Özellikleri ve Kapsamı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2002, syf. 130 vd.

LEVI Michael, "Covert Policing and the Investigation of 'Organized Fraud': The English Experience in International Context", Undercover Police Surveillance In Comparative Perspective, Cyrille Fijnaut/ Gary T. Marx (editörler), Lahey, Kluwer Law International, 1995, syf. 196 vd.

ÖZBEK Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, c. 4, s. 2, syf. 57 vd.

ÖZEK Çetin, "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, syf. 195 vd.

ÖZTÜRK Bahri, "Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesinde Hukuki Değeri", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, syf. 219 vd.

PALAZZO Francesco (Çeviren: Ümit Kocasakal), "Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı", İstanbul Barosu Dergisi, y. 1996, s. 4, syf. 818 vd.

PRADEL Xavier, "La Criminalité Organisée dans les droits Français et Italien"
Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal, 2003, s. 1-2, syf. 123 vd.

QUELOZ Nicolas, "Les actions internationales de lutte contre la criminalité
organisée: le cas de l'Europe", Revue de Science Criminelle, y. 1997, s. 4, syf. 765
vd.

QUILLE Michel, "Le Crime Organisé: Du Mythe à la réalité", Revue Pénitentiaire et
de Droit Pénal, y. 1999, s. 1, syf. 31 vd.

RUE M. De, "La loi du 6 Janvier 2003 concernant les méthodes particulières de
recherche et quelques autres méthodes d'enquête: premiers commentaires", Revue de
Droit Pénal et de Criminologie, Eylül-Ekim 2003, syf. 1107 vd.

SÖZÜER Adem, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama
Önlemlerinin Türkiye'deki Boyutları", Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında
Organize Suçlulukla Mücadele (5 Ekim 2001 tarihli Panel), İstanbul, Seçkin, 2002,
syf. 25 vd.

SÖZÜER Adem, "Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçla
Mücadele İle İlgili Gelişmeler", Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, c. 9, s.1-3, syf.
258 vd.

STANOIU Rodica, "Roumanie", (La justice pénale à l'épreuve du crime organisé)
Revue International de Droit Pénal, y. 1999, s. 70, c. 1-2 , syf. 621

ŞAHİN Cumhur, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin
Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, syf. 803 vd.

ŞEN Ersan, "Türk Hukuku'nda Telefonların Gizlice dinlemesi Sebebiyle Gündeme
Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler", İstanbul
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan Sayısı, Alfa
Basım Yayım, İstanbul, 1999, syf. 723 vd.

ŞEN Ersan, "Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku'ndaki Yeri Üzerine bir İnceleme", İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz-Eylül 1993, syf. 502 vd.

TÖLLBORG Dennis, "Undercover In Sweden: The Swedish Security Police and Their Modi Operandi", Undercover Police Surveillance In Comparative Perspective, Cyrille Fijnaut/ Gary T. Marx (editörler), Lahey, Kluwer Law International, 1995, syf. 249 vd.

ÜNVER Yener, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, syf. 385 vd.

VANDERMEERSCH D., "Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 Juin 1998", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Aralık 1998, syf. 1061 vd.

YARSUVAT Duygun, "Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Kovuşturulması", Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu (2-3 ekim 1999), İstanbul, Umut Vakfi Yayınları, 2001, syf. 342 vd.

YARSUVAT Duygun (Röportajı yapan: İLKİZ Fikret), "Gizli İzleme Kayıt ve Denetim", Güncel Hukuk, Ağustos 2005, s. 20, syf. 20 vd.

YENİSEY Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2, syf. 103 vd.

YÜCEL Mustafa T., "Organize Suç", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998, s. 3, syf. 1066 vd.

D) İNTERNET KAYNAKLARI

"Preventing Gang and Drug Related Witness Intimidation", U.S. Department of Justice- Office of Justice Programs- National Institute of Justice,

www.ncjrs.org/pdffiles/163067.pdf

James O. Finckenaer, National Institute of Justice International, “La Cosa Nostra in the United States” www.ojp.usdoj.gov/nij/international/lcn.html

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin 4800 sayılı yasa,
<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html>

Önleyici amaçlı olarak tedbirlere başvurulmasına ilişkin 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için,
<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5397.html> ; ayrıca bu kanunun gerekçesi için,
<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0546.pdf>

Mobese ile ilgili bilgi için, <http://www.mobese.iem.gov.tr/>

Halen Başbakanlık’da bulunan Tanık Koruma Kanunu Tasarısı için,
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tanikkorumakanunu.htm>

Halen Başbakanlık’da bulunan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı için, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselverilerinkorunmasikanunu.htm>

5271 sayılı CMK’nın gerekçesi için,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>

5271 sayılı CMK’da değişiklik yapılmasına dair 25.5. 2005 tarihli 5353 sayılı kanun için, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5353.html>

İHAM’ın Kostovski/ Hollanda kararı için,
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=kostovski&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

İHAM’ın Lüdi/İsviçre kararı için,
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=l%FCdi&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Saidi/Fransa kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=saidi&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Doorson/Hollanda kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=doorson&sessionid=5975080&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Van Mechelen/ Hollanda kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=mechelen&sessionid=5968325&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Teixeira de Castro/Portekiz kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=teixeira&sessionid=5968205&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Klass ve diğerleri /Almanya kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Malone/ Birleşik Krallık kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=Malone&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Kruslin/Fransa kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=kruslin%20%7C%20huvig&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>

İHAM'ın Huvig/Fransa kararı için,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=kruslin%20%7C%20huvig&sessionid=5975359&skin=hudoc-fr>