

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

Surveillance with Technical Means in Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Y. TURINAY *

Geliş Tarihi: 13.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Teknik araçlarla izleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerinden biridir. Kanun'un 140. maddesine göre belirli suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmekte, ses veya görüntü kaydı alınabilmektedir. Teknik araçlarla izlemenin koruma tedbiri olma özelliğinin yanı sıra delil elde etme yöntemi olma özelliği de bulunmaktadır. Bu çalışmada sırasıyla teknik araçlarla izlemenin kavramsal ve tarihsel gelişimi, hukuki niteliği ve yapısı, genel hatlarıyla önleme amaçlı teknik araçlarla izleme, tedbirin işlevi ve amacı, sınırlandırdığı temel hak ve özgürlük, uygulanma biçimi, tedbirin uygulanabileceği ceza muhakemesi evresi, gerekli suç şüphesi düzeyi ve mevcut delillere ilişkin koşul, başka surette delil elde edilememesi koşulu, uygulandığı kişi, uygulama alanı, suç bakımından uygulama kapsamı, yetkili merci, tedbirin süresi, tedbir kararının içeriği ve uygulanması, tedbirin sona ermesi, tedbirle elde edilen verilerin değerlendirilmesi, kanun yolu ve tazminata ilişkin sorunlar ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: teknik araçlarla izleme, koruma tedbirleri, delil elde etme yöntemleri, özel hayatın gizliliği, kamuya açık yer.

ABSTRACT

Surveillance with technical means is one of the measures of protection regulated by Turkish Criminal Procedure Code No. 5271. According to the article 140 of the Code, if there are strong indications of suspicion based upon concrete evidences that certain crimes have been committed, and if there is no other available means of obtaining evidence, the activities of the suspect or the accused, conducted in fields open to the public and his working places, may be subject to surveillance by technical means, including voice and image recording. Surveillance with technical means is not only a measure of protection, but also a method for obtaining evidence. In this study, surveillance with technical means' conceptual and historical development, its legal characteristic and formation, preventive surveillance with technical means, its function and purpose, restricted fundamental rights and freedoms by the measure, its implementing method, within the phases of the criminal procedure that the measure can be applied, its conditions on the level suspicion of having committed a crime and the evidences obtained, the condition that "no other available means of obtaining evidence", its implementation scope by field and person, its scope by types of crimes, the competent authorities, the duration, the content of the decision on applying the measure, its performing and expiration, evaluating of evidences obtained by the measure, the legal remedy and the problem of compensation related to the measure are respectively examined.

Keywords: surveillance with technical means, measures of protection of evidence, means of obtaining evidence, right to respect for private and family life, field open to the public

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta:faruk.turinay@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2427-2062.

GİRİŞ

Teknik araçlarla izleme, ceza muhakemesinde ihtiyaç duyulan delillerin toplanabilmesi amacıyla başvuru istisnai nitelikte bir koruma tedbiridir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde düzenlenen tedbire istisnai niteliğini veren birkaç özelliğinden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki bu tedbirin her suç bakımından uygulanamaması, ikincisi ise her yerde uygulanamamasıdır. Tedbire karakteristik özelliğini veren bir başka yönü de teknik araçlarla izlemenin bireyin özel hayatının gizliliğini diğer tedbirlerden çok daha ileri seviyede kısıtlamasıdır. Yine bu bakımdan, bir dördüncü özellik olarak, tedbirle elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle ilgili düzenlemenin belirsiz bir anlama sahip olmasından bahsedilebilir.

Teknik araçlarla izlemenin sözü edilen özellikleri, aynı zamanda tedbire ilişkin tartışmalı ya da üzerinde daha çok durulması gereken konuları oluşturmaktadır. Teknik araçlarla izleme, gerçekten sadece halihazırdaki düzenlemelerde öngörülen suçlarla sınırlı olarak mı uygulanmalıdır? Suçla ceza hukuku yoluyla mücadelede tedbirin uygulama alanının genişletilmesine duyulan bir ihtiyaç var mıdır; eğer varsa bu sınırın tümüyle ortadan kaldırılması mı, yoksa bazı suçlar ilave edilerek kapsamın genişletilmesi mi daha isabetli olacaktır? Öte yandan teknik araçlarla izlemenin, mevcut durumda olduğu gibi, gerçekten “her yerde” uygulanmaması isabetli midir? Ayrıca CMK m. 140 bağlamında “konut”, “işyeri”, “kamuya açık yer” ne anlama gelir? Tedbirin özel hayatın gizliliğini ileri düzeyde kısıtlaması, bu kavramların tanımının nasıl yapılması gerektiği meselesini etkiler mi? Diğer taraftan, teknik araçlarla izleme yoluyla elde edilen deliller nasıl değerlendirilmelidir? Bu tedbir marifetiyle, tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti ne olacaktır? Nihayet, genel olarak teknik araçlarla izlemeye ilişkin mevzuatta hangi eksiklik ya da sorunların varlığından bahsedilebilir?

Bu çalışmada, teknik araçlarla izlemenin kavramsal-tarihsel gelişimi ve hukuki niteliğinden hukuka aykırı uygulama nedeniyle tazminat sorununa kadar esaslı özellikleri ele alınmış, tartışmalı yönleri üzerinde durulmuş ve sonuç kısmında bazı önerilerde bulunulmuştur.

I. GENEL ÖZELLİKLER

A. Kavram ve Tarihsel Gelişim

Teknik araçlarla izleme, şüpheli ya da sanığın yalnızken veya başkalarıyla beraber icra ettiği, ses, gürültü, davranış ya da sohbet olarak dış dünyaya yansıyan faaliyetlerin teknolojik imkanlarla takip edilmesi veya ses ya da görüntü kaydı yapılmasını ifade eder¹. Uygulanma yeri, kapalı bir mekân veya

¹ Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2019, s. 503; Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara:

bir alan olabilir². Bu tedbir, belli bir yerdeki “iletişim”in tespiti veya kayıt altına alınması için de uygulanabilir; ancak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden farklı olarak uzaktan olmayan, doğrudan, yüz yüze iletişimi, konuşmaları da konu alır³.

Teknik araçlarla izlemenin ancak teknolojik araçlarla, fiziki bir ortamı merkez alan bir yöntemle uygulanabilmesinin ve iletişim dışı faaliyetleri de konu almasının ayırt edici olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin iki kişinin telefon görüşmesi, hatta girilmek suretiyle dinleniyorsa telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden; fakat fiziki olarak telefon ahizesine bir aygıt yerleştirilmesi suretiyle dinleniyorsa teknik araçlarla izlemeden bahsedilebilecektir⁴. Diğer taraftan fiziki bir ortamın takibinde teknolojik araçlar kullanılmıyorsa, örneğin kolluğun bizzat, çıplak gözle takibine başvurulmuşsa teknik araçlarla izlemeden söz edilemez⁵.

“Teknik araçlarla izleme” terimi Türk hukukuna 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’yla girmiş olsa da “gizli izleme”, ilk defa 1999’da kabul edilen Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’yla⁶ düzenlenmiştir⁷. 4422 sayılı Kanun’un kabulünden önce, kolluğun, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun Ek 7. maddesine istinaden görüntülü ve sesli takip yaptığı bilinmektedir⁸. Ancak söz konusu düzenlemenin spesifik ve adli nitelikte değil, oldukça genel ve idari nitelikte, istihbari bir tedbire ilişkin olmasından dolayı; bu şekilde elde edilen delillerin o dönem yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun m. 254/2 hükmü uyarınca hukuka aykırı delil sayılması gerektiği belirtilmekteydi⁹. Kanımızca adli ve idari tedbir arasında ayırım açık olduğu için bu durum izahtan varestedir.

Adalet Yayınları, 2020, s. 474; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 473.

² Ünver-Hakeri, s. 474.

³ Osman Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 1439.

⁴ Murat Önok, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 54.

⁵ Ünver-Hakeri, s. 473; Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 327.

⁶ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, Kanun numarası: 4422, Kabul tarihi: 30.07.1999, Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1999, Sayı: 23773. Bu Kanun, 23 Mart 2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un m. 18/1-d hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 325-326.

⁸ Ahmet Emrah Akyazan, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, 2007, s. 84.

⁹ Akyazan, s. 84.

4422 sayılı Kanun'un tasarısının genel gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, gizli izlemenin de aralarında olduğu yeni delil temini yöntemlerine ilişkin düzenlemelerde büyük ölçüde Alman mevzuatı esas alınmıştır¹⁰. 4422 sayılı Kanun'un "gizli izleme" başlığını taşıyan 3. maddesine göre "Bu Kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgâh, işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri, teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir"di. Ancak "teknik izleme"nin suç bakımından uygulama alanı çıkar amaçlı suç örgütlenmesi (m. 1/1-5), bu örgütün propagandasını yapma (m. 1/son), belirli kişilerin kimlik, görev ve özel hayatına ilişkin bilgilerini açıklama (m. 7/son) ve gizliliğin ihlali (m. 10) suçlarıyla sınırlıydı. Dikkat çekici bir başka husus, teknik izlemenin mesken ve ikametgahta da uygulanmasının mümkün olmasıydı. Buna karşılık 5271 sayılı Kanun'da "teknik araçlarla izleme" tedbirinin suç tipi bakımından uygulama alanı çok daha geniş olduğu gibi, aşağıda belirtileceği üzere, konutta uygulanması mümkün değildir. Bu açıdan, tedbire ilişkin 5271 sayılı Kanun'daki düzenlemenin 4422 sayılı Kanun'daki düzenlemeye kıyasla olumlu yönlerinin olduğu¹¹ söylenebilir.

5271 sayılı Kanun'un kanunlaşma sürecine bakıldığında teknik araçlarla izleme tedbirinin kanun tasarısında yer almadığı, 140. maddenin tasarıda farklı bir konuyu (yakalama ve gözaltı yönetmeliği) düzenlemesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır¹². Tasarının Adalet Komisyonu'nda görüşülme evresinde, bu maddenin içeriği mevcut 99. maddeye nakledilmiş¹³; hükümetin teklifiyle tasarıya bu evrede eklenen yeni 140. maddede teknik araçlarla izleme tedbiri başlangıçta konutta uygulanabilecek şekilde yerini almışsa da konutta uygulanmaya izin veren hüküm yine hükümetin önergesiyle metinden çıkarılmış¹⁴; böylece düzenleme büyük ölçüde şekillenmiştir.

5271 sayılı Kanun'a eklenen 140/A maddesiyle¹⁵, teknik araçlarla izlemenin de dahil olduğu bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

¹⁰ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/487), Dönem : 21 Yasama Yılı : 1, 07.07.1999, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss87m.htm>, erişim tarihi: 08.12.2020.

¹¹ Zeynep Öncü, "Teknik Araçlarla İzleme Koruma Tedbiri", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 144, 2014, s. 144.

¹² Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, 07.03.2003, 1/535, s. 55, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>, erişim tarihi: 20.11.2020.

¹³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65, 1.12.2004, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim tarihi: 20.11.2020.

¹⁴ Yavuz Erdoğan, "Teknik Araçlarla İzleme (CMK Madde 140)", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, s. 2389.

¹⁵ 20 Kasım 2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 95. maddesiyle CMK'ya eklenen hüküm, 1 Şubat 2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

B. Hukuki Nitelik ve Yapısı

Teknik araçlarla izleme, kanaatimizce, hukuki mahiyeti açısından “özel”¹⁶, karma nitelikli, “çifte özellik”li¹⁷ bir tedbirdir¹⁸. Kanaatimizce, tedbirin özel nitelikte olmasının başlıca sebepleri, sadece belli suçlarda ve yalnızca belli yerlerde uygulanabilmesi, temel hak ve hürriyetleri ileri düzeyde sınırlandırması ve teknolojik altyapı gerektirmesidir. Öte yandan, karma nitelikli olması açısından, bu tedbirin yasadaki düzenleme yeri ve temel hak ve hürriyeti sınırlama özelliği dikkate alındığında koruma tedbiri özelliği; işlevine bakıldığında ise delil sağlama aracı olma özelliği ön plana çıkmaktadır.

Bununla beraber teknik araçlarla izlemenin sadece bir delil araştırma aracı olduğu yönünde görüşler vardır¹⁹.

Bu tedbirin “delil elde etme aracı” özelliğiyle ilgili bir hususun altını çizmek gerekmektedir: Teknik araçlarla izleme tedbiri “ikincil”²⁰ ve *tamamlayıcı nitelikte* bir delil elde etme aracıdır. Zira bu tedbire başvurulması için öncelikle halihazırda mevcut somut delil gerekmektedir (CMK m. 140/1). Demek ki daha önceden ve başka yollardan elde edilmiş somut delil yoksa, bu tedbire başvurulamaz. Dolayısıyla, teknik araçlarla izleme, ilk kez delil elde etmek için değil; ancak mevcut somut delillerin yanı sıra “ilave delil elde etmek için” kullanılabilir bir araçtır.

Teknik araçlarla izleme, aynı zamanda modern, ismine de yansıdığı üzere teknik, bilimsel altyapıya dayalı bir tedbirdir. Bu bağlamda, insanın doğuştan sahip olduğu görme ve işitme yeteneğinin ötesine geçebilmesi için gereken teknik altyapı, bu tedbirin “teknik araçlarla” gerçekleştirilmesini ifade eder²¹.

Tedbire konu edilecek yerde mikrofon işlevi gören bir aygıt kullanmak suretiyle ya da başka bir yöntemle dinleme ve/veya kayıt yapılmasını ifade eden “ortam dinlemesi”, teknik araçlarla izleme tedbiriyle birlikte anılır²².

¹⁶ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁷ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s. 430. Özen’in teknik araçlarla izleme konusunu “koruma tedbirleri” başlığı altında değil de “delile ulaşma yolları (delil elde etme yöntemleri)” başlığı altında ele alması dikkat çekicidir.

¹⁸ Tedbir hakkında bkz: Ümit Kocasakal-Vesile Sonay Evik-Pınar Memiş Kartal-Eylem Aksoy Retornaz, “Teknik Araçlarla İzleme”, Ed. Adem Sözüer, 11. Ceza Hukuku Günleri, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, ss. 427-436; Erdal Yerdelen “Überwachung mit technischen Mitteln im türkischen Strafverfahrensrecht”, (Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme), Ed. Yener Ünver, Strafrecht und Moderne Technologien (Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler), Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, ss. 135-148.

¹⁹ Bkz: Centel-Zafer, s. 504.

²⁰ Cumhuriyet Şahin-Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 398; Özen, s. 587.

²¹ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 327.

²² Centel-Zafer, s. 503.

Ancak teknik araçlar, bilindiği üzere, bilimsel-teknolojik ilerlemeler sonucunda, optik/görsel ve akustik/sese dayalı biçimlerde, mesafe, hız, fiziki boyut, tür gibi çeşitli açılardan giderek gelişmektedir²³. Örneğin teknik takipte drone kullanılması, yeni bir yöntem olup eşyasına ya da aracına GPS aygıtı konularak bir şahsın takip edilmesi de teknik araçlarla izleme bakımından değerlendirilebilir²⁴. Bu sebeple söz konusu koruma tedbirinde hangi teknik araçların kullanılabilceğinin kanunda düzenlenmemesi bir eksiklik olmak şöyle dursun, bir gerekliliktir²⁵. Dolayısıyla, yasal düzenlemelere uygun olarak, şüpheli ya da sanık hakkında, teknolojik imkanlarla, fiziki bir ortama yönelik olarak ve iletişim dışı faaliyetleri de kapsayacak şekilde uygulandığı sürece, kullanılan aracın türü, diğer özellikleri veya teknolojik gelişmişlik düzeyi, teknik araçlarla izleme tedbirinin hukuki niteliğini değiştirmeyecektir.

Tedbirin adı her ne kadar “izleme” terimine yer verse de elde edilen verilerin “kayıt” altına alınması da tedbirin doğal bir parçasıdır. Belli bir ortamdaki sesin ya da görüntünün kaydedilmesi işlemi söz konusu ortamdaki bir kayıt aygıtıyla yapılabileceği gibi teknolojinin sağladığı imkanlarla izleme ya da dinlemenin yapıldığı ortamdaki aktarılmak suretiyle farklı, uzak bir yerde de yapılabilecektir²⁶. Hatta teknik takip altına alınan ortamda bir kayıt aygıtı ya da veriyi ileten bir aygıt olmaksızın, verilerin ortamdaki bir yüzeyde yarattığı etki kullanılarak dahi teknik araçlarla izleme yapılması mümkündür²⁷.

Teknik araçlarla izlemenin bir başka özelliği de koruma tedbiri olarak doğrudan bir araç olma özelliği göstermesidir. Örneğin, arama tedbiri elkoymaya yönelik veya mobil telefonun yerinin tespiti yakalamaya yönelik, dolaylı, ikinci dereceden birer araç ve koruma tedbiri iken; teknik araçlarla izleme başka bir koruma tedbirinin aracı değil, delil temin etmenin doğrudan bir aracıdır.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin delil temini ve muhafazasına yönelik olması itibarıyla hukuki mahiyeti açısından arama ve elkoymaya benzediği söylenebilir. Nitekim bu tedbirin “elkoyma” ana başlığı altında alt bir başlık olarak ele alındığına rastlanmaktadır²⁸. Ancak genel elkoymadan farklı olarak teknik

²³ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 327; Şahin-Göktürk, s. 397-398.

²⁴ Ünver-Hakeri, s. 474. GPS aygıtı kullanılmasının “sinyal bilgisi”ne benzemesi itibarıyla hangi tedbir türüne dahil olduğu tartışmalı olsa da uygulamada CMK m. 140 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ünver-Hakeri, s. 474. Kanaatimize göre CMK m. 135 anlamında “sinyal bilgileri”nin değerlendirilmesi şüpheli ya da sanığın iletişim aygıtı bakımındandır. GPS ise CMK m. 135 bağlamında iletişim aygıtı değil, CMK m. 140 anlamında bir teknik araçtır.

²⁵ Şahin-Göktürk, s. 397; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 446.

²⁶ Şahin-Göktürk, s. 397-398.

²⁷ Şahin-Göktürk, s. 398.

²⁸ Yurtcan, s. 471 vd. Bu eserde teknik araçlarla izleme (ss. 471-474), şirket yönetimi için

araçlarla izlemede deyim yerindeyse “aranan” ve “elkoyulan” şey halihazırda mevcut değil, ancak tedbir kararı verildikten sonra oluşacak, dolayısıyla önce meydana gelip ondan sonra “aranacak” ve “elkoyulacak” bir veridir.

Diğer taraftan bu tedbirin iletişimin denetlenmesiyle çok daha benzer mahiyette olduğu ileri sürülebilir²⁹. Gerçekten, teknik araçlarla izleme tedbiri, iletişimin denetlenmesine, arama ve elkoymaya benzerliği açısından delil temini amacı itibarıyla yakın bir yapıda olduğu gibi aynı zamanda teknoloji kullanımını gerektirmesi açısından da benzemektedir. Fakat iletişimin denetlenmesinde kişilerin kendi konuşmalarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenme ihtimalini öngörebileceği, oysa teknik araçlarla izlemede kişinin böyle bir öngöründe bulunmasının çok zor olduğu³⁰ dikkate alınır, teknik araçlarla izlemenin iletişimin denetlenmesine kıyasla çok daha ağır bir tedbir olduğunu kabul etmek gerekir.

Teknik araçlarla izleme, teknolojik bir altyapıyı gerektirdiği gibi tedbiri fiilen uygulayacak kolluk görevlilerinin etkinliğini de gerektirmektedir. Bu etkinlik, pek çok kişinin eşgüdümlü biçimde görev paylaşımı yapmasıyla gerçekleştirilebilecektir³¹. Yer, zaman, takibin uygulanacağı kişi, amaca elverişli teknik araç ya da araçlar gibi unsurların uygun biçimde değerlendirilmesi, tedbirin doğasından kaynaklanmaktadır.

C. Önleme Amaçlı Teknik Araçlarla İzleme

1. Kavram

Önleme amaçlı teknik araçlarla izleme, kişilerin genel güvenlik ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer genel amaçlara yönelik olarak teknolojik imkanlarla takip edilmesini ifade eden, koruma tedbiri niteliği taşımayan, istihbari³², idari bir tedbirdir. Suç işlendikten sonra uygulanan adli nitelikli teknik araçlarla izleme tedbirinin aksine, suçun işlenmesinden önce uygulanan önleme amaçlı teknik takip Ceza Muhakemesi Kanunu’na değil, kolluğun yetkilerini düzenleyen mevzuata göre yürütülür³³. Fakat önleme amaçlı teknik izlemenin koruma tedbiri ya da adli nitelik taşıması, bu tedbir türünün hukuki açıdan güvencesiz olduğu anlamına gelmez. Bu yüzden, önleme amaçlı teknik takip, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran her tedbir gibi, başta yasayla düzenlenme şartı olmak üzere Anayasa’nın 13. maddesindeki hukuki rejime tabidir.

kayım tayini ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesine benzer şekilde elkoyma (ss. 423-474) başlığı altında incelenmektedir.

²⁹ Ünver-Hakeri, s. 473.

³⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 444-445.

³¹ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekeçli-İçtihatlı), Ankara: Seçkin Yayınları, 2005, s. 629.

³² Ünver-Hakeri, s. 476.

³³ Özen, s. 579.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin altıncı fıkrası, münhasıran önleyici-istihbari mahiyetteki teknik takip açısından öncelikle değinilmesi gereken yasa hükmüdür³⁴. Söz konusu maddeye 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun'la eklenen altıncı fıkraya göre istihbarat faaliyetleri kapsamında belirli suçların işlenmesinin “önlenmesi” için hâkim kararına istinaden teknik amaçlı izleme uygulanabilecektir³⁵. Maddenin sonraki fıkrası uyarınca bu yöntemle elde edilen kayıtların maddenin ilk fıkrasında yer verilen “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak” amaçları dışında kullanılması mümkün değildir. Benzer nitelikte bir başka düzenleme, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesinde de yer almaktadır³⁶. Bu bakımdan dikkat çekici bir nokta, söz konusu tedbire ilişkin olarak 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamasıdır³⁷. O halde, yürürlükte olan mevzuata göre Milli İstihbarat Teşkilatı'nın önleyici mahiyette teknik araçlarla izleme yetkisinin varlığından bahsedilemez³⁸. Münhasıran istihbari özellikteki önleme amaçlı teknik izlemenin, istihbaratla ilgili en merkezi kuruluş olan Milli İstihbarat Teşkilatı'nın teşkilat kanununda yer almaması bir hukuk devleti için büyük bir eksiklik sayılmalıdır. Özellikle Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin, kanunla düzenlenme koşuluna da yer veren 13. maddesi karşısında, önleme amaçlı teknik izlemenin Milli İstihbarat Teşkilatı'nın yetkilerini düzenleyen Kanun'da açıkça düzenlenmesi mutlak bir zorunluluktur.

Önleme amaçlı teknik takibin koşulları adli nitelikli teknik araçlarla izlemeden farklıdır. Ancak bu durum son derece tabii olup bütünüyle idari bir tedbir olan önleme amaçlı teknik takipte, adli nitelikli teknik araçlarla izlemenin, örneğin kuvvetli delil gibi koşullarının aranması beklenemez³⁹. Zaten idari teknik takipte, “delil”i olabilecek, işlenmiş, soruşturulan ya da kovuşturulan, belirli bir suç değil; tam tersine, henüz işlenmemiş ve gelecekte işlenmesinin “önlenmesi” hâlâ mümkün olan veya amaçlanan, birtakım belirsiz suçlar söz konusudur. Bununla beraber kanunda belirtilen suçların hazırlık hareketleri evresinde ya da “suçlar işlendiği sürece” önleme amaçlı bu tedbirin

³⁴ Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 362.

³⁵ Böylece Türk hukukunda ilk defa önleme amaçlı teknik takip kanuni dayanağa kavuşmuştur. Ünver-Hakeri, s. 476.

³⁶ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328-329.

³⁷ s. 329.

³⁸ Ersan Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 80.

³⁹ Ünver-Hakeri, s. 476.

uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁰. Yine de belli bir kişinin halihazırda işlemiş olduğu birtakım suçlar olsa bile önleme amaçlı teknik takip, bu suçlarla ilgili delil toplamaya değil; gelecekte işlenmesi mümkün olan diğer suçların “önlenmesi”ne yönelik olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla amaç unsuru, teorik açıdan, iki tedbiri ayırıştıran en iyi kıstas olarak görülebilir.

2. Elde Edilen Veriler

Önleme amacıyla teknik araçlarla izleme ile elde edilen verilerin adli nitelik taşımadığı, dolayısıyla hukuki dayanağını 5271 sayılı Kanun’da değil, bu konuyu düzenleyen özel mevzuatta bulması gerektiği açıktır.

Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE), üçüncü kişilerce ya da kamu makamlarınca kullanılan güvenlik kameraları ve görüntülü önleyici takip sistemlerinin yasal statüsü, üzerinde durulmaya değerdir⁴¹. Türk hukukunda konuyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmaması ciddi bir eksikliklerdir. Özellikle Mobese sisteminin hukuki statüsünün ve koşullarının kanunla düzenlenmesinin, bu sistem kullanılarak elde edilen verilerin delil olarak kullanılabilmesi açısından gerekli olduğu belirtilmektedir⁴².

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında kamusal alanda yapılan görüntülü takibin genellikle, Anglo-sakson sistemine bağlı ülkelerde kanunla düzenlenmediği, buna karşılık Kıta Avrupası sistemine bağlı ülkelerde kanunla düzenlendiği söylenebilir⁴³. Türk kanun koyucusu, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsediğine göre Türkiye’de bu konudaki yasal düzenleme eksikliği bulunması, sadece hukuk devleti ilkesinin ya da Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için kanunla düzenlenme koşulunu öngören 13. maddesinin bir gereği olarak değil, aynı zamanda benimsenen hukuk sisteminin de bir gereği olarak görülebilir.

D. İşlev ve Amaç

Koruma tedbirlerinin işlevine ilişkin koruyucu/önleyici ayrımı⁴⁴ çerçevesinde teknik araçlarla izleme tedbirinin koruyucu, muhafaza edici işleve sahip bir koruma tedbiri olduğu söylenebilir. Çünkü teknik araçlarla izleme, ceza muhakemesi sürecinde hükmün yerine getirilmesi değil, hükmün verilebilmesi işlevi gören bir tedbirdir.

⁴⁰ Centel-Zafer, s. 510.

⁴¹ Şahin-Göktürk, s. 398.

⁴² Şahin-Göktürk, s. 398.

⁴³ Buket Abanoz, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 126-134.

⁴⁴ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 828.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin amacı, bir suç soruşturmasıyla ilgili olarak delil ya da emare temin edilmesi⁴⁵ ve bu suretle işlenen suçun ve failinin kim olduğunun aydınlatılmasıdır⁴⁶. Bu tedbire başvurulmak suretiyle elde edilen delillerle işlenen suç ve faili tespit edilecek, böylece fail hakkında hüküm verilebilecektir. Tedbirin amacının delil elde etmek olduğu, dolaylı biçimde yasa hükmünden de anlaşılmaktadır: CMK m. 140/1’de yer alan “başka suretle delil elde edilememesi”, tedbir için aranan bir koşuldur. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bu tedbire “adli” niteliğini veren en önemli özellik, ceza muhakemesi hukuku bağlamında delil elde amacıdır. Bu amaç dışında herhangi bir amaçla yapılan teknik araçla takip işlemi “koruma tedbiri” olarak nitelendirilemez.

E. Sınırlandırdığı Hak ve Özgürlük

Teknik araçlarla izleme tedbiriyle sınırlandırılan hak ve özgürlük, Anayasa’nın 20. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğidir⁴⁷. Gerçekten, hakkında teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanan kişinin özel hayatı belli ölçüde gizli olmaktan çıkmakta, soruşturma ve kovuşturma mercilerince bilinir hale gelmektedir. Anayasa ve AİHS’nin ilgili hükümleri çerçevesinde, demokratik bir toplum için gerekli sayılabilecek şekilde, özel sınırlandırma sebeplerinden millî güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçesiyle, kanunla öngörülecek biçimde ve ancak usulüne uygun olarak verilen hâkim kararıyla özel hayatın gizliliğine dokunulabilir (AY m. 20/2, AİHS m. 8/2)⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de teknik takibi AİHS 8. madde bağlamında değerlendirerek bu tedbirin uygulanabilmesi için erişilebilir ve öngörülebilir, net, anlaşılır, keyfi muameleyi önleyici, usuli açıdan güvenceli bir yasal düzenlemenin varlığını gerekli saydığı⁴⁹; bu tedbirin bir düzenlemeye dayanması koşulunun sağlanmamış olmasını, doğrudan güvence eksikliği olarak değerlendirerek hukuka aykırı bulduğu⁵⁰ görülmektedir.

⁴⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 446; Özen, s. 579.

⁴⁶ Doğan Soyaşlan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 295.

⁴⁷ Centel-Zafer, s. 504; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 445; Ünver-Hakeri, s. 473. Konut dokunulmazlığı da bazı durumlarda bu tedbirle sınırlandırılan temel hak ve özgürlük olarak değerlendirilebilir. Adem Kartal, “Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, s. 17.

⁴⁸ Centel-Zafer, s. 504.

⁴⁹ Malone v. Birleşik Krallık, Klass ve diğerleri v. Almanya, Weber ve Saravia v. Almanya, Amann v. İsviçre Kararları, Yaşar, s. 1437.

⁵⁰ P.G. ve J.H. v. İngiltere Kararı, 44787/98, 25.09.2001, Ünver-Hakeri, s. 473.

Özel hayatın gizliliği hak ve özgürlüğüne yönelik sınırlama, sınırsız değildir. Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurularak kişinin özel hayatının gizliliği tümüyle ihlal edilemez. 5271 sayılı Kanun'a göre bu kapsamda, diğer koşulların yanı sıra, şüpheli ya da sanığın ancak "kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri" izlenebilir (CMK m. 140/1). Teknik araçlarla izlemenin kişinin konutunda uygulanması ise hiçbir şekilde mümkün değildir (CMK m. 140/5). Görüldüğü üzere, 4422 sayılı Kanun'daki teknik izlemenin aksine, 5271 sayılı Kanun'da düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbiriyle kişinin "her türlü faaliyeti" değil, belli yerlerdeki faaliyetleri takip edilebilmektedir⁵¹. Bu tedbirin söz konusu sınırlayıcı kurallara aykırı şekilde uygulanması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşması mümkündür⁵². Hatta, tedbirin yaygın uygulanma şekli dikkate alındığında, teknik araçlarla izlemenin CMK m. 140'a aykırı şekilde uygulanmasında özel hayatın gizliliği, "görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilirse" suçun nitelikli halinin oluştuğu söylenebilecek, verilecek ceza bir kat artırılabilir (TCK m. 134/1, ikinci cümle). Diğer taraftan, tedbirin kanuna uygun olarak uygulanması, söz konusu suç bakımından "kanunun hükmü" çerçevesinde bir hukuka uygunluk halidir⁵³.

F. Uygulanma Biçimi

Teknik araçlarla izleme, gizli koruma tedbirlerindedir⁵⁴. Fakat bu tedbirin gizliliği, kanundan değil, tedbirin mahiyetinden kaynaklanmaktadır⁵⁵. Tedbirin gizliliği ile kovuşturma evresinde uygulanabilir olması çelişki arz etmektedir⁵⁶.

Mülga 4422 sayılı Kanun'un aksine 5271 sayılı Kanun'da tedbirin gizliliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁷. Oysa Mülga 4422 sayılı Kanun'un söz konusu tedbiri düzenleyen 3. maddesinin başlığında dahi "gizli izleme" ibaresi yer almaktaydı. Ayrıca madde içeriğinde de takibin "gizli

⁵¹ Özen, s. 578.

⁵² Centel-Zafer, s. 504.

⁵³ Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 267.

⁵⁴ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328; Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma Gezer-Yasemin F. Saygılar Kırt-Esra Alan Akcan-Özdem Özaydın-Efser Erden Tütüncü-Derya Altınok Villemin-Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 581; Şahin-Göktürk, s. 397; Centel-Zafer, s. 504; Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 487; Ahmet Gökçen-Murat Balcı-M. Emin Alşahin-Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2018, s. 514.

⁵⁵ Oysa iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümde öngörülen karar ve işlemlerin gizli tutulacağı açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 135/7).

⁵⁶ Centel-Zafer, s. 504.

⁵⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

olarak” icra edileceği belirtilmekteydi⁵⁸. Halihazırda yürürlükte olmayan⁵⁹, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 15. maddesinin dördüncü fıkrasında gizliliğin sağlanması amacıyla izlenecek usul ayrıntılı biçimde düzenlenmekte; beşinci fıkrasında da teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin prosedürdeki işlemlerin gizli yürütüleceğine ilişkin düzenleme yer almaktaydı⁶⁰.

Teknik araçlarla izlemenin genellikle gizli soruşturmacı aracılığıyla kullanılabileceği⁶¹ belirtile de bu iki tedbir mutlaka birlikte uygulanmak durumunda değildir. Bir başka deyişle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar alınmış olması, kendiliğinden teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına imkan sağlamaz. Nitekim Yargıtay’a göre teknik araçlarla izlemenin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle birlikte uygulanması zorunlu olmayıp söz konusu iki tedbir birlikte uygulandığında ise teknik araçlarla izlemeye başvurulması için bu tedbire ilişkin “ayrıca bir karar” alınması gerekir⁶². Yargıtayın istikrar arz eden kararlarında, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın, tek başına, teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına hukuki dayanak oluşturmayacağı belirtilmektedir⁶³.

⁵⁸ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

⁵⁹ Söz konusu yönetmelik, Adalet Bakanlığı’nın düzenleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle yetki unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak Danıştay 10. Dairesi’nin 9 Mart 2017 tarihli ve E. 2012/1001, K. 2017/1361 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.sinerjias.com.tr>, erişim tarihi: 9.12.2020.

⁶⁰ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

⁶¹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 515. Yargıtay kararlarına bakıldığında, özellikle uyuşturucu suçlarında bu iki tedbirin birlikte uygulanmakta olduğu görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2018/5056, K. 2019/1235, 26.02.2019, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶² Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2020/6502, K. 2020/3467; “Olayımızda sanıkların 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesindeki düzenlemeye göre teknik araçlarla izlenmelerine ilişkin bir karar bulunmamaktadır. Alınan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karara dayanılarak Teknik Araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme yapılmış, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. Mahkemece 1.-9. olayların sübutu tamamen teknik izlemeye dayandırılmıştır. CMK’nun 217. maddesine göre; Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle sübuta gidilmesi mümkün değildir. ... Sanıklar hakkında Teknik araçlarla izleme kararı alınmadığı için görüntü ve ses kayıtları hukuka aykırı delildir.”, Yargıtay 10. Ceza Dairesi, (Karşı Oy ve Değişik Gerekçe), E. 2012/17806, K. 2013/1225, 11.02.2013, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶³ “Olayımızda sanıkların 5271 Sayılı CMK’nın 140. maddesindeki düzenlemeye göre teknik araçlarla izlenmelerine dair bir karar bulunmamaktadır. CMK’nın 139. maddesine göre alınan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine dair karara dayanılarak ve CMK’nın 140. maddesine göre ayrıca bir karar alınmadan Teknik Araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. Mahkemece olayların

Tedbirlerin birlikte uygulanma meselesi bakımından, teknik araçlarla izlemenin, özel hayat kapsamındaki yerlerde uygulanmasının mutlaka gizli soruşturmacı aracılığıyla ve yasal güvencelerin varlığı halinde mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁴.

Öte yandan, teknik araçlarla izlemenin usulüne uygun alınmış bir karara dayanması gerektiği hukuken açık olmakla birlikte, uygulamada, böyle bir karar olmasa da fiilen tedbire başvurulduğuna rastlanmaktadır⁶⁵.

Yargıtay kararlarının tedbirin nasıl yapıldığına dair içeriği dikkate alınırca, uygulamada ortam dinlemesinin teknik araçlarla izlemenin önemli bir icra şekli olduğu söylenebilir⁶⁶. Bunun dışında ilgili kişinin kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin takibinin de tedbirin bir başka uygulanma yöntemi olduğu ileri sürülebilecektir⁶⁷.

Kullanılan teknolojik araç açısından bakıldığında, teknik araçlarla izlemenin hem açık hem de kapalı alanlarda, fark edilemeyecek kadar küçük mikrofonlarla dinleme ve kaydetme suretiyle yapılmasının mümkün olduğu görülmektedir⁶⁸.

sübutu gizli soruşturmacının faaliyetleri ile teknik izlemeye dayandırılmıştır. CMK'nın 217. maddesine göre; Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle elde edilen delillere dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir.” Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15770, K. 2016/121, 14.01.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021. Ayrıca, Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15357, K. 2016/1455, 14.03.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2016/140, K. 2016/2733, 04.05.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15972, K. 2016/1364, 08.03.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/13889, K. 2015/4086, 15.10.2015; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/312, K. 2015/2691, 29.06.2015; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15895, K. 2016/1979, 11.04.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/14831, K. 2016/793, 16.02.2016, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁴ Ünver-Hakeri, s. 473.

⁶⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/8055, K. 2016/343, 18.01.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; “Sanıklar hakkında, CMK'nın 140. maddesine göre usulüne uygun şekilde alınmış teknik araçlarla izleme kararı bulunmadığından, yapılan ses ve görüntü kayıtları hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğinde olmasına rağmen”, Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/8822, K. 2017/7023, 14.12.2017, Kararara İçtihat Arama Motoru, www.kararara.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/8055, K. 2016/343, 18.01.2016; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/3808, K. 2019/6913, 14.11.2019; Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2020/2420, K. 2020/3111, 19.06.2020; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2014/3992, K. 2014/8684, 09.04.2014, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/805, K. 2019/480, 18.06.2019, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁸ Veli Özer Özbek, “Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri”, Juan Carlos Da Silva-Albrecht Stange-Veli Özer Özbek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin

Kapalı alanlarda, bu türden bir mikrofonu dahi ihtiyaç duyulmaksızın, sadece ses dalgalarının cam yüzeylerde yarattığı etkinin kullanılmasıyla da bir ortamın dinlenmesi olanaklıdır⁶⁹. “Böcek” olarak ifade edilen dinleme cihazları dışında, cep telefonlarına ve mikrofonlu bilgisayarlara, dinleme imkanı sağlayan, aygıt kapalıyken dahi veri aktaran programlar yükleme; “vakumlama” olarak ifade edilen, dinlenmesi hedeflenen noktaya çevrilen, ortamdaki sesleri çanak biçimindeki aygıtta toplayarak kaydetme de bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁰. Ayrıca, “casus kulaklık” veya ortamdaki eşyalara yerleştirilen nanoteknolojik aygıtlar kullanma; uzak mesafeden dinleme imkanı veren, belli bir yüzeye yansıyan titreşimleri aktaran lazer tabancası ve bunu sese çeviren aygıtın kullanıldığı “lazer dinleme yöntemi”, teknik araçlarla izlemenin olası uygulanma biçimlerine örnek teşkil etmektedir⁷¹.

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi’nin bir raporunda yer alan teknik araçlarla izlemeyle ilişkilendirilebilecek teknik takip yöntemlerine bakıldığında, sesli, görsel, konumsal ve enformatik takip olmak üzere dörtlü bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir⁷². Buna göre, sesli takip olarak gizli cihazla ya da böcekle ortam dinleme (“room bugging”); görsel takip olarak gizli video takip aygıtları, araç içi video sistemleri, kişinin üzerine yerleştirilen video aygıtları, termal görüntüleme veya ileriye dönük kızılötesi sistemler (“FLIR/forward looking infrared”) ile kapalı devre televizyon sistemleri (“CCTV/closed-circuit television”); konumsal takip olarak Küresel Konumlama Sistemi (“GPS”), cep telefonu, radyo frekansı ile tanımlama (“RFID/radio-frequency identification”); enformatik takip olarak ise bilgisayar ya da internet kullanımında casus yazılım veya çerez kullanımı ile klavye dinleme/yakalama sisteminin uygulanabilirliğinden bahsetmek mümkündür⁷³.

Ancak teknolojinin gelişmesi bağlamında, çeşitli ülkelerin mevzuatının sürekli olarak güncellendiği, ama aynı zamanda etkili bir adli işbirliğinin sağlanması amacıyla yasal hükümlerin kesin ve açık olduğu kadar diğer

Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/8-teknik-araclarla-izleme-ve-gizli-sorusturmaci-tedbirleri-egitim-modulu25-08-20204-37-pm.pdf>, s. 119, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁹ Özbek, “Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri”, s. 119.

⁷⁰ TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, Elektrik Mühendisleri Odası Yayını, 2009, s. 24, https://www.emo.org.tr/ekler/3a7e12d707596c8_ek.pdf, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁷¹ TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, s. 24-25.

⁷² United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime, New York: United Nations Publication, 2009, s. 2, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf, erişim tarihi: 28.01.2021.

⁷³ UNODC, s. 2.

düzenlemelerle uyumlu hale getirildiği de gözlemlenmektedir⁷⁴. Kanaatimizce, teknik takip araçlarının çeşitliliği ve adli işbirliği ihtiyacı karşısında, kanun koyucunun teknik yöntem ve araçları daha genel, uygulama yetkisi ve suç açısından kapsamını ise daha ayrıntılı düzenlemesi isabetli olacaktır. Örneğin, Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin “önemli suç” kıstası olarak kabul ettiği, ulusal hukuk açısından dört yıl ya da daha fazla hapis cezasını gerektiren suç kıstası, teknik takibin kapsamı bakımından dikkate alınabilecektir⁷⁵.

Teknolojinin sağladığı imkanlar çerçevesinde, görüntülerin kayda alınmasının yalnızca yetkili merciler tarafından değil, bireyler tarafından da gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu kayıtların anayasal haklar açısından ağır bir ihlal oluşturması halinde delil olarak kullanılamayacağı⁷⁶, ancak görüntüyü kayda alan kişiye karşı işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla savunma hakkına istinaden delil olarak kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁷⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre de hukuka aykırı delil yasağının, esasen, kamu gücünü sınırlandırma işlevine yönelik olduğunun kabul edilmesi, bireylerin yaptığı kayıtlar bakımından ise daha esnek uygulanması uygun olacaktır⁷⁸.

II. TEDBİRİN UYGULANABİLECEĞİ CEZA MUHAKEMESİ EVRESİ

Teknik araçlarla izleme tedbirinin, ceza muhakemesinin hem soruşturma evresinde, hem de kovuşturma evresinde uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁹.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin hangi evrede uygulanacağına ilişkin 5271 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda CMK m. 140'ta bir hüküm olmadığı gibi koruma tedbirlerinin tümüne ilişkin genel bir hüküm de yoktur. Ancak CMK m. 140'taki hükümler incelendiğinde bu tedbire kural olarak “hâkim” ve gecikmede sakınca olan hallerde “Cumhuriyet savcısı” tarafından karar verilmesinin öngörülmesi (CMK m. 140/2, birinci cümle), ilk bakışta, kanun koyucunun bu tedbiri soruşturma evresinde uygulanacak bir tedbir olarak tasarladığı şeklinde yorumlanabilir. Gerçekten, söz konusu 140. maddede “mahkeme”den hiçbir yerde söz edilmemektedir. Tedbirin amacının

⁷⁴ Andrei Bacauanu, “Technical Surveillance in the European Union Judicial System. Aspects of Comparative Law”, Acta Universitatis Danubius: Administratio, Vol 10, no. 1, 2018, s. 71.

⁷⁵ Bacauanu, s. 71.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1999/2, K. 2001/2, 22.06.2001, Yenisey-Nuhoğlu, s. 492.

⁷⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2007/11957, K. 2009/21077, 22.12.2009, Yenisey-Nuhoğlu, s. 492.

⁷⁸ Yenisey-Nuhoğlu, s. 493.

⁷⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 451; Özen, s. 583; Centel-Zafer, s. 504; Ünver-Hakeri, s. 474.

delil elde etmek olması ve delil toplama işinin prensip olarak soruşturma evresini yürüten Cumhuriyet savcısına ait bir yetki olması (CMK m. 160/2) da bu kanaati desteklemektedir. Fakat Kanun'un 140. maddesinde tedbirin uygulanacağı kişi olarak şüphelinin yanı sıra “sanık” da gösterilmektedir. Sanık, kovuşturma evresinde “suç şüphesi altında bulunan kişi”dir (CMK m. 2/1-b). Bu durumda, teknik araçlarla izleme tedbirinin sadece soruşturma evresinde değil, kovuşturma evresinde de uygulanabileceğini söylemek mümkünse de delil toplama süreci olması nedeniyle bu tedbirin daha ziyade soruşturma evresinde kullanılacağı söylenebilir⁸⁰.

III. SUÇ ŞÜPHESİ DÜZEYİ VE MEVCUT DELİLLERE İLİŞKİN KOŞUL

5271 sayılı Kanun'a göre teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilmesi için somut delillere dayanan⁸¹ kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin varlığı gerekir (CMK m. 140/1). Bu tedbir için ağır bir şüphe düzeyinin şart koşulması, hükümde yer verilen, önemli ve ağır olarak nitelenebilecek suçlar için bile bu tedbirin uygulanmasını, olması gerektiği gibi, daha zor hale getirmektedir⁸². Soruşturmanın başlaması için gereken basit şüphe ya da iddianame hazırlanması için gereken yeterli şüphe bu tedbirin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Ayrıca kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin kendinden menkul olması düşünülemez; bunların halihazırda mevcut somut delillerden kaynaklanması gerekir. Dolayısıyla bir suçla ilgili başka yollarla elde edilmiş hiçbir somut delil yoksa, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması mümkün değildir.

Halihazırda somut delillerin mevcut olması koşulu ve teknik araçlarla izlemenin bir delil elde etme aracı olduğu birlikte dikkate alınırsa, bu tedbire başvurma sürecinde ilginç bir durumun söz konusu olduğunu belirtmek gerekir: Bu durumda somut deliller vardır, ancak yetersizdir. Eğer deliller somut olduğu halde yetersiz olmasa, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmaya gerek kalmazdı. Demek ki, teknik araçlarla izleme için *yetersiz miktarda somut delilin* varlığı olmazsa olmaz bir koşuldur.

Buradan hareketle, teknik araçlarla izlemenin asli, birincil, öncelikle başvurulabilen bir delil elde etme aracı değil; aksine tamamlayıcı nitelikte bir delil elde etme aracı olduğu belirginlik kazanmaktadır. Diğer bir deyişle, soruşturma makamı, öncelikle başka koruma tedbirleriyle ya da başka yollarla

⁸⁰ Özen, s. 583.

⁸¹ Düzenlemenin ilk halinde sadece “kuvvetli şüphe sebepleri”nin varlığı aranırken 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle “somut delillere dayanan” ibaresi ilave edilmiş, tedbirin şartları ağırlaştırılmıştır. Somut delillere dayanmayan kuvvetli şüphe olamayacağından bahisle bu değişiklik “malumun ilamı” olarak değerlendirilmektedir. Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 449.

⁸² Şahin-Göktürk, s. 398.

somut delil elde edecek; ancak ondan sonra ve daha fazla delil temin edebilmek için bu araca başvurabilecektir.

Tedbir için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebepleri tüm suçlara ilişkin değil, hükümde açıkça belirtildiği üzere, ancak CMK m. 140'ta belirtilen suçlara ilişkin olabilir⁸³. Dolayısıyla tedbir için geçerli olan şüphe düzeyi şartı ile suç bakımından kapsamına yönelik şart birbiriyle doğrudan bağlantılıdır. Örneğin somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi kasten yaralama suçuna yönelikse ilgili şüpheli ya da sanık hakkında teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaz.

IV. BAŞKA SURETTE DELİL ELDE EDİLEMESİ KOŞULU

A. Son Çare Olarak Teknik Araçlarla İzleme

Kanun koyucu, teknik araçlarla izleme tedbiri için “başka suretle delil elde edilememesi” koşuluna yer vermektedir (CMK m. 140/1). Bu bağlamda başka suretle delil elde edilememesi koşulunu yalnızca teknik araçlarla izleme yoluyla delil sağlanabileceğine ilişkin kuvvetli ihtimal olarak tanımlamak mümkündür⁸⁴. Bu koşul, teknik araçlarla izlemeyi “ikincil nitelikte” bir delil elde etme aracı haline getirmektedir⁸⁵.

Geleneksel koruma tedbirleri yerine bu tür bir tedbire başvurulmasının ağır koşullara bağlanması isabetlidir⁸⁶. Teknik araçlarla izlemenin koruma tedbirleri arasında bir temel hak ve hürriyeti en ağır biçimde sınırlandıran tedbirler arasında yer aldığı, özel hayata ciddi bir müdahale teşkil ettiği dikkate alınır, “ultima ratio” mahiyetinde olan böyle bir koşula yer verilmesinin isabetli olduğu söylenebilir.

Başka surette delil elde edilememesini, başka surette “yeni” delil elde edilememesi olarak algılamak gerekir; çünkü eğer mevcut bir somut delil yoksa, bu tedbire zaten başvurulamamaktadır. Diğer taraftan, “başka surette” tabirinden, bu koşulun aranmadığı⁸⁷ arama, elkoyma gibi geleneksel, genel⁸⁸ koruma tedbirlerinin kast edildiği söylenebilecektir. Yine de kuvvetli şüphe için somut “delil”lerin varlığı ve başka şekilde “delil” elde edilememesi koşullarının kümülatif olarak aranmasının belli ölçüde çelişkili olduğu söylenebilir⁸⁹.

⁸³ Şahin-Göktürk, s. 398.

⁸⁴ Yaşar, s. 1439.

⁸⁵ Özen, s. 583; Şahin-Göktürk, s. 398; Özbek-Doğan-Bacaksız, 449.

⁸⁶ Ünver-Hakeri, s. 473.

⁸⁷ Başka surette delil elde edilememesi koşulu teknik araçlarla izleme tedbirine özgü değildir; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m. 134/1), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135/1), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139/1) için de bu koşul aranmaktadır.

⁸⁸ Özen, s. 587.

⁸⁹ Özen, s. 583.

Başka surette delil elde edilememesi şartı, her hal ve şartta öncelikle diğer tedbirlere ve ancak onlara başvurulduktan sonra teknik araçlarla izleme yoluna gidilmesini gerektirmez⁹⁰. Öncelikle diğer tedbirlere başvurulduğunda delil elde etme imkanı tümüyle ortadan kalkabileceği gibi (tedbirin geçerli olduğu suçlarda kuvvetle muhtemel olarak) mevcut tek delil temini yolu teknik araçlarla izleme de olabilir⁹¹. O yüzden bir suç soruşturmasında doğrudan teknik araçlarla izlemeye başvurulması başlı başına kanuna aykırı sayılamaz.

B. Gizli Tedbirler Arasında Öncelik Sorunu

Dikkat çekici bir nokta, bu koşulun sadece teknik araçlarla izleme için değil, aynı zamanda iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139) gizli tedbirleri için de geçerli olması ve bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisinin nasıl kurulacağı sorunudur⁹². Bir görüşe göre, söz konusu edilen aynı koşul öngörülen gizli tedbirlerin birbirine önceliği yoktur⁹³. Bir başka görüşe göre, söz konusu üç gizli tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurmak mümkün olmasa da sürekli takibi gerektiren, işyeri gibi kapalı yerlere birden fazla defa gizli biçimde girilmesi suretiyle birden fazla temel hak ve hürriyeti kısıtlayan teknik araçlarla izlemenin, iletişimin denetlenmesine kıyasla daha ağır bir tedbir olduğu; gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin ise büyük ölçüde birlikte uygulandığı teknik araçlarla izlemeden daha ağır bir tedbir olduğu söylenebilir⁹⁴. Yargıtay da sözü edilen diğer iki tedbirden önce iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması gerektiği, ancak bundan sonuç alınamadığı takdirde teknik araçlarla izleme tedbirine ve son olarak, bir suç örgütünün varlığı koşulunun sağlanması halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulması gerektiği kanaatindedir⁹⁵.

⁹⁰ Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹¹ Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹² Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹³ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 449-450.

⁹⁴ Şahin-Göktürk, s. 399-400.

⁹⁵ Yenisey-Nuhoğlu, s. 487; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen özel koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin 1. fıkrasında “... başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması...” ibaresinin gizli soruşturmacı görevlendirmesine ilişkin 139. ve teknik araçlarla izlemeye ait 140. maddelerde bulunmaması ve anılan maddelerde “başka suretle delil elde edilememesi halinde”ki düzenlemeler ile soruşturma ve kovuşturma evreleri ve kapsadıkları suçlar yönünden aralarında öncelik-sonralık ilişkisi olduğu, bu bağlamda öncelikle 135. maddenin diğer iki koruma tedbirine nazaran öncelik aldığı, sonuç alınamaması halinde 140. Ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise 139. Maddeye başvurulabileceği gözetildiğinde, her üç koruma tedbirine aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği gözetildiğinde”, Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/29744, K.2015/4468, 09.07.2015, HukukTürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

Kanaatimizce delil elde etme imkânını ortadan kaldırmayacak ise, tedbirlerin yapısına bakılarak, temel hak ve hürriyetleri daha az sınırlandıran tedbirden daha çok sınırlandıran tedbire doğru⁹⁶ ya da hak ve hürriyetlerin kendi iç hiyerarşileri varsa buna uygun bir sıra izlenmelidir. Tedbirlerin yapısı incelendiğinde, iletişimin denetlenmesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin aksine şüpheli ya da sanığa fiziki olarak yaklaşma olmadığı gibi “görsel nitelikli” hiçbir bir tespit ya da kayıt da olmadığı, ayrıca kişilerin kendi konuşmalarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenme ihtimalini öngörebileceği⁹⁷ açıktır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde öncelikle teknolojiye değil insan becerisine dayalı, şüpheli ya da sanıklara fiziki olarak yaklaşılmasının ve kamu görevlisinin kimliğini gizlemesinin ön planda olduğu görülmektedir. Buna karşılık teknik araçlarla izlemede hem görsel, hem işitsel, hem de fiziki imkanların ötesine geçecek mahiyette teknolojik araçların kullanıldığı; üstelik kişinin özel alanındaiken iletişimin denetlenmesindeki durumun aksine kendi faaliyetlerinin üçüncü bir kişi tarafından dinlenip izlenme ihtimalini öngörmesinin çok zor olduğu⁹⁸; gizli soruşturmacının dahi ulaşamama ihtimali olan verilere ulaşılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Bu durumda mümkünse öncelikle iletişimin denetlenmesine başvurulmalı, ardından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve son olarak teknik araçlarla izleme yoluna gidilmelidir. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin birlikte uygulanmasına karar verildiğinde, zaten bu iki tedbir arasında çözülmesi gereken bir öncelik sorunu yok demektir.

Kuşkusuz öncelik gözetme koşulu, gerektiğinde söz konusu tedbirlerin üçünün birden dahi uygulanmasına engel sayılamaz⁹⁹. Yargıtay bu konuda aksi görüşte olup¹⁰⁰ aralarında öncelik sıralaması olan iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerine “aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği” kanaatindedir¹⁰¹. Yüksek Mahkeme’nin bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. 5271 sayılı Kanun’un yetkili mercilere tanıdığı söz konusu yetkilerle ilgili olarak bu tedbirlerin eş zamanlı surette uygulanmasını engelleyen hiçbir yasal kısıtlama yoktur.

V. UYGULANDIĞI KİŞİ

5271 sayılı Kanun’da teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanacağı kişiler oldukça kısıtlı biçimde belirlenmiştir: şüpheli veya sanık (CMK m. 140/1).

⁹⁶ Cankat Taşkın, “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 84, Eylül 2008, s. 34. Ayrıca Bkz: Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 444.

⁹⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 445.

⁹⁹ Şahin-Göktürk, s. 399; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 450.

¹⁰⁰ Yenisey-Nuhoglu, s. 487.

¹⁰¹ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/29744, K.2015/4468, 09.07.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

Örneğin arama ve elkoyma tedbirleri ilgili üçüncü kişilere ya da zorla getirme ve disiplin hapsi tanığa uygulanabilirken; teknik araçlarla izlemenin üçüncü kişilere ya da tanıklara uygulanması olanaksızdır. Ayrıca, şüpheli ya da sanıkla ilgili delil elde etmek amacıyla da olsa tedbirin mağdur hakkında uygulanması, örneğin mağdurun üzerine mikrofon ya da kamera yerleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır¹⁰². Yine de tedbirin yapısı gereği kaçınılmaz olarak, şüpheli ya da sanık ile herhangi bir sebeple ilişki kuran diğer kişilerin dolaylı biçimde de olsa teknik izlemeye maruz kalmaması imkânsızdır¹⁰³.

Öte yandan, bu tedbirin uygulanması sırasında tedbirin uygulandığı şüpheli ya da sanığın diğer kişilerle konuşması ya da onlarla birlikte yaptıkları faaliyetler de izlenebilir; ancak bu suretle diğer kişilerle ilgili olarak elde edilebilecek deliller “teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen delil” değil, “tesadüfen elde edilen delil” kategorisinde yer alır. Dolayısıyla hukuki rejimi de farklıdır. O yüzden, tedbire maruz kalan şüpheli ya da sanığın ilişki kurduğu diğer kişiler, hiçbir şekilde teknik araçlarla izlemenin uygulandığı kişi olarak değerlendirilemeyecektir.

Tedbirin uygulandığı yerde şüpheli ya da sanığın bulunmadığı süre boyunca izlemeye ara verilmesi isabetli olacaktır¹⁰⁴. Çünkü bu yerde şüpheli ya da sanığın bulunmadığı zamanlarda başka kişilerin bulunması mümkün olup şüpheli veya sanık olmayan bu kişilerin özel hayatının gizliliğinin tedbirin amacına aykırı biçimde ihlal edilmemesi gerekir¹⁰⁵.

CMK m. 140'ta, m. 135/3'te olduğu gibi kişi bakımından uygulamayı dolaylı denetim açısından da sınırlandıran bir hüküm yoktur. Bu yüzden tedbirin uygulandığı yerde bulunan kişiler arasında şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebilecek düzeyde yakınlığı olan kişilerin bulunmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir¹⁰⁶. Ancak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılabileceğine göre, CMK m. 135/3'ün kıyasen m. 140'ta düzenlenen tedbire tatbik edilmesi, böylece tedbirin uygulandığı yerde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerin bulunması halinde teknik araçlarla izlemenin uygulanmaması daha isabetli olacaktır.

VI. UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Teknik araçlarla izleme tedbiri, CMK m. 140/1 uyarınca, yalnızca “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri”ni konu alır¹⁰⁷.

¹⁰² Özen, s. 584.

¹⁰³ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 451.

¹⁰⁴ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁰⁵ Bkz: Centel-Zafer, s. 504.

¹⁰⁶ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁰⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Yenisey-Nuhoğlu, s. 489; Centel-Zafer, s. 506-507; Şahin-

Yalnızca söz konusu hükmün varlığı dahi bu tedbirin konutta uygulanmasına engel teşkil edecekken, kanun koyucu, CMK m. 140/5'te tedbirin konutta uygulanamayacağını açıkça düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Oysa 4422 sayılı Kanun'da çıkar amaçlı suç örgütleriyle ilgili suçlar bakımından teknik izleme tedbirinin konutta uygulanması açıkça düzenlenmişti¹⁰⁸. Konutta bu tedbirin uygulanması özel hayatının gizliliğini ciddi düzeyde ihlal edebilecek potansiyelde olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği, tedbir faaliyeti ile özel yaşam arasında bir oranın bulunması¹⁰⁹ kıstasının sağlanması mümkün görünmemektedir. Diğer yandan, konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanamazken iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi, teknik araçlarla izlemede sadece sesin değil, görüntünün de alınmasının mümkün olmasıyla ilişkilendirilebilecektir¹¹⁰.

CMK m. 140'ta tedbirin konutta uygulanamayacağı açık olmasına karşılık, “kamuya açık yer”, “konut” ve “işyeri” kavramlarının tanımı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

B. Kamuya Açık Yer ya da Konut Olmayan Yer

1. Kavram

“Kamuya açık yer” kavramı, kural olarak, konut niteliği taşıyan mekanlar dışında kalan, aleni olan, insanların serbest bir şekilde girip çıkabildiği her yeri ifade etmek için kullanılmaktadır¹¹¹. Toplu ulaşım vasıtalarının ya da otogar, terminal, tapınak gibi yerlerin kamuya açık yer olduğu aşikardır¹¹². Bir kimsenin içinde yaşadığı konut ise, kamuya açık olmayan, herkesin serbestçe girip çıkamadığı bir yeri ifade eder¹¹³. Dolayısıyla “kamuya açık yer” kavramının tanımı mefhumu muhalefet yöntemiyle konutun zıddı olarak belirlemektedir. Bu durumda “kamuya açık yer”in ne olduğunu belirlemek için konutun ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

Göktürk, s. 402; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 579; Ünver-Hakeri, s. 475.

¹⁰⁸ Centel-Zafer, s. 507, 366 numaralı dipnot; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330. Bu durum eleştiriye konu olmuştur. Centel-Zafer, s. 507, 366 numaralı dipnot. Öte yandan konutta teknik izlemenin ancak anayasa değişikliğiyle mümkün olabileceği konusunda olumlu ve olumsuz görüşler belirtilmiştir. Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330, 437 numaralı dipnot.

¹⁰⁹ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330, 438 numaralı dipnot.

¹¹⁰ Şahin-Göktürk, s. 402.

¹¹¹ Yurtcan, s. 473; Yenisey-Nuhoğlu, s. 489; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 580.

¹¹² Mehmet Tamöz-Hüseyin Kocabey, Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009, s. 168.

¹¹³ Yurtcan, s. 473.

Konut, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh” anlamına gelir¹¹⁴. Ancak konut ile ikametgâhın hukuken farklı anlamlara geldiği açık olduğuna göre konut ikametgâha indirgenemeyecektir¹¹⁵. Fakat ikametgâhı her halde konut saymak isabetli olacaktır¹¹⁶. Sözlüğün tanımından yola çıkılarak söylenebilecek şey, konut için asıl ayırt edici olanın yapısı, türü ya da nasıl adlandırıldığı değil; insanın içinde yaşadığı bir yer olmasıdır. Nitekim konutun (“ev”in) “barınma yeri” olarak tarif edildiği de görülmektedir¹¹⁷. Bu çıkarım ışığında teknik araçlarla izleme bağlamında “kamuya açık yer”in *insanın içinde yaşamadığı, barınmadığı her yer* olarak tanımlanması yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla bir insan eğer çalıştığı işyerinde ya da herhangi bir yerde, bir barakada, çadırda, hatta karavanda¹¹⁸ yaşıyorsa, orası söz konusu tedbir bağlamında “kamuya açık olmayan yer” ve “konut” sayılmalıdır. Bu sebeple teknik araçlarla izlemenin şüpheli ya da sanığın barındığı, yaşadığı hiçbir yerde uygulanması mümkün olmamalıdır.

Yargıtay'ın teknik araçlarla izleme bağlamında konut kavramını geniş yorumladığı söylenebilir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “CMK'nun 140. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, ... *konut veya konut niteliğinde kabul edilen yerlerdeki faaliyetleri için teknik araçlarla izleme koruma tedbirine müracaat edilmesi mümkün değildir*”¹¹⁹.

CMK m. 140/5'te öngörülen tedbirin konutta uygulanması yasağı, konut dokunulmazlığı temel hakkının bu hakla çatışan maddi gerçeğe erişme amacına tercih edilecek kadar önemsendiği şeklinde yorumlanabilir¹²⁰. Bu bağlamda, konutun CMK m. 140 bağlamındaki anlamını belirlemek hususunda, yine konut dokunulmazlığını koruyan TCK m. 116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu bağlamındaki tespitlerden faydalanılırsa¹²¹ da benzer bir sonuca ulaşmak olasıdır. Konut, “kişinin fiilen içinde oturduğu” ve bu niyetle içinde yaşadığı, özel yaşamını sürdürdüğü, sürekli veya geçici yer olarak; tren kompartımanından otel odasına, yurttan kalan bir öğrencinin

¹¹⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 30.11.2020.

¹¹⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Özen, s. 580.

¹¹⁶ Yasin Sezer-Ali İhsan İpek-Engin Parlak, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s. 258.

¹¹⁷ Yurtcan, s. 473.

¹¹⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1283, K. 2014/430, 21.10.2014, Kararara İçtihat Arama Motoru, www.kararara.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

¹²⁰ Yurtcan, s. 474. Cezai adaletin işlevi açısından bakıldığında, çatışan amaç ya da yararların tespiti ve bunların hangi norm tarafından düzenlendiği başlı başına ölçülülük prensibi bakımından da önem arz eder. Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001, s. 219.

¹²¹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

odasından bir konteynere kadar pek çok şekle bürünebilir¹²². Bu noktada altı çizilmesi gereken husus, içinde yaşama niyeti olduğu ve fiilen yaşandığı süreç geçici ya da hareket edebilen bir yerin de konut olarak görülmesi gerekliliğidir.

Konut kişinin özel hayat alanı kapsamında yer alır¹²³. Zaten konutta teknik araçlarla izlemenin yasaklanması, bu tedbirin görüntü alınmasını da kapsamaması dolayısıyla, özel hayatın gizliliği prensibinden kaynaklanır¹²⁴. Konutun anlamının belirlenmesinde, özellikle CMK m. 140/5'teki hüküm dikkate alınarak “özel hayat” kıstası esas alınır, kamuya açık alanın herkese açık alan anlamına gelmediği, okuldaki sınıf gibi yerlerde teknik araçlarla izleme yapılabileceğini söylemek mümkündür¹²⁵.

CMK m. 140'a uygun olarak alınan karara dayandığı sürece, ulaşım vasıtalarında teknik araçla izleme tedbiri uygulanabilir¹²⁶. Otomobil, konut işleviyle kullanılmadığı sürece, teknik araçlarla izlemenin konusu olabilir¹²⁷. Ancak kanaatimizce hareket edebilen tüm vasıtalar için her zaman aynı durum geçerli değildir. Örneğin karavanda yaşayan bir kişi için söz konusu tedbiri konut olarak sayılabilecek bu yerde uygulamak isabetli olmayacaktır.

Oteller ile ilgili olarak yer bakımından bir ayırım yapmakta fayda vardır¹²⁸. Otelin şüpheliye ya da sanığa özgülenen odası “konut” statüsünde; ancak lobi, lokanta, spor salonu gibi alanları “kamuya açık yer” statüsünde değerlendirilmelidir¹²⁹.

Bir yerin konut olma niteliği tespit edildikten sonra, izlemenin nasıl gerçekleştirildiği hususu, tedbirin uygulanıp uygulanmaması açısından önem taşımaz. Teknolojik imkanlarla konutun içerisinin dışarıdan izlenmesi ile önceden yerleştirilen teknik araç marifetiyle konutun içeriden izlenmesi arasında bu açıdan fark yoktur¹³⁰.

Öte yandan, teknik araçlarla izlemenin konutta uygulanma yasağından dolayı suçların işyeri ya da kamuya açık yerlerden çok konutta işlenmeye başladığı yönünde bir gelişme olduğundan söz edilmektedir¹³¹. Ancak, bu durumda kıyas yoluna başvurularak, temel hak ve hürriyetlere ağır bir müdahale

¹²² Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹²³ Yurtcan, s. 473.

¹²⁴ Şahin-Göktürk, s. 402.

¹²⁵ Özen, s. 580.

¹²⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹²⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Özen, s. 580; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581.

¹²⁸ Yurtcan, s. 473.

¹²⁹ Yurtcan, s. 473.

¹³⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 580; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330.

¹³¹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

oluşturan teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin istisnaen de olsa konutta uygulanması, ceza muhakemesi hukukunun kısıtlayıcı kurallarda kıyas yasağı karşısında kabul görmemelidir¹³².

2. Eleştiri ve Değerlendirme

CMK m. 140 uyarınca teknik araçlarla izlemenin uygulama alanının, iletişimin denetlenmesi tedbirinin aksine, kamuya açık yerler ve işyeri ile sınırlandırılıp konutun dışarıda bırakılması bazı yazarlarca eleştirilmektedir¹³³. Buna göre, düzenlemenin söz konusu şekilde olması, şüpheli ya da sanığın, evinde ya da konut olarak kullandığı çiftliğinde uyuşturucu imal ve ticaretiyle, kara para aklamayla, çocuk pornografisiyle veya suç işlemek amacıyla örgütsel faaliyetlerle işgal etmesi muhtemel olduğundan; özellikle de yasal boşluklardan yararlanma özelliğine sahip örgütlü suçlulukla mücadelede zaafiye yol açacak nitelikte olduğundan; hiç olmazsa bazı suçlar bakımından konutta teknik araçlarla izleme mümkün olmalıdır¹³⁴. Bu noktada konutta teknik izlemenin yasaklanması için özel hayatın gizliliği yeterli bir gerekçe teşkil etmez; çünkü özel hayatın gizliliği başka koruma tedbirleriyle de ihlal edilmektedir¹³⁵.

Bu eleştirilerde belli ölçüde haklılık payı vardır. Gerçekten, başta örgütlenme suçları ve mafya ya da terör örgütü faaliyeti kapsamında işlenen suçlar olmak üzere bazı suçlar ancak profesyonel faillerce işlenebilmektedir. Bu faillerin teknik araçlarla izlemede konutun müstesna tutulması bilgisine sahip olması, bu bilgiye dayanarak suç faaliyetlerini konutta yürütmeleri çok da ihtimal dışı sayılamaz. Öte yandan, teknik araçlarla izleme, diğer tedbirlerle, örneğin arama tedbiriyle kıyaslandığında; teknik araçlarla izlemenin özel hayatın gizliliğini çok daha fazla kısıtladığı bir vakıadır. Hatta bu tedbirin telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine kıyasla da özel hayatın gizliliğini daha ağır düzeyde ihlal ettiği söylenebilir. Bu açıdan, kural olarak, teknik araçlarla izlemenin şartlarının farklı olması doğaldır. Sözü edilen suçlara ilişkin hallerde arama tedbiri yoluyla da delil elde edilebileceğinden, teknik araçlarla izlemenin konutta uygulanabilir hale getirilmesine gerek olmadığı savunulabilecektir. Kaldı ki teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanması, başta cinsel yaşam olmak üzere hayatın kesinlikle müdahale edilemez gizli alanına müdahale şeklinde ağır ve telafi edilemez bir sonuç yaratacaktır. Neticede, teknik araçlarla izlemenin konutta icra edilebilir hale getirilmesi, tedbirin hukuka aykırı şekilde kötüye kullanımına yol açabilir.

¹³² Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447-448.

¹³³ Ünver-Hakeri, s. 475.

¹³⁴ Ünver-Hakeri, s. 475.

¹³⁵ Ünver-Hakeri, s. 475.

C. İşyeri

İşyerinin hukuki kapsamını belirlemek, “kamuya açık yer”e kıyasla daha güç görünmektedir¹³⁶. İşyerinin sözlük anlamı “bir görevin yapıldığı” ya da “işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı yer”dir¹³⁷. Ancak bu iki alternatif tanımdan “bir görevin yapıldığı yer” tanımı, CMK m. 140 bağlamında işyeri için daha uygun görünmektedir; zira teknik araçlarla izlemenin uygulama alanı sınırlanırken, asıl mesele işçinin iş sözleşmesi bakımından statüsü değildir. Sadece işçinin değil, işverenin ya da kendi işini yapan bir kişinin çalıştığı yer de teknik araçlarla izleme açısından işyeri sayılmalıdır.

İşyerinin İş Kanunu’ndaki tanımına başvurulursa, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” anlamı ortaya çıkmaktadır; ancak bu tanım da CMK m. 140 bakımından yetersiz ve elverişsizdir¹³⁸. İşyeri, esas itibarıyla “iş görülen” her yerdir¹³⁹. Sadece fabrikalar değil, atölye ya da ofis gibi yerler, işverenin olmadığı, kişinin tek başına çalıştığı yerler de işyeri statüsündedir¹⁴⁰.

İşyeri kavramı, “kamuya açık alan” kavramıyla da bağlantılıdır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın “kamuya açık alan” konusundaki yaklaşımı, kavramın kapsamını genişletici mahiyette olup bir kararında gümrük biriminde çalışan görevlilerin “peronlardaki faaliyetinin ‘işyerinde’ sayılamayacağı, özel hayat beklentisi bulunamayacağı” belirtilmektedir¹⁴¹.

İzin ile girilebilen/izne tabi olmaksızın girilebilen işyeri ayrımı çerçevesinde, izin ile girilebilen işyerlerinin konut ya da kamuya açık alan niteliklerinin ikisini de taşımadığı, bu yüzden tedbirin uygulanması bakımından statüsünün tartışmalı olduğu düşünülmektedir¹⁴².

Konut dokunulmazlığını ihlal suçuna ilişkin Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme, işyerinin mahiyeti bakımından dikkate alınabilir. Suçu düzenleyen hükmün işyerine ilişkin kısmının koruma alanı, büro ya da muayenehane gibi girilmesi açık bir rızayı gerektiren işyerleriyle sınırlıdır¹⁴³. Bu suçu düzenleyen ve “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad” olmayan işyerini suç kapsamına dahil eden TCK m. 116’nın (2. fıkrası) aksine, işyeri açısından CMK m. 140’te izinle girilebilme kriterine göre ayırım yapılmaması eleştiriye açıktır¹⁴⁴. TCK m. 116 ile özel hayatın gizliliğinin korunduğu kabulüne

¹³⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹³⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 01.12.2020.

¹³⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹³⁹ Yurtcan, s. 473.

¹⁴⁰ Yurtcan, s. 473.

¹⁴¹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 489.

¹⁴² Özen, s. 580.

¹⁴³ Centel-Zafer, s. 503.

¹⁴⁴ Özen, s. 580.

dayanarak yapılacak CMK m. 140/5'in amaçsal yorumu göz ardı edilirse; mevcut düzenlemenin lafzından, ancak izinle girilebilen işyerlerinin dahi tedbire konu olabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür¹⁴⁵. Fakat girilmesi açık bir rızayı gerektiren işyerlerinde CMK m. 140'ın uygulanamayacağı, böyle bir uygulamanın TCK m. 116/2 uyarınca hukuka uygunluk sebebi değil, suç teşkil edeceği ve bu yolla temin edilen delillerin hukuka aykırı delil olmasına yol açacağı da söylenebilir¹⁴⁶.

CMK m. 140'ta yer alan “işyeri” teriminin ancak açık bir rızayla girilmesi mümkün olan işyerlerini kapsayıp kapsamadığı sorunun çözümünde öncelikle *olması gereken* hukuk ile *olan* hukuk arasında ayırım yapmak gerekir. Kanaatimizce ancak açık bir rızayla girilmesi mümkün olan işyerleri, mahiyet olarak konuta daha yakın bir nitelikte olup herkesin girip çıkabileceği işyerlerine kıyasla özel hayatın gizliliğinin daha çok korunması gereken bir alandır. Bu yüzden CMK m. 140'ta işyerleri arasında açıkça ayırım yapılması ve teknik araçlarla izlemenin ancak açık bir rızayla girilebilen işyerlerinin tedbir kapsamı dışında *olması gerekirdi*. Fakat yürürlükteki, *olan* hukuka göre sorunun çözümünde hukuk kurallarının yorum ilkelerine başvurmak isabetli olacaktır. “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” (“Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir”) ilkesi uyarınca kanunun genel mahiyette bir terim kullandığı durumlarda bu terimi genel anlamıyla kabul etmek, kanunda özel olarak belirtilmeyen bir ayırımı esas almamak gerekmektedir¹⁴⁷. Bu ilke ışığında söz konusu sorun incelendiğinde, CMK m. 140'ta “işyeri” teriminin genel anlamıyla kullanıldığı, kanun koyucunun ancak açık bir rızayla girilebilecek/herkesin girip çıkabileceği şeklinde işyeri türleri arasında ayırım yapmadığı görülmektedir. Bu nedenle yürürlükteki, *olan* hukuk çerçevesinde, “işyeri” statüsünde ve işlevinde olan her yer kural olarak teknik araçlarla izleme tedbirinin konusu olabilir. Diğer taraftan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanun koyucunun CMK m. 140'ta değişiklik yaparak tedbirin uygulama alanı olarak “işyeri” terimini daraltması, ayırım yapması ve “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan” olarak nitelemesi gerekir.

Hızlı modernleşme, kentleşme, küreselleşme ve ağ toplumu haline gelme süreciyle, kişinin içinde yaşadığı yerin işyeri olarak kullanılması giderek yaygınlaşmaktadır. Bu durumda, CMK m. 140 bağlamında, *home-office* yöntemiyle çalışılan yerin statüsü konut mu, yoksa işyeri mi olacaktır? Bir görüşe göre bu sorunun cevabı açıktır: konutun aynı zamanda işyeri olarak kullanımı yasal ise, ilgili yerin yatak odası, banyo gibi konut işlevi gören

¹⁴⁵ Özen, s. 580-581.

¹⁴⁶ Centel-Zafer, s. 503.

¹⁴⁷ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 57.

kısımları hariç, “konut-işyeri”nde tedbir uygulanabilir¹⁴⁸. Bir diğer görüşe göre, işyerinin belli bir kısmının ister belli saatler arasında, isterse tümüyle konut olarak kullanılması halinde işyerinin söz konusu kısmında, teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanamaz¹⁴⁹. Eğer soruşturma sürecinde konutun “işyeri” statüsü taşıdığı şüpheliyse, alternatif delil temin etme yöntemleri varken geniş yoruma başvurularak teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması, ceza muhakemesinde kısıtlayıcı kurallar bakımından kıyas yasağına ve insan onurunun dokunulmazlığı prensibine aykırılık oluşturur¹⁵⁰. Amaçsal yorumu esas alan bir başka görüşe göre, *home-office* yöntemiyle çalışılan yerin statüsü, CMK m. 140’ta öngörülmeyp; ilgili yer, işyeri olarak kullanılabilir aynı zamanda konut olarak kullanıldığı için hükmün son fıkrasındaki kısıtlama kapsamındadır¹⁵¹. Bu sebeple teknik araçlarla izlemenin, hem konut hem işyeri olarak kullanılan yerde uygulanması hukuka aykırı sayılmalıdır¹⁵². Kanaatimizce, konut *işlevi* olan her yer, ilaveten başka işlevlere sahip olsa da “konut” sayılması gerektiğinden, mevcut düzenleme dikkate alınırca, CMK m. 140/5 kapsamında olup teknik araçlarla izlemenin konusu olamaz. Eğer konut işleviyle kullanılan yer, CMK m. 140/5 bağlamında “konut” sayılmazsa, söz konusu hükümdeki istisnanın anlamı ve işlevi kalmaz. Yetki (teknik araçlarla izleme tedbirinin kapsamı) dar, özgürlük (özel hayatın gizliliği) geniş yorumlanmalıdır¹⁵³. Bu önermeye istisnaların dar yorumlanacağı¹⁵⁴ savıyla karşı çıkılmaz; çünkü burada konut terimi (istisna) geniş yorumlanmamakta, sadece işlev olarak standart anlamı (içinde yaşanan yer) korunmaktadır.

D. Müdafinin Bürosu, Konutu ve Yerleşim Yeri

İletişimin denetlenmesi tedbirinde, şüpheli veya sanığa izafe edilen suç nedeniyle müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında bu tedbirin uygulanması mümkün değildir (CMK m. 136). Buna karşılık, teknik araçlarla izleme tedbiriyle ilgili olarak müdafiyeye özgü böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁵⁵. Fakat 136. maddenin kıyas yoluyla uygulanarak, avukatın müdafiliğini üstlendiği şüpheli ya da sanığın soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izleme tedbirine konu edilememesi gerekir¹⁵⁶.

¹⁴⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹⁴⁹ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁵⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹⁵¹ Ünver-Hakeri, s. 476; Yaşar, s. 1439.

¹⁵² Ünver-Hakeri, s. 476.

¹⁵³ Söz konusu prensip için bkz: Gözler, s. 79 vd.

¹⁵⁴ Bkz: Gözler, s. 59 vd.

¹⁵⁵ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹⁵⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330.

VII. SUÇ BAKIMINDAN UYGULAMA KAPSAMI

Teknik araçlarla izleme tedbirini, yakalama, adli kontrol ya da arama gibi koruma tedbirlerinin aksine, her suçla ilgili olarak uygulanamaz.

Tedbirin suç bakımından uygulama kapsamı, büyük ölçüde 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinde sayma yöntemiyle belirtilmiştir. Bu suçlar, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80), organ veya doku ticareti (m. 91), kasten öldürme (m. 81, 82, 83), nitelikli hırsızlık (m. 142) ve yağma (m. 148, 149), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma (m. 220/3), fuhuş (m. 227), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), tefecilik (m. 241), rüşvet (m. 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282), devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m. 302), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları; Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlardan ibarettir.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği suçların hem suçun önemi ve cezasının ağırlığı, hem de suçun yapısının söz konusu tedbirle delil elde etmeye elverişli olması kıstaslarıyla belirlendiği söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki, teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği suçlar CMK m. 140'ta sayılanlardan ibaret değildir¹⁵⁷. Çeşitli kanunların öngördüğü hükümler ile başka bazı suçlarda da bu tedbir uygulanabilir hale getirilmiştir. Bu suçlar arasında öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun bazı nitelikli hallerinin (üçüncü fıkradaki, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ile dördüncü fıkradaki, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hallerinin) yer aldığını belirtmekte fayda vardır (7258 sayılı Kanun, m. 5/6¹⁵⁸). Suç ve ceza içeren özel bir kanunla esasen Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir suçun teknik araçlarla izleme tedbirinin suç bakımından uygulama kapsamına dahil edilmesi dikkate şayandır¹⁵⁹.

Ayrıca terörizmin finansmanı (6415 sayılı Kanun, m. 4/7¹⁶⁰), esrar elde

¹⁵⁷ Centel-Zafer, s. 506, 365 numaralı dipnot; Şahin-Göktürk, s. 400.

¹⁵⁸ 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 23. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁵⁹ Şahin-Göktürk, s. 401, 550 numaralı dipnot.

¹⁶⁰ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne

etmek amacıyla kenevir ekmek (2313 sayılı Kanun, m. 23/6¹⁶¹) ve spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatmak ya da oynanmasına yer veya imkân sağlamak, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlamak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek, kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etmek (7258 sayılı Kanun, m. 5/6¹⁶²) suçlarıyla ilgili olarak da teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulması mümkündür.

Tedbirin uygulandığı suçların bireysel olarak ya da örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin tedbirin uygulanabilirliği açısından önemi yoktur; her iki durumda da tedbire konu olabilir¹⁶³.

Doktrinde istisnai olarak katalog suç sisteminin tamamen devre dışı bırakılması yönünde görüşler vardır¹⁶⁴. Tedbirin uygulama alanını aşırı genişletebileceği için bu görüşe katılmamız mümkün değildir.

Teknik araçlarla izlemenin suç bakımından uygulama kapsamının yetersiz olduğu, örnek olarak müstehcenlik suçundaki çocuk pornografisine yönelik fiillerin bu kapsama dahil edilmesi gerektiği yönünde görüşlere de rastlanmaktadır¹⁶⁵. Gerçekten, teknolojinin sağladığı imkânların suç işleme biçimlerini çeşitlendirdiği dikkate alınır, bu görüşlerde haklılık olduğunu söylemek lazımdır. Kanaatimizce, kamu düzenini silahlı olmamakla birlikte tehdit altına alan, özellikle ekonomik ya da mafya tipi suç örgütlerinin varlığı gözetilirse sadece silahlı değil, diğer suç işlemek amacıyla örgütlenme fiilleri ya da kamu idaresinin güvenilirliğini ciddi düzeyde sarsan icbar suretiyle irtikap suçu gibi önemli suçlar da bu kapsama dahil edilmelidir.

14 Nisan 2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle söz konusu yedinci fıkra eklenmiştir.

¹⁶¹ 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 10. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁶² 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 23. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁶³ Özen, s. 581.

¹⁶⁴ Süheyl Donay, Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 177.

¹⁶⁵ Ünver-Hakeri, s. 474.

VIII. YETKİLİ MERCİ

Soruşturma evresinde teknik araçlarla izleme tedbirini kararını verme konusunda¹⁶⁶ asli yetki hâkime ait olmakla birlikte gecikmede sakınca olan hâllerde Cumhuriyet savcısı da bu hususta yetkilidir¹⁶⁷. Ancak, tedbire Cumhuriyet savcısının karar verdiği hallerde bu kararın yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir. Bu durumda, hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde vermezse veya hâkim Cumhuriyet savcısının tedbir kararını uygun bulmazsa teknik araçla izlemeyle elde edilen kayıtlar derhâl imha edilmelidir (CMK m. 140/2). Dolayısıyla, teknik araçlarla izlemede Cumhuriyet savcısının asli ve süresiz sonuç yaratabilecek bir yetkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Soruşturma evresinde tedbir için talepte bulunulması gerekecek midir? Bu konuda açık hüküm yoktur. Ancak Cumhuriyet savcısının sulh ceza hâkiminden tedbir talebinde bulunması usulünün geçerli olacağını kabul etmek gerekir¹⁶⁸. Fakat talep gibi önemli bir usuli işlemin yasayla açıkça düzenlenmemesi eleştiriye açıktır¹⁶⁹.

Teknik araçlarla izleme tedbirine kovuşturma evresinde de başvurulabileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Fakat CMK m. 140'ta yetkili merci olarak "hâkim"den söz edilmekte, "mahkeme"den söz edilmemektedir. Kanun koyucu, örneğin gözlem altına alma tedbirinde (CMK m. 74/1) ve tutuklamada (CMK m. 101/1), yetkinin soruşturma evresinde sulh ceza hâkimine, kovuşturma evresinde ise mahkemeye ait olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bu durumda, kovuşturma sürecinde teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması gerekirse, CMK m. 140'ın lafzına bağlı kalınarak "hâkim" kararına mı, yoksa yargılamayı yapan mahkemenin kararına mı ihtiyaç bulunmaktadır? Lafzi yorum "hâkim"i, gai yorum ve kovuşturmada re'sen delil temini prensibi "mahkeme"yi işaret etmektedir¹⁷¹. Ancak bu hususta, yetkili mercinin mahkeme olduğu belirtilmektedir¹⁷². CMK m. 140'ta her ne kadar "mahkeme"nin yetkisinden

¹⁶⁶ Centel-Zafer, s. 507.

¹⁶⁷ Yakın sayılabilecek geçmişte, 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'la (m. 14) CMK m. 140 değiştirilmiş, bu tedbire ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verilmesi hükme bağlanmıştı. Ancak 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la (m. 28) bu değişiklik geri alınmış, mevcut duruma dönülmüştür. Kuşkusuz, iki düzenleme arasındaki dönemde, ağır ceza mahkemesinin suç işlediği sabit olan biri için mahkumiyet kararını oyçokluğuyla alabilmesi, ancak suç işlediği sabit olmayan biri için uygulanacak, geçici bir tedbir hakkında ise oybirliğiyle karar vermesinin gerekmesi eleştiriye açıktı. Centel-Zafer, s. 507, 370 numaralı dipnot.

¹⁶⁸ Özen, s. 584; Yenisey-Nuhoğlu, s. 488.

¹⁶⁹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 488.

¹⁷⁰ Ünver-Hakeri, s. 474.

¹⁷¹ Özen, s. 583.

¹⁷² Şahin-Göktürk, s. 402; Özen, s. 583.

söz edilmese de kovuşturma evresinde ceza muhakemesi sürecine egemen olan merci mahkeme olduğuna göre, yetkinin bu merciye ait olduğu iddia edilebilir. Bu doğrultuda mahkemenin, gerek Cumhuriyet savcısının talebi üzerine gerekse re'sen tedbir kararı alabileceği düşünülmektedir¹⁷³.

Ancak, CMK m. 140'ta yetkili merciin sınırlayıcı biçimde “hâkim” olarak belirtildiği, kanun koyucunun sınırlayıcı olarak düzenleme yaptığı hallerde kıyas yapılamayacağı göz önüne alınırsa, teknik araçlarla izlemeye kovuşturma evresinde başvurulamayacağını kabul etmek, hükümde “sanık”tan söz edilmesinin ise maddi hata olabileceğini dikkate almak daha tutarlı olacaktır. Konuya ilişkin iptal edilen Yönetmelik'in 15. maddesinde yalnızca “soruşturma”dan söz edilmesi, ayrıca tedbirin amacı ve işlevi de bu savı desteklemektedir.

IX. SÜRE

Teknik araçlarla izleme kanun koyucunun açık bir düzenlemeyle uygulanma süresini sınırlandırdığı tedbirlerdendir. Tedbirin uygulanma süresi kural olarak üç hafta olup bu sürenin gerekli görülürse bir hafta daha uzatılabilmesi mümkündür. Bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından ise, hâkim söz konusu süreler ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir (CMK m. 140/3). Kuşkusuz söz konusu uzatmanın gerekçesi bakımından, iştirak halleri ile suç örgütü faaliyeti arasındaki ayrımı vurgulamak yararlı olacaktır¹⁷⁴. Bu şartlar çerçevesinde tedbirin ek süreler dahil en fazla sekiz hafta uygulanabileceği anlaşılmaktadır¹⁷⁵. Fakat 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 143. maddesi ile düzenlenip 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 138. maddesiyle aynen kabul edilerek eklenen cümleyle göre ise bu tedbirin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle birlikte uygulanması halinde CMK m. 140/3'te yer alan süreler bir kat artırılarak uygulanacaktır (CMK m. 140/3, son cümle). Söz konusu yeni düzenlemenin iki tedbirin eş zamanlı olarak uygulanması durumunda mevcut yasal sürenin yetersiz kalabileceği düşüncesiyle kabul edildiği söylenebilir¹⁷⁶. Sonuçta, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak bu tedbirin gizli soruşturmacı görevlendirilmesiyle birlikte uygulanma hali de dikkate alınırsa, teknik araçlarla izleme tedbirinin her halükarda en fazla on altı hafta uygulanabileceğini söylemek mümkündür¹⁷⁷.

¹⁷³ Özen, s. 584.

¹⁷⁴ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁷⁵ Özbek-Doğan, Bacaksız, s. 452.

¹⁷⁶ Yurtcan, s. 474.

¹⁷⁷ Özen, s. 585.

Tedbir kararının uygulanma süresi ne zamandan itibaren işlemeye başlayacaktır? Bu konuda karar tarihi ile uygulanma tarihinden hangisinin esas alınacağı hakkında Kanun'da hüküm yoktur¹⁷⁸. Uygulanma tarihinin esas alınması, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilme sürecini daha belirsiz hale getirecek, bu anlamda hukuki güvenlik açısından riske yol açabilecektir. O yüzden tedbirin uygulanacağı süre, karar tarihinden itibaren işlemelidir¹⁷⁹.

X. TEDBİR KARARININ İÇERİĞİ VE UYGULANMASI

Tedbir kararının içeriğinde hangi hususların bulunması gerektiğine dair yasal düzenleme yoktur. Ancak, CMK m. 135/4 kıyasen uygulanarak, yüklenen suçun türünün, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğinin, kullanılacak teknik aracın türünün, tedbirin kapsamı ve süresinin; tedbirin koşulları dikkate alınır da yüklenen suçun tedbir kapsamındaki suçlara dahil olduğuna ilişkin yasal dayanağın, başka surette delil edilemediğine ilişkin olguların ve kuvvetli şüpheye yol açan somut delillerin belirtilmesi gerektiği söylenebilir¹⁸⁰. Süre uzatımı kararında da tedbir şartlarının varlığını sürdürdüğüne ilişkin bilgilerin yanı sıra uzatmanın gerekçeleri belirtilmelidir¹⁸¹.

Tedbir kararı, Cumhuriyet savcısı tarafından adli kolluk aracılığıyla uygulanır¹⁸². Ayrıca görevlendirilmiş bir gizli soruşturmacı, tedbirin uygulanmasını sağlayabileceği gibi¹⁸³; adli kolluk, kararda öngörülen teknik araçlar vasıtasıyla kararın gereğini yerine getirebilir.

XI. TEDBİRİN SONA ERMESİ

Tedbirin hangi şartlarda sona ereceğine ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Tedbir süresinin dolması ya da koşullarından herhangi birinin ortadan kalkması durumunda tedbirin uygulanmasına son verilmelidir¹⁸⁴. Sürenin dolması ya da koşullardan birinin ortadan kalkmasına rağmen tedbirin sürdürülmesi sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı sayılmalıdır.

¹⁷⁸ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁷⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582; Şüpheli ya da sanık lehine bir tutum da bu tercihin gerekçesi olarak gösterilebilir. Centel-Zafer, s. 508.

¹⁸⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582; Yenisey-Nuhoğlu, s. 488.

¹⁸¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582.

¹⁸² Yenisey-Nuhoğlu, s. 490.

¹⁸³ Yenisey-Nuhoğlu, s. 490.

¹⁸⁴ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 583.

XII. ELDE EDİLEN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

“Belirti delili” statüsünde olan, tedbir sayesinde elde edilen ve suçun gerçekleştiğini ortaya koyan verilerin, keşif işlemine konu edilmesi, duruşmada doğrudan dinlenmesi ya da seyredilmesi mümkün olduğu gibi metne dökülüp tutanak halinde okunması da mümkündür¹⁸⁵. Kayıtların çözülmesinde anlaşılmayan konuşmalar için dudak okuma uzmanından ya da davranışların anlamını belirlemek için psikolog gibi uzmanlardan yardım alınabilir; ancak bu durumda delilin değerlendirilebilmesi amacıyla bilirkişi incelemesine başvurmak lüzumu doğar¹⁸⁶. Bununla beraber, delillerin doğrudanlığı ilkesi, konuşma dışındaki etkinlik verilerinin bizzat mahkeme tarafından izlenmesini gerektirmektedir¹⁸⁷. Kanaatimizce, sadece diğer veriler değil, konuşmalar da -anlaşılmaz olmadığı sürece- doğrudan mahkeme tarafından dinlenip izlenmelidir.

CMK’nın ifade alma usulüne ilişkin hükümleri çerçevesinde, suç sona ermiş ve şüpheli ya da sanık fiziksel takip sürecinde suçunu kabul etmişse, bu kabulün sorgu ile çeliştiği durumlarda duruşmada ikrar mahiyetindeki tutanağın okunmaması gerekir¹⁸⁸.

Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller bakımından hukuk bir bütündür. Tedbirin uygulanması hukuka aykırıysa, bu yolla elde edilen delillerin, sadece ceza muhakemesi hukukunda değil; uygulamanın aksine, medeni usul hukuku, idari yargılama hukuku ve disiplin hukuku alanlarında da kullanılması hukuka aykırıdır¹⁸⁹. Ayrıca teknik araçlarla kayıt altına alınan sesin hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi teşhis amacıyla kullanılması da hukuka uygun sayılamaz¹⁹⁰.

Teknik araçlarla izleme tedbirini uygulayan görevlilerin tanık olarak dinlenmesinin büyük ölçüde gerekli olduğu söylenebilir¹⁹¹.

Teknik araçlarla izleme yoluyla elde edilen deliller, sadece Kanun’un ilgili kısmında sayılan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında

¹⁸⁵ Centel-Zafer, s. 505; “Dosyada mevcut CD çözüm tutanaklarının içeriğine göre ... tespit edilen sanığın eyleminin...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 8652/3617, 01.05.2007, Centel-Zafer, s. 505, 358 numaralı dipnot.

¹⁸⁶ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁷ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁸ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁹ Ünver-Hakeri, s. 480-481. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (22.01.2008, 8.MD-101/3), Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin (16.04.2006, 6/5), Danıştay 12. Dairesi’nin (22.01.2001, 3517/130; 27.11.2007, 3065/9534; 04.07.2008, 1444/4333) kararları bu açıdan eleştiriye açıktır. Ünver-Hakeri, s. 481, 344 ve 345 numaralı dipnotlar.

¹⁹⁰ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁹¹ Centel-Zafer, s. 505.

kullanılabilecektir (CMK m. 140/4). Tedbirle elde edilen deliller, kovuşturulan suçla alakası olmayan bir içeriğe sahip olabileceği¹⁹² gibi kovuşturma evresinde bunların kullanılması gerekli de bulunmayabilir. Bu durumda söz konusu delillerin Cumhuriyet savcısının nezaretinde bir an önce yok edilmesi gerekir (CMK m. 140/4). Gizli mahiyetteki bu tedbirle elde edilecek verilerin büyük ölçüde “kişisel veri” statüsünde olması¹⁹³, söz konusu hükümlerin gereğinin özenle yerine getirilmesini daha hassas bir uygulama sorunu haline getirmektedir. Ayrıca, delillerin her ne kadar “derhâl” yok edileceği belirtilse de bu konuda yasal düzenlemeyle, örneğin CMK m. 137/3’teki on günlük süre gibi belli bir süre öngörülmesi¹⁹⁴, delillere ne zaman gerekli olmadığına açıklığa kavuşturulması¹⁹⁵, delillerin yok edilmesi ve tedbirin uygulanmış olduğu konusunda tedbire maruz kalan kişinin bilgilendirilmesinin düzenlenmesi¹⁹⁶ isabetli olacaktır. Öte yandan, söz konusu delillerin ceza muhakemesi sürecinde gereksizliği sadece kovuşturma evresinde değil, soruşturma evresinde de anlaşılabilir olacak olup bu durumun tespitinde kovuşturmaya yer olmadığı kararının esas alınması gerekir¹⁹⁷.

B. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Arama, elkoyma ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin aksine (CMK m. 138), teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması esnasında, kapsamında tedbire başvuru soruşturma veya kovuşturmayla ilgisiz olmakla birlikte başka bir suçun işlendiği şüphesinin oluşmasına yol açacak mahiyette, tesadüfen ele geçirilen delillerin hukuki akıbetine ilişkin bir yasa hükmü yoktur. Bu konuda, halen yürürlükte olmayan, teknik araçlarla izlemenin de dahil olduğu bazı koruma tedbirlerine ilişkin uygulama yönetmeliğinin 22. maddesinde, tedbirin uygulanabileceği suçlara ilişkin delil elde edilmesi durumunda; bu delilin korunarak durumun Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirileceği düzenlenmekteydi¹⁹⁸.

Yargıtay’a göre bu konuda esas alınması gereken ayırım, hakkında tesadüfi delil bulunan suçun katalogda yer alıp almaması olup; Kanun’da tesadüfen elde edilen delillere ilişkin 138. maddenin koruma tedbirlerine ayrılan kısmın beşinci bölümünde, teknik araçlarla izlemenin ise altıncı bölümünde

¹⁹² Şahin-Göktürk, s. 402.

¹⁹³ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁹⁴ Özen, s. 586.

¹⁹⁵ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁹⁶ Özen, s. 586.

¹⁹⁷ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁹⁸ Bkz: Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm>, erişim tarihi: 04.12.2020.

düzenlendiği de gözetilirse; katalog dışında bir suçla ilişkin tesadüfi delilin CMK m. 140/4 uyarınca yargılamada kullanılması ve 138. maddenin m. 140'taki tedbir için uygulanması mümkün değildir¹⁹⁹.

Anayasa'nın 13. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesi dikkate alınır, bir temel hak ve hürriyeti sınırlama sonucunu yaratacak olan tesadüfen

¹⁹⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 10080/91, 10.01.2018, Yaşar, s. 1448-1449; "CMK'nın 140. maddesi gereğince, alınan teknik araçlarla izleme kararı sonucunda elde edilen delillerin yalnızca bu maddede sayılan katalog suçlar kapsamında yer alan suç bakımından delil olarak kullanılabilmesi, katalog suçlar dışında kalan bir suç bakımından ise elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının, maddenin 4. fıkrasının açık hükmü karşısında olanaklı olmadığı, Buna karşılık; CMK'nın 138. maddesi, Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitap Dördüncü Kısım Koruma Tedbirleri Beşinci Bölüm Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi başlığı altında, aynı Kanun'un 140. maddesi ise Kanunun Birinci Kitap Dördüncü Kısım Koruma Tedbirleri Altıncı Bölüm Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme başlığı altında düzenlendiğinden, "Tesadüfen elde edilen deliller" başlıklı CMK'nın 138. maddesi, "teknik araçlarla izleme"yi kapsamadığı gibi Kanunda teknik araçlarla izlemeye dair olarak 138. maddedeki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmediğinden, teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen delillerin soruşturma veya kovuşturma sırasında CMK'nın 217. maddesi kapsamında delil olarak kullanılmasının olanaklı olmadığı", Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/10080, K. 2018/91, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; "Aksine görüş ve uygulamalar olmakla birlikte öğretide genel kabul gördüğü üzere; CMK'nın tesadüfen elde edilen deliller başlıklı 138. maddesinin CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirini kapsamına almadığı ve dolayısıyla bu tedbir bakımından uygulanamayacağı, burada kıyasa da imkan bulunmadığı, zira kıyas yapılabilmesi için öncelikle yasada bilinçsizce bırakılan bir boşluğun varlığını kabulü gerektiği, yasa koyucunun iletişim denetlenmesi ve arama ve elkoyma tedbirleri için düzenleme yapıp, teknik araçlarla izleme tedbiri için düzenleme yapmayı unuttuğunu söylemenin yerinde ve doğru bir yorum tarzı olmayacağı, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in Danıştay 10. Dairesinin 24/12/2014 gün 2013/3791 esas ve 2014/8138 karar sayılı kararı ile iptal edilen teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen deliller başlıklı 22. maddesinde yer alan "Teknik araçlarla izleme sırasında yapılmakta olan soruşturmaya ilgisi olmayan ancak, 18 inci maddede belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi hâlinde; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirilir." şeklindeki düzenleme uyarınca teknik araçlarla izleme tedbiri sırasında ortaya çıkan ve soruşturma ile ilgisi olmayan suçla ilişkin delillerin kullanılabilmesi ileri sürülebilir ise de; anılan yönetmeliğin tedbirin uygulanabileceği suçlar başlıklı 18. maddesinde yer alan "Teknik araçlarla izleme tedbiri ancak Ceza Muhakemesi Kanununun 140 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilir." şeklindeki düzenleme uyarınca teknik takip sırasında ortaya çıkan ve soruşturma ile ilgisi olmayan ve CMK m. 140'taki katalog suçlardan biri olan suç ile ilgili şüphe uyandıran bir delil elde edilmesi halinde bu delil muhafaza edilip Cumhuriyet savcısına derhal bildirilmesi gerektiği.", Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2016/4931, K. 2018/1364, 01.03.2018, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

elde edilen delilin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi ancak kanunla düzenlenebilir²⁰⁰. CMK m. 140/4 hükmünde geçen “yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma” tabiri ne anlama gelir? Lafzen bakılırsa, elde edilen delillerin ancak katalogta yer alan diğer bir suçta kullanılabilmesi anlamı çıkarılsa da uygulamada CMK m. 138/2’nin kıyasen uygulanarak katalog dışındaki bir suçun “başlangıç soruşturmasında” kullanılabilmesi anlamı esas alınmaktadır²⁰¹. Fakat ceza muhakemesi hukukunda kıyasın, istisnai hükümlere dayalı birer kurum ve temel hak ve hürriyeti kısıtlayan birer işlem olan koruma tedbirlerinde uygulanması, keyfilige yol açabileceği için kabul edilemeyecektir²⁰². Ayrıca ceza muhakemesi hukukunda kıyasın ancak kanunda “bilinçsiz bir boşluk” olduğu takdirde yapılabileceği ve CMK m. 138’in üç ayrı tedbir için konuyu özellikle düzenlediği göz önünde bulundurulduğunda, teknik araçlarla izleme tedbiri için CMK m. 138’in, velev ki ikinci fıkrası bakımından, kıyasen uygulanabilmesi mümkün değildir²⁰³. Buna karşılık, Yargıtay’ın ceza muhakemesinde kıyas yasağının bulunmadığı gerekçesiyle, CMK m. 138’in kıyasen teknik araçlarla izleme tedbiri açısından uygulanabileceği yönünde kararları vardır²⁰⁴. Öte yandan, CMK m. 140/4’taki hüküm belirsiz ve geniş yorumlanmaya elverişlidir. Yeniden düzenlenmelidir.

Neticede, ortada ne açık bir yasa hükmü, ne de kıyasen uygulanması hukuka uygun olan bir yasa hükmü vardır. Yasa yoksa, temel hak ve hürriyetler kısıtlanamaz. Tesadüfen elde edilen delillerin durumu, doğrudan temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasıyla ilgilidir. Bu durumda, teknik araçlarla izleme tedbiri sırasında, ister bu tedbir kapsamındaki suçlara ilişkin, isterse diğer suçlara ilişkin tesadüfen elde edilen delillerin hiçbiri muhafaza altına alınmaz

²⁰⁰ Centel-Zafer, s. 509.

²⁰¹ Özen, s. 585. Kuşkusuz suçun niteliği de muhakeme sürecinde değişebilir. Bu durumda suçun yeni niteliği katalog dışında kalıyorsa ilgili deliller kullanılamaz. Tedbir kapsamındaki bir suçun yasa değişikliğiyle kapsam dışına çıkarılması halinde de aynı durum geçerlidir. Özen, s. 585.

²⁰² Ünver-Hakeri, s. 479-480. Buna karşılık Özen, çifte özellikli tedbirin delil elde etme özelliği ağırlıkta olduğu için kıyas yapılabileceği görüşüne yer vermektedir. Özen, s. 582.

²⁰³ Centel-Zafer, s. 509; Yenisey-Nuhoğlu, s. 490; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 517.

²⁰⁴ “Tesadüfen elde edilen delillerin düzenlendiği 5271 sayılı CMK’nın 138. maddesine göre ... Yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma sırasında, soruşturma veya kovuşturma konusu suç dışında bir suçun işlendiğini gösteren deliller tesadüfen elde edilen delillerdir. CMK’da arama, el koyma ve iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri için düzenlenmiş olan bu tip deliller, diğer (örneğin, teknik takip, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi) koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla da elde edilmiş olabilir. Böyle bir durumda Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas yasağı olmadığından, CMK’nın 138. maddesi hükmü kıyasen bu deliller hakkında da uygulanabilecektir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2223, K. 2016/2948, 31.03.2016, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 21.04.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021. Ayrıca, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2524, K. 2017/5338, 08.05.2017, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

ve soruşturma için kullanılamaz. CMK m. 140/4 uyarınca bu delillerin Cumhuriyet savcısının nezaretinde derhal yok edilmesi gerekmektedir.

XIII. KANUN YOLU

Teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin karar, esas itibarıyla bir hâkim kararıdır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilse de verilen bu karar hâkim onayına tabidir. Bu durumda, CMK m. 267'deki genel hüküm uyarınca bir hâkim kararı olan teknik araçlarla izleme tedbiri kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir²⁰⁵. Öte yandan belirtmek gerekir ki teknik araçlarla izleme tedbiri, yasada açıkça belirtilmese de mahiyeti itibarıyla gizli bir koruma tedbiridir. Bu tedbir gizli olarak uygulandığına göre şüpheli ya da sanığın bu tedbirin uygulanmasından haberdar olması mümkün olmayacağından bu tedbire karşı itiraz kanun yolunun fiilen kullanılabilmesi güçtür²⁰⁶.

Teknik araçlarla izlemeye kovuşturma evresinde başvurulması mahkeme kararıyla mümkündür. CMK m. 267'ye göre mahkeme kararlarına sadece kanunun gösterdiği hâllerde itiraz edilebilir. Bu hususta verilecek mahkeme kararına itiraz edilebileceğine dair bir yasa hükmü bulunmamaktadır²⁰⁷. Dolayısıyla, kovuşturma evresinde kural olarak teknik araçlarla izlemeye ilişkin mahkeme kararına itiraz yolu kapalıdır. Ancak tedbire re'sen karar verilmesi halinde itiraz edilebileceği belirtilmektedir²⁰⁸.

XIV. HUKUKA AYKIRI UYGULAMA NEDENİYLE TAZMİNAT

CMK m. 141 incelendiğinde, hukuka aykırı uygulama nedeniyle tazminat ödenmesinin öngörüldüğü koruma tedbirleri arasında teknik araçlarla izlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bilhassa gizli biçimde uygulandığı için özel hayatın gizliliği hakkını oldukça ileri düzeyde kısıtlayan bu tedbirle ilgili düzenleme olmaması göz ardı edilemeyecek bir yasal eksiklik olup bu hususun düzenlenmesi gerekmektedir²⁰⁹.

Öte yandan, Yargıtay'ın, CMK m. 141'de açıkça yer verilmediği halde tazminata konu olabileceğine hükmettiği bazı koruma tedbirleri ve durumlar²¹⁰

²⁰⁵ Özen, s. 586.

²⁰⁶ Özen, s. 586.

²⁰⁷ CMK m. 140/1'in 6526 sayılı Kanun'la değiştirilen versiyonunda yetkili merci olarak tasarlanan ağır ceza mahkemesinin kararına itiraz edilebileceği düzenlenmişti. Özen, s. 586.

²⁰⁸ Özen, s. 586.

²⁰⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 455.

²¹⁰ "...iddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan fişleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, ... CMK'nın 141/3. fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir.", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2015/13049, K. 2015/17584, 11.11.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

bulunmaktadır. Adli kontrol tedbirinin²¹¹ ve teknik araçlarla izleme, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi bazı tedbirlerin²¹², dolaylı olarak da olsa, tazminata konu edilebileceğine ilişkin bazı kararların varlığından bahsetmek mümkündür. Gerekçe olarak, Yargıtay'ın, örneğin, adli kontrol nedeniyle tazminat ödenebileceğine ilişkin bir kararında ölçülülük ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi ile CMK m. 141/3'ü dayanak olarak gösterdiği anlaşılmaktadır²¹³. Dolayısıyla, teknik araçlarla izlemenin CMK m. 141'de açıkça düzenlenmediği mevcut yasal durumda dahi, bu tedbirin hukuka aykırı olarak uygulanması halinde, özellikle CMK m. 141/3 hükmüne istinaden tazminat ödenmesi gerektiği söylenebilecektir.

²¹¹ "...tahliye olduktan sonra da haftada bir gün karakola başvurma ve yurtdışına çıkış yasağı şeklindeki adli kontrol uygulaması sürecinde davacının İngiltere'ye gidememesi dolayısıyla fiilen İngiltere'de bulunamaması nedeniyle davacının alamadığı maaş, kar payı ve benzeri gelir kaybı olup olmadığı ilgili kurumlar ile iş yerinden sorulup davacıya ait çalışma belgeleri, maaş bordroları ile geliri ve tutukluluk ve adli kontrol uygulaması süresine ilişkin olarak gelir kaybına dair tüm belgelerin temin edilip sonucuna göre ve gerektiğinde yeniden bilirkişi incelemesi de yaptırılarak davacının gelir kaybının tespit edilmesini gerektirdiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2016/12408, K. 2017/2139, 20.03.2017, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

²¹² "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasında; 1-Yakalama, 2-Tutuklama, 3-Arama, 4-El koyma, 5-Kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmama, 6-Yakalama veya tutuklama işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmama, Halleri sınırlı olarak tazminatı gerektiren nedenler olarak kabul edilmiş iken, adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinden doğabilecek zararlar tazminat ödenmesini gerektiren nedenler arasında öngörülmemiş, ancak; 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanununun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkra ile 1. fıkranın kapsamı genişletilerek yeni tazminat nedenleri kabul edilmiştir.", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2015/13049, K. 2015/17584, 11.11.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

²¹³ "adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirleri için tazminat ödenmesi kabul edilmemiştir. Bununla beraber, somut olayda hakkında 3 yıl 6 ay 18 gün süre ile uygulanan adli kontrol tedbirinden dolayı davacının (sanığın) maddi ve manevi olarak zarar gördüğü ve görmesi hayatın olağan akışına göre, tartışmasız ve aşıkardır. ... Bu kapsamda tazminat talebine konu edilen dava konusu somut olayda, davacı hakkında uygulanan adli kontrolün Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır. ... Tüm açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davacı hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri nedeniyle oluştuğu anlaşılan zararın CMK'nın 141/1. maddesi kapsamında açıkça lafzi olarak belirtilmediği, ancak 18.06.2014 tarih ve 6546 sayılı kanununun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkradaki "Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir" şeklindeki düzenleme nazara alındığında", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2014/13444, K.2015/2705, 16.02.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

SONUÇ

Çalışmada yapılan açıklamalar çerçevesinde, tedbire ilişkin aşağıdaki önerilerin göz önünde bulundurulması yararlı olacaktır.

CMK m. 138’de ya da m. 140’ta ek fıkra ihdas etmek suretiyle teknik araçlarla izlemeye özgü tesadüfen elde edilen deliller konusunda açık yasal düzenleme yapılmalıdır.

CMK m. 140/1’de “işyeri” ibaresi, “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan işyerleri” biçiminde değiştirilmelidir.

CMK m. 140/1’de sayılan suçlara, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun (silahsız örgütleri de kapsayacak şekilde) tamamı, zimmet, icbar suretiyle irtikap, edimin ifasına fesat karıştırma, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun nitelikli halleri ve çocuk pornografisi ile sınırlı olarak müstehcenlik gibi bazı suçların dahil edilmesi tartışılmalıdır. Tedbirin kapsamını genişletme yöntemi olarak, örneğin İtalyan Ceza Usul Kanunu’nun konuşmaların ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamını düzenleyen 266. maddesinin ilk fıkrasının a bendinde ya da Fransız Ceza Usul Kanunu’nun aynı hususu düzenleyen 100. maddesinde olduğu gibi; üst sınırı en az beş yıl (İtalya) ya da üç yıl (Fransa) hapis cezası gibi belli bir miktar cezayı gerektiren kasten işlenen suçları kapsama dahil etmek gibi öngörülen ceza miktarına göre bir kıstas da belirlenebilir. Kanaatimizce böyle bir değişiklik yapılacak ise üst sınır esas alınmak kaydıyla ceza sınırı en az beş yıl olmalıdır.

CMK m. 140/4’te “yukarıda sayılan suçlar” ibaresi, “hakkında tedbir uygulanan suç” biçiminde değiştirilmelidir.

CMK m. 141’de gerekli düzenleme yapılarak teknik araçlarla izlemenin yasal koşullara aykırı uygulanması durumunda tazminat hakkı tanınmalıdır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nda önleme amaçlı teknik araçlarla izlemeye ilişkin açık düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABANOZ Buket, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- AKYAZAN Ahmet Emrah, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, 2007, ss. 83-89.
- AKYÜREK Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- BACAUANU Andrei, “Technical Surveillance in the European Union Judicial System. Aspects of Comparative Law”, Acta Universitatis

- Danubius: Administratio, Vol 10, no. 1, 2018, ss. 70-84.
- CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
 - TBMM Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, 07.03.2003, 1/535, s. 55, <https://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.
 - TBMM Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/487), Dönem : 21 Yasama Yılı : 1, 07.07.1999, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss87m.htm>.
 - TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, Elektrik Mühendisleri Odası Yayını, 2009, https://www.emo.org.tr/ekler/3a7e12d707596c8_ek.pdf
 - DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
 - ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.
 - ERDOĞAN Yavuz, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK Madde 140), Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, ss. 2387-2402.
 - GÖKCEN Ahmet-BALCI Murat-ALŞAHİN M. Emin-ÇAKIR Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
 - GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, ss. 15-119.
 - HUKUKTÜRK Veri Tabanı, www.hukukturk.com.
 - KARARARA İctihat Arama Motoru, www.kararara.com.
 - KARTAL Adem, “Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, ss. 14-24.
 - LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net.
 - ÖNCÜ Zeynep, “Teknik Araçlarla İzleme Koruma Tedbiri”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 144, 2014, ss. 127-145.
 - ÖNOK Murat, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, ss. 49-87.
 - ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İctihatlı), Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
 - ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

- ÖZBEK Veli Özer, “Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri”, Juan Carlos Da Silva-Albrecht Stange-Veli Özer Özbek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/8-teknik-araclarla-izleme-ve-gizli-sorusturmaci-tedbirleri-egitim-modulu25-08-20204-37-pm.pdf>.
- ÖZEN Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- ÖZTÜRK Bahri-EKER KAZANCI Behiye-SOYER GÜLEÇ Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA GEZER Özge-SAYGILAR KIRIT Yasemin F.-ALAN AKCAN Esra-ÖZAYDIN Özdem-ERDEN TÜTÜNCÜ Efser-ALTINOK VILLEMİN Derya-TOK Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- SEZER Yasin-İPEK Ali İhsan-PARLAK Engin, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- SİNİERJİ Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.sinerjias.com.tr>.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- ŞAHİN Cumhur-GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- ŞEN Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.
- TAMÖZ Mehmet-KOCABEY Hüseyin, Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009.
- TAŞKIN Cankat, “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İctihatları Işığında İncelenmesi”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 84, Eylül 2008, ss. 33-49.
- TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

- TBMM Adalet Komisyonu, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65, 1.12.2004, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.
- UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime, New York: United Nations Publication, 2009, s. 2, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf.
- ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- YAŞAR Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.