

**T.C.  
ERZINCAN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN  
İLETİŞİMİN İSTİHBARAT AMAÇLI  
DENETLENMESİ VE ÖZEL HAYATA ETKİLERİ**

**Sibel KARASİOĞLU**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**Danışman  
Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHİ**

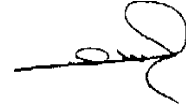
## SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma Kamu Hukuku Anabilim Dalında jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan/Jüri Üyesi : Doç.Dr.Ayhan DÖNER



Danışman/Jüri Üyesi : Yrd Doç.Dr. M. Emin RUHÎ



Jüri Üyesi : Yrd.Doç.Dr. Cumhur RÜZGARESEN



Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. .../.. /2011

Doç.Dr. Adem BAŞIBÜYÜK

Enstitü Müdürü

## ÖZET

Yüksek Lisans Tezi  
Sibel KARASİOĞLU

Erzincan Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

## TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN İSTİHBARAT AMAÇLI DENETLENMESİ VE ÖZEL HAYATA ETKİLERİ

Suç örgütlerinin gerçekleştirdiği eylemler nedeni ile oluşan maddi ve manevi zararların büyüklüğü, daha suç işlenmeden bunların önlenbilmesinin önemini artırmıştır. Bunun gerçekleşmesi ise kaliteli istihbarat çalışmalarını dolayısıyla istihbarat kurumlarına verilen yetkileri gerektirir. Haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale imkanı veren, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin suçların önlenmesi amacıyla denetlenmesi yetkisi istihbarat yöntemlerinin en önemlilerinden biridir.

Biz çalışmamızda bu önleme tedbirini incelemiş bulunmaktayız. Öncelikle bu tedbirin alt yapısını oluşturan terimleri ve Türk Hukuk tarihindeki gelişim sürecini, daha sonra ise iç hukuktaki uygulamasını yani 23.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5397 sayılı Kanunun detaylarını, bu kapsamda Kanunun öngördüğü sistemin sağladığı güvenceleri ve/veya olması gereken yönlerini tespit edeceğiz. Bu çalışmanın diğer amacı ise iç hukuktaki düzenlemenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının oluşturduğu standartlar açısından karşıladığı ve karşılamadığı yönlerini belirleyebilmektir. Ayrıca Amerika, İngiltere gibi önleme amaçlı denetlemeyi uygulayan ülkelerin hukuki düzenlemeleri de çalışmamızda incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Telekomünikasyon, İletişim, İletişimin Denetlenmesi, İstihbarat.

**ABSTRACT**  
Master Thesis  
Sibel KARASIOĞLU

Erzincan University  
Institute of Social Sciences  
Department of Public Law

**MONITORING TELECOMMUNICATION BASED COMMUNICATION FOR  
PREVENTION AND INTELLIGENCE PURPOSES AND ITS AFFECTS ON  
PRIVATE LIFE**

The great damage of the criminal activity made preventive measures more important. These preventive measures requires well organized intelligence and authority. Wire tapping, which provides direct intervention to the freedom of communication is one of the most important intelligence techniques.

In this study we are going to analyse this preventive measure. With in the study we will first try to search the terms that build up it's basics and its development process through Turkish Law History. Than we are going to look over its implementations to interior law by checking the act number 5397 which was put into action in 23.07.2005. By doing this we will have the opportunity to see the assurance provided by that act and its imperfections. The other purpose of this masters thesis is that if the adjustments within the interior judicial system goes along with the international standards and especially the decisions of European Court of Human Rights or not. This study will also focus on other countries that imply the same measure for instance USA and United Kingdom.

**Key Words:** Telecommunication, Communication, Intelligence, Preventive Wire Tapping,

## **KISALTMALAR**

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>bs</b>	: Baskı
<b>C</b>	: Cilt
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
<b>ÇASÖMK</b>	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>JTGKYK</b>	: Jandarma Teşkilatı Görev Ve Yetkileri Kanunu
<b>İHFM</b>	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHD</b>	: Kazancı Hukuk Dergisi
<b>m.</b>	: Madde
<b>MİT</b>	: Milli İstihbarat Teşkilatı
<b>PVSK</b>	: Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>S</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>THD</b>	: Terazi Hukuk Dergisi
<b>TİB</b>	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
<b>vs.</b>	: Ve saire
<b>Y.</b>	: Yargıtay
<b>YLT</b>	: Yüksek Lisans Tezi

## İçindekiler

ÖZET .....	i
ABSTRACT.....	ii
KISALTMALAR.....	iii

GİRİŞ .....	1
-------------	---

<b>I. KAVRAMLAR .....</b>	<b>3</b>
<b>A. İstihbarat .....</b>	<b>3</b>
<b>B. Kolluğun Önleyici Görevleri .....</b>	<b>8</b>
<b>C. Özel Hayat .....</b>	<b>14</b>
<b>D. Telekomünikasyon ve İletişimin Denetlenmesi Kavramları.....</b>	<b>18</b>
<b>E. Amaç Bakımından İletişimin Denetlenmesinin Ayrımı.....</b>	<b>21</b>
<b>F. Denetim Yöntemleri .....</b>	<b>22</b>
1. İletişimin Tespiti .....	22
2. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması .....	23
3. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi .....	24
4. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti .....	25
5. Diğer İletişim Bilgileri .....	26

<b>II. ULUSAL HUKUKUMUZDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ'NÜN TARİHİ .....</b>	<b>27</b>
<b>A. Cumhuriyet Öncesi Dönem .....</b>	<b>27</b>
<b>B. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımız .....</b>	<b>28</b>
1.1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu .....	28
2. 1961 Anayasası .....	28
3. 1982 Anayasası .....	30
<b>C. Cumhuriyet Dönemi Kanunlarımız .....</b>	<b>33</b>

1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Döneminde İletişimin Denetlenmesi.....	33
2. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) Döneminde İletişimin Denetlenmesi .....	34
3. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu .....	35
4. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu .....	36
5. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu	37
6. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İletişimin Denetlenmesi .	38
7. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun .....	38

<b>III.TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....</b>	<b>39</b>
<b>A.Tanım ve Kapsam .....</b>	<b>39</b>
<b>B. Koşulları .....</b>	<b>39</b>
1. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar .....	39
<b>a) Polis Bakımından .....</b>	<b>40</b>
<b>b) Jandarma Bakımından .....</b>	<b>44</b>
<b>c) Mit Bakımından .....</b>	<b>46</b>
2. Tedbirin Uygulanacağı Şüphe Derecesi .....	47
3. Son Çare Prensibi .....	49
4. Tedbirin Uygulanacağı Kişi .....	50
5. Talep ve Karar .....	54
6. Kararda ve Yazılı Emirde Bulunması Gereken Unsurlar .....	59
<b>a) Kararda Bulunması İhtiyari Bilgiler .....</b>	<b>59</b>
<b>b) Kararda Bulunması Zorunlu Bilgiler .....</b>	<b>60</b>
7. Süre .....	62
<b>C. Denetlemenin İcrası .....</b>	<b>64</b>
1.Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Denetlemenin Yerine Başkanlık Tarafından Yerine Getirilmesi .....	64
2. Gizlilik Kuralı .....	69
3. Tutanağa Bağlama .....	71

<b>D. Denetlemenin Sona Ermesi ve Kayıtların Yok edilmesi</b> .....	72
1. Sona Ermeye Karar Verecek Makam .....	72
2. Denetlemenin Sona Ermesi Halleri .....	72
<b>a) Sürenin Dolması</b> .....	72
<b>b) Yazılı Emrin Hakim Tarafından Onaylanmaması- Yirmi Dört Saatlik Sürenin Dolması</b> .....	73
<b>c) Diğer Sona Erme Halleri</b> .....	74
3. Tutanakların Yok Edilmesi .....	75
4. İlgiliye Bilgi Verilmesi .....	76
<b>E. Elde Edilen Verilerin Kullanımı</b> .....	77
1. Elde Edilen Verilerin Soruşturma Başlatabilmesi Sorunu .....	78
2. Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılabilmesi Sorunu .....	80
3. Tesadüfen Elde Edilen Verilerin Kullanımı .....	83
4. Bu bilgilerin CMK 332. Madde Kapsamında İstenmesi .....	86

<b>VI. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN DENETİMİ</b> .....	87
<b>A. Bireylerin Dışında Gerçekleşen Denetim</b> .....	87
1. Denetim Mekanizmaları .....	87
2. Tedbirin Kanun Aykırı Olarak Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanacak Cezai Yaptırımlar .....	89
3. Disiplin Sorumluluğu .....	94
<b>B. Birey Açısından Denetleme Yollarının Değerlendirilmesi</b> .....	95
1. Bilgi Edinme Hakkı .....	95
2. Tazminat Sorumluluğu .....	96
<b>a) Hakimlerin sorumluluğu</b> .....	98
<b>b) İdarenin Sorumluluğu</b> .....	101



<b>V. ULUSLAR ARASI HUKUKİ DÜZENLEMELER</b>	<b>104</b>
<b>A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi</b>	<b>104</b>
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukuktaki Yeri	104
2. Sözleşmede Özel Hayat ve Haberleşme Özgürlüğü	105
3. Sözleşme Ve Mahkeme Kararları Açısından Haberleşme Hakkına Müdahale	107
<b>a) Kanunla Düzenlenmiş Olma</b>	108
<b>(1) Ulaşılabilirlik</b>	109
<b>(2) Öngörülebilirlik ( Tahmin Edilebilirlik)</b>	110
<b>(3) Açıklık</b>	112
<b>e) Sınırlamanın Meşru Bir Amaç İçin Yapılması</b>	114
<b>f) Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması</b>	116
<b>g) Müdahalenin Orantılı Olması</b>	118
<b>(1) Elverişlilik</b>	121
<b>(2) Gereklilik</b>	122
<b>(3) Ölçülülük (Dar Anlamda Orantılılık)</b>	123
<b>h) Mahkemenin Belirlediği Diğer Esaslar</b>	125
<b>B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum</b>	<b>131</b>
1. Alman Hukuku	132
2. Amerikan Hukuku	133
<b>a) Genel Olarak</b>	133
<b>b) Dış İstihbarat Takibi Kanunu (The Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA-1978)</b>	138
3. Fransız Hukuku	141
4. İngiliz hukuku	143
<b>a) İletişimin Denetlenmesi Komisyonu (The Interception of Communicaitons Commissioner).</b>	146
<b>b) Soruşturma Güçleri Mahkemesi</b>	147
<b>c) İletişimin Denetlenmesinden Edilen Verilerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği</b>	148
<b>d) Cezai Hükümler</b>	148
5. İsrail Hukuku	148

6. İtalya Hukuku .....	149
7. Kanada Hukuku .....	150
<b>SONUÇ</b> .....	<b>151</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>152</b>

## GİRİŞ

Özel hayat ve bunun çok önemli bir parçasını teşkil eden haberleşme özgürlüğü, bireyin her geçen gün daha da önem kazandığı bu dönemde, kişilerin daha çok korumaya çalıştığı, ihlal edilme korkusunu daha çok yaşadığı, ulusal ve uluslararası hukukta daha çok tartışılan bir temel hak ve özgürlük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu hakkın önemi tartışmasız olmakla birlikte, diğer tarafta ise bu hak ve diğer birçok hakkı ilgilendiren, önlenemediği ya da mücadele edilmediği zaman tehdit eden, kısıtlayan hatta ortadan kaldıran organize suç örgütleri ile terör örgütlerinin faaliyetleri yer almaktadır.

Terazi, insanoğlu için ilginç ama zor bir tartma görevini daha üstlenmiştir. Çünkü suç örgütleri çoğu seferinde suçla başa çıkmayı üstlenmiş otoritelerden özellikle de teknolojiyi takip etme, taktik ve strateji geliştirme konularında daha hızlı davranmaktadır. Kendini bireyin en temel haklarından biri olan güvenliğin sağlanması konusunda görevli gören otorite ise bu örgütlerin önüne geçmeye, en azından aynı hızda olmaya çalışmaktadır. Bu nedenle de terazi iki kefe arasında gidip gelmektedir.

Son dönem dünyasında çok sayıda maddi ve manevi kaybın yaşandığı oldukça büyük saldırılara maruz kalan insanoğlu, *“Güvende mi olmak istiyor, yoksa temel hak ve özgürlüğünü en geniş şekilde mi yaşamak istiyor?”* sorusunu ve karşılığında bulmaya çalıştığı cevabı düşünür; bu soruların cevabını bulmayı üstlenenler ise çok çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemeleri yapmaya devam etmektedir.

Biz ise bu çalışmamızda daha suç işlenmeden onu önlemek adına gerçekleştirilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini konu edindik. Çünkü bize göre temel hak ve özgürlüklerin korunması ve devamlılığının sağlanması için öncelikle onlara yönelik tehditlerin bertaraf edilmesi gerekir. Elbette ki bu gayret her zaman sonuç vermez ve önlenemeyen eylemler için bu eylemleri aydınlatmaya yönelik süreç başlar. Aydınlatma süreci de hak ve özgürlükler için önemlidir. Ama bu eylem nedeni ile ihlal edilmiş belki de ortadan kaldırılmış hak ve özgürlüğün yeniden aynı kalitede tesisi her zaman mümkün olmayabilir. Bize göre asıl olan

yeniden tesis etmeye çalışmak değil, asıl olan ihlale veya ortadan kaldırmaya engel olmaktır.

Bu nedenle iletişim özgürlüğüne müdahale edilebilir. Ancak bu günümüzün hak ve özgürlük anlayışına uygun, bireyi önde tutan, öncelikle müdahaleyi değil, korumayı amaç edinen hukuki düzenlemelerle yapılmalı. Çalışmamızda ise hem kendi hukukumuzdaki düzenlemeyi, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve karşılaştırmalı hukukta yer alan uygulamaları incelemeye çalıştık.

Çalışmamızın birinci bölümünde asıl konumuzun alt yapısını oluşturan istihbarat, özel hayat, iletişim, denetleme gibi kavramları anlatacağız. İkinci bölümde ise bu konuya ilişkin hukuki düzenlemelerimizin tarihi geçmişini değerlendireceğiz.

Üçüncü bölümde ise şu an için yürürlükte olan kanunlara, bu tedbire ilişkin düzenlemeleri ekleyen 5397 sayılı Kanunu incelemeye çalışacağız. Bu bölümdeki çalışmamızda, tartışmalı olan hususları ortaya koyarak, bunların çözümlenebilmesi için yapılması gerekenleri tespit etmeye çalışacağız.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de özellikle üzerinde durduğu, etkin denetim sistemi açısından şu anki uygulanan yöntem ve eksiklikler ise, dördüncü bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Beşinci bölümde ise uluslararası hukuka ilişkin bir inceleme gerçekleştirmeye çalışacağız. Bunun için de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının ortaya koyduğu ilkeleri özel hayat ve haberleşme hürriyeti açısından inceleyeceğiz. Bu bölümün diğer konusunu ise bazı ülkelerin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin mevzuatları oluşturacaktır.

## I. KAVRAMLAR

### A. İstihbarat

Her devlet sınırları içerisinde bazen bu sınırları aşacak mahiyette kendi varlığına ve güvenliğine yönelik her türlü tehdit karşısında gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu tehdit, siyasal bütünlüğüne yönelik olabileceği gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel faaliyetler kapsamında yönelmiş bulunan tehditler şeklinde de olabilir. Söz konusu tehditlere yönelik tedbirleri ise iyi organize olmuş, verimli bir istihbarat faaliyeti neticesinde alabilir.

İngilizce ve Fransızca'da "*intelligence*" kelimesi ile ifade edilen ve anlamı "*akıl, zeka*" olan istihbarat kelimesinin Türkçe'de sözlük karşılığı haber almaktır. İstihbarat terminolojisinde haber, sadece ham bilgiyi ifade ettiği için yeterli bir tanımlama olmamaktadır. İstihbarat ise, devlet tarafından belirlenen ihtiyaçlara karşılık olarak açık ya da kapalı kaynaklardan derlenen haber, bilgi ve dokümanların sürekli bir şekilde işleme tabi tutulması sonucu elde edilen üründür.<sup>1</sup>

Devletler, ülkelerinin bölünmez bütünlüğüne, anayasal düzenine, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan gelecek mevcut ve muhtemel tehditler hakkında bilgi toplamak ve istihbarat oluşturmak isterler. Bu nedenle hasım veya hasım olması muhtemel kişi, kurum-kuruluş, devletler ve diğer organizasyonlar hakkında açık veya kapalı kaynaklardan bilgi toplayıp, analiz ve değerlendirmelere tabi tutarak elde edilmiş verilere ihtiyaç duyarlar. Bu bağlamda istihbarat, "siyasi makamlara sunulmak üzere toplanmış ve analiz edilmiş stratejik veya taktik içerikli işlenmiş bilgilere" denir. Her türlü kaynaktan elde edilen ham bilgi ilişkisiz gibi görünen parçalardan oluşan, çelişkili, güvenilirmez, yanıltıcı veya yanlış olabileceğinden; birleştirilmiş, değerlendirilmiş, analiz edilip yorumlanmış ve ayıklanmış bilgi daha önemlidir. İşte bu nedenle tamamlanmış bir istihbarat, istihbarat çevriminin sonuç ürünü olan ve siyasi belirleyicilere sunulmaya hazır olan işlenmiş bilgidir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> <http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>, (23.11.2010).

<sup>2</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0stihbarat>, (23.11.2010).

İstihbarat insanlık tarihinin başlangıcına dayanan bir olgudur. Önce küçük gruplar, kabileler; sonra organize olmaya başlayan insanoğlunun oluşturmaya başladığı devletler, imparatorluklar hep çevresinde ve kendi içerisinde neler olup bittiğini güvenlik ihtiyaçları gerekçesiyle izlemişlerdir. Güvenlik ihtiyacı aynı zamanda bir insan hakkı olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Modernlik öncesi çağda yaşayanların güvenliklerini sağlamak ve tehlikeden korunmak için kullandıkları yöntem yoğun sosyallikleri idi. Bu çağda insan karşılaşabileceği kişilerin çoğunu tanıyordu, yaşamını başkalarının bakışına sürekli ve tam olarak açmasının doğal bir sonucu olarak onları sürekli izleme konusunda oldukça geniş imkanları vardı. Bu geleneksel toplumsal denetim insan nüfusunun artması ile iflas etmişti ve artık bu denetim geçmişte olduğu gibi sıradan bir yöntemle yapılamazdı. Görünür hale gelen bu sorunun özenle ele alınması, tasarlanması, örgütlenmesi, idare edilmesi ve bilinçli bir biçimde üzerine eğililmesi gerekmektedir. Bu görevi yerine getirecek olan yeni ve daha güçlü olan devlettir. İnsan nüfusunun artması ile bozulan düzenin denetimi, yeniden üretimi bir gözetim sorunu idi ve kadim yöntem ile modern dönemdeki yöntem arasında devrimci nitelikte bir takım değişiklikler olmuştu. Artık gözetim karşılıklı değildi. Gözetim etkinliği asimetrik bir denetim halini almıştı, bundan etkilenen grupları izlenenler ve izleyenler diye ayırıyordu. Gözetim asimetrisinin bir sonucu da denetleme konusunda artık bir uzmanlaşmanın gerekliliğiydi.<sup>3</sup> Bu nedenle geçmişi, yöntemleri ve teorileri çok eski olan ve farklı disiplinleri içeren, kendine özgü çalışma yöntemleri, muazzam bir bilgi birikimi ve deneyimine sahip olan istihbarat ilgi çekici olduğu kadar irdelenen bir alan olarak da karşımıza çıkmaktadır.<sup>4</sup>

İstihbarat tanımlaması ise ülkelerin güvenlik ve strateji kültürlerine göre çeşitlilik gösterebilir. Ülkelerin yönetim anlayışları ile istihbaratlarını uygulamaya geçirme, geliştirme ve kullanılabilir hale getirme usulleri arasında bağlantı olduğu şüphesizdir. İstihbarat üretme ile ülkelerin rejimleri, tarihsel mitleri, korkuları, düşman algılamaları, ideolojileri, güvenlik ve strateji kültürleri arasında sıkı bir ilişki olması nedeniyle kapalı toplumlar istihbarat toplama kaynaklarının önemli bir

<sup>3</sup> Zygmunt Bauman, **Yasa Koyucular ve Yorumcular**, (çev. Kemal Atakay), Mayıs 2003, s.51-61.

<sup>4</sup> <http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>, (17.12.2010).

kısmını vatandaşlarına harcar iken, açık toplumlar bu enerjilerinin büyük kısmını yabancı ülkelere harcamaktadır.<sup>5</sup>

Ulusal güvenliğin sağlanmasında istihbaratın yeri, fonksiyonu ve önemi sebebiyle istihbarat örgütleri ülkelerin güvenliğindeki en önemli kurumlardan birini oluşturmaktadır. Bu kadar önemli bir görevi ifa eden istihbarat örgütlerinin ve çalışma şekillerinin kontrol edilmesi konuları da gündemi işgal eden konular arasındadır. Yeni dünya düzeninin veya düzensizliğinin en fazla etkilediği alan güvenlik ve tehdit algılamaları olduğu için terör örgütleri ve dünya geneline yaygınlaşmış küresel terörizm açısından istihbaratın önemi göz ardı edilemez bir gerçektir. Bu yeni tehditlerin alt unsurları ise; insan ticareti, kaçak göç, uyuşturucu ticareti ve kara parayla uğraşan suç örgütleridir. Bu nedenle ulusal güvenlik istihbaratının çok önemli bir kısmını suç istihbaratı oluşturmaktadır. Gerçekleşen terör eylemlerin aydınlatılması için kriminal istihbarat önem taşır iken, birçok suçun işlenişinin bir arada görüldüğü terör örgütleri ve suç örgütlerinin izinin sürülmesi açısından da suç istihbaratı önemli olmaktadır. Terör örgütlerini takip etmek ve toplum içerisinde yaşayan kişiler arasından suçlu ile suçsuzu ayırmak için güçlü bir istihbarata ihtiyaç vardır. Ancak hukukun üstünlüğü, insan hakları, işkencenin önlenmesi gibi kavramların yükselen değerler olduğu çağımızda hedeflere ulaşılırken kullanılan metotların sorgulanabileceğini tartışmasız kabul etmek gerekir.<sup>6</sup>

İç güvenlik sorunları ile ilgilenmeyen istihbarat kurumlarının yerine terörle mücadele görevini kolluk kuvvetleri üstlenmekte iken, tehditin boyutunun, yönünün ve şeklinin değişmesiyle terör, uyuşturucu, organize suçlar gibi farklı tehditlerin de ortaya çıkması, istihbarat yöntemlerinin bu alanda da kullanılmasını sağlamıştır. Terörle mücadelede istihbarat faaliyetlerinin analiz kabiliyetinin önemi açıktır. Avrupa Terör Faaliyetlerine Karşı Özel Araştırma Yöntemleri Uzmanları Komitesi terörle mücadele için istihbarat teşkilatlarının yapması gerekenleri tavsiye niteliğinde sıralamıştır.<sup>7</sup>

- Gizli soruşturmaları içeren gizli operasyonlar,
- Gizli operasyonlarda kullanılabilecek örtülü şirketler,

<sup>5</sup> İhsan Bal, **Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komplo Teorileri**, Ankara 2006, s. 62.

<sup>6</sup> Bal, s. 65-71.

<sup>7</sup> Mutlu Köseli, **“Terörle Mücadelede İstihbaratın Rölü”**, Polis Bilimleri Dergisi, C.11 (2), s. 51-69.

- Ajan ya da istihbarat elemanı gibi insan kaynaklı istihbarat,
- Elektronik gözlemler,
- Telefon, fax, e-mail de dahil olmak üzere iletişime müdahale edilmesi,
- Arabaların, evlerin ve bilgisayarların aranması,
- Sınır ötesi takipler,
- Ajan provokatörlerin kullanılması.

Özel araştırma yöntemleri içinde standartlar belirleyen Komite şu prensipleri belirlemiştir.

- Telefon dinlemeye müsaade eden kanunlarda, telefonu dinlenecek kişilerin kategorileri yani hangi suçlar için ve ne kadar süre için dinleme yapılabileceği,

- Normal aramalar hakim kararı gerektirmelidir,

- Özel verilerin kaydedilmesi sıkı kanunlar gerektirmelidir, kimlerin ulaşabileceği ve nasıl denetleneceği belirtilmelidir.

- Suç faaliyetlerine sızan ve pasif olarak suç organizasyonlarını gözleyen polislerin suçluların haklarını ihlal etmemelidirler.

- Polisler ajanlarının yada istihbarat kaynağı olarak kullandıkları şahısların kimliklerini deşifre etmemelidir.

Terörle mücadelede istihbarattan en üst düzeyde fayda sağlayabilmenin önemini anlayan Avrupa, bunun belli bir standartının olması gereğini de ortaya koymuştur.

Bu kadar önemli olan istihbarat faaliyetlerinin bazı özellikler taşıması gerekir. İstihbarat faaliyetlerinin bir devlet faaliyeti olması, hukuki bir dayanağının olması, kamu görevlileri tarafından yerine getiriliyor olması ve personelin eğitilmiş olması, gizli, sürekli bir organizasyon kapsamında yürütülme özelliklerine sahip olması gerekir. Burada konu edilen istihbarat devletin kendi iç ve dış güvenliği amacıyla yerine getirdiği bir fonksiyon olması sebebiyle bir devlet faaliyetidir. Bu faaliyetin bazen bireylerin temel hak ve hürriyetlerine de müdahale gerektirdiği için hukuki alt yapısının da var olması gerekir. Bir devlet faaliyeti olması ve devletin bu konularda hata yapma şansının olmaması sebebiyle çok iyi eğitilmiş kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerekir. Bu faaliyetin amacına ulaşabilmesi için ve hedef



unsurların kendileri ile ilgili bilgi alındığını öğrenmeleri önlem almalarına yol açacağından gizli olması esastır. İstihbarat faaliyetlerinin başarısı sürekli yapılmasına ve iyi bir organizasyon kapsamında yürütülmesine bağlıdır.<sup>8</sup>

Geleceği görebilmek, muhtemel sorunlar hakkında önceden bilgi sahibi olabilmek, olayların perde arkasındaki gerçeklere ulaşabilmek, ancak sağlıklı istihbarat üretimi ile mümkün olup, bu sebeple elde edilen haberin, bilginin ve belgenin belli bir sistematik içerisinde işlenmesi gerekir. Elde edilen önemli bir haber, doğru bir şekilde değerlendirilmediği takdirde; yanıltıcı sonuçlara yol açacağından istihbaratın üretilebilmesi için ise sadece haberin, bilginin ve belgenin toplanması yeterli değildir.<sup>9</sup>

Bu kapsamda bir istihbarat bilgisinin açık ve anlaşılır olması, doğru olması, zamanında üretilmiş olması ve gizli olması gerekir. Doğası gereği istihbarat amaçlı toplanan bilginin gizli tutulması gerekir. Çünkü bu bilgiler herkes tarafından ulaşılmayan bilgilerdir. Bu bilgilerin açıklanması faaliyetin neticesini olumsuz etkileyebileceği gibi, yanlış şahısların elinde yanlış amaçlarla kullanılması da her zaman mümkündür. Toplanan bilgilerin yanlış anlamaya ve yorumlamaya müsait olmayan açık ve anlaşılır bilgiler olması gerekir. Birçok kişiyi ve konuyu etkileyecek olma ihtimalleri bulunan, karar alma makamlarına kararlarında yardımcı bir unsur olan bu bilgilerin doğruluğu çok büyük bir önem taşımaktadır. Zamanında elde edilmeyen ve bu sebeple zamanında kullanılmayan bilgi değerini yitireceği gibi, ulaşılmaya çalışılan amacını da anlamsız hale getirecektir.<sup>10</sup>

Türkiye 'de istihbarat görevini yerine getirme konusunda birden fazla kurumsal yapının olduğunu görmekteyiz. Bunlar; 01.11.1983 tarihli Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamında görev yapan ve MİT olarak nitelendirdiğimiz kurum ile PVSK'nın ek 7. maddesi kapsamında görev yapan polistir.<sup>11</sup> Polis genel güvenliği sağlamak amacıyla ülke seviyesinde istihbarat

---

<sup>8</sup> Muzaffer Erkan, Sabri Dilmaç “Devlet Güvenliği Terörizm ve İstihbarat” Ankara, 2006

<sup>9</sup> <http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>, (03.01.2011).

<sup>10</sup> Muzaffer Erkan, Sabri Dilmaç “Devlet Güvenliği Terörizm ve İstihbarat” Ankara, 2006

<sup>11</sup> 16.06.1985 tarihli 3233 sayılı Kanun ile 2559 sayılı PVSK'na ek madde 7 eklenmiştir. “Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayışı sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat

görevini yerine getirirken, MİT ise milli güvenliği sağlamak amacıyla Devlet çapında görev yapmaktadır. JTGYK<sup>12</sup> kapsamında görev yapan jandarmaya ise kamu düzenini sağlamak için suçların önlenmesi görevi verilmiş fakat Kanunda istihbarat teriminin kullanılmadığı da görülmektedir.<sup>13</sup>

## **B. Kolluğun Önleyici Görevleri**

PVSK'nın 1. maddesi polisin önleyici görevlerini şu şekilde düzenlemiştir; *“Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.”*

2. madde ise polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısma ayırmıştır;

A) *Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak,*

B) *İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak,”*

Bu madde ile polisin önleyici görevleri ile adli görevleri açısından ayırım yapılmaktadır. Önleme görevi suç işleninceye kadar olan safhaya ilişkindir, kanunların suç saydığı bir eylem henüz işlenmeden önce ve kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye düşüren durumların ortaya çıkması halinde yürütülen bir faaliyettir.

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesinde, *“Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak”* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu madde ile jandarmanın da önleyici kolluk yetkilerinin

---

faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”

<sup>12</sup> 5397 sayılı Kanun ile yapılan ekleme ile jandarmanın istihbarat yapma yetkisi kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.

<sup>13</sup> Abdülkadir Mahmutoğlu, *“İletişimin İzlenmesine İlişkin Üç Nokta”*, İdarecinin Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010, S. 141, s. 21-22.

olduğu görülmektedir. Aynı Kanununun 10. maddesinde, “*Jandarmanın sorumluluk alanı; Polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir.*” düzenlemesi polis ve jandarmanın yetki bakımından sorumluluk alanlarını ortaya koymaktadır.

Bu noktada istihbarat kavramı ile suçların önlenmesi kavramlarının farklı anlamlar taşıdığını belirtmek gerekir. İstihbarat yukarıda belirtildiği gibi suçların işlenmesinin önlenmesi işlevini de kapsayıcı mahiyette olup, bilgi toplamak, analiz etmek, sonuç üretmek veya çıkarmak, yorumda bulunmak, geleceğe yönelik öngörüler ve değerlendirmeler yapmak gibi daha derin anlamlar taşımaktadır. İstihbarat yetkisi ülke seviyesinde polise, Devlet çapında MİT’e verilmiş iken jandarmaya ise kamu düzenini sağlamak için suçların önlenmesi görevi verilmiştir.<sup>14</sup>

Kolluğun önleme görevi hukuk normlarına, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce önünü almak şeklinde tanımlanmıştır. Bu görevlerin bir kısım doğrudan doğruya konusu suç teşkil eden fiillere karşı tedbirlerden oluşur iken, diğer kısmı ise konusu suç teşkil etmediği halde kamu düzeninin ve asayişini temine yönelik tedbirlerdir. Bu yönde gerçekleştirilecek hizmetlerin en önemli özelliği önleyici ve koruyucu olmasıdır. Kamu düzenini korumak, suç işlenmesini ve toplumu tehdit eden tehlikeleri meydana gelmeden önlemek esas amaç olduğu için eğer suç işlenmiş veya tehlike gerçekleşmiş ise artık adli sürecin başlaması söz konusudur.<sup>15</sup>

Hukuk devleti; insan haklarını gerçekleştiren, adaleti sağlayan, ve hukuki güvenliği, barışı, düzeni temin eden devlettir. Bu nedenle hukuk devletinin suçlarla mücadele etmesi, onları önlemeye çalışması, önleyemediklerini ise kovuşturması gerekir. Suçların işlenmesinde baş döndürücü bir şekilde hızla gelişen teknolojiyen yararlanması ve bunun için organizasyonlar oluşturulması hem suçların önlenmesini zorlaştırmakta, hem de işlenen suçların ortaya çıkarılıp kovuşturulmasını da önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Hukuk devletinin ise bu

---

<sup>14</sup> Mahmutoglu, s.22.

<sup>15</sup> Nevzat Sönmez, **Polisin Görev ve Yetkileri**, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Başkanlığı, Ankara, 2009, s. 13-17.

gelişmelere seyirci kalması beklenemez.<sup>16</sup> Ceza muhakemesi tedbirlerinin suçların zaman içerisinde çeşitlilik kazanarak teknolojinin her türlü imkanının da kullanılması suretiyle profesyonel yöntemlerle gerçekleştiriliyor olması nedeniyle suçla mücadelede etkili olmadığı görülmüştür. Bu tedbirlerinin suç mağdurunu koruyabilmekten uzak olan, böyle bir iddiası da bulunmayan özellikleri nedeniyle önleyici nitelikteki tedbirler daha da önem kazanmıştır. Önleyici nitelikteki bu tedbirlerin amacı geleceğe yönelik olarak suç işlenmeden önce suçun oluşumunu engellemektir. Önceleri suçun işlenmesinin engellenmesi ile sınırlanmış olan bu tedbirlerin amacı zamanla kolluğun araştırma hizmetlerine yönelik bilgiler elde edip, saklamasına izin veren bir anlayışa dönüşmüştür. PVSK'nın ek 7. maddesi ile getirilen düzenleme bu anlayışın açık bir işareti olarak kabul edilebilir.<sup>17</sup>

Biz bu çalışmamızda kolluğun önleyici faaliyetlerinden biri olan ve ilgili kanunlarda düzenlenmiş olan iletişimin tespiti konusunu değerlendirmeye çalışmaktayız. Kolluğun önleyici faaliyetleri durdurma ve kimlik sorma, denetim yetkisi, kapatma ve faaliyetten men etme yetkisi, önleyici arama ve el koyma yetkisi gibi pek çok konuyu da içermektedir. İletişimin tespiti açısından esas olan ise, CMK 250. maddede belirtilen suçların önlenmesidir. Bu nedenle kolluğun önleyici faaliyetlerini suçun işlenmesinin önlenmesi açısından değerlendireceğiz.

Soruşturma evresinin başlayabilmesi için başlangıç şüphesinin olması gerekir. CMK 160. maddesinin 1. fıkrası *“ihbar veya başka bir suretle suçun işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenir öğrenmez”* ifadesi de bunu ortaya koymaktadır. Ancak suçların işlenmesinden sonra yetkili makamların müdahaleleri ve bunu bir sonuca bağlamaları her zaman adaletin tesis edildiği anlamına gelmez. Bazen gerçek adalet daha suç işlenmeden bunu engelleyebilmektir. Bu nedenle de suçların önlenmesine yönelik süreç en az suç sonrası süreç kadar önemli hale gelmektedir.

Teoride suçun işlenmesinden önceki alan, beyaz alan; suçun işlenmesinden sonraki alan ise siyah alan olarak tabir edilmektedir.<sup>18</sup> Beyaz alanda kolluk, suçların

---

<sup>16</sup> Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**,11. bs., Ankara 2007, s.1049.

<sup>17</sup> Veli Özer Özbek, **‘Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları’**, DEÜHFD, İzmir 2002, C. 4, S.2, s. 68.

<sup>18</sup> Bkz. Feridun Yenisey, **Ceza- Adalet Sistemi**, www.gaziantepbarosu.org.tr., (25.05.2011), s.38; Özbek, Ön alan soruşturmaları, s.57-88.

önlenmesine yönelik görevlerini yerine getirirken; siyah alanda ise başlangıç şüphesi olduğu için artık adli süreç başlayacak ve Cumhuriyet savcısı görev yapacaktır. Ayrıca beyaz alanı oluşturan tehlikenin önlenmesi ve bastırılması ile siyah alanı oluşturan ve suç işlendikten sonra başlayan soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında yer alan gri bir alandan da bahsedilecektir. Bu alan da henüz CMK'nun 160. maddesinin 1. fıkrasında yazdığı gibi "suç işlendiği izlenimi oluşturan hal" yani başlangıç şüphesi oluşmadığından yine kolluk önleyici faaliyetlerini gerçekleştirecektir ve yapılan incelemenin sonucunda soruşturma açılıp açılmayacağı da belli değildir. Ancak Ceza Muhakemesi Hukukunun temel ilkelerinden olan resen araştırma ilkesi bu evre için bir zorunluluk ortaya koymaktadır. Bu zorunluluğun sonucu olarak "ön alan soruşturmaları" adı verilen yeni bir evrenin varlığı ortaya çıkmaktadır.<sup>19</sup>

Ön alan soruşturmalarının amacı açısından iki yönlü bir değerlendirme yapılabilir. İlk olarak bu soruşturmaların büyük bölümünü oluşturan organize suçluluğun çıkış sebebini, yapısını aydınlatmak böylece lojistiğine zarar vermek amaçlanmaktadır. Bu yönüyle ön alan soruşturmalarının verilerin işlenmesi olanaklarının kullanılması amacıyla ortaya çıktığı kabul edilebilir. Diğer yönü ise suç organizasyonları bu şekilde sürekli gizli soruşturma tedbirlerine maruz kaldığı için üzerlerinde baskı unsuru oluşturmakta, yapılanma aşamasında olan organizasyonlar için ise gözdağı oluşturulmaktadır.<sup>20</sup>

Bilgi elde etmeye yönelik ve gizli olan ön alan soruşturmalarında gerçekleştirilecek tedbirler için bir suçun aydınlatılması gerekmediği gibi somut bir tehlikeye de gerek yoktur. Burada ön alan soruşturmaları için iki özellik ortaya çıkmaktadır. Birincisi bu evre gizlidir. İkinci ise ön alan soruşturmaları bilgi elde etmeye, yani istihbarata yöneliktir. Ön alan soruşturmalarının bu özellikleri başvurulacak tedbirlerin niteliğini de değiştirmiş ve telefon dinleme, bireylerin izlenmesi, örgüt içine gizli görevli sokulması gibi tedbirlerin uygulanmasını sağlamıştır. Yeni suç türlerine karşı geleneksel koruma tedbirleri ile baş edilememesi

---

<sup>19</sup> Yenisey, s.37-38.

<sup>20</sup> Özbek, Ön Alan, s. 69.

nedeniyle bu tedbirler CMK'na aktarılarak ön alan soruşturmalarına özgü olma özelliğini de kaybetmiştir.<sup>21</sup>

Bu evrede başlangıç şüphesinden ya da somut bir tehlikenin varlığından bahsedilemez. Elbette ki burada hiçbir şüphenin varlığının olmaması değil, soruşturmaya değer bir olay ya da yasal bir şüphe kategorisi altında kabul edilemeyecek olan şüpheli hareketlerin varlığı aranacaktır.<sup>22</sup> Başlangıç şüphesi belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koymasındır.<sup>23</sup> Somut tehlike makul, genel yaşam tecrübesine ve hayatın olağan akışına göre yakın bir zamanda kamu güvenliği ve düzeni için bir zarar meydana gelmesi beklentisini ortaya koyan durumdur.<sup>24</sup> Ön alan soruşturmaları için ise yakın bir gelecekte somut bir durumda kamu düzeni ve güvenliği bakımından zarar doğması ihtimalinin doğması şart olmayıp, uzak ve soyut rizikolar yeterlidir.<sup>25</sup>

Başlangıç şüphesinin varlığını arayan ceza muhakemesi açısından soruşturma evresi başlamayacağı açıktır, ancak belli bir araştırmanın da yapılması gereklidir. Soruşturma evresini gerçekleştirecek organ savcılık teşkilatıdır. Ön alan soruşturmalarının hangi organ tarafından yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Henüz suç işlendiğini gösteren “*somut olgular*” yoksa ve bunların araştırma yapılarak var olup olmadıkları tespit edilecekse, yani “suç işleneceği tehlikesi” varsa, bu tehlikeyi önlemek ve bastırmak kolluğun görevi olduğu için, bu incelemelerin kolluk tarafından kendiliğinden yapılması gerekmektedir.<sup>26</sup>

Ancak ön alan soruşturmaları kapsamında gerçekleşen faaliyetler birey ve topluluklar ile idareyi temel hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getirmektedir. Bu kapsamda gerçekleşen tedbirler özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, dürüst işlem ilkesi, masumiyet karinesi gibi pek çok temel hak ve ilkeyi ihlal etmesi ve gizli olması nedeniyle şüpheli-şüpheli olmayan, düzeni bozan bozmayan ayrımı yapmaksızın herkese uygulanabilme ihtimali olan tedbirlerdir. Bu

---

<sup>21</sup> Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006, s. 181.

<sup>22</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 160.

<sup>23</sup> Öztürk/ Erdem, s. 529.

<sup>24</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 161.

<sup>25</sup> Özbek, Ön Alan, s. 61-62.

<sup>26</sup> Yenisey, s. 38.

nenenle kolluk makamlarının takdir yetkilerinin belirlenmesi, müdahale koşullarının ve sınırlarının ortaya konulması suretiyle mahkeme tarafından kontrolünün sağlanması, temel hak ve hürriyetlerin korunması için şarttır.<sup>27</sup>

Bunun sağlanabilmesi için öncelikle ön alan soruşturmalarına imkan veren yetki kurallarının içeriği, amacı ve ölçüsü bilinebilir olmalıdır. Ayrıca herhangi bir tedbirin temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlayabilmesi için hedeflenen amaca ulaşmak için uygun, gerekli ve ölçülü olması gerekir. Bu soruşturmaların amacı organize suç örgütlerinin deşifre edilmesi ve yeni yapılanmaların önüne geçilmesidir. Klasik tedbirlerin bu suçlarla mücadelede yetersizliği nedeniyle ön alan soruşturmalarının uygun olduğu kabul edilir. Bu soruşturmalar özellikle organize suçluluk bakımından henüz bir tehlike olasılığının dahi doğmadığı bir zaman diliminde müdahale edilerek organizasyonun deşifre edilmesini ve işlenmesi muhtemel suçları engellemeyi amaçladığı için, zararın muhtemel olduğu an ya da suçun işlendiği an çok geç bir andır ve organize suçlulukla etkin bir şekilde mücadele yapılmasını engeller. Bu nedenle organize suçlulukla mücadele etmek için ön alan soruşturmalarına başvurmak gereklidir. Ölçülü olmak uygulanan tedbir sonucunda elde edilmek istenen yarar ile verilme ihtimali olan zarar arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda herhangi bir suç için değil de, organize suç niteliğinde olan ciddi suçlar için ön alan soruşturma yöntemlerine izin verilmesi ve temel haklara verilmesi muhtemel zararın makul olması, böylece devlet terörüne yol açılmaması gerekir.<sup>28</sup>

Aynı zamanda terörle mücadele konusunda da kolluğun önleyici faaliyetlerinin önemi göz ardı edilemez. Terör örgütleri ve dünya geneline yaygınlaşmış küresel terörizm tehdidinde bakıldığı zaman, terör örgütlerinin ve organize suç örgütlerinin iç içe geçmiş olduğu da görülmektedir. Güvenlik alanındaki çalışmaların başarısı terör eylemlerinin önlenmesi noktasında gerçekleştirilen başarı ile de ölçülmektedir. Bu nedenle henüz bombalı saldırı gerçekleşmeden ya da bir baskın olmadan, terör örgütlerinin finansmanı ve lojistik desteği sağlanmadan, bunların önlenmesine

---

<sup>27</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 74.

<sup>28</sup> Özbek, Ön Alan, s.73.

yönelik çalışmaların gerçekleştirilerek daha tehlike aşamasında müdahale edilmesi amaca daha uygun düşecektir.

Kolluğun önleyici görevleri nedeniyle, sorumluluğu açısından idarenin her türlü eylem ve işlemlerinde olduğu gibi bu hizmetlerinin de kötü işlemesinden, hiç işlememesinden ve geç işlemesinden dolayı oluşan zararlardan idare sorumludur. Bu görevler nedeniyle açılacak davalar idari yargı mercilerince çözülecektir.

Ön alan soruşturmalarının kabulü, bu soruşturmalar çerçevesinde yapılan işlemleri idari bir işlem haline getirecektir. Çünkü, henüz ceza muhakemesi başlamadığı için polis fiilleri adli görevleri arasında sayılmayacağından CMK 160. madde çerçevesinde denetlenmesi mümkün olmayacaktır.

Bu görevlerin icrası sırasında yapılan eylemlerin suç oluşturduğu düşünülüyor ise bu durumun incelendiği ve hakkında dava açılmasına gerek olup, olmadığı kararının verildiği idari bir süreç izlenmektedir. Ancak bu çalışmamızın ana konusu olan iletişimin denetlenmesi açısından kanun koyucu farklı bir yöntem benimsemiştir. Görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş suçlar için Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapma sistemini benimsemiştir.<sup>29</sup>

### **C. Özel Hayat**

Özel hayatın gizliliği kavramı insan hayatının vazgeçilemez haklarından birisi olarak son dönemlerde hukuki düzenlemelerde ve teknoloji alanındaki gelişmeler ışığında önemini son derece artırmıştır. Bireyin öneminin artması, yaşam alanını ikinci kişilere daha çok kapatma ihtiyacı hissetmesi, bu alana yapılan müdahalelerin artması gibi etkenler, özel hayatın kanuni düzenlemeler ve bu düzenlemelerin uygulanmasını gösteren mahkeme kararları ile korunması gereğini ortaya çıkarmıştır. İnsan hayatın vazgeçilmezlerinden olan aile, konut ve haberleşme hakkına dokunulmasını elbette istemeyecek, ya da bunun ancak önceden belirlenmiş, sınırları çizilmiş hukuki düzenlemeler çerçevesinde olmasını isteyecektir.

---

<sup>29</sup> PVSK'nın ek 7. Maddesi; (Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.



Her demokratik hukuk devletinde kişinin küçük dünyası olarak da adlandırılan ve devlet müdahalesinden korunmuş, kişilere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi şekillendirecekleri özel bir hayat alanı tanınır. Ülkelerin siyasi rejimleri konusunda önemli ipuçlarını bu alanda sağlanan temel hak ve hürriyetler ile tespit edebiliriz. Çünkü kişinin küçük dünyasının genişliği ülkelerin siyasi rejiminin hürriyetçi ve demokratik olduğunu gösterir iken, küçük dünyanın darlığı ise baskıcı ve otoriter olduğuna dair bir işarettir.<sup>30</sup> Totaliter rejimlerin ideolojilerinin gereklerine uygun olarak yeni bir toplum ve dolayısıyla yeni bir insan tipi yaratmak amacı ile insanların kendi iç dünyasıyla kendi düşünceleriyle baş başa kalabileceği özel hayat alanını olabildiğince daraltma çabası vardır. Demokratik rejimler ise bireyi en yüksek değer olarak görmesi sebebiyle ona maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebileceği, devletin müdahale edemeyeceği özerk bir alan tanır. Ancak demokratik rejimlerde bile bu alan mutlak değildir.<sup>31</sup>

Özel hayat, devletlerin güvenlik gerekçesiyle müdahalelerine maruz kalmaktadır. Gizli izleme, gizli dinleme gibi bir takım faaliyetler doğrudan bireyin özel hayatını ihlal etmektedir. Devletler kendilerinden beklenen güvenlik fonksiyonlarını yerine getirirken, bireyin ön planda oluşu ve birey merkezli yasal düzenlemeler yaparlarsa bu hakkın korunması ya da ihlallerin en asgari düzeyde tutulabilmesi sağlanabilecektir.

Özel hayatın gizliliği açısından aslında iki yönlü bir korumaya ihtiyaç vardır. İlk yönüyle ceza mevzuatına ve özel hukukun kişilik haklarını koruyucu hükümlerin varlığını sağlayarak özel kişilerin tecavüzlerine karşı korunmadır. Diğeri ise bizzat devletin tecavüzlerine karşı korunmadır. Bu yöndeki korumanın, devletten gelebilecek müdahalelerin özel kişilere göre daha ağır olması ve çok daha karmaşık hukuki sorunlar yaratması sebebiyle önemi açıktır.<sup>32</sup>

Türk ve Alman doktrininde, insanın sosyal bir yaratık olduğu ve bu nedenle yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan hayatının esas itibarıyla iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bunlar; hayatın

---

<sup>30</sup> Öztürk/ Erdem, s 180.

<sup>31</sup> Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, İstanbul Barosunun “Gizli Dinleme ve Hukuk” konulu panelinde sunulan tebliğ, 1975, s.265-294.

<sup>32</sup> Özbudun, s. 267.

genel ve özel yönleridir. Burada özel hayatın nerede başlayıp nerede bittiğinin nasıl tespit edileceği hayatın genel yanının özel yanından nasıl ayrılabilceği; nihayet hayatın özel yanının ve hayatın gizli alanının nerede başlayıp nerede bittiği önemli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilen ve kuşak (alan) teorisi adı verilen görüşten yararlanılabilir. Buna göre, insan hayatının merkezinde her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş bulunan ve dokunulmaz olduğu kabul edilen bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alan, ikinci bir kuşak alanla çevrelenmiştir. Bu ikinci alan, yine devlet müdahalelerine karşı korunmuştur; ancak dokunulmaz değildir. Bu alan bakımından nispi bir koruma söz konusudur. Nihayet, insan hayatı bakımından bu ikinci alanı çevreleyen üçüncü bir kuşak alan daha vardır ki, bu alanda herhangi bir koruma söz konusu değildir.<sup>33</sup>

**Ortak Yaşam Alanı (Kamuya Açık Alan);** Ortak hayat şahsın toplum içerisindeki yaşayışında belli ölçüde aleni ve genel olarak gizlilik olmayan hususlardan oluşur. Genel olarak bu hususların başka şahıslara veya kamuoyuna her durumda açıklanması hukuka aykırı kabul edilmese de bunların her durumda açıklanabileceği iddia edilemez, çünkü bazen ilgili kişinin rızasını gerektiren durumlarla karşılaşılabilir.<sup>34</sup>

**Özel Yaşam Alanı;** Bir kimsenin dostları, yakınları, tanıdıkları, ailesi ve arkadaşları gibi kişilerle paylaştığı olaylardan oluşan ve gizli kalmasını, başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri yaşam alanı ise özel alanı oluşturmaktadır. Kişinin meslek hayatı, aile hayatı gibi belirli alanlar içerisinde yaşadığı hayat iç hayat olarak, kişinin dışarıdaki kişilerle ilişkiler kurarak yaşadığı hayat ise ortak hayat olarak değerlendirilmektedir. Bu alan gizli hayat alanıyla karşılaştırıldığında daha aleni olup, bu alenilik toplum nezdinde bir alenilik anlamına gelmemektedir. Çünkü kişi bu alana ilişkin hususları yakınları ile paylaşmaktadır, bunların üçüncü kişilere duyurulması ise özel hayat alanının ihlal edilmesine neden olur.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara 1991,s.76-78.

<sup>34</sup> İrem Yazıcıoğlu, 'AB'ye Uyum Sürecinde Özel Hayatın Gizliliği', İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2010, s. 231-287.

<sup>35</sup> Şerife Günaydın, **İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YLT, 2007, s. 34.

**Gizli Yaşam Alanı;** Kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alandır, bu alana başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunları içeren belgeler girer.<sup>36</sup>

Hayatın genel alanı için bir gizlilik söz konusu olmaz iken, diğer alanlar hukuk devletlerinde koruma altına alınmıştır. Gizlilik alanı mutlak bir şekilde korunurken, özel hayat alanı nispi olarak koruma altındadır. Özel hayat alanı aile içi gibi dar bir çerçevede seyrini sürdürür, gizlilik alanı ise yalnızca kişiyi ve açıklamada bulunduğu belirli kişileri ilgilendirir, bu nedenle başkasının bu alana girebilmesi kabul edilemez. Suç teşkil etmemek koşuluyla kişinin cinsel hayatı, dini inancı gibi konular yalnızca kendisini ilgilendirir.<sup>37</sup>

Teknoloji insan hayatını kolaylaştırıp ve güzelleştirdiği gibi özellikle özel hayata müdahalelere de oldukça geniş bir imkan oluşturmaktadır. Bazen evimizin içine kadar izlenebilmemize, bazen herkesle paylaşmak istemediğimiz, ama elektronik ortamlarda bulunan kişisel verilerimize ulaşılmasına, bazen de hayatımızın en mahrem konularının konu olduğu iletişim yollarımıza hiç farkına varmaksızın ulaşılabilmesi mümkün olabilmektedir. Kişiler hayatlarının genel alanları ya da özel alanları ile ilgili bilgilerini iletişim araçlarını kullanarak diğer bir bireyle paylaşabilmektedir. Hayatlarının özel alanlarına ait bilgilerin iletişim vasıtalarının kullanılarak öğrenilmesini engelleyici hükümlerin ve bu hükümlerin uygulanmasını denetleyen yargı makamlarının varlığı kişinin kendini güvende hissetmesini sağlayacaktır.

AIHS'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı başlığı altında düzenlemesi şu şekildedir: “ 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Madde, özel hayat ve aile hayatı gibi kavramların, hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirgin bir içerik ve belli sınırlara sahip bulunmaması sebebiyle hakları tanımlamamıştır.<sup>38</sup> 8. maddede yer alan haklara devletin müdahalede

<sup>36</sup> Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, **Tük Özel Hukuku, C. II (Kişiler Hukuku)**, İstanbul 2004, s. 126.

<sup>37</sup> Öztürk-Erdem, s. 182.

<sup>38</sup> Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”,7. bs., Ankara 2007, s. 330.

bulunmaması gerektiği “hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır” ifadesinden açıkça çıkartılmaktadır. Ancak devletin harekete geçmemesi de bir “müdahale” durumunda söz konusu olan 8. maddenin ihlali anlamına gelebilir, yani devletin harekete geçmemesi de, aynı etkiyi yaratabilir. Bu bağlamda üye devletler, AIHS’de belirtilen haklara etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamalıdır.<sup>39</sup> Devletin saygı mükellefiyeti gereğince yüklediği pozitif mecburiyet yani bu haklara uygun davranmayı sağlama görevi nedeniyle bu hakların kapsamını tayin etmek saygı kavramının sınırlarını tespiti de güçleştirebilir. Bu nedenle de AIHM 8. madde uygulamasında kazuistik metodla her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendirerek o günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak, geliştirici ve ileri götürücü bir yorumla, adı geçen deyimlere belli bir içerik kazandırmayı tercih etmiştir.<sup>40</sup>

AIHM, Birleşik Krallık- Chappell davası kararında, ‘özel hayat’ kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın mümkün ve gerekli olmadığını, bu kavramın bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir ‘iç alan’ ile kısıtlayarak, bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmanın da aşırı kısıtlayıcı olacağını belirtmiştir. Çünkü özel hayat hakkı, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içermektedir.<sup>41</sup>

Özel hayat kapsamına aile ve konut dokunulmazlığı ile haberleşme hürriyeti girmektedir. Bu kapsama giren değerlerin, yani bireysel hayatın korunma altına alınmasını talep etmek, bu güvenceler altında yaşama isteği en tabii hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu haklı istek karşısında ise devlete bir takım yükümlülükler düşmektedir. Bireylerin haklarını korumak ve gerekli önlemleri almak devletin başlıca görevidir. Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak bu hakları güvence altına alma ve bu alanı kamu otoritesinin keyfi sınırlamalarına karşı koruma amacıyla

---

<sup>39</sup> Gilles Dutertre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar” İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi, 2005, s.281.

<sup>40</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 330.

<sup>41</sup> Dutertre, s. 284.

yapılacak hukuki düzenlemeler ile bu haklara yapılacak müdahaleler hukuk güvenliği altında, sınırlı ve kesin ölçütlere bağlı olarak yapılmalıdır.<sup>42</sup>

#### **D. Telekomünikasyon ve İletişimin Denetlenmesi Kavramları**

Telekomünikasyon kavramı, Fransızca “télécommunication” sözcüğünden dilimize geçmiştir. Bu kavramın sözlük anlamı; “*Duyum, yazı, resim, simge ya da her çeşit bilginin tel, radyo, optik ile başka elektromanyetik dizgelerle iletilmesi, bunların yayımı ya da alınması*”dır.<sup>43</sup>

14.01.2007 tarihli TİB Yönetmeliğin ise telekomünikasyonu; “*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” olarak tanımlanmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesi ve devamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması konularına ilişkin yer alan düzenlemelerin yer aldığı Beşinci Bölümün başlığı “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir. 5397 sayılı Kanun ile polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı’na önleme dinlemesi konusunda yetki verilirken “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir” düzenlemesinde de telekomünikasyon terimini kullanmıştır.

İletişimin sözlük anlamı; “*Duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim*”<sup>44</sup> şeklinde olup, İletişim kavramı telefon, faks, internet, teleks gibi kablolu ya da kablosuz araçlar aracılığıyla ya da diğer elektromanyetik sistemlerle resim, ses, yazı, görüntü yada başka nitelikteki bilgilerin gönderilmesini ve bu şekilde gerçekleşen haberleşmeyi ifade etmektedir.<sup>45</sup> Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ise; telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektro manyetik

---

<sup>42</sup> Mehmet Taştan, “Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin, Önleme (İstihbari) Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç, Kapsam Ve Sınırları”, THD, Ocak 2009, S.29, s. 93-109.

<sup>43</sup> Bkz. <http://tr.wikipedia.org>.(06.03.2011).

<sup>44</sup> Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>.(06.03.2011).

<sup>45</sup> Mustafa Taşkın; **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara 2008, s. 192 .

sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alına veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerle, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallere dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması şeklinde tanımlanabilir.<sup>46</sup>

CMK yürürlüğe girmeden önce bu konuya ilişkin kavramlar incelendiğinde görüş birliği olmadığı görülmektedir. “Telefon, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin denetimi”<sup>47</sup> teriminin, “uzakla haberleşmenin denetlenmesi”<sup>48</sup> teriminin, “komünikasyon araçları ile yapılan haberleşmenin denetlenmesi”<sup>49</sup> terimleri ile karşılaşmaktayız. Ancak şu anda CMK’da kullanıldığı şekli ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi teriminin genel olarak kabul edildiği söylenebilir.<sup>50</sup>

İletişimin denetlenmesi kavramının kullanılmasına ilişkin olarak Mahmutoğlu şu eleştiriyi yapmıştır: Denetim teriminin bir üst ve güçlü otoritenin yetkisi kapsamında müdahale edilmesini, değişiklik yapılabilmesini, yok sayılabilmesini, emir verebilmesini içeren çok yönlü bir terim olması sebebiyle hayatın süreklilik mahiyetinde olan akışı içerisinde ve insanların sosyal yaşamlarında iletişimlerinin denetlenmesinin imkan dahilinde olmadığını belirtmektedir. Denetim kavramının özünde olumsuzlukları belirtmesi, zor kullanımı, sınırlandırma ve negatif bir tutum çağrıştırdığından demokratik gelişmeler, insan hak ve hürriyetleri ile haberleşme özgürlüğünde yaşanan gelişme ve ilerleme ile bağdaşmadığını ifade ederek; iletişimin denetlenmesi tedbirinin yaygın bir şekilde kullanılmasına rağmen

---

<sup>46</sup> Taşkın, s.74.

<sup>47</sup> Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta, Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İHFM, C.LV, S.3, 1997, s.70-110.

<sup>48</sup> Mustafa R. Erdem/ V. Özer Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303.

<sup>49</sup> Bahri Öztürk/ Mustafa R. Erdem/ V. Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. bs.,Ankara 2000, s. 629.

<sup>50</sup> Seydi Kaymaz telekomünikasyon kavramı kapsamında olmasına rağmen radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçları ile yapılan kamuya açık iletişim araçlarının bu tedbir kapsamına girmemesi nedeniyle “telekomünikasyon yoluyla yapılan bireysel iletişimin denetlenmesi” teriminin kullanılmasının daha uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz. Seydi Kaymaz “**Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, Ankara 2009, s. 30.

iletişimin izlenmesi teriminin daha uygun olacağını, izlemenin ardından ise hukuki olarak sorgulama, irdeleme ve değerlendirme yapılabileceğini belirtmektedir.<sup>51</sup>

Bu değerlendirmeler ışığında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>52</sup> CMK ve 5397 sayılı Kanunda rastladığımız bu tedbir için yapılması gereken ayırım noktası ise CMK’da bir koruma tedbiri olarak, 5397 sayılı Kanunda ise bir önleme tedbiri olarak düzenlenmesidir. Kavram kargaşasına ve yoğunluğuna sebebiyet vermemek amacıyla çok kullanıldığı şekli ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi terimini kullanmayı uygun bulduğumuzdan çalışmamızın devamında bu nitelemeyi tercih ettik.

#### **E. Amaç Bakımından İletişimin Denetlenmesinin Ayrımı**

Hukuki düzenlemelerimize baktığımızda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin CMK ve 5397 sayılı Kanunda yer aldığını görmekteyiz. Bu şekilde iki farklı kanunda düzenlemeye gidilmesinin sebebi ise denetlemelerin amacının farklılığıdır.

CMK’da düzenlenen iletişimin denetlenmesi bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu tedbire başvurulabilmesi için bir suçun işlenmesi ve bu suç nedeniyle soruşturmanın başlamış olması gerekir. Amaç suça ilişkin delil elde edebilmektir. Koruma tedbirinin uygulanmasında yakın bir tehlike ihtimali vardır ve bu tedbire başvurulmadığında tedbirin uygulanmasının bir fayda getirmemesi hali gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak nitelendirilir. CMK’nun 135. maddesinin 1. fıkrasına göre tedbire karar verecek makam hakim olup, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı emir verebilmektedir.

5397 sayılı Kanunda ise bir önleme tedbiri ile karşılaşmaktayız. Burada tedbire başvurulma amacı suçun işlenmesinin önlenmesidir. Henüz bir suç işlenmediği için de başlamış bir soruşturmadan bahsedilemez. Buradaki tehlike ihtimali ise koruma tedbiri olarak uygulanan denetimden daha uzaktır. Suç işlenmesi ihtimalinden hareketle gerçekleştirilecek denetleme için bir öngörü vardır. Eğer bu tedbire

---

<sup>51</sup> Mahmutoglu, s. 21.

<sup>52</sup> Taşkın, s.74; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 629.

zamanında başvurulmazsa, yani gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için suçun işlenmesinin önüne geçilememesi durumu söz konusudur. Tedbire karar verecek makam asıl olarak hakimdir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde emir vermeye yetkili kişilerin idari nitelikteki kişiler olduğunu görmekteyiz.

Bu ana noktalar dışında iki düzenlemenin diğer hususlarında bazen benzerlikler yer alsa da, farklılıklara da rastlamaktayız. Konuya ilişkin ayrıntılar ise ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

## **F. Denetim Yöntemleri**

İletişimin denetlenmesi kavramının kapsamına hem CMK'da hem de 5397 sayılı Kanunda belirtildiği gibi, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi girmektedir.

### **1. İletişimin Tespiti**

14.01.2007 tarihli Yönetmelikte, iletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler olarak tanımlanmaktadır.

İletişimin tespiti, uygulamada kısa adıyla HTS adı verilen, İngilizcede “Historical Traffic Search” sözcüklerinin ve ifadesinin kısaltılmışıdır. “Geçmiş dönük arama trafiği”, “arama trafiği tarihi” anlamını taşır, dinleme ve kayıt anlamını ise içermez.<sup>53</sup> İletişimin tespiti işleminin hem geleceğe yönelik, hem de geçmişe dönük olarak istenmesi de mümkündür. CMK açısından da 5397 sayılı Kanun açısından da bunun yapılabileceği, geçmişe dönük kayıtların istenmesinde bir hukuka aykırılığın olmayacağı anlaşılmaktadır.

İletişimin tespiti, CMK'nun 135. maddesinde sayılan katalog suçlarla sınırlı olmaksızın her türlü suç için kullanılmaktadır. CMK'nun ilk düzenleme halinde 6. fıkra da sayılan katalog suçlar haricindeki suçlar için iletişimin tespiti yapılması mümkün değildi. 25.05.2005 tarihli 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 6. fıkra “kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir” şeklinde

---

<sup>53</sup> Necati Meran, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Teknik Takip**, Ankara 2009, s. 47.



değiştirilmiştir. Böylece iletişimin tespiti açısından katalog suç sınırlaması ortadan kaldırılmıştır.

5397 sayılı Kanun için ise polis ve jandarmaya ancak CMK 250. madde kapsamındaki suçlar açısından iletişimin tespitine imkan verilmiştir.

## **2. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması**

Yönetmelikte bu işlem “telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler” olarak tanımlanmaktadır.

İletişimin dinlenmesi işlemi ile birlikte artık kişiler arasındaki iletişimin içeriğine müdahale edilmekte, telefon konuşmaları, faks ve bilgisayar aracılığıyla yapılan haberleşme içerikleri, diğer sözlü ve yazılı iletişim bilgileri öğrenilmektedir. Kayda alma yöntemi ile telefon konuşmaları ve sözlü konuşmalar belirli bir yöntemle kaydedilmekte, yazılı olan bilgisayar faks ya da diğer yazılı iletişim bilgilerinin içeriği de okuma suretiyle öğrenilmektedir.

Dinleme ve kayda alma farklı iki yöntemdir. Dinlemeden konuşmaların canlı olarak izlenmesini, kayda almadan ise bu konuşmaların ve diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla kaydedilmesi anlaşılmalıdır.<sup>54</sup> Ancak şu an için uygulamada iletişimin denetlenmesinde teknik olarak dinleme yapılacak görüşmeler öncelikle kaydedilmektedir. Bu kayıt gerçekleştikten sonra uygulamayı gerçekleştiren birimin görevlileri tarafından dinlenerek, tedbirin devamında gerekli işlemler yapılmaktadır. Ancak anlık bilginin önem taşıdığı özel ve acil operasyonlarda çok sık uygulanmasa da TİB elde ettiği kayıtları saniyeler içerisinde tedbiri talep eden birime aktarabilmektedir. Bu durumda da kayıt dinleme sonrası yapılmaktadır. Dinleme ve yazılı hale dönüştürme, önceden yapılan kayıtlar üzerinden yapıldığı için canlı dinleme gerçekleşmemektedir.<sup>55</sup>

Örgütlü suçlarla mücadele için dinleme ve kayda alma özel bir öneme sahiptir. Çünkü bu örgütlerin elemanları telefonlarının dinlendiğini bilmekte, gerçekleşen telefon konuşmalarında kolluğun işine yarayacak bilgiler vermedikleri, şifreli

<sup>54</sup> Kaymaz, s. 111-112.

<sup>55</sup> Aytekin Geleri, “Türkiye’de İletişimin Denetlenmesi”, Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz, Temmuz 2010 Ankara, s.9, bkz. <http://www.sde.org.tr>, (21.01.2011).

konuştukları, bazen yanlış bilgiler vererek kolluk güçlerini başka yerlere yönlendirdikleri için sadece iletişimin dinlenmesi yeterli olmamaktadır. Bu konuşmaların iyi analiz edilebilmesi, şifreli konuşmaların gerçekten neyi ifade ettiğinin anlaşılması gibi sebeplerle bu kayıtların tekrar tekrar dinlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle telekomünikasyon araçları kullanılarak gerçekleştirilen iletişim esnasındaki konuşmaların bir sefer dinlenerek bundan sonuç çıkartmanın mümkün olmayacağı gözönünde tutulmuş ve iletişimin kaydedilmesine de imkan verilmiştir.<sup>56</sup>

CMK' nun 135. maddesinin 6. fıkrasında tespit edilmiş olan yani katalogda yer alan suçlar için dinleme ve kayda alma mümkündür. 5397 sayılı Kanuna göre ise CMK 250. maddesinde yer alan suçlar için ancak dinleme ve kaydetme yapılabilecektir.

### **3. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi**

Yönetmelikte; *“İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri”*, olarak tanımlanmaktadır.

Sinyal bilgisini ise telekomünikasyon servis sağlayıcısında haberleşmenin iletim ve faturalanma amacıyla işlenen her türlü veri olarak ifade edilmektedir.<sup>57</sup> Telefon görüşmeleri, içerik bilgisi ve faturalama bilgisi olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. İçerik bilgisi iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasını, faturalama bilgisi ise sunulan iletişim hizmeti karşılığında alınacak ücrete temel teşkil edecek bilgileri içerir. İletişimin tespitinde bu verilerini herhangi bir işleme tabi tutulmadan kayıt altına alınarak muhafaza edilmesi ve ilgililere aktarılması söz konusu iken sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bunu aşan bir niteliğe sahiptir.<sup>58</sup>

Şahin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemini şu şekilde anlatmaktadır: *“Sinyal bilgilerini değerlendirilmesi işlemi şu şekilde gerçekleşmektedir: Bu*

---

<sup>56</sup> Taşkın, s. 79.

<sup>57</sup> Kaymaz, s. 125.

<sup>58</sup> Cumhur Şahin, **“Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi- Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI,S.1-2, 2007, s. 1095-1112.

*sinyallerin oluşturduğu bilgiler firmalar tarafından muhafaza edilerek, fatura bilgisine çevrilmektedir. Bu işlem gerçekleşirken, müşterilerin bilgisi olmaksızın firma çalışanlarınca dahi bu bilgiler görülebilmektedir. Oluşan bu fatura bilgilerini, hakim veya Cumhuriyet savcısı kararlarıyla alan kolluk, bir program aracılığıyla, şüpheli veya sanığı tespit için yararlanılabilecek hale getirmektedir. Kişiler arasındaki iletişim trafiği, görüşmenin içeriğine başvurulmaksızın izlenmektedir. Telefon detay kayıtları, -fatura bilgileri esas olmak üzere- arayan, aranan, kullanılan, makine ve yer bilgilerini kapsamaktadır. Bu kayıtlar mesaj ve ses bilgilerinin dışında kalan bilgileri içermektedir. Sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır.*<sup>59</sup>

İletişimin içeriğine müdahale olmasa da iletişimin tespiti işlemine göre haberleşme hakkına daha fazla müdahale gerektirmesi nedeniyle bu işleme CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen katalog suçlar için başvurulabilmektedir. 5397 sayılı Kanun kapsamında, kolluk görevlileri CMK'nun 250. maddesinde sayılan suçlar için bu işleme başvurabilecektir.

#### **4. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti**

CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrası “Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için,<sup>60</sup> mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda,<sup>61</sup> mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Mobil telefonun yerinin tespiti, iletişimin tespiti kavramından tamamen farklı bir uygulamadır. İki işlem için tespit terimi kullanılsa da iletişimin tespiti; iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer

---

<sup>59</sup> Şahin, s. 1100.

<sup>60</sup> 25/5/2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanununun 17. maddesiyle; “şüphelinin” ibaresi “şüphelinin veya sanığın” olarak değiştirilmiştir.

<sup>61</sup> 25/5/2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanununun 17. maddesiyle; dördüncü fıkrasındaki “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlem olmasına karşın mobil telefonun yerinin tespiti ise şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik bir tedbirdir. Bu tedbir ile şüpheli veya sanığın ya da üçüncü kişilerin kullanmakta oldukları mobil telefonun yeri tespit edilerek, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin belirlenmesine çalışılmaktadır.

Şüpheli veya sanığın yerinin belirlenmesi için mobil telefonun yeri, ilgili hizmeti veren kuruluş tarafından mobil telefona sinyal gönderilerek, sinyalin geri alındığı baz istasyonu tespit edilebilmektedir. Bu sayede belirli bir alan içinde, yani baz istasyonunun çevresinde kolluk görevlileri de araştırmalarını yoğunlaştırarak şüpheli ve sanığı yakalayabilmektedir.<sup>62</sup>

CMK 135. madde 6. fıkrada belirtilen katalog suçlar dinleme, kaydetme, sinyal bilgilerini değerlendirme işlemleri için belirlenmiştir. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti işlemi için katalog suç sınırlaması yapılmamaktadır.

5397 sayılı Kanun kapsamında kolluğa iletişimin denetlenmesi konusunda iletişim tespit etme, dinleme, sinyal bilgileri değerlendirme, kayda alma işlemleri konusunda yetki vermiştir. Ancak mobil telefonun yerinin tespiti terimini doğrudan kullanmamıştır. CMK'na göre şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti mümkündür. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ise henüz bir suç işlenmeden yapıldığından ve kişiler henüz şüpheli veya sanık sıfatı almadıklarından 5397 sayılı Kanunda bu tedbire yer verilmemiştir.

Ancak yine 5397 sayılı Kanun kapsamında kolluğa teknik araçlarla izleme konusunda yetki verilmiştir. Kolluk suç işlenmesini önlemek amacıyla, aslında CMK'nda düzenlenen ve bir koruma tedbiri olan teknik araçlarla izleme işlemini gerçekleştirebilecektir. Teknik araçlarla izleme yöntemi ancak CMK 250. maddede sayılan suçlar için mümkündür. Kolluk mobil telefonun yerini tespit işlemini bu yetkisi kapsamında gerçekleştirebilmektedir.

## **5. Diğer İletişim Bilgileri**

İletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışında olan, CMK 135. madde ve devamında düzenlenen iletişimin denetlenmesi için aranan koşulların aranmadığı ve Cumhuriyet savcısının ya da mahkemelerin soruşturma ve

---

<sup>62</sup> Taşkın, s.82.

kovuşturma aşamasında TİB'e bile başvurmaksızın doğrudan GSM işletmelerinden isteyebildiği bilgiler de bulunmaktadır. Diğer iletişim bilgileri arasında abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, imei numarası, sorgusu veya eşleştirmesi, (İmei numarasında kullanıcı, kullanım tarihi, kimlik ve adres bilgileri araştırması), Ip sorgusu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, imsi bilgisi, puk numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı gibi bilgiler yer almaktadır.<sup>63</sup>

Kolluk da kendisine ilgili kanunlarca verilen genel istihbarat yetkisi kapsamında bu bilgilere ulaşabilmektedir. PVSK'nın ek 7. maddesinin 6. fıkrasında<sup>64</sup> ve JTGYK'nun ek 5. maddesinin 5. fıkrasında<sup>65</sup> bu konuya ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

2937 sayılı MİT Kanununun 6. maddesinin (b) bendinde teşkilata, mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın bu konuda yetki verildiği görülmektedir.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Taşkın, s. 83.

<sup>64</sup> Ek fıkra: (03/07/2005-5397 S.K./1.m) İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir

<sup>65</sup> Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

<sup>66</sup> 6. Madde ; b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

## II. HUKUKUMUZDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHİ

### A. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Cumhuriyet öncesi dönemde Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukuku hakimdir. İslam hukuku ise devlete birey ve toplumdan ayrı ve onların üzerinde bir statü tanımaz. Osmanlı hukukuna göre insan, ayrımsız insanların tamamına ait bir özellik olarak, onurlu bir varlıktır. Osmanlı Devleti İslam hukukunun fertlere tanıdığı hak ve özgürlükleri vatandaşlarına tanıyarak çağına göre çok ileri bir düzeye gitmiştir.<sup>67</sup>

İnsanın küçük dünyasını oluşturan fotoğraf, hatıra defteri, hatıra eşyaları gibi eşyaları gizlidir, sahibinin izni olmaksızın dokunulmaz ve yayınlanamaz. İslam hukuku açısından özel hayatın gizliği tecessüs yasağı ile korunmuştur.<sup>68</sup> Tecessüs; merak, ilgi, araştırıp ortaya çıkarma, göz-kulak olmak suretiyle suç ve suçluları öğrenme, casuslukta bulunma anlamındadır.<sup>69</sup> İslam hukuku haberleşme özgürlüğünü de herkese tanıyarak burada da tecessüsü yasaklamıştır. Mecelle de “mükatebe<sup>70</sup> muhataba gibidir” ifadesi de yer almaktadır. Gizli konuşmaların dinlenmeyeceği, kişiye ait yazıların başkaları tarafından izinsiz okunamayacağı kabul edilmiştir. Ancak bu hak kamu yararı nedeni ile kısıtlanabilmektedir.<sup>71</sup>

Osmanlı İmparatorluğunda 1808 tarihli Sened-i İttifak ile anayasacılık hareketleri başlamıştır. Söz konusu bu belge, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı, 1856 tarihli Islahat Fermanı bir takım temel hak ve hürriyetleri dile getirse de, bu belgelerde haberleşme hürriyetine ilişkin açık bir hükümle karşılaşmamaktayız. 1876 tarihinde ilan edilen Kanun-u Esasi 8 ila 26. maddelerinde temel hak ve hürriyetleri düzenlemiştir. Bu Anayasa’da haberleşme hürriyetine ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, özel hayat kapsamında yer alan konut dokunulmazlığının yer aldığını görmekteyiz.<sup>72</sup> 1909 yılında Kanun-u Esasi hükümlerinde değişiklikler yapılmış ve

<sup>67</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Konya 1994, s. 9-15.

<sup>68</sup> Fendoğlu, s. 118.

<sup>69</sup> Tecessüs için bkz. <http://sozluk.bilgiportal.com>, (15.06.2011).

<sup>70</sup> Mükatebe “karşılıklı yazışma” demektir. Bkz. <http://www.itusozluk.com>, (15.06.2011).

<sup>71</sup> Fendoğlu, s.119.

<sup>72</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 13. bs., Bursa, 2008, s.161-170.

haberleşme hürriyeti 119. madde ile güvence altına alınmıştır. Bu madde haberleşmenin gizliliği esasını kabul etmektedir. Maddeye göre, “postanelere mevdu (verilmiş) evrak ve mekatib (mektuplar) müstantik (sorgu yargıcı) veya mahkeme kararı olmayınca açılmaz.”<sup>73</sup> Haberleşme hürriyeti açısından oldukça önemli bir hükmün kabul edildiği, müdahalenin ancak hakim kararı ile olabilmesinden anlaşılmaktadır.

## **B. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımız**

### **1. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu**

20 Nisan 1924’te TBMM tarafından kabul edilerek 23 Nisan 1924 tarihinde yayınlanan 1924 Anayasasında temel hak ve hürriyetler ayrıntılı şekilde düzenlenmeyip çoğu zaman sadece adlarının sayıldığı ve sınırlarının ise kanunlar tarafından çizileceğinin belirtildiğini görmekteyiz. Ayrıca bu dönemde kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda henüz bir sistem oluşturulmamış olması, ayrı bir anayasa yargısı organının olmayışı temel hak ve hürriyetleri yasama organına karşı koruma altına alınamamasına sebep olmuştur.

1924 Anayasasında özel hayatı düzenleyen herhangi bir madde bulunmamaktadır. Anayasanın 71. maddesinde konut dokunulmazlığı, 81. maddesinde ise haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. Bu madde “*Postalara verilen kağıtlar, mektuplar ve her türlü emanetler yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz.*” şeklindedir.

### **2. 1961 Anayasası**

1961 Anayasası, 1924 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu’na göre, temel hak ve özgürlüklere daha geniş yer vermiştir. Ayrıca bu Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını oldukça güvenceli bir sisteme bağlamış, bu hakların kapsamı genişletilmiş, kullanılmasıyla sınırlandırılması ve durdurulması konuları daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanun ile ve hakkın özüne dokunulmadan gerçekleştirilecektir. 1961 Anayasası ile kurulan ve anayasanın üstünlüğü ve hukuk

---

<sup>73</sup> Kemal Gözler, “**Kanun-u Esasi**”, <http://www.anayasa.gen.tr.>,(13.07.2011).

devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde büyük önem taşıyan Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından daha güvenceli bir sistem sağlamıştır.

1961 Anayasası temel hak ve hürriyetleri sıralarken ikinci başlığı özel hayatın korunmasına ayırmış ve bu başlık altında 15. maddesinde “ özel hayatın gizliliği”<sup>74</sup> , 16. maddesinde “konut dokunulmazlığı”<sup>75</sup>, 17. maddesinde “haberleşme hürriyeti” düzenlenmiştir. 17. madde de “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.*” denilmektedir.

1961 Anayasasına göre haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin kararı sadece hakim vermektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle haberleşme hürriyetinin sınırlandırılacağına dair bir düzenleme ise yoktur.<sup>76</sup>

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

---

<sup>74</sup> MADDE 15.- Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. (20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla “ve bunlara el konulamaz” eklenmiştir).

<sup>75</sup>MADDE 16.- Konuta dokunulamaz.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.

<sup>76</sup> Taşkın, s. 55.



Anayasa Mahkemesi bu madenin uygulamasında 1972 yılında vermiş olduğu bir kararında, kişiler arasındaki muhaberatın gizlice kaydedilmesi halinde, kayıt yapanın devleti korumak için kurulan Milli İstihbarat Teşkilatı'nın bir memuru dahi olsa bu kayıtların yargı makamları tarafından kanuna uygun bir delil olarak kabul edilemeyeceği kararına varmıştır.<sup>77</sup>

### 3. 1982 Anayasası

1982 Anayasası temel hak ve özgürlükler bakımından 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında daha kısıtlayıcı bir anayasa olarak düzenlenmiştir. 1961 Anayasa'sından farklı olarak, 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler ödev ve sorumluluklarla birlikte ifade edilmektedir. 1982 Anayasası da 1961 Anayasası'nın 14, 15, 16 ve 17. maddelerinde içerdiği hususları bazı farklılıklarla tekrarlamaktadır. 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı 2. kısmının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" adlı 2. bölümünde yer alan 17. madde 1. fıkrası "kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme" 20. maddesi "özel hayatın gizliliği", 21. maddede "konut dokunulmazlığı" hakkını, 22. madde ise "haberleşme özgürlüğü"nü düzenlemektedir.

Avrupa Birliği (AB)'ne üyelik sürecinde mevzuatımızın AB mevzuatına uyumlu hale getirmek üzere mevcut yasalarımızda bugüne kadar bir çok yeni düzenlemeler ve eklemeler yapılmıştır. Bu uyum yasaları çerçevesinde ilk olarak 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanunla T.C. Anayasasının 20, 21 ve 22. maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğüne sağlanan güvenceler artırılmıştır.

Bu değişiklikten sonra Anayasa'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesi: "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili*

---

<sup>77</sup> Ersan Şen, "Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku'ndaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Barosu Dergisi, C.68,S.7,8,9, 1993, s. 503-531.

*kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* şeklindedir.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin ikinci maddesi ile *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*<sup>78</sup> fıkrası eklenmiştir.

Anayasa’da yapılan bu değişiklikle bireyin kişisel verilerinin korunmasına yönelik anayasal güvence sağlanmış olup, özel hayatın korunmasına yönelik önemli bir adım daha atılmıştır. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması ile kişisel nitelikte birçok verinin de ele geçirilmesi mümkündür. Kişisel verilerin korunmasının bu şekilde anayasal güvenceye kavuşturulmuş olması ile birlikte korumaya yönelik usul ve esasların belirleneceği kanunun da hayata geçirilmesi sonucunda haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı bir müdahale yapılması suretiyle bu verilerin ele geçirilmesi ve hak ihlallerinin azaltılmasına önemli bir katkı sağlanacaktır.

Anayasa’nın 22 maddesinde haberleşme özgürlüğü ve sınırlama sebepleri yer almıştır. *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde,*

---

<sup>78</sup> 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile yürürlüğe girmiştir.

*karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”*

Öztürk, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin yer almasının önemli olduğunu şu sözleri ile belirtmiştir; “*Bu madde ile haberleşme özgürlüğüne hakim kararı ile sınırlandırılmasının yanı sıra gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin kararı ile de olabileceği düzenlenmiştir. İletişimin dinlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hakim kararının; ve gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranması ihtiyaca cevap verir nitelikte bir düzenleme olarak görülebilir. Özellikle, suçla mücadeleyi testiye kırmadan ve son derece ekonomik şartlarda yapan istihbarat çalışmaları konusunda, savcının değil kanunla yetkili kılınacak bir merciin yetkili sayılması önemli bir düzenlemedir. Özellikle de, değişiklik hükmünde ayrıca ve özellikle "istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir" denilmiş olması; bir istihbarat kanunu yapılmasının yolunu açması bakımından önemlidir.”<sup>79</sup>*

Bize göre de Anayasa merci tespitinde savcı değil de kanunla yetkili kılınmış merci ifadesini kullanarak henüz suç işlenmeden önceki aşamalar için de haberleşme özgürlüğüne müdahaleye izin vermiş görünmektedir. Suç işlenmeden önceki sürecin giderek daha fazla önem kazanması yani, feda edilen hak ve hürriyet ile kazanılan değerler arasındaki karşılaştırmanın daha suç işlenmeden de yapılabilmesi nedeniyle düzenlemenin bu şekilde olması amaca daha uygun görünmektedir.

### **C. Cumhuriyet Dönemi Kanunlarımız**

#### **1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Döneminde İletişimin Denetlenmesi**

İletişimin denetlenmesi konusunda kanunlarımızda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 91. maddesi ve Posta İşletmeleri Rehberi'nin 4. maddesi bu dönemde uygulanan kanun maddeleridir.<sup>80</sup> Uygulamada CMUK'un 91'inci maddesinde yer alan, “sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine” ilişkin kuralı kıyasen

<sup>79</sup> Bahri Öztürk, 16. Hukuk İhtisas Semineri “**Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları**” 18-21.04.2002, Çeşme/ İzmir, <http://www.caginpolisi.com.tr/13/10-11-12-13-14.htm> .

<sup>80</sup> Geleri, s. 18.

uygulanarak telefon dinlemeleri yapılırsa da bu uygulama yoğun eleştirilere konu edilmiştir.<sup>81</sup> Bu dönemde gerçekleştirilen telefon dinlemelerinde temel dayanak olarak kullanılan Telefon İşletme Rehberi'nin 4. maddesi: “Mahkeme kararı ve açık hallerde CMUK’un 92. maddesindeki kayıt ve şartlarla konuşmaların kim tarafından dinleneceği teşekkülümüze 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 dinletilemez,” hükmünü düzenlemekteydi.<sup>82</sup>

Veli Özer Özbek ve Mustafa Ruhan Erdem CMUK’nun bu şekilde yorumlanmasını eleştirmişlerdir. Buna göre iletişimin denetlenmesinin postada el koymanın bir türü olarak nitelendirilemeyeceğini, çünkü postada el koymanın konusunun “mektup, telgraf veya sair mersule” gibi ancak maddi bir varlığı oluşturmasına rağmen iletişimin denetlenmesine konu oluşturan şeyler ise hem burada kullanılan araçlar gibi maddi varlık hem de “ses” ve “görüntü” şeklinde maddi olmayan varlıklardır, bu nedenle aynı şekilde değerlendirilemeyeceği düşüncesindedirler.<sup>83</sup>

AİHM’nin belirlemiş olduğu kanunların açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olma ilkeleri bakımından bu düzenlemenin yeterli olmadığı açıktır. Bu maddede “sanığa” gönderilen mektup ve sair mersuleden bahsedilmesi sebebiyle henüz sanık statüsüne gelmemiş bir vatandaşın telefonunun dinlenmesinin bu maddeye dayanılarak yapılması mümkün değildi. CMUK’da çok sayıda değişiklik yapılmış ancak bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Hakimin bu maddeden yetki alarak, bir telefon konuşmasının banda alınması için izin verme yetkisi olmamasına rağmen bu maddeye dayanılarak iletişimin denetlenmesi tedbiri kullanılmaktaydı.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> İbrahim Keskin, “İletişimin Denetlenmesi”, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/33\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/33_sayi.htm), (09.03.2011).

<sup>82</sup> Geleri, s.18.

<sup>83</sup> Erdem/ Özbek, Uzakla Haberleşme, s.254.

<sup>84</sup> Coşkun, s. 2.

Bu Kanunun uygulanması sebebiyle AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuru üzerine Mehmet Şirin Ağaoğlu davasında, sanıklara gönderilen mektup, telgraf ve diğer mesajlara el konulmasının yasal düzenlemelere dayandırılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Burada gerçekleşen dinlemenin ise bir yasaya dayandırılmadığını, olayda Sözleşmenin özel yaşama saygı ile ilgili 8. maddesinin ihlal ettiği kabul edilmiştir.<sup>85</sup>

## **2. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) Döneminde İletişimin Denetlenmesi**

Hukukumuzda organize suçlulukla mücadelede klasik metotların yetersiz kalacağı ve bu suçların boyutlarının tehlikeli noktalara ulaşması nedeniyle 30 Temmuz 1999 yılında ÇASÖMK yürürlüğe girmiştir. 4422 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, iletişimin denetlenmesi ÇASÖMK'nin 2. maddesinde açıkça kanuni dayanağa kavuşmuş olup, CMUK'daki hükümlerin artık uygulanma olanağı kalmamıştır.

Bu Kanunun, iletişimin dinlenmesi veya tespiti başlıklı 2. maddesinin ilk fıkrasından ancak suç işleme yahut suça iştirak veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kişiler hakkında bu tedbirin uygulanacağı anlaşılmaktadır. Yine 2. maddede dinlemenin ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde, başkaca bir tedbir kalmamışsa yapılabileceği, başkaca bir tedbir ile deliller elde ediliyor veya fail belirleniyor ise dinleme veya tespit kararı verilemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Buradan da anlaşılmaktadır ki, ÇASÖMK'de iletişimin dinlenmesi ve tespiti açısından AİHM'nin de açıkça belirtmiş olduğu son çare prensibini kabul etmiştir.

4422 sayılı Kanunun diğer düzenlemelerine bakıldığında hangi tür haberleşme araçlarının denetlemeye tabi olacağı tek tek belirtilmiştir. 2. maddede sadece dinleme ve tespit etmenin düzenlenmiş olmasına rağmen kaydetmeye yer verilmemesi soru işaretlerine sebep olmaktadır. Kanunun 2. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*resim veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.*” düzenlemesi, dış veriler bakımından da; kuvvetli belirtilerin varlığı (2/2), başka bir tedbirle failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olmaması

---

<sup>85</sup> Keskin, s.22.

(2/3) şartlarının aranacağını göstermektedir. Ancak devam eden fıkralarda yer alan tedbire kim tarafından karar verileceğine (2/5), tedbirin süresine (2/6), sona ermesine ve elde edilen bilgilerin yok edilmesine ilişkin hükümler (2/7), dış veriler bakımından uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.<sup>86</sup>

Bu dönemde iletişimin dinlenmesi ve tespiti kararının uygulanması ise, hakim kararının telefon şirketine verilmesi ve kararın gereğinin yerine getirilmesi istenmesi üzerine telefon şirketinin, dinlenmesi istenen telefon numarasının bir hattını ilgili güvenlik biriminin kullanımına açması yöntemi ile olmaktadır. Karar makamı iletişim şirketlerine aracı bir kurum olmaksızın doğrudan ulaşmaktaydı.<sup>87</sup>

Ancak bu Kanun adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ayrımını yeterli ve açık şekilde yapmadığı gibi, sadece çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele amacıyla çıkartılmış olup, bu Kanunun diğer suçların önlenmesi amacıyla uygulanma alanı da oldukça sınırlıydı. Buna rağmen bir süre 4422 sayılı Kanunun 2. maddesine dayanılarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilmesi ise hükmün çok geniş yorumlandığını göstermektedir.<sup>88</sup>

### **3. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu**

Önleyici kolluk yetkilerinin temel yasal dayanağı daha önce de belirttiğimiz gibi 2559 sayılı Kanundur. PVSK'nın devletin kamu düzenini sağlama ve koruma hizmetini ve bu hizmetin yerine getirilişi esnasında ihtiyaç duyulan yetkileri düzenleyen genel bir kolluk kanunu olması yalnızca polis için değil, tüm genel kolluk kuvvetleri için yasal dayanak oluşturmaktadır.<sup>89</sup>

2559 sayılı Kanunun 1985 yılında eklenen ek 7. maddesinde “*polis, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar*” düzenlemesi yer almaktadır.

---

<sup>86</sup> Öztürk/ Erdem/ Özbek, s.631.

<sup>87</sup> Geleri, s.21.

<sup>88</sup> Taşkın, s.60.

<sup>89</sup> Kadir Gündoğan/ Cihan Koç/ Coşkun Özbudak, **Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri**,2. bs., Ankara 2007, s. 67.

Ancak bu düzenleme sadece kolluğa istihbarat faaliyetleri kapsamında yetki verirken, iletişimin denetlenmesi konusunda açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu dönemde 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamında önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi uygulanmakta ise de, AİHM'nin kararlarında açıkça yer verdiği "belirlilik, açıklık ve keyfiliği önleme" hususlarına aykırılık oluşturduğu da açıktır.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 4422 sayılı ÇASÖMK da yürürlükten kalkmış, adli amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri açık bir kanuni düzenlemeye kavuşmuş, ancak kolluğun önleme amacıyla yapacağı iletişimin denetlemesi işlemi için başvurulacak herhangi bir düzenleme de kalmamıştır.

#### **4. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu**

2803 sayılı Kanunun 7. maddesinde jandarmanın görevleri dört başlık altında toplanmıştır.<sup>90</sup> Jandarmanın mülki, adli, askeri görevleri ve diğer görevleri bu maddede sıralanmıştır.

Ayrıca 2559 sayılı PVSK'nın 25. maddesinde "Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar." denilmek suretiyle polise tanınan hem önleyici kolluk faaliyetleri, hem de adli kolluk faaliyetleri jandarmaya da tanınmış olmaktadır.

Jandarmanın istihbarat yapma görev ve yetkisi tartışmalı olmakla beraber, PVSK ek 7. maddesinde polise verilen bu yetki ve görevin jandarma tarafından da yerine getirildiği görülmektedir. Adli ve önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamında yerine getirilmekte iken, 5271 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte artık adli amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri yeni bir kanuni düzenlemeye kavuşmuş, böylece jandarma

---

<sup>90</sup> Madde 7 - Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri şunlardır.

a) Mülki görevleri; Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak.

b) Adli görevleri; İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.

c) Askeri görevleri; Askeri kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığınca verilen görevleri yapmak.

d) Diğer görevleri; Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak.

açısından da 4422 sayılı Kanun yürürlükten kalktığı için önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi işlemi hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır.

### **5. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu**

2937 sayılı Kanunun 4. maddesinde Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri sayılmıştır.<sup>91</sup>

Bu görevler arasında istihbarat toplama ve ilgili birimlere iletme görevi sayılsa da iletişimin denetlenmesi konusunda açık bir hükme rastlanmamaktadır. Ülke genelinde istihbarat faaliyetlerinde bulunmaktan söz edilmesine rağmen iletişimin denetlenmesi ve bu tedbirin uygulanma koşullarına ilişkin hükümlerin olmayışı AİHS hükümleri ile yeterince uyumlu olmadığını göstermektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da diğer maddelerden hareketle iletişimin önleyici amaçlı olarak denetlenmesi tedbirine başvurulduğu görülmüştür.<sup>92</sup>

### **6. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İletişimin Denetlenmesi**

İletişimin denetlenmesine ilişkin kanunlarımızda açıkça düzenlenmiş herhangi bir düzenlemenin bulunmayışı hem iç hukukumuz açısından önemli bir eksikti hem de AİHS’nde yer alan özel hayat ve haberleşme özgürlüğünün bu şekilde sağlanması

---

<sup>91</sup> Madde 4 - Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

Milli İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez ve bu teşkilat Devletin güvenliği ile ilgili istihbarat hizmetlerinden başka hizmet istikametlerine yöneltilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.

<sup>92</sup> Taşkın, s. 59



mümkün değildi. Uzun yıllar kullandığı çeşitli konulara ilişkin kanunlarda köklü değişiklikler gerçekleştiren Türkiye 1412 sayılı CMUK ve 4422 sayılı ÇASÖMK'nu yürürlükten kaldırılarak, bunun yerine 2004 yılında 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu kabul etmiştir. Bu Kanunun 135., 136., 137. ve 138. maddelerinde ise iletişime müdahalenin usulü ve koşulları belirlenmiştir. Böylece bu Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte adli amaçlı olarak gerçekleştirilecek iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

#### **7. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**

5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte 4422 sayılı ÇASÖMK yürürlükten kalkmıştır. CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte adli amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri artık AİHS standartlarında bir kanuni düzenlemeye kavuşmuş, ancak önleme amaçlı yapılan dinlemeler açısından ise bir hukuki boşluk oluşmuştur.

2001 yılında Anayasamızda haberleşme özgürlüğü ve diğer hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan değişiklikler sonrası önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin de kanunla düzenlenmesi kaçınılmaz olmuştur. Bu süreç suç öncesi yapılacak olan müdahalelerin, AB standartlarına uygun olarak bir kanunla yapılmasını ve sınırlama sebeplerinin bu Kanunda gösterilmesini sağlamıştır.<sup>93</sup>

Bu boşluğu doldurmak amacıyla 03.07.2005 tarihli 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 23.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile PVSK, JTGYK ve MİT Kanuna eklemeler yapılmıştır. Bu suretle istihbarat amaçlı denetleme mümkün hale gelmiştir.

---

<sup>93</sup> Taşkın, 61.

### III. TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

#### A. Tanım ve Kapsam

5397 sayılı Kanunla artık Türk Hukuk sisteminde önleme amaçlı olarak yapılacak iletişimin denetlenmesi kanuni bir düzenleme şeklinde yer almıştır.

Ayrıca hem adli amaçlı hem de önleme amaçlı olarak yapılacak iletişimin denetlenmesine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla 10.11.2005 tarihinde “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”<sup>94</sup> yürürlüğe girmiştir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri henüz suç işlenmeden suç işlenmesini önlemek amacıyla yapılan tedbirdir. Bu düzenlemeler ile tedbir kanuni bir altyapıya sahip olmuştur.

5397 sayılı Kanun polis, jandarma ve MİT’e iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusunda yetki vermiştir. Buna göre önleme amacıyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamına hem tespit, hem dinleme ve kaydetme, hem de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi girmektedir.

#### B. Koşulları

##### 1. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi ancak belli suçlar için mümkündür. 2529 sayılı PVSK nun ek 7. maddesi ve 2803 sayılı JTGYK nun ek 5. maddesinde tedbire ancak casusluk suçları hariç, CMK’nun 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) bentlerinde yazılı suçlar için uygulanacağı belirtilmiştir.

2937 sayılı MİT Kanununun 6. maddesine göre önleme amaçlı iletişimin tespiti, Kanunun 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk

---

<sup>94</sup> Çalışmamız da bu hukuki düzenlemeden yönetmelik olarak bahsedilecektir.

faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırlarının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak yapılabilecektir.

**a) Polis Bakımından**

PVSK'nın ek 7. maddesi, polisin "ülke seviyesinde" istihbarat faaliyetinde bulunacağını belirtmiştir.

5397 sayılı Kanun ile PVSK'nın ek 7. maddesine eklenen fıkra, polise CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçlar için önleme amaçlı denetim yapma yetkisini vermiştir. Buna göre;

**(1) Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti Suçu;**

Uyuşturucu imal ve ticareti suçu TCK'nun 188. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>95</sup> Bu suç için önleme amaçlı iletişimin denetlenebilmesi ancak örgüt faaliyeti kapsamında yapılırsa mümkündür. Bu örgütün şiddete dayalı olarak faaliyet göstermesi şartı da aranmamaktadır. Bireysel olarak bu suçların işlenmesi durumunda önleme amaçlı denetim yapılamayacaktır.

---

<sup>95</sup> Madde 188- (1) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükümlenen cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükümlenen cezadan mahsup edilir.

(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışı arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulduran kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.<sup>(1)</sup>

(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.<sup>(2)</sup>

(5) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde açısından da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/22 md.) Ancak, verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.

(7) Uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden kişi, dört yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır

(8) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

TCK 220. maddesi<sup>96</sup> suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenlemiştir. Bu madde kapsamında örgüt kurma hipotezinin gerçekleşmesi için suç sayılan fiilleri işlemek amacıyla üç veya daha fazla kimsenin sadece anlaşmış olmaları yeterli değildir; örgüt mensupları arasında bir hiyerarşi olmasa bile sabit nitelikte asgari bir organizasyonun varlığı da gerekmektedir. Ayrıca araç ve gereç yönünden de amaçlanan suçların işlenmesine elverişli olması hali de aranmaktadır.<sup>97</sup>

### **(2) Haksız Ekonomik Çıkar Sağlamak Amacıyla Kurulmuş Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde Cebir Ve Tehdit Uygulanarak İşlenen Suçlar;**

Bu bende göre önleme amaçlı iletişimin denetlenebilmesi için öncelikle bir örgütün varlığı gerekmektedir. Bu örgüt çıkar sağlamak amacıyla kurulmalıdır ve örgüt cebir ve tehdit kullanmak suretiyle suç işlemelidir.

Bu üç şartın bir arada olması gerekmektedir. Sadece çıkar amaçlı kurulması ancak faaliyetlerinde cebir ve tehdidi kullanmaması ihtimali durumunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi uygulanamayacaktır. Çünkü bu denetim henüz suç işlenmeden, bir tehlikenin varlığı halinde uygulanmaktadır; bu durumda ise örgütün faaliyetlerinde cebir ve tehdit kullanması ihtimali sağlıklı bir değerlendirmeden geçirilmelidir. Bu ise uygulayıcıların deneyimlerine bırakılan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>96</sup> Madde 220- (1) Kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.

(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.

(8) Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

<sup>97</sup> Nevzat Toroslu,  **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2005, s.261.

Ayrıca bu bentte herhangi bir çıkar amaçlı suç örgütünün faaliyetleri çerçevesinde cebir ve tehdit kullanmaya müsait TCK'da belirlenmiş herhangi bir suçun işlenmesi tehlikesi yeterli görülmektedir. CMK'da katalog suç yöntemini benimseyen ve ancak belirli suçlar için bu tedbiri uygulamayı tercih eden kanun koyucu 5397 sayılı Kanun kapsamında ise tek tek suçları belirlemek yerine CMK 250. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebilecek her türlü suç için bu denetlemeyi kabul etmiş görünmektedir.

Önleme amaçlı denetleme suçun işlenmesinden önceki aşamayı ilgilendiren bir tedbirdir. Bu denetlemeye başlandığında henüz ortada işlenmiş bir suç yoktur. Önleyici amaçlı yapılan denetlemede bu tedbire hangi aşamaya kadar başvurulabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>98</sup>

Bunun için kolluğun önleyici kolluk faaliyeti ile hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımını iyi yapmak gerekmektedir. Suçun icra hareketleri başlamadan hazırlık hareketleri aşamasında iken adli kolluk değil, idari kolluk yetkili olmakta ve önleyici kolluk faaliyetleri gerçekleşmektedir. Hazırlık hareketi, icraya başlamadan önceki aşama olan icra hareketi anlamı taşımayan ve suça teşebbüsün ya da ceza sorumluluğunun dışında kalan hareketlerdir. Somut olayın özelliklerine göre bir hareketin hazırlık hareketi mi, icra hareketi mi olduğunu belirlemek gerekir. Suç işleme ihtimali bulunan, bu konuda planlar yapan, üzerinde suç işleyeceğine dair bir takım belgeler olan, sözler sarf eden kişinin suç işlemeyi durdurulması ve kolluğun önleyici kolluk faaliyetlerini kullanarak tedbir alması mümkündür.<sup>99</sup>

Ancak Kanunda bazı hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar için bir hazırlık hareketidir. Turhan ve Aksu'ya göre bu tür suçlarda önleyici amaçlı denetleme tedbiri suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için değil, örgütün işlemeyi planladığı suçları belirlemek ve bunları önlemek amacıyla

---

<sup>98</sup> Faruk Turhan/ Muharrem Aksu “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.7, [www.sdu.edu.tr](http://www.sdu.edu.tr), (11.02.2011).

<sup>99</sup> Ersan Şen, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 5. bs., Ankara 2011, s. 69.

gerçekleştirilmelidir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için ise adli amaçlı tedbire başvurulmalıdır.<sup>100</sup>

Bu kabule ilişkin olarak aynı kişiler üzerinden iki tedbirin birlikte uygulanması sonucu ortaya çıkmaktadır. Zaten her defasında birer ay uzatılma imkanı olan adli amaçlı denetleme gerçekleşirken, delil olma niteliği kabul edilmeyen verileri elde etmek için önleme amaçlı denetleme yapmanın anlamı olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Suç işleneceğine dair bulgular adli amaçlı denetim sonucunda elde edilmiş olsa bile, bu suçları önlemek hukuk devletinin ve hukuk uygulayıcılarının görevi olduğundan önleme amaçlı tedbirin uygulanabilirliği ortadan kalkacaktır. Çünkü 250. madde incelendiğinde genellikle ya organize bir suç örgütü ya da terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçları görmekteyiz.<sup>101</sup>

### **(3) Devlet Güvenliği Aleyhine İşlenebilecek Suçların Önlenmesi**

Maddenin (c) bendinde ise TCK'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı Ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar<sup>102</sup> konusunda yetki vermiştir. TCK dördüncü kısım Millete ve Devlete Karşı Suçlar başlığını taşımakta olup,

- Dördüncü bölüm Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar,
- Beşinci bölüm Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar,
- Altıncı bölüm Milli Savunmaya Karşı Suçlar,
- Yedinci bölüm ise Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk suçlarını düzenlemiştir.

Ancak 5397 sayılı Kanun polis ve jandarmaya önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda yetki verirken 250. maddenin 1. fıkrasının (c) bendindeki suçlar arasından casusluk suçlarını kapsam dışında tutmuştur. Çünkü casusluk

<sup>100</sup> Turhan/ Aksu, s. 7.

<sup>101</sup> Fatih Birtek, “**İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi Ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği**”, S. 25, <http://www.turkhukuksitesi.com/makale>, (17.02.2011).

<sup>102</sup> TCK'da yer alan Devlet Güvenliği Aleyhine İşlenen Suçlar arasında yer alan şu maddeler 250. Maddenin 1. Fıkrasının (c) bendi kapsamı dışında bırakılmıştır: 305 (Temel milli yararlar karşu faaliyette bulunmak), 318 (Halkı askerlikten soğutma), 319 (Askerleri itaatsizliğe teşvik), 323 (Savaşta yalan haber yayma), 324 (Seferberlikle ilgili görevin ihmali), 325 (Düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü) ve 332 (Askerî yasak bölgelere girme). Bu nedenle bu suçlar açısından da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yapılamayacaktır. Bu suçlar açısından haberleşme özgürlüğüne müdahale ağır bir sonuç ortaya çıkaracağından kapsam dışında bırakılması yerinde bir düzenleme olarak görülmektedir.

suçlarının MİT'in görev alanına girmektedir. Bu suçlar; TCK'nun 328 (siyasal veya askeri casusluk), 335 (yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini), 337 (yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama) ve 338 (taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi) maddelerinde düzenlenmiştir.

#### **b) Jandarma Bakımından**

5397 sayılı Kanun hem polis hem de jandarmaya aynı suçlar açısından denetleme imkanı vermiştir. Bu noktada üzerinde tespit yapılması gereken husus polis ve jandarmanın yer bakımından sorumluluk alanlarıdır.

Jandarmanın görev alanı 2803 sayılı Kanununun 10. maddesinin 1. bendinde düzenlenmiştir.<sup>103</sup> TİB yönetmeliğinin 9. maddesinde de kararda ve emirde belirtilmesi gerekli hususlar düzenlenmiş, bu düzenlemeye “2803 sayılı Kanununun ek 5 inci maddesi uyarınca iletilen talepler ile verilen kararlar ve yazılı emirlerde sorumluluk alanına ilişkin bilgi ve/veya belgelere de yer verilir.” cümlesi 04/07/2007 tarihinde eklenmiştir. Bu maddelere göre jandarma, polis teşkilatı bulunmayan yerlerde görevli ve yetkilidir.

Ayrıca CMK 250. madde 1. fıkrada yer alan suçlar için “Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.” düzenlemesi yer almaktadır. 5397 sayılı Kanun ise iletişimin denetlenmesi için yetkili ve görevli hâkimi “talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir” şeklinde belirlemiştir.

Bu maddeler değerlendirildiğinde kolluk için ancak yetkili oldukları yer açısından iletişimin denetlenmesi kararı isteyebilecekleri sonucu çıkmaktadır. Jandarmanın “...sorumluluk alanında oluşabilecek olayların önlenmesi açısından”

---

<sup>103</sup>Madde 10 - Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; Polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir.

Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası ile ilgili olarak diğer güvenlik kuvvetleri ile işbirliği ve koordinasyonda bulunur.

Jandarma veya Emniyet Teşkilatı, kendi sorumluluk sahasında yetersiz kaldıkları veya kalacaklarının değerlendirilmesi halinde, mahalli mülki amirler tarafından birbirlerinin sorumluluk sahalarında geçici olarak görevlendirilebilirler.

Jandarmanın diğer güvenlik kuvvetleriyle işbirliği ve koordinasyon esasları ve emir komuta ilişkileri yönetmelikle belirlenir.

yerel mahkemeden almış olduğu karar<sup>104</sup> Yargıtay 9. Dairesi tarafından incelenmiş ve 04.06.2008 tarih ve 2008/874 esas, 2008/7160 sayılı kanun yararına bozma kararında<sup>105</sup> da jandarmanın ülke genelini kapsayacak şekilde önleme amaçlı denetleme yapamayacağı kabul edilmiştir.

---

<sup>104</sup> Jandarmanın talebi doğrultusunda Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin tek hakim tarafından verilen kararına karşı yapılan itiraz Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine CMK 309. ve 310. maddeler gereğince Adalet Bakanlığı kanun yararına bozma talebinde bulunmuş, Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından bu talep kabul edilmiştir.

<sup>105</sup> "...Ülke genelinde Jandarma'nın sorumluluk sahasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin 1. fıkrasının a, b, c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla sınırlı olmak koşuluyla, yurtdışı çıkışları dahil olmak üzere Türk Telekom A.Ş. tarafından işletilen sabit telefon veya mobil (nmt), Turkcell, Vodafone ve Avea A.Ş, tarafından işletilen ve telefon üzerinde yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerinin (arayan, aranan ve Celi İD), kullanıcı ve makine bilgilerinin, GPRS bağlantıları ile GPRS üzerinden internet bağlantılarının, SMS alıp gönderme bilgilerinin, internet üzerinden DATA transferi ve DATA hattı üzerinden haberleşme bilgilerinin, faks bilgilerinin, abone bilgileri detay kayıtlarının (isim, adres, kimlik, kimlik fotokopisi, hattın hangi bayiden ve ne zaman alındığı) alınması ile, anılan bilgilere ilişkin detay kayıtlarına ait datalarının canlı (online) olarak alınmasına karar verilmesi sonucunda, temel hak ve hürriyetlerin özüne müdahale imkanı sağlayacak bir şekilde 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, ölçülülük ilkesine ve Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik, aykırı bir şekilde ülke geneline yönelik uygulama yapılabilmesinin yolunun açıldığı, oysa verilen kararın 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği şekliyle somut verileri içermesi gerektiği, dolayısıyla anılan Kanun'un amir hükmü gereğince; kararın, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenleri içermesinin gerekli ve zorunlu olduğu gibi 2803 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince anılan Kanun'un ek 5. maddesi uyarınca iletilen talepler ile verilen kararlar ve yazılı emirlerde sorumluluk alanına ilişkin bilgi veya belgelere de yer verilmesi gerektiği nazara alınmaksızın,

Yine 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinin 2. fıkrası gereğince yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesi olması dolayısıyla Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin kendi yargı çevresi ile ilgili karar vermesi gerekirken, tüm Ülke çapını kapsayacak şekilde karar vermesinin mümkün olmadığı dikkate alınmaksızın, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı'nın 21.01.2008 gün ve 3672 sayılı Kanun yararına bozma talebine atfen Yargıtay CBaşsavcılığı'nın 21.01.2008 gün ve 2008/22381 sayılı tebliğnamesi ile Daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz "Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi"nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış olup, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.



Ancak Şen'e göre Yargıtay 9. Dairesi'nin kararı isabetli olmakla beraber, kararın sadece usul ve yetki açısından değil esas açısından değerlendirilmeden,<sup>106</sup> sadece mahkemenin yer itibariyle yetkisini dikkate alan bozma kararı olması bir eksikliklerdir. Yüksek Mahkemenin kararında sanki ülke çapında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yapılamamakla birlikte, yer itibariyle yetki sınırları çizilmek suretiyle genel, soyut ve hukuki dayanakları tam manasıyla oturtulmaksızın önleme amaçlı iletişimin yapılabileceğine dair olumsuz bir sonuca ulaşılabileceği noktasında yoruma müsait bir karar olduğunu belirtmektedir. Önleme amaçlı yapılan iletişimin sınırsız bir şekilde denetime açık tutulması 1982 Anayasası'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan istisnai sınırlama hükmü ve bu hüküm dayanak alınmak suretiyle çıkarılan yasal düzenlemelerin lafzı ve ruhu ile uygun olmamaktadır.<sup>107</sup>

Meran ise hakimın yetkili olduğu alanda verdiği kararın o bölgeyle sınırlı tutulamayacağını ifade etmektedir. Amaç bu suçların işlenmesinin önlenmesi ise bazen geniş bir alanda bu tedbirin uygulanması gerekebilir. Burada suçlar açısından bir ayrıma gitmek gerektiğini belirtmiştir. Örneğin; örgüt kapsamında işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları açısından örgütün eylemini

---

5271 sayılı CMK'nın, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, 2559 sayılı Kanun'un ek 7 ve 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı, 5271 sayılı CMK'nın 135 ifa 138. maddeleri ile sınırları belirlenen çerçevede ve sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabilir veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebilirler.

Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır.

-...Yukarıda açıklanan nedenlerle kanun yararına bozma talebine atfen düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19.12.2007 gün ve 2007/6522 Tek. Tak. sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 04.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.",<http://www.kararara.com.>, (24.12.2010).

<sup>106</sup> Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talebi gerekçesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesi kısmında belirtilen hususlara kararın gerekçe bölümünde yer verilmemiştir.

<sup>107</sup> Şen, Telefon Dinleme, s. 71-74.

gerçekleştirdiği alanın belli olması sebebi ile ülke genelinde bir denetleme ihtiyacı olmaz, ancak casusluk suçları için ise belirli alanlarla sınırlı olarak işlendiği söylenemeyecektir, bu nedenle ülke genelini kapsayacak şekilde böyle bir karar verilebilir.<sup>108</sup>

**c) Mit Bakımından,**

5397 sayılı Kanununun 3. maddesi ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiştir.<sup>109</sup> Bu maddeye göre MİT, Anayasanın 2'nci 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 iletişimi denetleyebilmektedir.

Ancak burada önleme amaçlı denetlenmenin yapılacağı suçlar ile bu suçların işleneceğine ilişkin tehlikenin sınırlarının çok iyi belirlenemediği görülmektedir. Bu durum kanunların öngörülebilirliği ilkesi açısından önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Meran, s. 20

<sup>109</sup> MADDE 3.- 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Millî İstihbarat Teşkilatı;

a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihbaratın ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci 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, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

<sup>110</sup> Taşkın, s. 204.

Mit'in istihbarat yapma yetkisi ülke genelini kapsadığı için, teşkilatın iletişimin denetlenmesi açısından jandarmada olduğu gibi yer yönünden bir sınırlamasının olmadığı görülmektedir.

## 2. Tedbirin Uygulanacağı Şüphe Derecesi

5397 sayılı Kanun "...yazılı suçların önlenmesi amacıyla" bu tedbire başvurulabileceğini belirtmekle yetinmekte, herhangi bir suç şüphesi yoğunluğuna açıkça yer vermemektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi için ise CMK 135. maddenin 1. fıkrası "kuvvetli şüphe" sebeplerinin varlığını aramıştır.

Ön alan, daha öncede belirttiğimiz gibi bir başlangıç şüphesinin ya da somut bir tehlike durumunun mevcudiyeti öncesi bulunan alan olarak tanımlanır. Ön alan soruşturmalarında gelecekte işlenebilecek olan suç ya da suçlar için söz konusu olması ve şüphe bakımından tahminin geleceğe yönelik olması nedeniyle başlangıç şüphesi<sup>111</sup> olmaksızın harekete geçilebilir.<sup>112</sup> Bu tedbirin önleme amaçlı gerçekleştiriliyor olması şüphe derecesi açısından bir belirleme yapılmamasına neden olmuşsa da hukuk devleti ve hukukilik prensiplerinin gereği ve önleme denetlenmesinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için şüphenin en azından basit şüphe düzeyinde olacağı açıktır.<sup>113</sup>

Bütün önleyici tedbirlerin ruhunda tehlikenin somut olması gereği vardır bu nedenle Kanunda bu tedbir için somut tehlike kriterine yer verilmemiş olsa da, tehlikenin somut olması gereği bu tedbir için de geçerlidir.<sup>114</sup>

Önleme amaçlı iletişimin denetlenebilmesi için, hiçbir şüphe gerekmiyip, istihbarat birimlerinin deneyimleri doğrultusunda yaptıkları çalışmaları, elde ettikleri

---

<sup>111</sup> Şüphe, Ceza Muhakemesi Hukukunda delillere dayanan bir tahmin olarak değerlendirilir. Delillerin kuvvetine göre basit şüphe, yoğun şüphe ayrımı yapılır. Basit şüphe, dayandığı deliler yetersiz, ve/veya sayıca az olan şüphedir. Belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda şüphe ortaya koyması şarttır. Yoğun şüphe ise delillerin az olmadığı, yeterli yada kuvvetli delillerin olduğu şüphedir. Kuvvetli şüphe ve yeterli şüphe diye ikiye ayrılır. Yeterli şüphe, kişinin mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden yüksek olmasını; kuvvetli şüphe ise sanığın mahkum olmasını kuvvetle muhtemel olmasını ifade eder. Ceza Muhakemesinde soruşturma evresinin başlayabilmesi için başlangıç şüphesinin/basit şüphenin olması yeterlidir. Bakınız; Öztürk, Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 528-529.

<sup>112</sup> Özbek, Ön Alan, s. 60-61.

<sup>113</sup> Burhan Caner Hacıoğlu/ Mehmet Saydam, "Önleme Amaçlı Yapılan İletişimin Denetlenmesi", KHD, S.71-72, s. 33-52.

<sup>114</sup> Aslan Avşarbey/ Ferda İleri, "Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", İdarecini Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010, S.141, s.13-17.

verileri, yaptıkları analizleri ve aldıkları ihbarları objektif verilerle değerlendirerek bir tehlikenin meydana gelebileceğini hissetmelerinin yeterli görülmesi ve şüphe konusunda bir yoğunluk aramayan Kanunun bu yaklaşımı AİHM kriterlerine uymaması nedeni ile eleştirilere maruz kalmaktadır.<sup>115</sup>

Ancak şüphe konusunda Kanunda herhangi bir yoğunluk belirlemenin doğru bir yöntem olduğu her zaman söylenemez. Kuvvetli bir şüphe yoğunluğunu gerekli görür ise bu aşamada haberleşme özgürlüğüne müdahale etmek oranlılık ilkesi açısından yerinde olmayacaktır. Çünkü önlenmesi amaçlanan suçla ilgili kuvvetli bir şüphe durumu var ise haberleşme özgürlüğüne müdahale etmek yerine suçun önlenmesi yönünde faaliyetler gerçekleştirmek oranlılık ilkesinin gereğidir. Ayrıca bu yoğunlukta bir şüphe derecesine haberleşme özgürlüğüne müdahale edilerek yani tedbir uygulandıktan sonra ulaşılabileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturan bu tedbirin tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheye dayanarak kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu söylenebilirse de, bu tedbirin uygulanamaz hale gelmesine de neden olmamalıdır. Tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe aranacak ise, başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması şartını koyma gereği kalmayacaktır. Çünkü olayda kuvvetli şüphe var ise, başka yolla elde edilmiş delillerin varlığını çok defasında söylemek mümkündür. Bu şekilde bir şüphe yoğunluğunun aranmaması sadece kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri ile tedbire başvurmak anlamında olmayıp, somut bir takım dayanaklarla bu tedbire başvurulabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>116</sup>

### 3. Son Çare Prensibi

“Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hâli” olarak da nitelendirdiğimiz son çare prensibini 10.01.2007 tarihli Yönetmelik şöyle tanımlamıştır: “Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması.”

<sup>115</sup> Taşkın, s. 206.

<sup>116</sup> Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla İletişiminin Denetlenmesi”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, (23.04.2011).

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrası "...başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda" adli amaçlı iletişimin denetlenmesinin yapılabileceğini açıkça dile getirirse de, 5397 sayılı Kanunda bu konuya ilişkin bir husus bulunmamaktadır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kişilerin doğrudan özel hayatlarına derin ve ağır bir müdahale oluşturduğundan hemen başvurulabilecek bir tedbir olarak kabul edilmemektedir.<sup>117</sup> Bu nedenle Ceza Muhakemesinde yer alan klasik tedbirlerle mahkumiyete dayanak oluşturacak güçte delil veya deliller elde edilebiliyorsa iletişimin denetlenmesine başvurulamaz.<sup>118</sup> Bu koşul aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder ve suçu önlemek üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan temel hak ve hürriyetlere en az müdahale oluşturan tedbir hangisi ise ona başvurulmasını gerektirir. Ancak bundan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vermeden önce diğer tedbire başvurulmuş ve bundan sonuç alınamamış sonucu çıkarılmamalıdır. Bunlara başvurulduğunda sonuç alınamayacağı konusunda bir beklenti varsa bu durumda da bu tedbire başvurulabilir, olayı önleme şansı bulunan diğer koruma tedbirlerinin iletişimin denetlenmesine göre önceliği vardır. Bu tedbirin niteliği gereği gizli yürütülüyor olması kötüye kullanılma tehlikesini yarattığı için de diğer tedbirlere göre ikincildir. Ayrıca gizli yürütülen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri açısından da başka suretle delil elde etme imkanının olmaması şartı arandığı için, aralarında da öncelik sonralık ilişkisinin olup olmadığı konusunda da Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Oranlılık ilkesi açısından bu üç tedbirden hangisi temel hak ve hürriyetlere daha az müdahale niteliği taşıyorsa onun tercih edilmesi gerekir.<sup>119</sup>

Önleme amaçlı iletişimlerin denetlenmelerini gerekli kılacak makul şüphelerin oluştuğu, istihbarat kaynaklarından gelen bilgi aktarımları neticesinde bu konuya ilişkin ciddi bulgu ve bilgilerin elde edildiği, bu bulgu ve belgelerin kişilerin suç işleyeceklerine dair tereddütleri oluşturduğu ve güçlendirdiği kişilerin iletişimlerini denetlenebilir. Zira bu noktada Anayasanın koruduğu temel hak ve hürriyetlerin

<sup>117</sup> Turhan/Aksu, s. 10.

<sup>118</sup> Taşkın, s. 106.

<sup>119</sup> Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 631-632.

özüne dokunulmuş olabilir. Hakim sadece iletişimin denetlenmesi konusunda kendisinden talepte bulunulan ve bu tedbirin uygulanmasını onaylayan bir makam olmamalıdır. Bu denetleme için hakim kararı aranmasının bir amacı vardır. Buna göre hakim korunan hukuki menfaatler arasında dengeyi, ölçüyü, gerekliliği ve hukuka uygunluğu somut olaydaki zorunluluğu inceleyip tespit etmelidir.<sup>120</sup>

#### 4. Tedbirin Uygulanacağı Kişi

CMK'ya göre adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ancak şüpheli veya sanık için mümkündür. 5397 sayılı Kanun kapsamında yapılacak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi durumunda henüz bir suç işlenmemesi sebebiyle şüpheli veya sanıktan söz edilemez. Zira Kanun sadece suç işlenmesinin önlenmesi sebebiyle denetlemenin yapılacağını belirtmekle yetinmiş, denetime maruz kalacak kişilere herhangi bir sıfat yüklememiştir. Bu sebeple, henüz ortada bir ceza soruşturması veya kovuşturması bulunmayan bir dönemde, hakkında tedbir uygulanan kimselerin “şüpheli” veya “sanık” olarak nitelendirilmesi hukuken mümkün değildir. Aksine böyle bir nitelendirilme yapılması bir hukuka aykırılık olarak karşımıza çıkabilirdi.<sup>121</sup>

Ancak bu durum ile ilgili bazı eleştirilerin yapıldığını görmekteyiz. Buna göre, bu şekilde bir sınırlama yapılmaması suretiyle denetleme alanının çok geniş tutulduğu, bunun ise belirlilik ilkesi açısından yerinde bir tercih olmadığı söylenmektedir.<sup>122</sup>

Sınırların belli olmadığı yönündeki bu eleştiriler de yerinde görülmemektedir. Çünkü 5397 sayılı Kanun kişilere yönelik bir belirleme tercih etmese de, tedbirin uygulanabileceği suçları 5271 Sayılı CMK'ya atıf yapmak suretiyle sınırlandırmıştır. Kanun'un 1. maddesinde “Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b, c bentlerinde yazılı suçların önlenmesi” amacıyla bu tedbire başvurulabileceği hükmü denetlemenin uygulanabileceği suçları sınırlandırmaktadır.<sup>123</sup> Ayrıca Kanun, denetleme istemine yönelik kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü,

---

<sup>120</sup> Şen, Telefon Dinleme, s. 74.

<sup>121</sup> Birtek, s. 12.

<sup>122</sup> Kerem Altıparmak, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 63, s. 48; Taşkın s. 197.

<sup>123</sup> Birtek, s.12.

kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenlerin belirtilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bu şekilde somut bir talep olmaksızın “Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kanun Yararına Bozma Kararı’nda da<sup>124</sup> açıkça belirtilmiştir.<sup>125</sup>

250. madde kapsamında sayılı suçları işleme ihtimali bulunan milletvekili, hakim veya savcı, vali, kaymakam, asker, sivil kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi mümkündür. Aslında milletvekili, bürokrat, asker, savcı, hakim için ve 4483 sayılı Memurların Yargılanması Hakkındaki Kanun gereğince, kanun kapsamına giren memurlar hakkında soruşturma açılabilmesi için izin sistemi uygulansa da, hem izin alınması durumunda gizli yürütülmesi gereken bu tedbirin amacına ulaşmaması ihtimali, hem de önleme amaçlı denetleme de henüz bir soruşturmanın dahi başlamaması nedeniyle izin sisteminin uygulanabilirliği mümkün değildir. Bu bağlamda önleme amaçlı denetleme yapabilmek için bu kişilerle ilgili herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>126</sup>

CMK 135. maddenin ikinci fıkrası şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı,<sup>127</sup> CMK 136.

---

<sup>124</sup> Denetlemenin uygulanabileceği suçlar başlıklı konumuzda yayınlanmamış olan bu karara ilişkin bilgiler verilmiştir.

<sup>125</sup> Birtek, s.12.

<sup>126</sup> Taşkın, s. 197.

<sup>127</sup> CMK tanıklıktan çekinme konusunda yakın akrabalık ilişkileri açısından ve kişilerin yerine getirdiği meslek ve uğraşları açısından şu düzenlemelere yer vermiştir. MADDE 45. - (1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

(2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

(3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.

Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme

MADDE 46. - (1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

madde ise müdafî ile görüşmeleri hakkında adli amaçlı denetlemenin uygulanamayacağını düzenlemiştir.<sup>128</sup> Ancak 5397 sayılı Kanunda bu şekilde bir düzenlemenin yer almadığını görmekteyiz. 250. madde kapsamında belirtilen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla kurulan iletişimin, kiminle olduğuna bakılmaksızın denetleme yapılabilecektir.<sup>129</sup> Bu denetleme sonucunda elde edilen bilgiler ifşa edilmemek şartı ile bu kişiler arasındaki iletişimin denetlenmesi gerekir. Zira örgütlü suçların önlenmesi açısından hayati bir öneme sahip olan bu denetim amacına ulaşabilecektir.<sup>130</sup>

Bu konuda bir sınırlama olmamasının iletişim özgürlüğünü ihlal eden orantısız bir müdahale olduğu öne sürülebilir. Ancak bu denetlenme sadece suçun işlenmesinin önlenmesine yöneliktir ve bu nedenle denetleme sonucu elde edilen istihbari bilgiler başka bir amaç için kullanılamaz. Tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen CMK ilgili maddelerin özünde Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz." hükmü yer almaktadır. Bu ilkedan hareketle adli amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesinde tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle şüphelinin yapmış olduğu görüşmelerin kayda alınamayacağı hükmü getirilmiştir (CMK m. 135/2 ve m. 136). Önleme amaçlı denetim sonucunda elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılamayacağı ancak suç işlenmesinin önlenmesinde kullanılacağını kabul eden bir kanun için tanıklık ve tanıklığa ilişkin yasakların olmaması bir eksiklik olarak kabul edilmemelidir.<sup>131</sup>

Yine CMK'da şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin

---

b) Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.

<sup>128</sup>MADDE 136. - (1) Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.

<sup>129</sup> Taşkın, s. 198.

<sup>130</sup> Hacıoğlu/ Saydam, s.41.

<sup>131</sup> Birtek, s. 14.



denetlenmesi tedbirinin uygulanmayacağına yönelik bir düzenlemenin 5397 sayılı Kanunda yer almamasına ilişkin olarak Özbek, önleme amaçlı yapılan denetimin amacının farklı olması nedeni ile müdafide iletişiminin denetlenebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

## 5. Talep ve Karar

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi talebinde bulunulacak makamlar suç önleme görevi bulunan polis, jandarma ve MİT'tir.<sup>132</sup>

Uluslararası hukukta iletişimin denetlenmesi kararını verme yetkisi açısından 3 farklı sistemin uygulandığını görmekteyiz. İdari yetki sisteminde, denetleme kararı idari makamlarca, adli yetki sisteminde ise denetleme kararı hâkim tarafından verilmektedir. Karma sistemde ise denetleme kararı kural olarak hâkim tarafından verilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da karar vermeye yetkisi bulunmaktadır. Çeşitli ülkelerin kullandığı sistemlere baktığımızda ise; İngiltere karar verme yetkisinin yürütme organına, Almanya ve Avusturya'da, soruşturmada görev üstlenmeyen sulh ceza hâkimine, Avusturya'da üç hâkimden oluşan hâkimler kuruluna, İsviçre ve Fransa'da sorgu hâkimine aittir.<sup>133</sup> Türk hukukunun ise önleme dinlemesi için karma sistemi benimsediğini görmekteyiz.<sup>134</sup> Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında haberleşme özgürlüğüne müdahalenin ancak usulüne uygun verilmiş hakim kararı ile olabileceği, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış mercii kararını olmadıkça müdahalenin olamayacağı belirtilmiştir.

5397 sayılı Kanunda Anayasaya uygun olarak karma sistemi benimsemiştir. Kural olarak hakim kararının olması gerekmektedir. Kararı verecek yetkili ve görevli

---

<sup>132</sup> Birtek, s. 14.

<sup>133</sup> Keskin, s. 11.

<sup>134</sup> 5397 sayılı Kanunun birinci maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir."

hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise;

•PVSK'nın ek 7. maddesi'ne göre "...Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle"

•JTGYK'na eklenen ek 5. Maddesine göre "...Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle"

•MİT Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle "...MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle" de iletişimin denetlenmesine imkan tanımıştır.

Burada üzerinde durulması gereken husus "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kavramının açıklanmasıdır. 5397 sayılı Kanunun metninde bu kavramın açıklanmadığını görüyoruz. Ancak bazı hukuki metinlerinde bu kavrama ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

Örneğin 10.11.2005 tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğinin 3. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hâl "*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hâli*" olarak tanımlanmaktadır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ise adli ve önleme aramaları için farklı tanımlamalar yapılmıştır. Önleme aramaları için "*derhal işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hali*" tanımı yapılmıştır.

Bu iki metin incelendiğinde hem adli amaçlı hem de önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin ayrıntıları belirtmek üzere hazırlanan TİB yönetmeliğinde gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımının yönetmeliğin amacına uygun olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü bu tanım sadece bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin kaybolmasından bahsetmekte, şüphelinin kaçması ve kimliğinin tespit edilememesi haline ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. Oysa ki önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi henüz bir suç işlenmeden önceki döneme ilişkindir, bu nedenle şüpheli terimini kullanmak mümkün değildir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde olduğu gibi hem adli amaçlı, hem de önleme amaçlı denetlemelere ilişkin gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımı tercih edilmeliydi. Hakimden karar almak için yeterli sürenin bulunmaması durumunun da bu tanım içinde açıkça belirtilmelidir.<sup>135</sup> İstihbarat faaliyetlerinde suç işleme tehlikesinin bir anda ortaya çıkmasının istisnai bir durum olması nedeniyle, hakim dışındaki yetkili kişilerin gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesiyle denetlemeye başvurmaları da istisnai olmalıdır.<sup>136</sup>

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, bu denetlemenin devamına yada kaldırılmasına ilişkin kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Yirmi dört saat içinde karar verilmemesi durumunda hakim kararı onaylamamıştır, bu nedenle denetlemeye derhal son verilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciler tarafından verilen yazılı emrin hakim onayına sunulması için belirtilen yirmi dört saatlik süre en üst sınırdır. Yetkili mercilerin yirmi dört saatten kısa olan bir denetleme gerçekleştirdikten sonra bunu hakim onayına sunmamak gibi bir takdir hakları ve yetkileri yoktur. Bu hususta yaşanacak sıkıntıların ortadan kaldırılması için ise yazılı emirlerin hakim onayına sunulup sunulmadığına ilişkin bir denetleme mekanizması oluşturulmalıdır.<sup>137</sup>

14.01.2007 tarihli Yönetmelik, talebi alan hâkimin nöbeti sona erse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlü olduğunu, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gönderilen

---

<sup>135</sup> Taşkın, s. 207.

<sup>136</sup> Avşarbey/İlbey, s. 15.

<sup>137</sup> Birtek, s. 15.

talep yazısının, hâkim tarafından saat belirtilerek havale yapılacağı, havale saatinden itibaren 24 saat içerisinde karar vereceği belirtilmiştir. Talebin hangi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse, nöbeti sona erse bile, o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir.<sup>138</sup> 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinde ise bu hususlara ilişkin açık bir düzenleme görülmemektedir.<sup>139</sup> 10.11.2005 tarihli yönetmeliğe 04.07.2007 tarihinde yapılan ekleme ile “yazılı emrin verildiği tarih ve saat” ibaresi eklenmiştir. Böylece hakim emrin verildiği saati tespit ederek kendisine yirmi dört saat içerisinde yazılı emrin ulaşip ulaşmadığını denetleme imkanına sahip olacaktır.<sup>140</sup>

Görevli ve yetkili hakim gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesiyle uygulanmasına başlanmış olan denetlemeyi incelerken, ya da doğrudan denetlemeye ilişkin talepleri incelerken, 1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesine, Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasına ve AİHS'nin belirlediği sınırlara uygun bir talep olup olmadığını incelemek durumundadır.<sup>141</sup> AİHM, 8. madde haberleşme hakkının birey tarafından kullanılması ile demokratik bir toplumun korunması amacıyla yapılan gizli denetleme arasında bir dengenin bulunmasının gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu

---

<sup>138</sup> 14.02.2007 tarihli yönetmeliğinin 5. Maddesinin (3) ve (4) fıkraları şu şekildedir:

(3) Gerekli koşulların varlığı saptandığında, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da iletişimin tespitine, dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Talebi alan hâkim nöbeti sona erse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Yasal süresi içerisinde hâkim tarafından bir karar verilmemesi veya aksine karar verilmesi hâlinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Durum Cumhuriyet savcısı tarafından hemen Başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet savcısı bu halde kararını verdiği saati ve hâkimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talep veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar. Bu işlerde görevlendirilecek katipler ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet savcısı tarafından birlikte belirlenir.

(4) Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gönderilen talep yazısı, hâkim tarafından saat belirtilerek havale yapılır. Talep, istemin içeriği gösterilmeksizin, hâkim havalesinde belirtilen saat de işlenmek suretiyle, bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt katibi tarafından mahkemenin değişik iş defterine kaydedilir. Hâkim tarafından havale saatinden itibaren 24 saat içerisinde karar verilir. Hangi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse iş o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılır. Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir. Bu maddedeki tüm işlemler sırasında gizliliğe uyulur.

<sup>139</sup> Taşkın, s. 210.

<sup>140</sup> Birtek, s. 15.

<sup>141</sup> Şen, Telefon Dinleme, s. 74.

nedenle hakim karar verirken veya emri onaylarken, milli güvenlik ve suçun önlenmesi nedenlerini, bu amaçla bireyin haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması arasındaki orantılığı, bu sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini değerlendirmek zorundadır.<sup>142</sup> Ayrıca hakim bu yöndeki taleplerin 5397 sayılı Kanunun ortaya koyduğu hükümlere uygunluğunu da denetleyecektir. Bu denetleme sadece hukuki bir denetleme mi olacaktır, yoksa hakim yerindelik denetimi yapabilecek midir? Kural olarak hakim hukuka uygunluk denetimi yapacaktır, ancak iletişimin denetlemesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını inceleyen hakim, yerindelik denetimi de yapmış olacaktır. Bu hususlarda değerlendirme yapamayan hakim sadece bir onay makamı olacağından, varlığının bir amacı kalmayacaktır.<sup>143</sup>

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu 11/A<sup>144</sup> düzenlemesinde valilerin, 32/B<sup>145</sup> düzenlemesinde ise kaymakamların; il ve ilçelerde suçun işlenmesini önlemek, kamu düzenini ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alacağı yer almaktadır. Ancak suçun işlenmesinin önlenmesine yönelik yetkiler verilen vali ve kaymakamlar, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini düzenleyen 5397 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulmuştur.<sup>146</sup> Öğretide bu halin isabetli olduğu yönünde görüşler olduğu gibi aksi yönde görüşler de bulunmaktadır.

Meran'a göre önleme amaçlı yapılan denetimlerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ancak ilgili kolluk birimlerinin de en üst düzeyde yetkililerine yazılı emir verildiği görülmektedir. Herhangi bir il veya ilçedeki kolluk amiri bu yetkiyi kullanamamaktadır. Vali veya kaymakamlara görev alanlarındaki kolluğun amiri

---

<sup>142</sup> Handan Yokuş Sevük, “**Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler**”, TBB Dergisi, S. 678, 2006, s. 47.

<sup>143</sup> Taşkın, s. 211.

<sup>144</sup> 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11/A maddesi şu şekildedir. “Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzeni ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.”

<sup>145</sup> 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 32/B maddesi şu şekildedir. “Suç işlenmesini önlemek, kamu düzeni ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder. Kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler verir. Bu teşkilat amir ve memurları kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevlidir”

<sup>146</sup> Taşkın 208.

olmaları nedeniyle bu yetkiyi kullanma imkanının tanınmaması kişi özgürlükleri açısından da yerinde bir tercih olmuştur.<sup>147</sup>

Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi işleminin idari niteliği ağır basan bir konu olması ve hakimlerin idarenin işleyişinin dışında olmaları nedeniyle sivil ve demokratik yönetim sistemi açısından valilerin kollukla hakimler arasındaki karar alma sürecinde mutlaka bulunmaları gerektiği yönünde görüşlerde bulunmaktadır.<sup>148</sup> Turgut ve Mahmutoğlu tarafından ise denetlemenin mülki amirin bilgisi dahilinde yapılması durumunda kolluk kuvvetleri arasındaki uyumsuzlukların ortadan kalkacağı, görev ve yetki aşımı, mükerrer işlerin yapılması, kaynak ve zaman israfı, güvenlik hizmetlerindeki zaafiyet gibi olumsuzlukların çözümüne katkı sağlayacağı ifade edilmektedir. Demokratik, sivil, hesap verebilir, seçilmiş yürütme organı olan hükümetin adına görev yapan valilerin, 5397 sayılı Kanun kapsamında verilen yazılı emir yetkisini kullanmalarının sağlanmasının yerinde bir düzenleme olacağı görüşü ortaya konmaktadır.<sup>149</sup>

İdari yetki sistemini kullanan ülkelere baktığımızda iletişimin denetlenmesine ilişkin yetkilerin bakan gibi üst düzey bürokratik kişilere verildiği görülmektedir. Haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahaleye sebep olan bu tedbir için 5397 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bile Türkiye’de bu konuda yetkili olan kurumların en üst düzey yetkililerinin tercih edildiği görülmektedir. Bu nedenle mahremiyetin korunmasına daha çok hizmet edebilmek adına vali ve kaymakamların sürece dahil edilmeyerek, sadece bu yönde yapılan yetkilendirme yerinde görülmektedir.

## **6. Kararda ve Yazılı Emirde Bulunması Gereken Unsurlar**

İletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair hakim kararında ve yetkili merciler tarafından verilen yazılı emirlerde bulunması gereken bilgilerin bazıları zorunludur, bazıları ise ihtiyaridir.

### **a) Kararda Bulunması İhtiyari Bilgiler**

---

<sup>147</sup> Meran, s. 30.

<sup>148</sup> Mehmet Murat Yardımcı, **ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, 2009, s. 254.

<sup>149</sup> Kasım Turgut/ Abdülkadir Mahmutoğlu, “Suçun İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen İstihbarat Faaliyetlerinde Mülki İdare Amiri –Kolluk İlişkisi”, İdarecinin Sesi, S. 121, Mart-Nisan 2007, s. 24-29.

10.11.2005 tarihli Yönetmelik hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısının tespiti imkan veren kodundan belirlenebilenlerin yazılı emir veya kararda bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ancak uygulamada bu bilgilerin hepsinin bilinebilmesi mümkün olmadığından, bu bilgilerden birinin varlığı halinde de denetleme yapılabilmektedir.<sup>150</sup> Örneğin bir terör örgütü üyesinin belki gerçek kimlik bilgileri tam olarak öğrenilememekte, ancak elde edilen diğer bilgilerden yola çıkılarak denetlemeler yapılabilmektedir.<sup>151</sup> Yönetmelikte bu bilgilerden “belirlenebilenler” in kararda veya yazılı emirde bulunması şeklindeki düzenlemesi ile de ihtiyarılığı ortaya konulmuştur.

#### **b) Kararda Bulunması Zorunlu Bilgiler**

5397 sayılı Kanun ve 10.11.2005 tarihli Yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde şu bilgilerin kararda veya yazılı emirde yer alması zorunludur:

- Tedbirin türü,
- Kapsamı,
- Süresi,
- Tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler,
- Yazılı emrin verildiği tarih ve saat,
- Jandarma açısından sorumluluk alanına ilişkin bilgiler.

10.11.2005 tarihli yönetmeliğe 04.07.2007 tarihinde yapılan değişiklikle yazılı emrin verildiği tarih ve jandarma açısından sorumluluk alanına ilişkin bilgilerinde yer alması gerektiği eklenmiştir.

2803 sayılı JTGHK'nun 10. maddesinde jandarmanın görev alanının polisin görev alanı olan belediye ve sınırları ile polis teşkilatı bulunan yerler dışında olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle jandarma ancak kendi görev alanı içerisinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi işlemini gerçekleştirecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı kendi görev alanların ilişkin yazılı emir verebileceklerdir. Polis ve MİT açısından ise böyle bir zorunluluk yoktur. Çünkü onlar ülke seviyesinde istihbarat yetkisi kullanan teşkilatlardır. Bu

---

<sup>150</sup> Taşkın, s. 211.

<sup>151</sup> Yardımcı, s. 255.

düzenleme ile polis ile jandarma arasındaki yetki sorunu ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.<sup>152</sup>

CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen adli amaçlı denetlemelerde, iletişimi tespit altına alınacak kişinin kanunda hakkında tedbir kararı verilebilen katalog suçlardan hangisi ile itham edildiğinin de belirtilmesi zorunludur.<sup>153</sup> Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini düzenleyen 5397 sayılı Kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen Kanunda ve Yönetmelikte yer alan "tedbire başvurulmasını gerektiren nedenlerin belirtilmesi" şeklinde ibarenin, hem tedbire dayanak olan suç türünü hem de tedbire başvurma nedenlerini ve buna ilişkin bilgileri kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>154</sup>

10.11.2005 tarihli Yönetmelikte yazılı emirde bulunması gereken bilgilerin yer almaması durumunda noksanlıkların giderilmesi için Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığına, Jandarma Genel Komutanlığın İstihbarat Başkanlığına, MİT Müsteşarlığına iade edileceği düzenlenmektedir. 10. maddesinde de Yönetmeliğe aykırı biçimde verilen yazılı emirlerin yerine getirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Yazılı emirlerde yer alması gereken ihtiyari bilgiler açısından iade etmenin söz konusu olmadığını kabul etmek amaca daha uygundur. Ancak emirde bulunması zorunlu bilgilerin yokluğu halinde emir uygulanmayacak ve iade edilecektir.

Hakim kararında zorunlu yada ihtiyari bilgilerdeki eksiklik halinde ne yapılacağı yönünde Yönetmelikte veya Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakim kararlarındaki ihtiyari bilgilerdeki eksiklik bir iade sebebi olmayacaktır. Ancak zorunlu bilgilerin eksikliği düzenlemeye ihtiyaç duyulan bir noktadır.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi durumunda hakim kararlarındaki tedbir türünün belirtilmemesi, tedbirin uygulanacağı telefon numarasını belirtilmemesi gibi

---

<sup>152</sup> Taşkın, s. 212.

<sup>153</sup> 14.01.2007 tarihli yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “ İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararlarında, aşağıda belirtilen hususlar yer alır: a) Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası, b) Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, c) Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler, ç) Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, d) İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu, e) Tedbirin türü, f) Tedbirin kapsamı, g) Tedbirin süresi.”

<sup>154</sup> Yardımcı, s. 257.



zorunlu bilgilerin eksikliği durumunda TİB, kararı uygulamaz ve eksikliklerin giderilmesi için talepte bulunan kuruma iade eder. Önleme amaçlı denetlemeye ilişkin hakim kararlarında zorunlu hususlara ilişkin bilgilerin eksikliği durumunda da kurumun bunu iade etmesi gerekecektir.

## 7. Süre

5397 sayılı Kanuna göre önleme amaçlı iletişiminin denetlenmesine ilişkin kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Buna göre denetleme için toplam süre oniki ay olmaktadır.

Hakim her üç ayda bir sürenin uzatılması talebini ve şartları değerlendirmeli ve gerekli ise denetlemenin uzatılmasına karar vermelidir. Sürenin uzatılmasında “gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesiyle” ilgili makamların talepte bulunması mümkün değildir, artık bu halde hakim kararından başka bir yöntemden bahsedilemez. Hakim bu incelemesini gerçekleştirirken en azından aynı şartlar altında hatta biraz daha fazlasını aramalıdır.<sup>155</sup> Çünkü üç ay gibi bir sürede herhangi bir şekilde suç işleneceğine dair bir belirti olmaması durumunda bu sürenin uzatılabilmesi daha ayrıntılı incelemeyi gerektirir.

Ancak, 5397 sayılı Kanunun süreleri belirleyen ek fıkrasında terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak hakim gerekli görmesi halinde, üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda terör suçları için oniki ay gibi bir üst sınırdan bahsedilemez.

Ancak bu sürelerin sayısız defa uzatılması konusunda bir keyfilik olduğu düşünülmemelidir. İlk üç ay veya ikinci üç ay için suçla ilgili hiçbir bilgiye ulaşılamıyorsa, yeniden ek süre talebi için hakime yapılan talepte denetlemeyi haklı kılan daha fazla ve öncekilerden farklı nedenler gösterilmelidir. Eğer bu nedenler mevcut değilse dinleme işlemine son verilmelidir.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Taşkın, s. 216.

<sup>156</sup> Avşarbey/ İleri, s.15.

Ayrıca 5397 sayılı Kanunda 03.07.2005 tarihinde yapılan bir değişiklikle casusluk faaliyetleri kapsamında yapılacak iletişimin denetlenmesi için de sürenin müteaddit defalar uzatılacağı kabul edilmiştir.

Kanunda yer alan sürelerin ne zaman başlayacağı hususunu tespit etmek gerekir. 14.02.2007 tarihli Yönetmelikte iki farklı düzenlemeye rastlanmaktadır. Yönetmeliğin 5. maddesinde<sup>157</sup> talep veya kararın, hakim veya Başkanlığa ulaştığı anda sürelerin başlayacağı yönünde bir düzenleme bulunmaktadır. Burada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin Başkanlığa ulaştığı anda sürenin başlayacağı, böyle bir durum yok ise de talebin hakime ulaştığı anda sürenin başlayacağı kabul edilebilir.

Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında ise “*dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar*” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak bu düzenlemeye ilişkin olarak Adalet Bakanlığı’na karşı açılan davada, Danıştay 10. Dairesi 16.10.2007 tarihli ve 2007/2795 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi, “... *Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması biçiminde, olağanüstü bir yöntem olan iletişimin denetlenmesinin, 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesi gereğince belli bir süreyle uygulanabilmesine karşın, bu uygulamanın sınırsız olarak ertelenmesine olanak tanınmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle...*” Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının yürütmesini durdurmuştur. Danıştay İdari Dava Daireleri ise 04.11.2010 tarihinde vermiş olduğu 2010/1399 sayılı kararı ile Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının iptaline karar vermiştir.

---

<sup>157</sup> 5 MADDE; (3) Gerekli koşulların varlığı saptandığında, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da iletişimin tespitine, dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Talebi alan hâkim nöbeti sona erse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Yasal süresi içerisinde hâkim tarafından bir karar verilmemesi veya aksine karar verilmesi hâlinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Durum Cumhuriyet savcısı tarafından hemen Başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet savcısı bu halde kararını verdiği saati ve hâkimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talep veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar. Bu işlerde görevlendirilecek katipler ağır ceza merkezlerinde komisyon tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet savcısı tarafından birlikte belirlenir.

Öğretide ise sürenin hakim kararının verildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>158</sup>

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde ise sürenin ne zaman başlayacağı hususunda 5397 sayılı Kanunda ve 10.11.2007 tarihli Yönetmelikte açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Ancak hakim kararı alındıktan sonra denetleme sınırı belli olmayacak bir şekilde ertelenebileceğinden, ayrıca süre başlangıçları konusunda keyfiliklere yol açacağından 5397 sayılı Kanunda veya Yönetmelikte bu konuda açık bir düzenlemenin yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

Sürelerin uzatılmasının istenmesi halinde üç aylık süre dolmadan yeni bir talebin hakime ulaştırılması gerekir. İkinci ya da devamı üç aylık süreler diğeri biter bitmez başlayacak, ara verilmeden uygulanacak sürelerdir.

Aynı kişi ile ilgili süreler bittikten sonra, hakim sürelerin uzatılmasına gerek görmemesi durumunda yeniden denetleme imkanı olup olmadığı konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Oniki ay sınırı olan suçlar açısından eğer yeniden aynı kişi hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilirse, önceden gerçekleştirilen denetlemede geçen sürenin oniki aylık sürenin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda da Kanunda açıklık bulunmamaktadır.

Eğer daha önce denetleme yapılan kişi ile ilgili yeniden denetleme yapılması konusunda hakim de bir kanaat oluşmuşsa bu konuda kanunen bir engel olmadığını düşünüyoruz. Yeni bir denetleme işlemine başlandığı için de sürelerin Kanunda yazılı oniki ay üzerinden hesaplanılmasının suçu önleme amacı için daha faydalı olacağı açıktır. Çünkü 250. madde kapsamına giren suçlar büyük oranda profesyonel suç örgütleri tarafından işlenmektedir. Bu örgütlerin her zaman bir adım önünde olmak suretiyle suçların işlenmesi önlenilebilecektir. Ancak her somut olayda bu husus çok iyi değerlendirilmelidir ki oranlılık ilkesinin gerekleri karşılansın.

Bu süreler iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından ileriye dönük olarak uygulanabilir. Ancak iletişimin tespiti için geriye dönük olarak da karar verilebilir. Geriye dönük olarak verilen bu kararlar açısından Kanunda bir süre sınırı düzenlenmemiştir. Burada da hakim

---

<sup>158</sup> Öztürk/ Erdem, s. 607; Şen 135.

işlenmesinin önlenmesi düşünülen suçun niteliğini ve kapsamını düşünerek iletişimin tespiti için makul süreler belirlemelidir.<sup>159</sup>

#### **(4) Denetlemenin İcrası**

##### **1. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Denetlemenin Başkanlık Tarafından Yerine Getirilmesi**

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve yazılı emirler başkanlığın faaliyete geçtiği tarih 23.07.2006<sup>160</sup> tarihine kadar telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından yerine getirilmekte ve bu kurumların sistemleri kullanılmaktaydı.<sup>161</sup> Bu uygulama ile ülke genelinde kimin, kimi, nasıl, ne zaman ve ne kadar dinlediği konusunda tam ve doğru bilgilerin elde edilmesi imkanı olmamaktaydı. Ülke genelinde yasa dışı dinlemelerin gerçekleştiği konusunda bir hava oluşmuşken bu uygulama denetim imkanını da büyük oranda engelliyordu. Hem adli dinleme hem de önleme dinlemesi konusunda yasal düzenlemeler yapılmışken, yaşanan bu sıkıntıların ortadan kaldırılması için dinlemelerin tek elden gerçekleştirileceği bir kuruluş da mevzuatlarda yerini almıştır.<sup>162</sup>

2005 yılında çıkarılan 5397 sayılı Kanun da Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, kurum başkanlığına bağlı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın<sup>163</sup> kurulması yönünde bir düzenleme mevcuttu.<sup>164</sup>

04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı'nın ilişkili kuruluşu olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na bağlı olarak TİB kurulmuş ve faaliyete geçmiştir. TİB'in kurulmasından sonra 10.11.2005 tarihinde ise

<sup>159</sup> Şen, Telefon Dinleme, s. 141.

<sup>160</sup> GEÇİCİ MADDE 2 (1) 23/7/2006 tarihini geçmemek üzere; personel ve sistemler yönünden noksanlıklarının giderilerek Başkanlığın faaliyete geçtiği ve bu durumun Başkanlık tarafından ilgili kurumlara bildirildiği tarihe kadar, bu Yönetmeliğin 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 10 uncu, 11 inci, 14 üncü ve 15 inci maddelerinde yer alan hükümler uygulanmaz. Anılan tarihe kadar, 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi hükümleri uyarınca verilen iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından derhal yerine getirilir; ilgili kurumların mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam olunur.

<sup>161</sup> Sevük, s. 48.

<sup>162</sup> Geleri, s. 29.

<sup>163</sup> Çalışmamızda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kısaltması olan TİB ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>164</sup> **5397 sayılı Kanun ; (Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.)** Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur.

TİB'in kurulmasıyla mevzuat ve uygulama dağınıklıklarının ortaya çıkardığı iletişimin denetlenmesi ile ilgili yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek konusunda önemli bir adım atılmış ve bu faaliyetlerin tek bir merkezden yürütülmesiyle de iletişimin denetlenmesi işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi sağlanmıştır.

İletişimin denetlenebilmesinin önemli alanlarından birisini de internet ortamı ile ilgili faaliyetler ve işlemler oluşturmaktadır. Son yıllarda dünyada ve Avrupa Birliği ülkelerinde internet ortamında işlenen suçlara yönelik önleyici tedbirler alınması amacıyla kurulan bağımsız ve özerk yapıların oluşturulduğu görülmektedir. Türkiye'de de TİB'e 30.11.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" kapsamında internet ortamının denetlenmesi imkanı da verilmiştir.<sup>165</sup>

TİB'in kurulmasıyla birlikte iletişimin denetlenmesi işlemleri artık tek elden yürütülmeye başlanmıştır. TİB teknik olarak denetlemeyi doğrudan gerçekleştiren bir kurum değildir. Başkanlığın görevi, denetlemeyi uygun gören hakim kararlarının veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciler tarafından verilen yazılı emirlerin gereğinin icrasını sağlamaktır.<sup>166</sup> İletişimin denetlenmesi işlevini, talepte bulunan polis, jandarma ve MİT gerçekleştirmektedir.<sup>167</sup> Bu kurumlar doğrudan ilgili operatöre gitmemekte, bunun yerine TİB'e başvurumaktadırlar. TİB dinleme yapacak birim ile dinlenilecek iletişim aracının hizmetini sağlayan kurum arasında

---

<sup>165</sup> T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Denetleme Raporu, " Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın 2006,2007,2008 Yılları Faaliyet Ve İşlemlerinin Denetlenmesi", 17.02.2010, S. 2010/3.

<sup>166</sup> 10.11.2007 tarihli Yönetmelik MADDE 10- (Değişik birinci fıkra:RG-7/8/2009-27312) Hâkim kararları ve yazılı emirler işletmecilere gönderilmez. Kararlar ve yazılı emirler ile bunların içeriği Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından Başkanlığa gönderilir. Kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu Yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başlatıldığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Bu Yönetmeliğe aykırı biçimde verilen yazılı emirler yerine getirilmez.

<sup>167</sup> Birtek, s.16-17.

yer almaktadır. İletişimin denetlenmesi faaliyetleri için teknik alt yapı tam anlamıyla kurulmuş, mahkeme kararı çerçevesinde operatörlerden alınan her türlü bilgi, belge ve kayıtlar TİB aracılığıyla bilgi güvenliği esaslarına uygun olarak dinleme yapan ilgili kurumlara aktarılmakta ve arşivlenmektedir.<sup>168</sup>

Böylece Anayasa’da yer alan haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması güvence altına alınmış, denetleme talepleri kurumlardan operatörlere, ilgili bilgiler de operatörlerden kurumlara gönderilirken, alınan ve gönderilen bilginin doğruluğu ve güvenilirliği sağlanmış, operatörler tek bir kurumla muhatap hale gelmiştir. Denetleme konusundaki denetimsizlik ve belirsizlik ortamı ortadan kaldırılmış, iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemler kolluk ve istihbarat birimleri dışında sivil bir kurumun denetim ve gözetimi altında yapılması sağlanmıştır.<sup>169</sup>

Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile Teknik, Hukuk, İdarî ve İnternet daire başkanlıklarından oluşur. Başkanlıkta, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler Başkanlıktaki görevleri esnasında Başkanın talimatlarına ve Başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder. İlgili kurum temsilcilerinin görevleri ise kendi kurumlarından gelen ve yerine getirilmesi Başkanlıkça uygun görülen kararların ilgili daire başkanlığı nezaretinde yürütülmesini sağlamaktır.<sup>170</sup>

5397 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde TİB’in kuruluşuna ilişkin düzenlemelerinde “ Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır” hükmü yer almaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi, dönemin Cumhurbaşkanı’nın yapmış olduğu iptal başvurusu<sup>171</sup> üzerine bu hükmü Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

---

<sup>168</sup> Geleri, s. 30.

<sup>169</sup> T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Raporu.

<sup>170</sup> 10.11.2007 tarihli Yönetmelik 17 ve 23. maddeler.

<sup>171</sup> Dönemin Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi’ne yapmış olduğu iptal başvurusu (2005/58 E. Sayılı dosya) ile İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali Topuz ve Mehmet Neşşar ile birlikte 116 Milletvekili tarafından açılan 2005/106 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle, 2005/85 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/85 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında <sup>172</sup> “...Anayasa’nın 8. maddesinde “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” denilmekte, 104. maddesinde de “kararnameleri imzalamak” Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa’nın 104. maddesinde sözü edilen “kararnameler”, Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliğı için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması anayasal zorunluluktur. 5397 sayılı Yasa gereğince telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespiti, 5651 sayılı Yasa’ya göre internet yoluyla yapılan yayınlara erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve uygulanması konularında kamu düzeni ve kamu güvenliğıyle ilgili görevleri bulunan kurumun başkanlığını yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanının önemli yetki ve sorumluluklarla donatıldığı, bu nedenle üst düzey yönetici kapsamında bulunduğu ve atamasının da müşterek kararname ile yapılması gerektiğı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 8. ve 104. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.” ifadelerine yer vermiştir.

Şen, Anayasa Mahkemesi kararını yerinde bulmaktadır; “...*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir yargı kararının verilmesi, hukukilik denetiminden geçirilmesi ve uygulanması sırasında sürece etki edebilecek unsurların, bireysel işlemlerle yasama organı ve diğerlerinde idare tarafından yapılması kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edeceği gibi, yargı bağımsızlığını da olumsuz yönde etkileyecektir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesine karar verilmesi, bu kararların tatbik ve denetlenmesi*

---

<sup>172</sup> 03.04.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan, 29.01.2009 tarih 2005/85 esas, 2009/15 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (09.03.2011).

*sırasındaki tüm aşamalara yargı mensupları müdahil olmalıdır” şeklinde görüşünü belirtmektedir.<sup>173</sup>*

İletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin tek elden, sistemli bir şekilde yürütülmesini sağlayacak, öncelikle bir koordinasyon görevi bulunan, iletişimin denetlenmesine ilişkin hakim kararlarını sadece şekil açısından inceleyebilecek olan daha çok idari bir kurumun başkanlığı için, önemi gereği Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere müşterek kararname ile atama yapılması kuvvetler ayrılığı ilkesini olumsuz etkilemeyecektir diye düşünmekteyiz.

## **2. Gizlilik Kuralı**

İstihbari amaçlı olarak yapılan denetlemenin yapısı gereği gizli olarak yürütülmesi şüphe götürmez bir gerçektir. Yasal düzenlemelere bakıldığında 5397 sayılı Kanunda “ Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir.” düzenlemesi yer almaktadır.

14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasında da “Dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir.” düzenlemesi bulunurken, 10.11.2007 tarihli Yönetmelikte Kanunda yer aldığı gibi elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinden bahsetmektedir.

14.02.2007 tarihli Yönetmelik işleyiş sürecinde de gizliliğin geçerli olacağını açıkça düzenlese de Kanunda ve diğer Yönetmelikte bilgi ve kayıtların saklanmasına yönelik gizlilikten bahsedilmemesi bir eksiklik gibi görünmektedir. Bundan çıkarılacak sonuç elbette ki adli amaçlı denetimde süreç devam ederken sağlanacak gizlilik, önleme amaçlı denetimde uygulanmayacaktır, sonucu değildir.

Bu denetlemenin gizliliği evveliyetle varoluş amacıyla ve doğasında vardır. Bu bağlamda suçların işlenmesini önlemek amacıyla polis, jandarma ve MİT’e istihbarat yetkileri kapsamında denetleme imkanı verilmişse, bu yetki kullanılırken gizliliğin tartışmasız korunacağı da açıktır. Kanun ve Yönetmelikte önleme amaçlı denetleme başlarken ve devam ederken de gizlilik kurallarına uyulması gerektiği noktasında eksiklikler tamamlanmalıdır.

---

<sup>173</sup> Şen, Telefon Dinleme, s. 128.



Kanunda “Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacağı” hüküm altına alınmıştır. 4483 sayılı Kanuna göre memur veya kamu görevlisi hakkında soruşturma başlatılabilmesi için yetkili makamlardan izin alınması gerekmektedir.<sup>174</sup> Ancak bu düzenleme neticesinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında görev sırasında veya görevden dolayı suç işlenmesi halinde izin alınmaksızın Cumhuriyet savcıları tarafından doğrudan soruşturma başlatılabilecektir.

Ayrıca 5397 sayılı Kanunla belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemelerin hukuken geçerli sayılmayacağı ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 5237 sayılı TCK hükümlerine göre işlem yapılacağı düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 132 - 140. maddelerinde özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümdeki 132. madde de “haberleşmenin gizliliğini ihlal” ve 134. maddesinde ise “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçları düzenlenmiştir. Dolayısıyla denetlemelerde usul ve esasa uyulmaması halinde kanunun hükmünü icra olarak nitelendirdiğimiz hukuka uygunluk nedeni uygulanmayacak ve kişilere ceza tayinine gidilebilecektir.

Emniyet Ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmeliğin 4. maddesine göre,<sup>175</sup> emniyet ve asayişe

---

<sup>174</sup> 4483 sayılı Kanunun 1 maddesi ve 2. Maddesinin 1. Fıkrası şu şekildedir: Madde 1 – Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir. Madde 2 – Bu Kanun,Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

<sup>175</sup> Emniyet Ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe Ve Bucaklardaki Jandarma Ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması Ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini Ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmelik Madde 4 - Emniyet ve asayiş hizmetlerini yürütme:

1 - Her gün saat (11) bütün Türkiye'de emniyet ve asayiş saatidir. Muayyen iş olsun olmasın tam bu saatte ve mühim hadiselerde saat kaydıyla mukayyet olmıyarak derhal jandarma kumandanları ve emniyet müdürleri (Buldukları takdirde vekilleri) beraberce valinin ve bulunmadığı takdirde vekilinin yanına davet edilmeden giderler. Jandarma kumandanları ve emniyet müdürleri (24) saat zarfında kendi memuriyet ve inzibat bölgeleri içinde olan bütün vukuatı ve aldıkları haberleri, bunlara karşı alınan veya alınması gerekli bulunan tedbirleri ve tekliflerini bildirirler. Ve o gün için hizmete amade bulunan kuvvet miktarını da izah ederler.....

2 - Emniyet ve asayişe taallük eden her türlü ihbar ve malumatı jandarma kumandanları ve emniyet müdürleri re'sen yekdiğerlerine bildirmekle mükellef oldukları gibi, bu haber ve malumatın asayiş

ilişkin önleyici istihbari bilgilerin istihbarat kurumları arasında ve mülki amirle, her gün düzenlenecek asayiş saatinde eğer asayiş saatinin beklenmesi durumunda bir sakınca olacaksa da derhal paylaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda gizli olarak devam ettirilen iletişimin denetlenmesi sürecine ilişkin bilgiler mülki amirle paylaşılacaktır.<sup>176</sup> Avşarbey/ İleri'ye göre istihbarat faaliyetlerindeki gizlilik, suçun önlenmesi ile ilgisi olmayan kişilere karşı geçerlidir. Bu nedenle, bu bilgiler mülki amirlerle paylaşılabilirken, Cumhuriyet savcısı ile paylaşılmaz.<sup>177</sup>

### 3. Tutanağa Bağlama

Kanuna ve yönetmeliklere göre iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ibaresi kullanılmıştır. Zaten şu anki mevcut sistemde canlı dinleme mümkün olmadığından, önce iletişim kayıt edilmekte, sonra bu kayıtlar tutanaklara geçirilmektedir.<sup>178</sup>

14.02.2007 tarihli Yönetmelikte dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm verilerin, Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen adli kolluk birimi personeline ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledileceği ve kaydedileceği düzenlenmiştir. Bu kayıtların çözümünün uzun süre alacağını tespit edilmesi durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili kolluk görevlilerine yeterli süre verilebilmesi, gerekirse Cumhuriyet savcısının bilirkişi görevlendirmesi mümkündür. Alt veri taşıyıcısına nakledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir. Tespit veya sinyal bilgisi değerlendirme sonuçları dökümü de, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir. (Yönetmelik 9. Madde) Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında da 5397 sayılı Kanun da denetleme bittikten sonra *“dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”* düzenlemesini hüküm altına almıştır. Yönetmelikte *“İşlemin başlatıldığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.”* düzenlemesi ile kayıt altına alınması gereken hususları belirlemiştir.

---

saatinde arzını beklemek herhangi bir mahzuru intaç edecekse aynı zamanda ve derhal mülkiye amirine de bildirirler.

<sup>176</sup> Kasım Turgut, **“Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinde Mülki İdare Amirlerinin Rolü”**, İdarecinin Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010,S.141, s.18-20.

<sup>177</sup> Avşarbey/ İleri, s. 16.

<sup>178</sup> Geleri, s. 8.

(Yönetmelik md 10). Ayrıca yönetmeliğin 11. maddesinde de<sup>179</sup> tedbirin sona ermesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emir ile ilgili hakimin aynı düşüncede olmaması, ya da hakim tarafından yirmi dört saat içinde onay alınamaması halinde tutulan kayıtların yok edilmesi ve bu durumun tutanağa bağlanması hususu düzenlenmiştir.

Kanun ve Yönetmelik incelendiğinde denetlemenin sona ermesi hallerinin ve yok etmeye ilişkin hususların mutlaka tutanağa bağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanaklarda nelerin yer alması gerektiği sayılmışsa da sona erme ve yok etmeye ilişkin tutanakların içeriklerine ilişkin bir düzenleme görülmektedir. Tedbirin uygulanmasına yönelik olarak, süre sınırı olan bir denetleme türü olduğu için mutlaka denetlemenin başlama ve bitiş sürelerinin de yer alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca işlemi yapanın kimliği de tutanaklarda yer almalıdır. Bu hususların tutanağa bağlanması kurum içi ve kurum dışı denetlemeler ile denetlemeye maruz kalan kişilerin başvuracağı kanuni yollarda kullanılmaları için oldukça büyük önem taşımaktadır.<sup>180</sup>

## **(5) Denetlemenin Sona Ermesi ve Kayıtların Yok edilmesi**

### **1. Sona Ermeye Karar Verecek Makam**

Denetlemenin başlayabilmesi hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili mercinin emriyle mümkün iken, denetlemenin sona ermesi için hakim kararına gerek yoktur, örneğin sürenin bitmesi ile birlikte tedbir de kendiliğinden kalkmaktadır veya tedbirin icrasını gerçekleştiren idari merciler şartlar oluşmuşsa yine uygulanmasına kendiliğinden son verebilirler.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Yönetmelik 11. Madde: “Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hâkim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına Başkanlık tarafından derhâl son verilir. Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar ilgili kurumların en üst amirinin ve bu kayıtların Başkanlıkta da tutulması halinde Başkanın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimlerde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”

<sup>180</sup> Taşkın, s. 221-222.

<sup>181</sup> Taşkın, s. 222.

## 2. Denetlemenin Sona Ermesi Halleri

### a) Sürenin Dolması

Önleme amaçlı gerçekleştirilen iletişimin denetlemesi süreli bir tedbirdir. Bu nedenle denetlemenin Kanunda yazan üç ve on iki aylık süresi dolmuşsa, ya da terör örgütü faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlike nedeniyle devam eden denetleme için üç aylık süre dolmasına rağmen hakimden süreyi uzatmak için karar alınmamışsa tedbir kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda Başkanlık derhal denetlemeye son verecektir.

### b) Yazılı Emrin Hakim Tarafından Onaylanmaması- Yirmi Dört Saatlik Sürenin Dolması

Kanun denetlemenin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciler tarafından emir verilebileceğini, ancak bu emrin en geç yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerektiğini düzenlemiştir. Hakim ise denetlemeye ilişkin kararını kendisine gelmesinden itibaren yirmi dört saat içinde vermek zorundadır.

Tedbirin sona ermesine ilişkin olarak 5397 sayılı Kanunda “Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir kalkar.” düzenlemesi mevcuttur. Yönetmelikte 11. maddede ise “*Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hâkim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına Başkanlık tarafından derhâl son verilir.*” denilmektedir. Kanundan farklı olarak hakim tarafından yirmi dört saat içerisinde onayının alınamaması hali de sona erme sebepleri arasında yer almıştır.<sup>182</sup> Ancak Kanunla Yönetmelik arasındaki bu fark normlar arasındaki hiyerarşiye uymayan bir durum değildir. Çünkü yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanması sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Kanun gereği hakim yirmi dört saat içerisinde onay vermemesi durumunda elbette ki denetlemeye son verilecektir. Bunun Kanunda yer alıp, Yönetmelikte yer almaması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir.

---

<sup>182</sup> Sevük, s. 50.

Buradaki yirmidört saatlik süre de hakim onayının alınamaması, hakime ulaşılamaması durumunu değil, hakimın bu zorunluluğu yerine getirmemesi durumunu düzenlemektedir. Hakim onayına sunulmak için tespit edilen ve hakime onaylaması için verilen yirmi dört saatlik süreler azami süreler olduğu için yazılı emrin ne zaman verildiği, hakim onayına ne zaman sunulduğu ve hakimın de ne kadar süre içinde karar verdiğinin belirtilmesi gerekir.<sup>183</sup> TİB’ de yazılı bir emri uygulamaya başladıktan sonra kırk sekiz saatlik sürenin tamamlanıp, tamamlanmadığını takip ederek, eğer hakim tarafından bir onaylama kararı gelmezse denetlemeyi kendiliğinden sona erdirmek zorundadır.<sup>184</sup>

### c) Diğer Sona Erme Halleri

Yukarıda belirtilen iki sebep dışındaki bazı hallerde de denetlemenin sona erdiği kabul edilir. Suç işlenmesi tehlikesinin ortadan kalkması, suçun işlenmesi nedeniyle artık adli sürecin başlamış olması, denetlemeye maruz kalan kişinin ölmesi, önlenmesi amaçlanan suçun niteliğini kaybederek CMK 250. madde kapsamı dışına çıkması, denetlemeye artık ihtiyacın kalmaması, sürenin uzatılmasına ilişkin talebin reddedilmesi gibi hallerde de tedbir sona ermektedir. Yönetmelikte yer alan “uygulanan tedbirin sona ermesi...” ibaresinin bu halleri karşıladığı ifade edilmektedir.<sup>185</sup>

Burada üzerinde durulması gereken husus ne zaman önleme amaçlı yapılan denetimin adli amaçlı denetime dönüşeceği. Çünkü önleme amaçlı denetim henüz bir suç işlenmeden bu husustaki somut bir tehlike varlığı halinde başvurulabilecek bir tedbir iken, adli amaçlı denetim suç işlendikten sonraki sürece ilişkindir. Bu iki tedbirin de kanuni dayanakları farklıdır. 5271 sayılı CMK’nun 135 ve devamı maddeleri kapsamında adli amaçlı denetim yapılırken, önleme amaçlı denetimin kaynağı ise 5397 sayılı Kanundur. Bu iki kanunun örtüşen yönleri olsa da, bazı hususlarda farklı kıstaslar ortaya koymuşlardır. Bu nedenle suçun henüz hazırlık hareketlerinin gerçekleştiği aşama ile hazırlık hareketlerinin ötesine geçilip icra hareketlerinin gerçekleşmeye başladığı aşama arasındaki ayrım iyi yapılmalı ve buna göre önleme amaçlı yapılan denetim adli amaçlı yapılan denetime

<sup>183</sup> Sevik, s.51.

<sup>184</sup> Taşkın, s.223.

<sup>185</sup> Taşkın, s. 223.

dönüştürülebilmelidir. Bu hususta kanunlarımızda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu iki tedbirin iç içe geçtiği ve kesiştiği birçok durum vardır ve bu iki tedbir arasındaki sınırı çizmek oldukça zordur. Aslında bu güçlük kolluk kuvvetlerinin adli amaçlı gerçekleştirdikleri faaliyetler ile önleme amaçlı gerçekleştirdikleri faaliyetlerin ayrımı noktasında da görülmektedir. Kolluğun idari görevinin bitip adli görevinin nerede başladığını belirlemek noktasında da sorunlar yaşanmaktadır. Esas itibarıyla önleme amaçlı tedbirin uygulanması devam ederken suçun işlenmesi halinde veya halen işlenmeye devam etmesi halinde önleme amaçlı tedbire son verilerek, CMK 135. maddesi ne göre adli amaçlı denetlemeye geçilmelidir.<sup>186</sup>

### **3. Tutanakların Yok Edilmesi**

5397 sayılı Kanun uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceğini, bu durumun bir tutanakla tespit olacağını ve tutanağın da denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceğini düzenlemiştir. 10.11.2007 tarihli yönetmeliğin 11. maddesinde de “Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar ilgili kurumların en üst amirinin ve bu kayıtların Başkanlıkta da tutulması halinde Başkanın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimlerde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.” şeklinde Kanuna uygun bir düzenleme hüküm altına alınmıştır.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde tutanakların yok edilmesi işlemine ilişkin olarak CMK'nun 137. maddesinin 4. fıkrasında Cumhuriyet savcısının denetimi altında olacağı düzenlemiştir. Önleme amaçlı denetlemede ise kayıtlar polis, jandarma veya MİT' te bulunuyorsa yönetmeliğe göre ilgili kurumların en üst amirinin, kayıtlar başkanlıkta tutuluyorsa başkanın denetiminde yok olacağı kabul edilmiştir.

İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen kayıtların yok edilmesine ilişkin Kühne, böyle bir düzenlemenin öğretide ısrarla istenmesine rağmen hemen hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığını belirterek, savcının bu suretle elde ettiği delilleri kanunen herhangi bir yasak olmaması nedeni ile de yok etmemelerini haklı

---

<sup>186</sup> Kaymaz, s. 491.

gördüğünü belirtmiştir. Ayrıca bu düzenlemenin Avrupa'ya örnek bir düzenleme olduğunu da belirtmiştir.<sup>187</sup>

Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların yok edilmesi için en geç on günlük bir süre kabul edilmiştir. Öğretide suçların önlenmesine yönelik yapılan iletişimin denetlemesi tedbirine son verilmesini müteakip suçun işlenmesi de önleneceğinden kayıtların saklanmasına gerek kalmayacağı, bu nedenle de on günlük sürede kayıtların yok edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>188</sup> Ancak buradaki yok etme kavramından, elde edilen fakat içerikleri itibariyle kullanılmasına gerek görülmeyen bilgilerin anlaşılması gerektiği yönünde de görüşler vardır. Buna göre 5397 sayılı Kanununun 1/7. maddesinde bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, Kanunun amacı dışında kullanılamayacağı, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında, korunmasında gizliliğin esas olduğu, burada yer alan saklama ve koruma ifadelerinden elde edilen bilgilerin saklanabileceği anlaşılmalıdır, yoksa yapılan bu işlemlerin anlamının kalmayacağı belirtilmektedir.<sup>189</sup> Bize göre de istihbarat birleştirilmiş, değerlendirilmiş, analiz edilip yorumlanmış ve ayıklanmış bilgi olarak tanımlandığı için, denetleme sonucu elde edilen bilgilerin bu süzgeçlerden geçirilmesi ve korunması amacıyla daha uzun bir süre saklanabilmelidir.

#### **4. İlgiliye Bilgi Verilmesi**

5271 sayılı CMK'nun 137. maddesinin 4. fıkrasında tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde ilgisine bildirimde bulunulacağı düzenlenmiştir. 5397 sayılı Kanunda ise buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu durum; demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için bireyin haklarının korunmasında yeterli güvencelerin sağlanması gerektiği, bireyin haklarına idare makamları tarafından yapılan doğrudan müdahalelerin yargılama makamları tarafından denetlenebilmesi

---

<sup>187</sup>Hans- Heiner Kühne , “**Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri**”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, S. 3, s. 41-48.

<sup>188</sup> Taşkın, s. 224.

<sup>189</sup> Abdülkadir Kaya, “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi Ve Teknik İzleme**”, Yargı Dünyası Dergisi, S. 129, Eylül 2006, s. 11-20.

için bireyin bilgilendirilerek denetim işleminin içinde yer alması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>190</sup>Anayasanın 40. maddesinde “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” hükmü gereğince haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale niteliğinde olan önleme amaçlı denetleme konusunda, adli amaçlı denetlemede olduğu gibi, ilgili kişiler bilgilendirilmelidir ki, bu anayasal haklarını kullanma kabiliyeti olabilsin.<sup>191</sup> İletişimin denetlenmesine ilişkin olarak mevcut kanunlar gereği gibi uygulanmadığı için denetleme öncesi güvencelerin anlam ifade etmemesi sebebiyle denetleme sonrası yargısal denetim daha önemli hale gelmiştir. Ayrıca dinleme faaliyeti sona erip, dinlemenin nedeni olan tehlike ortadan kalktığı için dinlenen kişinin bilgilendirilmesi, Anayasa’nın 40. maddesinde ki “ Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” düzenlemesi gereğince zorunlu görünmektedir.<sup>192</sup>

AIHM’si de Kruslin ve Huvig davalarında kişilere sonradan bilgi verilmemesi konusunda bir değerlendirme yapmamış, Klass davasında ise dinlemenin sona ermesinden sonra kişiye bilgi verilmemesinin tek başına hak ihlali oluşturmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme içtihatlarından şöyle bir sonuç çıkarılmaktadır; kanun dinleme öncesi etkili bir yargısal denetim mekanizması öngörüyorsa ve bu sistem işliyorsay dinleme sonrası bilgilendirmeme bir hak ihlali sayılmaz.<sup>193</sup>

Ancak önleme amaçlı denetimlerin yapılabileceği suç türleri değerlendirildiğinde örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla karşılaşmaktayız. Suç işleme konusunda oldukça profesyonel olan suç örgütleri iletişim kaynaklarını kullanırlarken de hayli dikkatli davranmaktadırlar. Asıl olan kişilerin iletişimi denetlenmesinin karar verilmesi aşamasında doğru kişinin iletişiminin denetlenmesini sağlayabilmektir. Doğru kişinin iletişimi denetlenmiş ama kanuni süreler de herhangi bir veri elde edilmemişse de bu kişiye denetlendiğine dair bilgiler verilmesi, içinde bulunduğu suç örgütünün gerçekleştireceği suçları önlemek adına

---

<sup>190</sup> Sevük, s. 52.

<sup>191</sup> Birtek, s. 21.

<sup>192</sup> Altıparmak , s. 52.

<sup>193</sup> Altıparmak, s. 51.



doğru bir uygulama olmayacaktır. Bizce de dinleme öncesi etkili bir yargısal denetim mekanizması bu denetlemenin hak ihlallerine sebebiyet vermemesi adına daha uygundur.

### **E) Elde Edilen Verilerin Kullanımı**

5397 sayılı Kanun da açık bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre “Bu madde hükümlerine göre yürütölen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz.” denmektedir. Buna göre polis ve jandarmanın bu tedbiri yerine getirirken amacı suçun işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzenini korumak, emniyet ve asayişin sağlanmasına hizmet etmek, MİT açısından ise devletin kendi iç ve dış güvenliğini korumak, ulusal güvenliği içten ve dıştan tehdit edebilecek faaliyetler hakkında istihbarat oluşturmak ve bunu ilgili kurumlara bildirmektir.<sup>194</sup>

Kolluğun suçun işlenmesini önlemek amacıyla yaptığı bu denetleme sonucunda kuşkuilanılan suç işlenmedi ise ya da hareketler teşebbüs aşamasına ulaşmadı ise ya da denetleme amacına ulaşp suçun işlenmesi önlendi ise, soruşturma ve kovuşturma aşaması başlamayacağı için elde edilen veriler ya kullanılmayacak ya da kanunun belirlediği amaçlar için kullanılmış olacaktır. Ancak her zaman aynı sonuçla karşılaşılmayabilir. Önlenmeye çalışılan suç işlenmiş veya hazırlık hareketlerini aşarak teşebbüs aşamasına ulaşmış olabilir.<sup>195</sup> Bu denetleme, önleyici nitelikte olduğu için uzak bir suç işleme tehlikesi halinde uygulanmaktadır. Fakat suç öngörölen zamandan önce işlenmiş olabilir, takip edilen bir organize suç örgütü veya terör örgütü üyesinin planladığı eyleme geçme kararını erkene alması ve eylemi gerçekleştirmesi durumunda elde edilen verilerin ceza soruşturması ya da kovuşturması açısından değeri ne olacaktır?<sup>196</sup>

Öğretide bu hususta değişik görüşler bulunmaktadır. Burada üzerinde tartışılması gereken ilk husus bu şekilde elde edilen verilerin soruşturma başlatılabilmesi için basit şüphe başlangıcı olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Diğer bir husus ise bu verilerin delil olma niteliğinin kesin olarak olmamasının doğru olup olmadığıdır.

---

<sup>194</sup> Kaymaz, s. 492.

<sup>195</sup> Kaymaz, s. 491.

<sup>196</sup> Birtek, s. 24.

## 1. Elde Edilen Verilerin Soruşturma Başlatılması Sorunu

Bu şekilde elde edilen veriler delil olarak kullanılamasa da, soruşturma başlatılabilmesi için kullanılabilmesi genel olarak kabul edilen bir durumdur.

5397 sayılı Kanunun gerekçesinde "...bir suç olunmasına vakıf olunması veya kuvvetli belirtinin tespiti durumunda keyfiyetin Cumhuriyet savcılarında bildirilmesi suretiyle idari tedbirin sona erdirilmesi ve adli denetim suretiyle elde edilen delillerle dayalı olarak soruşturma başlatılmasının sağlanacağı açıktır." denmektedir. Amaca bağlılık ilkesi gereğince delil olarak kullanılması mümkün olmayan verilerin bir soruşturmanın başlatılabilmesi için kullanılması mümkündür.<sup>197</sup> Ceza muhakemesi sanık haklarının korunmasını sağlayan bir sistem oluşturmaya çalışırken, bu haklardan yoksun bir kişinin önleme amaçlı denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanılması dürüst yargılanma ilkesini ve hukuk devleti esaslarını ihlal edecektir. Ancak bu veriler adli amaçlı denetlemenin uygulanması için şüphe sebebi olarak kullanılabilir.<sup>198</sup>

Bu şekilde elde edilen veriler, katalog suç yöntemini benimseyen CMK 135. maddesi kapsamında işlenmiş bir suça ilişkin olarak mı, yoksa TCK da yer alan herhangi bir suça ilişkin olarak mı soruşturma başlatılmasında kullanılacaktır? Önleme amaçlı denetimin şartlarına göre daha sıkı şartların yer aldığı CMK'daki tedbirde tek tek sayılan suçların ötesinde diğer suçların soruşturmalarının başlatılmasında bu bilgilerin kullanılması halinde, CMK daki katalog yönteminin işlevini kaybedeceği söylenebilir. Burada ise önleme amaçlı denetimler sonucu elde edilen verilerin delil olarak hükme esas alınması değil, bu verilerin soruşturma için başlangıç şüphesi olarak kabul edilmesi nedeniyle CMK 135/6. maddede yer alan suçlarla ilgili sınırlama kabul edilmemektedir.<sup>199</sup> Önleme dinlemesi de hakim kararına dayandığından bu şekilde elde edilen verilerin soruşturma başlatılabileceği gibi, bunlara dayanılarak adli amaçlı denetleme kararı de verilebilmelidir.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Kaymaz, s. 495.

<sup>198</sup> Zeki Vatan, *Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*, İstanbul 2009, s. 144.

<sup>199</sup> Kaymaz, s. 495.

<sup>200</sup> Şen, *Telefon Dinleme*, s. 209.

Ayrıca TCK 279. maddesi<sup>201</sup> kamu görevlilerinin görevleri ile bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenip bildirmemelerini bir suç olarak kabul etmişti. Buna göre denetlemeyi gerçekleştiren görevlinin bir suçun işlendiğine dair veri veya verileri ilgili makama yani Cumhuriyet savcısını bildirmesi bir zorunluluktur.<sup>202</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi 30.06.2011 tarihinde bu hükmün iptaline karar vermiştir.<sup>203</sup>

Bu hükmün iptali ile birlikte herhangi bir cezai müeyyide söz konusu olmasa da, kamu güvenliği ve düzeni için görev yapan kamu görevlilerinin suçun işlendiğini öğrenmelerine rağmen hareketsiz kalmalarını kabul etmek makul görünmemektedir.

## 2. Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılabilmesi Sorunu

Kanun koyucu hukuki düzenlemelerde de delil terimi yerine kayıt terimini tercih etmiştir. Amaca bağlılık ilkesi gereğince bir tedbiri uygularken elde edilen bilgiler, ancak o tedbirin amacı çerçevesinde kullanılabilir. Başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılabilmesi mümkün değildir. Bu ilke doğrultusunda denetleme sonucu elde edilen veriler delil olarak kullanılamayacağı gibi, bir disiplin soruşturmasında ya da bir hukuk mahkemesinde de kullanılamayacaktır.<sup>204</sup> Denetlemeyi gerçekleştiren görevlilerin tanık olarak dinlenmesi veya bu bilgilerin yazılı metne dönüştürülüp keşif konusu haline getirilmesi de mümkün değildir.<sup>205</sup> Bu konuya ilişkin öğretide bu şekilde elde edilen verilerin yargılamada hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde görüşler olduğu gibi, delil olarak kullanılması<sup>206</sup> yönünde de görüşler bulunmaktadır.

---

<sup>201</sup> Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi Madde 279- (1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

<sup>202</sup> Taşkın, s. 228.

<sup>203</sup> Henüz kararın gerekçesi yayınlanmamıştır. Kararın RG yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.07.2011

<sup>204</sup> Öztürk/ Erdem, s. 631.

<sup>205</sup> Taşkın, s. 225.

<sup>206</sup> Ceza Muhakemesi Hukukunda ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılmasında ikili bir ayırım yapılmaktadır. Ses veya görüntü kayıtları usulüne göre doldurulup muhafaza altına alınmamış ve yine usulüne uygunu bir şekilde mahkemeye delil olarak sunulmuş değilse söz konusu kayıtlar hiçbir şekilde delil vasfına haiz değildir. Bunlar ancak bir belirti olarak kabul edilebilir. Buna karşılık usulüne göre doldurulmuş muhafaza altına alınmış ve yine usulüne uygun bir şekilde mahkemeye delil olarak sunulmuş ses veya görüntü kayıtlarının delil olduğu, bunların aslında bir çeşit yazılı açıklama olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Öztürk- Erdem, s. 410-412. Bu surette elde edilen kayıtların belirti

Taşkın'a göre bu bilgiler "işlenmiş bir suçun aydınlatılmasında kullanılırsa gerçek amaçtan sapılmış ve kanundaki başka amaçla kullanılmama ilkesi dolanılmış olacaktır." Ayrıca bu bilgilerin işlenilmiş olan suçun aydınlatılmasında kullanılması, denetlemenin gizliliğine rağmen, diğer soruşturma sürecine ilişkin bilgilere ulaşan kişilerce öğrenilmesine, böylece asıl devam eden denetlemenin anlaşılmasına ve amacının tehlikeye düşmesine neden olacaktır.<sup>207</sup> Vatan'a göre de CMK sanık haklarını koruma üzerine bir sistem oluşturmuştur. Bu Kanun kadar sıkı şartlara haiz olmayan önleme dinlemesinden elde edilen verilerin delil olarak kullanılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.<sup>208</sup> Kaymaz'a göre de cezalandırılabilir bir fiilin ortaya çıkması ile birlikte artık önleme dinlemesine son verilmeli ve adli dinlemeye geçilmelidir. Ceza ve ceza yargılaması hukukunu ilgilendiren bu duruma rağmen önleme dinlemesi devam ettirilmek suretiyle elde edilen verilerin delil olarak kullanılmayacağını belirtmektedir. Çünkü her iki tedbirin amacı, kapsamı ve koşulları farklıdır, CMK 135. maddedeki koşulların aranmadığı önleme dinlemesi sonucu elde edilen verilerin kullanılması durumunda CMK 135. madde hükümlerinin işlevinin kaybedeceğini belirtmektedir.<sup>209</sup>

CMK'nın 135. maddesi kapsamında yapılan denetlemeler için iletişimi denetlenen kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler ve müdafii ile yaptığı iletişimin denetlenmesi konusunda sınırlamalar mevcut iken, önleme amaçlı yapılan denetlemelerde bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Henüz şüpheli veya sanık sıfatı almayan bir kişinin müdafisinin olması da mümkün değildir. Ancak bu sınırlamalar olmaksızın yapılan denetlemelerden elde edilen verilerin yargılama aşamasında kullanılması durumunda tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler ile daha sonra müdafii olacak kişi arasındaki iletişime ait olması durumu da sorun yaratacaktır.<sup>210</sup>

---

delili olup, bunlar keşfe konu olurlar. Bu kayıtlar duruşmada dinlenip, izlendikten sonra değerlendirilir. Bkz.Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, 2010 İstanbul, s. 405.

<sup>207</sup> Taşkın, s. 228.

<sup>208</sup> Vatan, s. 144.

<sup>209</sup> Kaymaz, s. 497.

<sup>210</sup> Kaymaz, s. 496.

Ancak uygulamada yaşanan bazı gerçekler önleme amaçlı yapılan denetimlerde elde edilen verilerin delil olarak kullanılıp kullanılmama noktasında soru işaretleri oluşturmaktadır. CMK 250. madde kapsamına giren, terör örgütleri ile organize suç örgütleri tarafından işlenmesi öngörüsü ile başlatılıp, ancak engel olunamayan ve işlenen bir suçun aydınlatılması için elde edilen verilerin delil olarak kullanılmayacak olması suçla mücadele ve temel hak ve hürriyetler arasındaki hassas dengeyi ilgilendirmektedir. Güvenlik ve özgürlük arasındaki tercihler ve hassasiyetler ülkelerin kanuni düzenlemelerine yansımış görünmektedir.

Örneğin İngiltere teknik dinleme neticesinde elde edilen verilerin güvenlik güçlerinin soruşturma yöntemlerini deşifre etme endişesi ile delil olarak kullanılmayacağını kabul etmiştir. Ancak 2000 yılında çıkarılan Kanunda yine delil yasağı kabul edilse de, bazı istisnai durumlarda, elde edilen verilerin delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmiştir.<sup>211</sup> Amerika'da da 2001 tarihli Patriot Act ile önleme dinlemesini düzenleyen FISA (The Intelligence Surveillance Act) da değişikliklere gidilerek cezai soruşturmalarda da FISA hükümlerinin uygulanmaya başlanması sağlanmıştır. FISA Mahkemesi kolluğun hedeflerini gerçekleştirmek için FISA usullerini uygulamak suretiyle bir soruşturmayı yönlendirip kontrol edemeyeceğine, bir cezai soruşturmayı derinleştirmek için FISA usullerini kullanamayacağına, ayrıca FISA kapsamındaki arama ve takiplerin başlatılması, genişletilmesi ve devam ettirilmesi amacıyla istihbarat görevlilerine tavsiyelerde bulunamayacağına karar vermiştir. Ancak FISA Mahkemesinin bu kararına itiraz edilmesiyle, FISA İtiraz Mahkemesi (FISA Court of Review) FISA'nın yabancı istihbarat bilgisinin belli türdeki cezai soruşturmalarda hükümet tarafından kullanılmasını sınırlandırmadığına karar vermiştir. Bu karar ile Patriot Kanunu'nun bu hükmü yargının da onay vermesiyle perçinlenmiştir.<sup>212</sup> Alman Anayasası'nın 10. maddesine ilişkin olarak çıkarılan G10 Kanununa dayanılarak Alman Hukuku'nda da önleme dinlemesi yapılabilmektedir. 1994 tarihinde yürürlüğe giren Suçlulukla Mücadele Kanunu ile hakim kararı olmadan yapılan dinlemelerin alanı genişletildiği

---

<sup>211</sup> Ali Özdoğan, **Teknik Dinlemeye Dair**, Ankara 2004, s. 168.

<sup>212</sup> Yardımcı, s. 37.

gibi bu şekilde elde edilen verilerin istisnai de olsa delil olarak kullanılması sağlanmıştır.<sup>213</sup>

Bu yöntemle elde edilen bilgiler arasında önlenemediği için işlenmiş olan suçun aydınlatılmasında kullanılacak nitelikte bilgiler bulunmakta, faillerin tespiti, suç delillerinin neler olduğu ve nerede bulunduğu konusunda önemli veriler elde edilmektedir. Önleme dinlemesi devam ederken elde edilen bilgiler, daha sonra adli dinlemeye geçilse ve bu tedbire devam edilse bile aynı nitelikte veya içerikte bilgilere ulaşılamayacaktır. Çünkü suç işlenmeden önce veya hemen sonrasında elde edilebilecek bilgilere ilerleyen zamanlarda ulaşma ihtimali oldukça az görünmektedir. Oysa ki suçun aydınlatılmasında kullanılacak o bilgiler istihbarat faaliyeti kapsamında denetleme yapan kolluk biriminde bulunmakta, ancak amaca bağlılık ilkesi gereğince suçun aydınlatılmasında kullanılamamaktadır.<sup>214</sup>

Önleme amaçlı denetim sonrasında elde edilen verilerin delil olarak kullanılabilmesini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Buna göre önleme amaçlı denetlemelerde asıl olan hakim kararıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla izin verilen yetkili merciler denetleme emri verseler de bu kararlarda kanunda öngörülen süreler içerisinde hakim önüne sunulmaktadır. Bu verilere dayanılarak soruşturma başlatması noktasında bir engel olmamakla birlikte, AİHM kararları ve CMK hükümleri değerlendirildiğinde soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılması açısından da bir engelin bulunmadığı, engellenememiş terör suçları ve organize suçların aydınlatılabilmesi için şüpheli veya sanığa savunma hakkının kullanılmasının sağlanması suretiyle bu verilerin delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir.<sup>215</sup>

Şen' de "...usulüne uygun tespit ve dinleme yapılmışsa, buradan elde edilen kayıtların bir ceza soruşturması başlatılmasına dayanak teşkil edebileceğini ve dinlemeye konu suçların CMK m. 135/6'da yer alan katalog kapsamında yer alması şartıyla, elde edilen kayıtların delil değerinde bulunacağını" belirtmektedir.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Feridun Yenisey/ Sinan Altunç, "İletişimin Denetlenmesi Hakkında", Mart 2007. s. 17 <http://www.turkhukuk.com>, (24.03.2001).

<sup>214</sup> Taşkın, s.228

<sup>215</sup> Birtek, s. 26.

<sup>216</sup> Ersan Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", Ceza Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, S.4, s. 97-137.

Bize göre de önleme amaçlı denetlemeler sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanılabilmesi hususunda, hakim denetiminden geçmiş ya da hakimler tarafından verilmiş hukuka uygun olarak elde edilmiş veriler olduğundan, önleme amaçlı tedbirin adli amaçlı tedbire çevrilmesi sürecinde yaşanacak aksaklıklar nedeniyle ve adli amaçlı tedbire başlanmış olsa bile aynı nitelikte verilere ulaşma şansının çok az olması nedeniyle, temel hak ve hürriyetlerinin ve ceza muhakemesi hukukun sağladığı güvencelere de sadık kalınarak gerekli kanuni değişikliklerin yapılması daha uygun olacaktır.

### 3. Tesadüfen Elde Edilen Verilerin Kullanımı

CMK'da tesadüfen elde edilen delillerin kullanılmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.<sup>217</sup> Buna göre CMK135/6 da yer almayan bir suçla ilişkin delil elde edilmişse, bu delil o suçun soruşturma ve kovuşturmasında delil olarak kullanılmayacaktır. Kullanılmasına izin verilmesi durumunda, tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan suçların aydınlatılmasında kullanmak amacıyla katalog suç kapsamındaki bir suçla ilişkin uydurma bir soruşturma başlatılarak bu tedbirin kötüye kullanılmasının yolu açılacaktır.<sup>218</sup>

Tesadüfen elde edilen deliller konusunun delil yasakları bakımından çok önemli olması nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunumuz tesadüfen elde edilen delillerin sınırsız olarak kullanılmasına olanak tanımamıştır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında 135/6 da belirtilen 18 suçtan biri ile ilgili olarak tesadüfen elde edilecek delillerin de kullanılabilmesini açık bir hükümlerle düzenlemiştir. Tesadüfen elde edilen deliller bu belirtilen 18 suçun dışında bir suçla ilgili olduğu takdirde kullanılmayacaktır. Ancak tesadüfen elde edilen deliller

---

<sup>217</sup> **Tesadüfen elde edilen deliller MADDE 138.** - (1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. (2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

<sup>218</sup> Erdem, İletişiminin Denetlenmesi, s. 11.

kullanılmayacak da olsa, bunları öğrenen kamu görevlisinin bir suçun varlığı durumunda ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır (TCK 279).<sup>219</sup>

Önleme amaçlı yapılan denetlemelerde ise elde edilen verilerin CMK 250. madde kapsamında yer alan suçların önlenmesi amacıyla yapıldığı açıktır. Ancak denetleme gerçekleştirilirken CMK 250. madde kapsamına giren fakat, dinleme kapsamı dışında bir suçun işleneceğine ilişkin elde edilen verilerin kullanılması ile CMK 250. madde kapsamına girmeyen bir suçun işleneceğine ilişkin elde edilen verilerin kullanılması hususunda, CMK' da olduğu gibi, 5397 sayılı Kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Tesadüfen elde edilen verinin 250. madde kapsamında olan bir suç olmasına rağmen dinleme kararı dışında bir suça ilişkin ise, örneğin uyuşturucu kaçakçılığının önlenmesi amacıyla iletişim denetlenirken, bir terörist faaliyetin gerçekleşeceğine ilişkin bir veri elde edilirse bu veri suçun işlenmesinin önlenmesinde kullanılacaktır. CMK'da yer alan düzenlemenin mantığına da aykırı değildir. Ancak tesadüfen elde edilen veri 250. madde de sayılan suçlardan biri değilse, örneğin uyuşturucu kaçakçılığının önlenmesi amacıyla yapılan denetleme de hırsızlık suçunun işleneceğine dair bir veri elde edilirse bunun kullanılıp kullanılmayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale olan bu tedbir gerçekleştirirken elde edilen delil, adli dinlemede katalogda yer alan suçlardan birisine ilişkin değilse kullanılmamaktadır. Çünkü buna imkan verilmesi durumunda katalog suç sınırlamasının işlevini kaybedeceği kabul edilmektedir. Aynı sorun önleme amaçlı denetleme için de geçerli olabilir. Yani kolluk 250. madde kapsamına girmeyen bir suçun işlenmesini önlemek için, sanki bu madde ile sınırlanan suçlardan birinin işlenme ihtimali varmış gibi denetlemeyi başlatarak sınırlamanın amacını ortadan kaldıracaktır.<sup>220</sup>

Tesadüfen elde edilen veri 250. madde kapsamına giren bir suçun ya da bu maddede yer almayan bir suçun işleneceğine ilişkin olabilir. Kolluk denetleme devam ederken bu şekilde elde ettiği veriyi herhangi bir sınırlama olmaksızın ilgili

---

<sup>219</sup> Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda iletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması”, <http://portal.hakanhakeri.com>, (19.04.2001).

<sup>220</sup> Taşkın, s. 230.



kolluk birimine gizlilik içerisinde ihbar etmeli ve suçun işlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Çünkü zaten sınırlamalar dahilinde ki bir suçun işlenme ihtimali sebebiyle hakim kararı ile devam eden ve haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdahale mevcut bulunmaktadır. Verilerin herhangi bir ayırma tabi olmaksızın kullanılması ve suçun işlenmesinin önlenmesinin sağlanması yeni bir hak kaybına sebep olmayacaktır.<sup>221</sup>

250. madde kapsamına girmesi gerektiği yönünde bir sınırlama olduğunu kabul edersek bu durumda da kolluğun bir suçun işleneceğini öğrenmesine rağmen suçun işlenişine seyirci kalmasını kabul ederiz.<sup>222</sup> Ancak kanunun hem adli hem de idari görevler yüklediği, kamu düzeninin ve asayişinin sağlanması ile yükümlü tuttuğu kolluk görevlisi açısından suçun işleneceğini öğrenmesine rağmen hareketsiz kalması görevi kötüye kullanma<sup>223</sup> suçunun oluşmasına neden olacaktır.

#### **4. Bu bilgilerin CMK 332. Madde Kapsamında İstenmesi**

CMK 332. madde<sup>224</sup> Cumhuriyet Savcısı, hakim ve mahkemelerin bilgi istemesine ilişkin düzenlemede bunu yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında görevi kötüye kullanma suçundan dolayı doğrudan soruşturma yapılacağı belirtilmiştir. Bu bilgilerin CMK'nun 47. maddesinde<sup>225</sup> yer alan devlet sırrı

---

<sup>221</sup> Taşkın, s.231.

<sup>222</sup> Taşkın, s. 230 .

<sup>223</sup> **Görevi kötüye kullanma MADDE 257.** - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>224</sup> **Bilgi isteme MADDE 332.** - (1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

(2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.

<sup>225</sup> **Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık MADDE 47.** - (1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtibi dahi

niteliğinde bilgiler olmaması sebebiyle, bu maddede yer alan usul ve esaslarda uygulanamayacağından istenmesi durumunda verilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu tedbirin gizliliği ve bu şekilde bir talep karşısında bilgi verilmesi durumunda amaca ulaşamama ihtimalini ortaya çıkarması nedeni ile devam eden denetimlere ilişkin bilgi verilmemesi konusunda Kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Biten denetlemeler için ise istihbarat çalışmalarının ve görevlilerinin güvenliğinin sağlanması amacıyla ancak belirli suçlar için ve gizlilik sağlanması suretiyle istenmelerine imkan tanınacak düzenlemeler yapılmalıdır.<sup>226</sup>

---

olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir. (3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır. (4) Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder.

<sup>226</sup> Taşkın, s. 229.

## IV. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN DENETİMİ

İletişimin denetlenmesine ilişkin denetim; denetleme kararının verildiği aşama, sürdürülürken ve sona erdikten sonra olmak üzere üç aşamadır. İlk iki aşamada yapılan denetimlerde bu tedbirin gizli olarak yürütülüyor olması sebebiyle bireyin yer alması mümkün değildir.<sup>227</sup>

### A. Bireylerin Dışında Gerçekleşen Denetim

#### 1. Denetim Mekanizmaları

5397 sayılı Kanunla PVSK'nın ek 7. maddesine “ bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ile Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi ve komisyon tarafından yapılır” fıkrası eklenmişti.

Anayasa Mahkemesi'ne 2005/85 esas sayılı dosya ile yapılan iptal başvurusu üzerine<sup>228</sup> “... ve Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi ve komisyon” ibaresi iptal edilmiştir. Karar incelendiğinde “...telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespitine dair faaliyetlerin denetimiyle görevli kılınan Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin denetim yetkisinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişiler arasından belirlenmesi gerekir. Bu ibareler, Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerini açık bir şekilde belirlemediğinden Anayasa'nın 128. maddesine<sup>229</sup> aykırıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki

<sup>227</sup> Fatih. S. Mahmutoğlu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, Polise Görev, Yetki Ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (Muyep) Tebliğleri-II, 2007, s. 405-418.

<sup>228</sup> 134 ve 135 numaralı dipnotta bu karara ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

<sup>229</sup> Anayasa'nın 128. Maddesi “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.

*güvenlik sağlamayan kurallar Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. İptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.”* gerekçesi görülmektedir.

Bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin denetlemeyi gerçekleştirecek kişilere ilişkin niteliklerin açıkça belirtilmediği gerekçesine dayandığı anlaşılmaktadır. Buna göre denetlemeyi gerçekleştirecek kişi ya da komisyonun niteliklerine ilişkin ayrıntılı bilgilerin yer alması durumunda bunun Anayasa'ya aykırı olmayacağını kabul edebiliriz. AIHM'sinin kötüye kullanılmaya karşı yeterli güvenceye sahip bir sistem oluşturulması yönünde kararları değerlendirildiğinde, etkin ve bağımsız bir denetim mekanizmasının oluşturulması bizim hukukumuz açısından da oldukça önemlidir.<sup>230</sup> Bu şekilde gerçekleştirilen bir dış denetim ne kadar önemli ise istihbarat birimleri açısından etkin ve etkili, birim içinde iyi işleyen bir iç denetim mekanizması da o kadar önemlidir.<sup>231</sup>

İletişimin denetlenmesi faaliyetlerini denetimi, sıralı kurum amirleri, polis için Emniyet Genel Müdürlüğü, jandarma için Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığı Mülkiye müfettişleri tarafından yapılmaktadır. Denetleme görevi teftiş elemanlarının münhasıran yetkilendirildiği hususlarla sınırlı olduğu için öncelikle bir yönerge oluşturulmalı ve bu yönerge kapsamında hiçbir alan denetim dışı bırakılmamalıdır. Öncelikle somut bir tehlike olmadan istihbarat faaliyetine başlanılmayacağından, denetimlerde bu hususun da incelenmesi gerekir. Devlet bütçesinin önemli bir bölümü güvenlik ihtiyacımız için harcanmaktadır. Bu bütçenin etkin, verimli ve tahsis amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı da gizlilik ve hesap verilebilirlik ilkeleri arasındaki denge de gözetilerek iç ve dış denetimler sırasında önemle araştırılmalıdır. Ayrıca denetim sırasında her türlü belge veya bilgiye ulaşma imkanı sağlanmalı, iç denetimlere ilişkin ayrıntılı raporlar dış denetimler kullanılmak üzere düzenlenerek, muhafaza edilmelidir.<sup>232</sup>

Devlet Denetleme Kurulu'nun TİB'nin 2006, 2007, 2008 yıllarındaki faaliyet ve işlemlerin denetlenmesi sonrasında yayınladığı raporda; “TİB'nin denetiminin,

<sup>230</sup> Birtek, s. 17-18.

<sup>231</sup> Avşarbey/İleri, s.14.

<sup>232</sup> Avşarbey/İleri, s. 14.

*kurumun hassasiyeti ve özerkliği dikkate alınarak yasa ile belirli bir yöntemle bağlanması ve yüksek yargı organları temsilcilerinden ve Başbakanlık, Adalet ve Mülkiye Müfettişlerinden oluşturulacak bir komisyon tarafından her yıl denetlenmesi, denetim sonuçlarının Başbakanlığa ve ilişkili Bakanlığa bildirilmesi ve kamuoyu ile paylaşılmasına yönelik düzenleme yapılması, kurumun faaliyetleri hakkında Başbakanlığa kamuoyuna sunulmak üzere her yıl düzenli olarak rapor verilmesi konusunda Teşkilat Yönetmeliğinde düzenleme yapılması ve ülke genelinde kaç vatandaşın iletişimlerinin denetlendiğine ilişkin sağlıklı istatistiklerin kamuoyu ile paylaşılması” şeklinde bir öneri bulunmaktadır.*

Hukukun üstünlüğü demokratik devletin vazgeçilmez ilkesidir. Bir ülkede vatandaşların sürekli dinlenme korkusu ile yaşaması, bunu engelleyecek kanuni güvencelerin sağlanmadığı yönündeki düşünceleri hukukun üstünlüğüne olan inancını zayıflatacaktır. Bize göre de etkili bir dış denetim bu yöndeki güven bunalımını ortadan kaldırmaya katkı sağlayacaktır. Yüksek yargı organı mensuplarından oluşan bağımsız bir kurumun ülkede gerçekleşen iletişimin denetlenmesi tedbirlerini etkili bir biçimde denetleme imkanı sağlanmalıdır. Bu kurum ülkede mevcut yüksek yargı makamlarından ayrı ve bağımsız çalışmalıdır. Yapılan denetlemeleri tehlikeye atmamak koşuluyla yıllık raporlar düzenleyerek bunu kamuoyu ile paylaşmalıdır. TİB bu konuya ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Ancak bu raporların kamuoyundaki güvenilirliği konusunda şüpheleri ortadan kaldırmak amacıyla bu şekilde kurulmuş bağımsız bir kurumun yapması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca bu kurumun içinde bireylerin başvuru yapabileceği, eğer bir hukuka aykırılık var ise bunların tespiti ve zararlarının karşılanması yönünde kararlar verme yetkisi olan bir komisyonun kurulmasının hak mağduriyetlerinin kısa sürede çözümü açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

## **2. Tedbirin Kanuna Aykırı Olarak Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanacak Cezai Yaptırımlar**

5397 sayılı Kanun elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerli olduğunu ve buna aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapabileceğini düzenlemiştir. Kolluğun önleme

amaçlı olarak yani idari kolluk olarak gerçekleştirdiği faaliyetleri sırasında suç işlenmesi durumunda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak ve bu Kanun gereğince izin alınması durumunda soruşturma başlatılabilecektir. Ancak 5397 sayılı Kanuna göre gizliğin ihlali durumunda savcının doğrudan soruşturma başlatabilmesi imkanı tanınmıştır.<sup>233</sup> TCK'nın 258. maddesinde göreve ilişkin sırrın açıklanması şeklinde bir düzenleme mevcuttur.<sup>234</sup> Bu düzenlemeye göre “Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.” denmektedir. TCK'nun bu maddesine göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizliliği ihlal eden kamu görevlisi görevinden ayrılmış olsa bile bu maddeden ceza alabilecektir.

5397 sayılı Kanunun başka bir fıkrasında ise; “maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukukten geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.” düzenlemesi yer almaktadır. 5237 sayılı TCK'nun “Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı 9. bölümündeki hükümler bu durumda uygulanacak olan hükümlerdir.

TCK'nun bu bölümünde yer alan ve 132. maddesinde<sup>235</sup> düzenlenmiş olan “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu” hukuka aykırı olarak yapılan önleme amaçlı

---

<sup>233</sup> TCK 285. Madde gizliğin ihlali suçunu düzenlemektedir. Bu suç soruşturma evresinin temel özelliklerinden biri olan gizliliğin ihlal edilmesi durumunda ve kovuşturma evresinde yapılması gereken kapalı duruşmalara ilişkin olarak gizliliğin ihlal edilmesi durumunda verilecek cezaları tespit etmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde geçerli olan gizlilik kuralının ihlal edilmesi durumunda bu maddenin uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

<sup>234</sup> Yardımcı, s.268.

<sup>235</sup> **MADDE 132.** - (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlaması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

iletişimin denetlenmesinde uygulanacak cezai yaptırımlardan biridir. Bu maddeye göre kişiler arasındaki haberleşme telefon, telgraf veya elektronik posta gibi herhangi bir yöntemle gerçekleşse de, haberleşmenin tarafı olmayan kişi tarafından gizliliğin ihlal edilmesi halinde suç oluşur. Haberleşmenin gizliliğinin dinleme veya okumak bu suçun temel şekli iken, bunların kayda alınması suretiyle işlenmesi nitelikli halidir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizliliğinin ihlali durumunda bu suç oluşacaktır.<sup>236</sup> Hakim kararı olmaksızın ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciden izin alınmaksızın yapılan denetlemeler ile, yetkili merci tarafından verilen kararın hakim tarafından onaylanmamasına rağmen ya da kararda belirtilen süre sona ermesine rağmen denetlemeye devam edilmesi durumunda bu suç oluşacaktır.<sup>237</sup> Şu anki mevcut uygulamada önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilirken, canlı dinlemelerin mümkün olmaması, bu nedenle de önce kayıt altına alma sonra ise iletişim içeriklerine ulaşması nedeniyle birinci fıkranın uygulanması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla ikinci fıkrada düzenlenen suç nedeniyle cezalandırılmaya gidilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında haberleşme içeriklerinin alenen ifşa etmesi yani haberleşme içeriklerinin yetkisiz kişiler tarafından öğrenilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen verilerin savcılığa veya mahkemeye verilmesi durumunda suç oluşmazken, ancak bu veriler hukuka uygun bir şekilde kayıt altına alınmış olmasına rağmen televizyon ve gazetelerde yayınlanması durumunda suç oluşacaktır.<sup>238</sup> Haberleşme içeriklerinin basın yayın yoluyla ifşa edilmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı maddenin son fıkrasında belirtilmiştir.

Hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesini TCK 135. maddesinde<sup>239</sup> suç olarak düzenlemiştir. İstihbarat yetkisine sahip olan polis, jandarma ve MİT'in

---

<sup>236</sup> İsmet Özkorul, “Özel Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adelet.gov.tr>, (14.02.2011).

<sup>237</sup> Ramazan Keklik, “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Dergisi, Mayıs 2006, S. 25, s. 226-251.

<sup>238</sup> Yusuf Hakkı Doğan, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adelet.gov.tr>, (15.02.2011).

<sup>239</sup> **MADDE 135.** - (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka

iletişimin denetlenmesi işleminde hukuka aykırı olarak elde ettiği kişisel verileri kaydetmesi bu suçu oluşturacaktır. Fişleme olarak ifade edilen eylem bu madde ile cezalandırılmıştır. Kanun koyucu ayrıca TCK'nun 136. maddesinde<sup>240</sup> verileri hukuka aykırı olarak başkasına verme ve ele geçirme eylemini yaptırım altına almıştır. Hukuka aykırı veya hukuka uygun olsun iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kişisel verilerin görevliler tarafından başkasına verilmesi bu suçu oluşturacaktır.<sup>241</sup>

TCK'nun 138. maddesi<sup>242</sup> kişisel verilerin yok edilmemesi suçunu düzenlemektedir. Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri yok etmek için görevli olanlar, görevlerini yerine getirmezlerse cezalandırılacaklardır. 5397 sayılı Kanunda uygulanan tedbirin sona ermesi halinde iletişim içeriklerinin 10 gün içinde yok edileceğini düzenlemiştir. Bu durumda süresi içinde bu kayıtların yok edilmemesi TCK'nun bu hükmünün uygulanmasını gerektirecektir.<sup>243</sup>

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini uygularken hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden, hukuka aykırı olarak başkasına veren veya ele geçiren görevliye TCK md.135. ve 136. hükümlerinin bağımsız suçlar olması ve maddi unsuların ayrı olması nedeni ile fikri içtima hükümlerinin uygulanmaması ve bu maddelerin ayrı ayrı uygulanması gerekmektedir.<sup>244</sup>

TCK haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları için kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi durumlarını bir artırım sebebi olarak düzenlenmiştir.

---

aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

<sup>240</sup>**MADDE 136.** - (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır .

<sup>241</sup> Vatan, s.173-177.

<sup>242</sup>**MADDE 138.** - (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>243</sup> Doğan, s.5.

<sup>244</sup> Doğan, s. 7.



Verileri yok etmeme suçu için ise kanun koyucu böyle bir ağırlaştırıcı sebep öngörmemiştir. Suçun faili herkes olabilse de özel hukuk alanında ticari amaçlı veya reklam amacıyla saklanan verilerin yok edilmesi gerektiğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamu görevlisinin bu suçun faili olabilmesi için ise verileri yok etme yükümlülüğünün olması gerekir.<sup>245</sup>

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun taslağı<sup>246</sup> incelendiğinde kişisel verilerin işleme tâbi tutulmasında kişiliğin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla ve kişisel verileri işleme tâbi tutan kişi ve kurumların, şikayet başvurusu üzerine ya da kendiliğinden inceleme yapan Kişisel Verileri Koruma Kurumu oluşturulacağı şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca kanuna aykırı uygulamaların başka bir suçu oluştursa bile hem hürriyeti kısıtlayıcı cezaların hem de oldukça ağır para cezalarının uygulanacağı belirtilmektedir. Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte kişisel verilerin korunmasına yönelik ciddi bir adım atılacağı gibi, iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen verilerin kaydedilmesi, hukuka aykırı olarak verilmesi, ele geçirilmesi veya yok edilmemesi eylemleri için yeni yaptırımlar ortaya çıkacaktır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı hukuka uygun bir şekilde verilmiş; ancak uygulaması noktasında yapılan bir hata, işlemi yerine getiren görevlinin gecikme göstermesi gibi durumlarla karşılaşılmışsa, ilgili kamu görevlileri hakkında bu eylemleri nedeniyle de başka bir yerde suç olarak belirlenmiş bir hüküm bulunamazsa, TCK'nun 257. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu kapsamında ceza verilebilecektir.<sup>247</sup>

TCK 139. maddesine göre haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu şikayete bağlı olup, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verilerin yok edilmemesi suçu ise kamu davasıdır. Ancak 5397 sayılı Kanun önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin esas ve usullere aykırı hareket edilmesi halinde Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma başlatılacağını belirtmiştir.<sup>248</sup> TİB, Kanuna aykırı olarak iletişimin denetlenmesi

---

<sup>245</sup> Meran, s. 154.

<sup>246</sup> <http://www.kgm.adelet.gov.tr> adresinden ulaşılmıştır.(22.02.2011).

<sup>247</sup> Meran, s. 169.

<sup>248</sup> Vatan, s. 179.

uygulamalarının tespiti durumunda derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmakla yükümlüdür.<sup>249</sup> TİB’ce bu yönde suç duyurularında bulunduğu da anlaşılmaktadır.<sup>250</sup> Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi durumunda ilgilinin bilgilendirilmesi şu an yürürlükteki kanunlara göre mümkün değildir. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılıktan kişilerin bilgisi olmayacak, pratikte şikayet haklarını kullanmaları da mümkün olmayacaktır. Hukuka aykırılıkları tespit eden Cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma başlatması mümkündür.

### 3. Disiplin Sorumluluğu

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirin kamu görevlileri yerine getirmiş olduğundan herhangi bir usulsüz denetleme de ceza soruşturması yanında disiplin soruşturması yapılması ve disiplin cezası verilmesi de mümkündür. 657 sayılı DMK’nun 131. maddesi aynı olaydan dolayı ceza muhakemesinde memur hakkında kovuşturmaya başlanmış olmasının disiplin kovuşturmasını engellemeyeceğini, memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmayacağını düzenlemiştir.<sup>251</sup>

Ancak iletişimin usulsüz olarak denetlenmesi hem DMK’nun 125. maddesinde hem de EÖT’nün 7. maddesinde ayrıca ve açıkça bir cezalandırma sebebi olarak sayılmamıştır. Keklik, bu durumun DMK’da aylıktan kesme cezası, EÖT’de ise onaltı ay kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşılık gelen memurun güven ve saygınlığını sarsacak davranışta bulunması olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> 10.11.2007 tarihli yönetmeliğin 17. Maddesi şu şekildedir. Başkanlığın görevleri şunlardır: a) 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, b) 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, c) (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak.

<sup>250</sup> Taştan, s.107.

<sup>251</sup> Keklik, s. 248.

<sup>252</sup> Keklik, s. 249.

Disiplin hükümlerini ilgilendiren diğer durum ise gizliliğin ihlalidir. DMK'nun kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının<sup>253</sup>, EÖT'nün 8. maddesinin 13. fıkrasına<sup>254</sup> göre ise meslekten çıkarma cezasının öngörüldüğünü görmekteyiz. Danıştay 12. Dairesi 04.07.2008 tarih, 2008/1444 esas, 2008/4333 karar sayılı kararında iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgileri paylaşan polise meslekten çıkarma cezası verilmesini onamıştır.<sup>255</sup>

## **B. Birey Açısından Denetleme Yollarının Değerlendirilmesi**

İlgiliye bildirimde bulunulmaması nedeniyle bireyin denetim sürecinin dışında kalması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde bireyin sürece katılıp katılamayacağını ve haklarını tespit etmeye çalışacağız.

### **1. Bilgi Edinme Hakkı**

1982 Anayasası hak arama hürriyetini sağlamak amacıyla bir takım hükümlere yer vermiştir. Anayasa'nın 40. maddesinde “ Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” denilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 74. maddesi dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkını düzenlemiştir. Vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve TBMM'ye başvurabilecekleri, herkesin bilgi edinme ve başvurma hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.<sup>256</sup>

Anayasa'daki bu hükümlerin uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla 24.10.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu

---

<sup>253</sup> DMK 125. Madde D/k: “Açıklanması yasak bilgileri açıklamak”.

<sup>254</sup> EÖT 8. Madde 13 fıkra:“Gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak”.

<sup>255</sup> Karar için bkz., <http://www.kararara.com/danistay/12d>, (14.05.2011).

<sup>256</sup> 12.06.2010 tarihli halkoylaması sonucunda şu hükümler Anayasa'nın 74. Maddesine eklenmiştir:

Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

yayımdan itibaren 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerini kapsayan, bu kurumların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamında istenmesine ilişkindir. Ancak bu Kanunun 16. maddesinde devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, 18. maddesinde sivil ve istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerin ilişkin bilgi veya belgeler, kişilerin çalışma hayatına ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olmamak şartıyla, kapsam dışı bırakılmıştır. 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde ise suçların önlenmesini tehlikeye düşürecek nitelikteki bilgi ve belgelerin de kapsam dışı bırakıldığını görüyoruz.

İletişimin denetlendiğini düşünen kişiler bu Kanun kapsamında bilgi edinme hakkını kullanarak başvuruda bulunabilir. Ancak bu başvuruya, Kanunun 16.,18.,20. maddelerine dayanılarak cevap verilmeyebilir. Bu maddeler kapsamında olmayan bilgi veya belgeler ancak başvuru sahibine verilecektir. Bilgi Edinme Kanununun etkili bir hukuk yolu olmadığı öğretilde genel olarak kabul edilmektedir.<sup>257</sup>

Anayasa değişikliğinin halk oylamasına sunulması sonucunda 12.09.2011 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Hak ve özgürlük ihlallerinin önüne geçmek, yönetim hatalarını ortaya koymak gibi bir misyon yüklenen, Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda görev yapan kamu denetçileri; idare ile vatandaş ilişkilerindeki eksik ve yanlışları ortaya koymak, buna neden olan kararların düzeltilmemesi durumunda bunu parlamentoya ve kamuoyuna bildirmek görevlerini üstlenmektedirler.<sup>258</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun tasarısı incelendiğinde kuruma, idarî işlemlerde tebliğ tarihinden, idarî eylem, tutum ve davranışlarda öğrenme tarihinden itibaren doksan gün içinde başvuru yapılabileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Dolayısıyla hak ve hürriyet ihlallerini önleyebilmek amacıyla kurulan bir kuruma, haberleşme hakkına doğrudan müdahale etme imkanı veren önleme amaçlı iletişimin denetlemesi tedbiri kapsamında yapılan hukuka aykırılıklar nedeniyle başvuru yapma ihtimali yok denecek kadar az görünmektedir. Çünkü bu tedbirin ilgililey bildirim kanunen

<sup>257</sup> Birtek, s. 21, Altıparmak, s. 50.

<sup>258</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, “**Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev ve Yetkileri**”, <http://www.sde.org.tr>, (07.05.2011).

düzenlenmediği için tebliğden bahsedilemeyecek, vatandaşın bunu öğrenme ihtimali de çok uzak görüldüğünden Kamu Denetçisinin bu tedbire ilişkin fonksiyonu pratikte olmayacaktır.

## **2. Tazminat Sorumluluğu**

Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması başlıklı 40. maddesinin son fıkrası "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, Kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgililere rücu hakkı saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. 125. maddesinin son fıkrası da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." denmektedir. Bu maddeler değerlendirildiğinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi nedeniyle uğranılan zararların karşılanması konusunda devletin bir yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmaktadır. Devletin tazminat sorumluluğunun ayrıntılarını ortaya koyabilmek için önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararının idari karar mı olduğu, adli karar mı olduğu konusunu değerlendirmek gerekmektedir.

Kural olarak kolluğun önleyici faaliyetleri kapsamında aldığı kararlar idari karardır. İdarenin hukuka aykırı işlemleri nedeniyle devlet sorumludur ve meydana gelecek zararlar idare hukuku kurallarına göre tazmin edilecektir. Kolluğun önleyici faaliyetlerinin tamamı değerlendirildiği zaman hepsinin uygulanabilmesi için hakim kararı aranmadığını görmekteyiz. Ancak özel hayata müdahale niteliğinde olan önleme araması, teknik araçlarla izleme; ya da haberleşme hakkında müdahale niteliğinde olan iletişimin denetlenmesi tedbirleri için hakim kararının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin emri arandığını görmekteyiz. Hakim kararı aranmayan önleyici faaliyetler idari işlemdir ve bireyin zararı idare hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilecektir. Eğer hakim kararı gerektiren önleyici nitelikteki tedbirleri yargı faaliyeti olarak kabul eder isek, bu durumda hakimlerin sorumluluğu gündeme gelecektir.

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi sürecinde verilen hakim kararının, faaliyeti yargısal faaliyete dönüştürüp dönüştürmediği noktasında öğretide farklı görüşler vardır.

Kaymaz'a göre önleme amaçlı denetleme için kural olarak hakim kararı gereklidir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emri ile denetleme

yapılabilmektedir. Yetkili merci tarafından verilen emir idaridir, ancak denetleme hakim kararına dayandığında ise ortada yargısal bir faaliyet vardır. Bu durumda hakimlerin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.<sup>259</sup>

Çoksezen' de tedbire ilişkin kararın kanuna aykırı veya hatalı olarak verilmesi durumunda genel hükümler çerçevesinde zararın HUMK 573. madde uyarınca hakimlerden talep edilebileceğini belirtmektedir.<sup>260</sup>

Altıparmak'a göre ise iletişimin denetlenmesi tedbirinde belli aşamalarda hakim kararının olması bu faaliyeti bütünüyle yargı faaliyetine dönüştürmez. Ayrıca hakimlerin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığını her kararda tartışmaya açmak, verdikleri kararın bir tazminat davasına yol açacağı ihtimali doğuracağı için adaletin sağlıklı bir şekilde yürütmesine engel olacaktır.<sup>261</sup>

Bize göre de hakimlerin bu tedbirin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi amacıyla karar verme ve devam ettirme süreçlerinde yer alması faaliyeti yargısal faaliyete dönüştürür. Kanunda yer alan şartları taşımayan talebi onaylayan hakim sorumluluğuna gidilecek olmasını, etkili denetimi gerçekleştirmenin yöntemlerinden biri olarak görmekteyiz.

#### a) Hakimlerin sorumluluğu

1086 sayılı HUMK hakimlerin kural olarak verdikleri kararlardan dolayı sorumlu olmayacağını, ancak kasten veya ağır ihmal ile kanuna aykırı karar vermiş oldukları bazı önemli hallerde hakimlerin tazminat sorumluluğunu kabul etmişti. 04.02.2011 tarihli RG yayınlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK ile bu esastan ayrılmış ve hakimlerin yargılama faaliyetleri esnasında vermiş olduğu zararlardan dolayı öncelikle Devlete karşı tazminat davasının açılacağını kabul etmiştir.<sup>262</sup> Hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümler Kanununun 46. maddesinde<sup>263</sup> düzenlenmiştir.

---

<sup>259</sup> Kaymaz, s. 414.

<sup>260</sup> Atakan Çoksezen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi", İstanbul 2006, s. 12, <http://www.turkhukuksitesi.com>, (11.05.2011).

<sup>261</sup> Altıparmak, s. 57.

<sup>262</sup> Bahattin Aras, "Hakimlerin Yargısal Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu ve Yeni HMK Tasarısında Getirilen Yenilikler", THD, Aralık 2010, S. 52, s. 131-153.

<sup>263</sup> **MADDE 46-** (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan

6110 sayılı torba yasa ile 2802 sayılı HSK'na 93/A maddesi<sup>264</sup> eklenmiştir. Ancak bu Kanun gereğince bir hakimin sorumluluğuna gitmek soruşturma ve kovuşturma sürecinin varlığına bağlıdır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde soruşturma aşamasının başlamamış olması nedeniyle bu madde hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak bu maddenin son fıkrasında bu maddede hüküm bulunmayan durumlarda HMK'nın ya da CMK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

HMK'nun hakimlerin sorumluluğunu düzenleyen 46. maddesi incelendiğinde tazminat davasında birinci derecede devletin sorumluluğunun kabul edilmesi, hakimin bağımsız karar verme sürecini baskı altına alabilecek tazminat davalarından

---

kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması. ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması. d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması. e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

(2) Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz. (3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.

<sup>264</sup>MADDE 93/A – Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.

Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün, b) Dava sonunda verilen hükmün,kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Devlet, ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu eder.

Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcılarının işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz. Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise ilgisine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

korunması adına olumlu bir gelişme olarak görülmektedir.<sup>265</sup> Maddede yer alan hakimlerin sorumluluk hallerinden birisi farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması durumudur. 1086 sayılı HMUK'nun 573 maddesinin 2. fıkrasında da tevil ve tefsire (yorum) ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar verilmiş olması da tazminat sorumluluğunu gerektiren hallerden biri olarak düzenlenmiştir. İki düzenleme karşılaştırıldığında aynı amaca hizmet ettikleri anlaşılmaktadır. Burada hakimin kasten hareket etmiş olması da aranmamakta, kanuna aykırı karar vermesi sorumlu olmasına neden olmaktadır.<sup>266</sup> Önleme amaçlı yapılan denetleme de kanuni bir düzenlemeden kaynaklandığı için hakimlerin bu Kanunda yer alan hükümlere aykırı karar vermesi sorumluluğuna gidilmesini sağlayabilecektir.

Yargıtay iletişimin denetlenmesi tedbirinde verilen hakim kararları nedeni ile tazminat sorumluluğuna ilişkin yaptığı değerlendirmede şu tespitte bulunmuştur: *"...Davalının, başkaca inceleyebileceği ve toplayabileceği bir olgu bulunmamaktadır. İşin gereği olarak hızlı karar verilmesini de gerektirdiğinden böyle bir sonuca varılmasında bir özensizliğin olduğunu haklı kılmamaktadır."*<sup>267</sup>

Aslında bu yaklaşım hakim kararlarının bu tür tedbirler için sadece şekli bir şart olması gibi bir tehlikeye yol açabilecektir. Haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale niteliğinde olan iletişimin denetlenmesi tedbirleri için hem CMK hem de 5397 sayılı Kanun hakim kararını şart koşturmuştur. Bu şekilde karma sistemin benimsenmesinde amaç hukuka uygunluğun sağlanabilmesi ve hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasıdır. Aslında bu tedbirinin denetlenmesinin ilk adımı, hakimlerin kendilerinden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri taleplerinin kanuna uygun olup olmadığının tespiti ile başlar ve bu aşamadaki tedbir özü itibari ile daha önemlidir. Çünkü ya henüz bu tedbir uygulamaya geçmemiştir ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulamaya geçmişse bile ihlalin süresi oldukça azdır. Asıl olan haberleşme hakkının korunması olduğu için henüz müdahalenin gerçekleşmediği aşamadaki denetlemenin ilk basamağındaki hakim kararlarının

<sup>265</sup> Aras, s. 152.

<sup>266</sup> Baki Kuru/ Arslan Yılmaz/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2000, s.910 .

<sup>267</sup> Yargıtay 4. HD:, 08.06.2010 tarih, E.2009/12, K. 2010/7 sayılı kararı.



önemi oldukça büyüktür. Bu nedenle tedbirin gerçekleşmesi sürecinde yer alan polis, jandarma ve MİT'in gerçekleştirdiği hukuka aykırı denetlemeler nedeni ile sorumlu olduklarını kabul ederken bu tedbire onay veren hakim için ise başkaca inceleyebileceği ve toplayabileceği olgu bulunmaması ve işin gereği acele karar vermesi gerektiği gerekçeleri ile sorumsuzluğunu tercih etmek, Kanunda yer alan hakim kararı şartının içeriğini boşaltmak sonucunu doğurabilecektir.

Hakimlerin tazminat sorumluluğunun kabul edilmesinin bağımsız bir şekilde görev yapmalarına engel olduğu yönünde eleştiriler de mevcuttur. Bu ihtimali ortadan kaldırmak amacıyla yeni HMK ilk olarak devletin sorumlu olduğunu, tazminat ödenmesi durumunda ise sorumlu hakime rücu edileceğini kabul etmiştir.

Ayrıca tazminat sorumluluğunun hakimlerin bağımsız bir şekilde görev yapmalarına engel olduğunu kabul edecek olur isek, CMK 141-144. maddelerinde koruma tedbirleri nedeni ile kişilerin her türlü maddi ve manevi zararlarının talep edilmesini düzenleyen hükmü de eleştirmemiz gerekir. Çünkü bağımsız hakimlerin tazminat sorumluluğu nedeni ile baskı altına alınması riski koruma tedbirlerine karar vermek durumunda olan hakim için de kabul edilebilir. Kanun koyucu CMK'da da koruma tedbirleri nedeni ile tazminatın öncelikle devletten talep edileceğini, daha sonra ise kamu görevlisine rücu edileceğini düzenleyerek kamu görevlisini bu baskından korumak istemiştir.

Kanunda açıkça yazan hususlara örneğin, katalog kapsamına girmeyen bir suçla ilişkin, ülke genelini kapsayacak şekilde olan, tedbiri gerçekleştirilmesi konusunda yeterli gerekçesi olmayan, Kanunda yer alan sürelerle uygun olmayan... bir talebi bu açık kanuna aykırılığa rağmen onaylayan hakimlerin sorumluluğunu kabul etmek bireyi öne çıkaran, temel hak ve hürriyetleri korumaya çalışan anlayışa daha uygun düşmektedir.

#### **b) İdarenin Sorumluluğu**

İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusura dayalı sorumluluk hizmet kusuru veya kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmaktadır.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> Gündoğan/ Koç/ Özbudak, s. 323.

Hizmet kusuru kamu görevlileri tarafından yapılmakla birlikte yönetime ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin olan kusurlu davranışlardır. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi yada hiç işlememesi hizmet kusuru olarak sayılmaktadır. Hukuka aykırı bir işlem de hizmet kusuru sayılır.<sup>269</sup>

Kişisel kusur ise kamu görevlisinin hizmet dışında, ve hizmetle ile herhangi bir ilişkisi olmayan davranışından kaynaklanan kusurdur. Danıştay içtihatlarına bakıldığında ağırlıklı olarak kişisel kusurun bulunması durumunun yönetimin sorumluluğunu kaldırmadığı anlaşılmaktadır. Hizmet kusuru alanının genişlediği, kamu görevlisinin kişisel kusur alanının daraltıldığı ancak tümü ile kaldırılmadığı görülmektedir.<sup>270</sup> Kamu görevlisinin hizmet içinde hatta hizmetle ilgili olan ancak suç niteliğini taşıyan kusuru, yargı kararlarına uymaması, kamu görevlisinin kişiye zarar vermek amacıyla ya da şahsi menfaat temini gibi durumlarda yetkisini ve görevini kötüye kullanması, ağır kusurlu olması gibi davranışları da kişisel kusur olmaktadır.<sup>271</sup>

Ancak idarenin kamu görevlisi üzerinde denetim ve gözetim yükümlüğü vardır ve personelini eğitmek zorundadır. Bu nedenle kamu görevlisinin hizmet içindeki kusuru idarenin bu görevlerini yeteri kadar yerine getirmedeğini gösterir ki, bu durumlar da kamu görevlisinin kişisel kusuru aynı zamanda hizmet kusurunu da oluşturabilir.<sup>272</sup>

Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde ise kamu görevlisinin sorumluluğu çeşitli şekillerde oluşabilir. Usulüne uygun olmayan bir karar olmadan yapılan denetlemeler, hukuka uygun karara rağmen hukuka aykırı şekilde uygulanan denetlemeler, elde edilen kayıtların gereği gibi muhafaza edilmemesi ve gizlilik kuralına uyulmaması bu duruma örnek gösterilebilir.<sup>273</sup>

Bu hukuka aykırılıklarda kamu görevlisinin kişisel kusuru olduğu gibi, idarenin de gerekli denetim görevini yerine getirmemesi ve personelini eğitmemesi hizmet kusurunu oluşturur. Bunun gibi hizmetle ilişkisi kesilmeyen kişisel kusur hallerinde,

---

<sup>269</sup> Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 12. bs., Ankara 1998, s. 313-321.

<sup>270</sup> Gözübüyük, s. 324-327.

<sup>271</sup> Gündoğan/ Koç/ Özbudak, s. 324.

<sup>272</sup> Gündoğan/ Koç/ Özbudak, s. 325.

<sup>273</sup> Kaymaz, s. 414.

dava hizmet kusuru nedeni ile idare aleyhine açılmakta, idare ise kamu görevlisine rücu etmektedir. Ankara 10. İdare Mahkemesi, bazı kurum, kuruluş ve kişilerin Ankara Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdürlüğüne mevzuata aykırı olarak tesis edilen dinleme odalarında dinlenmesi nedeni ile uğranılan manevi zararın karşılaması için açılan davada, "...idareler kamu hizmetlerini yürütürlerken hak ve özgürlükleri korumak, bu hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi için her türlü önlemi almak, bu bağlamda personelini liyakat esaslarına göre en uygun şekilde seçmek, yetiştirmek ve personelinin görevi gereği yaptığı eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu gözetmek ve denetlemek zorundadır. Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idarelerin belirtilen bu esaslar dışına çıkmaları, ağır hizmet kusurunu oluşturur." tespitinde bulunmuştur.<sup>274</sup> İdarenin hizmet kusuru nedeni ile davanın idare aleyhine açılacağı açıktır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararlarının, hakim kararı olmaksızın veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercinin emri olmaksızın yapılması durumunda idarenin ağır hizmet kusuru olduğunu, bu nedenle uğranılan manevi zararların idare tarafından karşılanması gerektiğini kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını Danıştay onaylamıştır.<sup>275</sup> Burada da kişisel kusurun ve hizmet kusurunun bir arada olduğunu görmekteyiz.

Danıştay kararlarına baktığımızda idarenin, kişilik haklarını ve özel hayatını korumak adına önemli bir özelliği olan gizlilik kuralına uyulmaması nedeni ile tazminat ödemek zorunda olduğuna da sıkça rastlamaktayız. Bu hukuka aykırılıklarda da hem kişisel kusur hem de hizmet kusuru iç içe geçmiştir.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> M. Naci Ünver, **Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak**, Ankara 2002, s. 95.

<sup>275</sup> Yakup Bal/ Yahya Şahin/ Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara 2003, s. 149.

<sup>276</sup> Danıştay 10. Dairesinin 02.10.2001 tarih, 1999/1184 esas, 2001/3325 karar sayılı kararında önleme amaçlı denetleme sonucunda elde edilen kayıtların basına sızdırılması sonucunda verdiği kararda "...yürütülen hizmetin niteliği gereği gizli kalması gerekirken, basına sızdırılan belgede ...yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği gizli kalması gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunmaktadır." Tespitini yaptıktan sonra idarenin tazminat ödemesini onaylamıştır. Bu ve İstihbarat faaliyetlerinin gizliliği konusundaki benzer kararlar için bkz. Bal/Şahin/ Karabulut, s. 144-150/ 491-494.

## V. ULUSLARARASI HUKUKİ DÜZENLEMELER

### A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

#### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukuktaki Yeri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>277</sup> 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS’nin kimi hak ve özgürlükler listesini genişleten kimi kurumsal değişiklikler yapan on bir ek protokolü vardır. Sözleşme ve ek protokollerde medeni ve siyasi haklar/kişisel ve siyasi haklar denilen ve Anayasamızda kişi hakları ve siyasi haklar olarak düzenlenen klasik-liberal (birinci kuşak) hak ve özgürlüklerin bir bölümü yer almaktadır.<sup>278</sup>

Bireysel başvuru hakkının devletler tarafından kabulü ile birlikte Strasburg şehrinde 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yine Strasburg 21 Ocak 1959 tarihinde de Avrupa İnsan Hakları Divanı kurulmuştur. 11. ek protokol ile komisyon ve divan birleştirilmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>279</sup> oluşturularak denetim mekanizması tek organlı hale gelmiştir. Bu protokol ile aynı zamanda seçimlik olan bireysel başvuru hakkı zorunlu hale gelmiştir.<sup>280</sup>

Sözleşme Türkiye tarafından 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmış, onay belgesinin 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine verilmesi ile de yürürlüğe girmiştir. Böylece Türkiye Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlükleri hem kendi vatandaşları hem de ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uygulama noktasında uluslararası bir yükümlülüğü ve uluslararası güvence mekanizmasını kabul etmiştir. Türkiye 28 Ocak 1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını tanımış, 22 Ocak 1990 da ise divanın zorunlu yargı yetkisinin tanıyarak sözleşmeyi tam işler hale getirmiştir.<sup>281</sup>

1981 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında

<sup>277</sup> Çalışmamızın devamında “sözleşme” şeklinde ifade edilecektir.

<sup>278</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 10,11.

<sup>279</sup> Çalışmamızın devamında “mahkeme” şeklinde ifade edilecektir.

<sup>280</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 24-26.

<sup>281</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 18-23.

Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) 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.” düzenlemesi yer almaktadır. Anayasanın bu maddesinden hareketle sözleşmenin iç hukuktaki yeri konusunda; ayrıcalıklı bir yere sahip olan, iç hukukta kendiliğinden uygulanan, Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediğinden Anayasa aykırı olsa bile uygulanan, kanun ile değiştirilemeyen uluslararası bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmenin kabulünden sonra yürürlüğe girse bile kanunlarda yer alan hükümler sözleşme ile çelişiyorsa da Sözleşme hükümleri uygulanır.<sup>282</sup> Bu tür uluslararası andlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstündür, bunun sonucu olarak da hiyerarşide anayasalar ile kanunlar arasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yer aldığı yeni bir basamak oluşmuştur.<sup>283</sup>

Mahkeme Sözleşmede yer alan haklardan birinin ihlal edildiği tespitinde bulunursa ilgili devleti tazminat ödemeye mahkum eder. Mahkemenin sözleşmeye aykırı işlemi iptal etmek gibi bir yetkisi olmadığı gibi, ilgili devletinde sözleşmeye aykırı eylemi veya işlemi geri almak zorunluluğu yoktur. Mahkemenin kararları bağlayıcı olsa da kararın zorla icrası gerçekleştirilemez.<sup>284</sup>

## 2. Sözleşmede Özel Hayat ve Haberleşme Özgürlüğü

Sözleşmenin 8. maddesinde bireyin özel hayatının, aile hayatının, konutunun ve haberleşme hakkının korunmasına yönelik düzenleme mevcuttur.<sup>285</sup> Bu haklar konusunda devletin herhangi bir müdahalede bulunmama gibi negatif yükümlülüğü olduğu gibi, bazen harekete geçerek haklara etkin bir biçimde saygı gösterilmesini

---

<sup>282</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 21.

<sup>283</sup> Gözler, Anayasa, s. 274.

<sup>284</sup> Gözler, Anayasa, s. 157.

<sup>285</sup> **Madde 8: “ Özel hayata ve aile hayatına saygı, 1.** Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

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

sağlama yükümlülüğü de vardır.<sup>286</sup> Bu hakların fiilen ve etkin bir biçimde kullanılmalarını sağlayacak tedbirleri almak zorundadır. Koruma altına alınmış olan haklara özel kişilerden gelecek müdahaleleri önlemek için gerekli ve yeterli tedbirlerin devlet tarafından alınması ise yine devletin pozitif görevidir.<sup>287</sup>

8. madde 1. fıkra kapsamında korunan hakların anlamının açık olmadığı görülmektedir. Mahkeme de bu hakları yorumlarken kesin kurallar ortaya koymayı tercih etmemektedir. Mahkeme daha çok davanın durumuna göre karar verme yöntemini tercih etmiştir. Bu hakların dinamik bir yapıya sahip olması, bazen birbirleriyle bağlantılı bazen ise çakışan alanları ihtiva etmesi mahkemenin esnek bir yaklaşım ortaya koymasının nedeni olarak gösterilebilir. Bu yaklaşım, hakları ve alanlarını tespit ederken toplumsal, yasal ve teknolojik gelişmelerin göz önünde bulundurulmasını sağlamakla beraber, hakların kapsamına nelerin girdiğini ortaya koymayı ise zorlaştırmaktadır.<sup>288</sup>

Mahkemenin vermiş olduğu kararlar değerlendirildiğinde özel hayata dahil olan konu ve hallere şu örnekler verilebilir:<sup>289</sup>

- Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar,
- Cinsel hayata ilişkin düzenleme ve davranışlar,
- Kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler,
- Bireye ait özel yerlerin (ev, araç vb.) ve evrakın aranması ve zaptı,
- Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması,
- Kişinin adı, ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar,

Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları tek ve bir bütün teşkil eden bireysel yaşamın iç içe geçmiş değişik kollarıdır. Posta gönderilerinin açılıp okunması, telefon konuşmalarının dinlenmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal aynı zamanda özel hayata da doğrudan müdahaleyi oluşturmaktadır. Bireysel haberleşme

<sup>286</sup> Dutertre, 281.

<sup>287</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s.332-333.

<sup>288</sup> Ursula Kilkelly, “**Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**” İnsan Hakları El Kitapları, No:1 <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, s. 9, (14.04.2011).

<sup>289</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 335.

daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın özel bir yönüdür.<sup>290</sup> Bu nedenle Mahkeme birçok kararında<sup>291</sup> özel hayat ve haberleşme hakkını birlikte değerlendirmiştir.

### **3. Sözleşme Ve Mahkeme Kararları Açısından Haberleşme Hakkına Müdahale**

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında bu maddede yer alan haklara hangi şartlarda müdahale edilebileceğini düzenlemiştir. Bu maddeye göre Mahkeme yapılan müdahaleleri meşru bir amacın varlığı, yasa ile öngörülmüş olması, demokratik toplum gereklerine aykırı düşmeyecek şekilde ölçülü olması açısından değerlendirmektedir.

Mahkeme kendisine yapılan başvuruyu öncelikle 8. madde kapsamına giren bir hakka ilişkin olup olmadığı açısından değerlendirecektir. Korumaya çalışılan hakkı belirlemek ve bunu mahkemeye sunmak davacının sorumluluğudur.<sup>292</sup> Daha öncede belirttiğimiz gibi mahkeme hakların günün koşullarına uygun yorumlanması, gelişme ile birlikte yükledikleri anlamların doldurulması ve dinamik yapıya sahip olmaları sebebiyle bu hakları belirleyip tanımlamalarını yapmamıştır.<sup>293</sup> Haberleşme hakkı kapsamına ise posta, telefon, elektronik yöntemler ile yapılan haberleşmenin girdiğini görmekteyiz. Halford-Birleşik Krallık<sup>294</sup> davasında, iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir.<sup>295</sup>

Mahkeme daha sonra şikayet konusu olayın söz konusu hakka müdahale edip etmediğini belirleyecektir. Müdahale olduğunu kanıtlamak ise davacının yükümlülüğüdür. Klass-Almanya<sup>296</sup> davasında Mahkeme, bireyin söz konusu önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, sırf gizli önlemler veya gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeniyle, ihlale mağdur olduğunu iddia edebileceğine karar vermiştir. Ancak ihlal edildiği iddia edilen hak, itiraz edilen önlemlerin gizlilik özelliği ve davacı ile söz konusu önlemler arasındaki

---

<sup>290</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s.333-341.

<sup>291</sup> Halford-Birleşik Krallık Davası, Kopp- İsviçre Davası, Malone-Birleşik Krallık Davası, Lambert-Fransa Davası.

<sup>292</sup> Kilkelly, s. 20.

<sup>293</sup> Kaya, s. 13.

<sup>294</sup> Halford-Birleşik Krallık davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

<sup>295</sup> Kilkelly, s. 20.

<sup>296</sup> Klass-Almanya, 6 Eylül 1978 tarihli karar, para. 34.

bağ gibi şartların değerlendirileceğini belirtmiştir. Malone-Birleşik Krallık<sup>297</sup> davasında da, davacının telefonunun gerçekten dinlenip dinlenmediği konusundaki bir anlaşmazlıkla ilgili olarak bir telefon görüşmesine polis tarafından müdahale edildiğini kabul etmek dışında, söz konusu kişinin telefon görüşmelerine ve mektuplarına başka zamanlarda da müdahale edilip edilmediğini, edildiyse ne derecede müdahale edildiğini açıklamayı kabul etmemiştir. Çalıntı malları aldığından şüphelenildiği için bu kişinin, posta ve telefon müdahalelerinin yapılma olasılığı olanların oluşturduğu sınıfın bir üyesi olduğu ise kabul edilmiştir.<sup>298</sup> Mahkeme bu kişiye karşı gerçekten alınan önlemlerden ayrı olarak, haberleşmenin gizli gözetimine izin veren ve gözetimi mümkün kılan kanunların ve uygulamaların olmasının başlı başına, davacının 8. madde kapsamındaki haklarını kullanmasına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir.<sup>299</sup> 5397 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen denetlemeler gizli olduğu için bireyin bunu ispat etmesi oldukça güç gözükmektedir. Kanunda yer alan suçlardan birini işleme şüphesi altında olan ve bu nedenle iletişimin denetlendiğini düşünen kişi bunu ispatlayamasa bile, kanunun varlığı nedeni ile hakkına müdahale edilme olasılığına dayanarak mahkemeye başvurabilecektir.<sup>300</sup>

Bu değerlendirmeleri yapan mahkeme bir müdahale olduğunu düşünüyorsa müdahaleyi 8. maddenin 2. fıkrasına göre şu açılardan değerlendirecektir.

**a) Kanunla Düzenlenmiş Olma**

Müdahalenin sözleşmeye uygun olması için kanunla düzenlenmiş olması, yani hak ve özgürlüğe müdahale teşkil eden işlemin iç hukukta yasal dayanağının olması gerekir. Bu hakka yönelik keyfi müdahaleleri önleyecek bir koruma sisteminin varlığı, takdir yetkisi tanınan hallerde yetki kapsamının belirlenmesi demektir.

Yasalarla özel olarak yetki verilmemiş ve idari uygulamalarla gerçekleştirilen müdahaleleri Mahkeme 8. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme, Malone<sup>301</sup> davasında o dönemde telefonların dinlenmesini, detayları yayınlanmamış

<sup>297</sup> Malone-Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

<sup>298</sup> Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar, para. 64.

<sup>299</sup> Kilkelly, s.23.

<sup>300</sup> Taşkın, s. 248.

<sup>301</sup> Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.



olan idari uygulamalarla özel olarak yasalarla verilmiş yetki ile düzenleyen Birleşik Krallık uygulamaları için, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirtmiştir. Mahkeme Khan-Birleşik Krallık<sup>302</sup> davasında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı, söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan, halkın doğrudan ulaşamadığı İç İşleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği gerekçeleriyle Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir.<sup>303</sup>

Mahkeme Sunday Times- Birleşik Krallık davası kararında (26.04.1979) “...yasayla öngörülmüş ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir norm vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse “yasa” sayılamaz...” demektedir.<sup>304</sup> Ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirlik bu tür yasaların gereğidir, yani ilgililer yasaya kolayca ulaşabilmeli, gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla ne demek istediğini tereddüt etmeden anlayabilmelidir.<sup>305</sup>

Bu kapsamdaki mahkeme kararları değerlendirildiğinde yasaların ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve açıklık olmak üzere üç özelliği taşıması gerektiği anlaşılmaktadır.

### **(1) Ulaşılabilirlik**

Müdahalenin 8. maddeye uygun olabilmesi için kanunun ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olması gerekmektedir. İlgililer yasaya kolayca ulaşabilmeli, normun mevcudiyetinden yayınlanma gibi yöntemlerle haberdar olabilmelidir.<sup>306</sup>

Khan-Birleşik Krallık davasında mahkeme gizli dinleme cihazlarını düzenleyen içişleri bakanlığı rehber kurallarına halkın ulaşamamasını ihlal olarak değerlendirmiştir.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> Khan-Birleşik Krallık davası, 12 Mayıs 2000 tarihli karar.

<sup>303</sup> Kilkelly, s. 24.

<sup>304</sup> Dutertre, s. 341.

<sup>305</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 376.

<sup>306</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 376.

<sup>307</sup> Kilkelly, s. 26.

Kişisel ve özel haberleşmeye müdahale edilmesine ilişkin detayları belirlemek amacıyla kanunların dışında başka hukuki düzenlemelerin kullanılmasını kabul eden mahkeme, bu düzenlemelerin göz altındaki kişiler tarafından ulaşılabilir olması gerektiğini vurgulamıştır. Silver-Birleşik Krallık<sup>308</sup> davasında, davacının bulunduğu cezaevinin yöneticilerine verilen, kanun gücünde olmayan ve bu kişinin erişemediği talimatlar uyarınca, söz konusu kişinin mektuplarına el konulmasının 8. madde 2. fıkrayı ihlal ettiğine karar verilmiştir.<sup>309</sup>

5397 sayılı Kanun bu kapsamda değerlendirildiğinde, Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle ilgililerin ulaşılabilirliği konusunda mahkemenin koyduğu kritere uygun görünmektedir.

## **(2) Öngörülebilirlik ( Tahmin Edilebilirlik)**

Müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için diğer şart ise öngörülebilirliktir. Öngörülebilirlik gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmesini anlatır.<sup>310</sup> Mahkeme öngörülebilirlik için bireyin davranışlarını kendisine göre ayarlamasına imkan verecek yeterlilikte formüle edilmesini aramaktadır. Ancak öngörülebilirlik ilgiliye haber verme anlamına gelmez.<sup>311</sup> Mahkemede Malone-Birleşik Krallık davasında öngörülebilirliği ortaya koyarken bu hususu da açıkça belirtmiştir: “önceden görülebilirlik şartı, bir bireyin kendisine ait iletileri yetkililerin izleyeceği muhtemel zamanı önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlaması anlamına gelemez. Buna rağmen hukuk kendi tabirlerinde özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına karşı kamu makamlarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde bu gizli müdahaleye yetki oldukları konusunda vatandaşlara yeterli göstergeleri sunabilmek için yeterince açık olmalıdır.”<sup>312</sup>

Fransa aleyhine açılan Kruslin<sup>313</sup> ve Huvig<sup>314</sup> davalarında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız Kanununun, 8. madde 2. fıkrasını tahmin

<sup>308</sup> Silver-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1983 tarihli karar.

<sup>309</sup> Kilkelly, s. 27.

<sup>310</sup> Çoksezen, s. 2.

<sup>311</sup> Altıparmak, s. 38.

<sup>312</sup> Malone- Birleşik Krallık davası, 02.Ağustos.1984 tarihli karar.

<sup>313</sup> Kruslin-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

edilebilirlik şartı açısından değerlendiren mahkeme telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesinin, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahale olduğu, bu nedenle kesin olan bir kanuna dayanması gerektiği, özellikle kullanılacak teknolojiler devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olmasının önemli olduğu, kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçiminin ve kapsamının makul bir açıklık düzeyinde belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Diğer bir kararında da takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanunun 8. madde ile tutarsız olmayacağını kabul etmiştir.<sup>315</sup> Öngörülebilirlik için kanunların yeterince kesin, kamu yetkililerinin keyfi uygulamalarına açık olmayacak nitelikte olması gerekir.<sup>316</sup>

Ancak mahkeme bazı kararlarında öngörülebilirlik açısından kesinlik şartının sınırları olabileceğini de kabul etmiştir. Sunday Times- Birleşik Krallık davasında öngörülebilirlik kistasını ortaya koyduktan sonra “...bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülmesi şart değildir; deneyimler, bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Kesin olmak çok arzu edilse de, bunun sonucu aşırı katılık olabilir ve yasalar, değişen şartların hızına ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle, birçok yasa az ya da çok muğlak ifadelerle hazırlanır ve bu yasaların yorumlanması ve uygulanması pratiğe dayalıdır.” ifadelerini kullanmıştır.<sup>317</sup>

Kanunların kendilerine özgü bir dili ve terminolojisi vardır, toplumda yaşayan herkesin, kanunları gerektiği gibi anlamasının pek de mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda ise öngörülebilirlik şartının yerine getirilmesi bakımından, bireylerin tavsiyeler alması bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin uygun tavsiyeler aldıktan sonra bireyler, mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörebilir duruma gelecektir.<sup>318</sup>

---

<sup>314</sup> Huvig-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

<sup>315</sup> Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar, para. 62.

<sup>316</sup> Çoksezen, s. 2.

<sup>317</sup> Dutertre, s. 341.

<sup>318</sup> Kilkelly, s. 38.

Bu ilke açısından 5397 sayılı Kanun irdelendiğinde önleme amaçlı denetleme tedbirinin uygulanacağı kişi grubunun belirsizliği, 250. madde kapsamına giren suçların sınırlarının belirsizliği yani katalog yöntemin geniş yorumlamaya müsait olması, öngörülebilirlik ilkesinin uygulanabilirliği açısından sorun oluşturabilecektir. Mahkemeye bu yönde yapılan bir başvuru Kanunun öngörülebilirlik ilkesine uygun olmaması nedeni ile kabul edilmesine neden olabilecektir.

### **(3) Açıklık**

Mahkemeye göre açıklık müdahaleyi düzenleyen yasal düzenlemenin açık ve net olarak düzenlenmesidir. Takdir hakkının kullanımı konusunda kamu görevlilerinin alanının sınırlarının ortaya konduğu ve keyfi uygulamalara izin vermeyecek nitelikteki yasal düzenlemeler kapsamında yapılan müdahale Sözleşmeye uygun kabul edilecektir.

Öngörülebilirlik koşulunun var olabilmesi için öncelikle açıklık ilkesinin gerçekleşmesi gerekir. Çünkü kanunlar yeteri kadar açık değilse bireylerin hareketlerinin ne tür sonuçlar doğuracağı konusunda makul bir düzeyde tahminde bulunmaları pek mümkün görünmemektedir.<sup>319</sup>

Rotaru-Romanya<sup>320</sup> davasında Mahkeme Romen İstihbarat Teşkilatı'nın (RIT), müdahaleye izin veren kanununu değerlendirmiştir. Mahkeme yürütmenin bir yetkisini gizli kullanıldığı durumlarda keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olduğuna, gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşı olacağını, bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, ulusal kanunlarda ne tür bilgilerin kaydedilebileceği, hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gözetim önlemlerinin alınabileceği insan kategorileri, bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceği, veya izlenecek prosedüre ilişkin ayrıntıların yer almaması nedeni ile

---

<sup>319</sup> Taşkın, s. 255.

<sup>320</sup> Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

sınırların yeteri açıklıkla ortaya konmadığını tespit etmiştir. Genel olarak bu kanunların, kamu otoritelerine verilen takdir yetkisinin kapsamının ve uygulama yönteminin makul düzeyde açık olacak şekilde belirtmediğine ve 8. madde'yi ihlal ettiğine karar verilmiştir.<sup>321</sup>

Niedbala-Polonya<sup>322</sup> davasında Mahkeme Polonya yasalarında tutukluların yazışmalarının kontrol edilmesi konusunda kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin, içeriğinin ve yönteminin makul bir açıklık düzeyinde belirtilmediğine ve böylece 8. madde 2. fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir. Leander-İsveç<sup>323</sup> davasında bir kişinin gizli polis biriminin tam olarak ne tür kontroller yapabileceğini tahmin edebilme iddiasında olamayacağını, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahalenin, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açıkça ifade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>324</sup>

Mahkeme Kruslin ve Huvig davasına ilişkin kararında Fransa'daki telefon dinleme sisteminin çeşitli istismlara karşı güvenceler içermemesi, Fransız hukukunda kamu makamlarına bu konuda verilen yetkinin kullanılma alanı ve tarzı hakkında açıklık bulunmaması sebebi ile haberleşme ve özel hayat hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kararda kullanılacak teknolojiler devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olmasının önemli olduğu, özel hayata ve haberleşme hakkına ciddi bir müdahaleye neden olan telefon dinlemelerinin kesin olan bir "kanuna" dayanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>325</sup>

Ancak Sunday Times Birleşik Krallık davasında yasaların kesin olmasının çok arzu edilmesine rağmen değişen şartların hızına ayak uydurabilmek amacıyla aşırı katı olamayacağını ve yasaların az ya da çok muğlak ifadelerle hazırlanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme Calogero Diana- İtalya<sup>326</sup> davası ve Silver

---

<sup>321</sup> Kilkelly, s. 27.

<sup>322</sup> Niedbala-Polonya davası, 12 Temmuz 2000 tarihli karar.

<sup>323</sup> Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

<sup>324</sup> Kilkelly, 25-28.

<sup>325</sup> Kilkelly, s. 26.

<sup>326</sup> Calogero davası, 15 Kasım 1996 tarihli karar, paragraf 32.

ve Diğerleri<sup>327</sup> davasında da takdir hakkı tanıyan yasaların takdir payının kapsamını belirlemeleri gerektiği, ancak yasaların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkansızlığını ve bu durumun aşırı katılık getirebileceği riskini de kabul etmiştir.<sup>328</sup>

Türkiye'nin yargılandığı Ağaoğlu davasında, uyuşturucu kaçakçılığı suçu nedeniyle CMUK 91. ve 92. maddelerine dayanılarak yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sözleşmeye aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruyu 6 Aralık 2005 tarihinde karara bağlamıştır. Telefon dinleme işleminin söz konusu maddelere dayanılarak yapılamayacağını, ilgilinin iletişimine yapılan müdahalenin açık ve öngörülebilir bir kanuna dayanılarak yapılmadığı gerekçesi ile bu durumu sözleşmeye aykırı bulmuştur.<sup>329</sup>

Mahkemenin bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar değerlendirildiğinde 5397 sayılı Kanunun bu ilkenin gereklerini karşılama noktasında birkaç açıdan ihtiyacı karşılamadığı görülmektedir.<sup>330</sup> Öngörülebilirlik ilkesi ve açıklık ilkesinin birbirleriyle doğrudan bağlantılı olması sebebi ile katalog suç yöntemini uygularken sınırlarının çok iyi çizilmemesi iki ilkenin gereklerinin yerine getirilmediği sonucunu ortaya koymaktadır. Mahkemeye bu Kanunun uygulanması sebebi ile yapılacak başvurularda açık ve öngörülebilir bir kanunun düzenlenmemesi sebebi ile sözleşmenin özel hayat ve haberleşme hakkını düzenleyen hükümlerinin ihlal edildiği yönünde bir karar çıkmaması için bu eksikliklerin en kısa sürede tamamlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

#### **b) Sınırlamanın Meşru Bir Amaç İçin Yapılması**

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında müdahalenin meşru bir amaçla yapılabileceği belirtildikten sonra, meşru amaçlar da sıralanmıştır. Ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla müdahale gerçekleştirilebilir.

<sup>327</sup> Silver ve diğerleri kararı, 25 Mart 1983 tarihli karar, paragraf 88.

<sup>328</sup> Dutertre, s. 341.

<sup>329</sup> Birtek, s. 7.

<sup>330</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli Ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2009, s. 285.

Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek Devletin sorumluluğudur. Birçok davada mahkeme, davacının itiraz ettiği durumlarda bile devletlerin uygun bir amaca yönelik hareket etmiş olduğunu kabul etmektedir.<sup>331</sup> Genel kural olarak bir devletin açıkça kötü niyetli davrandığı durumlar hariç, meşru amaç kıstası sorun yaratmamaktadır.<sup>332</sup> “23.06.1987 tarihli Leander – İsveç kararında da bunu görebilmek mümkündür: “Sözleşmeciler devletlerin milli güvenliğini korumak için yetkili ulusal makamlarına, önce kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma, ikinci olarak milli güvenlik bakımından önemli olan kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğinden hiçbir kuşku yoktur.” Bu şartlarda mahkeme, davalı devletin mevcut olayda milli güvenliğini koruma meşru amacını gerçekleştirmek için sahip olduğu takdir alanının geniş bir alan olduğunu kabul etmektedir.<sup>333</sup>

Mahkeme Klass ve diğerleri kararında Birleşik Krallıkta uygulanan G 10 yasasında öngörülen önlemlerin sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan milli güvenlik, suçun işlenmesinin önlenmesi amaçlarına uygunluğu açısından incelemiştir. Demokratik toplumların, gelişmiş casusluk ve terörizmin tehdidi altında olduğunu, bu yıkıcı faaliyetleri denetleyebilmek için devletlerin telefon, telgraf, mektupla yapılan haberleşmeleri gizlice denetleyebilmelerinin gerektiğini, yasa koyucunun bir takdir hakkı bulunduğunu, ancak bunun sınırsız olmadığını belirtmiştir. Ancak dinlemenin kötüye kullanılmasını önleyecek etkin ve uygun teminatların varlığı halinde bu meşru amaçlar nedeniyle yapılacak müdahalenin hakkı ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir.<sup>334</sup>

Malone- Birleşik Krallık davasında suç ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla polise iletilerin izlenmesi konusunda yetki verilebileceğini kabul etmiştir. Prada Bugallo- İspanya kararında da büyük ölçekte ve organize olmuş uyuşturucu kaçakçılığı gibi bir suçun ağırlığına göre müdahalenin haklı olduğuna karar

---

<sup>331</sup> Kil Kelly, 29.

<sup>332</sup> Dutertre, s. 341.

<sup>333</sup> Bkz. <http://www.ihami.anadolu.edu.tr>.

<sup>334</sup> Kaya, s. 16.

vermiştir.<sup>335</sup> Belçika aleyhine yapılan bir başvuruyu inceleyen Mahkeme, tutuklu olan bir kişinin mektuplarının açılması suretiyle haberleşme hakkına yapılan müdahalenin suçun veya düzensizliğin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarına dayandığına karar vermiştir.<sup>336</sup>

5397 sayılı Kanun, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesine imkan vermiştir. Sözleşmede yer alan meşru amaçlardan birisi olan suç işlenmesinin önlenmesi bakımından Kanunun bu açıdan standartlara uygun olduğu görülmektedir.

### c) Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması

Mahkeme yapılan müdahalenin sözleşmeye uygun kabul edilmesi için demokratik toplumda gerekli olması şartını da aramaktadır. Öncelikle gerekli ifadesinin mahkeme açısından neyi ifade ettiğini tespit etmek gerekir. Bu ifade, hak ve özgürlüğe müdahalenin 2. fıkra da belirlenen amaçlardan biri veya birkaçı bakımından sıkıştıran bir toplumsal gereksinim oluşturmasını anlatmaktadır.<sup>337</sup>

Müdahalenin gerekli olması şarttır, bu nedenle devletin müdahale etmek için bazı nedenlerinin olması yeterli değildir. Mahkeme Handyside-Birleşik Krallık<sup>338</sup> davasında “gerekli” ifadesi için “... “vazgeçilmez” ile eş anlamlı değildir... “kabul edilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” ifadeleri kadar esnekliği de yoktur.” demiştir. Bu kavramın müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt veren ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısal olan bir anlam ima ettiğini Olsson-İsveç<sup>339</sup> davasında daha detaylı bir şekilde belirtmiştir.<sup>340</sup> Gerekliliğin tayin ve takdiri yetkisi öncelikle ülke ve toplum gerçekleriyle dolaysız ve devamlı iç içe olan ulusal merciye aittir. İkincil nitelikte yetkili olan mahkeme ise davalı devletin olay anındaki durumunu, şikayet konusunun özelliklerini göz önünde tutarak, müdahaleye gerekçe oluşturan vakıa ve koşulların kabul edilir olup

<sup>335</sup> 18.02.2003 tarihli Prado Bugallo- İspanya Kararı, **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C. 2, S. 7, Ekim 2003.

<sup>336</sup> 18.06.1971 tarihili De Wilde- Belçika kararı, www. ihami.anadolu. edu.tr., (01.06.2011).

<sup>337</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 378.

<sup>338</sup> Handyside-Birleşik Krallık davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar.

<sup>339</sup> Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

<sup>340</sup> Kilkelly, s. 28.



olmadığını, yani sözleşmenin ortaya koyduğu sınırlar içinde kalıp kalmadığını saptayacaktır.<sup>341</sup>

Demokratik toplum kavramını Mahkeme çeşitli kararlarında açıklamıştır. Dudgeon-Birleşik Krallık<sup>342</sup> davasında, demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirlilikten bahsetmiştir.<sup>343</sup> Handyside- Birleşik Krallık davasında ifade özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplumun vazgeçilmez gereklerinden sayılmıştır.<sup>344</sup>

Klass- Almanya kararında demokratik toplumun temel ilkelerinden birinin sözleşmenin başlangıcında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğü olduğu dile getirilmiş, hukukun üstünlüğü için ise idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasının gereğini ortaya koymuştur.<sup>345</sup> Devletlerin biçimleri hayli gelişmiş casusluk ve terör tehditleri karşısında etkin bir şekilde mücadele edebilmesi için mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yapabilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, istihbarat kurumlarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini, ancak sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda vatandaşlara yönelik gerçekleştirilen bu müdahalelerin sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir.

Mahkeme demokratik toplumun gereklerinin belirlenmesi açısından alınan önlemler konusunda ilgili devlete belirli bir takdir yetkisi vermiştir. Handyside<sup>346</sup> davasında “taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya... hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir. Bu nedenle Madde 8 taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya... hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama

---

<sup>341</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 378-379.

<sup>342</sup> Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar, para. 53.

<sup>343</sup> Kilkelly, s. 29.

<sup>344</sup> Dutertre, s. 343.

<sup>345</sup> Dutertre, s. 342.

<sup>346</sup> Handyside-Birleşik Krallık davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar, para. 48-49.

durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir.” denmektedir. Olsson- İsveç kararında da bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığını karara bağlarken sözleşmecî devletlere bırakılan takdir hakkının dikkate alınacağını belirtmiştir.

Demokratik toplum gerekleri kıstasını 5397 sayılı Kanun açısından değerlendirdiğimizde bir takım soru işaretleri ile karşılaşmaktayız. Haberleşme hürriyetine müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması, acil toplumsal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla devletlerin terör ve casusluk eylemleri ile mücadele ederken iletişimin denetlenmesi yöntemini kullanmasını ifade etmektedir. Mahkeme içtihatlarının bu alanda devletlere takdir hakkı sunduğu da açıktır. 5397 sayılı Kanunda yer alan suçlar incelendiğinde, belirlenen suçların önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesinin yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu suçların işlenmesinin önlemek amacıyla yapılacak müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekmektedir. Bu kapsamda yasa koyuculara, uygulama ve yorumlama durumunda olan kurumlara takdir hakkı tanındığını belirten mahkeme içtihatları değerlendirildiğinde, 5397 sayılı Kanun gereğince gerçekleştirilecek denetlemeler konusunda karar verilirken bu kriterin dikkate alınması gerekmektedir. Hakimin yada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili olan mercilerin verecekleri kararlarda zorlayıcı, sıkıştıran bir ihtiyacın varlığını tespit etmeleri eğer müdahale yapılmaz ise toplumsal açıdan ciddi bir tehlikenin gerçekleşeceği hususunda somut bir takım dayanaklarının olması gerekir. Bu nedenle Kanuna bu yönde yapılacak eklemelerin hak ihlallerini azaltacağını düşünmekteyiz.

#### **d) Müdahalenin Orantılı Olması**

Sözleşme koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin, sınırlanamayan ve askıya alınamayan mutlak haklar dışında, sınırlanabileceğini hatta askıya alınabileceğini kabul etmiştir. Bazen bu hakların kendi doğasından kaynaklanan zımni sınırlarının varlığını da kabul etmiştir. Ancak esas olan hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, hatta zımni sınırlarının varlığı kabul edilse de özüne dokunulmamasıdır. Burada tespit edilmesi gereken sınırlamanın yoğunluğu veya nereye kadar uzandığıdır. Sözleşme

bu konuda orantılılık kriterini, sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasındaki dengeyi esas almıştır.<sup>347</sup>

Orantılı olmak, bir hakka müdahalenin hakka en az zarar verecek şekilde yapılması, davaya bir bütün olarak bakıldığında yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için uygun ve yeterli nedene sahip olmasını ifade eder.<sup>348</sup> Hukukun her disiplininde daima alınan önlemlerle elde edilen amaç arasında makul bir oran aranmaktadır ve bu nedenle bu ilke hukukun her alanında geçerli olan bir ilkedir.<sup>349</sup> Mahkeme ye göre devlet bir müdahale önlemine başvururken “adil bir denge” sağlamaya gayret edecektir. Bu ilke yalnız ve sadece açıkça öngörölmüş bulunan hallerde değil, sözleşmenin tüm hükümlerinin uygulanmasında esastır.<sup>350</sup>

Demokratik bir toplumda 8. madde için gerekli olanın ne olduğu, bu prensibinin uygulanmasıyla yani bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenir. İnsan haklarının mutlak olmadığı ve birey haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiği açıktır ve bu dengeyi oluşturmak için orantılı olmak mahkeme kararlarının ortaya koyduğu bir ilkedir. Örneğin 7 Temmuz 1989 tarihli Soering-Birleşik Krallık davası kararında da “...Sözleşme’nin bütününün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır.” şeklinde ifade etmiştir.<sup>351</sup>

Eğitim dili konusunda mahkemeye Belçika aleyhine yapılan başvuru üzerine 23.07.1968 tarihinde verdiği kararda “sözleşme toplumun genel yararı ile temel insan hakları arasında adil bir denge kurulmasını öngörürken, ikinciye özel bir önem vermektedir.” ifadesini kullanmıştır. Klass ve diğerleri davasında mahkeme, demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında bir denge zeminin oluşturulmasının sözleşme sisteminin bir gereği olduğunu belirtmiştir.

Oranlılık ilkesi haberleşme hakkına doğrudan müdahale niteliğinde olan ve gizli olması sebebiyle de kötüye kullanılma ihtimali olan gizli müdahalelerin uygulanması

<sup>347</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 144-145.

<sup>348</sup> Kaya, s. 15.

<sup>349</sup> Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, <http://www.turkhukuku.com>, (03.06.2011).

<sup>350</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 146.

<sup>351</sup> Kilkelly, s. 30.

bakımından ikinci derece uygulanabilirlik koşulunun yani başka surette suçun önleneme imkânının varlığı halinde bu müdahalenin yapılmamasının sağlanması sonucunu ortaya koymaktadır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin ağırlığına göre çeşitli tedbirlerinin uygulanma ihtimalinin olması durumunda da yine temel hak ve özgürlüklere en az müdahale niteliğinde olana öncelik tanınması, müdahalenin yoğunluğuna göre bir öncelik-sonralık sırasının izlenmesi, oranlılık ilkesinin bir gereğidir. Bu tür müdahalelerin uzun süre devam etmesi, belirli bir süre ile sınırlandırılmaması da bu ilke açısından kabul edilemez.<sup>352</sup>

Mahkeme, ulusal kararların birey hakları ile devletin çıkarlarının dengelenmesi anlamına gelen orantı ilkesini değerlendirirken, temyiz merci gibi görev yapmamaktadır, bu nedenle herhangi bir davanın esasına göre görüşünü bildirmekten kaçınır.<sup>353</sup> Mahkeme sözleşmecî devletlerin belirli bir takdir hakkı olduğunu ve kendisinin nihai merci sıfatıyla, ulusal mercilerin işlemlerini denetlemekle görevli, bunların sözleşme gereklerine uygun olup olmadığına karar vermekle yetkili olduğunu belirtmiştir. Ancak bu yetkinin anlamının kendisinin ulusal merciler yerine geçerek, bunların takdiri yerine, daha uygun olduğunu düşündüğü kendi takdirini ikame etmek olmadığını, 28.05.1985 tarihli Ashingdane- Birleşik Krallık kararında da açıkça ortaya koymuştur.<sup>354</sup> Mahkemenin orantılılık ilkesi konusunda üstlendiği rol; davaya bir bütün olarak bakmak, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için “ilgili ve yeterli nedenlere” sahip olup olmadığını tespit etmektir.<sup>355</sup> Orantı araştırması; müdahaleye gerekçe teşkil eden amacın sözleşme düzeyinde meşruluğu, bu amaç için ileri sürülen gerekçenin yerindeliği ve yeterliliği, bu konuda sıkıştıran toplumsal bir ihtiyacın olup olmadığı ve müdahalenin bu ihtiyaçlarla dengeli olup olmadığının tespit edildiği karmaşık bir süreçtir.<sup>356</sup> Müdahalenin acil toplumsal ihtiyaç için yapıldığı konusunda ciddi nedenlere gerek vardır ve ulusal güvenliği korumak amacıyla alınan önlemleri açıklamak, örneğin ahlakı korumayı amaçlayan önlemleri açıklamaktan daha kolay olabilir.<sup>357</sup> Mahkeme toplumsal ihtiyaç baskısını

---

<sup>352</sup> Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.15.

<sup>353</sup> Kilkelly, s. 29.

<sup>354</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 148 .

<sup>355</sup> Kilkelly, s. 29 Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

<sup>356</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 146.

<sup>357</sup> Kilkeliy, s. 43.

değerlendirirken devletin, milli güvenliği koruma meşru amacını gerçekleştirmek için sahip olduğu takdir alanının geniş bir alan olduğunu kabul etmektedir.<sup>358</sup>

Devletlere tanınan takdir payı orantılı olmak ilkesi ile birlikte uygulanmaktadır. Ortadaki yararlar arasında denge kurma yani bunların arasından bir tercih yapma söz konusu olduğunda devletlerin takdir hakkı ortaya çıkmaktadır.<sup>359</sup> Mahkeme, demokratik toplumda gerekli bir müdahale konusunda devletlere takdir hakkı tanıdığını belirttiği Olsson-İsveç<sup>360</sup> davasında gereklilik kavramının, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt veren ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olan bir kavram olduğunu belirtmiştir. Orantılılık ilkesinin uygulanırılığı açısından gerekli ifadesinin aşırı sınırlı veya genel yorumlanmasını ise kabul etmemiştir.<sup>361</sup>

Oranlılık ilkesinin alt kriterleri olarak sözleşmede açıkça yer almasa da elverişlilik, gereklilik, ölçülülük unsurları olduğu kabul edilmektedir.<sup>362</sup> Bu belirlemeye göre:

### (1) Elverişlilik

Uygulanacak tedbirin amacın gerçekleşmesine elverişli olması gerekmektedir. Alınan tedbir sonucunda istenilen amaca ulaşılması elverişli olmasını, ancak amaç bakımından etkisi olmaması yani bunu zorlaştırması ise elverişli olmamasını ifade eder. Elverişlilik ilkesinde amaç araç ilişkisi açısından bir değerlendirme yapılmaktadır. Kullanılan aracın güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu değerlendirme aslında varsayımsal bir

<sup>358</sup> 26.03.1987 tarihli Leander- İsveç kararı, pr. 59.

<sup>359</sup> Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 149.

<sup>360</sup> Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

<sup>361</sup> Kilkelly, s. 29.

<sup>362</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilkeyi ölçülülük olarak, elverişlilik- zorunluluk- oranlılık ilkelerini ise bu ilkenin alt ilkeleri olarak kabul etmektedir. Bkz. 18.10.2007 tarih, 2007/4 Esas, 2007/81 karar sayılı kararı (<http://www.anayasa.gov.tr>)"... Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır." Ancak bu ilkenin daha çok oranlılık olarak kullanılması, ölçülülük ilkesinin ise alt unsur olarak belirlenmesi sebebi ile çalışmamızı bu tasnif kapsamında yapmaktayız. Bkz. Mustafa Ruhan Erdem, **Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001.

değerlendirmedir. Çünkü müdahalenin ileride ne gibi bir etki doğuracağından hareket edilmektedir. Müdahalenin elverişliliği konusunda varsayımda bulunan makamın verdiği kararın denetiminde bu durumun dikkate alınması önemlidir.<sup>363</sup>

Haberleşme hakkına doğrudan müdahale niteliğinde olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, özellikle organize suçlulukla mücadele açısından suç örgütlerinin dışa karşı koruma mekanizması çerçevesinde kendini gizlemesi, gizlice dinlenme olasılığını değerlendiren örgütlerin bunu engellemek için tedbir almaları, bu suretle veriler elde edilmesinin personel ve teknik altyapı gerektirmesi, bu verilerin değerlendirilmesinin zaman alması gibi sebeplerle elverişliliği reddedilmektedir. Bu yöntem kör bir kılıca benzetilmektedir.<sup>364</sup>

Ancak geleneksel soruşturma tedbirleri ile ancak önemsiz suçlar aydınlatılmakta, organize suçluluğun özel yapısı ve profesyonelliği ve dışa karşı korunma mekanizması nedeniyle yeterli gelmemektedir. Bu müdahalelerin amaca ulaşmak için elverişsiz olduğunu önceden belirlemek mümkün olmadığı gibi, bu tedbiri bertaraf etmek için alınan önlemler nedeni ile elverişsiz olduğu da söylenemez. Delil araçlarına ulaşmayı, böylece faillerinin ele geçirilmesinin kolaylaştırdığı için organize suçlulukla mücadelede bu tür müdahalelerin elverişli olduğu açıktır.<sup>365</sup> Aynı şekilde casusluk suçları ve terör tehditleri için de elverişliliğin kabulü gerekir.

## (2) Gereklilik

Bu ilke, güdülen aynı amaca ulaşmak için elverişli olan birden fazla amaçtan en az müdahalede bulunanın tercih edilmesini anlatır. Birey ve kamu açısından en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Eğer amaca ulaşmak için daha az sınırlayıcı müdahale var ise diğerinin tercih edilmesi elverişli olmadığını gösterir.<sup>366</sup>

Somut olayda eşit değerlerde birçok elverişli araç söz konusu ise, bunlar arasından en yumuşak olanın belirlenmesi müdahalenin yoğunluğunu belirlemek içinde bir ölçüdür. Amaca ulaşmak için yeterli olan en hafif tedbirin alınması, bu yeterli değilse daha ağır tedbirlere doğru aşamalı bir geçişin yapılması bu ilkenin bir

<sup>363</sup> Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi**, Ankara, 2002, s. 26-29.

<sup>364</sup> Erdem, Gizli Soruşturma, s. 191-193.

<sup>365</sup> Erdem, Gizli Soruşturma, s. 194.

<sup>366</sup> Metin, s. 30.

sonucudur. Gereklilik değerlendirmesi yapılırken amaç-araç ilişkisinden bağımsız olarak araçların birbirleriyle mukayesesi söz konusudur. Bu mukayese yapılırken ilk olarak müdahalenin ilgililer açısından ve kamu açısından ne gibi dezavantajlar getirdiği, ikinci olarak başka türlü müdahale imkanı var mı, varsa bu müdahale ne gibi dezavantajlar getirir tespiti yapılır. Son olarak ise bu dezavantajlar birbirleriyle karşılaştırılır ve amacı gerçekleştirmek için en yumuşak olan araç tercih edilir. Gereklilik ilkesi müdahalenin maddi, yer zaman ve kişi bakımından gerekli olan ölçüyü aşip aşmadığına bakılarak somutlaştırılabilir.<sup>367</sup>

Geleneksel koruma tedbirlerinin organize<sup>368</sup> suçluluk gibi suçların aydınlatılmasında etkisiz olması nedeniyle, gizli soruşturma tedbirlerinin ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğinde olan tedbirlerin gerekliliği sonucunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda gereklilik açısından şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Herhangi bir suç için değil ancak belirli suçlar için bu müdahalelerin yapılması gerekliliğin bir sonucudur. Müdahaleyi gerektiren tedbirlerin uygulama alanının sınırlandırılması, farklı genişlik ve içerikte belirli suç kataloglarını oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.

### **(3) Ölçülülük (dar anlamda orantılılık)**

Devletin ve bireyin çatışan menfaatlerinin göz önüne alınarak, yani tartılarak daha az değer taşıyan bir amaç uğruna, daha yüksek değerdeki bireyin özgürlüğüne ilişkin menfaatin feda edilmemesidir.<sup>369</sup> Bu ilkenin gereği müdahalenin ölçüsüz yükümlülükler getirerek katlanılamaz olmamasıdır.<sup>370</sup>

Elverişli ve gerekli bir denetimin ölçülü olup olmadığına ilişkin yapılan denetimde amaç-araç ilişkisi, ya da araçlar arasındaki mukayese değerlendirilmez. Burada amaç ile araç karşılıklı tartılır, bu tartım sonucunda aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajların ağır basması tedbirin ölçüsüz olduğunu gösterir. Dar anlamda orantılılığın sınırları soyut olarak belirlenemez. Bu ilke

---

<sup>367</sup> Metin, s. 30-35.

<sup>368</sup> Erdem, Gizli Soruşturma, s. 218.

<sup>369</sup> Erdem, Gizli Soruşturma, s. 218.

<sup>370</sup> Metin, s. 37.

yönünden yapılacak yargısal denetimde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak çatışan menfaatlerin makul bir denge de olup olmadığı tespit edilir.<sup>371</sup>

Gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasında müdahaleye olanak sağlayan normlar oluşturulmak suretiyle temel hak ve özgürlükler güvence altına alınarak kamuya ait menfaatin elde edilmesi açısından müdahalenin mutlaka gerekli olması zorunlu olmalıdır. Böylece ölçülülük ilkesinin gereği olarak kamuya ait menfaat ne zaman bireye ait menfaate göre üstünlük taşırsa, bireye ait hak ve özgürlüğe müdahale edilebilir.<sup>372</sup>

5397 sayılı Kanunun hükümlerine bakıldığında önleme amaçlı denetlemenin genel olarak örgütlü suçlar için kabul edildiği görülmektedir. Oranlılık ilkesi bireyin müdahale edilmek suretiyle feda edilen hakkı ile kamu yararının dengelenmesini, müdahalenin hakka en az zarar verecek şekilde yapılmasını ifade ettiği için örgüt faaliyeti çerçevesinde gerçekleşecek suçların önlenmesi ile kişinin bu özgürlüğüne müdahale edilmesi durumunda bir dengeden bahsedebiliriz. Yani bu tür suçların önlenmesi için başvuru olan 5397 sayılı Kanun hükümleri elverişli, gerekli veya ölçülü müdür? Bu gibi suçların önlenmesi amacının gerçekleşmesi için bu hakka müdahale nedeniyle uygulanacak tedbir elverişlidir. Çünkü bu tedbirin uygulanması bu ağırlıktaki suçların önlenmesinde önemli bir araçtır. Bu suçların önlenmesi için klasik koruma tedbirlerinin her zaman yeterli olmadığı gerçeğinden hareketle müdahale yapılmasının gerekli olduğu kabul edilebilir. Ancak aynı amaca ulaşmak için daha az temel hak ve özgürlüklere müdahaleye sebep olacak tedbir var ise bunun uygulanması gerekir. Son çare prensibi olarak nitelendirdiğimiz bu ilkeye 5397 sayılı Kanunda yer verilmediği görülmektedir. Kanunda bu yönde bir düzenlemenin olması Sözleşmenin ruhuna daha uygun olacaktır, bu nedenle Türkiye aleyhine yapılacak bir başvuruda Mahkemenin bu yöndeki eksikliği eleştirmesi çok muhtemeldir. Ancak burada bu tedbiri uygulayacakların ve bu tedbire karar vereceklerin bu tedbirin gerekliliğine ilişkin yapacakları değerlendirmeler haberleşme özgürlüğüne yönelik yapılabilecek haksız müdahaleleri azaltacaktır. 5397 sayılı Kanunun belirli suçların önlenmesi amacıyla bu tedbiri uygulaması bireyin ve devletin çatışan menfaatlerinin

---

<sup>371</sup> Metin, 37-38.

<sup>372</sup> Erdem, Gizli Soruşturma, s.225.



dengede tutulması açısından önemlidir. Ölçülülük ilkesinin sağlanabilmesi için de her somut olayın özellikleri değerlendirilerek çatışan menfaatlerin makul bir denge içinde olup olmadığı tespit edilmelidir.

#### e) Mahkemenin Belirlediği Diğer Esaslar

Mahkeme 8. maddenin 2. paragrafında belirlenen müdahalenin kanun kapsamında, meşru amaçla yapılması ve demokratik bir toplumda gerekli olması ilkeleri açısından denetleme yapar iken, zaman içinde hassas bir hukuki süzgeçten geçirmek suretiyle haberleşme hakkının korunması adına birtakım ek kriterler belirlemiştir. Bu güvenceler ile devletlerin haberleşme hakkına keyfi müdahalesi ve görevlilere tanınmış olan yetkilerin kötüye kullanılması ihtimalleri azaltılmaya çalışılmıştır. Mahkeme kararlarında 8. maddede tanınmış hakların keyfi müdahalelere karşı korunmasını sağlamak amacıyla kısıtlamanın sınırlarının belli edilmesi amacıyla milli hukukta güvencelere ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme, bu hususta üye ülkelerin sahip olmaları gerekli olan güvenceleri Huvig-Fransa<sup>373</sup> davasında belirlemiştir. Buna göre:<sup>374</sup>

- Telefonları dinlenmesi muhtemel insan kategorileri yargısal bir kararla belirlenmelidir.
- İletişimin denetlenmesini gerektirecek suçlar tanımlanmalıdır.
- Telefon dinlemeye ilişkin süre belirli olmalıdır.
- Dinlemeye alınmış konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline dönüştürüleceği düzenlenmelidir.
- Dinlemeye alınmış kişilere ilişkin kayıtları denetlenmelidir.
- Kayıtların silinmesi veya bantların imha edilmesi gerekli olan haller belirlenmelidir.

Mahkemenin bu kararı ve diğer kararları kapsamında konuya ilişkin belirlediğimiz ek kriterlerle ilgili olarak şu tespitlerde bulunabiliriz:

---

<sup>373</sup> 24.04.1990 tarihli Huvig- Fransa kararı "...Fransız telefon dinleme sistemi çeşitli istismlara karşı güvence içermemektedir. Örneğin hangi kategori kişilerin yargısal kararlarla dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefondaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.", <http://ihami.anadolu.edu.tr>, 02.06.2011.

<sup>374</sup> Yardımcı, s. 148.

1- Mahkeme müdahale için suç ve kişi kategorisi oluşturulmasını gerekli görmüştür. Suç kategorisinin belirlenmesine ilişkin kararlarında Mahkeme suç listesi oluşturmak yerine bu konuda devletlere bir takdir hakkı tanımıştır. Birleşik Krallık-Malone davasına organize suçların artışı ve suçluların daha da gelişmiş yöntemler kullanması nedeniyle gizli tedbirlerin kullanılabilceğini ancak bu tür tedbirlerin doğasında var olan gizlilik nedeniyle suiistimal tehlikesinin varlığını kabul etmekle birlikte, telefon dinlenmesini ağır suçların önlenmesi ve araştırılması hususunda kaçınılmaz olarak kullanılması gereğini kabul etmektedir. Prada Bugallo – İspanya kararında belirli ağırlıktaki suçlar bakımından müdahalenin haklı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme Erdem-Almanya davasında, Alman ceza hukukunda haberleşmesine müdahale edilecek kişilerin kategorisinin belirlenmesine ilişkin olarak şu tespitte bulunmuştur; "...haberleşmesinin izlenmesi gerekli olan kişiler tespit edildiği için, diğer bir ifadeyle Alman Ceza Kanununun 129. maddesine göre bir terör örgütüne üye olduğundan şüphelenilen kişilerin kategorisi belirlendiği için, bahse konu hükmün çok kesin bir biçimde hazırlandığı gözlemlenmiştir."<sup>375</sup> Ayrıca mahkeme Klass- Almanya kararında müdahale edilecek kişilerle ilgili somut belirleme yapılmaya da buna ilişkin sınırlamanın önemli olduğunu belirtmiştir.<sup>376</sup>

2- Mahkeme, müdahalenin yapılabilmesi için somut belirtilerin varlığını ararken devletlerin takdir yetkilerini şüphe açısından değerlendirmiştir. Klass kararında da bir kimsenin belirli suçları işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair kuşku duymak için maddi belirtilerin bulunması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>377</sup> Mahkemenin burada herhangi bir şüphe belirlemesi yapmaksızın maddi belirtilerin yani somut olguların varlığını aradığı anlaşılmaktadır.

3- Haberleşme hakkına müdahale edilmesi suretiyle elde edilen verilerin saklanması, gizli kalması ve yok edilmesi hususlarında devletlerin yasal düzenlemeleri oluşturması gerekmektedir. Mahkeme kamusal amaçlarla

---

<sup>375</sup> Yardımcı, s.152.

<sup>376</sup> Taşkın, s. 274.

<sup>377</sup> Yardımcı, s. 152.

bireyin özel yaşam alanına ilişkin verilere ulaşılabileceğini ancak bu faaliyetlerin sınırı ve bu faaliyetler sırasında bireyin özel yaşamının gizliliğine riayet hakkını koruyucu yeterli güvencelerin getirilmiş olmasını aramaktadır. Klass kararı incelediğinde, bireyin özel yaşamına ilişkin kişisel nitelikli verilerin kamusal organlar karşısında korunması bakımından şu hususlar ortaya çıkmaktadır. Bu haklara kamu güvenliği ve kamu yararı sebepleriyle müdahale etmek mümkündür. Ancak bu müdahale ilgilinin bilgisi dışında yapıldığından mutlaka kamusal organların tarafından bu yetkilerin kötüye kullanılabilmesini engelleyecek uygun tedbirleri de içeren yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.<sup>378</sup> Huvig ve Kruslin kararlarında, iletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtların silinmesi ve imha edilmesine ilişkin şartların belirlenmemiş olması nedeniyle sistemin istismara karşı güvenceler içermediğini belirtmiştir.<sup>379</sup>

- 4- Mahkeme haberleşme hakkına müdahale edilebilmesi için mutlaka hakim kararı olması şeklinde bir kriter ortaya koymamıştır. Hatta Huvig – Fransa kararında Fransız kanunlarına göre sorgu hakimi tarafından verilen bir izin kapsamında, üst düzey bir polis görevlisi tarafından iletişime müdahale edilmesini makul gördüğü şeklindeki Fransız Yargıtay'ı görüşü hakkında bir değerlendirme yapmamış ve böyle bir değerlendirme yapmanın Sözleşmecî devlet mahkemelerinin görev alanına girmek anlamına geleceğini ifade etmiştir. Önemli olan, makul bir açıklıkla iletişimin denetlenmesine ilişkin yetkilerin nasıl kullanıldığının, hangi yetkilerin idarenin takdirine bırakıldığına izah edilmesidir. Mahkeme bir idari merci tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararını ihlal nedeni saymamakta, fakat bu idari nitelikteki kararın yargısal bir denetime tabi tutulması gibi bir güvencenin sağlanmış olmasını aramaktadır. Ayrıca mahkeme, verilen kararın da belli bir kaliteye sahip olmasının gerekliliğine işaret etmektedir. Bu itibarla Mahkeme, kararların gerekçeli olmasını, istismarı ve keyfiliği önleyici bir güvence olarak

---

<sup>378</sup> Oğuz Şimşek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun ve Kanununun 4. Maddesine Göre “Kayıt ve Verilen İncelenmesi” Ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması”, <http://www.idealhukuk.com>, (04.06.2011).

<sup>379</sup> Yardımcı, s. 155.

görmektedir.<sup>380</sup> Gerekçeli olma ilkesi müdahale talebinde bulunan mercii ve karar verecek merciinin daha itinalı davranmasını sağlayacağı gibi, daha sonra yapılacak denetimler açısından da önem taşımaktadır. Gerekçenin yeterliliği de mahkeme açısından önem taşımaktadır, Prada Bugallo -İspanya kararında verilen kararın gerekçesinin yeterli olmamasını eleştirmiştir.<sup>381</sup>

- 5- Mahkeme önüne gelen davalarda müdahalenin ne kadar süre ile yapılacağına ilişkin somut bir zaman belirlemesi yapmamıştır. Sözleşmeci devletlerin kanunlarında yer alan farklı süreler için çok ya da az şeklinde bir nitelirmede bulunmamıştır. Ama keyfiliği önleyici güvenceler açısından müdahalelerin belirli sürelerle sınırlandırılmasını Kruslin- Huvig kararında mahkemede ifade etmiştir.<sup>382</sup>
- 6- Mahkeme müdahale sona erdiğinde gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye tedbirin amacı tehlikeye düşmeyecekse, sonradan bilgi verilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Böylece hakkına müdahalede bulunulan ilgili hukuki yollara başvurma imkanına kavuşmuş olacaktır. Ancak mahkeme ilgiliye bildirim konusunda kesin bir tavır ortaya koymayı tercih etmemiştir.<sup>383</sup> Klass -Almanya başvurusunda müdahalede bulunulduğunda ilgisine haber verilmese bile re'sen yeterli denetim yapılabilecek yöntemler ile bunları uygulayacak tarafsız kurumların getirilmiş olması ile sözleşmedeki haklarla, demokratik toplumun korunması arasındaki dengenin gözetilmiş ve sağlanmış olduğunu belirtmiştir.<sup>384</sup> Mahkeme kararlarında önleyici amaçla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin ilgiliye bildirilmesini zorunlu görmemiştir. Keyfiliği önleyici etkin diğer mekanizmaların varlığı halinde, bildirim yapılmamasının tek başına ihlal oluşturmayacağını 19 Mart 2002 tarihli Greuter- Hollanda kararında kabul etmiştir.<sup>385</sup>
- 7- Mahkemeye göre müdahaleye yönelik denetim, ilk kez emredildiği zaman, sürdürülürken ve sona ermesinden sonra olmak üzere üç aşamada yapılır. İlk

---

<sup>380</sup> Yardımcı, s.157.

<sup>381</sup> Taşkın, s. 286.

<sup>382</sup> Taşkın, s. 278.

<sup>383</sup> Yardımcı, s. 158.

<sup>384</sup> Kaya,s.129.

<sup>385</sup> Altıparmak, s. 52.

iki denetim doğası gereği ilgilinin dışında gerçekleşen denetimdir ve bireyin haklarını korumak için yeterli ve eşdeğer güvencelerin devlet tarafından sağlanması gerekir. Demokratik toplumların temel ilkesinden olan hukukun üstünlüğü ilkesi, idari makamlarca kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin olarak yapılan müdahalelerin yargı tarafından sağlanması gerekli olan etkin bir kontrole tabi tutulmasını gerektirmektedir, bu sağlanamasa da en son çare olarak, müdahale, bağımsızlık, tarafsızlık ve makul bir usul güvencelerini sunan bir yargısal denetime tabi kılınmalıdır. Bu denetimin prensip olarak bir yargıca verilmesini tercih eden Mahkeme Klass- Almanya davasında, Federal Almanya'da yargısal denetim mekanizmasının bulunmayışını, bu görevin Parlamento Heyeti ve G10 komisyonunca yapılmasını demokratik bir toplumda gerekli görülen sınırın aşılması olarak yorumlamamıştır. Anılan organların, iletişimin denetlenmesini yapan kişilerden farklı olmasını, bağımsız olmalarını, görevlerini etkili ve sürekli bir şekilde yapmak için yeterli güç ve yetkilere sahip olmalarını yeterli görmüştür.<sup>386</sup>

Denetleyici kurum veya kişilerin bağımsız davranabilme yetkisine ilişkin olarak Leander-İsveç kararında da, İsveç'te bulunan ve denetim görevi üstlenmiş Milli Polis Kurulu, Adalet Bakanlığı, Parlamento Ombudsmanı ve Meclis Adalet Komitesinin görevlerini keyfiliği önleyici mekanizmaların bulunması bağlamında takdir ettiğini ifade etmiştir.<sup>387</sup>

Mahkeme kararlarında dikkat çeken nokta, içeriği ve kalitesi ile kişi haklarını gizli tedbirlere karşı koruyan denetime yapılan vurgudur. Kişinin, gizli olması sebebiyle kontrolü altında tutamadığı, denetimden geçirilmesini sağlayamadığı ve devletin bireyin hakkını koruma görevi üstlendiği ilk iki aşamada yapılacak denetimin kim tarafından gerçekleştirildiği mahkeme tarafından asıl önceliğe sahip bir husus olarak kabul edilmemektedir. Lambert-Fransa kararında mahkeme Fransa'nın, iletişimin denetlenmesini düzenleyen kanununda tedbirin denetlenmesine izin veren ve suiistimali önleyecek bir garanti maddesinin bulunmayışını, Fransa Kanunu'nun, kimin telefonunun

---

<sup>386</sup> Klass-Almanya, 6 Eylül 1978 tarihli karar, para.56

<sup>387</sup> Taşkın, s. 282.

dinlendiği konusunda ayırım yapmaması nedeniyle vatandaşların hakkı olan etkin kontrol kurumunu devre dışı bırakmasını 8. madde ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>388</sup>

5397 sayılı Kanun bu kriterler açısından değerlendirildiğinde şu tespitler yapılabilir:

- Tedbirin uygulanacağı suçlar CMK'nun 250. maddesinde yer alan suçlardır. Belirli ağırlıktaki suçlar açısından müdahaleyi haklı gören mahkemenin standartlarına yakın olmasına rağmen, katalogda yer alan suçların sınırlarının kesin olarak ortaya konmaması, genişletilme ihtimalinin varlığı bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Tedbirin uygulanacağı kişiler açısından ise 250. madde kapsamına giren suçları işleme ihtimali olan kişilerin haberleşme hürriyetine müdahale edileceği kabul edilirse, karar makamlarının burada yapacağı iyi değerlendirmeler ile mahkeme kriterleri sağlanabilecektir.

- Somut verilere dayanılarak müdahale yapılması gerektiğini belirten mahkeme kararları değerlendirildiğinde 5397 sayılı Kanun herhangi bir şüphe derecesine yer vermese, somut verilerin aranması şeklinde bir ifadeye yer vererek bu kriteri karşılayabilirdi. Yine burada uygulayıcıların ve karar vericilerin hak ihlallerini en aza indirmek için maddi belirtilerin varlığı halinde müdahaleyi gerçekleştirmeleri de son derece önemlidir.

- Elde edilen verilerin saklanması, gizli kalması ve yok edilmesi hususlarında kesin kurallar koyan kanunun ve bu konuya ilişkin soruşturma ve kovuşturma kurallarını düzenleyen hukuk sisteminin mahkeme kriterlerini karşıladığı görülmektedir. Mahkeme karar verecek merci açısından kesin belirlemeler yaparak devletlerin takdir yetkisine doğrudan müdahale etmemiştir. 5397 sayılı Kanun karar mercii açısından karma sistemi benimsemiş olup, bu durumun bir ihlal sebebi olmayacağı açıktır.

- Denetleme için 3 aylık bir süre uygulanacağını, bu sürenin 3 defa daha uzatılabileceğini öngören Kanunun mahkeme standartlarını yakaladığı anlaşılmaktadır. Ancak terör suçları için süre sınırlamasını tercih etmeyen Kanunun bu nedenle mahkeme standartlarından uzaklaştığı sonucu çıkartılabilir. Ancak burada

---

<sup>388</sup> Yardımcı, s. 180.

uzatma konusunda karar verecek merciin bunu iyi değerlendirdikten sonra vereceği kararlar haberleşme hakkının ihlalini önemli derecede azaltacaktır.

• 5397 sayılı Kanun ilgiliye bildirim yükümlülüğü getirmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi etkin bir denetim mekanizması olduğu taktirde mahkeme bu eksikliğin doğrudan hak ihlali oluşturmadığını kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme önüne gidecek bir başvurunun Türkiye açısından bir sorumluluk sebebi olmayacağı anlaşılmaktadır.

• Mahkemenin keyfiliği önleyecek mekanizmalar için etkin bir denetleme sistemini kararlarında açıkça dile getirdiği görülmektedir. TİB'in kurulması ile birlikte iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tek elden yapılıyor olması önemli bir aşamadır. Mahkeme kararlarında etkili denetimin üç adımda olacağı anlaşılmaktadır. İlk adımı hakim kararı olarak kabul edersek, 5397 sayılı Kanunun bu yöntemi tercih etmesi önemlidir. Denetimin ikinci adımında ise tedbiri yerine getirenlerin denetlenmesi vardır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde icra görevini üstlenen kurumların denetimlerinin tam olarak gerçekleştirilmesi durumunda mahkemenin belirlemiş olduğu standartlar sağlanmış olacaktır. Tedbirin bitmesinden sonra gerçekleştirilecek denetim için ise bağımsız ve münhasıran bu konuda yetkili bir idari otoritenin kurulmasının önemli olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu yönde atılacak adımlar ile denetim sistemi etkin ve yeterli bir sistem özelliğine sahip olabilecektir. Şu anki uygulama ilk iki adımda yapılan denetimin mahkeme standartlarını karşılaması adına ihtiyaçlara cevap veriyor görünmektedir. Ancak denetimde üçüncü adımın gerçekleştirilmesi için atılması gereken adımlar göz ardı edilmemelidir.

## **B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum**

Organize suç işleme yöntemlerinin artması, terörle mücadelenin artık birçok ülke için gerekli olması nedeniyle dünyada birçok ülke henüz suç işlenmeden önce gerekli tedbirleri alabilmek ya da suç işlendikten sonra suç işleyen kişi veya kişilere ulaşabilmek için önleme amaçlı ya da adli amaçlı iletişimin denetlenmesi işlemlerini kendi mevzuatlarında kabul etmişlerdir. Bu bölümde çeşitli dünya ülkelerini mevzuatları açısından önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin sistemleri incelenmeye çalışılacaktır. Özel hayatın korunması ile haberleşme

özgürlüğünün korunması bakımından bir ayrıma varmanın güçlüğü açıktır. Bu nedenle her iki temel hak ve hürriyet hemen hemen bütün medeni ülkelerde anayasa ile güvence altına alınmış olup, iletişimin denetlenmesi ise bu temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale olarak değerlendirilmektedir. Almanya, Avusturya ve İsviçre anayasalarında haberleşmenin gizliliğinin garanti altına alındığını, İsveç ve Fransa’da ise özel hayatın ve hayatın gizli alanının kapsamlı olarak korunmasını sağlayan kişisel özgürlük hakkının yazılı olmayan bir anayasal hak olarak kabul edildiğini görmekteyiz.<sup>389</sup>

### 1. Alman Hukuku

Alman Anayasasına 2. maddesi temel kişisel özgürlüklerin çerçevesini çizmektedir. Kişinin özel hayatına ilişkin bilgileri ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde açıklayacağı konusunda karar verme yetkisi bu madde ile güvence altına alınmıştır.<sup>390</sup> 10. maddesinin ilk fıkrasında ise haberleşme gizliliğinin temel bir hak olduğu açıkça belirtilmektedir. Haberleşmenin gizliliğini tanıyan ve koruyan bu hükümlere ilaveten Alman Anayasasının 13. maddesi de suçla mücadelede bu hakka müdahale edilebilmesine izin vermiştir. Anayasada haberleşme özgürlüğüne ilişkin yer alan üç madde dışında Alman Ceza Yasası’nın 206. maddesi de telekomünikasyon gizliliğine tecavüzün suç olarak tanımlanıp, ceza öngörüldüğünü görmekteyiz.<sup>391</sup>

Alman hukukunda belirli ağırlıkta olan suçlarla sınırlı olarak adli amaçlı dinleme yapılabilmesine izin verilmiş, bunun yanı sıra önleme dinlemesi de kabul edilmiştir. Bu konudaki ilk kanuni düzenleme 1968 yılında yürürlüğe giren Alman Anayasasının 10. maddesine ilişkin olarak çıkartılan (G 10) Kanunu’dur. Daha sonra 01.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren Suçlulukla Mücadele Kanunu ile “G 10” Kanunu’nun 12. maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile önleme dinlemesinin alanı genişlemiştir. Çünkü bu kanun, hâkim kararı olmadan gerçekleştirilen telefon dinlemelerinin alanını genişletmiş, bu şekilde elde edilen bilgilerin istisnai hallerde delil olarak kullanılmasına yasal zemin hazırlanmıştır. Ayrıca Almanya Federal Cumhuriyeti’ne karşı silahlı bir saldırı veya terör eylemleri yapılması tehlikesi,

<sup>389</sup> Erdem/ Özbek, Uzakla Haberleşme, s. 249-303.

<sup>390</sup> Sözüer, s. 88.

<sup>391</sup> Özdoğan, s. 177.



demokratik hukuk devletini tehdit eden bir tehlikenin varlığı, çok miktarda uyuşturucu maddenin Almanya'ya ithal edilmesi tehlikesi ve yurt dışında işlenen, paralarda sahtecilik suçları ile, kara paranın aklanması suçlarından doğan tehlikeleri “geç kalmadan” tespit etmek ve bu tür tehlikelere karşı devletin tedbir alabilmesini sağlamak amacı ile bazı devlet organlarına mektup ve posta gizliliği ile korunan gönderileri inceleme yetkisi, hâkim kararı olmadan ve geniş kapsamlı bir şekilde telefon dinleme yetkisi tanınmıştır. Alman hukukunda adli dinlemeye ilişkin düzenlemeler ise Ceza Usul Kanunu'nun 100a, 100b, 100c, 100d maddelerinde belli ağırlıktaki suçlar için kabul edilmiştir. Yetki kısıtlı ve kısa bir süre için verilmekte ve dinleme işlemi sona erdikten sonra, tehlike doğurmayan hallerde dinlemenin yapıldığı ilgiliye hakkını araması için bildirim yapılmasına izin verilmektedir.<sup>392</sup>

## **2. Amerikan Hukuku**

### **a) Genel Olarak**

Amerikan Anayasası'nda özel haberleşmelerin gizliliği konusunda açık bir hüküm olmasa da Anayasanın 1791 tarihli Dördüncü Değiştirisinde (Fourth Amendent) arama ve el koymaya ilişkin şu hükümler bulunmaktadır: “ Halkın; kişileri, evleri, kağıtları ve eşyası yönünden, makul olmayan arama ve el koymalardan masun bulunmaması hakkına dokunulamaz. Arama emri, ancak, yemin ve belgelenmeyle desteklenen muhtemel sebep üzerine, aranacak yeri, tutulacak kişileri ve el konulacak eşyayı açıkça belirtmek suretiyle verilebilir.” Büyük oranda tarım toplumu olarak yaşayan Amerikan halkının özel hayatını korumaya yeten bu düzenlemenin dışında 1792 yılında posta hizmetlerinde çalışan memurun mektupları açmasını yasaklayan bu kanuni düzenlemede mevcuttur.<sup>393</sup>

1880'lerden sonra teknolojik gelişmenin hızlanması, özellikle telefonunun, mikrofونun ve enstantane resim çekebilen fotoğraf makinesinin icadı, özel hayatın korunmasının yeniden gözden geçirilmesini gerektirmiştir. Yüksek Mahkeme'de bu yeni gözetleme yöntemleri karşısında kişisel hayat ve haberleşmenin gizliliği, son derece dar bir biçimde yorumlamıştır.<sup>394</sup> Bu dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda Yüksek Mahkeme'nin kongreye tavsiyelerde bulunduğu Olmstead kararı

<sup>392</sup> Yenisey/ Altunç, s. 18.

<sup>393</sup> Özbudun, s.273.

<sup>394</sup> Özbudun,s. 274.

önemli bir yere sahiptir.<sup>395</sup> Bu kararda mahkeme eyalet kurallarına aykırı olarak elde edilen delillere yani telefon kayıtlarına dayanılarak verilen mahkumiyet hükmünü onamıştır.<sup>396</sup>

Yüksek Mahkeme'nin özel haberleşmenin gizliliği ile ilgili tutumunun 1967 tarihli Berger kararı ile değiştirdiği görülmektedir.<sup>397</sup> Bu kararında Mahkeme, gelişigüzel yapılan, uzun ve sürekli olarak devam eden (bir günde 24 saat) bu tedbirle, bir şekilde iletişim kapsamına giren herkesin rastgele ve takibat konusu suçla olan ilgisine bakılmaksızın dinlenebilmesini eleştirmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 4. maddesinde belirlenen makul sebep ilkesi gereğince Anayasa ile muhafaza altına alınan haklara ancak haklı neden olunca müdahale edilebileceğini belirtmiştir. New York Eyaleti Alkollü İçecekler Kurumu Başkanı'na rüşvet verdiği iddiasıyla hakkında soruşturma başlatılan Berger hakkında Eyalet Yüksek Mahkemesi Hâkimi'nin, New York Eyaleti Ceza Usul Kanununun 813. maddesi uyarınca verdiği izin çerçevesinde telefonları dinlenmiştir. Özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden Berger ile ilgili davada Yüksek Mahkeme, önceki kararlarından farklı olarak, konuşmaların Anayasanın 4. maddesi kapsamında olması sebebiyle teknik imkanlarla elde edilen konuşma içeriklerinin arama ve el koyma hükümlerine tabi olması gerektiğine karar vermiştir.<sup>398</sup>

Yüksek Mahkeme, herkesin kullanıma açık telefon kabinesinin dış tarafına FBI ajanlarınca yerleştirilen dinleme ve kayıt cihazları vasıtasıyla elde edilen delillere dayanılarak verilen ve İstinaf Mahkemesi'nce de onaylanan mahkumiyet hükmünü, 1967 yılında verdiği Katz kararı'nda bozmuştur. Kararda "... bir kimse bir işyerinde, bir iş arkadaşının evinde veya bir takside olduğu kadar, bir telefon kulübesinde de, Dördüncü Değiştiri'nin sağladığı korumadan yararlanabilir... İnsan, nerede olursa olsun, makul olmayan arama ve el koymalardan masun kalacağını bilme hakkına sahiptir." denilmiştir.<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup> Yardımcı, s. 25.

<sup>396</sup> Özbudun, s. 275.

<sup>397</sup> Özbudun, s. 278.

<sup>398</sup> Yardımcı, s. 26-27.

<sup>399</sup> Özbudun, s.280.

Haberleşme özgürlüğünün şekil almasında önemli yere sahip olan Yüksek Mahkeme kararlarından sonra Amerikan hukuk sistemi içerisinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin nasıl düzenlendiğini incelediğimizde hem adli, hem de istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verildiğini görmekteyiz.

ABD Kongre'si, 1968 yılında Teknik Dinleme Kanunu'nu (Wiretap and Electronic Surveillance Act) çıkarmıştır. Çok Yönlü Suçla Mücadele ve Güvenli Sokaklar Kanunu'nun 3. Bölümü olarak kanunlaştırıldığı için Bölüm III (Title III) olarak da adlandırılan bu Kanun, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi hususunda hükümler getiren temel kanundur. 1978 yılında çıkarılan Dış Güvenlik İstihbarat Kanunu (Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA) ABD'de önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen temel kanundur.

Kongre, 1986 yılında iletişimin denetlenmesi hususunda yeni bir kanun çıkarmak zorunda kalmıştır. ECPA (The Electronic Communication Privacy Act), teknolojik gelişmeler doğrultusunda, devlet görevlilerinin vatandaşın özel hayatını korumak kaydıyla, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmesi için gerekli hukuki altyapıyı güncellemeyi amaçlamıştır. ECPA ile kolluğa Teknik Dinleme Kanunu'ndan daha fazla yetki tanımış, böylece kolluk kuvvetlerinin teknik dinleme kabiliyetlerini genişletmiştir. Teknik Dinleme Kanunu'nda kullanılan "kablolu veya sözlü haberleşme (wire or oral communication)" tabiri kablolu, oral veya elektronik haberleşme ile foto-elektronik veya foto-optik sistemlerle yapılan haberleşme" olarak genişletilmiştir. ECPA'nın, elektronik işlem ve depolama bilgilerini de özel hayat kapsamına dahil etmesi gizliliği korumaya yönelik olarak attığı en önemli adımdır. Teknik Dinleme Kanunu'nda, özel haberleşme şebekeleri üzerinden yapılan iletişimin mahremiyet kapsamına girip girmediği hususu muğlak bulunduğundan, ECPA bu konuya açıklık getirmiş ve özel şebekeler üzerinden yapılan haberleşmelerin de anayasal koruma altına alınması gerektiğini vurgulamıştır. ECPA'nın açıklığa kavuşturduğu diğer bir husus da, iletişimin denetlenmesi ile elde edilen bilgilerin hangi durumlarda kimlere açıklanabileceğinin net olarak ortaya konulmuş olmasıdır.<sup>400</sup>

---

<sup>400</sup> Özdoğan, s. 22-26.

ECPA'nın, mevcut hükümleri yeni teknolojilere göre güncellemiştir ama yine de kendinden sonra çıkacak teknolojileri kapsayacak dinamik bir yapıya sahip olduğu ve yeni teknolojilerle ortaya çıkabilecek gizliliğin ihlali kaygılarını giderici hükümler içerdiği de söylenemezdi. Bu nedenle 25.10.1994 tarihinde CALEA (The Communication Assistance for Law Enforcement Act) Kongresi'nden geçip Başkan tarafından imzalanmıştır. CALEA'nın 102. maddesine göre büyüklüğü ne olursa olsun her türlü telekomünikasyon servis ve transmisyon sağlayıcıları, kanunu yürütmekle yükümlüdür ve telekomünikasyon sektörü tarafından hizmete sokulan yeni teknolojiler, güvenlik güçlerinin teknik dinleme kabiliyetlerini kısıtlamamalıdır. Mevcut kullanılan teknolojilerden güvenlik güçlerinin dinlemesine mani durumlar içeren sistemler varsa bunlar elden geçirilerek, bu sistemlerin dinlemeye müsait hale getirilmesi için gerekli değişiklikler yapılmalıdır. 104. madde de sayılan yükümlülükler çerçevesinde; servis sağlayıcılar, acil durumlarda, güvenlik güçlerine kendi şirketlerinin binalarını kullanarak dinleme yapmalarına imkan tanımak ve teknik dinleme konusu mobil hedefin kendi servis bölgelerine giriş çıkışları hakkındaki bilgileri güvenlik güçlerine vermek zorunda bırakılmışlardır. Bununla birlikte, güvenlik güçleri, telekomünikasyon şirketlerine, herhangi bir aletin kullanılıp kullanılmaması konusunda baskı yapamayacaklardır. Ayrıca bu Kanunun gizlilik hakkının korunmasına yönelik yaptığı katkılar da bulunmaktadır. Yine bu Kanunun 103. Maddesine göre telekomünikasyon servis ve transmisyon sağlayıcıları, sistemlerini yetkisiz ve uygun olmayan gizli dinlemelere karşı koruyacak tedbirleri almaları, telefon numara tespit ve rota tespit cihazlarının kullanımının kısıtlanması gibi...<sup>401</sup>

Tam adı, 'Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001' olan ve USA PATRIOT Act ya da USAPA olarak kullanılan Patriot Kanunu, kolluk kuvvetlerinin teknik takip ve soruşturma kabiliyetlerini artırdığı gerekçesi ile yürütme gücü ile sivil haklar arasındaki dengeyi yürütme lehine bozduğu yönünde eleştirilmiştir. 11 Eylül 2001 saldırısının gerçekleşmesinden birkaç gün sonra çalışmaları bitirilmiş olan ve 15'ten fazla önemli kanunda ciddi değişiklik yapan Kanun, Başkan Bush tarafından 26

---

<sup>401</sup> Özdoğan, s. 54-62.

Ekim 2001 tarihinde imzalanmıştır. Bu Kanun acele olarak hazırlanmış, Kongre ve Senato'da yeterli bir düzeyde tartışılmamıştır.<sup>402</sup>

Patriot Kanunu ile yapılan en önemli değişikliklerden birisi FISA Kanunu kapsamında verilecek elektronik takip ve arama yetkisine ilişkindir. FISA kapsamında, istihbari amaçlı denetleme yani elektronik takip ve arama yapılabilmesi için mahkemeler ve Adalet Bakanlığı tarafından da ilk hedef testi olarak adlandırılan onayı sadece üst düzey idari yetkililer verebilmekte idi. Patriot Kanunu (218. madde) ile istihbarat toplayabilmek için “önemli hedef kriteri” getirilmiş; önemli kelimesinin anlamının tanımlanmamış olmasından kaynaklanan belirsizlik, tutarsızlıklar ve yeknesak olmayan uygulamalar sebebi ile FISA'nın alanı genişletilmiştir. Böylece yabancı istihbarat toplama gerekçesiyle, cezai soruşturmalarda iç içe geçmiş konularda, hak ve hürriyetleri koruma noktasında daha az güvence sağlayan FISA hükümleri uygulanmak suretiyle cezai soruşturmalarda delil elde edilmektedir.<sup>403</sup>

Patriot Kanunu'nun 201 ve 202. maddeleriyle, Teknik Dinleme Kanunu'nda yer alan suçlara, kimyasal suçlar, terörizm suçları, bilgisayar sahteciliği ve suiistimali suçu da eklenmiştir. Kamuya açık yerlerin, hükümet binalarının, kamu taşıma sistemlerinin ve bunlara ilişkin altyapı sistemlerinin bombalanması ve terörizmin finansmanı suçu da sonradan dahil edilmek suretiyle kapsam oldukça genişletilmiştir.<sup>404</sup>

Patriot Kanunu, gezici takip (roving tap) olarak adlandırılan ve hedef kişinin kullandığı bir cihazın takibe alınması yerine, FISA Mahkemesi'nin vereceği bir karar marifetiyle, ilgili kişinin kullanabileceği tüm cihazların denetlenmesine imkan veren yeni bir yöntemi de uygulamaya sokmuştur. Teröristlerin, kullandıkları iletişim araçlarını çabucak ve ustalıkla değiştirebildikleri ve bu konuda eğitim aldıkları gerçeğinden hareket edilerek çıkarılan bu hüküm, Teknik Dinleme Kanunu'nda sayılan şartların varlığı halinde hayata geçirebilmektedir. Patriot Kanunu'nun 207. maddesi ile sürelerinde değiştiği görülmektedir. FISA kapsamında verilmiş iletişimin

---

<sup>402</sup> Yardımcı, s. 34.

<sup>403</sup> Yardımcı, s.36.

<sup>404</sup> Yardımcı, s.38.

denetlenmesi süresi 90 günden 120 güne çıkarılmak, bu süre yine mahkeme kararıyla bir yıla kadar uzatılabilmektedir. 219. madde ile de Federal Usul Yasası hükümleri değiştirilmiştir. Böylece herhangi bir mahkeme tarafından iç ve uluslararası terörizm suçlarıyla ilgili olarak verilen bir iletişimin denetlenmesi kararının o mahkemenin yargı yetkisi dışında da geçerli olması yani tüm ülkede geçerli olan mahkeme kararlarının verilmesi sağlanmıştır.<sup>405</sup>

### **b) Dış İstihbarat Takibi Kanunu (The Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA-1978)**

Yüksek Mahkeme milli güvenlik gerekçesiyle mahkeme kararı bulunmaksızın iletişimin denetlenmesi sorununu ilk olarak ele aldığı United States-United States District Court davasında; hükümetin milli güvenlikle ilgili suçlar hakkında yapacağı soruşturmalar için önceden bir mahkeme kararı alması gerektiğini belirtmiş ancak, bu tür suçların farklı bir politikayı gerektirdiğini de vurgulayarak, Kongrenin bu tür suçlarla ilgili soruşturma tekniklerinin sıradan suçlarla aynı olup olmaması gerektiği hususunda bir araştırma yapmasını tavsiye etmiştir. Bu kararın verildiği tarihlerde sadece adli nitelikli suçlarla ilgili delil toplama amacının varlığı halinde iletişimin denetlenmesine imkan tanımaktaydı. Bu şartlar çerçevesinde 1978 tarihinde kanunlaştırılan FISA, yabancı istihbarat bilgisine ulaşmayı hedefleyen ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine imkan tanıyan bir takım özel usulleri olan ve yüksek düzeyde gizlilik içeren bir kanundur.<sup>406</sup>

Espiyonaj ve karşı espionaj kapsamındaki faaliyetlerin yanında ülke dışında bağlantılı suçlarında dahil olduğu ulusal güvenlikle ilgili durumlarda yapılan iletişimin denetlenmesi FISA tarafından düzenlenmiştir. Suçlu Amerikan vatandaşı değilse veya suçlu Amerikalı olmasına rağmen suçun ABD dışından bir bağlantısı var ise bu durumda suç ülke dışı bağlantılı olarak değerlendirilmektedir.<sup>407</sup>

Teknik Dinleme Kanunu'ndaki güvencelerin hepsinin FISA'da yer almadığı, bazı unsurlar için mahkeme kararının gerekli olmadığı görülmektedir. Bunun sebebinin Kanunun casusluk ve karşı casusluk olaylarını önlemek amacıyla düzenlenmesi olduğu söylenebilir. Örneğin makul sebep şartı, hâkimin karar verirken

<sup>405</sup> Yardımcı, s. 39-40.

<sup>406</sup> Yardımcı, s. 92.

<sup>407</sup> Özdoğan, s. 21.

varlığını arayacağı şartlar arasında değildir. Eğer iletişimin denetlenmesi başvurusu, bir federal görevli tarafından yapılmış ve Adalet Bakanı tarafından onaylanmış ise hâkim makul bir sebep şartı araştırması yapmak zorunda değildir. Bu sorumluluk ve yetki talepte bulunan hükümete bırakılmıştır.<sup>408</sup> Öte yandan, FISA'ya göre yapılan denetlemelerde son çare prensibinin uygulanması şartı da bulunmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, bu şartın varlığı mahkeme tarafından inceleme konusu yapılmamaktadır.<sup>409</sup>

FBI ve CIA, FISA kapsamındaki suçlar hakkında yapılacak iletişimin denetlenmesini yürütmek hakkını haiz olan kurumlardır. Bu kurumlar tarafından yapılacak talep sonrasında, FISA mahkemesi iletişimin denetlenmesine ilişkin karar verir.<sup>410</sup> FISA Mahkemesi, iletişimin denetlenmesi dahil elektronik izleme tedbirlerine karar veren mahkemedir. FISA Mahkemesi hâkiminin daha önce başka bir hâkim tarafından reddedilmiş müracaatı tekrar reddetme yetkisi vardır. Ayrıca bu işlemler hakkında yapılan şikayetler hakkında inceleme yapmak için görevli özel yargı yeri de FISA Mahkemesi'dir. İstihbarat elde edilmek istenme amacının, tedbire müracaat için gereken makul gerekçelerin açık bir şekilde tanımlandığı, neden bu tedbire ihtiyaç duyulduğu ve klasik soruşturma metotları ile bilgi elde etmenin neden mümkün olmadığına dair kabul edilebilir bir sebebin de yer aldığı iletişimin denetlenmesi talebi, Başsavcı tarafından yetkilendirilmiş resmi görevliler tarafından yapılmak zorundadır.<sup>411</sup>

FISA hâkim kararına dayanmaksızın, hukuka uygun kabul edilen iletişimin denetlenmesi kararı verilmesini de kabul etmiştir. Buna göre tedbire konu olan kimselerin Amerikan vatandaşı olmaması ve dış güçlerin açık ya da gizli kontrolü altında bulunan işyerleri/malvarlığı ya da dış güçlerin birbiri arasında gerçekleştirdiği iletişime ilişkin olması şartıyla Amerikan Başkanı, Başsavcı aracılığı ile bir mahkeme kararı bulunmaksızın 1 yıla kadar iletişimin denetlenmesine karar verebilmektedir.<sup>412</sup>

---

<sup>408</sup> Yardımcı, s. 97.

<sup>409</sup> Özdoğan, s. 100; DEMPSEY, "Communications Privacy In The Digital Age: Revitalizing The Federal Wiretap Laws To Enhance Privacy".

<sup>410</sup> Özdoğan, s.22.

<sup>411</sup> Birtek, s. 38-39.

<sup>412</sup> Birtek, s. 39.

FISA iletişimin denetlenmesinde en aza indirgeme ilkesi benimsemiştir. Kanunda bu ilkenin, bir ABD vatandaşı hakkında iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerden, ilgili federal görevli tarafından sadece 'en aza indirgeme' ilkesine riayet edilmesi kaydıyla kullanılabilceği ve açıklanabileceği şekilde düzenlendiği görölmektedir. Bu ilke gereğince bu bilgilerin ancak yasal amaçlar için kullanılabilir. Bu bilgilerin, kullanılması ve açıklanmasında iletişimine müdahale edilen ABD vatandaşının rızası aranmamaktadır. Bu ilkenin uygulanma koşullarını taşıyıp taşıyımama konusunda denetleme yetkisi hâkime verilmiştir.<sup>413</sup>

FISA kapsamında karar verilen iletişimin denetlenmesine açısından sürelerle baktığımızda ilk olarak 90 günlük bir süre için verildiğini, yabancı devlet ajanının faaliyetlerine ilişkin ise 120 güne kadar bir süre içinde uygulanabildiğini, eğer yabancı devletin faaliyetlerine ilişkin ise bu süre 1 yıla kadar uzayabildiğini görmekteyiz. Ayrıca her bir yenileme ilk düzenlenen iletişimin denetlenmesi kararı ile aynı dayanaklara sahip olmalı, bütün kanuni koşullar her bir yenileme bakımından sağlanmalıdır.<sup>414</sup>

İlgilisine bildirim konusunda FISA hükümleri, Bölüm III' ten farklı bir sistem benimsemiş ve bildirim konusunda bir zorunluluk öngörmemiştir. FISA, ilgilinin dosyası mahkemeye gönderilmezse, telefonların dinlenmiş olduğuna dair bilgilendirilmesini şart koşmayarak gizliliğin ihlali konusunda Bölüm III kadar hassas davranmamıştır.<sup>415</sup>

Önleme amaçlı tedbirin denetlenmesi hem yargı hem de yasama yolu ile olmaktadır. Yargı yolu ile denetim Adalet Bakanının ABD Mahkemeleri İdari Ofisi'ne iletişimin denetlenmesine yönelik olarak yapılan toplam başvuruları, mahkeme kararlarını, uzatma kararlarını, düzeltilen ve reddilen kararları içeren bir envanteri yıllık bir rapor olarak sunması zorunluluğu ile sağlanmaktadır. Bu zorunluluk Bölüm III'te olduğu gibi FISA'da da getirilmiş olsa da FISA kapsamında açıklanan bilgiler, Bölüm III'tekine kıyasla önemli bir ölçüde sınırlandırılmıştır. Yasama denetiminde ise Adalet Bakanı, Kongre Daimi İstihbarat Komitesi ile Senato İstihbarat Komitesi'ni FISA kapsamında elde edilen bilgilere ilişkin olarak senede iki

---

<sup>413</sup> Yardımcı, s. 98.

<sup>414</sup> Birtek, s. 39.

<sup>415</sup> Özdoğan, s. 21.



defa bilgilendirmektedir. Bu bilgilendirme kapsamında Adalet Bakanlığı tarafından verilecek raporda, o dönemde gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin ayrıntıların tatmin edecek düzeyde yer alması gerekmektedir.<sup>416</sup>

### 3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda temel haklara ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde Anayasasında az sayıda temel haklara ilişkin güvencelerin yer almasına rağmen, kanun koyucunun temel insan haklarının korunması yükümlülüğünü üstlendiğini görmekteyiz. Kanun koyucu anayasal güvence altına almasa da bu hakların korunmasına ve geliştirilmesine büyük önem atfetmektedir.<sup>417</sup> İletişimin denetlenmesi konusunda uzun yıllar herhangi bir kanuni düzenlemesi olmayan Fransa’da bu boşluğu çok ayrıntılı içtihatlarla Yargıtay doldurmuştur<sup>418</sup> Fransa, 31.12.1973 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni onaylayarak temel hak ve özgürlüklerin korunması adına önemli bir adım atmıştır. Ayrıca Fransa Anayasası’nın 5. maddesine göre bu sözleşme kanunlar hiyerarşisinde Anayasasının altında diğer kanunların ise üzerinde yer almaktadır. Böylece sözleşme Fransız hukukunda doğrudan uygulanabilmekte ve temel hak ve özgürlükler önemli bir güvence altına alınmaktadır. Kanunlar açısından haberleşme özgürlüğü kapsamında yapılan düzenlemelere bakıldığında ise haberleşmenin milli güvenliğinin, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi ve aydınlatılması nedeniyle denetiminin gerçekleştiği görülmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, hem önleme hem de ceza yargılaması amaçlarıyla başvurulmuş bir tedbirdir.<sup>419</sup>

Fransız Parlamentosu teknik dinleme faaliyetlerini, 10 Temmuz 1991’de çıkarılan 91/646 sayılı Kanunla düzenlemiştir. Bu Kanunda iki farklı sistem bulunmaktadır. Kanuna göre iletişimin denetlenmesi idari emirle veya soruşturma hâkiminin verdiği kararlarla olmaktadır. İdari emirle yapılan önleme amaçlı denetleme de, yeteri kadar delil elde edilirse adli dinlemeye geçmek için mahkemeye müracaat edilir. Fakat adli dinlemenin önleme dinlemesine dönüşmesi ise mümkün değildir.

---

<sup>416</sup> Yardımcı, s. 105-106.

<sup>417</sup> Sözüer, s. 95.

<sup>418</sup> Enis Çoşkun, “Gizli Dinlemenin Yasası Yok”, <http://www.milliyet.com.tr>, 12.02.2011.

<sup>419</sup> Sözüer, s. 95.

İstatistiklere göre ise önleme dinlemelerin yaklaşık yarısının adli dinlemeye dönüştürüldüğü görülmektedir.<sup>420</sup>

91-646 sayılı Kanununun 3. maddesine göre yapılan önleme dinlemesi; milli güvenliği, Fransa'nın bilimsel ve ekonomik varlığının temel unsurlarını korumak, terörizmi, örgütlü suçluluğu ve 10 Ocak 1936 tarihili Kanunla ilga edilmiş olan özel savaş gruplarının ve milislerin yeniden teşkili ve muhafazası hakkındaki çabaları ortaya çıkarmak amacı ile yapılabilir. Önleme dinlemesine savunma bakanı, içişleri bakanı veya gümrüklerle görevli bakan ile bunlardan her birisinin özel biçimde yetkilendirdiği kişinin yapacağı talep üzerine, başbakan veya onun tarafından özel biçimde yetki verilmiş olan iki kişiden birisinin yazılı ve gerekçeli kararıyla izin verilebilir.<sup>421</sup>

İdari dinlemede süre 4 ay olup, ihtiyaç durumunda çok ayrıntılı bir incelemeden sonra en fazla bir defa daha uzatılmaktadır. Önleme dinlemesi sonucu elde bilgilerin imhası da kanunda düzenlenmiştir. Dinleme kayıtları suç niteliğini taşıyorsa derhal, suç niteliği taşıyorsa en geç 10 gün içinde yok edileceğine ilişkin hükümler mevcuttur. Ayrıca önleme dinlemesinden elde edilen veriler yargılamada kullanılmamaktadır.<sup>422</sup> İlgiliye bildirim yapılması da önleme dinlemesine ilişkin düzenlenmede yer almamıştır.<sup>423</sup>

Başkanı, Danıştay ikinci başkanı ve Yargıtay birinci başkanınca birlikte meydana getirilen ve dört ismi içeren bir listeden Cumhurbaşkanı tarafından seçilen Güvenlik Dinlemeleri Milli Kontrol Komisyonu, önleme dinlemelerinin tek elden ve kanuna uygun olarak yürütülmesini sağlamakla görevli bağımsız bir idari otoritedir. Komisyon millet meclisinin seçtiği bir üye ile senatonun seçtiği bir üye, ki bunlar hükümet içinde başka bir görev alamazlar, ve başkan tarafından seçilen üyelerden oluşur. Bunların tekrar üyeliğine seçilmeleri mümkün değildir, görev süreleri ise başkan da dahil 6 yıldır. Komisyonun görevi resen ya da herhangi bir başvuru üzerine iletişimin denetlenmesine ilişkin uygulamaların kanuna uygun olup

---

<sup>420</sup> Özdoğan, s. 192.

<sup>421</sup> Taşkın; Roger Errera, Les Origines De La Loi Francaise Du 10 Juillet 1991 Sur Les Ecoutes Telephoniques, Revue Trimestrille Des Droits De L'homme, Anne, 2003, No, 55, P. 851-870.

<sup>422</sup> Özdoğan, s. 193-198.

<sup>423</sup> Ersan Erçelik, "**Telefon Dinlemece...**", <http://blog.milliyet.com.tr>, (12.02.2011).

olmadığını denetlemektir. Ayrıca Komisyon her yıl yürüttükleri faaliyetler ve bunların koşulları ve sonuçları hakkında bir rapor hazırlayarak Başkana sunar, bu raporlar yayınlanarak kamuoyuna da duyurulur.<sup>424</sup>

İletişimin denetlenmesinde gizlilik ile ilgili güvencelere yer verildiği görülmektedir. Mesela komisyon üyelerini ve diğer görevliler bu görevi yaparken öğrendikleri bilgiler bakımından gizlilik ilkesine uygun davranmak zorunda olup, bu yükümlülüğe aykırı davranmaları halinde ceza kanunun hükümleri uyarınca cezalandırılmaktadırlar. Yine telekomünikasyona müdahale kararının icrasına iştirak edip, müdahalenin varlığını ifşa eden kişi de Ceza Kanununun 226-13.maddesine göre cezalandırılmaktadır.<sup>425</sup>

#### **4. İngiliz hukuku**

İngiltere de iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında AİHM’si kararlarının önemli bir yere sahip olduğu görülür. Sözleşmeyi İngiltere’nin imzalamaması nedeniyle doğrudan kullanamasa da, Birleşik Krallık tarafından imzalandığı için kanunların düzenlenişinde dikkate almaktadır. 02.08.1984 yılında AİHM’nin “Malone” olayı ile ilgili olarak, İngiltere’yi tazminat ödemeye mahkum etmesi ile “Interception of Communications Act” (ICA) isimli Kanun 25.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İngiltere Yüksek Mahkemesi telefon dinlemenin hukuka aykırı olmadığı yönündeki kararına karşı AİHM’nde açılan davada, mahkeme, şartları kanunla düzenlenmeyen telefon dinlemesi durumunda, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>426</sup>

Diğer karar ise 1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık kararıdır. Bu kararda; ev ve işyerlerinden gerçekleştirilen (ofis telefonları ve dâhili haberleşme sistemleri) telefon aramalarının da özel hayat ve haberleşme kavramı içerisinde olduğuna, dâhili haberleşme sistemine yapılacak müdahaleler bakımından da kanun ile öngörülme kuralının geçerli olduğuna, kanuni düzenleme bulunmaksızın işyeri telefonları ile gerçekleştirilen aramalara müdahale edilmesinin Sözleşme’ye aykırı olduğuna karar verilmiştir.

---

<sup>424</sup> Taşkın, s. 48.

<sup>425</sup> Taşkın s. 48.

<sup>426</sup> Sözüer, s.92.

Bu karar sonucunda ise İngiltere, 1985 tarihli İletişimin Denetlenmesi Kanunu yürürlükten kaldırmış ve 2000 yılında Soruşturma Güçlerinin Düzenlenmesi Kanununu (Regulatory of Investigatory Powers Act-RIPA) kabul etmiştir. Bu Kanunda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin izin sistemi ve denetlemeden elde edilen verilerin mahkemelerde delil olarak kullanılmaması aynen varlığını korumuştur.<sup>427</sup> İngiliz hukukunda adli amaçlı dinleme ile önleme amaçlı dinleme tedbiri ayrı ayrı düzenlenmemiştir. İngiliz hukukunda dinleme yetkisi idari bir yetki olarak düzenlenmiştir. Kanun kapsamında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması hakkında karar verme yetkisi idari birimlere verilmiştir.

RIPA'nın 6. bölümü iletişimin denetlenmesi kararı için müracaat yetkisi olanları belirlemiştir. Buna göre "Güvenlik Servisi Genel Direktörü, Gizli İstihbarat Servisi Şefi, Ciddi Suçlar Ajansı Genel Direktörü, Devlet İletişim Genel Merkezi Direktörü, İskoçya Suç ve Uyuşturucu İcra Ajansı Genel Direktörü, Metropol Polis Komisyoneri, Kraliyet Polis Teşkilatı Emniyet Müdürü ve İskoçya Polis Kanunu (1967) nun 1. maddesinde tanımlanan ya da bu maddede sayılan her bir polis gücü teşkilatı Emniyet Müdürü, Savunma İstihbarat Şefi, Kraliyet Gelirler ve Gümrük Komisyonerleri ve uluslararası karşılıklı yardım anlaşmaları kapsamında bir ülkenin yetkili makamları nezdinde bulunan veya Birleşik Krallık toprağı dışında yetkilendirilen kimseler"dir.<sup>428</sup>

Acil durumlarda yani gecikmesinde sakınca bulunan hallerde İçişleri Bakanı adına, bakan tarafından bu durumlar için açıkça yetkilendirilmiş olan kimselerin iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vermesi mümkündür. Bu karar İçişleri Bakanı tarafından onaylanmadıkça düzenlenmesinden itibaren en fazla 5 gün için uygulanabilir. Tedbir geçerli şartları taşıyorsa veya orantılı değil ise 5 günlük sürenin bitiminden önce de sonlandırılması mümkündür.<sup>429</sup>

RIPA iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için Kanunda sayılan ulusal güvenlik menfaatlerinin korunması amacının, ciddi suçların ortaya çıkarılması ve önlenmesi amacının, Birleşik Krallık'ın ekonomik refahının korunması amacına dayanmasının ya da, her hangi bir karşılıklı yardımlaşma anlaşması hükümleri ile

---

<sup>427</sup> Birtek, s.29.

<sup>428</sup> Özdoğan, s. 153.

<sup>429</sup> Birtek, s. 32.

yetkilendirilmiş olmasını aramaktadır.<sup>430</sup> İngiltere’de iletişimin denetlenmesi her suç için kabul edilmemiştir. Ancak belirli ağırlıktaki suçlar için bu tedbir uygulanmaktadır. RIPA da ciddi suçların ortaya çıkarılması ve önlenmesi amacının tespit edilmesi de bunu göstermektedir. Belirli ağırlıktaki yani ciddi suç ise daha önceden mahkumiyet almamış birisinin en az üç yıl hürriyeti kısıtlayıcı cezaya gerektirecek bir suçu işlemesi veya şiddet kullanmak yoluyla önemli miktarda kazanç sağlayan suçlar ile çok sayıda kişinin ortak bir amaç etrafında birleşerek işlediği suçlardır.<sup>431</sup> 1951 yılında yayınlanan iletişimin denetlenmesinin hangi şartlarda yapılacağını gösteren belgede ise Gümrükler idaresi için ciddi suç, ülkenin ekonomisini veya gelir kaynaklarını zarara uğratabilecek büyük çaplı ve sürekli bir aldatmanın (yolsuzluk, hile, sahtecilik, dolandırıcılık, v.s.) varlığıdır.<sup>432</sup>

İskoçya’da tedbirin uygulanmasına yürütmenin her hangi bir bakanı karar verebilir iken, İngiltere de kararı İçişleri Bakanı vermektedir. İletişime müdahale için gönderici ve alıcı (her iki tarafın izni ile) bakımından kabul edilebilir ve inanılabilir bir izni bulunması, iletişimin gönderici veya alıcının birisinin rızası ile izin verilen bir kişi tarafından denetlenmesi, RIPA’nın 2. bölümü kapsamında yetkilendirilmiş takip işlemleri (doğrudan takip) kapsamında yapılması, bir kimse tarafından ya da o kimsenin adına posta veya iletişim sisteminin yürütülmesinde (bilinmeyen adres durumunda hizmetin yürütülmesi için müdahale), özel bir iletişim sağlayıcısı dâhilinde sistem denetleyicisinin izni ile yürütülen iletişim sağlanmasında ve iletişimin bir hapisane veya akıl hastanesinden gerçekleşmiş olması durumunda herhangi bir izne ihtiyaç duyulmadan ancak hukuka uygun olan müdahaleler RIPA’ya göre yapılabilmektedir.<sup>433</sup>

İletişimin denetlenmesi ile elde edilmesi ümit edilen bilgiler, haberleşme özgürlüğü gibi temel bir hakkı ihlal eden ağır bir yöntemin kullanılmasını gerektirecek önemde ise İçişleri Bakanı teknik dinleme kararını onaylamaktadır.

---

<sup>430</sup> Birtek, s. 30.

<sup>431</sup> Sözüer, s. 93.

<sup>432</sup> Özdoğan, s. 150.

<sup>433</sup> Birtek, s. 30-31.

Yani, RIPA'nın 5.-(2)(b) maddesine göre, İçişleri Bakanı, “son çare prensibine” göre değil de “orantılılık” prensibine göre dinleme kararı verebilmektedir.<sup>434</sup>

Tedbirin süresi de Kanunda belirlenmiştir. İlk kez uygulanan tedbirde süre kural olarak 3 aydır, zorunlu ise tedbirin süresi bir kez 3 ay daha uzatılabilir. Ciddi suçların önlenmesi amacı ile uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri maksimum 6 ay iken, ülkenin güvenliğinin ve ekonomik refahının korunması amacıyla uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından uzatma süresi 6 aydır yani en fazla 9 ay uygulanabilir.<sup>435</sup>

İngiliz hukuku, iletişimin denetlenmesi tedbirinin denetimi için iki ayrı mekanizma oluşturulmuştur. Bunlar İletişimin Denetlenmesi Komisyonu ve Soruşturma Güçleri Mahkemesi'dir.

**a) İletişimin Denetlenmesi Komisyonu (The Interception of Communications Commissioner)**

İletişimin Denetlenmesi Komisyonu, kıdemli hâkimler içerisinden, Başbakan tarafından atanan iki üyeden oluşmaktadır. Üç yıllık bir süre için görev yapan komisyonerler görev süresinin bitiminde tekrar atanabilmektedir.<sup>436</sup>

RIPA'ya göre komisyonerlerin görevi, teknik dinleme işleminin yerine getirilmesinde görevli olan en üst seviyeden en alt seviyedeki tüm görevlileri denetlemektir. Ayrıca Soruşturma Güçleri Mahkemesi'ne görevlerinde yardımcı olmakla da sorumludur. Komisyonerlere bu yönde yetki veren Kanun parlamentodan polise kadar tüm görevlileri de denetleme görevi ile ilgili istenilen tüm bilgi ve dokümanları sağlamakla yükümlü tutmuştur. Komisyonerler, şartları oluşmuşsa Başbakana her yılın sonunda faaliyetleri ile ilgili rapor hazırlar. Görevleri devam ederken karşılaşılan problemleri de Başbakana rapor edebilirler. Başbakan ise kendisine sunulan bu raporu kamuoyu ile paylaşır. Ancak milli güvenlik, ciddi suçların önlenmesi ve tespiti, Birleşik Krallığın refahı ve komisyonerlerin denetlemekle yükümlü olduğu kamu otoritelerinin bekası ile ilgili yaptığı değerlendirme sonucunda hangi parçalarının sansürlenmiş olduğu belirtilerek

---

<sup>434</sup> Özdoğan, s.151.

<sup>435</sup> Birtek, s. 31.

<sup>436</sup> Birtek, s.32.

raporun belli kısımlarını sansürleyebilir.<sup>437</sup> Komisyonerler, özellikle iletişimin denetlenmesi tedbirinde görevli olan uygulayıcı makamları ve diğer ilgili kamu otoritelerini ziyaret ederek, buna ilişkin yıllık raporlar yayınlamaktadırlar. Bu raporlar hem Başbakan'a sunulur hem de halka açıklanır.<sup>438</sup>

AIHM'si Kennedy-Birleşik Krallık kararında komisyonerler tarafından gerçekleştirilen bu denetim mekanizmasının, “şeffaf ve kötüye kullanılmaya karşı etkin bir denetim olduğu” yönünde görüş belirtmiştir.<sup>439</sup>

#### **b) Soruşturma Güçleri Mahkemesi (The Inversitgatory Powers Tribunal)**

İletişimin denetlenmesine ilişkin şikayetleri inceleyen bu mahkeme RIPA'nın 65- 70. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Mahkeme, Kraliçenin uygun bulunduğu sayıda üyeden oluşmaktadır.<sup>440</sup> Bu üyeler ise görevden ayrılmış ya da halen görev yapmakta olan kıdemli hâkim ya da en az 10 yıllık tecrübesi bulunan avukatlar arasından seçilmektedir.<sup>441</sup> Mahkemeye özel hayata yönelik bir ihlal olduğu yönünde bir şikayet yapıldığı gibi kanuni hükümler dahilinde iletişimin denetlenmesi faaliyetlerine yardım ederken deşifre olan bir iletişim servis sağlayıcı personeli de mağdur olduklarına dair iddialarını bu mahkemeye iletebilirler. RIPA'nın 65. Maddesi'nin (7). bendinde, Yüksek Mahkeme'de veya Kraliyet Mahkemesi'nde veya Bölge Temyiz Mahkemesi'nde görevli herhangi bir hâkim, Yüksek Yargı Mahkemesi'nde görevli hâkim veya şerif, sulh mahkemesinde görevli hâkim, Kuzey İrlanda asliye ve ülke mahkemesi hâkimleri, sulh mahkemesi veya Kraliyet Mahkemesi yetkileri ile yetkilendirilmiş yargı görevlisi tarafından verilen karar dahilinde iletişimin denetlenmesi yapılmışsa mağdur olduğunu iddia eden kişinin mahkemeye müracaatı kabul edilmemektedir.<sup>442</sup>

Mahkemenin yapılan şikayetleri incelerken bu şikayet ile ilgili doğrudan ve dolaylı sorumlu olan herkesten her türlü belge ve bilgiyi talep etme yetkisi vardır. Mahkeme şikayeti haklı bulunduğu; şikayetçinin mağduriyetini tazmine karar verebilir, ayrıca ilgili kişi hakkındaki iletişimin denetlenmesi kararını durdurabilme

---

<sup>437</sup> Özdoğan, s. 160.

<sup>438</sup> Birtek, s. 33.

<sup>439</sup> Kennedy-Birleşik Krallık Kararı, par. 169.

<sup>440</sup> Özdoğan, s. 161.

<sup>441</sup> Birtek, s. 33.

<sup>442</sup> Özdoğan, s. 152.

yetkisi ile şikayetçi hakkında iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin imhasına karar verme yetkisi de vardır. Mahkeme, kararlarından dolayı sorumlu olmadığı gibi bu kararların temyize götürülmesi de mümkün değildir. Mahkeme yapılan şikayet üzerine yaptığı değerlendirmelerle dolayısıyla tespit ettiği hususları Başbakana rapor halinde sunar.<sup>443</sup>

#### **c) İletişimin Denetlenmesinden Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği**

RIPA'ya göre iletişimin denetlenmesinden elde edilen veriler sadece suç önleme, istihbarat toplama ve ülkenin ekonomik refahının korunması amacıyla kullanılabilir. Bu şekilde elde edilen verilerin adli süreçlerde ve ilgililerin ceza yargılaması sırasında aleyhlerine delil olarak kullanılması yasaktır.<sup>444</sup> Güvenlik güçlerinin çalışma yöntemlerinin deşifre olması gerekçesiyle delil yasağı kabul edilmiştir.<sup>445</sup> Ancak 2000'de çıkarılan RIPA'nın 18. maddesi, elde edilen delilin mahkemede delil olarak kullanılmasını yasaklayan RIPA'nın 17. maddesine istisnalar getirmiştir. 18. maddeye göre, bu istisnalar dahilinde iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin mahkemelerde delil olarak kullanılmasına imkan vermiştir.<sup>446</sup>

#### **d) Cezai Hükümler**

İngiltere haberleşme özgürlüğüne ilişkin güvencelere bu Kanunda yer vermiştir. Örneğin Kanuna göre, iletişim özgürlüğüne yapılan ve hukuka uygun bir izne dayanmayan veya kasten yapılan müdahaleler, iddianame hazırlanmak suretiyle yapılan yargılama sonucunda, 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası veya her iki yaptırımın birlikte uygulandığı; iddianamesiz bir yargılama ile de, 2 yıla kadar hapis karşılığında adli para cezası yaptırım(n) öngörüldüğü suçlardır.<sup>447</sup>

### **5. İsrail Hukuku**

İsrail Anayasası'nın 7. maddesi özel hayatı ve iletişimin gizliliğini korumaktadır. İsrail'de 18 Haziran 1997'de çıkarılan 5739/1979 numaralı Gizli

---

<sup>443</sup> Özdoğan, s. 165.

<sup>444</sup> Birtek, s. 34.

<sup>445</sup> "1997 yılında Türkiye Polis Akademisinde verdiği konferansta Profesör Gottlieb İngiltere'de delil yasağının uygulanmadığını belirtmiştir."; Özdoğan, s. 167.

<sup>446</sup> Özdoğan, s. 168.

<sup>447</sup> Birtek, s. 32.



İzleme Yasası iletişimin denetlenmesini düzenlemektedir. Bu yasa, devlet güvenliği (milli güvenlik) amacıyla ve suçların önlenmesi ve suçluların bulunması amacıyla iletişimin denetlenmesine imkan vermektedir. Milli güvenlik maksatlı yapılacak iletişimin denetlenmesi tedbirine güvenlik birimi başkanının<sup>448</sup> talebi üzerine Başbakan veya Savunma Bakanı tarafından yazılı olarak karar verilir. Eğer karar Savunma Bakanı tarafından verildi veya yenilendi ise bu durum Başbakan'a derhal bildirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu durumdan derhal Savunma Bakanı'na bildirmek şartı ile güvenlik birimi başkanı, 24 saate kadar karar verme yetkisine sahiptir. Suçları önleme veya suçluların bulunması amacıyla gerçekleştirilecek iletişimin denetlenmesi tedbiri için ise karar polis yetkilisinin<sup>449</sup> tek taraflı talebi ile Bölge Mahkemesi Başkanı veya onun yardımcısı tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Polis Genel Müdürü, 48 saate kadar teknik dinleme yapılmasına karar verebilmektedir. Bu kararın da derhal İçişleri Bakanı'na bildirilmesi gerekmektedir. Bakan kendisine iletilen bu kararı iptal etme yetkisine sahiptir. Bu yasa incelendiğinde son çare olarak kullanılabileceğine dair bir hükme rastlanmamaktadır. İletişimin denetlenmesi için belirli süreler öngörülmüştür. Mili güvenlik amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı en fazla 3 ay, suçları önleme ve suçluların bulunması amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı ise en fazla 3 hafta için verilebilmektedir. Bu sürelerin karar süresi bitim tarihinden sonra devam etmesi mümkündür. İsrail hukukunda sistematik bir denetim mekanizmasının oluşturulduğu da söylenemez.<sup>450</sup>

## 6. İtalya Hukuku

İtalya'da da hem adli amaçlı hem de önleme amaçlı denetleme yapılması mümkündür. Adli amaçlı denetim İtalyan Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CPP) 266 v.d. maddelerinde düzenlenmiştir. Önleme amaçlı denetimler ise diğer özel kanunlarda yer alan düzenlemelere göre yapılmaktadır. İtalya da önleme amaçlı denetleme ancak belirli ağırlıktaki suçlar için mümkündür. Bu suçlara değişik

<sup>448</sup> Güvenlik birimi başkanını İsrail Savunma Kuvvetleri Kurmay sınıfının İstihbarat Birimi Başkanı veya Genel Güvenlik Teşkilatları Başkanından birisidir.

<sup>449</sup> Polis yetkilisi polis genel müdürü tarafından yetkilendirilmiş albay veya daha üst bir rütbeye karşılık gelen "nitvaz mishe" rütbesine sahip birisidir.

<sup>450</sup> Özdoğan, s. 200-205.

kanunlarda rastlanabilmektedir. Denetleme devlete karşı işlenen suçlar, organize suçlar, adam öldürme, yağma, adam kaldırma suçları bakımından uygulanabilmektedir. Mafya tipi örgütlü suçlar ile diğer bazı ağır suçlar bakımından önleyici nitelikte denetim tedbirinin düzenlendiği başka özel kanunlarda bulunmaktadır. Ayrıca 1991 tarihli 152 sayılı Kanun da örgütlü suçluluk ve telefonla tehdit suçları bakımından, yeterli şüphe noktalarının varlığı durumunda denetlemeye izin vermektedir. Yine 08.07.1992 tarihli Kanunla da savcılığa CPP de sayılan örgütlü suçlar için önleme amacıyla denetim yapma yetkisi verilmiştir. Bu tedbirin uygulanmasını İçişleri Bakanı, Emniyet Müdürleri, Carabini Komutanları, maliye veya polis, adli denetleme için gerekli olan şüphe yoğunluğu aranmaksızın yer bakımından yetkili savcıdan talep etmektedirler. Önleme amaçlı denetleme sonucu elde edilen bilgi ve bulgularının delil olarak kullanılması ise kanunen yasaklanmıştır.<sup>451</sup>

## **7. Kanada Hukuku**

1982 tarihli Kanada Anayasa'sında, özel hayatın korunması konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 2000 yılında çıkan Kanada Güvenlik İstihbarat Hizmeti Kanunu'nun 26. maddesinde, milli güvenliği ilgilendiren suçların soruşturmasında teknik dinlemenin kullanımını düzenlenmekte, diğer suçlara ilişkin düzenleme ise Ceza Kanunu'nun 4. bölümünde yer almaktadır.<sup>452</sup>

Kanada'da Milli Güvenlik amacıyla bireylerin iletişimlerine müdahale ancak uyuşturucu ticareti, kara paranın aklanması, kaçakçılık, çocuk pornografisi, öldürme ve terörist faaliyetleri şeklinde sıralanmış belirli suçlar için mümkündür. Özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale niteliğinde olan bu tedbirin uygulanabilmesine hâkimler, Kanada Ceza Kanunu ve Kanada Bilgi Güvenliği Servis Kanunu'na göre, ancak yeterli delil varsa karar verebilmektedir. Bu konudaki diğer bir hukuki güvence ise, iletişimin izinsiz olarak denetlenmesi ve süresi bitmesine rağmen devam ettirilmesinin Ceza Kanunu'nda suç olarak kabul edilmiş olmasıdır.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> Sözüer, s. 108.

<sup>452</sup> Özdoğan, s.134.

<sup>453</sup> Taşkın, s. 53.

## SONUÇ

Özel hayat insanoğlunun kendini en çok özgür hissettiği alan, dolayısıyla bu özgürlüğü gerçekten yaşabilmek için herhangi bir müdahalenin olmasını istemediği bir alan. Bu alan, hareket edilecek gerekçenin ne olduğunun da önemi olmaksızın sürekli bir şekilde müdahaleye açık olmamalıdır. Bu tür müdahaleler, ya da bunların önlenmesine yönelik olarak tedbir alınmaması durumu, hem uluslararası düzenlemelere, hem de anayasal bir hak olma özelliği verdiğimiz iç hukuk düzenlemelerine aykırılık oluşturacaktır.

Özel hayatın kapsamına birçok maddi ve manevi değer girmektedir. Haberleşme özgürlüğü ise özel hayatın en vazgeçilemez yanıdır. AIHM dış dünyayla bağlantı kurma, başka insanlarla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkının da özel hayata saygı kapsamında düşünülmesi gerektiğini belirterek, haberleşme hürriyetini özel hayatın vazgeçilmez bir parçası olarak değerlendirmiştir. Çünkü hangi araç veya yöntemle olursa olsun, ya da kiminle gerçekleştiriyor olursa olsun kişiler bazen en mahrem bilgilerini haberleşme özgürlüğü olduğunu düşünerek karşısındaki ile paylaşmaktadır. Haberleşme özgürlüğü çift yönlü bir özgürlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu eylem işteş bir eylemdir, yani karşılıklı yapılır. Bu nedenle haberleşme özgürlüğüne müdahale etmek iki yönlü bir ihlali gündeme getirir. Dolayısıyla iki kişinin özel hayatının korunması gerekecek, bu özellik ise hakkın korunmasının önemini daha da artıracaktır.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerin geneli özel hayatın korunmasını ve haberleşme hürriyetini tartışmasız kabul eder iken, bir yandan ise bu hak ve hürriyetlerinin mutlak olmadığı anlayışını ortaya koymaktadır. Çünkü küreselleşen dünyada hem uluslararası hem de ulusal güvenliğe yönelik yeni ve çok daha büyük tehditler özellikle de teknolojinin artması ile birlikte bu haklara müdahale etme gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu durumda ise kabul edilen hak ile bu hakka müdahaleye izin veren devletler demokrasi adına önemli bir sınava tabi olmaktadır. Çünkü bu tür müdahalelerle özel hayat alanı daralacak bireyi korumaya yönelik güvenceli bir sistem oluşturan devletler, demokrasimetre ölçümlerinden yüksek değerlere ulaşacaktır. Bireyi ikinci plana atan ve sadece kendi ulusal güvenliği

kaygısıyla hareket eden devletler ise demokrasiden uzaklaşıp, totaliter devlet modeline dönüşebilecektir.

Haberleşme, diğer adı ile iletişim kişiler arasındaki bilgi ve haber aktarımıdır. Bu bilgi ve haber aktarımı araya bir vasıta sokulmak yani teknik imkanlar kullanmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Telekomünikasyon yolu ile gerçekleştirilen iletişimin ise haberleşme hürriyeti kapsamında korunması gerekmektedir. Biz iç hukukumuzda iletişimin denetlenmesini son dönem kanunlarımızda ikiye ayırarak düzenlemiş bulunmaktayız: 5271 sayılı CMK’da adli amaçlı olarak yapılacak denetleme, 5397 sayılı Kanun da ise önleme amaçlı yapılacak denetleme. 5397 sayılı Kanun polise, jandarmaya ve MİT’e bazı suçların önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi imkanını vermiştir.

Suçların işlenmeden önlenmesi amacıyla yapılacak bu denetlemede asıl amaç istihbarat faaliyetidir. Çünkü kamu düzeninin bozulmaması için gerçekleştirilen kolluğun önleyici görevlerinin de ötesinde burada, iletişimin denetlenmesi yöntemi ile özellikle de suç örgütlerini iyi analiz edebilmek, değerlendirip çözümlenmek yani tek başına münferit eylemleri önlemenin de ötesinde örgütün kendisi ile daha geniş kapsamda mücadele etme yöntemleri geliştirmek vardır. Türkiye’de MİT ve polise açık bir şekilde istihbarat yetkisi verilse de jandarmaya bu yetkinin tanınmadığını belirtmek gerekir. Peki bu kapsamda istihbarat yetkisi olmadığı halde, jandarmaya asıl olarak istihbarat amacı güdülen bu tedbire ilişkin yetki verilmesinin sebebi nedir sorusu akla gelebilir. Buradaki asıl sorun kolluk yetkilerinin verilmesinde iki yönlü bir tercihin yapılmasıdır. Polisin yetki alanına girmeyen yerlerde jandarma görevlidir. Kolluğun önleyici görevlerinin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda da polis yetki alanı dışında görev yapan jandarma bulunmaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi jandarmanın önleyici kolluk görevleri var ise de istihbarat yetkisi yoktur. Türkiye’nin coğrafi şartları düşünüldüğünde terör ya da çıkar amaçlı herhangi bir suç örgütünün yalnızca polis bölgesinde ya da yalnızca jandarma bölgesinde faaliyetlerini devam ettirdiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle polise ülke genelinde istihbarat yapma yetkisi verilmiştir. Polise ülke genelinde istihbarat yapma, dolayısıyla 5397 sayılı Kanun kapsamında iletişimin denetlenmesi yetkisi verildikten sonra yine aynı Kanunla jandarmaya da bu yetkinin verilmesi jandarma

bölgesinde hem polisin hem de jandarmanın yetkili olduğu gibi ilginç bir sonuca bizi ulaştırmaktadır. Haberleşme hürriyetini güvence altına alma amacı güden Kanunun bu yaklaşımı, aynı bölgede iki defa müdahale sonucuna, doğal olarak bu hürriyetin iki defa ya da daha fazla ihlal edilmesi sonucuna neden olabilecektir.

Avrupa Birliği 2004 yılı ilerleme raporunda da jandarmanın istihbarat yapma yetkisi değerlendirme konusu yapılmıştır. Ordu üzerindeki sivil denetim eksikliğinin endişeye neden olduğu belirtilmiş, askeri otoritenin siyasi hayata müdahalesi temel bir eleştiri konusu yapılmıştır. Silahlı kuvvetlerle organik bağları olan, rütbe-terfi işe alma, sicil vb. konularda tamamen Silahlı Kuvvetlerin belirlediği esaslara göre işleri ve işlemleri yürüten jandarmaya, bir yönüyle siyasi bir vazife olan istihbari faaliyette bulunma görev ve yetkisi verilmesi eleştirilmiştir.<sup>454</sup> Bu nedenle telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin önleyici nitelikte yani istihbari anlamda yerine getirilmesi görevi konusunda bir yeknesaklık sağlanmalı, birden fazla kuruma yetki verilerek ihlal ihtimallerini artıracak bir yaklaşım tercih edilmemelidir.

5397 sayılı Kanunun katalog suç yöntemini kullanarak ancak belirli suçlar için bu tedbirin uygulanmasına imkan verdiğini görmekteyiz. AİHM'nin içtihatları da oranlılık ilkesinin gereği olarak ancak belirli yoğunluktaki suçlar için bu tedbirin uygulanmasının gereğini ortaya koymaktadır. Ancak iç hukuk uygulaması bakımından CMK 250. madde kapsamına giren suçların sınırlarının kesin olarak çizilmediği görülmektedir. Haksız çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenen suçlar için bu tedbirin uygulanacağı belirtilmiş, ama bununla ilgili hiçbir istisna konulmamıştır. Böyle bir örgütün gerçekleştireceği ve TCK'da yer alan ve yoğunluk bakımından bir araştırma yapmadan herhangi bir suç için uygulanacağı sonucu oranlılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu Kanunun şüphe derecesi bakımından herhangi bir ibareye yer vermemesinin de ihlallere sebep olabilecek bir eksiklik olacağına ilişkin eleştiriler mevcuttur. Ancak şüphe derecesini belirlemek yerine AİHM içtihatlarının da aradığı “somut verilerden” hareket etmek terimini kanundaki düzenlemeye eklemek daha

---

<sup>454</sup> Taştan, s. 98

uygun görünmektedir. Çünkü kuvvetli şüphe düzeyine ulaşılmış ise haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale niteliğinde olan bu tedbiri uygulamak oranlılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kanuna bu yönde bir düzenleme eklenmesi gereği ile birlikte kanun uygulayıcıların tedbire karar verirken somut verilerden hareket etmesi ve bunu sağlayacak etkili bir denetim mekanizması da ihlallerin önlenmesi açısından oldukça önemlidir.

Oranlılık ilkesinin diğer bir görünümü ise son çare prensibidir. Suçların önlenmesine yönelik olarak başka türlü veri elde etme imkanı yok ise bu tedbirin uygulanması tercih edilmelidir. Kanunda bu yönde bir düzenleme olmaması da eksikliklerdir. Son çare prensibi gizli tedbirler arasında da bir tercihin yapılarak hak ve özgürlüklere en az müdahaleye neden olanının tercih edilmesini gerektirir. 5397 sayılı Kanunda teknik araçlarla izleme tedbirinin de düzenlendiği, ancak iletişimin denetlenmesi ve bu tedbirin birlikte uygulanabilmesi için herhangi bir engelin olmadığı görülmektedir. İstihbari faaliyetler açısından şartları sağlanmak kaydıyla bu iki tedbirin birlikte uygulanması doğru bir tercihtir.

Yine oranlılık ilkesine göre tedbirin uygulanma süresinin de belirlenmesi gerekmektedir. Kanunun tedbirin uygulanma sürelerini belirttiği görülmekle birlikte terör örgütü kapsamındaki suçlar açısından bir üst sınır bulunmamaktadır. AİHM standartlarına uygun olmayan bu eksiklik tamamlanmalıdır. Uygulayıcıların ise ihlalleri azaltmak adına sürelerin uzatılması konusunda hassas davranmaları göz ardı edilmeyecek önemdedir. Ayrıca sürelerin başlangıcına ilişkin olarak hakim kararı alındıktan sonra denetleme sınırı olmayacak bir şekilde ertelenebileceğinden, süre başlangıçları konusunda keyfiliklere yol açacağından 5397 sayılı Kanunda veya Yönetmelikte bu konuda açık bir düzenlemenin yer almaması bir eksikliklerdir, bu eksiklikler de tamamlanmalıdır.

5397 sayılı Kanun CMK'nın aksine tedbir uygulanacak kişiler açısından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. AİHM tedbirin uygulanacağı kişilerin ilgili kanunlarda yer alması gerektiğini belirtmiş, buna ilişkin bir kararında da *“herhangi bir kişiye değil”* somut veriler değerlendirildiğinde *“bu suçu işleme ihtimali olan kişi”* olarak tespitinin yeterli olacağını belirtmiştir. Kanunu bu şekilde yorumlamak için içeriğinde herhangi bir engelin olmadığını görmekteyiz. Bu nedenle ihtiyacı

karşılıkmaktadır. Bunun dışında müdafî ya da tanıklıktan çekinme gibi herhangi bir sınırlamanın olmaması da suçların önlenmesi gayesi ile örtüşmektedir.

Denetleme sonucunda elde edilen verilerin denetim bittikten sonra 10 gün içinde yok edilmesine ilişkin olarak birçok ülkede olmayan bir düzenleme ile karşılaşmaktayız. Ancak burada verilerin yok edilmesi konusunda daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmalıdır. Tedbirin uygulanma amacı için gerekli olmayan verilerin yok edilmesi kısa bir süreye tabi tutulabilirse de, doğrudan amacı gerçekleştirmek yani suç örgütleri ile mücadele edebilmek adına gerekli olan verilerin ise istihbarî analizden geçirilebilmesi için sağlanacak faydanın yüksekliği gayesiyle daha uzun bir süre tercih edilmelidir.

Suçların önlenmesi amacı ile gerçekleştirilecek bu tedbir sonucunda elde edilen verilerin soruşturma ve kovuşturma aşamasında hiçbir surette kullanılmaması gerektiği yönünde öğretide birçok görüş bulunmaktadır. Kanun çerçevesinde hakim kararı alınmak suretiyle elde edilen verilerin, yargılama aşamasında iyi bir değerlendirmeden geçtikten sonra ve tarafların bu hususlara ilişkin katılımları da sağlanarak, tek başına bir ceza verme sebebi olmasa da kullanılmasının önünün açılması gerektiğini düşünmekteyiz.

AIHM içtihatlarında kararlarını değerlendirdiğimizde iletişimin denetlenmesine ilişkin birçok husus devletlerin takdir alanı içinde değerlendirilmiş ancak etkili bir denetim sisteminin vazgeçilmez olduğu defaten tekrarlanmıştır. Mahkeme üç aşamalı bir denetimden bahsetmektedir. İlk aşama kararı verirken hakimin yapacağı inceleme, ikinci aşama kurumların denetlenmesi, üçüncü aşama ise bireyin talebi ile yapılacak denetlemedir. 5397 sayılı Kanun ilgiliye bildirimde bulunmayı bir zorunluluk olarak görmemiştir. AIHM'si ise etkili bir denetimin varlığı halinde bunu bir hak ihlali olarak değerlendirmeyeceğini içtihatlarında belirtmiştir. Etkili bir denetim için yüksek yargı organı mensuplarından oluşan, yüksek yargı makamlarından ayrı ve bağımsız çalışan bir kurumun varlığı gereklidir. Bu kurum yapılan denetlemeleri tehlikeye atmamak koşuluyla yıllık raporlar düzenleyerek faaliyetlerini kamuoyu ile paylaşmalıdır. Böylece yaratılmaya çalışılan paranoya ortamının önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca bu kurumun içinde bireylerin

başvuru yapabileceği, eğer bir hukuka aykırılık var ise bunların tespiti ve zararlarının karşılanması yönünde kararlar verme yetkisi olan bir komisyon kurulmalıdır.

İletişimin denetlendiğini düşünen kişilerin haklarını aramaları konusunda başvurabilecekleri bir komisyonun hak ihlali tespiti ile birlikte kişilerin uğramış olduğu zararların karşılanması konusunda karar verme yetkisi de olmalıdır. Bu konuda hem idari kurumların, hem de karar mercilerinin sorumlulukları araştırılmalıdır. Hakimlerin, kararlarının bir denetlemeye maruz kalmasının bağımsızlıklarını olumsuz etkileyeceği, çünkü bu kararların kanun yolları kullanılmak suretiyle zaten bir denetlemeden geçtiği gerekçesiyle tazminat sorumluluğunun olmaması yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ancak öncelikle şunu belirtmek gerekir ki önleme amaçlı denetleme kararı veren bir hakimin bu kararının istinaf, temyiz gibi herhangi bir kanun yolu incelemesinden geçmesi mümkün değildir. Ayrıca hakimlerin bağımsızlığının sağlanabilmesi adına yeni HMK hakimlere açılacak tazminat davalarının diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi devlete karşı açılması yönünde bir hükme yer vererek bu eksikliği ortadan kaldırmıştır.

Eğer bu yaklaşım kabul edilecek olur ise hakim kararları bu tür tedbirler açısından sadece şekli bir şart olacaktır. Etkili bir denetimin ilk adımı, hakimlerin kendilerinden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri taleplerinin kanuna uygun olup olmadığının tespiti ile başlar ve henüz uygulamaya geçmeyen ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulamaya geçmişse bile ihlal süresi oldukça az olduğu bu aşamadaki denetim özü itibari ile daha önemlidir.

Hak ihlallerinin kaldırılması için atılmış çok önemli bir adım da TİB'in kurulmasıdır. Böylece hem adli amaçlı hem de önleme amaçlı yapılan denetlemelerin tek elden yürütülmesi ve hak ihlallerin önemli derecede azaltılması sağlanmaktadır. TİB başkanının Başbakan tarafından atanması yönündeki düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi'nin iptal etmesi nedeni ile Kanunda bir boşluk oluşmuştur. Anayasa mahkemesi TİB'in üstlendiği görevin önemi nedeni ile, başkanının müşterek kararname ile atanmasının uygun olacağını belirtmiştir. Özellikle herkesin dinlendiği paranoyasının insanların hafızalarında yer ettiği ülkemizde, güvenceli bir sistem oluşturulduğu yönünde kanaatlerin oluşması adına, TİB'in başkanının tek başına



Başbakan'ın değil de Cumhurbaşkanının imzasının da bulunduğu müşterek kararname ile atanması tercih edilmelidir.

Belirttiğimiz bu eksiklere rağmen 5397 sayılı Kanun önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin kanuni bir güvenceye kavuşması adına olumlu bir gelişmedir. Teknolojik gelişmelerin artması ile haberleşme hürriyetine yönelik ihlallerin özel kişiler tarafından da gerçekleştirildiği herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Elbette ki bunu önlemeye yönelik tedbirler almak ve ilgili kişileri cezalandırmak devletin görevidir ve devletin bu görevi layıkıyla yerine getirmemesi toplumdaki güveni azaltacaktır. Ancak burada asıl güven bunalımı devlet tarafından gerçekleştirilen ihlallerde olacaktır. Bu nedenle en kısa sürede Kanundaki eksikliklerin tamamlanması ve en önemlisi de etkili bir denetim sürecinin gerçekleştirilmesi suretiyle bu tehlike ortadan kaldırılmalıdır.

Özel hayatın korunması ve haberleşme hürriyetinin sağlanması vazgeçilemeyecek, vazgeçilmeyecek bir haktır. Bu ve diğer hak ve hürriyetlerin korunması adına yapılacak müdahalelerin de gerekliliği açıktır. Demokratik hukuk devletinin görevi de bu iki değer arasındaki dengeyi sağlamaktır. Her alanda ileri düzeyde demokratik hukuk devleti adına eksiklikleri kapatmak adına hızlı adımlar atılmaktadır. Haberleşme özgürlüğünü sağlamak için attığımız bu adımda da önümüzde göremediğimiz bir çukurun içine düşmemek adına eksikliklerin tamamlanması ve bu ihtimalin ortadan kaldırılması gereği çok açıktır.

### **Kitaplar / Süreli Yayınlar:**

Altıparmak Kerem, **“Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, 2006, S.63, s. 29-66

Aras Bahattin, **“Hakimlerin Yargısal Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu ve Yeni HMK Tasarısında Getirilen Yenilikler”**, THD, Aralık 2010, S. 52, s. 131-153.

Avşarbey Aslan / İleri Ferda, **“Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”**, İdarecini Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010, S.141, s. 13-17.

Bal İhsan, **Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komploların Teorileri**, Ankara 2006.

Bal Yakup / Şahin Yahya / Karabulut Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, 2003.

Bauman Zygmunt, **Yasa Koyucular ve Yorumcular**, (çev. Kemal Atakay), Mayıs 2003.

Birtek Fatih, **“İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi Ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği”**, <http://www.turkhukuksitesi.com/makale>.

Centel Nur / Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs, 2010 İstanbul.

Çoksezen Atakan, **“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi”**, İstanbul 2006, <http://www.turkhukuksitesi.com>

Coşkun Enis, **Gizli Dinlemenin Yasası Yok**, <http://www.milliyet.com.tr>

Doğan Yusuf Hakkı, **“Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”**,  
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>.

Dural Mustafa / Ögüz Tufan, **Tük Özel Hukuku, Cilt II (Kişiler Hukuku)**, İstanbul 2004.

Dutertre Gilles, **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar”**  
İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi, 2005.

Dülger Murat Volkan, **“ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”**,  
<http://www.turkhukuku.com>.

Erçelik Ersan, **Telefon Dinlemece...**, <http://blog.milliyet.com.tr>.

Erdem Mustafa Ruhan, **“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla İletişiminin Denetlenmesi”**, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr).

Erdem Mustafa Ruhan, **Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001.

Erdem Mustafa R. / Özbek V. Özer, **“4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”**, Prof. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000,

Fendoğlu Hasan Tahsin, **Hukuk Tarihinde Temel Haklar**, Mimoza Yayınları Konya 1994.

Fendoğlu Hasan Tahsin, “**Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev ve Yetkileri**”, <http://www.sde.org.tr>.

Geleri Aytekin, “**Türkiye’de İletişimin Denetlenmesi**”, Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz, Temmuz 2010 Ankara.

Gözler Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, 2008.

Gözler Kemal, “**Kanun-u Esasi**”, <http://www.anayasa.gen.tr>.

Gözübüyük Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 12. bs., Ankara 1998.

Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. bs, Ankara 2007.

Gümüştay Mert, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2009.

Günaydın Şerife, **İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YLT, 2007.

Günaydın Kadir / Koç Cihan / Özbudak Coştun, **Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri**, 2. bs, Ankara 2007.

Hacıoğlu Burhan Caner / Saydam Mehmet, “**Önleme Amaçlı Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, KHD, S.71-72, s. 33-52.

Hakeri Hakan, **“Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması”**, <http://portal.hakanhakeri.com>.

Kaya Abdülkadir, **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme”**, Yargı Dünyası Dergisi, S. 129, Eylül 2006, s. 11-20.

Kaymaz Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara 2009.

Keklik Ramazan, **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, Adalet Dergisi, Mayıs 2006, S. 25, s. 226-251.

Keskin İbrahim, **“İletişimin Denetlenmesi”**, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>.

Kilkelly Ursula, **“Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”**, İnsan Hakları El Kitapları, No:1 <http://www.yayin.adalet.gov.tr>.

Köseli Mutlu, **“Terörle Mücadelede İstihbaratın Rölü”**, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:11 (2), s. 51-69.

Kuru Baki / Yılmaz Arslan / Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2000.

Künhe Hans- Heiner, **“Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, s. 41-48.

Mahmutoğlu Abdülkadir, **“İletişimin İzlenmesine İlişkin Üç Nokta”**, İdarecinin Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010, S.141, s. 405-418.

Mahmutoğlu Fatih. S., “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, Polise Görev, Yetki Ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (Muyep) Tebliğleri-II,Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, 2007, s. 405-418.

Meran Necati, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Teknik Takip**, Ankara 2009.

Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi**, Ankara, 2002.

Özbudun Ergun, “**Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği**”, İstanbul Barosunun “Gizli Dinleme ve Hukuk” konulu panelinde sunulan tebliğ, 1975.

Özbek Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006.

Özbek Veli Özer, “**Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları**”, DEÜHFD, İzmir 2002, C. 4, S.2., s.57-88

Özdoğan Ali, **Teknik Dinlemeye Dair**, emniyet Genel Müdürlüğü İDB Yayınları No:92, Ankara 2004.

Özkorul İsmet, “**Özel Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**”, <http://www.ceza-bb.adelet.gov.tr>.

Öztürk Bahri, 16. Hukuk İhtisas Semineri “**Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları**” 18-21.04.2002, Çeşme/ İzmir, <http://www.caginpolicisi.com.tr/13/10-11-12-13-14.htm>.

Öztürk Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Ankara 1991.

Öztürk Bahri / Erdem Mustafa R./ Özbek V. Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. bs. Ankara 2000.

Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11.bs, Ankara 2007.

Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C. 2, S. 7, Ekim 2003.

Sönmez Nevzat, **Polisin Görev ve Yetkileri**, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Başkanlığı, Ankara, 2009.

Sözüer Adem, “**Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta, Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi**”, İHFM, C.LV, S.3, 1997, s. 70-110.

Şahin Cumhuriyet, “**Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi- Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI,S.1-2,Yıl 2007, s. 1095-1112.

Şen Ersan, “**Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerine Bir İnceleme**”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 68,S.7,8,9, 1993, s. 503- 531.

Şen Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, 5. bs, Ankara 2011.

Şen Ersan, “**İletişimin Denetlenmesi Tedbiri**”, Ceza Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s. 97- 137.

Şimşek Oğuz, **4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun ve Kanununun 4. Maddesine Göre “Kayıt ve Verilen İncelenmesi” Ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması**, <http://www.idealhukuk.com>.

Taşkın Mustafa, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara 2008.

Taştan Mehmet, **“Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin, Önleme (İstihbari) Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç, Kapsam Ve Sınırları”**, THD, Ocak 2009, S.29, s. 93-109.

**T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Denetleme Raporu**, “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın 2006,2007,2008 Yılları Faaliyet Ve İşlemlerinin Denetlenmesi”, 17.02.2010, S. 2010/3.

Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2005.

Turgut Kasım, **“Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinde Mülki İdare Amirlerinin Rolü**, İdarecinin Sesi Dergisi, Eylül-Ekim 2010, S.14, s. 18-20.

Turgut Kasım / Mahmutoğlu Abdülkadir, **“Suçun İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen İstihbarat Faaliyetlerinde Mülki İdare Amiri – Kolluk İlişkisi”**, İdarecinin Sesi, S. 121, Mart-Nisan 2007, s. 24-29.

Turhan Faruk / Aksu Muharrem, **“İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”**, [www.sdu.edu.tr](http://www.sdu.edu.tr).

Ünver M. Naci, **Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak**, Ankara 2002.

Vatan Zeki, **Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul 2009.



Yardımcı Mehmet Murat, **ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, 2009.

Yazıcıoğlu İrem, **AB'ye Uyum Sürecinde Özel Hayatın Gizliliği**, Temmuz 2010, s. 231-287.

Yenisey Feridun / Altunç Sinan, **“İletişimin Denetlenmesi Hakkında”**, Mart 2007, <http://www.turkhukuk.com>

Yenisey Feridun, **Yeni Ceza- Adalet Sistemi**, [www.gaziantepbarosu.org.tr](http://www.gaziantepbarosu.org.tr).

Yokuş Sevük Handan, **“Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”**, TBB Dergisi, S. 678, 2006, s. 41-57.

## **İNTERNET KAYNAKLARI:**

<http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0stihbarat>.

<http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>.

<http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html#top>.

[http:// www. tdk. gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

<http://www.resmigazete.gov.tr>.

<http://www.turkhukuk.com> .

<http://portal.hakanhakeri.com>.

<http://www.kgm.adelet.gov.tr>.

<http://www.kararara.com/danistay/12d>.

<http://www.turkhukusitesi.com>.

<http://www.ihami.anadolu.edu.tr>.

<http://www.gaziantepbarosu.org.tr>.

<http://www.anayasa.gen.tr>.