

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

EMRE OĞUZ MERİÇ
2501160495

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS

İSTANBUL-2019

ÖZ

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

EMRE OĞUZ MERİÇ

Tesadüfen elde edilen delil kavramı, işlevi ve tesadüfen elde edilen delillerin hangi şartlarla ispat aracı olarak değerlendirilebileceği çalışmanın esasını oluşturmaktadır.

Üç bölümden meydana gelen çalışmada sırasıyla, delil ve tesadüfen elde edilen delil kavramları ve delillerin ispat gücü, tesadüfen elde edilen delillerin görünümleri ile kullanılabilirlikleri üzerinde durulmuştur. Çalışmanın genelinde doktrindeki tartışmalar içtihatlarla desteklenmiş, sorunlara daha kapsamlı çözümler bulmak adına karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Delil, ispat, tesadüf, tesadüfen elde edilen delil

ABSTRACT

EVIDENCE OBTAINED INCIDENTALLY

EMRE OĞUZ MERİÇ

The concept of evidence obtained incidentally, its function and the conditions under which the evidence obtained incidentally can be considered as proof is the basis of the study.

In the study, which consists of three parts, the concepts of evidence and evidence obtained incidentally and the power of proof of evidence, appearance and usability of the evidence obtained incidentally are emphasized respectively. The discussions in the doctrine were supported by jurisprudence and comparative law was used to find more comprehensive solutions to the problems.

Keywords: Evidence, proof, accident, incident, haphazard, by chance, inadvertent, inadvertently, evidence obtained incidentally

ÖNSÖZ

Çalışmanın esasını, tesadüfen elde edilen delil kavramı, tesadüfi delillerin ispat değeri ile kullanılabilirlikleri oluşturmaktadır. Çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yüksek lisans eğitimi kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve sunulacaktır.

Tesadüfen elde edilen delil kavramı kanun koyucu tarafından sadece ceza muhakemesinde tatbik edilebilen bazı koruma tedbirleri bakımından öngörülmüştür. Temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan diğer yöntemler bakımından düzenleme bulunmaması; kanunda yer alan düzenlemenin, tesadüfen elde edilen delillerden nasıl yararlanılabileceğini ve delillerin kullanılabileceği durumları açıkça ifade etmemesi, doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşlerin ve içtihatların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Çalışmada mevzuattan, doktrindeki ve içtihatlardaki tanımlamalardan ve çıkarımlardan yararlanılarak tesadüfen elde edilen delil kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılmış, tesadüfen elde edilen delillerden hangi şartlarla nasıl yararlanılabileceği üzerinde durulmuştur. Böylece çalışma konusu kavram hakkında ortaya çıkan sorunlara çözümler üretilmeye çalışılmıştır.

Tez hazırlama sürecinde karşılaştığım birçok sorunu aşmama ve sağlıklı çözümler üretmemeye yardımcı olan, konunun kapsamının belirlenmesi ve yol haritasının oluşturulmasında eleştirilerini ve kılavuzluk eden fikirlerini esirgemeyen değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a; akademik anlamda her zaman desteklerini gördüğüm, birikimlerinden ve tecrübelerinden çokça yararlandığım kıymetli hocalarım Doç Dr. Murat Balcı ile Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Aydın'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Ayrıca her zaman yanımda olan, birçok noktada yükümü hafifleten, fikirleriyle, yardımlarıyla süreci kolaylaştıran dostlarım Arş. Gör. Ömer Özmen Baştürk ve Arş. Gör. Muhammet Bilal Akyüz'e, tez konusunu belirlememde ve konuyla ilgili sorunlarımda yardımcı olan Öğr. Gör. Buket Abanoz'a, eksilmeyen enerjisi ve teşvikiyle katkıda bulunan Arş. Gör. Süleyman Yasir Zorlu'ya ve desteklerini sunan diğer tüm dostlarıma çok teşekkür ederim.

Son olarak tüm sürecin stresini benimle birlikte omuzlayan, desteğini bir an azaltmayan, sürece dair isteğimi, inancımı, gücümü her zaman tazeleyen eşim Selin Meriç'e, ömrüm boyunca yanımda olan, hayatta temel başvuru kaynaklarım sevgili anne ve babam, Melek Acar ve Can Meriç'e ve tüm aileme yürekten teşekkür ederim.

Emre Oğuz MERİÇ

ÖZ	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DELİL, DELİL YASAKLARI, TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL VE DELİLLERİN İSPAT DEĞERİ

I. DELİL KAVRAMI	3
A. Delillerin Özellikleri	5
1. Akla Uygun Olması	7
2. Olayı Yansıtmaması	7
3. İspat Edici Olması	8
4. Kanuna Aykırı Olmaması	9
B. Delil Ve Delilleri Değerlendirme Sistemleri	10
1. Akıldışı Delil Sistemi	11
2. Kanuni Delil Sistemi	11
3. Vicdani Delil Sistemi	12
4. Bilimsel Delil Sistemi	14
C. Delillerin Elde Edilmesi	15

D. Delillerin Değerlendirilmesinde İlkeler	16
1. Vasıtasızlık.....	17
2. Serbestlik.....	18
3. Müstereklik	19
E. Delil Yasakları	20
II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL KAVRAMI	25
A. Kavramın Amacı	31
B. Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 138'in Niteliği	33
III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT DEĞERİ	39
A. İspat Kavramı	40
B. İspat Gücü Bakımından Delil Türleri	41
1. Doğrudan Doğruya Delil.....	44
2. Belirti	44
a. Ses Ve Görüntü Kayıtlarının Delil Olarak Değeri	47
b. Belirtilerle İspat.....	50
C. Tesadüfen Elde Edilen Delillerle İspat	51

İKİNCİ BÖLÜM

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE VE ÖNCESİNDE GÖRÜNÜMÜ

I. İDARİ TEDBİRLER KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER	55
A. Önleme Araması Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller	57

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller.....	60
II. KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER.....	65
A. Arama Ve Elkoyma.....	65
1. Tedbirler Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller	70
2. Çıplak Gözle Görülebilir Olma Doktrini (“Plain View Doctrine”)	75
B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller	82
C. Kavramın Düzenlenmediği Gizli Soruşturma Tedbirleri Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ, MUHAFAZASI VE DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

I. İDARİ TEDBİRLER KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ.....	91
A. Önleme Araması Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği.....	91
B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği.....	93
1. Genel Olarak	93
2. Tesadüfen Elde Edilen Bilgiler	100
C. Diğer İdari Faaliyetler Ve Tedbirler Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği.....	104

**II. KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN
DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ 104**

**A. Adli Arama Ve Elkoyma Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin
Kullanılabilirliği 104**

**B. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama Ve
Elkoyma Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği . 107**

**C. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Kapsamında
Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği 109**

1. Katalog Suçlarla İlgili Deliller 110
 - a. Üçüncü Kişiler Hakkında Elde Edilen Deliller 112
 - b. Hakkında Tedbir Uygulanan Şüpheli Veya Sanık Hakkında Elde Edilen
Deliller..... 118
 - c. İştirak Halinde İşlenen Suçlara İlişkin Elde Edilen Deliller 120
 - d. Değerlendirme..... 125
2. Katalog Suçlarla İlgili Olmayan Deliller 128
3. Bağlantılı Suçlar Hakkında Elde Edilen Deliller 134
4. Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlarla İlgili Elde Edilen Deliller 138
5. Elde Edilen Delillerin İlgili Olduğu Suç Vasfının Değişmesi 142
6. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilerle Yapılan İletişimin Denetlenmesi
Sırasında Elde Edilen Deliller 146
7. Katalog Suç Öngörmeyen Yöntemlerle Elde Edilen Deliller 152
8. Ceza Muhakemesi Kanununa Atıf Yapan Kanunlar Kapsamında Tedbirin
İcrasında Elde Edilen Deliller 153
9. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Muhafazası 155

**D. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen
Delillerin Kullanılabilirliği 160**

**E. Teknik Araçlarla İzleme Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin
Kullanılabilirliği 163**

III. DAVA ŞARTI BULUNAN HALLERDE TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAFAZASI VE KULLANILABİLİRLİĞİ	166
IV. TAZMİNAT SORUMLULUĞU	168
V. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILABİLİRLİĞİ	172
SONUÇ.....	182
KAYNAKÇA	189

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	:	Bakınız
bs.	:	Baskı
CD.	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	:	Çeviren
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:	Esas
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	Madde
s.	:	Sayfa
StPO	:	Strafprozessordnung
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
vd.	:	ve devamı
v.d.	:	ve diğerleri
YÜHFD	:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Tesadüfen elde edilen delil kavramı mevzuata 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 138. maddesi ile girmiştir. İsmen öngörülmeden önce içerik olarak mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da yer alan kavramın kaynağı ise mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunudur (StPO).

Arama, elkoyma veya telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tatbiki sırasında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak farklı bir suçun işlendiği şüphesini doğuran deliller hakkında nasıl bir yol izleneceğine dair hüküm öngörmekte olan m. 138; çalışma konusu kavramı ceza muhakemesi ile ilgisizliği üzerinden tanımlamaktadır.

Her biri temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri, Anayasa ve kanunen belirlenmiş şartlara uygun olarak, hakim veya yetkili mercii tarafından verilmiş karar çerçevesinde tatbik edilir. Tesadüfen elde edilen deliller ise, hem soruşturma veya kovuşturmada hem de uygulanmakta olan tedbir kararında belirlenen sınırların dışında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada başta amaca bağlılık ilkesi temel alınarak yapılabilecek yorumlarda, tesadüfi olarak elde edilen delillerin hukuka uygunlukları, hukuka uygun kabul edilmeleri halinde ise nasıl değerlendirilebilecekleri hakkında farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, katalog suçlar olarak adlandırılan ve kanunen sayılan belirli suçlara yönelik tatbik edilebilir olmasını temel alarak; tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesinde de katalog suçlara atıf yapan kanun koyucu, katalog dışı suçlara dair ele geçirilen deliller hakkında nasıl hareket edileceğini belirlememiştir. Ceza Muhakemesi Kanununda tanımlanan ve katalog suç öngören diğer koruma tedbirleri açısından da tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kavram ve izlenecek yol, kanunen kısmen belirlenmesine rağmen, birçok soru cevaplanmamıştır.

Her ne kadar düzenleme sadece belirli koruma tedbirleri sırasında elde edilen deliller hakkında olsa da, ceza muhakemesinde herhangi bir delil elde etme yöntemi sırasında muhakemeyle ilgili olmayan bir delile ulaşılması mümkündür. Ayrıca

arama veya telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, suç şüphesi öncesinde koruma tedbiri olarak değil ancak önleyici tedbir olarak uygulanabilmekte ve tedbirin uygulanma amacından bağımsız olarak delil elde edilebilmektedir. Anlaşılacağı üzere bir delilin tesadüfi olarak elde edilmesi, kanunen öngörülen kapsamın sınırlarını aşan bir görünüm kazanabilmektedir. Bu sebeple tesadüfen elde edilen delil kavramının tanımı, sınırları ve işlevinin öncelikle belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde delil kavramı, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi ile delil yasakları üzerinde durulmuş, sonrasında ise tesadüfen elde edilen delil kavramı açıklanmıştır. Kanuni düzenleme, doktrindeki ve Yargıtay içtihatlarındaki çıkarımlara değinilerek kavramın gerekliliği ve işlevi ortaya konmuştur. Son olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin ispat gücü üzerine ortaya çıkan farklı yorumlar dikkate alınarak, delillerin ispat gücü ve tesadüfen elde edilen delillerle ispat meselesi irdelenmiştir.

İkinci bölümde muhakeme öncesi ve muhakeme sırasında uygulanan yöntemler ve tedbirler sırasında hangi delillerin tesadüfi kabul edilebileceği bahsine yer ayrılmıştır. Genel bir çerçeve çizilmesine rağmen, özellikle kanun koyucunun esas aldığı arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri üzerinde durulmuş, tedbirlerin amacı ve kapsamı ortaya konarak tesadüfen elde edilen delil kavramının daha iyi anlaşılması amaçlanmıştır.

Üçüncü bölümde ise elde edilen tesadüfi delillerin hangi şartlarla nasıl değerlendirilebilecekleri, doktrin ve Yargıtay içtihatlarındaki tüm farklı çıkarımlara değinilerek açıklanmıştır. Herhangi bir kanuni düzenleme olmamasına rağmen sıklıkla Danıştay kararlarına konu olması sebebiyle, tesadüfen elde edilen delillerin, disiplin soruşturmadaki değeri de incelenmiş ve nihayet koruma tedbirleri sebebiyle tazminat sorumluluğu bahsi üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

DELİL, DELİL YASAKLARI, TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL VE DELİLLERİN İSPAT DEĞERİ

I. DELİL KAVRAMI

Delil, ceza muhakemesinde yargılama makamları tarafından maddi gerçeğe ulaşmak için kullanılan vasıtalarlardır. Hakim maddi gerçeği arar ve geçmişte ortaya çıkmış bir olayı yansıtacak tüm vasıtaları, başka bir deyişle delilleri değerlendirerek hedefine ulaşmaya çalışır¹.

Maddi gerçeğe ulaşma elbette vukuu bulmuş bir olayı ortaya çıkarma, onu sabit gösterme, ceza muhakemesinde kabul edilmiş deyişle ispat etmedir. Bu nedendir ki deliller aynı zamanda ispat vasıtası veya sübut vasıtası olarak adlandırılır².

Ceza Muhakemesi Kanununa göre muhakemenin ilk evresi soruşturma, suçun işlendiğine yönelik basit bir şüphe oluşturan halin yetkili makamlarca öğrenilmesi ile başlar. Gerek soruşturma gerek kovuşturma evresinde, basit şüpheyile birlikte makul şüphe, kuvvetli şüphe, yeterli şüphe gibi, çeşitli derecelerle muhakemede yol alınır. Hüküm verecek olan makamsa, yargılama sonunda delilleri kullanarak şüpheden kurtulacak ve böylece, olayın nasıl gerçekleştiği hususunda kendi aklında kurguladığını belirleyerek³, mahkumiyet kararı verecek⁴; aksi halde sanık beraat edecektir⁵. Tarafların üzerinde anlaştıkları bir hususta hatta sanığın ikrarı halinde

¹ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Cilt I, 4. bs., İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s. 706-707, Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 232, Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s. 207

² Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981, s. 457

³ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 457

⁴ Yargılama makamının mahkumiyet hükmü delile dayanmalıdır; zira suç oluşturan bir olayın ispatı ancak delille olur. Bu husus “delilsiz mahkumiyet olmaz” kuralıyla vurgulanmıştır. Zeki Hafizoğulları, “Hukuka Aykırı Suretle Elde Edilen Deliller Meselesi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, (Yargı Reformu Özel Sayısı), Sayı: 10, 1996, s. 638, Benzer yönde “suçluluk sabit olmazsa, mahkumiyet olmaz” kuralından bahsedilmiştir. Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 69

⁵ Sanık aleyhindeki iddia hakkında, yargılama makamının şüpheden arınmaması halinde, başka bir deyişle suçlamanın ispat edilememesi durumunda, sanığın mahkum edilemeyeceğini öngören “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereğince beraat kararı verilmelidir. Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak**

dahi, şüphe varsa bunun giderilmesi için delil araştırması ve değerlendirmesi yapılacaktır⁶. Bununla birlikte iddia olunan mesele hakkında yargılama makamının zihninde oluşan şüpheden kurtulma aracı delil, şüphe ihtiva etmeyen durumlarda amaçsız kalacak, kullanılmayacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Kanunu ile ortaya konan sisteme göre, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da, delilleri esas alarak iddianamesine yön verecektir. Böylece her ne kadar hüküm verme yetkisi ile donatılmamışsa da, muhakemeyi sonlandırma gücü de olan savcı, lehe ve aleyhe delilleri topladığı gibi onları değerlendirecek ve olayla ilgisini kurarak yeteli şüpheyi ortaya koyan iddianameyi hazırlayacaktır⁷.

Muhakemede şüpheyi ortadan kaldırma ve gerçeğe ulaşma vasıtası olan delil, delilin değerlendirilmesi araçlarından farklıdır. Örneğin bir mermi çekirdeği, olayın nasıl meydana geldiğini ortaya koyabilecek bir nesne olarak delildir. Bununla birlikte onun hangi silahtan ateşlendiğini belirlemek için inceleme yapan bilirkişinin, makamlara sunduğu rapor delil değil, delil değerlendirme vasıtasıdır⁸. Ceza

Kanıtlar), Ankara, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 4, Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, maddi olaya ve sanığın fiiline ilişkin tespitlerde şüphe varsa uygulama alanı bulur; yoksa maddi gerçeğe ilgisi olmayan hukuki değerlendirmelerde söz konusu değildir. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 70, 71, “Sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli ve aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak hüküm tesis edilemez. Ceza mahkûmiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat teorikte olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir ihtimale değil, kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur.” Yargıtay CGK, 2005/1-90 E., 2005/112 K, 11.10.2005 (azınlık görüşünden alıntı) (www.lexpera.com.tr)

⁶ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2018 s. 61, Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 66, “Ancak, vicdani kanıt sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, dosyada varlığını koruyan diğer tüm kanıtlar gibi yargıç tarafından serbesçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekecektir. Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.” Yargıtay CGK 2009/7-160 E., 2009/264 K., 17.11.2009 (www.lexpera.com.tr)

⁷ Doktrinde bu husus Koca tarafından; “delilsiz kamu davası açılmaz” kuralıyla zikredilmiştir. Koca, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**”, s 207

⁸ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 457, Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 119, Tosun da bilirkişinin, inceleme konusu yaptığı delili, bir ispat vasıtası olarak kullanması

Muhakemesi Kanununda bilirkişilik kurumunu düzenleyen 62 ve devamı maddelerinin taslak gerekçelerinde de, bilirkişilerin sadece bir saptama değil değerlendirme yapacağı zikredildiği gibi⁹; inceleme sonucu elde edilenlerin de delil olduğu söylenmiştir¹⁰. Kısacası kanun koyucu, bilirkişiyi hem delil değerlendirme hem de delil elde etme vasıtası olarak görmektedir¹¹.

Delil kaynaklarının, delillerden sayılmaması gerektiği de vurgulanmıştır. Böylece tanık beyanları delil olmasına rağmen, tanıklık yapan şahıslar birer delil kaynağıdır¹².

A. Delillerin Özellikleri

Medeni muhakemede kabul edilen şekli gerçeğe ulaşmanın yetersiz olduğu ceza muhakemesinde hakim, maddi gerçeği elde etmek adına tüm delillere temas ederek kanaatini ortaya koyabilmelidir. Bununla birlikte aslında hem kavramın oluşabilmesi hem de gerçeğe uygun bir hüküm verilmesi, delil olarak nitelendirilen şeylerin belirli özellikleri ihtiva etmesine bağlıdır. Ancak böylece hakikate olabildiğince yaklaşılabilir, vakıa hakim nezdinde tespit edilebilecektir. Maddi gerçeğe ulaşmak için yararlanılan delillerin taşıması gereken özellikler alt başlıklarda incelenmiştir¹³.

Delilde bulunması gereken özellikleri dört başlık altında incelememize rağmen doktrinde ortaya konan diğer özellikler üzerinde kısaca durmak gerekirse; ilk olarak yargılama bakımından önemli olmayan, başka bir deyişle faydasız olan delillerin kabul olunmayacağını belirtilmiştir. Görüş, önemliliği, delilde bulunması gereken bir özellik olarak zikretmiştir. Bir iddianın kendisi veya aksi ispat edilmiş ve

bakımından hakime benzetir. Onun görüşü delil değil bir delil değerlendirmesidir ve hakimin yardımcısı konumdadır. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 787

⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 64 taslak gerekçesi

¹⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 62 taslak gerekçesi

¹¹ Doktrinde de benzer yönde görüşte olan Öztürk v.d. göre, delil elde etme aracı olan bilirkişi açısından da delil yasakları uygulama alanı bulur. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 392

¹² Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 458

¹³ Yenisey delilin iki temel özelliğinden bahseder. Bunlar olayı temsil ve esasa etkili değildir. Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 6

mahkemece bu hususta şüphe ortadan kalkmış ise, sabitliği ortaya koyan diğer delillerin faydasız olduğunu ortaya koymuştur¹⁴.

Doktrinde delillerin taşınması gereken özelliklere bir de ulaşılabilir olma eklenmiş, örnek olarak ölmüş bir şahsın tanık olarak dinlenememesi gösterilmiştir¹⁵.

Bir diğer görüş ise müşterekliği, başka bir deyişle yargılamada taraflarca tartışılmış olmayı, delilde bulunması gereken bir özellik olarak ortaya koymuştur¹⁶.

Son olarak alt başlıklardan birinde değinilen kanuna aykırı olma aslında doğal olarak delilin vasfını ortadan kaldıran bir durum değildir¹⁷. Örneğin delil elde etme yöntemlerinden olan arama koruma tedbiri kapalı alanlarda uygulanırken, kanunen arama sırasında bulunması gereken iki işlem tanığı yokluğunda elde edilen deliller kanuna aykırıdır. Bununla birlikte bunlar delillerde bulunması gereken diğer tüm özellikleri taşıyabilir. Ancak Anayasa m. 38 uyarınca kanuna aykırı elde edilmiş bulgulara delil değeri atfedilmemiştir. Bu sebeple kanuna aykırı olmamayı ceza muhakememiz bakımından delilde olması gereken özelliklerden biri olarak kabul ediyoruz.

¹⁴ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 712, Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 213, Ceza Muhakemesi Kanununda m. 206 ile de bu görüşe paralel hükümler ihdas edilmiş, ispat ettiği olayın kararla ilgisiz olması veya yargılamayı uzatmak amaçlı ileri sürülmesi halinde delilin reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte bahsedilen türde bir delil, her ne kadar faydasız olsa da, muhakeme konusu suça ilişkin olay bakımından delil vasfını taşımaya devam etmektedir. Sırf hakim tarafından reddedilebildiği için, delil olmadığı söylenemeyecektir ki bahsi geçen ret sebeplerinin tespiti hakimın taktirindedir. Bu nedenle, önemliliğin delilde bulunması gereken bir özellik olarak görmemekteyiz; daha iyi bir ifade ile önemli olmasa da ceza muhakemesi bakımından delil niteliğinde bulunabilir, ancak önemsizlik onun reddedilmesine sebebiyet verebilir.

¹⁵ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 235, Ulaşılabilir olmayan bir vasıtanın, delilde bulunması gereken özellikleri taşıyıp taşımadığı belirlenemez. Örnekten yola çıkılırsa ölmüş bir şahsın açıklamalarının, olayı yansıtır nitelikte olacağını kesinlikle söyleyebilmek mümkün değildir. Delilin taşınması gereken tüm özellikleri taşıdığı bir şekilde belirlenebildiği zaman ise bir delil vardır ancak ulaşılmazdır. Yoksa ulaşılmazlık onun delil vasfını etkileyecek bir özellik değildir. Bir aracın delil olması ile onun ceza muhakemesinde kullanılabilmesi farklı gerçeklerdir. Benzer yönde çıkarımlar için bkz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 562

¹⁶ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 462, Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 214, Kanımızca taraflarca fikir beyan edilme, tartışılma delilin vasfı ile ilgili değil onun kullanılabilirliği ile ilgilidir. Tartışılmamış olan da pekala bir delildir, zira taşınması gereken asgari özellikleri bünyesinde barındırır, ancak kanunen hükme esas alınması mümkün değildir. Bu sebeple müşterekliği delillerin değerlendirilmesinde ilkeler başlığı altında incelemeyi uygun bulduk.

¹⁷ Öztürk v.d., hukuka uygun olmayan delillerin, teknik olarak delil olmayacağını savunmuşlardır. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 293

1. Akla Uygun Olması

Hüküm oluşturulurken; sanığın aleyhine karar verilecekse, şüpheden arı bir şekilde hakikatin ispat edildiği ortaya konulmalıdır¹⁸. İncelenen deliller belirli bir mantık zinciri içerisinde değerlendirilerek sonuca ulaşılabilecektir. Bu noktada değerlendirilmesi kadar deliller de akla uygun, bilimsel açıdan kabul edilebilir olmalıdır. Örneğin suç mahallinde, gökyüzünde meydana gelen bir şeklin veya tanığın rüyasında gördüğü bir imgenin, doğaüstü, fizikötesi kavramlara atıf yapılarak delil olarak kabulü ve anılan bilgilerle hüküm kurulması mümkün olmamalıdır.

Doktrinde delillerin taşınması gereken özelliklerden biri olarak, beş duyu organıyla algılanabilme ve maddi olarak var olma gösterilmiştir¹⁹. Açıkçası maddi olarak var olmayan veya duyu organlarıyla algılanamayan bir delil türü, zaten akla uygun olmayacak, onun varlığı fizikötesi olarak ortaya konabilecektir. Böyle bir araç da, ceza muhakemesi bakımından delil niteliği taşımaz.

Medeni muhakemede yemin, kesin deliller arasında yerini almışken, ceza muhakemesinde tanıkların dinlenmesi sırasında kullanılan bir yöntemdir. Bu noktada akla uygun olmadığı için yeminin delil olamayacağı söylenebilirse de²⁰, bizim de katıldığımız aksi düşünceye göre yemin, sadece tanıktan doğru bilgiyi söküp almak için kullanılan yöntemlerden bir tanesidir²¹. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu m. 55 uyarınca, namusu ve şerefi üzerine yemin eden tanık, bu vasıflarına önem verdiği için doğrudan ayrılmakta zorluk çekebilecektir. Değerleri - şeref, namus gibi - veya inançları yemin konusu yapıldığından, tanığın hakikatten ayrılmasını engelleme gücü de dikkate alınarak akla aykırı bir yöntem olduğu da tartışılabilir hale gelecektir.

2. Olayı Yansıtması

Delil, muhakeme konusu suçu oluşturan olayın nasıl meydana geldiğini yansıtabilecek nitelikte olmalıdır. Delil akla uygun olabilir, başka herhangi bir

¹⁸ Elbette, lehine, örneğin beraat hükmü kurulduğunda da, hakimin şüphesi kalmamış olabilir. Keza sanığın, suçu meydana getiren olayların yaşandığı anlarda başka bir yerde olduğunun ispat edilmesi (alibi) halinde durum budur.

¹⁹ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 235, Beyan, belge ve belirti olarak delilleri tasnif eden Koca'ya göre, her biri bu özelliği taşımaktadır. Koca, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**", s 213

²⁰ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 461

²¹ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 714, 716

hakikati ortaya çıkarma yetisine sahip olabilir; bununla birlikte yargılanan suç ve olayla ilgisi olmadığında, artık bir delilden de bahsedilemez. Bu durum kanun koyucu tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu m. 206/2-b ile de ortaya konmuştur. Böylece, hükme etkisi olmayan bir olayı ispat eden delil, mahkemece reddedilecektir; böyle bir delilin yargılama konusu gerçeğin açığa çıkmasında herhangi bir vasfı yoktur²². Hatta CMK m. 170/4 ile soruşturma evresinde dahi Cumhuriyet savcısının, iddia konusu olayla ilgili delilleri toplaması istenmiş, iddianamesinde de bu ilişkiyi ortaya koyması beklenmiştir.

Bir olayı ispat vasıtası olarak kullanılan delil bakımından dikkat edilmesi gereken; olayın, muhakeme edilen suça ilişkin olmasıdır; delil suçla alakasız bir olayı ispat eder nitelikte olsa da ceza muhakemesi bakımından delil vasfını taşımayacaktır. Bu bakımdan sanığın kişiliğinin belirlenmesine ilişkin tanık beyanlarının, olayı yansıtmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır²³.

Olayı yansıtan delilin tespit edilmesinde nazara alınacak hususlardan biri, diğer delillerle uyumunun belirlenmesidir. Tüm deliller tek bir noktayı veya doğrultuyu işaret ederken, aralarından bir tanesinin ortaya çıkan resimle bağdaşmaması halinde olayı yansıtmama kuvveti olmadığı kabul edilebilir²⁴. Bu husus aynı zamanda delilin sağlam ve güvenilir olması ile ilgilidir. Sağlam ve güvenilir olup olmadığı hakim tarafından belirlenecek²⁵, belirlendiği ölçüde olayı yansıtabilirliği ortaya konacaktır. Delilin sağlamlığı hakim tarafından değerlendirildiğinde ise, yalan tanıklık veya ses ve görüntü kayıtlarının sonradan değiştirilmesi gibi bazı hallerde delil, olayı yansıtamaz hale gelebilir. Gerçeği yansıtmama gücü hiç kalmadığı bu hallerde delilin varlığından bahsedilemeyecektir.

3. İspat Edici Olması

Delil kavramı açıklanırken de üzerinde durulduğu gibi, delilin ispat edici bir araç olması gerekmektedir. Bu noktada ispat yeteneğini haiz olmayan bir nesnenin veya herhangi bir vasıtanın delil niteliğinde kabul edilmesi ve dikkate alınması da

²² Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 712

²³ Metin Feyzioğlu, “Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 2000, s. 39

²⁴ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 473

²⁵ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 235

mümkün olmaz. Örneğin kasten öldürme suçundan yapılan yargılamada, olayın cinayet değil de intihar olduğuna yönelik kanaate ulaşmada, boş kağıtlar, intihar mektubu yazacaktı önermesi ile kullanılamaz. Zira içerik olarak önermeyi ispat edici nitelikte değildir.

İspat edici olma, hakimde, şüpheli görünen olay hakkında kanaat oluşturma gücüyle de açıklanabilmektedir. Hakimin bir olayı ispat edemediği aynı zamanda onun olayın gerçekte nasıl meydana geldiğine dair bir kanaate varması halidir. Bu nedenle yargılama konusu olay hakkında kanaat oluşturma özelliğinden yoksun olan araçlar da delil olarak değerlendirilemez²⁶.

4. Kanuna Aykırı Olmaması

Anayasa kanuna aykırı elde edilenleri, delil olarak kabul etmemiştir (m. 38/6)²⁷. Ceza Muhakemesi Kanunu, Anayasaya uygun olarak hukuka uygun olmayan delillerin ispat aracı olamayacağını ortaya koyduğu gibi (m. 217/2), kanuna aykırı delilin mahkemece reddedilmesi gerektiği hükmünü de getirmiştir (m. 206/2-a). Ayrıca hukuka aykırı delile dayanarak hüküm verilmesi hukuka kesin aykırılık hallerinden biri kabul edilerek, mutlak bozma sebebi sayılmıştır (m. 289/1-i).

Fark edileceği gibi Ceza Muhakemesi Kanunu, kanuna aykırılığı zikrettiği gibi hukuka aykırılıktan da bahsetmiştir. Anayasa da kanuna aykırılığı delil niteliğini ortadan kaldıran bir durum olarak öngörmüştür. Öne çıkan bu kavram kargaşasına getirilen yorumlarda; hukuka aykırılık ile kanuna aykırılık kavramlarının farklı yorumlanması gerektiğini öne süren görüşe göre, hukuka aykırılıktan kasıt hakları ihlal etmektir. Kıta Avrupası sistemini benimseyen ceza muhakememizde esas alınması gereken kanuna uygunluk değil hukuka uygunluktur²⁸. Nitekim her kanuni düzenlemenin de hukuka uygun olduğundan bahsedilemez²⁹. Hukuka aykırılık, bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklere aykırılıktır. Netice itibarıyla, temel hak

²⁶ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 68

²⁷ Kanuna aykırılığın tespitinde, şekli anlamda kanundan başka, kanun hükmünde kararnameler, yönetmelikler, Anayasa maddeleri, onaylanmış uluslararası sözleşmeler de dikkate alınmalıdır. Doğan Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, **AÜEHFD**, Cilt: 7, Sayı: 3-4, Aralık 2003, s. 12, Kapsama, tüzükler, içtihadı birleştirme kararları, teamül hukuk ile hukukun genel ilkeleri de alınmıştır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 607

²⁸ Soyaslan, Anayasa’da yer alan kanuna aykırılık kavramını, hukuka aykırılık olarak kabul etmek mümkündür. Soyaslan, “**Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 13

²⁹ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 620

ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olmayan kanuna aykırılıklar ile elde edilen delillerin hükme esas alınabilmesi gerekir³⁰.

Diğer görüşe göre ise Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile öngörülmuş olan hükümlerden anlaşılması gereken pozitif hukuktur. Zira delil sistemleri başlığı altında da anlatılan ve şu anda Ceza Muhakememizde kabul edilen vicdani delil sistemi uyarınca, kurallar ve yasaklar kanunla öngörülmediği sürece her delil ispat vasıtası olabilecektir. Anayasa hükmünün üstünlüğünün kabulü ile de kanuna aykırı elde edilenlerin delil olmayacağı söylenmiştir³¹. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 288 ile yapılan hukuka aykırılık tanımından yola çıkan benzer yöndeki bir başka görüş ise, kanun hükümlerini birer hukuk kuralı olarak kabul etmekte ve onlara aykırılık halinde hukuka aykırılığın da mevzu bahis olacağını savunmaktadır. Kanuna aykırı olan her fiil ve işlem hukuka da aykırı olacak, bu şekilde elde edilen deliller ise delil vasfını haiz olamayacaklardır. Sonuç olarak temel hak ve özgürlüklere müdahale içermese de kanuna aykırılık, hukuka aykırılık olacaktır³².

B. Delil Ve Delilleri Değerlendirme Sistemleri

Tarih boyunca yapılan yargılamalarda gerek akılcı gerek akıldışı sayılabilecek birçok yöntem kullanılarak gerçeğe ulaşıldığı iddiasında bulunulmuştur. Zira gerçek yaşanmış ve bitmiştir, hüküm veren ise sadece gerçeğin nasıl olduğuna dair kendi çıkarımını ortaya koyabilir. Başka bir deyişle deliller, kesinlikle gerçeğe ulaştırmaz, ancak gerçeğe ulaşıldığı noktadaki kanaat şüpheden arınmıştır, kesindir³³. Bu kesinliğe ulaşmada kullanılan yöntemler ve araçlar ortak özellikleri sebebiyle çeşitli başlıklarda toplanmışlardır³⁴.

Tatbik edilen çeşitli yöntemler, hem kullanılan delilin niteliğine hem de onun kullanılış biçimine göre değişiklik gösterir. Hangi delilin ne ölçüde ispat için dikkate

³⁰ Yenisey'e göre şekli hukuka aykırılıklara önem atfedilmemelidir. Yenisey, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**", s. 38, Benzer görüşte olan Öztürk basit şekli aykırılıkların, mutlak bozma sebebi olarak kabulünün sakıncalı sonuçlarını ortaya koyar. Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 37, 48 vd.

³¹ Veli Özer Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 666

³² Koca, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**", s 224

³³ Kunter bu kesinliği "bellilik" olarak tanımlar. Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 464

³⁴ Delil ve değerlendirme sistemlerinin tarih boyunca değişimini anlatmada örnek olarak; akıl dışı deliller ve akli deliller olarak iki aşamalı, ilkel, vicdani ve yasal olmak üzere üç aşamalı, ilkel, dinsel, yasal, vicdani, bilimsel olarak beş aşamalı sistemler gösterilebilir. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 713, 714

alınması gerektiği hususunda ortaya çıkan bu sistemler takip eden bölümlerde incelenmiştir.

1. Akıldışı Delil Sistemi

Hakim, suç iddiası ile önüne getirilmiş olan olay hakkında bir karar vermekle yükümlüdür. Yeterli delil olmadığı için hükmünü erteleyemez, günümüz ceza muhakemesinde bu durumda, yani iddiayı ispat edemeyerek şüpheli kaldığı halde, mahkumiyet hükmü kuramamaktadır. Ancak davayı sonlandırmaktadır; zira yargılama zorunluluğu³⁵, hem suçlamayla karşılaşan sanık bakımından hem de toplum düzeni açısından gereklidir. Bununla birlikte doğüstü güçlere olan inançların toplum üzerinde egemen olduğu eski zamanlarda, yeterli delil elde edemeyen hakim, kararı bu güçlere bırakmaktaydı. O zamanlarda da hakim elbette öncelikle bir olayın nedenini oluşturabilecek delilleri araştırmakta ve kullanmaktaydı, ancak bilimsel araştırmaların da yetersiz olduğu düşünülürse, toplumun adalete olan inancını sarsmamak adına yüce güçlere davayı emanet etmekteydi³⁶.

2. Kanuni Delil Sistemi

Akla mantığa uymayan, kişilerin cezalandırılmasının şansa, talihe terkedildiği kararların önüne geçilebilmesi adına; pek de esnek sayılamayacak kanuni delil sistemi benimsenmiştir. Güvenilir ve öngörülebilir olmayan yöntemlerden ziyade, sebep-sonuç ilişkisinin ön plana çıkmasıyla, doğüstü güçlere umut bağlayan hakimlere de güvenmeyen kanun koyucu, kurallar ihdas ederek, hakim bunlara riayet etmesini beklemiştir³⁷.

Kanuni delil sisteminde, her delilin kullanılması mümkün değildir. Akla uygun olması, olayı, gerçeği ortaya koyabilecek nitelikte olması, dikkate alınması için yeterli olmaz. İlâveten kanuni olarak belirlenmiş sınırlar içinde kalması

³⁵ Hakimin muhakeme konusu suç iddiası hakkında karar verme zorunluluğu, yargılama mecburiliği olarak da anılmaktadır. Öztekin Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976, s. 15

³⁶ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme**, s. 3, Ordal adı da verilen yöntemler, sanığın nehre atılması, sanıkla mağdurun düellosu, kehanet, kuşların göç yönü gibi çeşitlenmekte; hepsi de fizikötesi ve tanrısal güçlerin adaleti sağlayacağı, haklıyı koruyacağı fikrinde temellenmekteydi. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 715

³⁷ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 716, Hakimlerin keyfi kararlarını engellemek de, kanuni delillerin öngörülmesinde etkili olmuştur. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 67

gerekmektedir. Hakim, taraflarca getirilen veya elde ettiği delillerin, öncelikle kanun koyucunun iradesine aykırı olup olmadığını araştırmaktadır. Kanunun aradığı kıstasları taşımayan, onun yasak gördüğü veya izin vermediği delilleri; olayı yansıtır veya ispat eder nitelikte olsa dahi, hükmüne esas alamayacaktır.

İlk başlarda akla mantığa uyduğu için tercih edilmekle birlikte; sistem zamanla kötüye kullanılmış, kanunen gösterilen deliller gerçeğe aykırı olarak oluşturularak, amacın aksine hakimler gerçeklerden uzaklaştırılmıştır³⁸. Ayrıca kanunen öngörülmeleyen delillerin dikkate alınmaması sonucu, delillerin bir kısmı göz ardı edilerek hakikat gizli kalabilecek, kanuni delillerle hakim yanlışla düşebilecektir. Şekle aşırı bağlılık sebebiyle, maddi gerçek yadsınır hale gelebilecektir. Bununla birlikte özellikle delil elde etme yöntemlerinde kanun koyucunun çerçeveyi, kuralları ve yasakları belirlemesi, farklı ihtiyaçlar sonucu halen devam edebilir³⁹. Buna örnek olarak ise koruma tedbirleri gösterilebilir. Ceza Muhakememizde delil elde etme yöntemlerinden koruma tedbirleri, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti, konut dokunulmazlığı gibi birçok temel hakka müdahale içermektedir. Müdahalenin belirli bir düzeyde tutulması ve kontrol edilebilmesi adına, tedbirlerin nasıl uygulanacağı da kanunla belirlenmiş ve çeşitli delil yasakları öngörülmüştür. Günümüzde geleneksel teknolojik gelişmeler sebebiyle, görüntü ve ses kayıtları üzerinde gerçeğe aykırı değişiklikler yapılabileceği ve bu durumun uzmanlar tarafından dahi tespit edilemeyeceği de dikkate alındığında, delil niteliğinde olabilecek kayıtların kanunun öngördüğü yetkili kişilerce, belirli esaslara riayet edilerek elde edilmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasında daha yararlı bir yol sağlayacaktır.

3. Vicdani Delil Sistemi

Kanuni delil sisteminin sadece izin verilen delillerin kullanılmasına imkan veren anlayışı, gerçeğe ulaşmada yetersiz ve aldatılabilir kalınca, hakim her delili, serbestçe değerlendirebildiği vicdani delil sistemi kendine yer bulmuştur. Ceza muhakememizde de delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde hakime tanınan bu serbestlik; suç faillerinin veya şeriklerin, maddi gerçeğin üzerinin

³⁸ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 459

³⁹ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme**, s. 5

örtülmesi için delillerin ortadan kaldırılmasına çaba harcadıkları bir ortamda, elzem hale gelmektedir⁴⁰.

Amaç maddi gerçek olunca, hakim tarafların öne sürdüğü delillerle bağlı olmadığı gibi, değerlendirmesini de bağımsız bir şekilde yapabilmelidir⁴¹. Değinildiği üzere yargılamada hedef, gerçeğe olabildiğince uygun şüpheden uzak bir kanaate ulaşmak ise; bu sonuca uygun olan yol, kanaat sahibinin, kullanacağı her türlü delile vakıf olarak vicdanen ikna olmasından geçmektedir. Kanun koyucu deliller arasında da etkisi ve kullanılabilirliği bakımından bir ayırım yapmamaktadır, hakim tek bir tanık beyanı ile dahi hüküm kurabilir⁴².

Vicdani delil sistemi ile getirilen serbestliğin delillerin değerlendirmesinde mevzu bahis olduğu, delillerin araştırılması bakımından ise kanunun belirli kurallar veya sınırlamalar getirerek delil yasakları oluşturduğunun altı çizilmiştir⁴³. Başka bir deyişle serbestlik, kanuna uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin değerlendirilmesine olanak tanımaktadır, zira bu noktada delil elde etme yasakları sadece hakim için değil, kanunen yetkilendirilmiş tüm makam ve şahıslar için uygulama alanı bulmaktadır.

Anayasanın, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen m. 138 uyarınca; hakimler vicdani kanaatleri doğrultusunda hüküm kurarlar. Aynı maddeye göre tek engel, kanuna ve hukuka aykırı hareket etmeleridir. Delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde kanuna ve hukuka uygunluktan kasıt, kanunların yasaklarına aykırı hareket etmemek ve özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale gerektiren noktalarda onun çizdiği yolda yürümekten geçer. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun sadece belirli delillerin kullanılabileceğini öngörmez, zira bu durum vicdani delil sistemine de aykırı olur; aksine onların elde edilmiş biçimlerini veya değerlendirilmelerini yasaklayabilir.

⁴⁰ Ferhat, Karabulut, Ersin Karapazarlıoğlu, Hamza Tosun, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı Ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, **TBB Dergisi**, Sayı:120, 2015, s. 389, 390

⁴¹ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 458

⁴² Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 719

⁴³ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 725

Vicdani delil sistemi, her delilin değerlendirilebildiği bir saha meydana getirerek maddi gerçeğe ulaşmada, yerlerini doldurduğu sistemlere nazaran daha başarılı olsa dahi aleyhinde çeşitli eleştiriler öne sürölmüřtür⁴⁴.

4. Bilimsel Delil Sistemi

Ceza Muhakememizce de kabul edilen vicdani delil sistemi içerisinde, bilimsel gelişmeler sonrası, bilimsel deneyler ve yöntemler kullanılması oldukça yaygınlařmıřtır⁴⁵. Bu yolla hakimin hukuki ve kişisel bilgileri ile ulaşamayacağı bilgileri elde etmesi ve böylece gerçeğe ulaşması sağlanmaktadır. Vicdani delil sistemi, hakimin delilleri keyfince değerlendirebildiği bir alan yarattığı için eleştirilerek, insan doğasından kaynaklı önyargıları taşımayan bilimsel delillere dayanarak sonuca ulaşılmasını öngören bilimsel delil sisteminin kabulü gündeme getirilebilir.

Bilimsel deliller elbette olayın aydınlatılması adına kullanılmalıdır. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına direkt hizmet eden yöntemler arasında bilimsel tetkikler vardır ve hakimin başka bir yöntemle bu bilgilere ulaşma imkanı da yoktur. Bilimsel delillerin yaygınlaşması ve vicdani delil sisteminin yerini alabileceği tartışmasının ortaya çıkması, bilimsel delillerin güvenilirliğiyle, objektifliğiyle doğrudan ilgilidir⁴⁶.

Kullanılan bilimsel yöntemin, gerçeği ne kadar yansıttığı veya doğru sonuç verdiğini araştıracak olan hakim değildir; belirli bir güvenilirlik seviyesine ulaşması o bilim dalı ile ilgilidir. Kesin olarak aynı sonucu veren bilimsel yöntemlerin kullanılması kabul edilmelidir; ancak kanımızca hakim kanaatini her halükarda vicdani olarak belirlemelidir.

⁴⁴ Eleştiriler için bkz. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 720-721

⁴⁵ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 722

⁴⁶ Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 209, Kunter, bilimsel delillerin, bilimsel tekniği tatbik eden ve rapor düzenleyen şahsın kişisel bilgilerini içerdiğinden bahisle objektif olmayacağını savunur. Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 463

C. Delillerin Elde Edilmesi

Ceza muhakemesinde delil olarak yararlanılabilecek şeylerin araştırılıp ele geçirilmesine, delillerin elde edilmesi veya delillerin toplanması denmektedir⁴⁷. Yargılama mercilerinin hüküm kurabilmesi için delillerin hazır edilmesi, delillerin toplanması ile mümkündür⁴⁸. Hakim, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 217 ve 230 uyarınca duruşmada getirilerek tartışılmış delilleri gerekçe göstererek kararını verebilecektir.

Soruşturma ve kovuşturma olmak üzere temel iki evreden oluşan ceza muhakemesinde, her iki evre kendine has özellikler ve amaçlar taşımaktadır. Soruşturma, kovuşturma evresinin hazırlığı niteliğindedir; bu sebeple delillerin toplanması soruşturma evresinin ana süjesi Cumhuriyet savcısının başlıca görevlerindedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 160/2 ile öngörüldüğü üzere, savcı, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için, sanığın lehine ve aleyhine tüm delilleri elde etmekle yükümlüdür. Delillerin değerlendirilmesi evresi olan kovuşturmada, olayın aydınlatılması da, soruşturma evresinde delillerin toplanmasındaki başarıya bağlı olacaktır⁴⁹.

Kovuşturma evresine geçildiğinde artık hakim veya mahkeme gerekli gördüğü durumlarda delil araştırması yapmaktadır⁵⁰. Elbette soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı adli kolluk vasıtasıyla delil ikamesini sağladığı gibi, kovuşturma evresinde de keşif gibi sadece hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilebilen delil elde etme yöntemleri hariç, hakim de kolluğu yönlendirerek ispata elverişli olan delillerin toplanmasını sağlar. Bu noktada karşımıza hakimin delil araştırabilmesi ilkesi çıkar. Medeni muhakemenin aksine ceza muhakemesinde hakim, tarafların yargılamaya getirdiği delillerle bağlı olmaksızın, resen delil araştırmasına girişebilecektir⁵¹.

⁴⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bs. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 712

⁴⁸ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 332

⁴⁹ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 233

⁵⁰ Ünver/Hakeri'ye göre, Kovuşturma evresi bakımından da delil elde etme yöntemlerinin öngörülmesi ve vicdani delil sistemi, hakimin delil araştırma yetkisini zorunlu kılmaktadır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 56, 561

⁵¹ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 65, 66, 490

Belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde, mahkemenin delil toplama yetkisinin olmadığı yönünde karşı görüş de doktrinde zikredilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 174 ile düzenlenen, ispata mutlak surette etki edecek bir delilin toplanmadığı halde iddianamenin iade edileceği hükmü ve mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda bulunan hakime delil toplama yetkileri tanıyan hükümlerin meri kanunda kendine yer bulmaması ile iddiasını kuvvetlendiren görüş; delil elde etme işinin soruşturma evresine ve Cumhuriyet savcısına ait bir yetki olarak görmektedir⁵². Bu sebeple kovuşturma evresinde delil toplama ihtiyacı ortaya çıktığında mahkeme, bunu Cumhuriyet savcısı marifetiyle yapacaktır⁵³.

Devam eden başlıklara geçmeden önce delillerin elde edilmesinden ne anlaşılması gerektiği, çalışma konusu da dikkate alındığında ortaya konulması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Delil yasakları ihdas eden Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddeleri de sıklıkla elde etmeden bahsetmekte; yasakların neredeyse hepsi delillerin elde edilmesine ilişkin öngörülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu, delillerin toplanması görev ve yetkisini Cumhuriyet savcısına vermiştir. Cumhuriyet savcısı da bizzat veya emrindeki kolluk yardımıyla bu görevini ifa eder. Böylece kanunen yetkilendirmiş kişilerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için ispat aracı olarak gördükleri her şeyi daha sonra değerlendirilebilecek şekilde ele geçirmeleri, delillerin elde edilmesi veya delillerin toplanması olarak tanımlanabilir.

D. Delillerin Değerlendirilmesinde İlkeler

Vicdani delil sisteminin kabulüne bağlı olarak delillerin değerlendirilmesinde bir takım ilkeler ortaya çıkmıştır. Maddi gerçeği tespit edebilmesi adına hakim, olayı yansıtan delilleri vasıtasız ve serbestçe değerlendirebilmelidir. Şüpheden arınması gereken her ne kadar hakim olsa da, onun vereceği hüküm denetlenebilir ve aleni olmalı, toplumsal ihtiyacı karşılayabilmelidir. Özellikle yargılama sırasında, tarafların da delilleri değerlendirebilmesine, savunma hakkı kapsamında riayet

⁵² Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", s 211

⁵³ Öztürk v.d., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 332, Koca'ya göre aksi bir uygulama mahkemenin hem iddia hem de yargılama makamını üstlenmesi olur ki, kabul edilemez. Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", s 212

edilmelidir. Bu hususların sağlanması için ortaya çıkan kıstaslar devam eden başlıklarda incelenmiştir.

İlkelere geçmeden önce belirtilmesi gereken husus, delillerin değerlendirilmesi işleminin sadece hakim tarafından yapılmadığıdır. Cumhuriyet savcısı da soruşturma evresinde topladığı delilleri olayla ilişkilendirerek, onları değerlendirerek iddianamesini hazırlayacaktır⁵⁴. Bununla birlikte mahkumiyet hükmü verme yetkisi olmayan savcının delilleri değerlendirmesinde, vasıtasızlık ve müştereklik ilkelerine riayet etmesi kanun koyucu tarafından beklenmemiştir. Ancak savcı, hakim gibi delillerin değerlendirilmesinde serbesttir, bu husus serbestlik başlığı altında açıklanmıştır.

1. Vasıtasızlık

Hakim, gerek başkalarının yazılı veya sözlü açıklamaları olsun gerekse belirli nesnelere ibaret olsun, hükme esas alacağı her türlü delile bizzat dokunmalı, idrak etmelidir⁵⁵. Tutanak sahibi kolluk görevlisinin veya soruşturma evresinde ifadesi alınmış bir tanığın duruşmada hakim huzurunda tekrar dinlenmesi gibi kaideler vasıtasızlık ilkesinin sonucudur. Ceza Muhakemesi Kanunundaki yansımaları dikkate alındığında, m. 210 uyarınca tanık açıklamalarına ilişkin tutanaklar okunmakla yetinilemez, m. 217'ye göre ise duruşmaya getirilmemiş delil ile hüküm kurulamaz.

Çoğunlukla soruşturma evresinde olmak kaydıyla muhakeme evrelerinde vasıtasızlık ilkesinin sınırlandığı savunulmuş; örnek olarak ise, soruşturmanın gizliliği ilkesi kapsamında delillerin gizlilikle toplanabildiği, tanıkların ayrı ayrı ifadelerinin alınması gösterilmiştir⁵⁶.

Bilirkişi raporlarının, delil değil, delil değerlendirme vasıtaları oldukları delil kavramı açıklanırken değinilmiştir. Bu sebeple hakim, Ceza Muhakemesi Kanunu m.

⁵⁴ Koca, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**”, s 222

⁵⁵ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 779, Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 66

⁵⁶ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 779, Tanıkların birlikte dinlenmemesi, başka bir deyişle ifade sırasında yüzleşmemeleri vasıtasızlık ilkesini sınırlandırmaz, önemli olan kararı verecek makamdır ve o makam, tanık ifadelerine aracısız vakıf olmaktadır. Soruşturma evresinde ise, her ne kadar Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile muhakemeyi sona erdirebiliyorsa da, savcı tarafından yapılan bir yargılama değil, onun hazırlığıdır. Cumhuriyet savcısı belirli bir şüphe derecesine ulaşamadığını tespit etmektedir. Bu sebeple soruşturma evresinde delillerin elde edilmesinde gizlilik olması veya bazı muhakeme sükelerinin dosyayı inceleme yetkilerinin sınırlandırılması da vasıtasızlık ilkesini ortadan kaldırmaz.

68 ve 214 uyarınca, bilirkişileri her zaman duruşmada çağırıp huzurunda dinleyebileceği gibi, onların raporlarının okunması ile de yetinebilmektedir.

2. Serbestlik

Maddi gerçeğe ulaşacak olan hakim, tarafların sunduğu delillerle bağlı olmaksızın kendisi delil araştırmasına girişebilir ve elde ettiği delillerle hüküm kurabilir. Dikkat edilmesi gereken delillerin kanuna aykırı elde edilmemesi gerektiğidir. Bu sebeple kanuna aykırı olmadığı sürece, her şey delil olabilir⁵⁷. Vicdani delil sisteminin bir görünümü olan bu durum delil serbestliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁵⁸.

Kanuna aykırı delilin muhakemede değerlendiremeyeceğini Anayasa ortaya koymuştur. Anayasa ile getirilen elde etmeye ilişkin yasağın yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanunu ile delil değerlendirme yasakları da öngörülmüştür. Elde etme ve değerlendirmeye getirilen bu sınırlandırmalar serbestliği engelleyen kurallar ve yasaklardır. Bununla yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanunu m. 206 uyarınca, kanuna aykırı elde edilen, karara etkisi olmayan bir olayı ispat eden delil ile muhakemeyi uzatma amaçlı delil ikamesi veya değerlendirilmesi istemi reddedilecektir. Göz önüne alınması gereken husus ise, kanuna aykırılık hariç diğer iki ret sebebi hakiminkin takdirine bağlı olarak sonuç doğuracaktır. Delillerle ispat edilen olayın etkisizliğinin veya uzatma maksadının tespitinde, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir kıstas değil, hakiminkin görüşü belirleyici olacaktır. Bu sebeple bu ret sebepleri bakımından da hakiminkin serbest olduğu kabul edilebilir. Kanuna aykırılık halinde ise, açıkça öngörülmüş bir kurala veya yasağa itaatsizlik mevzu bahistir ve tespiti halinde delil reddedilir.

Hakiminkin serbest alanlarından bir diğeri, delillerinkin serbest değerlendirilmesi ilkesi⁵⁹ olarak da adlandırılan, delilinkin içeriğinkin belirlenmesinde kendini gösterir. Delillerinkin özelliklerinde bahsedildiği gibi, delil olayı yansıtmalı, gerçeği ortaya çıkarabilecek nitelikte olmalıdır. Delil ile sabit görünen olayinkin muhakeme ile ilgisini,

⁵⁷ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 4

⁵⁸ Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 208, Bu hususu delil serbestisi sistemi olarak adlandıran Özbek v.d. akla ve hukuka uygun her şeyinkin delil olabileceğini söylemişlerdir. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 663

⁵⁹ Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 209

buna bağı olarak delilin yargılama açısından yararlı olup olmayacağını, bir başka deyişle onun ispat değerini serbestçe belirleyecek olan da hakimdir⁶⁰. Bunun sonucu olarak da muhakeme konusu iddia olunan suç ile ilgili herhangi bir konu herhangi bir delille, ispatlanabilir⁶¹. Aksi bir uygulama, kanuni delil sisteminde kendini göstermekte, belirli vakıalar ancak kanunen öngörölmüş belirli delillerle ispatlanabilmektedir. Ceza muhakememiz ise vicdani delil sistemini benimseyerek, delillerin değerlendirilmesinde serbestliğı kabul etmiştir. Bu doğrultuda, örneğin yeminsiz tanık beyanı, yeminli tanığın beyanından üstün tutularak, ona göre hüküm kurulabilir⁶².

Soruşturma evresinde sanığın lehine ve aleyhine, olayı ispat eder nitelikte tüm delilleri toplamakla görevli ve yetkili Cumhuriyet savcısı, hem iddianame hazırlarken olaylarla delilleri ilişkilendirmesi gerektiğinden, hem de kamu davasını açmada takdir yetkisi olduğundan onun da delilleri serbestçe değerlendirebileceğı vurgulanmıştır⁶³. Öyle ki yargılama makamını temsil etmeyen savcı, faili mahkum edemese de onun hakkındaki soruşturmaya son verebilir, bunu yaparken de kanunen sınırlayıcı bir düzenleme olmadığı için elde ettiği delilleri serbestçe değerlendirmelidir. İddianame düzenlenmesi için gereken yeterli şüpheyi meydana getirecek delilleri değerlendirmesi zorunludur⁶⁴. Değerlendirme yapmasını kanun koyucu emretmiştir, zira onun tespitleri mahkemeye yol gösterebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki serbestliğın sınırı, akli ve makul bir gerekçelendirilmedir⁶⁵. Hükme esas alınan delillerin, kararın verilmesinde ne ölçüde etkili olduğu mantık kuralları çerçevesinde ortaya konmalıdır.

3. Müştereklik

Her ne kadar hükmü kuracak olan hakim de olsa, delillerin sadece onun tarafından idrak edilerek; sanığın lehine veya aleyhine kullanılması adına çıkarımlar

⁶⁰ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 475, Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 233

⁶¹ Bununla birlikte, örneğin bir güveni kötüye kullanma suçunun muhakemesinde, hukuki uyumsuzluğa bağı olduğundan, çekin üzerindeki meblağın tespiti için yazılı delil aranabilir. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 233

⁶² Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 68

⁶³ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 383

⁶⁴ Hasan Tahsin Gökcan, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2012, s. 196

⁶⁵ Koca, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**", s 209

yapılması yeterli görülmemektedir. Çelişmeli yargı gereğince kanaat ortaklaşa bir tartışmanın ve fikir yürütmenin ürünü olarak ortaya çıkmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 215 ve 216 maddeleri ile de, müştereklik prensibi⁶⁶ sağlanmıştır, zira iddia ve savunma makamlarına delilleri değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Bu şekilde hakim, huzurunda lehe aleyhe tartışması yapılan delili, tüm boyutlarıyla kavrayıp, kararında kullanabilecektir.

Hakimin vicdani olarak karar vereceği ve delilleri serbestçe değerlendirebileceği kabul edilmekle birlikte, hüküm onun olay hakkındaki şahsi bilgilerinden, başka bir deyişle tarafların, özellikle savunmanın bilemeyeceği delillerden ortaya çıkmamalıdır⁶⁷. Tecrübe veya hukuk bilgisi ile çözülemeyecek, değerlendirmeye alınamayacak bir delil ortaya çıktığında hakim bilirkişiden yararlanmalıdır. Bilimsel araştırma veya yorum gerektiren bu gibi durumlarda, hakim uzmanlık gerektiren dal hakkında bilgi sahibi olsa dahi, değerlendirme yapmamalıdır⁶⁸. Aksi halde hakimin kişisel bilgileri ile ulaşılan sonuç hakkında tarafların görüş belirtme, tartışma hakları ellerinden alınmış olacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 217 bu hususu vurgular şekilde; ancak duruşmaya getirilmiş ve tartışılmış deliller temel alınarak karar verilebileceğini hüküm altına almıştır.

E. Delil Yasakları

Hukuka uygun elde edilen deliller hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilir. Fakat özellikle ceza muhakememizin de dahil olduğu Kıta Avrupası ceza muhakemesi sisteminde kanun koyucu temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki delil elde etme yöntemlerine kurallar ve yasaklar getirmiştir⁶⁹. Maddi gerçeğe ulaşma amacı her şart altında kabul edilmemiştir⁷⁰. Delil yasakları, hukuk devleti ilkesine uygun bir muhakeme yürütülmesi adına, delillerin elde edilmesi veya onların değerlendirilmesine getirilen sınırlamalardır⁷¹.

⁶⁶ Tosun, “delillerin ortaklığı ilkesi” şeklinde tanımlamaktadır. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 778

⁶⁷ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 778, 779, Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 236, Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 490, Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 462

⁶⁸ Levent Bayram, “Deliller ve Bilirkişilik Müessesesi”, **Polis Dergisi**, Sayı: 28, 2001, s. 84

⁶⁹ Hakim, hukuka aykırı delili değerlendirerek kanaate ulaşabilse dahi, hüküm verirken bu delilden yararlanamayacağı ve aksi yönde karar vermek zorunda kalabileceği için, vicdani delil sisteminin kısmen de olsa devre dışı kaldığı savunulmuştur. Soyaslan, “**Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 26

⁷⁰ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 260

⁷¹ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 6

Sınırlamaları iki başlık altında toplamak mümkündür⁷²; bunlardan ilki elde etme yasağı⁷³, ikincisi ise değerlendirme yasağıdır⁷⁴.

Vicdani delil sistemini kabul eden ceza muhakememizde yasakların belirlenmesi ise ancak kanunla mümkündür ve kanun koyucunun açıkça yasaklamadığı hallerde, bir delilin kullanılmasına engel olunamaz⁷⁵. Anayasanın 38. maddesinin lafzı bu çıkarımı doğrular nitelikte kanuna aykırılıktan bahsetmektedir. Anılan hüküm herhangi bir açık kapı bırakmamış ve kanuna aykırı elde edilenlere delil değeri atfetmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 217/2 ise Anayasa hükmünü destekler nitelikte, sadece hukuka uygun elde edilen delillerin ispat aracı olarak kullanılabileceği kuralını getirmiştir. Dolayısıyla kanuna aykırı elde edilen deliller, hükme esas alınamayacağı gibi, muhakemenin herhangi bir evresinde kullanılamaz⁷⁶.

Sanığın lehine de aleyhine de olsa, elde edilen aracın delil olarak kullanılması mümkün değildir⁷⁷. Buna bağlı olarak da sanığın beraatine dahi hükmedilmiş olsa, kanuna aykırı elde edilen delile dayanan mahkeme kararlarının üst mahkemece bozulması gerekecektir⁷⁸. Delil yasakları muhakemenin tüm sùjelerini bağlamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre şüphelinin haklarını korumakla yükümlü Cumhuriyet savcısı açısından yapılan yoruma göre; kanuna aykırı elde edilen

⁷² Alman doktrini temelli tasnifte delil yasakları üçe ayrılır: “*konu bakımından yasak deliller, temel hakları korumak amacıyla yasak deliller, elde edilmesinde uygulanan metod nedeniyle yasak deliller*” Yenisey, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**”, s. 36 vd., İtalyan doktrininde de üçe ayrılan delil yasakları: “*delil konusuna ilişkin olanlar, delil elde etme yöntemine ilişkin olanlar, delilin kanunun öngördüğü şekilde elde edilmemesine ilişkin olanlar*” Soyaslan, “**Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 21

⁷³ Delil elde etme yasakları Öztürk v.d. göre üçe ayrılmaktadır. Bunlar, delil konusu yasakları, delil aracı yasakları ve delil metodu yasaklarıdır. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 394, Özbek v.d. göre delil elde etme yasakları, ifade alma ve sorguda yasak usuller, aydınlatma yükümlülüğüne uyulmaması ve delil aracı yasakları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 669 vd., Roxin’e göre ise delil elde etme yasakları dörde ayrılır. Bunlar ispat konusu yasakları, ispat aracı yasakları, ispat metodu yasakları, nispi ispat yasağıdır. Claus Roxin, “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. Yener Ünver, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 8, 2005, s. 272, 273

⁷⁴ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 259

⁷⁵ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 765

⁷⁶ Soyaslan, “**Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 13

⁷⁷ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 400, Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 53, 628, Aksi yönde Şen, masum birinin cezalandırılmasının önüne geçmek için, lehine kullanılabileceğini kabul eder. Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 93

⁷⁸ Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 668

delillerin sanığın lehine bir durum yarattığından bahisle iddianame hazırlanamayacağı savunulmuştur⁷⁹.

Delil elde etme yasakları ve delil değerlendirme yasakları olarak ikili bir ayrıma gitmenin hatalı bir çıkarım olduğuna dair görüş de doktrinde ortaya çıkmıştır. Savunulan görüşe göre elde edilmesi yasak olan bir delilin değerlendirilmesi de, her şart altında hem Anayasaya hem de Ceza Muhakemesi Kanununa göre yasaktır. Böylece ceza muhakememizde değerlendirme yasağı aslında elde etme yasağının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. Anayasanın ve Ceza Muhakemesi Kanununun çeşitli hükümlerine göre mutlak delil yasağı olarak da adlandırılan bu tespiti doğrular nitelikte kanuna aykırı elde edilen bir delilin değerlendirilmesi yasak olsa da; bazı durumlarda kanuna uygun toplanan delillerin de değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Örneğin hakim, ancak duruşmada huzurunda tartışılmış olan delillerle gerekçelendirerek kararını verebilecektir. Duruşmada tartışılma delilin elde edilmesi ile ilgili değildir. Tanık dinlendiğinde veya bilirkişi raporu hazırlandığında, başkaca bir kanuna aykırılık da yoksa hakim bunları kanuna uygun bir şekilde elde etmiş olmaktadır. Bununla birlikte iddia ve savunma makamına, elde ettiği bu delillerle ilgili söz hakkı tanınmazsa artık bu deliller hükme esas alınamayacak, başka bir deyişle değerlendirilemeyecektir. Bahse diğer bir örnek de tanığın ifadesini verdikten sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanmasıdır. Her ne kadar tanık ifadeleri hukuka uygun elde edilse de çekinmeden sonra değerlendirilmesi mümkün değildir⁸¹.

Delil yasakları maddi gerçeği ulaşmayı engelleyen kurallar olduklarından, istisnai olmaları ve hakikate ulaşma hedefinden daha yüce bir amaca hizmet etmeleri gerekmektedir⁸². Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası sistemlerinin bu noktada ayrıldıkları söylenebilir. Anglo-Amerikan sistemine göre delil yasaklarının amacı,

⁷⁹ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 401, Özbek v.d. aynı doğrultuda, iddianamede olması gereken ve olayla ilişkilendirilen delillerin muhakkak hukuka uygun olmaları gerektiğini savunurlar. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 666

⁸⁰ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 395

⁸¹ Doktrinde verilen bir başka örneğe göre, bir ceza muhakemesinde, tanıklık yapan kişinin ifadesi, aynı kişinin sanık olarak yargılandığı bir davada, susma hakkı çerçevesinde kullanılamayacaktır. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 531

⁸² Özbek v.d. göre delil yasakları, gerçeğin bulunmasına, özel hayatın korunmasına, cezanın meşruluğunun sağlanmasına ve yetkililerin disiplin edilmesine yararlar. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 667

onu elde etme yöntemlerini bizzat tatbik eden kolluğu disiplin altında tutmaktır⁸³. Keşif ve bazı delil elde etme anlarında hazır bulunma gibi istisnai durumlar hariç tutulduğunda, delillerin elde edilmesi anında hakim kontrolü bulunmamaktadır. Böyle hallerde hukuki güvence ancak hakimin kararına bağlı hareket edilmesi ile sağlanır ki, sahada delile temas eden kolluk her zaman hukuktan, kanundan uzaklaşabilir. Bu sebeple kolluğun hukuk sahası içinde tutulması önem arz eder. Kolluğu disipline etmede bir başka sebep ise onların hukuka aykırı delil elde etme motivasyonlarını ortadan kaldırmaktır. Hiçbir zaman ceza muhakemesinde kullanılmayacağını düşünen kolluk, kendi hakkında disiplin veya adli soruşturmaya da sebebiyet verebilecek hukuka aykırılıklara yeltenmeyecektir⁸⁴.

Kıta Avrupası sisteminde ise, delil yasaklarının yegane amacı, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına almaktır⁸⁵. Anglo-Amerikan ile Kıta Avrupası sistemleri arasındaki amaçsal farklılık, delil yasaklarının mutlaklığı-nispiliği hakkında da farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilir. Bu takdirde temel hak ve özgürlükleri koruyan bir sistem, onlara müdahale olmadıkça hukuka aykırılıkları görmezden gelebilir, kolluğu disiplin altında tutmak isteyen bir sistemse, temel hak ve özgürlüklere müdahale olup olmadığına bakmaksızın, delil değerlendirmesini yasaklayabilir⁸⁶.

Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkemizde, temel hak ve özgürlükler ön plana çıkmaktadır. Ancak Anayasa ve CMK'da yer alan hükümler sistemin benimsediği amaçla çelişebileceği için eleştirilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale olup olmadığı dikkate alınmaksızın, kusurlu ya da kusursuz elde edilen, şekli veya maddi anlamda kanuna aykırı delil tespit edildiğinde, ispat aracı olarak kullanılmayacaktır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere koruma sağlanmayan hallerde dahi maddi gerçeğe ulaşılmasının önünde engel oluşturulabileceği,

⁸³ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 9, Uğur, Alacakaptan, "Delil Yasakları", **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 523, Anglo-Amerikan sisteminde Anayasal bir hakkın ihlali sonucu hukuka aykırı elde edilen deliller dosyadan çıkarılarak muhakemede kullanılmaz. Amaç kolluğun kötü muamelede bulunmasını engellemektir. Scott Optican, "Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar", **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 39

⁸⁴ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme**, s. 53

⁸⁵ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 9

⁸⁶ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 9

muhakemenin çıkmaza girebileceği, adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanamayacağı savunulmuştur⁸⁷. Böylece mutlak delil yasakları ile nispi delil yasakları ayrımı ortaya çıkmıştır. Görüşe göre nispi delil yasakları mevzu bahis olduğunda, maddi vakianın ispatı ve suçlunun cezalandırılması ile elde edilecek kamusal yarar ile temel hak ve özgürlüklere müdahalenin engellenmesi sonucu ulaşılabilecek yarar karşılaştırılmalıdır. İlkinin ağır bastığı halde ise delil değerlendirilebilmelidir⁸⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise benzer bir çıkarımla, basit şekli aykırılıkların bir delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğini belirtmiştir⁸⁹.

⁸⁷ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 28, 29, Haklar teorisi olarak adlandırılan ve Kıta Avrupasında kabul edilen anlayışa göre; kanunun belirlediği kurallara ve yasaklara riayet edilmese dahi temel hak ve özgürlükler zedelenmemişse, değerlendirilerek hükme esas alınabilir. Alacakaptan, **“Delil Yasakları”**, s. 523, Bu görüşlere eleştiri niteliğinde bkz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 603 vd.

⁸⁸ Soyaslan, **“Hukuka Aykırı Deliller”**, s. 21, Ünver/Hakeri hukuka aykırılığın basit veya ağır olarak derecelendirilemeyeceğini vurgulamışlardır. Bununla birlikte arama koruma tedbirinin tatbikinde işlem tanıklarının bulunması gibi hukuka aykırılıkla ilgisi olmayan, muhakemede farklı amaçlara hizmet eden kuralların eksikliği halinde, elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılmayacağını da eklemiştir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 624

⁸⁹ *“Öyleyse; varabileceğimiz ilk sonucun aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı, Bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna yanıt bulmak gerektiği, Bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CYUY. nın 254. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı, 242. maddesinin 2. fıkrasında; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" şeklindeki düzenlemenin bulunduğu, Metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu, Nitekim aynı konunun; Genel Kurulumuzun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak "arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağına" karar verildiği, Ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın "arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin" açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, Hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceği, Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhakemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken; ikili bir ayrımın yapıldığı, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak "mutlak delil yasakları" ve "nisbi delil yasakları" kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil yasakları... dışında kalan durumlarda ise hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak "kamu yararı" bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedildiği, Bu bağlamda; illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; "herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını" gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği, Prof. Dr. Öztürk'ün de ifade ettiği gibi; her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, olayımızda olduğu gibi "hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir*

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 230, yargılama sonucu kurulan hükmün gerekçesinde hukuka aykırı elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesini emretmektedir. Hükmün lafzından, muhakeme sırasında delilin hukuka aykırı elde edildiği anlaşılrsa dahi dosyada saklanması gerektiği anlaşılabilir. Dosyaya giren delilin, kanun yolunda da denetime tabi tutulacağı ve anılan düzenleme dikkate alındığında artık dosyadan çıkarılamayacağı kabul edilse de⁹⁰; hakim vicdani kanaatini etkilememesi amacıyla hukuka aykırı elde edilen delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği belirtilmiştir⁹¹.

II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL KAVRAMI

Tesadüf, “yalnız ihtimallere bağlı olduğu düşünülen olayların kesin olmayan, değişebilen sebebi, rastlantı, rast geliş”, olarak tanımlanmıştır⁹². Tesadüfen ise bir zarf olup, fiilin rastlantı sonucu olduğunu anlatmaktadır. Anlaşılacağı üzere, amacın tasarının veya beklentinin dışında gerçekleşen olayları, fiilleri betimlemek için kullanılmaktadır. Kelime anlamından yola çıkarak bulunması, ele geçirilmesi planlanmadığı, öngörülmediği halde, amaç dışı elde edilen delillerin tesadüfi olduğu söylenebilir.

Tesadüfen elde edilen deliller kavramının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu m. 138 temel alınarak yapılan doktrindeki hakim çıkarıma göre; yürütülen ceza muhakemesine konu suçla ilgisi olmayan deliller tesadüfi kabul edilmiştir⁹³.

aramada, CYUY. nın 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, Bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CYUY.nın 254. maddesi kapsamında "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olarak mütala edilmemesi gerektiği, Görüş ve kanaati benimsenmekle, Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez.” Yargıtay CGK, 2007/7-147 E., 2007/159 K., 26.6.2007 (www.lexpera.com.tr), Benzer yönde: Yargıtay CGK, 2011/8-278 E., 2012/96 K., 13.3.2012 (www.lexpera.com.tr)

⁹⁰ Denetim imkansızlaşacağından, keyfiliğe yol açmaması adına deliller dosyada kalmalıdır. Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 45

⁹¹ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 621, Benzer yönde Yargıtay 7. Ceza Dairesinin kararı: “Bu suretle, hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edildiğinden dosyadan çıkartılması gereken yasadik delile dayanılarak, başkaca da yasal delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi...”, Yargıtay 7. CD., 2003/13539 E., 2005/8098 K., 20.6.2005 (www.kazanci.com.tr)

⁹² www.tdk.gov.tr

⁹³ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 565, Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 403

Düzenleme uyarınca, yetkili makamlarca uygulanan belirli koruma tedbirleri, tesadüfen elde edilen delillerin ortaya çıkmasında yegane saha kabul edilmiş; tedbirlerin uygulanması sırasında ele geçirilen soruşturma veya kovuşturma dışı bir suça ilişkin deliller kavrama dahil edilmiştir⁹⁴. Bir başka deyişle yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delil, tesadüfen elde edilen delil olarak tanımlanmıştır⁹⁵. Dolayısıyla suç ortağı hakkındaki delil, muhakeme konusu suçla ilgili olduğundan, tesadüfen elde edilen delil olarak nitelendirilmemiştir⁹⁶.

Tesadüfi delil, şüpheli veya sanığa ilişkin olabileceği gibi, üçüncü bir kişi aleyhine de ortaya çıkabilir⁹⁷. Delillerin ilgili olduğu suç hakkında halihazırda soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olabilir⁹⁸ ya da delil, ceza muhakemesine hiç konu edilmemiş bir suça dair de ortaya çıkabilir.

Tesadüfen elde edilen delil kavramına mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer verilmemekle birlikte, içerik itibarıyla arama koruma tedbiri bakımından öngörülmüştür. Kanunun “muvakkat zabıt” başlıklı 100. maddesi uyarınca; arama sırasında muhakeme konusu edilmeyen başka bir suçun meydana geldiği şüphesi doğuran bir eşya bulunursa geçici olarak elkonularak Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Görüldüğü üzere mülga CMUK’ta kavram ismen olmasa da kapsam olarak ihdas edilmiştir. Meri Ceza Muhakemesi Kanunu tasarısında da,

⁹⁴ Fatih Birtek, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2017, s. 328, Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 284, Kasım Karagöz, Fatih Birtek, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 110, Kemal Gündem, “CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 59, Erdem, CMK düzenlemesi öncesi Alman uygulamasını dikkate alarak yaptığı tanımda, kanuni düzenlemeye benzer yönde; “soruşturma ile ilgisi olmayan bir başka suçun işlendiğini gösterme” kriterini temel almıştır. Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 361

⁹⁵ Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 496

⁹⁶ Adem Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 49, Eylül 2010, s. 119, Yargıtay 8. CD. 2008/3064 E., 2008/8855 K., 10.07.2008 karar için bkz. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 565, 566

⁹⁷ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 106, Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 466

⁹⁸ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 497

sadece arama ve elkoyma tedbiri bakımından, Türkçeleştirilerek “geçici elkoyma” başlığı altında yer almıştır. Ancak komisyonda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini kapsayacak şekilde son halini almış, kavram olarak da mevzuata girmiştir⁹⁹.

Tesadüfen elde edilen delil kavramına Ceza Muhakemesi Kanunu m. 138’in başlığında yer verilmiştir¹⁰⁰. Hüküm arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında ortaya çıkan ve tedbirin uygulandığı soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan deliller hakkında yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Kanun koyucu, mülga CMUK’ta olduğu gibi soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgisi olmama kistasını, tesadüfen elde edilen delili tanımlamak için kullanmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 10. madde ile de benzer bir hüküm öngörülmüştür. Madde başlığında ise CMK’dan farklı olarak, “*emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular*” kavramı zikredilmiştir. Ayrıca kanundaki düzenlemeden farklı olarak, sadece soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayanlar değil, ilgili olsa bile arama koruma tedbirine temel alınan karar veya yazılı emirde konu edilmeyen deliller de bu kapsamda ele alınmıştır. Böylece Ceza Muhakemesi Kanunu ile açıklık getirilen tesadüfen elde edilen delil kavramının sınırları genişletilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununda, mülga kanundan farklı olarak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini kapsayan bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, usul ve şartları bakımından benzer sayılabilecek bir koruma tedbiri olan teknik araçlarla izleme açısından elde edilecek tesadüfi delillerin akıbeti belli değildir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma

⁹⁹ Taslağın gerekçesi, komisyon değişiklik gerekçesi, mevzuat.tbmm.gov.tr

¹⁰⁰ Tesadüfen elde edilen deliller kavramına kanunda yer verilmeden önce doktrinde “tesadüfen ele geçen şeyler” kavramı kullanılmıştır. Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000, s. 294, Tercih edilen bir diğer kavram ise “rastlantıya dayanan bulgular” olmuştur. Erdener Yurtcan, “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, s. 29

tedbiri hatta beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi diğer delil elde etme yöntemleri de benzer akıbettedir¹⁰¹.

Esasen teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirlerinin uygulanmasında ortaya çıkan tesadüfi delillerle ilgili düzenleme; 14.02.2007 tarihli 26434 sayılı Yönetmeliğin¹⁰² sırasıyla 22. ve 30. maddeleri ile yapılmıştır. Ancak mahkemelerce uygulanacak yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerin, idarenin görev alanına girmediği; temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren, muhakemeye ilişkin şekli ve maddi esasların kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu düzenlemelere ilişkin idareye kanun koyucu tarafından yetki de verilmediği dikkate alınarak önce bahsi geçen düzenlemeler¹⁰³, takip eden süreçte ise Yönetmelik iptal edilmiştir¹⁰⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu ve doktrinde özellikle m. 138 dikkate alınarak yapılan tesadüfen elde edilen delil kavramının tanımı, her ne kadar soruşturma veya kovuşturma konusu suç ile ilgisi, bağlantısı üzerinden yapıyor olsa da; bulunması, rastlanması amaçlanan dışında gerçekleşen, plan ve öngörü dahilinde olmaksızın elde edilenlerin tamamı tesadüfi kabul edilmelidir. Bu sebeple sadece koruma tedbirlerinde, daha geniş düşünülürse sadece adli tedbirlerde değil; soruşturma başlamadan uygulanan idari tedbirler sürecinde de tesadüfen elde edilen deliller mevzu bahis olabilir. Buna ek olarak, elbette ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinden farklı diğer delil elde etme araçları kullanılırken de tesadüfen delil elde edilebilir. Örneğin tanığın ifadesi alınırken dahi, tanıklık ettiği muhakeme konusu suçtan başka bir suça ilişkin beyanda bulunulması halinde de delil tesadüfidir.

¹⁰¹ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suç kapsamında yapılan beden muayenesinde uyuşturucu maddeye rastlanması örneğinde tesadüfen elde edilen delilin varlığından bahsedilebilir. Devrim Aydın, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 141

¹⁰² Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

¹⁰³ Danıştay Onuncu Dairesinin 24/12/2014 tarihli ve 2013/3791 esas numaralı, 2014/8138 karar numaralı karar ile iptal edilmiş; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2015/2131 esas numaralı, 2016/3097 karar numaralı kararı ile iptal kararı onanmıştır.

¹⁰⁴ Danıştay Onuncu Dairesinin 09/03/2017 tarihli ve 2012/1001 esas numaralı, 2017/1361 karar numaralı kararı ile iptal edilmiştir.

Ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğin araştırılmasıdır¹⁰⁵. Araştırılan ceza muhakemesine konu edilen maddi vakıadır. Bu sebeple ceza muhakemesinin genel amacı, suç olarak nitelendirilen soruşturma veya kovuşturma konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir. Ayrıca kimlik bilgileri tespit edilememiş olsa da muhakeme belirli kişilere karşı yürütülmektedir. Diğer bir deyişle şüpheli veya sanık da muhakemenin konusunu meydana getirmektedir. Dolayısıyla delil araştırma işlemleri de dahil tüm muhakeme işlemleri, muhakemeye konu edilmiş şüphelinin, suç oluşturan fiili işleyip işlemediğini tespit etmek için icra edilir. Bu sebeple soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmemiş suç ya da kişilerle ilgili elde edilenler tesadüfi kabul edilmelidir¹⁰⁶.

Önleyici idari faaliyetler sırasında ise, amaç delil elde etmek değildir. İlgili düzenlemelerde amacın içeriği çeşitli olsa da temel olarak suçların önlenmesi hedeflenmektedir. Dolayısıyla elde edilecek tüm deliller tesadüfi addedilmelidir.

Amaç belirlenirken dikkat edilmesi gereken diğer husus, örtülü bir amaçla hareket edilmesi durumudur. Zira böyle bir ihtimalde artık tesadüfilik ortadan kalkar. Meşru ve gayri meşru tüm hedefler amacın tespitinde dikkate alınmalıdır. Yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili delil araştırması yapıldığında; kanunen belirlenen usul ve şartlara da riayet edilmesi halinde, meşru bir amaca yönelik hareket edilmektedir. Bu noktada muhakeme konusu edilmeyen bir suçta dair elde edilenler amaç dışı olduğundan tesadüfidir. Bununla birlikte belirli bir suçta yönelik delil araştırması sırasında; amaç, muhakeme dışı bir suç hakkında delil elde etmekse, artık bu noktada meşru olmayan bir hedef ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu ikinci ihtimalde temel haklara müdahale niteliğinde olabilecek yöntemler, Anayasa

¹⁰⁵ Kunter'e göre suçlunun cezalandırılması ve sanığın korunması evrelerinden sonra nihayet gerçeğin araştırılması evresine geçilmiştir. Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 23, Ceza muhakemesi hukukunun kendine özel amacı gerçeğin araştırılmasıdır. Erol Cihan, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi", **İÜHFİM**, Cilt: 28, Sayı: 3-4, Ocak 1962, s. 702

¹⁰⁶ Yargıtay 20. Ceza Dairesi muhalefet şerhinde, tedbirin uygulandığı ceza muhakemesine konu edilmemiş iştirak eden kişilere ilişkin elde edilen deliller tesadüfi kabul edilmiştir: "*Özetle; bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, usulüne uygun şekilde yapılan iletişimin dinlenmesi sırasında, bu suçta iştirak eden kişi yada suçta iştirak etmemekle birlikte suçu bireysel olarak gerçekleştiren ya da başka bir suç işleyenler yönünden bu suçlar yeni birer suçtur. Söz konusu suçların işlendiğine ilişkin ilk tespit bu kişiler yönünden "tesadüfen elde edilen delil" niteliğindedir.*" Yargıtay 20. CD, 2015/14915 E., 2015/4764 K., 19.11.2015 (www.lexpera.com.tr), Alman doktrininde gizli soruşturma tedbirlerine konu kişiler gruplara ayrılarak incelenirken; başlangıçta muhakeme konusu fiil ve suçla ilgili olmayan ancak daha sonra ulaşılan tesadüfi bilgilerle şüpheli konumuna giren kişiler de bir grup kabul edilmiştir. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 326

veya kanunla belirlenen kurallara uyulmadan gerçekleştirilmektedir. Örneğin soruşturma konusu dolandırıcılık suçu hakkında delil elde etmek için verilen bir arama kararının tatbikinde, aramayı yapan kolluk görevlilerinin amacı bir ceset bulmaksa ve ceset bulduysa artık tesadüfi bir durumdan bahsetmek de mümkün olmamalıdır. Her ne kadar bu hususun tespiti zor olsa da, amaç dahilinde olduğundan artık tesadüfi olmadığı kabul edilmelidir¹⁰⁷. Amaç gizlenerek, dürüst işlem ilkesine¹⁰⁸ uyulmaksızın, kanunun aradığı usul ve şartlar işlevsiz kılınarak elde edilen bu deliller aynı zamanda hukuka aykırıdır. Nitekim kanunla belirlenen şartlar, dürüst hareket edilmesine hizmet ettiği kadar delillerin toplanmasında hileli hareketlere başvurulmasını da önleme amacını taşır¹⁰⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, delil araştırmasında görev alan yetkililerin amaçlarının belirlenmesi, bu doğrultuda subjektif bir değerlendirme ile elde edilenlere delil niteliği verilmesi ya da kullanılabilir kılınması doğru değildir. Değerlendirme objektif olmalıdır; dolayısıyla ulaşılmak istenen delili elde edebilecek faaliyetin ötesinde ölçüsüz bir müdahalede bulunulması halinde ele geçirilen delil hukuka aykırı kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle yetkili kişilerin zihin dünyalarından geçen fikirler ve amaçlar değil, delil araştırması sırasında başvuru yöntemleri ve fiiller temel alınmalıdır. Gizli amaçla elde edilen her ne kadar tesadüfi olmasa da, soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmemiş bir suçla ilgili ise kanunen bu kapsamda ele alınmak durumundadır.

¹⁰⁷ Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Eylül 2006, s. 201, 202

¹⁰⁸ Dürüst işlem ilkesi, dürüst yargılama ilkesi (her iki kavram da “fair trial”ı karşılamaktadır) olarak da adlandırılmaktadır. İlke tüm muhakemeyi kapsar ve yargılamanın hilesiz ve yeterli savunma hakkı tanınarak yapılmasını öngörür. Friedrich Christian Schroeder, “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Çev. Cumhur Şahin, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996, s. 270, Soruşturma evresinde delillerin elde edilmesi sırasında özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğun olduğu yöntemlerin kullanımında ilkenin önemi ortaya çıkar. Amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da olsa, hileli ve temel hakları ihlal eden hareketlere başvurulamaz. Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s. 31, 32, Selçuk da maddi gerçeğin ispatında etkili araçların kullanımı desteklerken; yasal, ahlaki ve dürüst yollardan ayrılmadan görevin icra edilmesi gerektiğini vurgular. Sami Selçuk, “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük Ve Total Ceza Adaleti”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Nisan 1977, s. 51, Benzer yönde bkz. Murat Aydın, **Arama ve El Koyma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 23

¹⁰⁹ Görüşüne ek olarak Bouzat, doğruluk kurallarına uymaksızın elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilemeyeceğini belirtir. Pierre Bouzat, “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları” Çev. Haşan İ. Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 1977, s. 87, 110, Sokullu Akıncı ise, kanuni düzenlemelerin soyut ve genel nitelikte olması halinde, kolluk tarafından ayrıntıların belirleneceği ve temel hak ihlallerinin ortaya çıkabileceğini vurgular. Füsun Sokullu Akıncı, “Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 261

Akla uygun olma, olayı yansıtmaya gibi elde edilene delil niteliği veren özelliklere; tesadüfen elde edilen deliller de sahip olmalıdır. Aksi halde delil olarak nazara alınmaları da mümkün değildir. Onların bir ceza muhakemesinde diğer delillerden farklı kılan tek husus, amaç dışı elde edilmeleridir. Bu sebeple tesadüfen elde edilen deliller hakkında ceza muhakemesinde bir düzenleme olmasa dahi karakteristik özellikleri taşımaları şartıyla delil niteliğinde kabul edilmeleri kaçınılmaz olmaktadır¹¹⁰. Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili kanunlarında düzenleme bulunmayan veya delil olarak kullanılmasını yasaklamayan ülkelerde de genellikle diğer deliller gibi değerlendirilebilecekleri kabul edilmektedir¹¹¹. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklere müdahale eden istisnai yöntemler sırasında elde edildiklerinde, ceza muhakemesinde değerlendirilmeleri hususunda tereddütler ya da sınırlamalar ortaya çıkabilir. Bu husus kavramın amacının ve kanuni düzenlemenin niteliğinin ortaya konduğu alt başlıklarda incelenmektedir.

A. Kavramın Amacı

Suçlulukla mücadelede delil elde etmenin güçlüğü dikkate alınarak, teknolojinin de izin verdiği ölçüde, ceza muhakemesinde farklı yöntemler ortaya çıkmaktadır. Kanunumuzda da öngörülen ve kişilerin iletişiminin denetlenmesine, onların teknik araçlarla izlenmesine, yaptıklarının, konuştuklarının kaydedilmesine imkan tanıyan bu yöntemler; maddi olaya ulaşmada ve suçlulukla mücadelede yardımcı olduğu kadar; temel hak ve özgürlüklere de ciddi müdahaleler içermektedir. Arama ve elkoyma gibi klasik olarak adlandırılan delil elde etme araçlarının kullanılmasıyla da temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi kaçınılmazdır. Hal böyle olunca temel hak ve özgürlüklerin korunması adına hukuk devleti olmanın

¹¹⁰ Hakeri, ceza muhakemesi kanununda öngörülmüş bir tedbirin tatbiki sırasında elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılmasının tabii olduğunu belirtmiştir. Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, s. 29

¹¹¹ Erdem, Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, s. 294, Önder de arama koruma tedbiri kapsamında tesadüfen elde edilen deliller hakkında düzenleme olmayan ülkelerde de, delillerin ceza muhakemesinde kullanıldığını belirtmiştir. Ayhan Önder, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama”, **İÜHF**, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, s. 447, 448, Sözüer, İsviçre’de de genel kabulün, iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen tesadüfi delillerin kullanılabilmesine yönelik olduğunu belirtmiştir. Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İÜHF**, Cilt:55, Sayı: 3, 1997, s. 106

gereği olarak, Anayasa’da da öngörüldüğü üzere müdahalenin sınırlarının kanunla belirlenmesi gerekliliği doğmaktadır. Tesadüfen elde edilen deliller de bu noktada önem arz eder; zira onlar kanuni sınırlamalara istisnai olarak kendini gösterir. Çoğu zaman bir ceza muhakemesine konu dahi olmamış bir suçla veya kişilerle ilgili olarak ortaya çıkan tesadüfi deliller, elde edilmesinde kullanılan yöntem bakımından izin verilen sınırı aşmaktadır¹¹². Örneğin belirli bir suç hakkında belirli delilleri ele geçirmek için arama kararı ile yetkilendirilen kolluk, karar ile çizilen yetki sınırının ötesinde delile ulaşmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin kapsamını genişlettiği ve bu sebeple değerlendirilmesine sınırlama getirilmesi gerektiği savunulmuştur¹¹³.

Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki yöntemler için verilen yetkinin ötesinde ulaşılsa da, tesadüfi delilin hukuka aykırı elde edildiği söylenemez¹¹⁴. Nitekim Anayasa ve kanunda öngörülen şartlara uyularak yürütülen bir muhakeme işlemi ve bu işlem sırasında elde edilen tüm deliller hukuka uygundur¹¹⁵. Ancak uygulama sırasında kolluk yetkilendirilmediği için delili göz ardı edebilecek ve böylece maddi gerçeğin tespiti tehlikeye düşebilecektir. Veyahut delil ele geçirilse dahi ceza muhakemesinde değerlendirilebilmesi hususunda tereddütler ortaya çıkabilecektir. Anılan ihtimallerin önlenmesi için özellikle arama koruma tedbiri bakımından, tesadüf edilen delilin kaybolmasının veya başkaları açısından tehlikeli olmasının önüne geçilmesi adına, yetkili kişilerce geçici de olsa koruma altına alınmasını sağlayacak düzenlemeler öngörülmüştür¹¹⁶. Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme yapılması gerekliliği de aslında bu noktada temellenir.

¹¹² Bu sebeple 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Bilim Komisyonu gerekçesinde, tesadüfen elde edilen delillerin delil yasakları açısından önemine vurgu yapılarak, bu hususta düzenlemenin şart olduğu belirtilmiştir. Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 30

¹¹³ Erdem, Özbek, “**4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi**”, s. 294

¹¹⁴ Aksi görüş için bkz. Necati Meran, **İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2015, s. 328

¹¹⁵ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 442, Tesadüfi delile ulaşıırken, hukuki düzenleme ihlal edilmediği ve düzenlemelerin kapsamı ve amacının dışına çıkmadığı için, hukuka aykırı olduğu söylenemez. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 512

¹¹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 138’in Hükümet Tasarısındaki karşılığı m. 104’ün gerekçesinde bu husus ortaya konmuştur: “*Madde, arama sonunda, aramanın esasını oluşturan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve fakat diğer bir suç şüphesini harekete geçirecek şeylerin bulunması hâlinde yapılacak işlemi göstermektedir. Bu eşyaya geçici olarak elkonulacak ve durum Cumhuriyet savcılığına, geciktirilmeksizin bildirilecektir.*” mevzuat.tbmm.gov.tr

Delilin korunmasını ve daha sonra ilgili ceza muhakemesinde değerlendirilebilmesini sağlar.

Hükümet tasarısında yer almasa da Meclis Genel Kurulunda kabul edilen ve kanunlaşan son halde ise, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini içine alan bir düzenleme yapılmıştır. Bahsedilen amaca hizmet eden hüküm, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin istisnai niteliğine uygun olarak, sadece belirli suçlarla ilgili delillerin muhafazasına imkan vermektedir. Alt başlıkta kavramı mevzuata kazandıran hükmün niteliği üzerinde durulmuştur.

B. Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 138'in Niteliği

Kanunumuzda arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri sırasında tesadüfen elde edilen delillerin Cumhuriyet savcısına ulaştırılması mümkün kılınmıştır. CMK m. 138/1 uyarınca arama veya elkoyma sırasında ele geçirilen tesadüfi deliller muhafaza altına alınarak herhangi bir sınırlama olmaksızın Cumhuriyet savcısına bildirilecek, üçüncü bölümünde açıklanacağı üzere ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilenler hakkında ise, Alman düzenleme ve uygulamasına paralel bir şekilde¹¹⁷ katalog suçlar olarak adlandırılan¹¹⁸ belirli suçlarla ilgili olması kistası esas alınmıştır. Kanun koyucu CMK m. 138/2 ile getirdiği düzenleme sonucu, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından ortaya çıkan tesadüfi delillerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesini; tedbirin uygulanabildiği suçlar hakkında olması koşuluyla kabul etmiştir.

Yargıtay iletişimin denetlenmesi sırasında, katalogda yer almayan suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilemeyeceğini belirterek, CMK m. 138/2 düzenlemesini bir delil değerlendirme yasağı olarak

¹¹⁷ Erdem, Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, s. 294

¹¹⁸ Gökçen, iç hukuktaki düzenleme öncesi Almanya, Portekiz, Hollanda ve Amerika Birleşik Devletlerindeki düzenlemeleri temel alarak kavramı suç kataloğu olarak isimlendirmiştir. Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, 1994, s. 189

nitelendirmiştir¹¹⁹. Bununla birlikte bir başka kararında tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesinin olmadığı 4422 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan denetim sırasında elde edilen tesadüfi delilleri hukuka aykırı kabul ederek delil olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹²⁰.

¹¹⁹ “Maddi gerçeğin araştırılması aşamasında kişisel ya da toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu değerlerin korunması amacıyla kanun koyucu delillerin serbestliği ilkesine "delil yasakları" olarak adlandırılan bir takım sınırlamalar getirmiştir. Delil yasakları, "delil elde etme" ve "delil değerlendirme" yasağı olarak iki gruba ayrılmaktadır. Delillerin elde edilme şekline ilişkin yasaklara "delil elde etme yasakları", hukuka uygun elde edilmiş bile olsa o delilin yargılamada ortaya konulup değerlendirilebilmesine ilişkin yasaklara ise "delil değerlendirme yasakları" denilmektedir. İfade alma ve sorgunun 5271 sayılı CMK'nun 148. maddesinde sayılan şekillerde yapılması, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiye bu hakkının hatırlatılmaması delil elde etme yasaklarına; duruşmada tanıklıktan çekinen tanığın önceki ifadesinin okunamaması, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin aynı kanunun 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışında bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılmaması ise delil değerlendirilmesi yasaklarına örnek olarak gösterilebilir.” Yargıtay CGK 2013/483 E., 2013/599 K., 10.12.2013 (www.lexpera.com.tr)

¹²⁰ “İletişimin tespiti kararı Av. Ç. Ö.'ye ait cep telefonu için alınmış olup, sanık Ö. G. S. hakkında verilmiş herhangi bir iletişimin dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Bu konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir.” Yargıtay CGK 2007/5-23 E., 2007/167 K., 03.07.2007 (www.lexpera.com.tr), “...uygulamanın yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuatta telefonla yapılan iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesine ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından, bu tutanakların delil olarak kullanılabilmesi mümkün değildir. Öte yandan iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesine imkan tanıyan 5271 sayılı CYY'nın 138. maddesindeki düzenleme sadece bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.06.2005 tarihinden sonra uygulanan tedbirler açısından uygulanabilecektir. Bir başka anlatımla; 01.06.2005 tarihinden önce uygulanan iletişimin dinlenmesi tedbirleri sırasında tesadüfen elde edilen bulguların yargılama sırasında delil olarak kullanılması hukuka aykırı bulunduğundan, dosyamızda bulunan telefon dinleme tutanaklarının delil olarak kullanılması mümkün değildir.” Yargıtay CGK, 2007/5-101 E., 2008/3 K., 22.01.2008 (www.kazanci.com.tr), “Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen sanık ile tanık Nurettin arasında gerçekleşen telefon dinleme kayıtları, tanık Nurettin'in de içinde bulunduğu soruşturma sırasında, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.06.2004 tarih ve 2004/1145 değişik iş numaralı iletişimin dinlenmesi ve tespiti kararı ile elde edilmiştir. Bu dinleme kararı doğrultusunda, olay günü olan 19.08.2004 ve bir gün sonrası 20.08.2004 tarihleri arasında 2 kez tanık Nurettin'in sanığı cep telefonundan araması sırasında olayla ilgili görüşmeler tespit edilmiştir. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları tesadüfen elde edilmiş delil niteliğindedir. 4422 Sayılı Kanun, tesadüfen elde edilmiş delillerle ilgili bir düzenleme getirmediği gibi, 5271 Sayılı CMK'nun 138. maddesi de sözkonusu iletişimin tespiti tutanaklarına yasal bir delil niteliği kazandırmamaktadır. Zira, tesadüfen 19.08.2004 tarihinde tespit edilen ilk görüşmeden sonra bu durum Cumhuriyet Savcısına bildirilmemiş, davayı gören mahkemenin 11.02.2005 tarihli yazısı ile istenen tespit tutanakları, iletişimin tespiti kararını veren Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.03.2005 tarih ve 2005/81 numaralı yazısı ile gönderilmiş, dosyaya da 07.04.2005 tarihinde girmiştir. Sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, hükmeye dayanak yapılan iletişimin tespiti tutanaklarının yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu” Yargıtay 1. CD. 2008/8783 E., 2009/437 K., 06.02.2009 (www.kazanci.com.tr), Bununla birlikte Yargıtay'ın kararlarında yeknesaklığı sağlamadığı da söylenmelidir. 2006/5-154 E., 2007/145 K., 12.06.2007 (www.kazanci.com.tr) tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, CMK'nın yürürlüğe girmesinden önce tatbik edilen iletişimin

Amaca bağıllık ilkesi¹²¹ gereği deliller sadece elde edilme amacına uygun olarak kullanılabilir¹²². Örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin amaca bağıllık ilkesi uyarınca sadece soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili kullanılabilmesi gerektiği söylenebilir¹²³. Bu sebeple tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi ile amaca bağıllık ilkesinin esnetildiği öne sürülmüştür¹²⁴. Yargıtay 10. Ceza Dairesi de benzer bir anlayışla uyuşturucu madde ticareti yapma suçu için verilen tedbir kararı sonucu elde edilen delillerin, aynı soruşturma ve kovuşturma kapsamında tedbir kararı bulunmayan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için kullanılmayacağını belirtmiştir¹²⁵. Görüldüğü üzere kararda amaca bağıllık ilkesinin sınırları tedbir

denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller hakkında, tesadüfen elde edilen delillerin düzenlendiği m. 138/2'yi uygulamıştır.

¹²¹ Amaca bağıllık ilkesi uyarınca, tedbir kapsamında ortaya çıkan bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise ancak o amaca uygun kullanılabilir, amaç dışı değerlendirilmeleri mümkün değildir. Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 258, Amaca bağıllık ilkesinin görünümüne hem telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetimini kanuna kazandıran 5397 sayılı Kanun hükümlerinde hem de 10.11.2005 tarihli 25989 Resmi Gazete sayılı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in m. 4/3. fıkrasında rastlamak mümkündür: *"Bu Yönetmelik hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar ve bilgiler, Yönetmelikte ve 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesinde belirtilen amaçlar ve usul dışında kullanılamaz."*

¹²² Mustafa Ruhan Erdem, "5271 Sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 98

¹²³ Elde edilen bilgilerin başka bir suç hakkında kullanılmasının, amacı bağıllık ilkesini zedeleyeceği savunulmuştur. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 349, Benzer yönde elde edilenlerin sadece tedbirin uygulandığı soruşturma veya kovuşturmada kullanılabilmesi yönünde bkz. Ersan Şen, "Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü Ve Bu Delillerdeki Hukuka Aykırılıkların Sonuçları İle Uygulamadaki Hatalar", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 86, Sayı: 2012/2, s. 25

¹²⁴ Erdem, "Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>, 27.09.2018, s. 2, Adem Kartal, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 58, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100/c-3 (StPO § 100c III) uyarınca gizli soruşturmacının güvenliği amacıyla elde edilen bilgilerin, katalog suçlarla ilgili olması şartıyla ceza muhakemesinde değerlendirilebileceği düzenlemesi de Alman doktrininde amaç saptırması olarak yorumlanmıştır. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 306

¹²⁵ "Yargıtay 10. Ceza Dairesince 31.01.2013 gün ve 9688 -1076 sayı ile...Sanıklar H..., S..., M... H... ve M... hakkında 'uyuşturucu madde ticareti yapma' suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları alınmıştır. Bu kararlara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri, ancak 'uyuşturucu madde ticareti yapma' suçu yönünden delil olarak kullanılabilir. 'Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma' suçları yönünden dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılmaz. Öte yandan,

kararıyla belirlenmiştir¹²⁶. Ancak bu görüşün Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından benimsenmediğini ve aksine kararlar verildiğini belirtmekle beraber, ayrıntısına üçüncü bölümde gireceğimiz için üzerinde daha fazla durmuyoruz.

Kanunda belirtilen usul ve esaslara uyularak alınan karar sonucu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi hukuka uygundur. Tedbir, başka bir suçla ilgili delil elde etme amacı ile soruşturma veya kovuşturma konusu suç paravan olarak kullanılmak suretiyle uygulanmadığı sürece, elde edilen tüm deliller de hukuka uygun olacaktır¹²⁷. Bu sebeple Yargıtay'ın bazı kararlarında belirttiği, CMK m. 138/2 düzenlemesi öncesi tesadüfen elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu görüşüne katılmıyoruz. Anılan kararlarda karşı oy tarafından da ortaya konduğu üzere, hukuka uygun bir denetim sonucu ele geçirilen deliller, kanuna karşı hileyle hareket edilmediği sürece hukuka uygundur¹²⁸. Ceza muhakemesi

CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümler 'suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma' suçu için uygulanamaz." Yargıtay CGK 2013/483 E., 2013/599 K., 10.12.2013 (10. CD.'nin kararının, CGK kararında yer alan kısmı aktarılmıştır.) (www.lexpera.com.tr), Aynı dairenin benzer yönde kararı: "Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 31.01.2013 gün ve 2012/22375 - 1077 sayı ile...Sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları alınmıştır. Bu kararlara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri, ancak uyuşturucu madde ticareti yapma suçu yönünden delil olarak kullanılabilir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçları yönünden dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılmaz. Öte yandan, CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümler suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçu için uygulanamaz." Yargıtay CGK, 2013/10-468 E., 2014/268 K., 20.5.2014 (10. CD.'nin kararının, CGK kararında yer alan kısmı aktarılmıştır.) (www.kazanci.com.tr)

¹²⁶ 4422 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu zaman yapılan yoruma göre de; açık bir düzenleme olmadığından, tedbire konu edilmeyen bir suçla ilgili olarak elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün değildir. Vesile Sonay Evik, "4422 Sayılı Yasada İletişimin Dinlenmesi ve Tespiti", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, s. 31, Ünver/Hakeri ise tedbir kararına konu edilmemiş suçlarla ilgili elde edilen delilleri tesadüfi kabul etmişlerdir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 440

¹²⁷ Hukuka uygun bir karar ile iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilenler, katalog dışı bir suçla ilişkin olsa dahi, hukuka uygundur. Nitekim iletişimin denetlenen kişinin temel hak ve özgürlüklerine kanuna belirtilen usul ve esaslara uyularak müdahale edilmektedir. Kartal, "**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**", s. 114, Tedbir kararında yer almayan bir kişiyle veya suçla ilgili delile ulaşılma amacıyla denetim yapıldığında ise kanuna karşı hile mevzu bahistir ve elde edilenler hukuka aykırıdır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 517

¹²⁸ "Buna bağlı olarak hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iyi niyetle elde edilmişse, hukuka aykırılığın giderilebileceği ve delilin yok hükmünde sayılamayacağına ilişkin iyi niyet ilkesi de (good faith principle) bulunmaktadır. İyi niyetle elde edilen deliller, ilgili mahkeme kararı veya onayı olmasa da yok sayılamayacak ve eldeki diğer delillerle birlikte değerlendirilecektir. Bu bağlamda, tesadüfen elde edilen deliller, hukuka aykırı ve yok hükmünde sayılamaz....Mahkeme gerekçesinde 5271 sayılı Yasaya göre tesadüfen elde edilen delillerin delil olarak kullanılamayacağını belirtmiş ise de bu kavram 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5271 sayılı Yasanın 138. maddesi ile mevzuatımıza

hukukumuzda hakim olan vicdani delil sistemi ve delil serbestliği ilkesi gereği, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile de belirtildiği üzere, hukuka uygun elde edilmiş deliller, ayrıca bir değerlendirilme yasağı öngörülmediği sürece yargılamada serbestçe kullanılabilirler¹²⁹.

Kanuni düzenleme de kullanılabilmeden değil, delillerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesinden bahsetmiştir. Amaç delillerin kaybolmasını veya gözden kaçmasını önlemek, diğer bir suçla ilgili olarak değerlendirilerek ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürümesini sağlamaktır. Kanun koyucu bir delil elde etme ve değerlendirme kuralı öngörerek, tesadüfen ulaşılan delillerin elde

girmiş olup bu maddenin 138/2. fıkrasında aynı Yasanın 135/6 fıkrasında belirtilen suçlar için telekomünikasyon yolu ile tesadüfen elde edilen delillerin delil olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Bu yasa yürürlüğe girmeden önce böyle bir suç ayrımı yoktu. Dava konusu dosyamızdaki deliller 5271 sayılı Yasadan önce elde edilmiş olup elde edildiği tarihte yasal elde edilmiş bir delildir. Vele ki yeni yasa uygulansa dahi silahlı örgüt ve rüşvet suçu 135/6 fıkrasında sayılan katalog suçlarındandır. Bizim olayımızda elde edilen telefon konuşması 4422 sayılı Yasa çerçevesinde elde edilmiş sanığımıza isnat edilen suç ise rüşvet suçudur. Her iki suç da katalog suçlarındandır. Yargıtay CGK 2007/5-23 E., 2007/167 K., 03.07.2007 (www.lexpera.com.tr), Ertosun Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007/5-101 E., 2008/3 K., 22.01.2008 (www.kazanci.com.tr) tarihli kararında da benzer çıkarımlar yapmıştır.

¹²⁹ Ünver/Hakeri'ye göre, tesadüfi delil hukuka uygun yöntemlerle elde edildiği sürece, değerlendirilmesi önünde bir yasak da yoksa, sınırlama olmaksızın her suç hakkında kullanılabilir. Kanun koyucu m. 138/2 ile "yasak delil" alanı meydana getirir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 444, Bu sebeple Kaymaz, 4422 sayılı Kanun zamanında da tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun elde edildiğini ve değerlendirme yasağı da öngörülmediği için serbestçe kullanılabilmesini kabul etmektedir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 518, Aksi yönde ortaya konan görüşe göre, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (StPO) tesadüfen elde edilen delillerle ilgili bir düzenleme olmadığı zamanda dahi Alman Federal Yüksek Mahkemesi, soruşturmaya konu edilmemiş suçlarla ilgili delillerin katalogda yer almaları şartıyla kullanılabilmesini kabul etmiştir. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 362, 4422 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Alman uygulaması ve doktrini temel alınarak yapılan yorumda benzer yönde, 4422 sayılı kanunda herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen tesadüfen elde edilen delillerin katalog suçlarla ilgili olmaları şartıyla kullanılacakları, katalog dışı suçlara dair olanların ise delil olarak değerlendirilemeyecekleri kabul edilmiştir. Yurtcan, **"Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması"**, s. 29, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin kararının muhalefet şerhinde de benzer çıkarımlar yapılmıştır: "4422 sayılı Yasaya göre soruşturma yapılıp buna göre önlemlere başvurulduğunda öncelikle ve ilk bakışta suçun katalog suç olmasına bakılacaktır; bir başka, yani katalog suçu dışındaki suçla ilgili olarak elde edilen kanıt ise o suç için değerlendirilmeyeceği gibi yine soruşturmanın başında 4422 sayılı yasanın 1. maddesinde yazılı suçlardan olmayıp TCK.nun 313. maddesi kapsamında kalması halinde kanıt değeri olmayacaktır." Yargıtay 8. CD., 2005/2843 E., 2006/9610 K., 27.12.2006 (www.kazanci.com.tr), Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi ile, tesadüfi delillerin kullanılabilir hale geldiğini belirtmiştir: "Usul Kanununda yapılan bu düzenlemede de sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili olarak, sınırlı hâllerde telefon haberleşmesinin dinlenmesi olanağı getirilmiştir. Bu düzenleme, yürürlükten kalkan 4422 Sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olmakla birlikte, farklı olarak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıracak şekilde tesadüfen elde edilen kanıtların değerlendirilmesi olanağı da tanınmıştır. Ancak, telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisine uygun olması gerekmektedir." Yargıtay CGK, 2015/1-396 E., 2018/323 K., 3.7.2018 (www.kazanci.com.tr)

edilmesi ve ceza muhakemesinde değerlendirilmesi hususlarında ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Kanunda yer alan bu hüküm elde edilenlerin hukuka uygun kabul edildiğini gösterir niteliktedir. Nitekim delillerin kullanılabilceğini ayrıca zikretmemiş Cumhuriyet savcısınca ve sonrasında mahkemece ilgili ceza muhakemesinde zaten değerlendirilebileceğini kabul ederek hareket etmiştir. Fakat m. 138/2'nin karşıt anlamından çıkarılabileceği üzere; iletişimin denetlenmesi sonucu, katalogda yer almayan bir suçla ilgili delillerin değerlendirilmesinin engellendiği ve böylece bir delil değerlendirme yasağı getirildiği söylenebilecektir¹³⁰.

Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili bir düzenleme olmasa dahi, hukuka uygun elde edildikleri sürece sınırsızca kullanılacakları kabul edilirse, m. 138/2 ile getirilen hükmün sınırlandırıcı fonksiyona sahip olduğu söylenebilir. Aksi yönde amaca bağlılık ilkesi temel alınıp da, düzenleme olmadığı durumda tesadüfi delillerin kullanılmaları da mümkün görülmez ise, 138. maddenin sınırları genişleten bir vasfı olduğu kabul edilebilir.

Arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri kapsamında tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenlemeler mehzaz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 108/1¹³¹ ve 100b/5¹³² (StPO § 108 (1), § 100b (5))

¹³⁰ Ünver/Hakeri'ye göre, tesadüfi delilin katalog suçla ilgili olup olmadığının belirlenmesi, hukuka aykırılığı değil, muhakemede değerlendirilebilir olmasının tespitiyle ilgilidir. Madde 138/2 ile hukuka uygun bir delilin, ispat aracı olarak kullanılması yasaklanmaktadır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 442, Orantılılık ilkesi uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak belirli suçlarla ilgili uygulanabilir, tesadüfen elde edilen deliller de aynı çıkarımla sadece belirli suçlarla ilgili değerlendirilebilmelidir. Tesadüfi deliller hukuka aykırı değildir ancak kanun koyucu orantılılık ilkesini temel alarak değerlendirilmelerini sınırlandırmıştır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 513, Benzer yönde bkz. Kartal, **“Tesadüfen Elde Edilen Deliller”**, s. 85, Düzenleme ile birlikte tedbirin tatbik edilemeyeceği suçlar açısından delil elde edilmesine imkan tanınmamış olduğu; tedbirin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesinin sağlandığı belirtilmiştir. Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 285, Taşkın'a göre ise, tesadüfen elde edilen delillerin sadece katalog suçlarla ilgili olduğu sürece kullanılabilir olması; üçüncü kişilere yönelik bir güvence oluşturmaktadır. Mustafa Taşkın, **“Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Sistemin AİHM Kriterlerine Uygunluğu”**, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 53, Ocak 2011, s. 85

¹³¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 108/1 (StPO § 108 (1)) ile öngörülen düzenlemede de benzer doğrultuda, soruşturma ile bağlantısı olmayan suçla ilgili eşyaya ihtiyaten el koyma işlemi yapılarak, savcılığa bildirimde bulunacağı hükmolunmuştur. Feridun Yenisey, Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 131,

sırasıyla arama ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tesadüfi delillerle ilgili hükümler içermekteyken; 1.1.2008 tarihinde yapılan değişiklikler sonrasında m. 100b/5 ilga edilmiş ve 477/2. fıkrasına eklenen cümle ile katalog öngören ceza muhakemesi yöntemleri ile elde edilen tesadüfi deliller hakkında çatı hüküm oluşturulmuştur¹³³.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 477 (StPO § 477), tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi ile ilgili getirdiği düzenlemede, sadece belirli suçlarla ilgili uygulanabilen tüm tedbirleri kapsamına rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunumuz katalog suçlar öngören diğer koruma tedbirlerinin tatbikinde elde edilen tesadüfi deliller hakkında hüküm öngörmemiştir. Ayrıca soruşturma veya kovuşturmayla konu edilmemiş ancak suça iştirak eden kişiler hakkında elde edilenlere dair de bir düzenleme yer almamaktadır. O halde kanun koyucunun tesadüfen elde edilen deliller kavramının içeriğini tamamen doldurduğunu ve onların değerlendirilebilmelerine ilişkin yeknesak bir yol belirlediğini söylemek mümkün görünmemektedir. Kanunda yer almayan cevapların ortaya konulması adına tesadüfen elde edilen delillerin ceza muhakemesi ve öncesindeki görünümünün incelendiği ikinci bölümde kavramın içeriği ve sınırları açıklanmaya çalışılmıştır. Son bölümde ise ceza muhakemesindeki değeri ve kullanılabilirliği üzerinde durulmuştur.

III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT DEĞERİ

Tesadüfen elde edilen deliller, ispat edilmek istenen olay açısından ortaya çıkmazlar. Elde edildiklerinde ispat vasıtası olarak değerlendirilecekleri suça ilişkin yürütülecek muhakemede başlangıç şüphesi olarak kullanılabilecekleri gibi hükme

Lutz Meyer-Göbner, Bertram Schmitt, **Strafprozessordnung**, 60. bs., München, C.H. Beck, 2017, s. 484

¹³² Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100b/5 (StPO § 100b (5)) fıkrası uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgilerin başka bir ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, m. 100a'da (StPO § 100a) sayılan katalog suçlarla ilgili olmasına bağlanmıştır. Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1994, s. 1274, Georg Schulz, Konrad Händel, **Strafprozeßordnung**, 7. bs., Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 2002, § 100b s. 1

¹³³ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 477/2 (StPO § 477- (2)) uyarınca sadece belirli suçlar hakkında uygulanabilen tedbirler sırasında elde edilen kişisel verilerin, ilgilinin rızası olmaksızın başka bir ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi, tedbirin uygulanabildiği suçların aydınlatılması amacıyla hareket edilmesine bağlıdır. Ayrıca kamu güvenliğinin büyük bir tehlikeden korunması gibi istisnai amaçlar için tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabileceği haller de öngörülmüştür. Yenisey, Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 549, Meyer-Göbner, Schmitt, **Strafprozessordnung**, s. 1840

de esas alınabilirler. Devam eden başlıklarda ispat kavramı ve ispat gücüne göre deliller açıklandıktan sonra tesadüfen elde edilen delillerin ispat aracı olarak kullanılmasına değinilecektir.

A. İspat Kavramı

Hukukun onay verdiği yöntemler ve vasıtalar kullanarak, yargılama makamının, muhakeme konusu olayın nasıl meydana geldiği hususunda, gerçeğe uygun, gerekçeli ve şüpheden uzak bir kanaate ulaşmasının sağlanmasına ispat denmektedir¹³⁴. Yargılama makamının kanaate ulaşması ise olayın gerçekte nasıl meydana geldiği noktasında şüphelerinden arınarak, ulaştığı sonuçtan vicdanen ikna olmasıdır¹³⁵. Böylece ispat ceza uyuşmazlığında çözülmesi gereken meselelerden maddi olana ilişkindir; maddi olay hakimce sabit görüldükten sonra hukuki çözüme geçilebilir. İddia konusu suç sebebiyle sanığın cezalandırılması da ancak ispat ile mümkündür¹³⁶. Suçu meydana getiren maddi olayın, bir başka deyişle sanığın fiili tespit edilemediğinde, hukukun öngördüğü cezayla hüküm kurmak da mümkün değildir.

Ceza muhakemesinde maddi gerçek elde edilmeye çalışıldığından, hakimin öne sürülen delillerle bağlı olmadığından bahsedilmişti. Hakim tarafların da katılımıyla delilleri değerlendirir ve iddia olunan suçu oluşturan olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. İddia makamı olan Cumhuriyet savcısı lehe, aleyhe tüm delilleri toplayarak, hakimin önüne şüpheli bir iddia bırakır; savunma ise delil sunarak veya sunulan delilleri değerlendirerek suçsuzluğunu ispata uğraşır. Ancak, yargılama makamının tarafların sunduğu delillerle bağlı olmayarak maddi gerçeği araştırdığı bir muhakemede; her iki taraf da iddia veya savunmalarını ispat etme yükümlülüğü altında değildirler¹³⁷. Medeni muhakemede olduğu gibi iddia edenin iddiasını ispat etmesi, aksi halde onun aleyhine karar verilebileceği kuralı ceza

¹³⁴ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 4, İspat, hakimin bir olayın meydana geldiğine ikna edilmesi olarak da tanımlanmıştır. Roxin, **“İspat Hukukunun Esasları”**, s. 266

¹³⁵ Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 664

¹³⁶ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 64

¹³⁷ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 267, Ceza Muhakemesi Kanunu ile benimsenen yeni sistemde hakimin delil toplama yetkisi olmadığını savunan Koca; yetki sahibi Cumhuriyet savcısının iddiasını ispat etmek yükümlülüğü altında olduğunu belirtir. Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s 211

muhakemesinde yer almaz¹³⁸. Sanığa tanınmış olan susma hakkı da, ispat külfeti altında olmadığının göstergesidir¹³⁹. Bu sebeple sanık sessiz kaldığında veya olayın, iddianamedeki gibi olmadığını iddia ettiğinde ancak bunu kanıtlayacak delil öne sürmediğinde dahi, hakim elde edilen başkaca delillerle beraatine hükmedebilecektir. Ceza muhakemesinde Cumhuriyet Savcısı tarafından iddia olunan husus ispat edilmeye çalışılır. Yoksa savunma konumunda olan sanığın suçsuzluğunu sabit göstermesi beklenemez; aksi uygulama masumiyet karinesini de ortadan kaldırır¹⁴⁰.

Maddi olayı, elde edilen delillere dayanarak sabit görececek, vicdani kanaate ulaşacak olan hakimdir. Delillerin değerlendirilmesi, çıkarılan sonuç hakime göredir ve onu yansıtır. Bunun sonucunda ceza muhakemesinde yapılan ispat da nispi bir ispattır¹⁴¹. Bununla birlikte ispatın nispiliğinden doğacak, hakimin sadece şahsi fikirlerini temel alarak hüküm kurması gibi sakıncaları ortadan kaldırmak için; yöntemler öngörülmüştür. Delillerin iddia ve savunma makamlarının önünde tartışılması olan müştereklik ilkesi bu yöntemlerden biridir.

İspat edilmeye çalışılan maddi olayı ortaya çıkaracak gerekli olguların tümüdür. Gerçekte vukuu bulmuş olayı aydınlatacak tüm parçaların nasıl meydana geldiği tespit edilmelidir. Böylece ortalama bir şahsın herhangi bir uzmana başvurmadan bilebileceği tarihsel olgular veya doğa olayları gibi herkesçe şüphesiz bilinen olaylar, ceza muhakemesine konu uyumsuzlukla ilgili olsa dahi ispat konusu olmazlar¹⁴². Buna ek olarak hakimin görevi kapsamında tecrübelerle öğrendiği aşikar vakıaların da ispatı gerekmez ancak bunlar hakimin şahsi bilgilerinin ötesinde olmalıdırlar¹⁴³.

B. İspat Gücü Bakımından Delil Türleri

Delil türleri doktrinde çeşitli sınıflandırmalarla açıklanmaktadır. Kunter temsil yeteneklerinde göre delilleri ikiye ayırmış, aydınlatılmak istenen olayla doğrudan ilişkili olanlara müşahhas olaya münhasır deliller, sadece muhakeme

¹³⁸ Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil”, s. 12

¹³⁹ Öztürk v.d., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 292

¹⁴⁰ Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, s 211

¹⁴¹ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 256

¹⁴² Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 258, 259, Öztürk v.d., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 294

¹⁴³ Roxin, “İspat Hukukunun Esasları”, s. 268

konusu olayı değil onunla birlikte başka hususları da ortaya çıkarabilecek olanlara da genel mahiyette deliller olarak adlandırmıştır. Beyan ve belge müşahhas olaya münhasırken, belirti ise genel mahiyettedir¹⁴⁴.

Öztürk v.d. elde ediliş biçimine göre delilleri, muhakeme süjelerinin açıklamaları, yetkili kişilerce hazırlanan tutanaklar, özel yazılı açıklamalar, teknik araçlarla yapılan açıklamalar ve belirtiler olarak tasnif etmişlerdir¹⁴⁵.

Tosun ise dolaysız ve dolaylı, tarihsel ve eleştirisel, kişisel ve nesnel olmak üzere çeşitli tasniflerden bahsetmiştir. Kişisel delil olarak kişisel anlatım ve yazılı açıklamaları(belgeler) kabul ederken; bunların dışındakileri belirti delil olarak nitelendirmiştir¹⁴⁶.

Öztürk, doktrindeki genel kabullerin dışına çıkarak delilleri; açıklamalar ve izler olarak ikiye ayırmıştır. Kişiler, belgeler, görüntü ve ses kaydeden araçlarla dahi olsa, sözlü veya yazılı kişi anlatımları açıklama; olayla ilgili materyal, şekil baskı gibi araçlar da iz kategorisinde incelenmiştir¹⁴⁷.

Doktrinde en çok tercih edilen sınıflandırmada ise deliller, belge, beyan ve belirti olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁴⁸.

Birer ispat aracı olarak kullanılan delillerin, ispat güçlerine göre tasnifini yapmayı uygun buluyoruz. Bununla birlikte aslında yapılan bu tasnifin, tamamen mantıki bir çıkarım olduğunu, deliller arasında önyargı niteliğinde kabul edilebilecek bir hiyerarşi yaratmadığını da ortaya koymak istiyoruz. Bu doğrultuda delilleri doğrudan doğruya delil ve belirti¹⁴⁹ olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

İspat yetenekleri açısından yapılan tasnif, önceleri kanuni delil sisteminde kendine yer edinmiştir. Kanunen öngörülen deliller tek başlarına ispat aracı olarak kabul edilirken, öngörülmeyenler belirti(emare) olarak adlandırılmış; belirtilerin tek

¹⁴⁴ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 492, Centel/Zafer de beyan, belge ve belirti şeklinde tasnif yapmakla birlikte; kaynağı kişi olan (sanık, tanık, bilirkişi) ve kaynağı nesne olan (belge ve belirti) deliller ayrımının da yapılabileceğini vurgulamıştır. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 237 vd.

¹⁴⁵ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 294 vd., Benzer yönde Yurtcan delilleri sanık ve tanık beyanı, bilirkişi raporu, keşif, belgeler ve bant kayıtları olarak tasnif etmiştir. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 268 vd.

¹⁴⁶ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 739 vd.

¹⁴⁷ Cemal, Öztürk, “Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2006, s. 73

¹⁴⁸ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 563 vd.

¹⁴⁹ Dolaylı delil ya da yan delil olarak da nitelendirilmiştir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 563

başlarına ispat aracı olamayacakları, kanuni delillerle desteklenmeleri gerektiği savunulmuştur¹⁵⁰. Vicdani delil sistemini kabul eden ceza muhakememizde böyle bir kabulün mümkün olmadığı ve herhangi bir delilin tek başına hükme esas alınabileceği söylenebilir. Ancak belirtiler yapıları gereği tek başlarına muhakeme konusu olayı ispat etme yetenekleri olmadığından diğer delillere ihtiyaç duyarlar. Aslında ihtiyaç hakimde doğar zira belirti ile şüphesini yenmesi mümkün olmamaktadır. Yapılan mantıki bir çıkarımdır, yoksa bir delilin diğer delilden daha önemli olduğu sonucuna varılmamaktadır¹⁵¹. Eklemek gerekir ki beyan veya belge de olsa biz her türlü delilin belirti niteliğinde olabileceğini kabul ediyoruz¹⁵². Önemli olan ispat kuvvetinin, bir başka deyişle tek başına yargılama konusu olaya ilişkin şüpheyi bertaraf edecek güçte olup olmadığının tespiti. Tespiti yapacak olan ise mantığını ve tecrübesini kullanan hakimdir; böylece delillerin değerlendirilmesindeki serbestlik kuralına aykırı bir durum da oluşmaz. Buna uygun olarak, tek başlarına bir olayı ispat gücüne sahip olan doğrudan doğruya deliller ile ispat için diğer delillere ihtiyaç duyan belirti delilleri alt başlıklarda inceledik.

İncelemeye geçmeden önce ispat gücü bakımından yapılan ayrıma getirilen eleştiriden bahsetmekte yarar görüyoruz. Eleştiri sahibi görüşe göre; belirtilerin ispat yeteneklerinin yetersizliğine ilişkin yapılan çıkarımlar; deliller arasında hiyerarşi meydana getirmekte, kanuni delil sisteminde olduğu gibi ancak belirli nitelikteki delillerle hüküm kurulabilir hale gelmektedir¹⁵³. Eleştirileri haklı görerek kabul ettiğimiz tasnifte, belli bir takım delillerin muhakkak başka delillere ihtiyaç duyduğu, yani onların her şartta belirti olduğu çıkarımı yapılmamaktadır. Aksine her hangi bir delil belirti niteliğinde hakimin karşısına çıkabilir. Belirti olarak kabul edilmesinin sebebiyse onun mantık, tecrübe ve akıl yürütme kurallarıyla değerlendirildiğinde muhakeme konusu olayı çözümlenmede tek başına yetersiz kalmasıdır. Bu sebeple

¹⁵⁰ Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 493

¹⁵¹ Yenisey, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**”, s. 8

¹⁵² Örneğin muhakeme konusu olaya doğrudan şahit olmamış ama başkalarından duyduğunu anlatan tanığın ifadesinin, diğer delillerle desteklenmesi gerektiği söylenebilecektir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 59

¹⁵³ R. Barış Erman, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Ocak 2010, s. 688, Ünver/Hakeri de delilin iç tutarlılığının önemine vurgu yaparak, hiyerarşi oluşturacak bir tasnife karşı çıkmış; vicdani kanaat oluşturmasının değerli olduğunun altını çizmiştir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 63, 464

doktrindeki hakim görüşün aksine biz ses ve görüntü kaydeden araçlarla elde edilen bulguları her şartta belirti olarak kabul etmiyoruz. Belirti başlığı altında ayrıntılı açıklamalar yer aldığından konuyla ilgili yorumlarımızı bu noktada yeterli görüyoruz.

1. Doğrudan Doğruya Delil

Doğrudan doğruya deliller, muhakeme konusu asıl olayı, başka bir delile muhtaç olmaksızın ispatlama yeteneğine sahiptirler¹⁵⁴. Diğer bir delile muhtaç olmamaları, muhakeme konusu suçla ilgili olayı kesinlikle ispat eder, daha doğru bir ifade ile hakimde muhakkak kanaat oluşturur olarak algılanmamalıdır. Doğrusu, doğrudan doğruya deliller bir olayın nasıl gerçekleştiği konusunda tek bir yol gösterirler, ancak onları değerlendirecek olan hakim, yine de vicdani olarak ikna olmayabilecek, şüphesinden kurtulamayabilecektir. Örneğin sanığın mağduru bıçakladığını söyleyen bir tanık beyanı doğrudan doğruya delil olmasına rağmen, tanığın kişileri karıştırmasının başka delillerle ortaya çıkarılması halinde, beyan hükme esas alınmayabilecektir, bu sebeple doğrudan doğruya deliller de güvenilirliklerinin belirlenmesi için denetlenmeye muhtaçtır¹⁵⁵.

2. Belirti

Belirti kavramına ilişkin, mevzuatta veya Yargıtay kararlarında belirlenmiş ve kabul görmüş ortak bir tanım yoktur; bu sebeple anılan kaynaklardan kavramın içeriğinin belirlenmesi pek de mümkün değildir¹⁵⁶. İspat gücü kriterini temel alarak tanımladığımız belirtiler, muhakeme konusu vakıayı doğrudan ortaya çıkarabilecek mahiyette olmaktan ziyade, desteklendikleri diğer vasıtalarla gerçeğe ulaşmada yardımcı olurlar¹⁵⁷. Doktrinde genel mahiyetteki deliller¹⁵⁸ veya yardımcı deliller¹⁵⁹

¹⁵⁴ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 236, Yurtcan'a göre tanık beyanı, tek başına değerlendirmeye alındığında bir olayı ispatlama gücüne sahip olduğundan dolayı doğrudan doğruya delillerin başlıcalarından sayılmalıdır. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 258, Benzer yönde Yenisey de olayı doğrudan gören tanık beyanını doğrudan doğruya delil kabul eder. Yenisey, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**", s. 7

¹⁵⁵ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 237

¹⁵⁶ Belirti kavramının mevzuatta farklı kullanış biçimlerine dair ayrıntılı bir tarama için bakınız: Erman, "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti**", s. 679-685

¹⁵⁷ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 258, Güvenilirliklerinin araştırılması lazım geldiğinden, 'tenkidi delil' olarak da isimlendirilirler. Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 493, Centel/Zafer, dolaylı delil, yan delil ve delil başlangıcı olarak da adlandırdıkları belirtilerin, asıl olayı değil onunla

olarak da tanımlanan, tek bir yol göstermeyip bir çok çıkarıma ve yoruma müsait olan belirtiler, hakim tarafından serbestçe kullanılabilir¹⁶⁰. Ancak bir mantık zinciri içerisinde, hakimde oluşan şüpheyi ortadan kaldırması elbette onun işaret ettiği hususun tam olarak belirlenebilmesi ile mümkün olacaktır.

Belirtilerin muhakemedeki asıl işlevi, elde edilen doğrudan doğruya delillerin değerlendirilmesinde, onların işaret ettiği gerçekliğin üzerindeki şüphenin kaldırılmasında kendini gösterir¹⁶¹. Böylece doğrudan doğruya delil daha güvenilir ve sağlam bir hale geldiği gibi; belirtilerin kendine has belirsizlikleri ortadan kalkar ve artık onları değerlendiren şahsın önüne birden fazla yol açmaktan ziyade tek bir hakikati işaret etmeye başlar. Ekleme gerekir ki belirtilerin belirsizliği, sanığın cinayeti işleyen kişi olup olmadığı örneğindeki gibi, yargılamada ispat edilmek istenen esas olayın aydınlatılmasında ortaya çıkar. Başka bir deyişle örnek üzerinden konuşulursa cinayeti sanığın işleyip işlemediği konusunda net bir cevap vermez. Bununla birlikte belirtiler doğru inceleme yöntemleri ile muhakeme konusu olay hakkında olmasa da bir hakikat ortaya koyabilir. Belirti olay¹⁶² olarak da adlandırılan, belirtilerin tek başlarına ispat ettiği olaylara örnek olarak; bulunan saç telinin incelenmesi sonucu onun sanığa ait olduğunun tespit edilmesi gösterilebilir. Belirti niteliğinde olan saç teli bir gerçeği ortaya çıkarmıştır; bu da olay yerinde sanığın saç telinin bulunduğudur. Fakat öldürme fiilinin sanık tarafından gerçekleştirildiği, hatta sanığın olay yerinde bulunduğu dahi sadece bu bilgi ile ispat olunamaz. Saç teli oraya başka biri tarafından yerleştirilmiş de olabilir. İşte bunun gibi örneklerde, muhakeme konusu esas olaya yönelik, belirtinin işaret ettiği birçok

bağlantılı yan olayları ispat ettiklerini belirtmişlerdir. Ayrıca kanuni delil sistemini değil vicdani delil sistemini kabul eden ceza muhakememizde, belirtilerin diğer delillerle desteklenmesinin bir zorunluluk olmadığını, bu ihtiyacın sadece mantıksal bir çıkarım olduğunu vurgulamışlardır. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 236, 287, Öztürk v.d. göre, belirtilerde olduğu gibi her delil kural olarak desteğe ihtiyaç duymaktadır. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 330

¹⁵⁸ Feyzioğlu “**Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi**”, s. 20

¹⁵⁹ Yenisey, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**”, s. 9

¹⁶⁰ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 770

¹⁶¹ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 258

¹⁶² Belirtileri şekli olarak değil düşüncel içeriklerine göre tanımlayan Erman; onların ispat ettikleri olayları esas almıştır. Belirtiler, suçun tipikliğinin gerçekleştiği asıl olayı değil; asıl olayın gerçekleştiği yönünde şüphe doğuran, asıl olayı işaret eden belirti olayları ispat ederler. Erman, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti**”, s. 692, 693

çıkarımdan hangisinin gerçeğe uygun olduğunun belirlenmesi diğer delillerle desteklenmedikçe mümkün olmamaktadır.

Belirtiler, tarih boyunca ceza muhakemelerinde çeşitli hallerde ortaya çıkmıştır. Her biri yardımcı ispat aracı vasfını taşımakla birlikte, modern ceza muhakemesi hukukunda delilde bulunması gereken özellikleri taşımayan, delil niteliğinde kabul edilmez. Bu sebeple sanığın, onu tanıyanlarca kötü bilinmesi, ailesinin suça karışmış olması gibi yargılama konusu olayı yansıtmayan ve onu ispat edici nitelikten uzak bilgilere delil niteliği atfedilmez¹⁶³.

Bilimsel delil sistemine geçilmiş olmamasına rağmen bilimsel delillerin muhakemedeki önemi ve işlevi arttıkça belirtiler de bir o kadar değerli hale gelmektedir. Belirtiler çoğu zaman, onu inceleyen hakime bir şey söylemez, ona bir yol göstermez, gösterse dahi bunlar çok çeşitli olabilir ve bilimsel bir araştırma elzem hale gelebilir. Genelde bir kan lekesi, alet, parmak izi, saç, eşya gibi suçtan geriye kalan izler şeklinde ortaya çıkan belirtilerin ne anlattığı, bilimsel metodlar kullanılarak açığa çıkarılmaktadır. Bilimsel araştırma ve bilgi edinme yöntemlerinin güvenilirliği ölçüsünde, belirtiler ile ulaşılan sonuçlar da sağlamlaşmakta ve hakime ışık tutmaktadır. Bu sebeple bilimsel delillerin muhakemede daha fazla kullanılır olması ile belirtilerin hükme esas alınması sıklıkla başvurulan yöntemlerden olmaya başlamıştır¹⁶⁴. Birçok yargılamada tanık açıklamaları gibi gerçeğin bilerek veya bilmeyerek çarpıtılabildiği delillerden farklı olarak; güvenilir olduklarından belirtilerin gücü ve değeri artmaktadır¹⁶⁵.

Belge haline gelmiş herhangi bir sözlü veya yazılı açıklama niteliğinde olmadığı vurgulanarak, nesnelere hakikate dair konuşurulması manasında belirtilere dilsiz delil de denmiştir, başka bir söyleyişle kişisel anlatım dışındakilerin belirti olduğu söylenmiştir¹⁶⁶. Böylece belgelerin belirti olarak kabul edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır ki; bu çıkarım doktrinindeki beyan, belge ve belirti şeklindeki sıklıkla

¹⁶³ Feyzioğlu “Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi”, s. 23

¹⁶⁴ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme**, s. 10, Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 5

¹⁶⁵ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 331

¹⁶⁶ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme**, s. 9, Tosun’a göre diğer bir tanımlama ise açıklamalar ve belgelerin, temsil edici, belirtilerin ise gösterici delil olduğu şeklindedir. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 773, 767, Koca, olaydan kalan iz ve eserler belirti kabul edilerek, benzer çıkarımda bulunmuştur. Koca, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**”, s 219

tercih edilen delil tasnif sistemine de uygun bir sonuç olur. Anılan çıkarıma katılmadığımızı zikretmiştik. Öncelikle muhakeme sırasında hukuka uygun olarak meydana getirilmiş, arama tutanağı¹⁶⁷, tanık ifade tutanağı gibi belgelerin belirti oldukları söylenemez. Bunlar başka bir delile ihtiyaç duymaksızın ilgili oldukları olayı, ispat etme gücüne sahiptir. Ancak odasında ölü bulunan bir şahsın, yanında bulunan intihar mektubu belge olduğu gibi¹⁶⁸ aynı zamanda belirtidir. Ölen şahsın kendi el yazısı ile mi yazıldığına tespiti dahi başka bir delile muhtaçtır. Başka bir örnekte ise, hırsızlıkla suçlanan bir şahsın hırsızlık konusu malları satın aldığı gösterir sözleşme, tek başına bir olayı ispat edebilir olduğundan belirti niteliğinde değildir. Anlaşılabacağı üzere muhakeme sürecinde hukuka uygun meydana getirilenler dışındaki belgelerin, belirti niteliğinde olup olmadığı onun ispat gücü ile ilgilidir.

a. Ses Ve Görüntü Kayıtlarının Delil Olarak Değeri

Bazı delil türleri doktrinde ve Yargıtay kararlarında belirti niteliğinde kabul edilmekte ve diğer delillerle desteklenmeden hüküm kurmak için kullanılmayacağı savunulmaktadır. Bahsi geçen delillerden öne çıkarılacak ve tez konusu bakımından dikkat çeken; teknolojik gelişmelerin de yardımıyla kuşkusuz ses ve görüntü kaydeden cihazlarla elde edilen delillerdir. Ses kayıtlarının, özel bir yazma yöntemi kabul edilerek belge niteliğinde olduğu savunulmuştur¹⁶⁹. Daha çok desteklenen diğer görüşe göre, kayıtların tek başına bir olayı ispat yeteneği olmadığı düşünülerek belirti olduğu belirtilmiştir¹⁷⁰. Özellikle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin

¹⁶⁷ Tosun, vasıtasızlık ilkesi gereği hakim tutanağı tutan kolluğu dinlemesi gerekeceği için, kolluk tutanaklarının alelade ve dolaylı delillerden olduğunu savunur. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 761

¹⁶⁸ Düşünsel içerik ihtiva eden her türlü yazılı nesne belge delili olarak kabul edilebilir. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 311, Muhakeme sırasında tutulan tutanaklar kadar, tehdit veya hakaret mektubu gibi nesnelere de belge niteliğindedir. Koca, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”**, s. 217

¹⁶⁹ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 766, 768, Öztürk v.d. tarafından, delil olarak kullanılabilir bir düşüncüyü içerdiği için belge olarak kabul edilmiştir. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 327

¹⁷⁰ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 5, Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 406, Centel/Zafer'e göre ses kayıtları keşfe konu olur. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 457, Yurtcan'a göre ise belgeler tek başlarına ispat yeteneğine sahiptirler, bant kayıtları ise bu yeteneğe sahip olmadıklarından belge olarak kabul edilmemelidirler. Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Yenisey/Altunç da kayıtları belirti delili kabul eder ve keşfin konusu olarak görürler. Feridun Yenisey, Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: 2, Ankara, 2008, s. 1308, Kaymaz ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yöntemlerini tek tek ele alarak, sadece iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilenler kullanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağını

denetlenmesi tedbiri ile elde edilen kayıtlar bakımından yapılan çıkarımda; beyan ve ikrar, şüpheli veya sanığa hakları hatırlatılması şartıyla delil olarak değerlendirilebilirken, iletişimi gizlice denetlenen kişiye ait kayıtların tek başına delil değerinde olamayacağı savunulmuştur¹⁷¹. Maddi olayı yansıtmaktan ziyade düşünce açıklaması niteliğindeki ses kayıtlarının desteklenmesi gerektiği eklenmiştir¹⁷². Fotoğraf ve görüntüler de, bir olayı tam olarak ispat edemediği için belirti niteliğinde kabul edilmiştir¹⁷³. Delillerin, belirti olarak dahi kabul edilmesi ise öncelikle güvenilirliğinin sağlanması ile mümkündür, bu yönde teknik olarak sağlamlığı güvence altına alınmalıdır¹⁷⁴.

Zıt yönde görüş olarak, ses ve görüntü kayıtlarının, birlikte veya tek tek elde edilmesi hallerinde dahi bunların tek başlarına bir olayı ispat eder nitelikte olduğu,

savunmuştur. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 457, 458, Benzer yönde Yargıtay da telefon görüşme kayıtlarını belirti olarak kabul etmiş ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. *“Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre mahkeme kararıyla, dinlemeye elverişli suçlardan dinlenen sanıklar M.K., M.D.ve E.S. ile bu sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, savunmalarının aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması ve ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet kararı verilmesi,”* Yargıtay 8. CD. 2009/417 E., 2009/6705 K., 12.05.2009 karar için bkz. Şen, **“Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü”**, s. 35, *“Sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine dair, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatları yerine yazılı şekilde kabul edilerek ceza tayin edilmesi,”* Yargıtay 8. CD. 2008/13862 E., 2009/479 K., 22.01.2009

¹⁷¹ Ersan Şen, “Ceza Yargılama Süreci”, **TBB Dergisi**, Sayı: 97, 2011, s. 287, Susma hakkı temel alınır, ikrarın bir nevi kanuni delile dönüşeceği; ses kayıtlarının delil olarak kabul edilmesi gerektiği ancak olayı tam olarak yansıtmadığı için ispat kuvvetinin bazı durumlarda zayıf olabileceği yönünde eleştiri için bkz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 446

¹⁷² Şen, **“Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü”**, s. 31

¹⁷³ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 768, 769, Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 16, Anayasa Mahkemesi 1971/41 E. 1971/67 K. 19.08.1971 Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 313, Yenisey, Altunç, **“İletişimin Denetlenmesi Hakkında”**, s. 1319, Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 449

¹⁷⁴ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 327, Centel/Zafer sağlamlığa ek olarak özel hayatın çekirdek kısmına müdahale etmemeyi de aramışlardır. Güvenilirliği teknik olarak kanıtlanmış bir ses veya görüntü kaydının ise ispat gücünün zayıf olmadığını savunmuşlardır. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 283, 284, Yargıtay da ses kayıtlarının güvenilirliği için bilirkişiden rapor alınması gerektiğini belirtmiştir. *“Hükme dayanak yapılan iletişim tespit tutanaklarının getirtilerek sanıklara okunması ve gerektiğinde ses kayıtlarının dinletilerek diyeceklerinin sorulması, görüşmelerin kendilerine ait olmadığını belirtmeleri halinde ses örneklerinin alınması ve ses kayıtlarının sanıklara ait olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nde veya uzman bir kurum ya da kuruluşa ses analizi yaptırılarak rapor alınması; görüşmelerin sanıklara ait olduğunun belirlenmesi halinde ise her sanığın telefon konuşması ayrı ayrı irdelenip değerlendirilerek, hükme esas alınanların açıkça belirtilmesi gerektiği gözetilmeden...”* Yargıtay 10. CD, 2011/86 E., 2011/4387 K., 5.5.2011 (www.lexpera.com.tr)

hükmün sadece bu tip delillere dayanılarak kurulabileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle kayıtların belirti niteliğinde değil doğrudan doğruya delil olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Kabule götüren şartlar ise kayıtların hukuka uygun elde edilmeleri ve üzerlerinde tahrifat yapılmamasıdır ki bu da onların güvenilir olmasını gerektirmektedir. Şartlardan biri sağlanmadığı halde ise kayıtların belirti olarak bile kullanılmasının mümkün olmadığı da eklenmiştir¹⁷⁵. Görüşün isabetsizliğini ortaya koymak gerekirse; ses ve görüntü kayıtlarının veya herhangi bir delilin güvenilirliği, delil olarak kabulleri ve onların ispat güçlerinin belirlenmesi birbirinden farklı çıkarımlardır¹⁷⁶. Bir tanık beyanı da güvenilir olmayabilir, gerçeği yansıtmayabilir. Buna rağmen beyanın delil olmadığı söylenemez; hakim diğer delilleri de göz önünde tutarak onun güvenilirliğini belirleyecektir¹⁷⁷. Ancak belirtmek gerekir ki gerçeği hiçbir surette yansıtmayan, sahteliği tam olarak sabit görülen bir kaydın ya da görüntünün kullanılması mümkün değildir. Zira bu halde olayı yansıtmadığından delil olarak dahi nitelendirilmez.

Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre ise ses ve görüntü kayıtlarını her koşulda belirti kabul etmek buna bağlı olarak da diğer delillerle desteklenmesi gerektiğini savunmak doğru değildir¹⁷⁸. Her delil gibi ses ve görüntü kayıtları da belirti niteliğinde ortaya çıkabileceği gibi, tek başına hüküm kurmada kullanılacak mahiyette de olabilir¹⁷⁹. Diğer bir deyişle tek başına hükme esas alınabileceği gibi diğer delillerle desteklenmesi gerekebilir. Örneğin uyuşturucuları bir hafta sonra alıcıya teslim edeceğini telefon konuşmasında söyleyen şüpheliye ait

¹⁷⁵ Koca, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**”, s. 218, Şen de değiştirilen veya üretilen kayıtların hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Şen, “**Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü**”, s. 30

¹⁷⁶ Erman, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti**”, s. 690

¹⁷⁷ Yıldız’a göre, bilirkişi incelemesi sonucu kayıtların güvenilirliği sabitse kullanılmalı, sahteliği veya müdahale edildiği kesinse değerlendirilmemelidir. Şüpheli bir durumda ise diğer delillerle birlikte nazara alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Ali Kemal Yıldız, “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s. 257

¹⁷⁸ Erman, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti**”, s. 700, 701

¹⁷⁹ Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 143, Kartal’a göre ise, denetimin kim tarafından hangi şartlar altında yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlendiğinden ve kayıtlara sonradan müdahale yapıldığı da teknolojik olarak tespit edilebileceği için, kayıtlar belirti değil, delil olarak kabul edilmelidir. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 70, Benzer yönde çıkarımda bulunan Yıldız’ın verdiği örnekte, hakaret niteliğinde sözler içeren ses kaydı doğrudan doğruya delil olarak değerlendirilebilir. Yıldız, “**Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu**”, s. 261, Ünver/Hakeri de, ses kayıtlarının tek başlarına delil olarak değerlendirilebileceğini savunmuşlardır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 446

ses kaydının diğer delillerle desteklenmesi gerekebilir. Bununla birlikte şüphelinin, maktulü silahla vurarak öldürdüğü görüntülerin olması halinde, muhakeme konusu olayı açıkça ispat eder nitelikte olduğundan tek başına hükme esas alınabilir.

b. Belirtilerle İspat

Belirtiler ile vaka ispatında yapılması gereken, belirti delili tanımlanırken de belirtildiği üzere; diğer delillerin belirtiler ile desteklenmesidir. Ayrıca belirtiler de diğer delillerle desteklenmelidir. Böylece belirtiler, delil olmalarından dolayı sahip oldukları ispat vasıtası özelliklerinin yanı sıra kendilerinin de ispat edilmesi gerektiğinden ispat unsuru niteliğindedirler¹⁸⁰. Kendilerinin ispat edilmesinden kasıt ise, muhakeme konusu asıl olayla ilgili söylediklerinin aydınlatılmasıdır. Yoksa belirtilerin ispat ettiği olaylar vardır; silahtaki parmak izinin sanığa ait olduğunun bilimsel inceleme sonucu sabit olması gibi. Bu noktada belirtiler ile olayın çözümlenmesinde, hakimin ve onun başvuracağı bilirkişinin rolü oldukça önemlidir. Balistik, adli tıp gibi uzmanlık gerektiren incelemelerde, hakim, belirtiden ispat işini bilirkişiye bırakmış gibi dursa da, asıl ispat ona düşmektedir. Zira bilirkişi belirtinin ortaya koyduğu gerçeği açığa çıkarsa da; belirtiden sonuç çıkarmasına yarayacak diğer tüm delillere sahip hakim maddi gerçeğe ulaşacaktır.

Bu noktada öncelikle cevaplanması gereken, temel amacına uygun kullanılmayan belirtilerin ispat açısından akıbetinin ne olacağıdır. Başka deyişle diğer delilleri desteklemeyen veya destek alacağı delil bulunmayan belirtiler ispat vasıtası olabilecek midir? İlk sorunun cevabı için belirtilerin işlevi dikkate alınmalıdır. Değinildiği üzere belirtiler, asıl olayla ilgili birçok ihtimal ortaya koyar, böylece aslında tek başına hakikati işaret etmez. Bu sebeple desteklenmediği aksine diğer delillere ters düştüğü noktada, güvenilirliğini kaybederek, maddi gerçeğe ulaştırmada yetersiz kalır.

İkinci sorun, çözümlenmesi daha zor problemler ortaya çıkarabilir. Zira doğrudan doğruya delillerin olmadığı bir yargılamada belirtilerin de görmezden gelinmesi muhakemeyi sonuçsuz bırakmak olacaktır. Muhakemede elinde sadece belirtiler olan hakimin onlardan yararlanamaması, sadece onlarla hüküm kuramaması halinde her durumda beraat kararı vermesini pek de yerinde bulmayan görüşe göre;

¹⁸⁰ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 774

hakim, aynı doğrultudaki birden fazla belirtiyi değerlendirip, çıkarımında kalan şüpheli boşlukları da karinelerle ve tecrübeye dayalı doğru bir akıl yürütmeyele doldurarak hüküm kurabilmelidir¹⁸¹.

Sadece belirtiler kullanılarak vicdani kanaate ulaşılabileceğini kabul eden başka bir görüş ise; asıl olayı değil, asıl olayın nasıl gerçekleştiği konusunda fikir veren belirti olayları ispat eden belirtilerin, mantık ve bilimsel veriler kullanılarak incelenmesi ile hüküm kurulabileceğini savunur. Belirti ispatı da denen bu halde, belirti olayların birbirini destekler ve kesintisiz olması, asıl olayla bağlantısının kurulması ile maddi gerçek hakkında şüphe ortadan kaldırılabilir. Hüküm kurmada kullanılan belirtilerle ilk başta ispat edilen belirti olayların ise sabit olması şarttır¹⁸². Belirti olayların sabit kabul edilmesinin en güvenilir yolu elbette bilimsel yöntemlere başvurmaktır.

C. Tesadüfen Elde Edilen Delillerle İspat

Tesadüfen elde edilen deliller, muhakeme öncesi veya sonrası planlananın dışında ele geçtiği için; eğer ilgili olduğu suç hakkında halihazırda ceza muhakemesi yürütülüyorsa, ilk olarak başlangıç şüphesi oluşturacak bilgi olarak değerlendirilir. Bu noktada tesadüfen elde edilen delilin ispat aracı olarak kullanılması söz konusu değildir; soruşturmaya başlanılabilmesi için şüphe uyandırması yeterli olacaktır. İhbar niteliğinde olan bu delilin hukuka uygunluğunun dahi önemsiz olduğu savunulmuştur¹⁸³.

Soruşturma açıldıktan sonra ise tesadüfen elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilirliği ve özellikle hükme esas alınıp alınamayacağı gündeme gelecektir. Elbette bu deliller tedbirin uygulandığı ceza muhakemesine konu suçlarla ilgili olarak veya hali hazırda yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma hakkında ortaya çıkabilir. Bu noktada tesadüfi deliller, elde edilmesinde hukuka aykırılık olmadığı sürece serbestçe değerlendirilebilecek ve hükme esas

¹⁸¹ Feyzioğlu'na göre cinsel saldırı gibi doğrudan doğruya delillerin elde edilmesinin çoğunlukla pek mümkün olmadığı suçlara ilişkin yargılamalarda; belirtiler, sanığı teşhis edebilen mağdur beyanlarını doğrulamak için kullanılabilir. Teşhis edilemese dahi birbirini doğrulayan ve tamamlayan benzer yöndeki belirtilerle şüphe ortadan kaldırılabilir. Feyzioğlu **“Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi”**, s. 22, 32, 39

¹⁸² Erman, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti”**, s. 696, 697, 701

¹⁸³ Kartal, **“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 116

alınabilecektir. Diğer bir deyişle uygulanan ceza muhakemesi işlemleri hukuka uygunsa, tesadüfen elde edilen deliller de hukuka uygun olarak ceza muhakemesinde kullanılabilir, meğer ki değerlendirme yasağı öngörülmuş olsun.

Kavramın düzenlendiği telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sırasında elde edilen kayıtlar belirti niteliğinde kabul edildiği için, Yargıtay tesadüfen elde edilen kayıtların da hükme tek başlarına esas alınamayacakları sonucuna ulaşmıştır¹⁸⁴.

Tesadüfen elde edilen deliller, hakim kararı olmadan kişilerin iletişiminin denetlenemeyeceği kuralına istisna olduğu için dar bir çerçevede değerlendirme yapmak gerektiği savunulmuştur. Görüşe göre elde edilenler açılmış veya açılacak soruşturma kapsamında denetlenmeli, diğer delillerle desteklenmelidir¹⁸⁵. Delillerin özellikle üzerinde aldatıcı değişiklikler yapılabilecek mahiyette olan ses kayıtlarının güvenilirliği ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde olayı yansıtmadığından delil değeri dahi atfedilmesi mümkün değildir. Ancak bu tespit tüm deliller açısından yapılmalıdır. Sırf istisnai bir düzenlemenin konusu olması, bir delilin sağlamlığını etkileyen ve diğer delillerle desteklenme ihtiyacını doğuran bir sebep değildir.

Tesadüfen elde edilen deliller, ispat etmede kullanılacakları olayı doğrudan sabit gösterme kabiliyetinde olabilecekleri gibi belirti niteliğinde de ortaya çıkabilirler. Güvenilirliği ispatlanmış bir görüntü kaydında failin silahla hasmını vurmasının görülmesi halinde, hükme tek başına esas alınabilecektir. Bununla birlikte arama sırasında rastlanan bir kan lekesi diğer delillere ihtiyaç duyacaktır. Önceki başlıklarda açıklandığı üzere tesadüfen elde edilen delilin de, belge, beyan, ses ve görüntü kaydı olması onun ispat değeri üzerinde etki yaratmaz. Delilin

¹⁸⁴ “Dairemizin 06.02.2006 tarih ve 2008/8783 esas - 2009/437 karar sayılı ilamında açıklandığı gibi, sanığın bu suçtan mahkeme kararı ile dinlenmediği, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6, 8 ve CMK'nun 138 ve 217/2 maddeleri bağlamında tesadüfen elde edilmiş ve belirti kanıt niteliğinde bulunan tanık J. ile yaptığı iletişimin tespitinin tek başına cezalandırılmasına yeterli olmayacağı gibi iletişimin tespiti sırasında söylendiği ileri sürülen sözlerin olayın oluşumu ile uyummadığı, kendisine haber verildiğinde tanıklar huzurunda olayın ailesi bakımından bir felaket olduğunu söylediği dikkate alındığında, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi gereğince beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 1. CD., 2009/9850 E., 2010/5254 K., 06.07.2010 (www.lexpera.com.tr)

¹⁸⁵ Yenisey, Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, s. 1318, Yasin Sezer, Ali İhsan İpek, Engin Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 153

değerini belirleyecek olan hakimdir ve herhangi bir tesadüfi delili tek başına hükme esas alabilir.

Ceza muhakemesinde kullanılacak delillerden biri de ikrardır. İkrar, failin suçu işlediğini sözlü veya yazılı olarak iletmesidir. Tesadüfen elde edilen delil kavramının düzenlendiği telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında, elde edilen delillerin ikrar delili olarak kullanılabilirliği üzerinde durmak gerekmektedir. Bu husus Ceza Muhakemesi Kanunu çalışmalarında da kendini göstermiştir. Kanunun 2001 Tasarısının 108/3 maddesinde, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtların, sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür. Gerekçesinde ise şüpheli veya sanığa susma hakkı tanıldıktan, isnat açıklandıktan sonra, hür iradesiyle yapılan açıklamanın ancak ikrar olarak kabul edilebileceği ve delil olarak değerlendirilebileceği zikredilmiştir¹⁸⁶. Doktrinde de bu görüş benimsenmiş¹⁸⁷, bu fıkra kanuna dahil edilmese de; fıkra yapılan çıkarımın, doğal bir sonuç olduğuna işaret edilmiştir¹⁸⁸. İkrarın kural olarak ancak hakim huzurunda yapılabileceği belirtilerek görüş desteklenmiştir¹⁸⁹. Gerekçenin devamında ise ikrar doğrudan ispata elverişli bir delil kabul edilirken, denetim sırasında suç itirafına ilişkin kayıtların ancak belirli

¹⁸⁶ Anglo-Amerikan hukukunda ise hakları hatırlatılmadan elde edilen ikrarın, bazı durumlarda kullanılabilirliği kabul edilmiştir. Tartışılan örnekte şüpheli yakalandıktan sonra susma ve müdafiden yararlanma hakkı kendisine bildirilir. Şüpheli müdafiiyle görüşür ve susma hakkını kullanır. Şüpheli tutuklanır ve tutuklu olarak duruşma gününü beklemekte iken, kolluk şüphelinin hücre arkadaşı ile anlaşır, üzerine kayıt cihazı yerleştirir. Şüpheli hücre arkadaşına suçu işlediğini anlatır, arkadaşı ise bu anlatılanları kaydeder ve kolluğa verir. Bu olayda üzerine cihaz yerleştirilen kişi, sorgulama yapmadığı sürece ayrıca hakların hatırlatılmasına gerek olmadığı, sohbet içinde açıklananların ikrar olarak kullanılabilirliği kabul edilmiştir. Optican, “**Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar**”, s. 72-75

¹⁸⁷ Karagöz, Birtek, “**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 109, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 449

¹⁸⁸ Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 27, İletişimin denetlenmesi gibi gizli soruşturma tedbirlerinin susma hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ölçsüz müdahale niteliğinde olabileceği yönünde bkz. Hans-Jörg Albrecht, “**Almanya’daki Gizli Soruşturma Tedbirleri Hakkında**”, Çev. Feridun Yenisey, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu Ve Ceza Hukuku (Criminal Law In The Global Risk Society)**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 529 vd. , Centel/Zafer ise, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen ikrarın, ifade alma yöntemine istisna olarak yorumlanabileceğini belirtmişlerdir. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 457

¹⁸⁹ Görüş sahibi Kaymaz’a göre, CMK m. 213/1 ve 314/1-c uyarınca ikrar hakim huzurunda yapılır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 465

olabileceği ve diğer delillerle desteklenmeden tek başlarına ispat için kullanılamayacağı belirtilmiştir¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Benzer çıkarımlar için bkz. Şen, “Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü”, s. 31

İKİNCİ BÖLÜM

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE VE ÖNCESİNDE GÖRÜNÜMÜ

I. İDARİ TEDBİRLER KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Suç şüphesi oluşup da yetkili makamlarca öğrenilmesinden itibaren başlayan soruşturma ve onu takip eden kovuşturma evresinde, ceza muhakemesinin sağlıklı yürüyebilmesinin sağlanması ve buna uygun olarak delil elde edilmesi adına çeşitli adli tedbirler kanunen öngörülmüştür. Anılan tedbirler ceza muhakemesi sürecinde uygulama alanı bulur. Bununla birlikte muhakeme öncesinde de suçun meydana gelmesinin önlenmesi için idari faaliyetler yürütülmektedir. Önleme tedbirleri olarak da adlandırılan¹⁹¹ bu idari tedbirler¹⁹², adli tedbirlerden farklı olarak soruşturma ve kovuşturma evresinde değil, belirli bir olaya ilişkin suç şüphesi oluşmadan, suçun ortaya çıkmasını engelleyici, genellikle hazırlık aşamasındaki suçların meydana

¹⁹¹ Kunter önleme tedbiri ile koruma tedbiri kavramlarını “tehlike tedbiri” başlığı altında toplamıştır. Tehlike tedbiri, zarar doğma ihtimaline karşı alınan tedbirleri ifade etmektedir. Uzak zarar tehlikesi mevzu bahis olduğunda önlenmeye çalışıldığı için önleme tedbiri uygulanır, yakın tehlike halinde ise önlemek mümkün olmayacağından sonuçtan korunmak gerekmektedir. Nurullah Kunter, “Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyatı Haciz”, **İÜHFİM**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 28, Benzer yönde bkz. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 261, Birtek, “suç önleyici tedbir” kavramını tercih etmiştir. Fatih Birtek, “İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 16, Ağustos 2011, s. 110, Arslan ise suç önleyici istihbarat faaliyetlerinin “suç öncesi araştırma evresi” veya “ön alan soruşturmaları” şeklindeki tanımlarına dikkat çekmiştir. Çetin Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 22, Eylül 2011, s. 11, “Ön alan soruşturmaları” kavramını tercih eden Özbek, kolluğun gelecekte meydana gelme ihtimali olan tehlikeleri önlemek amacıyla tedbir alması olarak kavramın içeriğini doldurmaktadır. Veli Özer Özbek, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” **DEÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, s. 58, Almanya’da istihbarat birimlerinin yanı sıra, ceza muhakemesi kanununa (StPO) yapılan eklemelerle, polise de verilen bu yetkiler ve çalışmalar; “ön alan araştırmaları”, “tehlikenin önlenmesi” olarak da adlandırılmıştır. Albrecht, “**Almanya’daki Gizli Soruşturma Tedbirleri Hakkında**”, s. 522

¹⁹² Suçu meydana getirecek tipiklikte yer alan icra hareketleri başlamadığından, bu süreçte adli kolluk değil idari kolluk yetkilidir. Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 68, İdari kolluk ve askeri kolluk terimleri sırasıyla muhakeme dışı ve muhakeme ile ilgili olmayı anlatır. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 349, Tosun da, PVSK ile suç öncesi kolluğa verilen arama yetkisi kapsamında yürütülen faaliyetleri idari olarak nitelendirmiştir. Tosun, **Türk Suç Muhakemesi**, s. 890, Benzer yönde bkz. İbrahim Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayıncılık, s. 26, Adli kolluk ise CMK m. 164 ile tanımlandığı üzere, soruşturma işlemlerini yapan görevlilerdir. Soruşturma işlemlerinin düzenlendiği 160 ve devamındaki maddelerin birçoğunda Cumhuriyet Savcısının emir ve talimatları doğrultusunda soruşturma işlemleri yapan kolluk görevlileri adli kolluk olarak tanımlanmıştır.

gelmesini, netice doğurmasını bertaraf etmek, bu doğrultuda kamu güvenliğini sağlamak adına idari olarak yürütülen faaliyetlerdir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile ortaya konulan tesadüfen elde edilen delil kavramı, her ne kadar soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmama kıstasını temel almış olsa da; kabul ettiğimiz tanımda, amaç, plan ve öngörü dahilinde olmadığı halde elde edilmeyi yeterli görmekteyiz. Suçların önlenmesi amaçlı yürütülen faaliyetlerde belirli bir adli olay incelenmese dahi, belirli bir takım suçları meydana getirebilecek ortaya çıkmamış ama vukuu bulabilecek ve suç niteliğine bürünebilecek olayların gerçekleşmesinin engellenmesi hedeflenmektedir. Bir başka deyişle amaç, ortaya çıkmış bir olayı aydınlatacak delillere ulaşmak değil; suç meydana getirebilecek bir olayın ortaya çıkmasını engellemek için bilgilere ulaşmak ve önleme faaliyetinde bulunmaktır¹⁹³. Amaç suçun önlenmesi olduğu için, bir suç ile ilgili elde edilen her türlü delil artık tesadüfi olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile öngörülen tedbirlerin tatbiki için sağlanması gereken birçok şart, önleme tedbirleri için aranmamaktadır. Bu sebeple uygulama alanları çok daha fazladır. Önleme tedbirlerinin bu geniş faaliyet sahası ve yoğun tatbiki sırasında tesadüfen birçok delile ulaşılabileceği de söylenebilir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve ilgili diğer kanun ve yönetmelikler kapsamında, kolluk, suçun işlenmesini önlemek ve oluşabilecek tehlikeleri engelleyerek kamu düzeninin sağlanması adına birçok yetki ile donatılmıştır. Yetkisi kapsamında kolluğa çeşitli delil elde etme yöntemleri de sunulmuştur. Bu yöntemlerden temel hak ve özgürlüklere daha fazla müdahale içeren, önleme araması ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbirleri incelenmiştir. Bu tedbirlerin dikkate alınmasında, tesadüfen elde edilen deliller kavramının, arama ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri açısından öngörülmesi de etkili olmuştur. Anılan tedbirlerin adli olarak tatbikinde elde edilen tesadüfi delillerin görünümünün; idari olarak yürütüldüğünde de ortaya çıkabilecek olması sebebiyle tercih edilmişlerdir.

¹⁹³ Önleyici faaliyetler ile adli faaliyetlerin ortak değil, ayrı amaçları olduğu konusunda bkz. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 304-307

A. Önleme Araması Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Suç öncesi arama yapılabilecek çeşitli haller hem Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu hem de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bu halleri, hakim kararı veya mülki amirin yazılı emri gereken ve gerekmeyen olmak üzere temelde ikiye ayırmak mümkündür. Karar veya yazılı emir olmaksızın arama yapılabilecek haller, idari kolluğun genel denetimi çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlerden oluşur¹⁹⁴; diğeri ise önleme araması olarak adlandırılır ve uygulanması için bu hususta karar veya yazılı emrin bulunması temel şartlarındandır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 18 ile herhangi bir karar veya yazılı emir olmaksızın şartları oluştuğunda kolluğun kendiliğinden denetim yapabileceği haller düzenlenmiştir. Her ne kadar Yönetmeliğin “Önleme Aramaları” başlıklı üçüncü bölümü altında öngörülmüş olsa da; m. 18 yöntem olarak aramadan ziyade, genel güvenlik ve asayişin sağlanması için mekanların denetimi, kimlik, ehliyet ve pasaport kontrolü gibi kolluğa verilmiş genel denetim hallerini ihdas etmiştir. Dolayısıyla kolluk tarafından yapılacak denetimin aramaya dönüşmemesi gerekir, aksi durumda arama için Anayasa, kanun ve yönetmelik tarafından aranan şartlar etkisiz kılınacak, işlemler hukuka aykırı elde edilenler kanunsuz olacaktır¹⁹⁵. Buna rağmen denetim sırasında da, amaç dahilinde olmasa da delile rastlanması mümkündür.

Karar veya yazılı emir bulunmadan kolluğun denetim yapabildiği bir diğer hal, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 27 ve PVSK m. 4/A ile birbirine oldukça benzer içerikli hükümlerle öngörülmüştür. Esasen kolluğun tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlara göre resen uygulanabilecek bu denetim şeklinin amacı, hem önleyici hem de adli süreci kapsamaktadır. Zira suç faillerini yakalamak kadar suçların önlenmesi de hedef dahilindedir. Her iki düzenleme uyarınca kolluk, araçları

¹⁹⁴ Uygulanan yöntemler arama değil, idari denetimdir. Bu sebeple dayanağının Anayasa m. 20 ve 21 değil, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabilceğini öngören m. 13 olduğu belirtilmiştir. Bundan dolayı karar veya yazılı emir olmaksızın kanunla öngörüldüğü sürece bu tedbirler uygulanabilmektedir. Şemsettin Aksoy, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 80, Yenisey de denetimin ve kimlik sormanın teknik anlamda arama olmadığını kabul etmektedir. Feridun Yenisey, “Yeni Arama Hukukumuz”, **Polis Dergisi**, Sayı: 37, 2003, s. 7

¹⁹⁵ Ali Kemal Yıldız, “Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması”, **Polis Dergisi**, Sayı: 36, 2003, s. 254, 255

veya kişileri durdurup kimlik ve bulundurulması gereken diğer belgelerin kontrolünü yapabilecektir. Bunun yanı sıra PVSK, silah veya tehlike oluşturabilecek bir eşyanın varlığı hususunda şüphe meydana geldiğinde gerekli tedbirlerin alınmasına cevaz verirken; Yönetmelik ayrıca kaba üst araması olarak da adlandırılabilir yoklama biçiminde bir kontrole ve bu yönde yeterli şüphe oluştuğunda silah ya da diğer bir suç eşyasının aranmasına yetki tanımaktadır¹⁹⁶.

Nihayet karar veya yazılı emir gerekmezden kolluk tarafından arama yapılabilen son hal de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 25 ile hükümlenmiştir. Belirli nitelikte binalara ve ulaşım araçlarına giriş-çıkışlar ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim hallerinde, kişilerin üstlerinin, eşyalarının ve araçlarının, karar ve yazılı emir olmadan arama yetkisi madde ile kolluğa verilmiştir¹⁹⁷.

Hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle icra edilebilen önleme araması da hem kanun hem de yönetmelikte kendine yer bulmuştur¹⁹⁸. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 19 ve 20, PVSK m. 9 ile düzenlenen önleme araması; kanuna göre tehlikenin ve suç işlenmesinin önlenmesi, yönetmeliğe göre ise önlemenin yanı sıra milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile taşınması ve bulundurulması yasak eşyaların tespiti amacıyla yönelik olarak uygulanabilecektir. Bu doğrultuda yine anılan maddeler ile öngörülmüş olan yerlerde kişilerin üstleri, araçları, özel kağıtları ve eşyaları günün her saati aranabilecektir. Bununla birlikte önleme aramasının konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde yapılması mümkün değildir¹⁹⁹.

Önleme araması kararı veya yazılı emir verilebilmesi için, Yönetmeliğin 20. maddesinde belirtildiği üzere makul sebebin, tedbirin amaçlarından en az birinin ve

¹⁹⁶ PVSK 4/A'nın uygulanması sırasında, kimliği belirlenemeyen kişilerin üzerlerinin aranabileceği kabul edilmiştir. Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, s. 43, Yenisey, yoklama şeklinde bir incelemeyi, arama olarak nitelendirmemektedir. Yenisey, "**Yeni Arama Hukukumuz**", s. 7

¹⁹⁷ Maddede sayılan hallerin fiili zorunluluk ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlardan ibaret olduğu vurgulanmıştır. Yıldız, "**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması**", s. 255

¹⁹⁸ Önleme aramasının görünümüne diğer kanunlarda da rastlanmak mümkündür. Örneğin Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m. 15/A uyarınca tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi için erbaş ve erler hakkında üst ve eşya araması yapılabilir.

¹⁹⁹ Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, s. 28, Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 47

tehlikenin meydana geldiğini gösteren belirlemeler yapılmalıdır. Makul sebebin belirlenmesinde ise, aramanın yapılacağı, yer, zaman ve ilgili kişi, arama konusu eşyanın niteliği gibi hususlar dikkate alınacaktır²⁰⁰.

Diğer kanunlarda yer alan tehlikenin önlenmesi için yapılan aramalar da bu kapsamda kabul edilmelidir. Örneğin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 21 hükümlülerin kendilerine veya başkalarına zarar vermelerini önleyici aramaları ve kontrolleri, m. 86 ise ceza infaz kurumlarına giriş yapacak kişilerin teknik bir takım aletlerle ve gerektiğinde elle aranmasını öngörmektedir. Anlaşılacağı üzere bu uygulamalar ile herhangi bir delil elde etmek amacı yoktur, aksine suçun veya tehlikenin önlenmesine hizmet eder.

İdari yöntemler olarak kolluğa tanınan denetim yolları ve önleme araması, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlakın, kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve bu doğrultuda suç ve tehlikenin önlenmesi amacıyla yönelik olarak tatbik edilir.

Suç ortaya çıkmamıştır ve bu yönde bir şüphe de oluşmamıştır. Önleme aramasının uygulanması için aranan makul sebep, bir tehlikenin ortaya çıktığını işaret eder niteliktedir. Kolluğa kaba üst araması gibi yetkiler tanıyan diğer denetimler bakımındansa, yöntemi uygulayan kolluğun tecrübesine göre tehlikeli bir halin varlığı saptanmıştır. Böylece herhangi bir suç mevzu bahis olmadığından, suça yönelik diğer bir deyişle suçu meydana getiren vakıanın ve kişilerin tespitine ilişkin bir çalışma da yürütülmez. Vakıayı ispatta kullanılacak delil araştırması da yapılmaz. Nitekim önleme araması kararında veya yazılı emrinde tehlike sebepleri ortaya konur, belirli kişiler veya eşyaların ele geçirilmesinden bahsedilmez²⁰¹. Kanun ve yönetmelikle belirlenmiş değerlerin korunması için tehlikenin ve suçun bertarafı amaçlanır, delil elde etmek değil²⁰².

²⁰⁰ Yıldız, “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması”, s. 254, Makul sebepler tehlikenin var olduğunu somut bir şekilde gösterir. Mesut Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 39

²⁰¹ Yenisey, “Yeni Arama Hukukumuz”, s. 7, 8

²⁰² Önleme araması sırasında tehlike oluşturan eşyaların ele geçirilmesi amacıyla hareket edilmektedir. Feridun Yenisey, “Arama”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri - II**, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü, 2008, s. 50, Ancak bu durumda dahi suç meydana gelmediği için delil araştırmasından bahsedilemez.

Amaç delil elde etmek olmadığı için, arama yapılan denetimler ile önleme aramasının icrasında ortaya çıkan deliller tesadüfidir. Önleme aramalarında elde edilen bilgi ve bulgular hakkında yapılacak işlemleri düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 24, bu çıkarımı doğrular niteliktedir. Önleme aramalarında elde edilen ve adli soruşturmalarda kullanılabilir, başka bir deyişle ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilebilecek bilgi ve bulgular hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesi ise, CMK m. 138/1 ile düzenlenen tesadüfen elde edilen delillere ilişkin paralel bir düzenlemedir. Yönetmelik tesadüfen elde edilen delillerle ilgili yapılacak işlemlere atıf yaparak, önleme aramaları kapsamında ortaya çıkan delilleri tesadüfi kabul etmiştir.

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin²⁰³ takibi, takibe alınan kişinin Anayasa m. 20 ve 22 ile koruma altına alınmış özel hayatın gizliliğinin korunması ile haberleşme özgürlüğü haklarına müdahale niteliğindedir²⁰⁴. Ancak kamu güvenliğini sağlamak adına, temel hakların sınırlandırılması zorunlu hale gelmektedir²⁰⁵. Temel haklara müdahale içeren fiil ve işlemler Anayasanın izin verdiği durumlarda ve ancak kanuni düzenleme ile uygulanabilir²⁰⁶. Yapılacak müdahalenin gerekliliğini

²⁰³ Telekomünikasyon kavramı, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3/r ile tanımlanmıştır. Tanıma göre telekomünikasyon, “her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını” ifade eder. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin kapsamına ise, sabit veya cep telefonu görüşmeleri, mesajlaşmalar, fotoğraf veya herhangi bir bilgi gönderimi, internet yoluyla iletişim girmektedir. Radyo veya televizyon aracılığıyla gönderilen bilgiler ise bu kapsamda değildir. Halit Kıvrıl, “Ceza Yargılamasında İletişimin Tespiti”, **TAAD**, Cilt:1, Sayı:3, Ekim 2010, s. 305

²⁰⁴ Tosun, telefon konuşmalarının denetlenmesi ile üç temel hakkında ihlal edildiğini savunur. Bunlar özel hayatın gizliliği, fikir ve düşünce özgürlüğü ve haberleşmenin serbestliğidir. Öztekin Tosun, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFİM**, Cilt: 41, Sayı: 3-4, 1975, s. 97

²⁰⁵ Bülent Akmanlar, “Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi Ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi” **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, Ekim 1982, s. 666

²⁰⁶ Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceği yönünde Anayasanın 13. maddesine binaen gereklilik ortaya konmuştur. Handan Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 69, 2007, s. 106

ortaya koyarak sınırlarını belirlemek, hem temel hakların özlerine dokunulmasının önüne geçer hem de diğer bireylerce gerçekleştirilebilecek ihlaller engellenir²⁰⁷. Anayasa ile çizilen çerçeveye uygun olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, 03.07.2005 tarihli 5397 sayılı Kanun ile üç farklı kanunda yapılan değişiklik ve eklemelerle mevzuata dahil olmuştur²⁰⁸. Değişiklik ve ekleme yapılan kanunlar, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'dur. Tedbirin uygulanma esas ve usullerini düzenleyen yönetmelik ise 10.11.2005 tarihli 25989 sayılı resmi gazetede yayımlanmıştır²⁰⁹.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi²¹⁰, diğer idari tedbirler gibi²¹¹ suç ortaya çıkmadan kamu güvenliğinin sağlanması adına icra edilmektedir ve amaç suç işlenmesinin önlenmesidir²¹². İstihbarat faaliyeti kapsamında yürütülen tedbirin

²⁰⁷ Birtek, “İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi”, s. 104

²⁰⁸ Aslında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin anılan kanun öncesi, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile öngörüldüğü söylenebilir. 1402 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, sıkıyönetim komutanı, genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumakla yükümlüdür. Bu doğrultuda, söz, yazı, resim, film ve sesle yapılan her türlü mersuleleri kontrol edebilecektir. Bu madde ile kişilerin iletişimlerinin denetlenebileceği sonucuna varılmıştır. Keza mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinin; suç öncesi, önleme amaçlı kullanımına izin verildiği belirtilmiştir. Ahmet Ataman, **Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2016, s. 40-43

²⁰⁹ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik

²¹⁰ Uygulamada “önleme dinlemesi” olarak da anılmaktadır. Uğur Alacakaptan, Kaan Karcıoğlu, “Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **YÜHFD**, Cilt: IX, Sayı: 2, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan), 2012, s. 52, İstihbaratın, kanuni düzenlemeler doğrultusunda bilgi toplama, değerlendirme ve yetkili makamları bilgilendirmeyi kapsayan özelliğini dikkate alan Şen, tedbirin tanımlanmasında “*istihbarat amaçlı dinleme*” kavramının kullanılması gerektiğini savunur. Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 68, Benzer yönde “*istihbarat amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*” kavramı da tercih edilmiştir. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 789

²¹¹ Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, idari kolluk tarafından yürütülen bir faaliyettir. H Hande Atay, “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009, s. 167

²¹² Burak Cenk İlhan, “Türkiye’de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi”, **TAAD**, Sayı: 14, 2013, s. 773, 789, Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 69, Turhan/Aksu’ya göre hazırlık hareketinin cezalandırıldığı suçlar hariç; hazırlık hareketinin sonuna kadar tedbir uygulanabilir. İcra hareketine başlandı ise, bir başka deyişle suç teşebbüs aşamasına geldiğinde artık bu tedbirin tatbiki mümkün değildir. Faruk Turhan, Muharrem Aksu, “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Uluslararası Davraz Kongresi Küresel Diyalog**, Isparta, 2009, s. 2207, 2208, Bulduk ise tedbirin amacının, yakın ve mutlak bir suç tehlikesinin önlenmesi olduğunu belirtmiştir. Seyfi Bulduk,

amacı, Anayasal düzeni, genel güvenliği korumak, asayişini sağlamaktır. Bu doğrultuda demokratik hukuk devletine karşı tehditlerin bertaraf edilmesi için düzenli ve sistemli bir bilgi toplama yapılmalıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklere sürekli, genel nitelikte ve orantısız²¹³ müdahale içermemesi de sıkı şartlara bağlanması ile sağlanmalıdır.

Tedbirin kapsamı sadece telefon ile sınırlı tutulmamış, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim kavramı kullanılarak; bir araç vasıtasıyla yapılan her türlü haberleşmenin denetlenmesine imkan tanınmıştır²¹⁴. Denetimden kasıt iletişimin tespit edilmesi, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayıt altına alınmasıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135 ile düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin sadece aynı madde ile belirlenmiş katalog suçlar bakımından uygulanabilirliğine benzer bir düzenleme; PVSK ve JTGYK'da da kendine yer bulmuştur. Her iki kanunda önleme amaçlı iletişim denetlenmesi açısından katalog suçlar öngörülmüştür. Tedbir ancak bilişim suçlarının ve Ceza Muhakemesi Kanunu m. 250/1'de belirtilen suçların²¹⁵ önlenmesi için tatbik edilebilecektir²¹⁶. Özel yetkili mahkemeleri düzenleyen 250. madde, 6352 sayılı Kanun ile ilga edilmiş olmasına rağmen; 7215 sayılı Terörle Mücadele Kanunu geçici madde 14 uyarınca, atıf yapılan suçlar büyük ölçüde korunmuştur²¹⁷.

Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2015, s. 210

²¹³ Dar anlamda oranlılık veya ölçülülük olarak da tanımlanabilecek husus, yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amacın, temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahaleden daha değerli olmasıdır. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 218

²¹⁴ Erdem, "**Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**", s. 1

²¹⁵ "1) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, 2) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, 3) TCK m. 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 yer alan suçlar ve casusluk suçları hariç, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar"

²¹⁶ Temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren hükümlerde kıyas mümkün olmadığından, öngörülen suçlar dışındaki suçların önlenmesi için tatbik edilemez. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 211

²¹⁷ "Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar ile Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren suçlara yapılan atıflar, Türk Ceza Kanununda yer alan; a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama

İletişimin denetlenmesi, özellikle örgütlü ve terör suçlarıyla mücadelede kullanılması elzem hale gelen; milli güvenliğin tesisi adına temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi, ölçülü ve haklı gösteren bir yöntem olarak ele alınmalıdır²¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu doğrultuda, özellikle terörizm ve casusluk faaliyetlerinin etkisi altında, ulusal güvenliğin sağlanması ve suç düzensizliğinin önlenmesi adına, hukuki güvencelerin sağlanması şartıyla istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesini kabul etmektedir²¹⁹. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, sadece taraflar arasında kalması ve mahremiyeti sebebiyle, geniş sahada faaliyet gösteren örgütün çokça kullandığı bir yöntemken; klasik delil elde etme yöntemleri örgüt faaliyeti kapsamında işlenecek suçların hacminin belirlenmesinde yetersiz kalabilmektedir²²⁰. Örgüt içerisinde ve örgütler arası işbirliğini ortaya koyan iletişimin, tespit edilmesi adına istihbari çalışma yapılması bu tip suçlarla mücadelede önem kazanmaktadır²²¹. Örgüt kapsamında işlenebilecek suçların çeşitliliği aynı zamanda sıklıkla tesadüfen delil elde edilmesine de sebebiyet verecektir. Zira bu yönde yapılacak istihbarat çalışmaları örgütün hacmiyle orantılı bir şekilde, birden fazla kişiyi kapsar nitelikte olacaktır. Geniş bir denetim, karşılaşılan suç tipleri ve deliller bakımından da çeşitlilik doğuran bir yapıya bürünmesini sağlayacaktır.

Tedbirin kapsamı açıklanırken de belirtildiği üzere, tedbirin amacı ilgili kanun ve yönetmeliklerde gösterilmiştir. Çizilen çerçevede ülkenin ve milletin

suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlara (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), yapılmış sayılır.”

²¹⁸ Handan Yokuş Sevük, “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 67, 2006, s. 42

²¹⁹ Birtek, “**İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi**”, s. 105, İletişimin denetlenmesi tedbirinin AİHS'nin 8. Maddesine uygun olarak tatbik edilmesinin temel kıstaslarının ortaya konduğu *Klass and others vs. Germany* kararında AİHM, demokratik toplumları tehlikeye sokan ve teknik gelişmeler kullanarak yeni yöntemler geliştiren casusluk ve terörizm faaliyetleri dikkate alındığında; devletlerin yargı yetkisini kullandığı alanlarda (“jurisdiction”), ulusal güvenliğin sağlanması ve suçluluğun önlenmesi adına, demokratik toplum için gerekli olmak şartıyla (“necessary in a democratic society”) istisnai koşullarda iletişime gizlice müdahale edilebileceğini belirtmiştir. *Case of Klass and others v. Germany*, (Application no. 5029/71), 06.09.1978, para. 48

²²⁰ Mesut Pınarbaşı, “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2014, s. 44, 46, Birtek, “**İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi**”, s. 101

²²¹ Feridün Yenisey, “Organize Suçlulukla Mücadele Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, 2000, s. 105

bütünlüğü, Anayasal düzen, genel güvenlik korunmalı; emniyet ve asayiş sağlanmalıdır. Hedeflenenin sağlanması ise, anılan değerlere ve yapılara zarar verebilecek fiillerin önlenmesi ile olacaktır.

Zarar verici fiiller her zaman suç meydana getirmez; ancak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinin tatbiki, belirli bir takım suçların işlenmesinin, suçlardan doğacak zararların önlenmesi amacıyla bağlı tutulmuştur. Amaç belli bir adli olaya dair delil elde etmek değil, suçların işlenmesini önlemektir²²². Tedbir bir suç tehlikesinin varlığı halinde tatbik edilebilir²²³; diğer bir deyişle işlenmiş bir suç hakkında delil elde etmek için uygulanamaz. Tedbirin icrasında birçok bilgiye ulaşılabilir; bu bilgiler suçun meydana gelmesini engellemek için kullanılacaktır. Bu noktada ortaya çıkan bir bilgi, meydana gelmiş bir suçu işaret eden delil niteliğinde olursa artık tesadüfi olduğu kabul edilmelidir. Zira amaç delil elde etmek değildir; herhangi bir suça ilişkin ortaya çıkan delil amaç dışıdır ve tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir.

Elde edilen delilin, tedbirin uygulanabileceği suçlara dair olması veya kararda yer alan suçla ilgili olmasının bir önemi yoktur. Karar kapsamında tedbirin icrasında, bir delile ulaşıldığında üç ihtimal vardır. Birincisi önlenmek istenen karar konusu suça ilişkin delil, ikincisi ‘anayasayı ihlal’ gibi tedbirin uygulanabileceği suçlardan olan fakat kararda yer almayan bir suça dair delil; nihayet üçüncüsü ise kasten yaralama gibi tedbirin uygulanamayacağı bir suçla ilgili delildir. Üç ihtimalde de amaç dışı olduğu için elde edilen tesadüfidir²²⁴.

Bir diğer mesele 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m. 66 ile getirilen düzenlemedir. Madde uyarınca hükümlülerin ve aynı

²²² “...5397 sayılı Yasayla 2559, 2803 ve 2937 sayılı Yasalarda yapılan değişikliklerle gündeme gelen ve amacı suç işlenmesinin önlenmesi olan ve öğretisi ve uygulamada “önleme dinlemesi” olarak adlandırılan iletişimin denetlenmesidir.” Yargıtay CGK, 2007/23114 E., 2011/95 K., 17.05.2011, karar için bkz. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 204, Ali İhsan İpek, “Hukuk Yargılaması Açısından İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvurulabilip Başvurulamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 64, Aralık 2011, s. 39, 41, Mehmet Murat Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 244

²²³ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 200

²²⁴ Karşı yönde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile elde edilen kayıtlara, ceza muhakemesinde delil değeri atfetmeyen görüş, tesadüfen elde edilen delil kavramına da bu tedbir bakımından rastlanılmayacağını savunur. Görüşe göre tesadüfen elde edilen deliller kavramı, CMK m. 135 ile öngörülmüştür ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini kapsamaz. Pınarbaşı, “**Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi**”, s. 58

Kanunun 116. maddesinde yapılan atıfla tutukluların telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayda alınır. Belirtilen yöntem delil elde etme amacıyla değil, güvenliğin sağlanması veya ceza muhakemesinin sağlıklı yürüyüşü için uygulanır²²⁵. Dolayısıyla elde edilen deliller tesadüfidir.

Son olarak değinilmesi gereken husus, PYSK'ya 7072 sayılı Kanun ile eklenen 13/A maddesidir. Buna göre kaybolan çocukların bulunması amacıyla, kayıp çocuğa ait olan veya onun kullandığı araçlar hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenebilecektir. Madde ile getirilen tedbirin amacı, kaybolan çocuğun bulunması olduğu için, uygulama sırasında elde edilen deliller tesadüfi olacaktır.

II. KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

A. Arama Ve Elkoyma

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 116 ve devamında düzenlenen arama koruma tedbiri, şüphelinin veya sanığın yakalanması yahut müsadereye tabi eşya ya da delil elde etmek amacıyla, sanık, şüpheli veya üçüncü şahsın, konutunda, işyerinde, üstünde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir²²⁶. Böylece Anayasa ile koruma

²²⁵ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 536, "5275 Sayılı Kanun'un 66. maddesiyle hükümlüye cezaevinde bulunduğu süre içinde belli şartlar altında belli yakınları ile telefonla görüşme olanağı tanınmış ancak cezaevinde disiplin ve düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bu görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması öngörülmüştür. Bu düzenleme ile idari nitelikte bir dinlemenin getirildiği kuşkusuzdur." Yargıtay 18. CD. 2016/15989 E., 2018/15142 K., 15.11.2018 (karşı oy gerekçesi)

²²⁶ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000 s. 19, Özbek, Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", s. 145, Feridun Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, Ankara, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 26, Yıldız, "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması", s. 252, Serap Keskin Kızıroğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", **AÜHFD**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 143, 144, Ferhat Yıldız, "Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı – Arama – Elkoyma", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, s. 204, Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, s. 53, Recep Gülşen, "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksizden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s. 16

altına alınmış konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği haklarına müdahale içeren tedbir kanunla düzenlenmiş olmaktadır²²⁷.

Tedbirin şüpheli veya sanık aleyhine uygulanabilmesi için, yakalanabileceği veya delil elde edilebileceği hususunda makul şüphe gereklidir²²⁸. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 6 ile ayrıntılı olarak tanımlanan makul şüphe kavramı, arama sonucunda belirli bir kimsenin yakalanacağı veya belirli bir şeyin bulunacağına dair öngörü doğuran somut olgulara dayalı hayatın akışına göre genellikle duyulan şüphedir. Böylece sübjektif bir ummanın ötesinde, objektif, olaylara dayanan, akla yatkın bir şüphe derecesinin belirlendiği söylenebilecektir²²⁹.

Üçüncü kişilere yönelik arama tedbirinin uygulanması açısından ise makul şüphe yeterli değildir²³⁰. Ayrıca aranılan kişinin veya delillerin, arama yapılacak yerlerde bulunduğunu gösteren olayların varlığı gereklidir²³¹. Fakat şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler²³² ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında, ana kural uygulanır ve üçüncü kişinin yerleri olsa dahi sadece makul şüphe ile arama yapılabilir. Elbette üçüncü kişiler hakkında uygulanan tedbir, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi veya delillerin elde edilmesi amacına matuftur²³³.

Çalışmamızda tedbirin delil elde etme amacı üzerinde durulacaktır. Bu amaç doğrultusunda delil elde edildiğinde; arama tedbiri, elkoyma tedbirini gerektirebilir. Elkoyma, eşyayı bulduranın rızası olmaksızın, ispat aracı olarak kullanılabilir veya müsadere konusu olabilecek değerlerin üzerinde zilyedinin tasarruf yetkisinin

²²⁷ Yıldız, aramanın ayrıca kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğü haklarına da müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Yıldız, “**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması**”, s. 251

²²⁸ Aramaya konu edilen kişinin şüpheli veya sanık sıfatını kazanmış olmasının gerekmediği belirtilerek, şüpheli veya sanık olma ihtimali yeterli görülmüştür. Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, s. 55

²²⁹ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 160, Makul şüphenin ortaya konulmasında delillerden yararlanılması gerektiği belirtilmiştir. Yıldız, “**Ceza Değil Koruma Tedbiri**”, 207

²³⁰ Keskin Kızıroğlu, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)**”, s. 149

²³¹ Özbek/Bacaksız’a göre, olayların varlığından kasıt, belirli somut delillerin bulunacağı yönünde, ihtimalden öte bir belliliğin gerekmesidir. Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 163, 164

²³² Yerleşmek veya kalmak amacından ziyade kısa süreli bulunduğu yerler olarak anlaşılması gerektiği yönünde: Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 163

²³³ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 163, 164

kaldırılması ve bunların adliyenin eli altına alınmasıdır²³⁴. Rıza gerektirecek bir durum yoksa veyahut rızayla elde edildiyse CMK m. 123/1 uyarınca muhafaza altına alma söz konusudur²³⁵.

Arama sırasında ortaya çıkan delil niteliğindeki her şey elkoymanın konusu olabilecektir. Bununla birlikte kanun koyucu üç halde elkoyma yasağı öngörmüştür. Ceza Muhakemesi Kanununun 125. maddesine göre, devlet sırrı niteliğinde olan delilin ilgili suç açısından belirlenmiş hapis cezasının altı sınırı beş yıldan azsa arık bu delil mahkemeye karşı gizli tutulabilecektir.

Kanunun 126. maddesine göre ise, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere, bu kişilerin nezdinde rastlandığında elkonulamaz²³⁶. Maddenin karşıt anlamından, şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek kişilerin üzerinde değil de diğer herhangi bir yerde bulunan bu tip belgelere elkonulabileceği anlaşılmaktadır²³⁷.

Diğer elkoyma yasağı avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dayanan belgeler hakkındadır. Avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirini düzenleyen CMK m. 130/2 uyarınca, elkonulmuş eşyanın avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dair olduğu iddiası, aranan avukat veya aramada hazır bulunan baro başkanı ya da onu temsil eden avukat tarafından öne sürüldüğünde; hakim veya mahkemece iddia kabul edilirse, artık eşya avukata iade edilmelidir.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; Anayasa m. 30 ile de, basın özgürlüğünü korumak adına, basın araçlarına elkoyma yasağı getirilmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 9 ile olay yeri inceleme kavramından bahsedilmiştir. Kavram ile suç işlenen yerlerde, görevli kişilerin delillerin araştırılması ve bulunması için yapabilecekleri açıklanmıştır. Böylece aslında bu kavramın da aramanın bir çeşidi olduğu söylenebilir²³⁸. Bu doğrultuda delillerin araştırılması sırasında, sebep-sonuç ilişkisinin mantıksal olarak ortaya

²³⁴ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 150, Yıldız, “**Ceza Değil Koruma Tedbiri**”, 212

²³⁵ Yıldız, “**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması**”, s. 259

²³⁶ Mektup veya belge rıza ile verilirse, diğer bir deyişle elkoyma değil muhafaza altına alma söz konusuysa hukuka uygundur. Tanıklıktan çekinebilecek kişinin suça iştirak ettiği şüphesi varsa yasak uygulama alanı bulmaz. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 394

²³⁷ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 151

²³⁸ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 146

konulabilmesi adına bilimsel ve teknik araştırma işlemleri yapılabilecektir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, olay yeri incelemesinin herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması halinde, arama tedbiri bakımından şart olarak öngörülmüş olan karar veya yazılı emir aranmaz²³⁹. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrası uyarınca diğer yerlerde yapılacak inceleme için karar veya yazılı emir gerekmektedir. Ancak arama koruma tedbiri için aranan diğer tüm şartlara riayetinin gerekip gerekmediği fikranın lafzından anlaşılamamaktadır. Bu hususta öne sürülen görüşe göre, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılacak inceleme bakımından arama için CMK ile tüm belirlenmiş usul ve esaslara uyulmalıdır²⁴⁰.

Bir diğer husus, yakalanan kişiye yönelik kaba üst araması yapılmasıdır. CMK m. 90/4, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alması noktasında kolluğu yetkilendirmiştir²⁴¹. Paralel bir düzenleme Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6 ile öngörülmüştür²⁴². Maddenin ilgili fıkrası uyarınca yine kaçma ve zarar verme tehlikesini önlemek üzere yakalanan kişiye yönelik kaba üst araması²⁴³ yapılabilecek; kişi, silah ve benzeri unsurlardan arındırılabilir²⁴⁴. Yakalama koruma tedbirinin

²³⁹ Karar veya yazılı emir şartını aramayan birinci fıkranın sadece suçüstü hallerinde tatbik edilebileceği belirtilmiştir. Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 142, PVS ek madde 6 uyarınca ise olay yeri konut, işyeri veya kamuya açık olan kapalı bir olsa dahi, Cumhuriyet Savcısının emriyle inceleme ve teknik araştırmalar yapılabilir.

²⁴⁰ Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 146, PVS ek madde 6 bu yönde düzenleme içerir.

²⁴¹ Ünver/Hakeri’ye göre yakalanan şahsın sıvazlama yöntemi ile kontrol edilmesi arama değildir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 371

²⁴² Benzer bir diğer hüküm Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8/b’de öngörülmüştür.

²⁴³ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinde de anılan “kaba üst araması” kavramı Özbek/Bacaksız tarafından eleştirilmiştir. Görüşe göre kanun ile öngörülmemiş bir kavramın yönetmelik ile yaratılması doğru değildir. Kavramın içeriği muğlak kaldığı için uygulayıcılar açısından ciddi zorluklar doğurabilecektir. Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 186

²⁴⁴ Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 33, 34, Özbek/Bacaksız’a göre, ayrıca bir karar veya yazılı emir olmaksızın, yakalama veya tutuklama kararını takiben, CMK m. 116 kapsamında tanımlanan üst araması yapılması mümkündür. Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 172, Keskin Kızıroğlu da yakalama sırasında önleme amaçlı üst araması için karar veya yazılı emir aranmamasının doğru ve tabii olduğunu belirtmiştir. Keskin Kızıroğlu, **“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”**, s. 154, Aksoy ise herkes tarafından yakalama yapılabilen hallerde kolluk görevlisi olmayan kişilerin dahi tehlikeyi önleyici arama yapabilmesini kabul eder. Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 100, Yakalama, vücut dokunulmazlığı ve özgürlüğüne müdahale içerdiğinden, bu yönüyle aramadan daha kapsamlı görülmüş ve yakalama yapılması gereken hallerde, kararsız arama yapılabileceği kabul edilmiştir. Aydın, **Arama ve El Koyma**, s. 40, Aksi yönde karar veya yazılı emir olmadan kaba üst araması yapılmaması yönünde bkz. Hüsamettin Uğur, “Son On Yıllık Yargıtay Uygulamalarıyla Adli Arama”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 118, Haziran 2016, s. 170

şartları da dikkate alındığında; ortada bir suç şüphesi olduğu tartışılmazdır. Bununla birlikte tedbir alınması ve kaba üst araması yöntemleri; yakalananın kaçması engellendiği için adli amaca diğer bir deyişle ceza muhakemesini korumaya yöneldiği gibi, tehlikeyi önlemeyi de hedeflemektedir²⁴⁵. Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere amaç delil elde etmek değildir; fakat kollukça yapılan bu uygulama sırasında yakalamaya temel olan veya diğer bir suç hakkında delil edilmesi ise mümkündür²⁴⁶.

Karar veya yazılı emir olmadan arama yapılabilecek diğer haller ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinde öngörülmüştür. Madde ile sayılan durumların her birinin fiili zorunluluk taşıyan veya gecikmesinde sakınca bulunan haller olduğu söylenebilir²⁴⁷. Bununla birlikte Anayasa m. 20 ve 21 ile öngörülen, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emriyle arama ve elkoyma yapılabileceği kuralına aykırılık taşıdığı için; m. 8'de yer alan bir çok fıkra Danıştay tarafından iptal edilmiştir²⁴⁸. Ancak yine de hem adli süreci kapsayan hem de tehlikenin giderilmesine yönelik uygulanan²⁴⁹ bu haller sırasında delillere ulaşılması mümkündür.

Özel bir araştırma yapılmaksızın beş duyu organı ile ulaşılabilen deliller mevzu bahis olduğunda, bunların arama kapsamına girmeyeceği kabul edilmiştir²⁵⁰.

²⁴⁵ Yakalama sonrası yapılan arama tehlikenin bertaraf edilmesine yöneliktir. Yenisey, “**Yeni Arama Hukukumuz**”, s. 7

²⁴⁶ Bu halde elde edilenlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi, yakalamanın hukuka uygun olmasına bağlıdır. Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**”, s. 5

²⁴⁷ Yıldız, “**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması**”, s. 253

²⁴⁸ Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz. Keskin Kızıroğlu, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)**”, s. 154 vd.

²⁴⁹ Gülşen, “**Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller**”, s. 17

²⁵⁰ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 145, Görülerek, koklanarak veya işitilerek algılanan deliller arama kapsamında değildir. Mustafa Tarık Şentuna, Gültekin Polat, “**Ceza Yargılaması Hukukunda Arama**” **Adalet Dergisi**, Sayı: 14, Ocak 2003, s. 223, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, kolluk önleme faaliyeti sırasında gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışmadan delile ulaştığı için, elde edilenler hukuka uygun kabul edilmiştir. “*2559 sayılı PVSK’nun Ek 5. maddesi uyarınca kaçakçılık suçlarıyla daha etkin mücadele edebilmek amacıyla görevlendirilen güven timlerince, olay tarihinde... Caddesi ile ...Sokak kesişiminde gerçekleştirilen devriye görevi sırasında, görevlilerin, mesleki tecrübelerine ve içinde buldukları durumdan çıkardıkları izlenime göre; sigara satışı yapması nedeniyle tanıdıkları sanığın, geçmiş tarihlerde sigara sattığını bildikleri mevkiye doğru sırtında dolgun vaziyetteki bir çanta ile gittiğini görmeleri nedeniyle şüphelenerek oluşan bu makul sebep nedeniyle PVSK’nun 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak sanığı durdurdukları, sanığın tedirgin hareketler sergilemesinin işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi arttırdığı, sanığa sırt çantasında ne olduğu sorulduğunda, içerisinde bandrolsüz sigara*

Nitekim arama gizli olanın bulunması amacına yöneliktir²⁵¹. Kişilerce aleniyet kazandırılan şeyler de arama kapsamında değerlendirilmez²⁵². Terkedilen ve böylece sahipsiz eşyanın, delil niteliğine sahip olması sebebiyle bulunması da aramanın konusunu oluşturmayacaktır²⁵³. Sonuç olarak sayılan tüm bu haller arama kapsamında kabul edilmediği için, arama koruma tedbirinin tatbik edilmesi için öngörülen usul ve şartlara riayet edilmesi gerekmeyecektir. Elde edilenler, savcılığın ve onun emrinde görev yapan kolluğun, soruşturma kapsamında genel delil toplama yetkisi çerçevesinde kabul edilecek ve hukuka uygun kabul edilerek ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134 ile bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma yetkisi ayrıca öngörülmüştür. Farklı usul ve şartlarla düzenlendiği için anılan hükümlerle ayrı bir koruma tedbiri ihdas edildiği söylenebilir²⁵⁴. Bu sebeple tedbir kapsamında elde edilen tesadüfi deliller ayrı başlık altında incelenmiştir.

1. Tedbirler Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen elde edilen deliller kavramı açıklanırken de belirtildiği üzere; arama sırasında bulunan fakat yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmemiş bir suça dair deliller hakkında ne yapılacağı, “muvakkat zabıt” başlıklı mülga CMUK m. 100 ile öngörülmüştür. Maddeye göre yapılmakta olan

olduğunu söyleyerek çantasını açıp sigaraları görevlilere teslim ettiği olayda; sanığın, çantasında bandrolsüz sigara olduğunu söyleyerek bu sigaraları görevlilere rızaen teslim etmesinin "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan sigaraların ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği anlaşıldığından, Özel Daire bozma kararında isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2016/63 E., 2017/9 K., 17.01.2019 (www.lexpera.com.tr)

²⁵¹ Bir başka görüşe göre terkedilmiş eşyalar bakımından, özel hayatın gizliliği hakkına saygı gösterilmesi beklentisinin varlığı veya yokluğu önem arz eder. Kunter, Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 24, Arama kapsamına girmeyen diğer haller için bkz. Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 7-10

²⁵² Ezgi, Kızılkaya, “Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma Ve Gözaltı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 89, 2010, s. 509

²⁵³ Duygu Çağlar Doğan, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, **TBB Dergisi**, Sayı: 92, 2011, s. 167

²⁵⁴ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 146

tahkikatla ilgili olmayan bir eşya elde edildiğinde, bu eşyaya geçici olarak elkonulacak ve bu durum Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilecektir²⁵⁵.

Benzer düzenleme CMK m. 138/1 ile kanunda kendine yer bulmuştur. Fıkra uyarınca arama ve elkoyma tedbirlerinin tatbikinde, soruşturma veya kovuşturma dışı bir suçun işlendiği şüphesi doğuran bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınmalı ve derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmelidir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 10, kavramın sınırlarını genişleten paralel bir hüküm öngörmektedir²⁵⁶. Madde ile tesadüfen elde edilen delil kavramı isim olarak zikredilmemiş, “*emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular*” başlığı tercih edilmiştir. CMK düzenlemesinden ayrıldığı husus da aslında başlıkta kendini göstermektedir. Düzenleme sadece soruşturma veya kovuşturma dışı suçla ilgili elde edilenler hakkında değil, ayrıca soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olsa dahi arama kararı veya yazılı emirde konu edilmediği halde rastlanan delillerle ilgili de düzenleme içermektedir²⁵⁷. Yönetmelik, elde edilen bu deliller hakkında nasıl bir yol izleneceğine dair de kanundan daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Elde edilen delil koruma altına alınmalı, durum Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmekle birlikte elkoyma işleminin uygulanabilmesi için, Cumhuriyet Savcısından, ona ulaşamadığı halde ise kolluk amirinden yazılı emir istenmelidir²⁵⁸.

Her üç düzenleme de arama koruma tedbirinin tatbiki sırasında, arama için verilen yetkinin ötesinde ele geçirilen deliller hakkında ne yapılacağına dair hükümler öngörmektedir. Yönetmelik, kanundan bir adım daha ileri giderek karar

²⁵⁵ Bahsi geçen düzenlemenin özel görünümü olarak CMUK madde 102'nin son cümlesinin öngörüldüğü belirtilmiştir. Buna göre “*Hakim bir suça taallük eden kağıtları Cumhuriyet Müddeiumumiliğine tevdi eder.*” cümlesi, aramaya konu edilmemiş bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıran kağıtlar hakkında ne yapılacağını söylemektedir. Önder, “**Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama**”, s. 454, 455, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 108 (StPO § 108) uyarınca da soruşturmaya konu edilmemiş suçla ilgili ortaya çıkan delillere elkonulabilir. Friedrich-Christian Schroeder, Torsten Verrel, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 100

²⁵⁶ Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 200

²⁵⁷ Kanunda olmayan bir düzenlemenin yönetmelikle mevzuata kazandırılması eleştirilmiştir. Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 200

²⁵⁸ Kolluğa elkoyma hakkında yazılı emir alma yükümlülüğü getirilmesi eleştirilmiştir. Tesadüfen elde edilen deliller Cumhuriyet Savcılığına ulaştırılmalı, delilden ne şekilde yararlanılacağına Cumhuriyet Savcısı karar vermelidir. Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 201, Düzenlemenin benzer sebeple kanuna aykırı olduğu yönünde bkz. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 52, 53

veya yazılı emirle belirlenen sınırın ötesinde rastlanan deliller hakkında uygulayıcılara ne yapılacağı hususunda yol göstermektedir²⁵⁹.

Arama kararı başlıklı CMK 119. maddesinde değişiklik yapan 5353 sayılı kanunun 15. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere; arama kararı veya yazılı emri elkoyma yetkisini de içerir şekilde düzenlenebilecektir²⁶⁰. Öyleyse Yönetmelik düzenlemesini arama ya da arama ve elkoyma kararı veya yazılı emrinde yer almayan deliller olarak anlamak gerekir. Karar veya yazılı emirde, CMK m. 119 uyarınca aranılacak eşya açıkça gösterilir²⁶¹. Kanun koyucunun lafzı bu yönde olsa da, aramanın amacını oluşturan eşyaların tek tek belirlenmiş olması aranmamalıdır²⁶². Ama yine de soruşturma veya kovuşturma konusu suç hakkında delil olabilecek nitelikte, bulunabileceği makul şüphesi ve ihtimali olan eşyaların veya eşya türlerinin arama kararına veya yazılı emrine konu olması gerekmektedir²⁶³. Nitekim aranacak şeyin tam olarak belirlenmesi olanaksız ise yaklaşık bir tarifinin yapılması veya örnek gösterilerek tanımlanması uygun olacaktır²⁶⁴.

Muvakkat zabıt başlıklı CMUK m. 100 düzenlemesi, hakim kararına getirilmiş bir istisnadır. Mülga kanunun düzenlemeleri, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde -CMUK ifadesiyle tehirinde mazarrat

²⁵⁹ Camenzind-İsviçre kararına İsviçre mevzuatını inceleyen AIHM, aramanın amacından sapmamasını sağlamakla yetkilendirilmiş bir kamu görevlisinin arama sırasında bulunmasını öngören düzenlemeyi; temel haklara yapılan müdahale ile aramanın amacı arasında orantılılığı sağlayan bir kriter olarak kabul etmiştir. Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (Çevrimiçi)

www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf,

13.01.2019, s. 235

²⁶⁰ 5353 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesi <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm> (Çevrimiçi) 07.01.2019, Bu husus Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 7/d bendinde de zikredilmiştir. Özbek v.d. ise, böyle bir uygulamanın Anayasa'ya ve kanuna aykırı olduğunu iddia etmektedir. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 334

²⁶¹ Yenisey'e göre arama konusu eşya tam olarak belirlenmelidir. Genel nitelik arz eden karar geçerli olmaz. Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 29, PVSK m. 9 ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 20'ye göre de aramanın konusu ve kapsamı, kararda veya yazılı emirde açıkça belirtilmelidir. Herhalde aranılacak eşya, konu ve kapsam içerisinde değerlendirilmelidir.

²⁶² Keskin Kızıroğlu, **"5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)"**, s. 149, Aksi yönde görüş belirten Özbek v.d. ne göre; elkonulacak eşya belirlenmeli ve tanımlanmalıdır. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 333

²⁶³ Bu doğrultuda bir genelleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Zahit Yılmaz, "Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında 'Konutta Arama'", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 178

²⁶⁴ Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 334, Soruşturmanın sağlıklı yürüyüşü zarar göreceksene de tam olarak tanımlamadan kaçınılabilmelidir. Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 69

görülen hallerde- Cumhuriyet Savcısı ya da kolluk tarafından elkoyma yapılabileceğini öngörmesine rağmen; tesadüfen delil elde edildiğinde hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hal şartı aranmaksızın, kolluk tarafından geçici elkoyma -muvakkat zabıt- yapılabilecektir²⁶⁵. Böylece bir suç delili Cumhuriyet Savcısı tarafından göz ardı edilmeyecek, kaybolmasının önüne geçilmiş olacaktır. Düzenleme ile hakimin ancak Cumhuriyet Savcının talebi üzerine soruşturma işlemi yapabilmesi kuralına da istisna getirildiği belirtilmiştir²⁶⁶. Madde 158 uyarınca suçüstü hali ile gecikmesinde zarar umulan durumlar hariç soruşturma evresinde hakim resen harekete geçemez. Ancak arama tedbirini uygulayan hakim, suçüstü veya gecikmesinde zarar umulan bir durum olmadan da elkoyma yapabilecektir²⁶⁷.

CMK m. 138/1 de aynı istikamette bir hüküm getirerek, tesadüfen elde edilen delillerin, elkoyma kararı verilene kadar bir şekilde el altında tutulmasını sağlamıştır. Mülga kanundan farklı olarak ise elkoyma - CMUK ifadesiyle “zabıt” - kavramını değil; muhafaza altına alma kavramını tercih etmiştir²⁶⁸. Kanun koyucunun tercihinin isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı temel haklarının çerçevesinin çizildiği Anayasa m. 21 ve 22 uyarınca, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, elkoyma tedbiri uygulanamayacaktır. Tesadüfen elde edilen deliller ise, arama ve elkoyma kararı veya yazılı emrine konu edilmediğinden, Anayasa hükümleri uyarınca bu deliller üzerinde elkoyma yapılamayacaktır²⁶⁹. Bununla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının önemi sebebiyle; Anayasanın ve kanunun belirlediği hukuki güvence niteliğindeki usul ve şartlar sağlanıncaya kadar tesadüfi deliller kanunun lafzıyla muhafaza altına alınmalıdır. Böylece delilin

²⁶⁵ Bununla birlikte muvakkat zaptın hakime tasdik ettirilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 77, Benzer yönde bkz. Önder, **“Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama”**, s. 448, 450, Aksi yönde Kunter, gecikmesinde sakınca bulunan halin koruma tedbirleri ve haliyle elkoyma bakımından zorunlu bir ön şart olarak öngörmektedir. Ayrıca “muvakkat zabıt” kavramını da anlamsız bulur. Kunter’e göre her elkoyma geçici olduğu için, ayırıcı unsur olarak geçici kavramının kullanılması anlamsızdır. Kunter, **Muhakeme Hukuku**, s. 576, Benzer yönde bkz. Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 146, Belirtmek gerekir ki buradaki geçici kavramı, elkoymanın hakim onayına muhtaç olduğunu belirtmek içindir.

²⁶⁶ Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 148

²⁶⁷ Önder, **“Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama”**, s. 448, 449

²⁶⁸ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ise koruma altına alma kavramını tercih etmiştir. Kanunda ve yönetmelikte kavram birliği olmadığı açıktır.

²⁶⁹ Özbek/Bacaksız teknik anlamda bir elkoyma olmadığını kabul eder. Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 201

kaybolması veya ortadan kalkması tehlikesi önlenmiş olacaktır²⁷⁰. Ayrıca muhatabın yeniden aramaya maruz kalması da önlenecektir²⁷¹. Tesadüfen elde edilen delillerin ilgili olduğu suç ceza muhakemesine konu olmamışsa Cumhuriyet Savcısınca soruşturma başlatılacak, delil hakkında elkoyma kararı veya yazılı emri verilene kadar deliller koruma altına alınacaktır.

Kanun koyucu m. 138/1’de, soruşturma veya kovuşturma konusu yapılmamış bir suç hakkında şüphe uyandırabilecek bir delilden bahsetmiştir. Delil yapısı gereği, suç meydana getirebilecek bir olayı yansıttığından, şüphe oluşturması kaçınılmazdır. Bununla birlikte tesadüfen elde edilen delillerin, başlangıç şüphesi dahi sayılmayacak belirsiz ve soyut bir şüphe uyandırması dahi yeterli görülmüştür. Bulduğunda delil olarak kesin kabulünün dahi gerekmediği de eklenmiştir²⁷². Belirtmek gerekir ki, elde edilen şeyin ilk başta delil olduğunu söylemek, tesadüfi olması ile alakalı değildir. Elde edilenin yansıttığı olayın suç oluşturmadığı veya olayı aslında hiç yansıtmadığı daha sonraları anlaşılabilir. Her iki durumda da ceza muhakemesi açısından bir delilden bahsedilemez. Ancak bu hususun ilk başta elde edilme anında anlaşılması mümkün olmayabilir. Bu sebeple delil niteliğinde olabilecek bir şey elde edildiğinde; bir ihtimal ortaya çıkar. Bu ise suç oluşturabilecek bir olayın gerçekleştiği ve elde edilenin de bu olayı yansıttığı ihtimalidir. Böylece arama yapan kolluk tarafından delil olabileceği tespiti ile tesadüfen elde edilen deliller hakkında m. 138/1 tatbik edilebilir. Nihayet tesadüfi delilin şüphe uyandırdığı suçun o an belirlenmiş olmasına da gerek yoktur²⁷³.

Arama sırasında ele geçirilen belge ve kağıtlar, CMK m. 122 uyarınca sadece Cumhuriyet Savcısı ve hakim tarafından incelenebilir. Belge ve kağıtlara rastlayan kolluk içeriklerini incelemeksizin elkoyma işlemini gerçekleştirmelidir. Belgeler ilk defa Cumhuriyet Savcısı veya hakim tarafından inceleneceği için, soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmemiş bir suç hakkında bilgiler içerdiği bu incelemede

²⁷⁰ Özbek/Bacaksız kanun koyucunun ayrıca soruşturmayı kısaltmak ve basitleştirmek amacıyla tesadüfen elde edilen deliller hakkında düzenleme yaptığını savunur. Nitekim soruşturma dahi olmaksızın bir nevi elkoyma yapılabilmektedir. Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 202, Benzer yönde bkz. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 49

²⁷¹ Aydın, **Arama ve El Koyma**, s. 71

²⁷² Özbek, Bacaksız, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**”, s. 201

²⁷³ Önder, “**Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama**”, s. 449

anlaşılabilir. Bu durumda da delil tesadüfi kabul edilecek ve m. 138/1 uygulama alanı bulacaktır²⁷⁴.

Hakim kararı olmaksızın delil koruma altına alındığı için, ilgilinin her zaman hakimden bu hususta karar verilmesini isteyebileceği belirtilmiştir²⁷⁵.

Kanımızca soruşturma veya kovuşturma konusu edilmemiş suç veya kişiler hakkında elde edilen deliller tesadüfidir²⁷⁶. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ile getirilen düzenleme ise tesadüfen elde edilen delillerin çerçevesini çizmekten ziyade, karar veya yazılı emir ile verilen yetkinin ötesinde ortaya çıkan deliller hakkında ne yapılacağını belirlemektedir. Zira karar veya yazılı emirde yer almasa dahi soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olan delillerin tesadüfi olduğu söylenemez.

Nihayet sadece şüpheli veya sanığın yakalanması için yapılan arama sırasında elde edilen deliller de, soruşturma veya kovuşturmaya ilgili olduğu sürece tesadüfi değildir.²⁷⁷

2. Çıplak Gözle Görülebilir Olma Doktrini (“Plain View Doctrine”)

Delillere tesadüfen ulaşılmalıdır; kararda veya yazılı emirde yer almasa bile örtülü, gizli bir amaçla bulunan delillerin tesadüfi olduğu söylenemeyecektir²⁷⁸. Örneğin başka bir suç şüphesi varmış gibi soruşturma başlatıp, asıl aydınlatılmak istenen suçla ilgili delil araştırması yapılması halinde tesadüfen elde etmeden bahsedilemez²⁷⁹. Arama kararı veya yazılı emrinde belirlenen amaca uygun hareket edilmesi sırasında delile tesadüf edilmesi gerekmektedir²⁸⁰. Bu doğrultuda özel bir araştırma sonucu elde edilenler kavramın içerisine dahil edilmediğinden, çıplak gözle görülebilir şeylerin tesadüfen elde edilebileceği kabul edilmiştir²⁸¹.

²⁷⁴ Özbek, Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, s. 202

²⁷⁵ Özbek, Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, s. 203

²⁷⁶ Kartal, “Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, s. 49

²⁷⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 148

²⁷⁸ Soruşturma konusu suçla ilgili arama kararı alınıp bahane edilerek, aslında ilk başta hedeflenen delillere karar olmaksızın ulaşılmasına ve elde edilmesine imkan tanıdığından, kötüye kullanılabileceği endişesi ile tesadüfen elde edilen deliller hükmü eleştiri konusu yapılabilecektir. Özbek, Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, s. 203

²⁷⁹ Kunter, Yenisey, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, s. 74

²⁸⁰ Özbek v.d., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 352

²⁸¹ Kunter, Yenisey, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, s. 63, Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma”, s. 31, Özbek v.d., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 352, Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, s. 186

Çıplak gözle görülebilir olan şeylerin, karar olmaksızın elkonulabileceği doktrini (“plain view doctrine”), Amerikan Yüksek Mahkemesi (“US Supreme Court”) kararları ile ortaya çıkmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 4. Değişikliği²⁸² (“Fourth Amendment of The Us Constitution”) yorumlayan Yüksek Mahkeme, Marron v. United States kararında sadece arama kararında tarif edilen şeylere elkonulabileceği, bu sebeple tedbiri uygulayan görevlilerin takdirine bırakılan genel nitelikte aramaların mümkün olmadığını vurgulamıştır. Bununla birlikte, yakalama sırasında (“an incident to the arrest”) yakalamanın yapıldığı yerler ile yakalananın kontrolünde olan yerlerde yapılan aramalar ve elkoymalar için karar aranmayacağı kuralını da getirmiştir²⁸³. Mahkeme, Coolidge v. New Hampshire kararında ise arama kararı şartına bir diğer istisna olarak, çıplak gözle görülebilen (“in plain view”) şeylere elkonulabileceği doktrinini tartışmış ve uygulamıştır. Çıplak gözle görülebilir şeylere elkoymanın hukuka uygun kabul edilmesinde yeni bir kıstas öngörmüştür. Bu kıstas ise delilin keşfinin kazara (“inadvertent”), diğer bir deyişle amaç dışı yani tesadüfi olmasıdır²⁸⁴. Böylece sınırları hakim kararıyla belirlenmemiş genel nitelikte bir aramanın önü de açılmamış olacaktır²⁸⁵. Ayrıca

²⁸² “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (Çevrimiçi) https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment 14.01.2019, “Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek, ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.” (Çevrimiçi) <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> 14.01.2019

²⁸³ Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927) (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/275/192/> 20.01.2019, Bu doğrultuda verilen bir başka kararda sahte posta pulları sattığı tespit edilen şüpheli hakkında verilen tutuklama kararı (“arrest warrant”), şüphelinin işyeri olarak kullanılan odada yerine getirilirken; odada bulunan çalışma masası, kasa ve dosya dolaplarının aranması ve bulunan sahte posta pullarına elkonulması 4. değişikliğe aykırı bulunmamıştır. Zira odanın küçük olduğu ve tutuklama sırasında şüphelinin kontrolü altında olduğundan, karar olmaksızın arama ve elkoyma yapılabileceği kabul edilmiştir. United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950) (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/56/#61> 20.01.2019, Yakalama sonrası karar olmaksızın arama yapılabilen haller ve şartları için bkz. David Gottlieb, “Amerikan Hukukunda Arama”, Çev. Feridun Yenisey, **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 92-94

²⁸⁴ Kunter/Yenisey kavramı “önceden bilmeme” şartı olarak yorumlamışlardır. Nitekim önceden biliyor olması halinde arama kararı alması gerekir, karar alınmaması ise kanuna karşı hiledir. Kunter, Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 49

²⁸⁵ Michael J. Friedman, “Another Stab at Schneckloth: The Problem of Limited Consent Searches and Plain View Seizures”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 89, Issue: 1 Fall, Article 6, 1998, s. 328

tesadüfen bulunan bir delil hakkında önceden arama kararı alınması mümkün değildir ve delile rastlandıktan sonra arama kararının alınmasını beklemek de delilin elde edilmesini tehlikeye düşürebilecektir²⁸⁶. Kolluk, elkoyma konusu nesneyi, yerini bilerek ve elkoyma amacıyla hareket ettiğinde artık tesadüfi keşiften bahsedilemeyecektir. Bu gibi durumlarda kararın önceden alınabilmesi de imkan dahilindedir²⁸⁷. Tesadüfi bulunma, başka bir delilin bulunması için verilen arama kararının icrasında, sıcak takip sırasında veya hukuka uygun bir yakalama sırasında olabilecektir. Kısacası şüpheliye veya diğer bir delile yönelik de olsa hukuka uygun bir aramanın yapılıyor olması ön koşul olarak aranmaktadır²⁸⁸. Bunun yanı sıra tesadüfen bulunan nesnenin suç hakkında oluşu ve delil niteliği açıkça anlaşılmalıdır²⁸⁹. Çevredekiler için tehlikeli olması gibi arama kararı alınmadan elkoymayı gerekli kılacak durumlar da var olmalıdır. Dava konusu olayda şüpheliye ait aracın markası ve yeri biliniyor olduğundan arama kararı alınabileceği, bu süreçte araç sahibi de tutuklandığından içindekilere müdahale etme imkanının bulunmadığı ve bu sebeple karar olmadan araçta yapılacak aramanın hukuka uygun olmadığı kabul edilmiştir²⁹⁰. Kararda yer alan karşıt görüşe göre ise; herhangi bir delil bulma beklentisi olmasa, herhangi bir arama da yapılmayacaktır. Öyleyse hiçbir delilin tam anlamıyla tesadüfen keşfedildiği de söylenemeyecektir. Çoğunluk görüşle anılan karşıt görüş arasındaki çatışma, beklenti (“expectation”) ile umma (“anticipation”) kavramları arasındaki farktan ortaya çıkmaktadır. Karşıt görüş aramada her zaman delil elde edilmesine yönelik bir beklenti olduğuna dikkat çekerken; çoğunluk görüş belirli bir nesnenin, dava konusu olayda şüphelinin aracının bulunmasının

²⁸⁶ Delilin bu süreçte kaybolma tehlikesi vardır. Martin R. Gardner, “Consent as a Bar to Fourth Amendment Scope--A Critique of a Common Theory”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 71, Issue: 4 Winter, Article 4, 1980, s. 450

²⁸⁷ Horton v. California kararında tesadüfen bulunmanın gerekli olduğunu savunan karşıt görüşüdür. Richard J. Hall, “Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement for Seizures Under the Plain View Doctrine”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 81, Issue: 4 Winter, Article 5, 1991, s. 827

²⁸⁸ Gottlieb, “**Amerikan Hukukunda Arama**”, s. 90

²⁸⁹ Hall, “**Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement**”, s. 821

²⁹⁰ Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971) (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/443/#F26> 20.01.2019

umulmasıyla hareket edildiğini vurgulamıştır²⁹¹. Farklı bir ifade ile belirli bir nesne arandığı için artık bulunan tesadüfi değildir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya konulan, çıplak gözle görülebilir olan nesneye elkoymanın hukuka uygun sayılabilmesi için tesadüfen bulunması gerekliliği kıstası 1990 yılında verilen kararlarda terkedilmeye başlanmıştır²⁹². Tesadüfen rastlama, hukuka uygunluğu sağlayan bir gereklilik olmaktan çıkarılmıştır. Mahkeme, Anayasanın 4. değişikliği uyarınca arama kararının ayrıntılı düzenlenmesi gerekliliğinin, genel nitelikte bir aramayı engellediğine dikkat çekmiştir²⁹³. Ayrıca kolluğun, her zaman en geniş çapta arama kararı verilmesini sağlamak isteyeceğinden, herhangi bir bilgiyi gizli tutmasının mantıksız olacağını belirtmiştir²⁹⁴. Dolayısıyla delilin tesadüfen bulunması şartını yararsız görmüştür. Ek olarak tesadüfen bulunma şartının aranmasının, kolluğa katlanılmaz yükümlülükler getirdiği için eleştirilmiştir. Nitekim daha geniş çaplı bir arama kararı almayan kolluk cezalandırılmış olacak, yargılamanın sağlıklı yürümesini sağlayacak delillere ulaşamamış olacaktır²⁹⁵. Şarta eleştiri niteliğinde verilen bir örnekte; bir tüfeğin bulunması için yapılan aramada delil niteliğinde bir fotoğrafa rastlansa, aramayı yapan görevliler artık başka fotoğraflar bulma beklentisi içerisinde olacaklarından, sonradan bulunan fotoğraflar tesadüfi olmayacak ve hukuka uygun kabul edilemeyeceklerdir. Halbuki eleştiri sahibine göre her iki fotoğrafa da elkonulması, mülkiyet hakkına eşit derecede müdahale içerir. Ayrıca elkonulmaması durumunda kaybolma tehlikesi de her iki fotoğraf açısından eşittir.

²⁹¹ “Search and Seizure: Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971), Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 U.S. 388 (1971)” **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 62, Issue: 4, Article 3, 1972, s. 482

²⁹² Friedman, “**Another Stab at Schneckloth**”, s. 315

²⁹³ Hall, “**Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement**”, s. 825

²⁹⁴ Friedman, “**Another Stab at Schneckloth**”, s. 328, 329, Kararın karşıt görüşünde bu çıkarım eleştirilmiştir. Eleştiri sahibi görüşe göre, elde edilmesi umulan tüm eşyalar için karar alınması sırasında fazla zaman kaybetmek istemeyen kolluk, belli başlı birkaç eşya hakkında talepte bulunacak ancak daha fazlasını arayacak ve elkoyacaktır. Ayrıca bir suç hakkında delil toplamak için alınan karar kullanılarak diğer suçlara dair deliller de elde edilebilecek ve arama kararı gerekliliği etkisiz bırakılabilecektir. Dolayısıyla gerçek amaç gizlenerek yapılacak hileli aramalara (pretextual search) kapı açılacaktır. Hall, “**Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement**”, s. 827, 828

²⁹⁵ Hall, “**Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement**”, s. 830

Bulunması beklenen ikinci fotoğrafa elkonulmasının hukuka aykırı sayılması, delillerin keyfi olarak yargılama dışı bırakılmasına sebebiyet verecektir²⁹⁶.

Arama kararına getirilen istisna Horton v. California kararında üç noktada temellenmiştir. Bunlar delilin açık bir şekilde görülebilir ve görüldüğü anda bir suç hakkında şüphe uyandırabilir olması²⁹⁷ ile delile rastlayan kolluğun orada hukuka uygun bir şekilde bulunuyor olmasıdır. Karara konu olayda kolluk hem çalınan malların hem de failerin silahlarının bulunması amacıyla hareket etmekte ve bu yönde talepte bulunmakta iken karar sadece çalınan malların aranmasına ve elkonulmasına yönelik verilmiştir. Buna rağmen Mahkeme, arama sırasında açıkça görülebilir halde rastlanan silahlara elkonulmasını hukuka uygun bulmuştur. Keza kolluk her ne kadar kararda yer almayan silahları da bulmak amacıyla soruşturma işlemlerini yürütüyor olsa da, arama yapılan yerde hukuka uygun bir şekilde bulunmaktadır²⁹⁸. Arama kararına konu edilmeyen silahlar tesadüfen bulunmasa da hukuka uygun kabul edilmişlerdir. Dolayısıyla Mahkeme, objektif bir yaklaşım benimseyerek, kolluğun gizli amaçlarının hukuka uygunluk üzerinde bir etkisinin olmadığını kabul etmiştir. Kolluk, arama kararı şartına tanınan istisnalardan yararlandığı sürece, elde edilenler hukuka uygundur. Anayasaya aykırı gizli bir amaçla hareket etmesinin ise artık bir önemi yoktur²⁹⁹.

Anlaşılabileceği üzere, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya konulan çıplak gözle görülebilir olma doktrini tesadüflüğün belirlenmesinde kullanılacak bir kıstas değildir. Mahkeme arama kararı olmaksızın yapılan elkoymaların hukuka uygun kabul edilmesinde, çıplak gözle görülür olmanın yanı sıra tesadüflüğü de aramıştır. Bir diğer deyişle tesadüflüğü, arama kararına getirilen istisna bakımından aranan kıstaslardan biri olarak belirlemiştir. Nitekim bir nesnenin tesadüfen bulunması ile Anayasa ve kanunla belirlenen usullere uyulmaksızın elkonulması ve

²⁹⁶ Hall, “**Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement**”, s. 830

²⁹⁷ Nesneye rastlayan kolluk herhangi bir araştırma yapmaksızın onun delil olduğunu fark edebilmelidir. Bu sebeple Mahkeme Arizona v. Hicks kararında, silah hakkında arama için gidilen konutta, kolluğun çalıntı olduğunu düşünerek incelediği ve seri numaralarını doğrulattığı müzik aletlerine elkonulmasını hukuka aykırı bulmuştur. Zira Mahkemeye göre müzik aletleri çıplak gözle görülebilir olsa da özel bir araştırma sonucu delil olduğu anlaşılabilmiştir. Friedman, “**Another Stab at Schneckloth**”, s. 327, 329, 330

²⁹⁸ Horton v. California, 496 U.S. 128 (1990) (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/128/> 20.01.2019

²⁹⁹ Nirej Sekhon, “Purpose, Policing, and the Fourth Amendment”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 107, Issue: 1, Article 2, 2017, s. 79

yargılamada değerlendirilebilmesi farklı hususlardır. Ayrıca Yüksek Mahkeme, içtihat değiştirerek, tesadüfen olmasa da arama kararına konu edilmeyen bir delile elkonulmasını da belirli şartlarla hukuka uygun kabul etmiştir.

Konuyla ilgili bir diğer husus ise çıplak gözle görülebilir olma ile kamuya açık alanda olma (“open view doctrine”) arasındaki farktır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin çıplak gözle görülebilir delillerden kastı, hukuka uygun bir yakalama (“arrest”) veya arama sırasında, kamuya açık olmayan bir alanda bulunanlardır. Oysa kamuya açık alanda rastlanan bir delil, arama kararı veya herhangi bir diğer şart olmaksızın muhafaza altına alınabilecektir³⁰⁰. Arama koruma tedbiri kavramı açıklanırken de üzerinde durulduğu gibi, hukukumuzda da aleniyet kazandırılmış ve gizli olmayan şeyler aramanın konusu oluşturmazlar ve bu sebeple Anayasa ve kanunla öngörölmüş usul ve şartlara riayet aranmaz.

Arama kararı olmamasına veya arama kararında yer almamasına rağmen belirli bir delilin bulunmasına yönelik yapılan arama sonucu, aranan delile tesadüfi rastlanmadığı aşıkardır. Karar veya yazılı emirle belirlenen sınırın aşılmasının engellenmesi, kanuna karşı hilenin önlenmesi amacıyla çıplak gözle görülebilir olma şartının arandığı da açıktır. Bununla birlikte tesadüfiliğin belirlenmesinde aranacak böyle bir şart; teknolojik gelişmeler ve kullanılan yöntemler dikkate alındığında kavramın sınırlarını, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını tehlikeye atacak şekilde sınırlandıracaktır. Örneğin kasten öldürme suçundan yürütölen bir soruşturmada, arama yapıldığı sırada kan lekelerinin tespit edilebilmesi için teknik araçlar kullanılabilir. Çalışmalar sırasında meniye rastlanması halinde bu sefer soruşturma konusu edilmemiş cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar veya kişinin hatırasına hakaret suçu hakkında şüphe doğuran bir delile ulaşılmış olacaktır. Sırf özel bir yöntemle elde edildi diye bu delilin tesadüfi olmadığı kabul edilmemelidir. Fakat soruşturma konusu suçla ilgili olmayan ya da arama kararında veya yazılı emirde yer almayan bir şeyin bulunması için arama yapılırsa ve elde edilirse artık bu durumda tesadüfen

³⁰⁰ Laura L. Krakovec, “Constitutionality of Warrantless Aerial Surveillance, The--Fourth Amendment: California v. Ciraolo, 106 S. Ct. 1809 (1986)”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 77, Issue: 3, Article 3, 1987, s. 618, 619, Helikopterle evin üzerinden uçarak, esrar ekili tarlaların tespiti de arama kabul edilmez, özel hayatın gizliliğine müdahale yoktur. Benzer yönde kapının önüne konan çöpler üzerinde de özel hayatın gizliliği beklentisi kalmadığı için, çöplerin araştırılması arama kabul edilmez. Optican, “**Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar**”, s. 47

elde edilen delilden bahsedilemeyecektir³⁰¹. Örneğin bir cesedin aranması sırasında mutfakta bulunan kavanozların içerisine bakılması ve uyuşturucu bulunması halinde, özel ve saklı tutulmuş bir amaçla hareket edildiği anlaşılabilir. Ancak kavramın açıklanması sırasında da üzerinde durulduğu üzere, ceza muhakemesi bakımından değerlendirme sübjektif değil objektif yapılmalıdır. Nitekim ceza muhakemesine konu edilmemiş bir suçla ilgili rastlanan delil kanunen her halükarda tesadüfi kabul edilecektir. Esas alınması gereken ise, tedbirin icrasının arama kararına veya yazılı emrine uygunluğudur. Verilen yetkinin ötesinde ölçsüz bir aramada elde edilenler hukuka aykırı olacaktır³⁰². Arama ve elkoyma için Anayasa ve kanunla belirlenmiş usul ve şartlar etkisiz kılınarak delil elde edildiği için; dürüst işlem, adil yargılanma ve ölçülülük gibi ceza muhakemesine ve koruma tedbirlerine hakim bir çok ilke ihlal edilmiş olacaktır³⁰³.

Sonuç olarak ceza muhakemesine konu edilmemiş suç veya kişilerle ilgili tüm deliller her halükarda şekli anlamda tesadüfidir ve elde edilmesi hukuka uygundur. Aramayı uygulayan kolluğun, rastlanılan delili bulmayı umduğunun belirlenmesi oldukça zordur ve bu sebeple tesadüfiliğin belirlenmesinde sübjektif değil, objektif bir kriterin belirlenmesi muhakeme açısından daha sağlıklıdır³⁰⁴. Bununla birlikte karar veya yazılı emirle verilen yetki aşılarak ölçsüz müdahalede bulunulduğu tespit edilebiliyorsa, artık hukuka uygunluktan bahsedilemez.

³⁰¹ Kartal da, elde edilmek istenen delil için uydurma bir soruşturma açılması ve arama icra edilmesi halinde, dürüstlük ilkesine aykırı olduğu için ele geçirilenleri hukuka aykırı kabul etmiştir. Kartal, **“Tesadüfen Elde Edilen Deliller”**, s. 52

³⁰² Aranan eşyanın maddi olarak bulunması imkansız yerlerin aranması hukuka aykırıdır. Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 88, Benzer yönde bkz. Sokullu Akıncı, **“Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”**, s. 263, Ölçsüz bir müdahale ise elde edilen deliller kanuna aykırı sayılarak ceza muhakemesinde delil değeri atfedilmemelidir. Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 77,

³⁰³ Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 201, 202, Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 132, Soruşturma konusu suç iddiası dışındaki konularla aramanın sınırlarının genişletilmesi, özel hayatın gizliliği hakkının ihlalini meydana getirecektir. Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 69

³⁰⁴ Aramaya birden fazla kolluk görevlisinin katılması, her birinin beklentisinin veya amacının belirlenmesi ve bunların çatışması halinde, tespitin çok daha zorlaşacağına dikkat çekilmiştir. Hall, **“Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement”**, s. 830, 831

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer almamakla birlikte; kanunun 91. maddesinin³⁰⁵ yorumlanması ile iletişimin denetlenmesi yöntemi kullanılmıştır³⁰⁶. Sonrasında özellikle örgütlü suçlarla mücadelede; gelişmiş, failerin delilleri karartmasına izin vermeyecek etkili bir delil elde etme yöntemi olarak kullanılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda 30.07.1999 tarihinde kabul edilen 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m. 2 ile iletişimin dinlenmesi ve tespiti düzenlenmiştir. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hazırlanmasını takiben; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/d maddesi ile 4422 sayılı kanun ilga edilmiştir. Böylece iletişimin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde denetlenmesi, sadece CMK m. 135 ve devamı maddeleri uyarınca icra edilebilir hale gelmiştir. Tatbiki sadece katalog suçlar olarak adlandırılan, belirli suçlar bakımından mümkün kılınmıştır³⁰⁷. Öngörülen suçlar ise yine organize suçlulukla mücadele amacına yönelik ihdas edildiğini de ortaya koyar niteliktedir. Organize suçların içinin nasıl

³⁰⁵ “Madde 91 – Maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir.”

³⁰⁶ Madde 91 ile öngörülen vesair mersule kavramı telekomünikasyon yoluyla iletişim kurmada kullanılan araçları da kapsar şekilde yorumlanarak, tedbirin tatbik edildiğine dikkat çekilmiştir. Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma**, s. 188, Pınarbaşı, **“Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi”**, s. 47, Ancak bu hüküm esas alınarak iletişimin denetlenmesi temel haklara hukuka aykırı müdahale niteliği taşımaktadır; zira Anayasa m. 13 ve 22 uyarınca, temel hak ve özgürlükler Anayasa tarafından öngörülmüş sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sebeple CMUK m. 91 temel alınarak yapılan denetim sonucu mahkumiyet hükmü kurulmasını AİHM, Ağaoğlu-Türkiye davasında AİHS m. 8’in ihlali saymıştır. Gerekçesini ise açık, net ve ayrıntılı bir kanuni düzenleme olmamasına bağlamıştır. Aytekin Geleri, “Türkiye’de Terör Ve Organize Suçlarla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt: 13, Sayı:2, 2011, s. 80, 81, Bu husus Yargıtay kararında da zikredilmiştir: “1412 sayılı Yasada, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak bu dönemde de aynı Yasanın 91 ve 92. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle iletişimin tespiti ve denetlenmesi yoluna gidilebilmesine karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince; 06.12.2005 gün ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu/Türkiye kararında; 1991 yılında, hakim kararına bağlı olarak dinlenen kişiden elde edilen telefon kayıtlarının, iç hukukta bu konuda yazılı hiçbir düzenleme bulunmaması nedeniyle ceza yargılamasında delil olarak kullanılmayacağı, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.” Yargıtay CGK 2011/9-93 E., 2011/95 K., 17.5.2011 (www.lexpera.com.tr)

³⁰⁷ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin tatbiki için öngörülen şartlar bakımından, suçun niteliğine göre ortaya çıkmış farklı modeller için bkz. Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma**, s. 189-191

doldurulacağı belirsizliğini ortadan kaldırmak; bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklere yoğun müdahale içeren tedbiri orantılı ve meşru kılmak adına katalog suçlar belirlenmiştir³⁰⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, önleme amaçlı denetimden farklı olarak, suç ortaya çıktından sonra tatbik edilmesine binaen; şüpheli veya sanığın yakalanması ile delil elde etme hedefine yönelik uygulanmaktadır³⁰⁹. Böylece suçun özel görünüş biçimlerinden olan teşebbüs ve iştirak halleri tedbirin uygulanmasına engel teşkil etmese de; icra hareketlerine başlanmamış hazırlık aşamasındaki bir suça ilişkin uygulanması mümkün değildir³¹⁰.

Koruma tedbiri kapsamında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim dinlenebilecek, kayda alınabilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek, iletişim tespit edilebilecek ve mobil telefonun yeri tespit edilebilecektir³¹¹. Son ikisi hariç diğer yöntemler için katalog suçlar öngörülmüş; sadece CMK m. 135/8 ile sayılan suçlarla ilgili uygulanabileceği hükmü getirilmiştir.

Şüpheli veya sanığın üzerine kayıtlı olmasa dahi, onun kullandığı herhangi bir iletişim aracı ve bu iletişim aracını kullandığı sırada ortaya çıkan tüm içerik denetlenebilecektir³¹². Bu noktada sınırlama, iletişimi denetlenen kişilerin şüpheli veya sanık olma zorunluluğunda belirir³¹³. Koruma tedbirinin uygulanması için

³⁰⁸ Erdem, “**Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 2

³⁰⁹ Mustafa Taşkın, “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **TAAD**, Sayı: 2, 2010, s. 494, Kıvrıl, “**Ceza Yargılamasında İletişimin Tespiti**”, s. 310

³¹⁰ Erdem, “**Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 3

³¹¹ Şen, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yöntemlerini sayarken, mobil telefonun yerinin tespiti zikretmemiştir. Ersa Şen, “Türk Hukuku’nda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2008, s. 136

³¹² Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 156

³¹³ AİHM, *Kruslin v. Fransa ile Huvig v. Fransa* kararlarında, diğer bir çok eksiğin yanı sıra iletişimin denetlenmesi tedbirinin hangi şahıslar hakkında tatbik edilebileceğinin iç hukukta kanunen belirlenmemiş olması sebebiyle, AİHS 8. maddesinin ihlalden Fransa’yı mahkum etmiştir. Ömer Anayurt, “Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 197, 1997, s. 54, 55 Böylece AİHM, demokratik bir toplumda kişilere asgari güvencenin sağlanması, hemen herkesin denetim konusu olmaması adına, denetlenebilecek şahısların belirlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte Yargıtay’a göre suçtan zarar görenin kendi rızası ile iletişiminin tespitinin yapılması ile elde edilenler, m. 135 kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının genel delil toplama yetkisi çerçevesinde olduğu kabul edilmelidir: “Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan

verilen kararda, denetime tabi tutulacak şahıslar ancak şüpheli veya sanık olabilir. Bir başka deyişle denetlenecek olan şüpheli veya sanık sıfatını taşımalıdır³¹⁴. Denetlenen iletişim aracının ise şüpheli veya sanığın fiilen kullanıyor olması yeterlidir, yoksa üzerine kayıtlı olması aranmaz³¹⁵. Şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olduğu halde üçüncü kişilerce kullandığı bilinen veya tespit edilen araçlar ise denetlenemez³¹⁶. Şüpheli veya sanık dışında üçüncü şahısların temel haklarına ciddi müdahale niteliğinde olabilecek; ankesörlü telefon veya ofis telefonu gibi diğer kişilerin de sıklıkla yararlanabileceği araçların denetimi mümkün değildir³¹⁷. Şüpheli

zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği, belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır.” Yargıtay 4. CD., 2006/4669 E., 2006/17007 K., 29.11.2006 (www.kazanci.com.tr)

³¹⁴ Tedbirin, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında bir soruşturma veya kovuşturma sırasında, şüpheli veya sanık sıfatı almış şahıslar hakkında uygulanması gerektiği yönünde: “Ancak, CYY'nın 135/1. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, yalnızca şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti, kayda alınması, dinlenilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olanaklıdır. Başka bir deyişle ancak CYY'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (a) ve (b) bentleri anlamında "şüpheli" ve "sanık" sıfatı bulunan kişiler hakkında iletişimin tespiti isteminde bulunulması mümkündür.” Yargıtay 4. CD., 2007/8700 E., 2007/8903 K., 06.11.2007, Bununla birlikte Yargıtay bir diğer kararında da, şüpheli veya sanık haricindeki üçüncü kişilere yönelik iletişimin tespiti uygulamasını; genel soruşturma ve delil toplama yetkisi içinde göyerek 135. maddede belirtilen usullere uyulmasını beklememiştir: “Hakim kararı gerektiren iletişimin tespit tedbirinin şüpheli veya sanık tarafından kullanılan telefonlar hakkında uygulanabileceği, anılan düzenlemelerde tanıkların telefonlarına yönelik bir tedbirden bahsedilmediği, bu durumda adı geçen tanığın telefonu açısından iletişimin tespit uygulamasının mahkemenin genel soruşturması ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, mahkemenin ilgili kurumdan tanığın telefonu le yapılan görüşmelerin kimle, ne zaman, hangi suretle yapıldığına ilişkin kayıtları içeren iletişimin teşkilini isteyebileceği gözetilmeden itirazın reddi yerine kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” Yargıtay 1. CD., 2010/4832 E., 2010/6800 K., 20.10.2010 (www.kazanci.com.tr), Yargıtay, 135/9 ile getirilen ve aynı maddedeki kurallara riayet edilmeksizin kimsenin iletişiminin dinlenemeyeceği ve kayda alınmayacağını öngören hükmün; üçüncü kişilerin iletişiminin tespitini kapsamadığı çıkarımında bulunduğu söylenebilir.

³¹⁵ Cumhur Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-”, **GÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, (Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan), 2007, s. 1101, Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, 4.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 96, Bozkurt, şüpheli veya sanığın üzerine kayıtlı araç veya numaraların denetlenebilmesinin kural olduğunu; başkasının üzerine kayıtlı olduğu halde şüpheli veya sanığın sürekli olarak kullandığına dair kuvvetli şüphe halinde diğer araç ve numaraların istisnai olarak denetlenebileceğini savunmuştur. Gökhan Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, Ankara, Bilge Yayıncılık, 2013, s. 78,79

³¹⁶ Aracın üçüncü kişi tarafından kullanıldığı bilinmediği durumda, şüpheli veya sanığa ait aracın üçüncü kişi tarafından kullanılması yoluyla elde edilenler hukuka uygundur. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 108, 109

³¹⁷ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 80, Bir diğer görüşe göre şüpheli veya sanığın kullandığı iletişim aracı, bir şirkete, derneğe veya partiye ait olsa da denetlenebilmelidir. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 96, Benzer yönde bkz. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 108

veya sanıkla görüşebileceği şüphesi ile de üçüncü şahsın iletişimi denetlenemez³¹⁸. Tedbirin şüpheli veya sanığa yönelik uygulanması kuralının tek istisnasını, mobil telefonun yerinin tespiti yöntemi oluşturur. Yöntem, şüpheli veya sanığın yakalanması amacına uygun olmak şartıyla, herhangi birine ait veya herhangi birinin kullandığı mobil telefon için uygulanabilir³¹⁹.

Tedbirin uygulanması sırasında iki adet delil elde etme yasağı öngörülmüştür. Buna göre şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz ve müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki araçlar hakkında tedbir uygulanamaz.

İletişimin dinlenmesi ve tespitini düzenleyen 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda, tesadüfen elde edilen delillerden kavram veya içerik olarak bahsedilmemiştir. Kavram ilk olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 138. maddesi ile mevzuatta kendine yer bulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 138/2 ile çizilen çerçevede, tesadüfen elde edilen delillerin karakteristik ve ayırıcı özelliği olarak, koruma tedbirinin uygulandığı soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olmama, yegane kıstas olarak ortaya çıkmaktadır³²⁰. Dolayısıyla soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olması şartıyla, şüpheli veya sanık sıfatını taşımayan üçüncü kişilere ilişkin elde edilenler bu kapsamda görülmemiştir³²¹. Bir başka deyişle soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan bir suç hakkında şüphe doğuran, şüpheli, sanık veya üçüncü şahıslara ilişkin ortaya çıkan delil; kanunen tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilecektir³²². Örneğin şüpheli (A) hakkında işkence suçundan yürütülen

³¹⁸ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 96, 97, Mehmet Tamöz, Hüseyin Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s. 49

³¹⁹ Anılan yöntemi uygulamak için; yakalanmak istenen şüpheli veya sanığın kimliğinin belli olmasının aranmaması gerektiği yönünde bkz. Şahin, **“Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”**, s. 1102, 1103

³²⁰ Kartal’a göre mobil telefonun yerinin tespiti hariç diğer yöntemler delil elde etme amacı taşır. Elde edilmesi amaçlanan delillerse soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgilidir. Kartal, **“Tesadüfen Elde Edilen Deliller”**, s. 58

³²¹ Ramazan Keklik **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, **Adalet Dergisi**, Sayı: 25, 2006, s. 237

³²² Kartal, **“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 109, *“Bu açıklamalar ışığında değerlendirme yapıldığında; somut olayda sanık Abbas Yıldız’ın konuşmalarını içeren telefon dinleme tutanaklarının İstanbul 14 Nolu Ağır Ceza Mahkemesinin 27.09.2004 tarihli kararına istinaden Ahmedî Bünyamin Kaya’nın telefonlarının dinlenmesi sırasında 29.09.2004, 01.10.2004 ve*

soruşturma kapsamında, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, iletişim kurduğu soruşturma dışı (B) şahsına birini öldürdüğünü anlatabilir veya tam tersi (B) böyle bir açıklama yapabilir. Aleyhine delil ortaya çıkan kişi iletişimin taraflarından dahi olmayabilir. Örnekten devam edecek olursak (A) veya (B), üçüncü şahıs (C)'nin birini öldürdüğünden bahsedebilir. Tüm bu ihtimallerde soruşturma konusu olmayan bir suça dair olan bu konuşma kayıtları tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir.

Hakkında tesadüfi delile ulaşılan şahsın, kendisinin veya başkasına ait iletişim aracını kullanması arasında bir fark yoktur. Her iki ihtimalde de elde edilen delillerin tesadüfi olduğu kabul edilir³²³.

Soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan tesadüfi delilin, şüphe doğurduğu diğer bir suç hakkında halihazırda bir ceza muhakemesi yürütülüyor olması da mümkündür³²⁴. Ancak bağlantı sebebiyle aynı soruşturma veya kovuşturmanın konusu olan suçlar hakkında elde edilenler tesadüfi değildir³²⁵.

Kanuni düzenlemenin lafzından hareketle yapılan yorumda, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan yürütülen bir soruşturmada, örgütün amaç suçları arasında yer almayan bir suça dair ortaya çıkanlar tesadüfen elde edilen delil kavramı içerisine alınmıştır³²⁶. Böylece amaç suçların soruşturma veya kovuşturma konusu olduğu ve bunlara ilişkin elde edilenlerin m. 138/2 çerçevesinde ele alınamayacağı kabul edilmiştir. Kanımızca soruşturma veya kovuşturmada yer almayan suçlarla ilgili elde edilen deliller, suçların örgütün amacı dahilinde olduğu sonradan anlaşılrsa dahi tesadüfidir.

17.11.2004 tarihlerinde tesadüfen elde edilen bulgular olduklarında şüphe bulunmadığına göre... Polis Memuru Ahmedî Bünyamin ile sanık Abbas Yıldız arasında yapılan telefon görüşmelerinin, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.9.2004 günlü Ahmedî Bünyamin Kaya ve Hüseyin Sat'ın kullandıkları telefonların 3 ay süre ile dinlenmesine ve tesbitine ilişkin kararına dayandığı, kararın Ahmedî Bünyamin Kaya hakkında silah kaçakçılığı ve kara paranın aklanması suçlarını işleyen, iştirak, yardım, aracılık ve yataklık edenler hakkında verildiği, bu sebeple Abbas Yıldız'ın işlediği ileri sürülen rüşvet alma suçunda..." Yargıtay CGK, 2007/5-101 E., 2008/3 K., 22.01.2008 (www.kazanci.com.tr)

³²³ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 156

³²⁴ Keklik **"Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi"**, s. 237

³²⁵ Davalar birleştirildiğinde aksini gösteren bir sebep yoksa kural olarak tek muhakeme vardır. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 129

³²⁶ Ersan Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, İstanbul, Yargın Hukuk Yayınları, 2013, s. 110, 111, Alman doktrininde de örgütlü suçlar mevzu bahis olduğunda, ceza muhakemesi bakımından tek suçtan bahsedilebileceği, dolayısıyla amaç suçlar hakkında elde edilenlerin de artık tesadüfi olduklarının söylenemeyeceği savunulmuştur. Erdem, Özbek, **"4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi"**, s. 295

Tesadüfen elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi bahsinde üzerinde ayrıntılı olarak durulan önemli hususlardan biri, şüpheli veya sanık sıfatını taşımayan ancak iştirak eden üçüncü kişilerle ilgili elde edilen delillerdir. Kanunen ortaya konulan tanımın aksine, soruşturma veya kovuşturmayla konu edilmemiş üçüncü şahıslara dair ortaya çıkan delilleri, ilgili oldukları suç, muhakeme konusu olsa dahi tesadüfi kabul ediyoruz. Nitekim üçüncü kişinin suç ortağı olduğu bilinmediği takdirde, ceza muhakemesinin onun aleyhine yürütüldüğü söylenemez. Yapılan muhakeme işlemleri ile onun lehine veya aleyhine delil araştırması da yapılmamaktadır. Dolayısıyla varlığı dahi bilinmeyen üçüncü kişiyle ilgili ortaya çıkan bir delil artık tesadüfidir³²⁷. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararının karşı oy gerekçesinde, kanun koyucunun belirlediği çerçevenin dışına çıkılarak, bizim savunduğumuz görüşle paralel bir çıkarım yapılmıştır. Hakkında tedbir kararı olmayan ve ceza muhakemesine konu edilmemiş üçüncü kişi hakkında, muhakeme konusu suçla ilgili elde edilenler tesadüfi deliller olarak tanımlanmıştır. Ancak hatalı olarak CMK m. 138/2 kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Böyle bir değerlendirme kanunen mümkün değildir, zira elde edilenler, tedbirin uygulandığı soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgilidir³²⁸.

³²⁷ Meran da, iştirak ettiği anlaşılan kişi hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olmadığı için, elde edilen delillerin tesadüfi olduğunu belirtmiştir. Ancak m. 138/2 kapsamında değerlendirilerek kanuni tanıma aykırı çıkarımda bulunmuştur. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 329, Doktrinde tesadüfen elde edilen deliller kavramı, bizim öngördüğümüz şekilde tanımlanmasa da; tedbire konu olmayan ancak iştirak eden faile dair ortaya çıkan deliller tesadüfi deliller başlığı altında açıklanmıştır: Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 162, 163, Kanunun tanımını benimseyen Kaymaz'a göre ise, şüpheliler belli olmadan da soruşturma başlatılabilir, araştırılan maddi gerçektir ve henüz bilinmese de suç failleri veya suç ortakları bu kapsamdadır. Bu sebeple elde edilen deliller suçla ve soruşturma ile ilgilidir ve tesadüfi değildir. Kovuşturma evresinde de her ne kadar iddianamede yer almamış ve davaya konu olmamış suç ortağı hakkında delil edilmiş olsa da, bu delil kovuşturma konusu suça dairdir ve tesadüfi olduğu söylenemez. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 502, 503

³²⁸ “Sanık M. U.’nun dinleme kararı olan telefonuna takılan sanık M. K.’nin konuşmalarına ait suçun, yapılan soruşturma konusu ile aynı suç olması ve CMK’nın 135. maddesindeki katalog suçlardan olması...Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunan Mehmet Uzun’a 21.7.2006 tarihinde telefon eden sanık Mevlüt Kızılay’ın anılan tarihteki konuşmasında mahkumiyetine yeterli kanıt bulunmamaktadır. 21.7.2006 tarihindeki konuşmasının başlangıç şüphesi oluşturabilecek nitelikte görülmesi halinde ise iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekmekte olup, soruşturma-kovuşturma evrelerinde bu şekilde bir karar da bulunmamaktadır. Bu nedenle 21.7.2006 tarihli konuşmasından sonra karar bulunmadığından, elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilirliği olanaksızdır. 21.7.2006 tarihindeki konuşma “tesadüfi deliller” kapsamında CMK’nın 138/2. maddesi uyarınca kullanılabilirse de, mahkumiyete yeterli olmadığı açıktır...” Yargıtay 8. CD., 2008/3064 E., 2008/8855 K., 10.07.2008 karar için bkz. Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1109, Benzer yönde Yargıtay 20. Ceza Dairesinin muhalefet şerhinden bir kısım: “Özetle; bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, usulüne uygun

Muhakeme yürütülen suç hakkında birden fazla şüpheli veya sanık varsa, biri hakkında iletişimin denetlenmesi uygulanırken diğerleriyle ilgili elde edilenler tesadüfi değildir. Nitekim her biri ceza muhakemesine konu edilmiş, şüpheli veya sanık sıfatını kazanmıştır.

C. Kavramın Düzenlenmediği Gizli Soruşturma Tedbirleri Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Klasik koruma tedbirlerinin yetersiz kalmasıyla, özellikle organize ve örgütlü suçlulukla mücadelede ortaya çıkan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirleri çeşitli isimlendirmeler yapılsa da³²⁹ çalışmada gizli soruşturma tedbirleri³³⁰ kavramının kullanması tercih edildi.

İstisnai nitelikte olan bu tedbirlerin üçü de belirli suç tipleri açısından uygulanabilir. Ancak katalog suçlar öngörülmesine rağmen, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin aksine, diğer gizli soruşturma tedbirleri kapsamında tesadüfen elde edilen deliller hakkında nasıl bir yol izleneceği belirlenmemiştir.

Her iki gizli soruşturma tedbiri de 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile öngörülmüştür. Teknik araçlarla izleme “gizli izleme” adıyla m. 3’te³³¹, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi “gizli görevli kullanılması” adı

şekilde yapılan iletişimin dinlenmesi sırasında, bu suça iştirak eden kişi yada suça iştirak etmemekle birlikte suçu bireysel olarak gerçekleştiren ya da başka bir suç işleyenler yönünden bu suçlar yeni birer suçtur. Söz konusu suçların işlendiğine ilişkin ilk tespit bu kişiler yönünden “tesadüfen elde edilen delil” niteliğindedir.” Yargıtay 20. CD, 2015/14915 E., 2015/4764 K., 19.11.2015 (www.lexpera.com.tr)

³²⁹ “Özel ceza muhakemesi tedbirleri” kavramı için bkz. Durmuş Tezcan, “Organize Suçlulukla Mücadele Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, 2000, s. 139 vd., “Özel koruma tedbirleri” kavramı için bkz. Sulhi Dönmezer, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla Kabul Edilen Özel Koruma Tedbirleri”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 538

³³⁰ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 48

³³¹ 4422 sayılı Kanunda öngörülmenden önce, PVSK ek madde 7/1 kapsamında önleme amaçlı optik ve akustik denetleme yapıldığı belirtilmiştir. Ahmet Emrah Akyazan, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 6, Şubat 2007, s. 84, Belirtmek gerekir ki önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme tedbirleri 5397 sayılı Kanunla PVSK ek madde 7’ye yapılan eklemelerle mevzuata kazandırılmıştır. Ancak 5397 sayılı Kanun öncesi, PVSK ek madde 7/1 uyarınca gizli soruşturma tedbirlerinin önleme ya da istihbari amaçlı uygulanması mümkün değildir. Zira temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bu yöntemlerin, belirlilik ve oranlılık ilkelerini

altında m. 5'te yer almıştır. Ancak her iki tedbir bakımından 4422 sayılı Kanun da tesadüfen elde edilen delillerle ilgili bir düzenleme içermez.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 139 uyarınca, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak üzere soruşturma evresinde gizli soruşturmacı görevlendirilebilir³³².

Teknik araçlarla izleme CMK m. 140'ta yer almaktadır. Tedbirin uygulanması ile bir ortamdaki ses ve görüntüler kayıt altına alınabilir. Böylece kişilerin konut dokunulmazlığı³³³ ve özel hayatlarının gizliliği gibi temel haklarına müdahalede bulunulur³³⁴.

Kanun koyucunun çizdiği sınıra göre, şüpheli veya sanığın konutu hariç olmak üzere; kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri, teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü alınabilir. Haliyle şüpheli veya sanıkla birlikte olan üçüncü kişilerin faaliyetleri de, ses ve görüntü olarak kaydedilebilecektir³³⁵. Ses ve görüntü kaydı olmaksızın, delillere ulaşmak için kişilerin izlenmesi ve bireysel saptamalar tedbir kapsamında sayılmaz³³⁶.

Tesadüfen elde edilen delil kavramı açıklanırken de değinildiği üzere Ceza Muhakemesi Kanunu m. 138/2'de yer alan hükme benzer bir madde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri açısından, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 22. ve 30. maddelerinde öngörülmüştür. Ancak

sağlayacak kanuni düzenlemeler öngörülmeden tatbiki hukuka aykırılığı gündeme getirir. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 308

³³² Tedbirin tutucu ve önleyici bir niteliği olmadığından ve sadece soruşturma evresinde uygulanması kabul edildiği için, koruma tedbiri olarak değil, "*araştırma tedbiri*" olarak adlandırılmıştır. Ayşe Nuhoglu, "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: 2, Ankara, 2008, s. 1058

³³³ Ancak CMK m. 140/5 uyarınca konutta teknik araçla izleme yapılamayacağından, hukuka uygun olarak tatbik edildiğinde konut dokunulmazlığının ihlalden de bahsedilemeyecektir.

³³⁴ Adem Kartal, "Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, s. 15

³³⁵ Kartal, "**Teknik Araçlarla İzleme**", s. 15

³³⁶ Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 510

madde iptal edilmiş; iptal kararı da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanmıştır³³⁷.

İptal edilen ilgili maddedeki ve doktrinindeki tanım, m. 138 ile getirilene benzerdir. Tedbirlerin uygulanması sırasında, yürütülen soruşturma veya kovuşturma dışı bir suçla ilgili elde edilen deliller tesadüfi kabul edilmiştir³³⁸. Yaptığımız genel tanıma uygun olarak ceza muhakemesine konu edilmemiş suç veya kişilerle ilgili elde edilen deliller tesadüfi kabul edilmelidir.

³³⁷ Danıştay Onuncu Dairesinin 24/12/2014 tarihli ve 2013/3791 esas numaralı, 2014/8138 karar numaralı karar ile iptal edilmiş; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2015/2131 esas numaralı, 2016/3097 karar numaralı kararı ile iptal kararı onanmıştır.

³³⁸ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 273, Kartal, **“Teknik Araçlarla İzleme”**, s. 21

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ, MUHAFAZASI VE DEVLETİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

I. İDARİ TEDBİRLER KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ

A. Önleme Araması Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 24, önleme aramalarının tatbikinde ortaya çıkan ve adli soruşturmalarda kullanılacak bilgi ve bulgulardan bahsetmektedir. Öyleyse önleme araması sırasında elde edilenler ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacaktır. Adli soruşturmalarda kullanılacak ifadesi herhangi bir sınırlandırmayı veya yasağı işaret etmez. Kastedilen, bilgi ve bulguların suç meydana getirebilecek bir olayı işaret eder nitelikte olması gerektiğidir. Zaten ancak bu halde elde edilenin delil değerinde olduğu ve muhakemede kullanılacağı söylenebilir.

Yönetmeliğin 24. maddesine göre, önleme araması sırasında ortaya çıkan deliller hakkında m. 10 uygulanır. Yönetmeliğin 10. maddesi, tesadüfen elde edilen delillerin düzenlendiği CMK m. 138/1'e paralel hükümler içermektedir. Bu sebeple aslında suç meydana geldikten sonra uygulanan, CMK'da düzenlenen ve bir koruma tedbiri olan aramanın tatbikinde rastlanan tesadüfi delillere ilişkindir. Nitekim madde, soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ya da ilgili olmakla birlikte arama kararı veya yazılı emirde yer almayan deliller hakkında hüküm ifade eder. Önleme aramasının tatbiki sırasında ortada yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma olmadığı için, elde edilen delilin bu iki halden birine girmediği açıktır. Bununla birlikte önleme araması sırasında elde edilen delil tesadüfi olduğu için; 24. maddenin yönlendirmesi de dikkate alınarak m. 10 tatbik edilecektir. Tesadüfen elde edilen delil koruma altına alınacak ve derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilecek ve elkoyma için yazılı emir istenecektir. Yazılı emir verildiğinde ve görevli hakim

tarafından 24 saat içerisinde onaylandığında; artık delil ilgili olduğu herhangi bir suç hakkında ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Belirtmek gerekir ki, tesadüfen elde edilen delilin değerlendirilebilmesi için, ortaya çıktığı önleme aramasının hukuka uygun icra edilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle arama için kanun ve yönetmelikle aranan usul ve şartlara riayet edilmelidir.

Tesadüfi delile ulaşıldığında bu hususta tutanak hazırlanacak ve Cumhuriyet Başsavcılığı bilgilendirilecektir³³⁹. Delilin ilgili olduğu suç hakkında halihazırda soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olabilir. Bu halde elkoyma kararı derhal verilebilir. Ceza muhakemesine konu olmamış bir suç hakkında delil elde edildiğinde ise, m. 160 kapsamında basit şüphe doğuracak nitelikte bir bilgiyi haiz ise soruşturma başlatılarak elkoyma kararı verilecektir.

Tesadüfen elde edilen delil, elkoyma kararı verilerek ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ancak tesadüfi delilin şüphe doğurduğu suçla ilgili yeni deliller elde etmek için karar veya yazılı emir olmaksızın arama yapılması mümkün değildir³⁴⁰. Örneğin önleme araması sırasında, uyuşturucu maddeye rastlanması halinde, üstte, eşyalarda veya araçta arama yapılamaz. Keza artık suç şüphesi ortaya çıktığından idari arama yapılması hukuka aykırı olur³⁴¹. Kanunen öngörülmuş usul ve koşullar gerçekleşmediği için adli arama da tatbik edilemez. Uyuşturucu maddenin elde edilmesini takiben kolluk, delillerin kaybolmaması için gerekli önlemleri aldıktan sonra Cumhuriyet Savcısına bildirimde bulunacaktır. Sonrasında şartları varsa soruşturma kapsamında arama kararı veya yazılı emri ile tesadüfi delilin şüphe uyandırdığı suç hakkında adli arama yapılabilir.

³³⁹ Aydın, **Arama ve El Koyma**, s. 101

³⁴⁰ Suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra önleme araması tatbik edilemez. Aksi halde elde edilenler hukuka aykırı olur. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 376

³⁴¹ Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 83, Yargıtay suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra adli arama yapılması gerektiğini vurgulayarak, bu durumda önleme araması kararına dayanılarak arama yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. *“Diğer sanık İsmail'in alıcı rolündeki görevlilere verdiği esrarı sanık Ali'den aldığını söylemesi üzerine durdurulan sanığın üzerinin olaydan üç gün önce alınan önleme arama kararına dayanılarak arama sonucu 1,35 gram esrar ve alışverişte kullanılan ser numaraları daha önce tespit edilmiş olan 15 TL'nin ele geçirildiği; adli aramayı gerektiren bu olayda önleme araması kararına dayanılarak yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, bu arama ile elde edilen delilin hükme esas alınmayacağı dikkate alınarak...”* Yargıtay 10. CD., 2014/1399 E., 2015/32131 K., 6.7.2015 (www.kazanci.com.tr)

Suç öncesi faaliyet gösteren kolluk, suç şüphesi doğuran delile rastladığında Cumhuriyet Savcısına bildirimde bulunarak adli sürece dahil olur. Bunun yanı sıra ülkemizde idari ve adli kolluk şeklinde ayrılmış bir teşkilatlanma olmadığı da dikkate alındığında; suç şüphesi ortaya çıktığında dahi kolluk, önleyici faaliyetine devam eder³⁴². Özellikle örgütlü suçların girift yapısı sebebiyle belirli suçlar işlenirken, diğer bazı suçların da meydana gelme tehlikesi kendini gösterebilir. Öyleyse önleme araması sırasında delile rastlayan kolluk, bu delilden elde ettiği bilgiyi işlenebilecek diğer suçların önlenmesi için de kullanabilir.

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

1. Genel Olarak

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini öngören kanuni düzenlemelerin her biri, denetleme ile elde edilen kayıtların sadece önleme amacına uygun olarak kullanılabilmesi hükmünü getirmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ile öngörülmuş olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinden çok daha hafif şartlar ile uygulanabilmesi sebebiyle böyle bir düzenleme yapıldığı söylenebilir³⁴³. Böylece CMK ile getirilmiş olan esas ve usuller devre dışı bırakılarak delil elde edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir³⁴⁴. Anılan hükümler ve amaca bağlılık ilkesi temel alınarak yapılan yoruma göre; elde edilenler, hakkında tedbir uygulanan şahıslar aleyhine başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılamayacaktır³⁴⁵. Düzenlemelerde kayıtların delil olarak dikkate alınabileceği anlamına gelen herhangi bir hükmün olmaması kanun koyucunun

³⁴² Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 272

³⁴³ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 201, Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 13

³⁴⁴ Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1109, 1110, Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 473

³⁴⁵ Pınarbaşı, “**Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi**”, s. 57, Saadet Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 197, Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 69, Şen'e göre, Temel hak ve hürriyetlere müdahale ile elde edilen delillerin ceza muhakemesinde delil değeri kazanması ve değerlendirilebilmesi için kanunda bu yönde bir düzenleme bulunması şarttır. Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 45

bilinçli tercihi olarak yorumlanmıştır³⁴⁶. Denetimi uygulayan başka bir deyişle kaydın içeriğini dinleyen yetkili kişilerin tanık olarak dinlenemeyeceği³⁴⁷, elde edilenlerin hukuk davasında ve disiplin soruşturmasında dahi kullanılamayacağı da öne sürülmüştür³⁴⁸.

Denetim sırasında, suç işlendiği bilgisine ulaşılabilir veya takip edilen kişilerin suç işlemesi önlenemeyebilir. Suçun işlenmesi ile adli bir vakıa ortaya çıkar ve Cumhuriyet savcının bilgilendirilmesiyle soruşturma açılır³⁴⁹. Daha açık bir ifade ile elde edilenler başlangıç şüphesine temel alınabilir³⁵⁰. Suç işlendiği gösterir bilgilere ulaşan kamu görevlisinin yetkili makamları bilgilendirmesi kanunen zorunludur; aksi yönde bir hareketsizlik kamu görevlisi aleyhine TCK m. 279 ile ihdas edilmiş suçu meydana getirir³⁵¹. Hukuka uygun icra edilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak kanun koyucu kayıtların amacı dışında kullanılabilmesini diğer bir ifade ile delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilmesini yasaklamıştır. Fakat eklemek gerekir ki, adli bir vakıa ortaya çıktıktan sonra önleme amaçlı denetime devam edilerek yeni delillere ulaşırsa artık elde edilenler hukuka aykırı olacaktır³⁵².

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetimini mevzuata kazandıran 5397 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; tedbirin icrası sırasında suça vakıf olunması veya kuvvetli belirtinin tespiti halinde Cumhuriyet

³⁴⁶ Delil değil elde edilen kayıtlar terimi kullanılmıştır. Turhan, Aksu, **“İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”**, s. 2207

³⁴⁷ İlhan, **“Türkiye’de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi”**, s. 801, Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 254

³⁴⁸ Taşkın, **“Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”**, s. 483, Seyfullah Çakmak, **“İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”**, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 48, Ağustos 2010, s. 83

³⁴⁹ Ataman, **“Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”**, s. 62, Aynı çıkarımı yapan Kaymaz’a göre, soruşturmanın ikamesi için kullanılacak delillerin CMK m. 135’te sayılan katalog suçlara dair olması gerekmez. Kaymaz, **“Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 531, 534

³⁵⁰ Yüksel, **“Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale”**, s. 198, Centel, Zafer, **“Ceza Muhakemesi Hukuku”**, s. 473

³⁵¹ Ek olarak Taşkın tarafından CMK 332 ile düzenlenen bilgi isteme hakkına dikkat çekilmiştir. Madde uyarınca soruşturma veya kovuşturma sırasında, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenen bilgilere cevap verilmesi zorunludur. Dolayısıyla önleme amaçlı yürütülen faaliyet sırasında dahi olsa elde edilenler, yazılı talep halinde yetkili makamlara bildirilmelidir. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 259

³⁵² Kaymaz, **“Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 535

savcılarına durum bildirilmeli, idari tedbire son verilerek adli işlemlere başlanmalıdır³⁵³. Aynı kanunun JTGYK’de değişiklik öngören 2. maddesinin gerekçesinde de; suç işlendiğinin veya bu yönde kuvvetli belirtinin anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısının bilgilendirileceği ve adli işlemlerin başlayacağı belirtilmiştir³⁵⁴. Bu doğrultuda kayıtların, şüphe doğurmaya elverişli somut bilgileri haiz olması gerektiği açıktır³⁵⁵. Ancak bu durumda dahi elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde muhafaza edilmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur; tedbiri uygulayan görevliler gizli bir şekilde ihbarda bulunmalı ve elde edilenler delil dahi olsa sadece önleme amaçlı kullanılmaya devam edilmelidir³⁵⁶.

Kanun koyucunun gerekçe kısmında üzerinde durduğu gibi elde edilen bilgiler soruşturma başlatılması için kullanılabilir. Bununla birlikte acaba tedbir sırasında ortaya çıkan bu kayıtlar, bir ceza muhakemesinde diğer delillere ulaşmada basamak olarak kullanılabilir midir³⁵⁷? Örneğin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna ilişkin yapılan denetim sırasında, yakın zamanda gerçekleşen hırsızlık konusu malların bulunduğu yer hakkında bilgiye ulaşılabilir. Bilgi yetkili makamlarla paylaşarak, hırsızlık hakkında yürütülen soruşturma kapsamında yararlanılabilecek midir? Kayıtların delil olarak değil ancak içerdiği bilgiler kullanılarak diğer delillere ulaşmada kullanılacağı savunulmuştur³⁵⁸. Görüşe göre, tedbirin kanunda belirtilen usul ve şartlara riayet edilerek tatbik edilmesi sırasında ortaya çıkan deliller hukuka uygun elde edilmiş olacaktır. Ancak bu bilgilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmaları, bir diğer deyişle ispat vasıtası olmaları yasaklanmıştır. Öyleyse ortaya çıkan deliller her ne kadar hüküm verilirken kullanılmayacaksa da; diğer delillere

³⁵³ 5397 sayılı Kanunun genel gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss962m.htm> (09.11.2018)

³⁵⁴ 5397 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss962m.htm> (19.09.2018)

³⁵⁵ Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, s. 11, Zanna veya tahmine değil, somut bilgilere veya yaşanmış olaylara dayanarak başlangıç şüphesi oluşur. Özbek, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” s. 60

³⁵⁶ Bulduk, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi, s. 342

³⁵⁷ İlhan, “Türkiye’de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi”, s. 801, Taşkın bu durumu açıklamak için “delile götüren bilgi” kavramını tercih etmiştir. Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 257

³⁵⁸ Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, s. 12, Meran, İletişimin Denetlenmesi, s. 24

erişmek için yararlanılmaları önünde bir engel olduğu da söylenemeyecektir³⁵⁹. Arama gibi belirli koruma tedbirlerinin uygulanması için de kullanılabilmesi de savunulmuştur. Nitekim arama için gereken makul şüphe suçun meydana geldiğine dair değil, delillerin veya kişilerin belirli bir yerde olduğuna ilişkindir ve kayıtlar makul şüpheye temel alınabilmelidir³⁶⁰. Delillerin kullanılması, önleme faaliyetini sekteye uğratabilecekse de, denetimi yapan görevlilerin gizlilik içinde yetkili makamları bilgilendirmesi ile değerlendirilmeleri mümkün olmalıdır³⁶¹. Elbette görüşe göre bu değerlendirme sadece diğer delillere ulaşmak için yapılacak; bilgiler, maddi vakıanın ispatında kullanılmayacaktır.

Önleme amaçlı denetim ile elde edilenler doğrultusunda, bu denetimin CMK kapsamında düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine dönüşmesi ve elde edilen delillerin de muhakemede kullanılması için kanunda düzenleme yapılması gerektiği de savunulmuştur³⁶². Benzer yönde bir yorum delillerin, iletişimin adli olarak denetlenmesi tedbiri için gerekli olan kuvvetli şüphe sebebi olarak da değerlendirilebileceğini iddia eder³⁶³. Başka bir deyişle elde edilenler ile önleme amaçlı denetimden, koruma tedbirine geçiş yapılabilir. Bahsi geçen görüşler kabul edildiğinde öngörülebilir engellerden ilki koruma tedbiri bakımından katalog suçların belirlenmiş olmasıdır. Önleme amaçlı denetim ile koruma tedbiri için belirlenen katalog suçlar birbirinden farklıdır. Bu sebeple, önleme amaçlı denetim ile elde edilenler her durumda koruma tedbirinin uygulanması bakımından temel alınamaz; çünkü soruşturma açılan suç CMK ile öngörülen katalog suçlar arasında yer almayabilir. Ayrıca istihbari bilgilerin, kuvvetli suç şüphesi meydana getirebilecek nitelikte olmadıklarına dikkat çekilerek, tedbirlerin uygulanmasında temel alınamayacakları da belirtilmiştir³⁶⁴. Kötüye kullanımların önüne geçebilmek adına, istihbari elde edilen bilgiler delil niteliğinde

³⁵⁹ Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, s. 76

³⁶⁰ Yüksel, *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, s. 199

³⁶¹ Taşkın, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, s. 258

³⁶² Taşkın, *"Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri"*, s. 499

³⁶³ Pınarbaşı, *"Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi"*, s. 58, *Vatan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*, s. 144

³⁶⁴ Arslan, *"İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı"*, s. 12

ortaya çıksalar dahi; adli süreçte hiçbir surette kullanılmaması gerektiği de eklenmiştir³⁶⁵.

Yargıtay ise önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile elde edilen bulguların, soruşturma ikame edilmesini sağlayan başlangıç şüphesi doğuran bilgi olarak değerlendirilebileceğini kabul etmekle birlikte, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmayacağını vurgulamaktadır³⁶⁶. Bu sebeple Yargıtay'a göre, diğer delillerle desteklense dahi önleme amaçlı denetimden elde edilen kayıtlar hükme esas alınamayacaktır. Bazı kararlarında ise istihbari çalışmalar sırasında elde edilenlerin koruma tedbirlerinin uygulanmasında temel alınabileceğini, diğer delillerle desteklenerek kullanılabilirliğini belirtmiştir³⁶⁷.

Elde edilenlerin ceza muhakemesindeki yerini belirlemek için cevaplanması gereken yegane soru, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile elde edilenlerin delil olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Buna bağlı olarak ortaya konmuş veya konacak birçok sorun da çözümlenecektir. Hükme esas alınmasının mümkün olmadığı ancak CMK kapsamında uygulanacak iletişimin denetlenmesi için kuvvetli şüphe sebebi sayılabileceği gibi görüşlerin tutarsızlığı da göz önüne

³⁶⁵ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 227, Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 199

³⁶⁶ Yargıtay CGK, 2007/23114 E., 2011/95 K., 17.05.2011 karar için bkz. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 204, “*Usulüne uygun olarak yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların bir ceza soruşturması başlatılmasına dayanak oluşturabileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Duraksama, bu tedbir yoluyla elde edilen bulguların bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı noktasında toplanmaktadır...Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılmayacağından, anılan düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kolluk görevlilerince durum derhal adli birimlere bildirilmeli ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet Savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanılmalıdır.*” Yargıtay CGK 2011/9-93 E., 2011/95 K., 17.5.2011 (www.lexpera.com.tr)

³⁶⁷ “...Yapılan istihbari çalışmalarda, başka kişilere uyuşturucu madde sattırıldığı yönünde bilgi edinilmesi üzerine, sanığın evinde yapılan aramada 33 adet paketçik halinde toplam 29,530 gr, bir poşet içinde 41 gr, ayrıca üzerinde yapılan aramada 5 adet paketçik halinde toplam 5,170 gr esrar ele geçirildiği anlaşılmakta olup; yapılan ihbarin içeriğine, oluşa ve ele geçen paketçik sayısına göre, sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapmak suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yargıtay 10. CD., 2008/4339 E., 2010/20882 K., 08.10.2010, “...Sanık hakkındaki istihbari bilginin niteliği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçiriliş biçimi ve miktarı dikkate alınarak; sanığın ikrarının, suçunun etraflıca ortaya çıkmasına yardım ve hizmet olarak nitelenemeyeceği gözetilmeden...” Yargıtay 10. CD., 2008/14287 E., 2010/21588 K., 13.10.2010, karar için bkz. Arslan, “**İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı**”, s. 13

çıkacaktır. Nitekim CMK m. 135 uyarınca somut delillere dayanan kuvvetli şüphe aranmakta iken; delil olarak kullanılmayan kayıtların anılan hüküm bakımından kuvvetli şüphe doğurması mümkün olmayacaktır.

Tedbirin, kanunen belirlenmiş kural ve yasaklara uyularak icrası sırasında elde edilen kayıtların, karakteristik diğer özelliklere sahip olması şartıyla, delil olarak kabulü gerekmektedir³⁶⁸. Öyle ki denetim sırasında teşebbüs aşamasında olan veya tamamlanmış bir suç tespit edilebilir; bu noktada suç oluşturan bir olayı yansıtan bulgulara rastlanmış olur ve kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun hareket edildiği sırada elde edildikleri de varsayılsa delil olmadıklarını söylemek mümkün olmaz. Bununla birlikte kanun koyucu kayıtların önleme amacı dışında kullanılmasına izin vermeyerek; bir delil değerlendirme yasağı öngörmüştür³⁶⁹. Bu nedenle hükme tek başlarına veya diğer delillerle birlikte esas alınamayacakları gibi, herhangi bir adli tedbirin ya da yöntemin uygulanmasına dayanak teşkil edemezler.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini ihdas eden hükümlerin hepsi, elde edilen kayıtların amaç dışı -ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmayacağı kuralını getirir de; uygulamanın ve ihtiyacın bunun aksine geliştiği söylenebilir. Uygulamada Cumhuriyet Savcılarının tedbirle elde edilenleri temel alarak iddianame hazırlamaları³⁷⁰, üstelik bu delillerin kararlara, hükümlere konu olmaları³⁷¹; bahsi geçen gerçekliği de gözler önüne sermektedir. Ayrıca denetim sırasında suçla ilgili kayıtlar delil olarak kullanılmasa dahi, kayıtların içeriğine vakıf olan kolluğun, soruşturmanın devamında diğer delillere ulaşmada bu bilgileri kullanabileceği de inkar edilemez³⁷². Suç işlendiğine rastlanması halinde, suçun örgütlü suçlar gibi toplumsal düzeni büyük oranda bozacak mahiyette olabileceği de varsayıldığında; elde edilenlerin görmezden gelinmesi adalet

³⁶⁸ Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, s. 14, Aksi yönde taşkın elde edilen bilgilerin delil niteliğinin olmadığını savunur. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 254

³⁶⁹ Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, s. 1109, Nurullah Tekin, “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 4, 2009, s. 587

³⁷⁰ Alacakaptan, Karcıoğlu, “Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 53

³⁷¹ Makalesini kaleme aldığı sırada 10 yıllık Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olan ve görevine devam eden Arslan, gözlemlerine dayanarak bu çıkarımda bulunmuştur. Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, s. 10

³⁷² Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 533

duygusunu zedeleyici ve kamu güvenliğini sağlamaktan uzak bir uygulamaya sebebiyet vermektedir. Elde edilen kayıtların belirli şartlarla ceza muhakemesinde kullanılabilir hale getiren düzenlemelere bu noktada ihtiyaç olduğu açıktır³⁷³.

Son olarak delil elde etmek amacıyla uygulanmayan diğer iletişimin denetlenmesi yöntemlerinden bahsetmek gerekmektedir. Örneğin 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m. 66 uyarınca hükümlü ve tutukluların telefon görüşmeleri dinlenir ve kayıt altına alınır. Kanunen verilen yetkinin usulüne uygun kullanılması sırasında elde edilen deliller hukuka uygundur. Herhangi bir değerlendirme yasağı da öngörülmediği için anılan yöntemle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir³⁷⁴. PVSK 13/A maddesi uyarınca kaybolan çocukların bulunması amacıyla, kayıp çocuğa ait olan veya onun kullandığı araçlar hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim sırasında elde edilen deliller de ceza muhakemesinde kullanılabilir.

³⁷³ Kaymaz da benzer yönde, temel hak ve özgürlükleri koruyacak aynı zamanda ceza muhakemesinin işleyişini zayıflatmayacak, belirsizlikleri giderici düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunmuştur. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 536, Diğer delillerle desteklenmek şartıyla önleme amaçlı elde edilen kayıtların da hükme esas alınabilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Ahmet Gökçen v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2018, s. 502

³⁷⁴ Aynı görüşte olan Kaymaz'a göre, yöntem ile iletişimin gizliliğine değil özgürlüğüne müdahale vardır. Zira müdahale edileceği hükümlü ve tutuklularca bilinmektedir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 536, Erdem'e göre, infaz da ceza muhakemesinin bir evresi kabul edilmelidir. Bu sebeple infaz ile ceza muhakemesinin amacı ortaktır. İnfaz amacı ile elde edilen bilgiler ceza muhakemesinde değerlendirilebilir. Herhangi bir amaca aykırılıktan bahsedilemez. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 364, Yargıtay 18. Ceza Dairesinin bir kararında, muhalefet görüşü aksi yönde çıkarımlarda bulunmuş, idari olarak yapılan dinlemelerden elde edilen deliller hakkında CMK m. 135 ile getirilen usul, esas ve yasakların dikkate alınması gerektiğini savunmuştur: "*Sayın çoğunluk ile aramızdaki uyumsuzluk, cezaevinde hükümlü olarak bulunan sanığın 5275 Sayılı Kanun'un 66. maddesi kapsamında telefonla görüşme hakkından yararlanırken ağabeyi ile yaptığı telefon görüşmesi sırasında infaz koruma başmemuruna söylediği hakaret içeren sözlerin kayda alınması nedeniyle delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı, telefonla görüşme sırasında kaydedilen sözlerin hükme esas alınıp alınmayacağı noktasındadır. Somut olayda cezaevindeki hükümlü ve tutuklunun telefon görüşmelerini düzenleyen Yasa, Tüzük ve Yönetmelik hükümleri idari tedbirleri düzenleyen kurallardır, cezaevinde bulunan hükümlülere yönelik getirilen telefon dinlemesi idari tedbir niteliğinde bir dinlemedir. Telefon görüşmeleri sonucu elde edilecek deliller konusunda bizi bağlayan ilkeleri koyan hüküm CMK 135. maddedir. Bu açık düzenleme görmezden gelinerek CMK 135. maddeki katalog suç içinde yer almayan hakaret suçü yönünden telefon görüşmesi sonucu elde edilen konuşmanın yine CMK 135/3 maddeye aykırı delil olarak kullanılmasını CMK 217/2 maddeye aykırıdır. CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca elde edilen delil hukuka uygun değildir. Mutlak değerlendirme yasağı ilkesini benimseyen sistemimiz uyarınca bu delilin dışlanması hükme esas alınmaması gerektiği bu nedenler sanığın beraat etmesi gerektiği görüşüyle sayın çoğunluğun mahkumiyet yönündeki görüşüne karşıyım.*" Yargıtay 18. CD. 2016/15989 E., 2018/15142 K., 15.11.2018

2. Tesadüfen Elde Edilen Bilgiler

Tedbirin uygulanması sırasında, tedbire konu olmayan diğer bir suçun işlenebileceğine dair bilgilere ulaşılabilir. Bu halde delilden bahsedilmez, zira suç meydana gelmemiş ancak tehlikeyi gösteren bir bilgi ortaya çıkmıştır. Tedbir kararına konu önlenmek istenen suçtan farklı bir suçun işlenebileceği ihtimalini doğuran bilgi, doktrinde tesadüfen elde edilen bilgi³⁷⁵ olarak tanımlanmıştır. Önlenmek istenenden farklı bir suça dair olduğundan, amaç dışıdır, öngörülmemiştir ve tesadüfidir. Tesadüfen elde edilen bilgiye ulaşıldığında, bilgiye rastlayan görevlinin; ilgili suçun önlenmesi için yetkili makamları bilgilendirmesi gerekmektedir³⁷⁶.

Tedbire konu edilmemiş bir suç tehlikesi hakkında ortaya çıkan bilgilerin önemi, katalog suçlar öngörülmesi gibi tedbirin uygulanmasının sıkı şartlara bağlanmış olmasından kaynaklanır. Tesadüfen elde edilen bilgiler mevzu bahis olduğunda, bilgilerin ilgili olduğu suç açısından iki ihtimal ortaya çıkar. Birincisi bilginin, tedbirin uygulanabileceği katalog suçlara dair olması, diğeri ise katalog dışı bir suç hakkında olmasıdır. Belirlenmesi gereken ise bu iki ihtimal açısından tesadüfen elde edilen bilginin, önleme amaçlı kullanılabilme imkanınıdır.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği m. 9'a göre, tedbire ilişkin kararda veya yazılı emirde, tedbirin kapsamı ve tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilmelidir³⁷⁷. Kapsamın ve başvuru nedenlerinin içeriği hakkında ne kanunlarda ne de yönetmelikte düzenleme vardır. Kanımızca kapsam hangi suçların önlenmesi için tedbirin uygulanacağını ihtiva etmelidir³⁷⁸. Zira kimin hakkında başvurulacağı, süresi gibi diğer hususlar ayrıca kanunlarda ve yönetmelikte sayılmıştır. Başvurma

³⁷⁵ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 260, Bulduk, "tesadüfen elde edilen veri" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Önlenmesi amaçlananın dışındaki bir suçun işlenme ihtimalini gösteren veri, tesadüfen elde edilen veridir. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 342

³⁷⁶ İlhan, "Türkiye'de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi", s. 802

³⁷⁷ Tedbirin türü, tedbirin süresi, tedbirin kapsamı ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler, kararda bulunması zorunlu bilgilerdir. Kararda bulunmaması halinde tedbir uygulanmaz. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 216, 217

³⁷⁸ Doktrindeki bir görüşe göre, başvurma nedenleri geniş yorumlanmalı ve tedbire temel alınan suç türünü de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. İlhan, "Türkiye'de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi", s. 797

nedenleri ise yine belirli bir takım suçların işlenebileceğini ortaya koyan somut bulgu veya olaylar olmalıdır³⁷⁹. Öyleyse kanun koyucunun da suç işlenebileceği yönünde şüphe uyandıracak nedenlerin varlığını³⁸⁰ ve buna bağlı olarak şüphenin belirli suç tiplerine yönelik olmasını aradığı söylenebilir³⁸¹.

Koruma tedbirlerine hakim olan ilkelerden görünüşte haklılığın temeli olan şüphe sebebini burada da aramak makul olacaktır. Zira aynı koruma tedbirlerinde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan önleme amaçlı iletişimin denetimi bakımından da belirli bir şüphe derecesi oluşturacak somut bilgilere ihtiyaç olduğu kadar³⁸², bu bilgiler ve doğuracağı şüphenin belirli suçlara ilişkin olması da aranmalıdır³⁸³. Aksi halde katalog suç öngörülmesinin de bir anlamı kalmayacaktır. Hangi suç tiplerinin önlenmesi adına denetim yapıldığı

³⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iletişim özgürlüğünün sınırlandırılmasında, varlığını aradığı kriterlerden olan toplumsal bir ihtiyaç, tehlike ihtimalinin doğduğu somut bilgilerle desteklendiğinde ortaya çıkmaktadır. Turhan, Aksu, **“İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”**, s. 2208, Suçun işlenebileceğine yönelik beklenti somut bilgilere dayanmalıdır. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 191, Somut bilgiler olmaksızın tedbire başvurulması sonucu Anayasa ile güvence altına alınmış temel hakların ihlali söz konusu olacaktır. Hakan Karakehya, **“Gözetim Ve Suçla Mücadele”**: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme” **AÜHFD**, Cilt : 58, Sayı: 2, 2009, s. 349

³⁸⁰ Şüphe olmaksızın tedbirin uygulanması mümkün değildir. Muharrem Aksu, **“Özgürlük Ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak Ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi”**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2011, s. 253, Tedbirin uygulanma ölçütleri her ne kadar belirlenmemiş olsa da, suç işlenebileceği üzerine basit bir şüphenin varlığının yeterli olmadığı, nedenlerin tedbirin tatbikini zorunlu kılması gerektiği belirtilmiştir. Yokuş Sevik, **“Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 55, Benzer yönde bkz. Birtek, **“İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi”**, s. 110, Tedbirin uygulanmasının zorlaşacağı da dikkate alınarak; adli denetimde olduğu gibi kuvvetli şüphe değil fakat makul şüphenin aranması gerektiği de savunulmuştur. İlhan, **“Türkiye’de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi”**, s. 790, İpek, **“Hukuk Yargılaması Açısından İletişimin Denetlenmesi”**, s. 41, Makul veya yeterli şüphe aranması yönünde ayrıca bkz. Turhan, Aksu, **“İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”**, s. 2208, Aksi düşünce olarak, şüphe derecesinin hakim takdirine bırakıldığı ve düzenleme olmadığı için basit şüphe ile yetinilebileceği yönünde bkz. Pınarbaşı, **“Türk Hukukunda Önleyici Maksath İletişimin Denetlenmesi”**, s. 50, Taşkın, **“Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Sistemin AİHM Kriterlerine Uygunluğu”**, s. 79

³⁸¹ Önleme amaçlı denetimin, bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olduğu şüphesine dayandığı yönünde bkz. Keklik **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, s. 228

³⁸² Kişilerin temel haklarına müdahalenin sınırının belirlenmesi adına, soyut ihtimaller temel alınarak tedbirin tatbiki mümkün değildir. Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 69, Söylentiye dayalı bilgilerle tedbire başvurulması hukuka aykırıdır. Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 173

³⁸³ Tedbirin uygulanacağı suçun tespitine de yarayacak somut ve makul bilgi ve belgeler ile karar alınmalıdır. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 212

belirlenmelidir. Yetkili merci tarafından hazırlanan yazılı emri inceleyen hakim, emrin ilgili suçları önlemek için verilip verilmediğini de saptayacaktır³⁸⁴. Bu doğrultuda amaca bağlılık ilkesi uyarınca, önlenmek istenen suçun değişmesi halinde yeni bir karar alınması gerektiği dahi vurgulanmıştır³⁸⁵.

Yönetmelik ve tedbiri öngören kanunların ilgili maddeleri uyarınca kararda veya yazılı emirde hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği de zorunlu olmamakla birlikte gösterilmelidir. Suç işlenebileceğine yönelik ciddi bilgilerin elde edilmesi ve ihtimalin belirli kişilere yönelik olması halinde, tedbir sadece bu kişilerin iletişimlerini kapsayacak şekilde tatbik edilebilecektir³⁸⁶. Kararda veya yazılı emirde denetlenecek kişilerin belirlenmesi de, genel mahiyette bir denetimi önleyeceği için önem arz etmektedir³⁸⁷. Nitekim kararda veya yazılı emirde adı geçen kişilerin dışındakilerin denetlenmesi de hukuka aykırıdır³⁸⁸.

Tedbirin uygulanması için belirli kişiler açısından suç işleme ihtimalinin gerekliliği karşısında; kararda veya yazılı emirde gösterilen kişilerden başka üçüncü kişilerin suç işleyeceklerine ilişkin elde edilenler de tesadüfen elde edilen bilgilerdir³⁸⁹. Suç işleme ihtimali olan kişilerin somutlaştırılması gerekmektedir³⁹⁰. Özellikle örgüt içerisinde suç işleyen failer, başkaları adına sistemde kayıtlı telefon hatları ile iletişim kurmakta, kullandıkları numaraları da sıklıkla değiştirmektedirler³⁹¹. Bu sebeple dinlenmek istenen şahsın dışındaki kişilerin iletişimine de oldukça sık rastlanılabilmektedir.

Anlaşılabileceği üzere tedbir, kararda yer alan suçun önlenmesi için, karara konu kişilerin iletişim araçları üzerinde uygulanmaktadır. Ayrıca tedbiri haklı gösterecek şüphe doğuran somut bilgilere ihtiyaç vardır. Tesadüfen elde edilen bilgilere

³⁸⁴ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 180

³⁸⁵ Aksu, **“Özgürlük Ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”**, s. 275

³⁸⁶ Denetlenecek kişilerin katalogda sayılan suçları işleyebileceğine yönelik emarelerin bulunması gerekir. Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, s. 122, Aksi bir uygulama temel hakların özüne müdahale olacaktır. Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 74

³⁸⁷ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 183

³⁸⁸ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 200

³⁸⁹ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 261

³⁹⁰ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 240

³⁹¹ Pınarbaşı, **“Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi”**, s. 51

ulaşıldığında ise hakkında tedbir kararı bulunmayan ve o ana kadar işlenebileceğine dair somut bilgiler olmayan bir suç tehlikesi mevzu bahistir. Tehlikenin katalog dışı bir suça ilişkin olması halinde ise diğerlerine ek olarak tedbirin sadece belirli suçlara yönelik uygulanabilirliği şartı da sağlanmamış olacaktır. Tedbirin uygulanması sonucu, amacından oldukça farklı sonuçlar elde edilmesi halinde; orantılılık ilkesine aykırı hareket edildiği söylenebilir³⁹². Ölçülülüğü ve hakim kararı güvencesini taşımayan bu bilgilerin önleme amacıyla dahi kullanılabilmesi için CMK m. 138/2 benzeri bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir³⁹³.

Kanımızca denetim dışı üçüncü bir şahsın suç işleyebileceğine dair bilgiler elde edildiğinde bile, ilgili birimler haberdar edilerek; katalog, katalog dışı ayrımı yapılmaksızın, bilgilerin işaret ettiği suçların önlenmesine çalışılmalıdır³⁹⁴. Nitekim elde edilenler kişinin mahkumiyetiyle sonuçlanabilecek bir ceza muhakemesinde kullanılmayacak, sadece suçların önlenmesi için değerlendirilecektir³⁹⁵. Suç tehlikesi ortaya çıkmış olmasına rağmen; kolluğun müdahale etmemesi; önleme tedbirleri ile korunmak istenen değer ve kurumlara tamiri zor zararlar verebilecektir³⁹⁶. Kolluğun tesadüfen elde edilen bilgiyi kullanarak yaptığı önleme faaliyeti sırasında suça rastlaması ve delillere ulaşması halinde ise delillere ulaşmada bilgilerden yararlanılmış olacaktır³⁹⁷.

Tesadüfen elde edilen bilginin ilgili olduğu suç hakkında iletişimin denetlenmesi ise ancak yeni bir karar almakla mümkündür³⁹⁸. Katalog dışı bir suçla ilgili ise denetim yapmak hukuka aykırıdır.

³⁹² Bulduk, suçun vasfının yanlış belirlenmesi sonucu, tedbirin amaç dışı sonuçlara ulaşmasını orantılılığın ihlali olarak yorumlamıştır. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 212

³⁹³ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 201

³⁹⁴ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 261, Tesadüfen elde edilen bilgilerle önleme çalışması yapılabilmesi aynı zamanda suç işlenebileceğine dair yer, zaman ve kişi açısından somut bilgilere ulaşılmış olmasına bağlıdır. Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 343, 345

³⁹⁵ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 261

³⁹⁶ Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 345

³⁹⁷ Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 345

³⁹⁸ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 200

C. Diğer İdari Faaliyetler Ve Tedbirler Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Suç öncesi idari amaçlı çeşitli faaliyetler yürütülür. Asayişin sağlanması adına genel kontrol niteliğinde veya suçların önlenmesi için istihbari nitelikte çalışmalar yapılır. İşlenmiş bir suç olmadığı ve ceza muhakemesi yürütülmediğinden, bu süreçte herhangi bir delil araştırması yapılmaz. Bu sebeple elde edilen tüm deliller tesadüfidir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi için öngörülene benzer bir yasak düzenlenmediği sürece, deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir. Bununla birlikte faaliyetin başlı başına hukuka aykırı olması veya temel hak ve özgürlüklere Anayasa ve kanunla izin verilmediği halde ya da ölçsüz müdahale edilmesi durumunda delillerin kullanılması mümkün değildir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesini mevzuata kazandıran 5397 sayılı kanun aynı zamanda teknik araçlarla izleme tedbiri de öngörmektedir. Önleme amaçlı teknik araçlarla izleme tedbiri ile elde edilen deliller de önleme amacı dışında kullanılamayacağından, iletişimin denetlenmesi için yapılan çıkarımların bu tedbir bakımından da geçerli olacağını düşünüyoruz. Ayrıca düzenlemenin ses ve görüntü kaydına izin vermediği, sadece izleme yapılabileceği kabul edildiğinde³⁹⁹, delil olarak kullanılacak bir kaydın varlığından da söz edilemez.

II. KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİ

A. Adli Arama Ve Elkoyma Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Elde edilenlerin ceza muhakemesinde delil değeri kazanması ve kullanılabilmesi öncelikle Anayasa ve kanun ile öngörülmüş usul ve şartlara uygun bir arama yapılmasına bağlıdır⁴⁰⁰. Delile tesadüfen rastlandığı sırada icra edilen arama herhangi bir şekilde hukuka aykırı ise, tesadüfi delilin artık ceza

³⁹⁹ Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 201, s. 149

⁴⁰⁰ Gözde Kazaker, Karar İncelemesi - 2: Adli Arama, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 27, Nisan 2015, s. 166, Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 77

muhakemesinde değerlendirilebilmesi mümkün olmaz⁴⁰¹. Arama kararı veya yazılı emriyle çizilen çerçeve aşılarak yapılan orantısız bir arama da kanuna aykırılık meydana getirebilecektir. Örneğin konutta yapılan yakalama araması sırasında, orada bulunan şahısların üstlerinin aranması durumunda⁴⁰² veya çalıntı buzdolabının bulunması için yapılan aramada, çekmecelerin aranması halinde hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır⁴⁰³. Nitekim bu tip uygulamalarda, arama kararı veya yazılı emri ile verilmiş yetkinin dışına çıkmaktadır. Bu noktada artık arama, karara veya yazılı emre dayanmadığı için kanuna aykırıdır.

Arama kararına veya yazılı emrine konu kişiler veya yerler yerine yanlışlıkla başka kişilerin üstleri veya başka yerler aranması ve delile rastlanması halinde de elde edilenler kanuna aykırı kabul edilmelidir⁴⁰⁴.

Hukuka uygun bir arama sırasında tesadüfen elde edilen deliller ise hukuka uygundur⁴⁰⁵.

Tesadüfen elde edilen delillerin şüphe uyandırdığı suç hakkında açılmış bir soruşturma veya kovuşturma yoksa Cumhuriyet Savcısı işin gerçeğini araştırmaya başlayarak soruşturma ikame edecektir. Sonrasında ise hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan haller varsa savcının yazılı emriyle elkoyma işlemi yapılacaktır⁴⁰⁶. Soruşturma başlamazsa veya elkoyma kararı verilmezse koruma altına alınan şey zilyedine veya malikine iade edilmelidir⁴⁰⁷. Uzun süre elkoyma

⁴⁰¹ Aramayı icra eden görevlilere verilen yetkinin genişlemesini sağlayan tesadüfi deliller, arama kararı veya yazılı emrin kanuna uygun olması ve karar ya da emrin sınırları içinde hareket edilmesi koşuluyla ceza muhakemesinde kullanılabilirler. Özbek, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 147

⁴⁰² Nitekim arama kararı veya yazılı emrinde yer almayan kişilerin aranması mümkün değildir. Sokullu Akıncı, **“Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”**, s. 263

⁴⁰³ Yenisey tarafından verilen buna benzer örneklerde aramanın hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır. Örnek olaylarda tesadüfi deliller, ayrıca bir arama yapılması sonucu elde edildikleri için hukuka uygun kabul edilmezler. Yenisey, **“Yeni Arama Hukukumuz”**, s. 8

⁴⁰⁴ Amerika Birleşik Devletlerinde ise, *“makul sayılabilecek hata”* sonucu, kararda yer almayan yerlerin ya da kişilerin aranmasının delili tek başına hukuka aykırı hale getirmeyeceği kabul edilmiştir. Maryland v. Garrison, 480 U.S. 79, 1987, Gottlieb, **“Amerikan Hukukunda Arama”**, s. 91

⁴⁰⁵ Aksi yönde Ünver/Hakeri ise tesadüfen elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul etmiştir. Ünver, Hakeri, **“Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 394

⁴⁰⁶ Tesadüfen elde edilen delillere rastlanması halinde her ne kadar elkoyma değil muhafaza altına alma işlemi yapılmış da olsa Kartal, hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemleri ile ilgili madde 127/3’ün uygulanması gerektiğini savunur. Görüşe göre tesadüfen elde edilen delil muhafaza altına alındıktan sonra 24 saat içinde hakim onayına sunulmalı ve hakim 48 saat içinde karar vermelidir. Kartal, **“Tesadüfen Elde Edilen Deliller”**, s. 52

⁴⁰⁷ Özbek, Bacaksız, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, s. 202

kararı verilmediği halde de, koruma altına almanın sürekli devam edeceği kabul edilemez; ilgisine iade edilmelidir. Nitekim bu durumda koruma tedbirine başvurulmasını gerektiren şartlar hukuki denetimden geçmemiş olur ve eşyayı bulundurmak için hukuki bir zemin kalmaz.

Elde edilen tesadüfi deliller hangi suça ilişkin olursa olsun kullanılabilir⁴⁰⁸. Zira hukuka uygun elde edilmişlerdir ve herhangi bir değerlendirme yasağı öngörülmediği için, ceza muhakemesinde yararlanılmaları önünde bir engel de yoktur. Ancak elde edilen tesadüfi delillerin koruma altına alınabilmesi, elkoyma yasaklarından birinin bulunmamasına bağlıdır⁴⁰⁹. CMK m. 125 ve 126 ile öngörülen, hapis cezası belirli bir sınırın altında olan suçlarla ilgili devlet sırrı niteliğindeki belgeler ile şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplar ve belgelere elkoyma yasağı; tesadüfen elde edilen deliller açısından da uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁰. Tesadüfen elde edilen ancak elkoyma yasağı bulunan belgeler ve mektuplar hakkında artık CMK m. 138/1 tatbik edilemeyecek, bu deliller koruma altına alınamayacaktır⁴¹¹.

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki belgeler ve mektuplar hakkında elkoyma yasağı düzenlemesine rağmen, yasağın suça iştirak veya yataklık eden tanıklıktan çekinebilecek kişileri kapsamayacağı savunulmuştur⁴¹². Diğer bir ifadeyle tanıklıktan çekinebilecek kişinin, arama konusu suça iştirak veya yataklık ettiği şüphesi ortaya çıkarsa; yani o da şüpheli konumuna girerse artık belgelere elkoyma işlemi uygulanabilecektir. Öyleyse tanıklıktan çekinebilecek kişiye şüpheli sıfatı kazandıracak belge ve mektuplara tesadüf edildiğinde; m. 138/1 tatbik edilebilecek ve delil bu kişi hakkında kullanılacaktır.

⁴⁰⁸ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti”, s. 30

⁴⁰⁹ Özbek, Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, s. 202

⁴¹⁰ Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**, s. 77, Aksi yönde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki belgeler hakkında dahi, tesadüfen elde edilen deliller hakkındaki hükmün uygulanması gerektiği yönünde bkz. Önder, **“Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama”**, s. 450

⁴¹¹ Kartal, **“Tesadüfen Elde Edilen Deliller”**, s. 23, Arama sırasında tesadüfen elde edilen deliller hakkında ne yapılacağı hususunda düzenleme içeren Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 108 (StPO § 108) ile ayrıca değerlendirme yasakları öngörülmüştür. Maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca hekimler ve basın mensupları açısından tesadüfi delillerin değerlendirilmesi sınırlandırılmıştır. Schroeder, Verrel, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 100

⁴¹² Yıldız, **“Ceza Değil Koruma Tedbiri”**, 214, Aslında bu görüş mülga CMUK m. 89’un yansımasıdır. Keza madde ile elkoyma yasağı, ceza muhakemesine konu olaylara iştirak ve yataklık etmiş olmamak şartlarına bağlanmıştır.

Tesadüfen elde edilen deliller, ortaya çıktıkları anda ilgili oldukları suç kapsamında arama yetkisi doğurmaz⁴¹³. Tesadüfi delilin şüphe uyandırdığı suç hakkında halihazırda soruşturma olsa dahi arama için ayrıca karar veya yazılı emir alınması gerekir. Aksi durumda temel hak ve özgürlüklere Anayasanın izin verdiği ölçütler ihlal edilerek müdahale edilmiş olacaktır. Bu da aramayı kanuna aykırı kılacaktır. Bununla birlikte tesadüfen elde edilen delil diğer bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına imkan tanıyabilir. Örneğin bulundurulması suç olan eşyanın tesadüfi olarak rastlanması halinde, suçüstü hali mevzu bahis olduğundan bulunduran kişiler yakalanabilecektir⁴¹⁴.

Nihayet tesadüfen elde edilen delil, ceza muhakemesinde serbestçe değerlendirilebildiğinden, diğer koruma tedbirlerinin uygulanması için gereken şüphe sebebi olarak da kullanılabilir⁴¹⁵.

B. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama Ve Elkoyma Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma tedbiri, CMK m. 134 ile düzenlenmiştir. Diğer gizli soruşturma tedbirlerinin aksine katalog suçlar öngörülme de, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması şartları aranmıştır.

⁴¹³ Amerikan Yüksek Mahkemesinin Vale v. Louisiana kararına konu olayda, kolluk, başka bir suç sebebiyle yakalama yapmak için şüphelinin evinin önüne geldiğinde, şüphelinin evin önünde uyuşturucu madde satın aldığını görmüştür. Şüpheli yakalanmış ve üstünde uyuşturucu maddeye rastlanmıştır. Bunun üzerine kolluk bu hususta arama kararı almaksızın şüphelinin evini aramış ve uyuşturucu madde ele geçirmiştir. Mahkeme, uyuşturucu maddenin yok edilerek veya başka bir yere taşınarak ulaşılmaz hale getirilebileceği gibi bir tehlike mevcut olmadığından evin içinde yapılan arama ve elkoymayı hukuka aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre kolluğun yapması gereken, evin çevresini kontrol altına alıp arama kararı için talepte bulunmaktır. Kunter, Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 44, 45

⁴¹⁴ Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**”, s. 31, Suçüstü halinde yapılan yakalamayı takiben, CMK m. 90/4, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6 ve Adli ve Önleme Aramaları m. 8 uyarınca karar veya yazılı emir olmaksızın arama yapılabileceği unutulmamalıdır. Gülşen, “**Arama Kararı veya Emri Gereksizden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller**”, s. 19

⁴¹⁵ Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma**”, s. 77, Örneğin arama kararı verilebilmesi için şüphe doğuran somut olay niteliğinde değerlendirilebilir. Kunter, Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 74

Dolayısıyla ikincil nitelikte ve istisnai bir koruma tedbiri olarak mevzuatta yerini almıştır.

Tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir şekli olarak kabul eden görüş, tesadüfen elde edilen delillerin ihdas edildiği m. 138/1'in, m. 134'ü kapsadığını savunmaktadır⁴¹⁶. Görüşün kabulüne göre, m. 138/1 özel arama usulleri için istisna öngörmemiştir, ayrıca aksi bir uygulama suçlulukla mücadeleyi zayıflatacaktır⁴¹⁷.

Tedbirin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek delil elde edildiğinde, delilin muhafaza altına alınacağı ve durumun derhal Cumhuriyet savcılığına bildirileceği şeklindeki düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı m. 139 ile öngörülmüş ve Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Fakat CMK m. 138/1'e paralel nitelikteki anılan hüküm, Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilmemiş ve yasalaşmamıştır. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoymanın uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme Komisyon'dan geçmesine rağmen kanuna dahil edilmediği için, artık CMK m. 138/1'in de bu tedbir kapsamında tatbik edilemeyeceği belirtilmiştir⁴¹⁸.

Kanımızca daha sıkı uygulama şartları öngörüldüğü için bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılan arama ve elkoyma ayrı bir koruma tedbiri olarak nazara alınmalıdır. Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenlemenin tasarıda yer almasına rağmen, kanuna eklenmemiş olması da kanun koyucunun bilinçli tercihi olarak yorumlanmalıdır. Bu sebeple m. 138/1 uygulanmamalıdır. Ancak bu yönde bir düzenleme ihtiyacı olduğu da açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılan arama bazı durumlarda iletişimin denetlenmesi mahiyetinde kabul edilebilir. Örneğin bilgisayar sistemleri arasındaki veri nakli sırasında, nakil işlemini belirten sinyal bilgileri ortaya çıkar. Bu bilgilerin takibi ve elde edilmesi

⁴¹⁶ Mehmet Karaman, "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 33, Sayı: 3, Temmuz 2007, s. 381, Çiçek, **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, s. 75

⁴¹⁷ Kartal, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", s. 54

⁴¹⁸ Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Nisan 2005, Sayı: 3, s. 95

iletişimin denetlenmesi olarak nitelendirilir⁴¹⁹. Diğer bir örnekte bilgisayar kütüklerinde arama koruma tedbirinin uygulanması sırasında, depolanmış iletişim bilgilerine ulaşılabilir. İletişim bilgilerinin, bilgisayar veya diğer bir yazılım tarafından otomatik olarak depolanması gibi, bilgisayarın kullanıcısı veya sahibinin iradesi dışında veri tabanında yer alması ve bunlara ulaşılması halinde, elde edilen bu bilgilerin de iletişimin denetlenmesi kapsamında olduğu söylenebilir⁴²⁰. Bu hallerde m. 135 çerçevesinde karar alınmadan yapılan arama ve elkoyma hukuka aykırı olacaktır. Öncesinde iletişimin denetlenmesi kararı alındığında ise elde edilenlerin hukuka uygunluğunun ve kullanılabilirliğinin belirlenmesinde kullanılacak olan kıstaslar m. 135 ve devamında düzenlenen koruma tedbirine ilişkin olanlardır.

C. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Kanun koyucu tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında, diğer bir deyişle tedbirin uygulandığı soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan deliller hakkında ne yapılacağına ilişkin m. 138/2 ile düzenleme ihdas etmiştir. Kanunun getirdiği sistemde elde edilen tesadüfi deliller, katalog suçlara ilişkin olup olmamalarına göre iki halde ele alınmaktadır. Fakat sadece katalog suçlara ilişkin deliller hakkında nasıl bir yol izleneceği belirlenmiş, aksi durum hakkında sessiz kalınmıştır. Kanun koyucunun yaptığı bu ayırım sebebiyle her iki ihtimal açısından elde edilenlerin ceza muhakemesindeki değeri ortaya konmalıdır. İlerleyen kısımlardaki alt başlıklarda öncelikle katalog-katalog dışı ayrımı temel alınacak, sonrasında ise tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi ile sonuca ulaşamayan, delillerin elde edilmesi ve kullanılması noktasında tereddütler meydana getirenler de dahil olmak üzere çeşitli durumlar üzerinde durulacaktır.

Devam etmeden önce belirtmek gerekir ki, katalog suçlara ilişkin olsun veya olmasın kullanılan tedbir kapsamında elde edilenlerin delil değeri taşıması, öncelikle

⁴¹⁹ Gönderilen e-mail'in veri olarak aktarılması sırasında tespit edilmesi de iletişimin denetlenmesi kapsamındadır. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 411, 415

⁴²⁰ Görüşün kabulüne göre bilgisayar veri tabanında olsa dahi, bilgilerin CMK m. 134 uyarınca elde edilebilmesi ve delil olarak kullanılabilmesi, iradi olarak depolama yapılmasına bağlıdır. Bu doğrultuda bilgisayar kütüğüne kaydedilmemiş, e-posta gibi iletilerin de m. 135 ve devamı maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 229

tedbirin uygulanmasına ilişkin esas ve usullere riayet edilmesini gerektirir; aksi halde bu bilgiler hukuka aykırı elde edilmiş olur⁴²¹. Örneğin A hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma yürütülmezken; bir başka deyişle A şüpheli veya sanık sıfatını taşımazken hakkında iletişimin tedbiri kararı verilse ve denetim sırasında iletişim kurduğu B'nin suç işlediğine dair bilgilere ulaşılsa; elde edilenlerin katalog suçlara dair olduğuna bakılmaksızın ceza muhakemesinde kullanılmayacağı söylenebilir. Zira ortada hukuka uygun bir tedbir kararı dahi yokken; bu yolla ulaşılan tesadüfi delillerin değerlendirilebilmesi mümkün değildir⁴²².

1. Katalog Suçlarla İlgili Deliller

Kanun koyucu katalog suçlarla ilgili ortaya çıkan tesadüfi delillerin derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerektiğini öngörmüştür. Ancak bahsi geçen delillerin ceza muhakemesindeki değeri hakkında ayrıca bir düzenleme yapmamıştır. Deliller, sadece başlangıç şüphesi mi oluşturacak yoksa hukuka uygun elde edilen diğer deliller gibi ceza muhakemesinde serbestçe kullanılabilir mi sorularının cevapları verilmemiştir.

Katalog suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi delillerin Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesini takiben, ilgili suç hakkında hali hazırda ceza muhakemesi yürütülüyorsa, yeni bir soruşturma başlatılacağı açıktır⁴²³. Delillerin, ayrıca ceza muhakemesinde kullanılacağı de doktrinde kabul edilmektedir⁴²⁴. Nitekim düzenlemede kanun koyucu delil kavramını kullanarak, elde edilenlere delil değeri

⁴²¹ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 109, Federal Alman Yüksek Mahkemesi de, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtların delil olarak değerlendirilebilmesini, kanunda belirtilen usul ve şartlara riayet edilmesine bağlamıştır. (BGHSt 22, 329) Feridun Yenisey, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, s. 25

⁴²² Görüş sahibi Yenisey/Altunç tarafından aktarıldığı üzere, Federal Alman Yüksek Mahkemesi de aynı doğrultuda karar vermektedir. Yenisey, Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, s. 1297, 1315

⁴²³ Doğan Soyaslan, “Adli Amaçlı İletişimin Dinlenmesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 21, Ağustos 2011, s. 12

⁴²⁴ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti”, s. 30, Yenisey, Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, s. 1312, Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 175, Karagöz, Birtek, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 110, Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 213, Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 196, Kartal, “Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, s. 24

atfetmiştir⁴²⁵. Tesadüfen elde edilen delilden yararlanarak değil de, diğer yollardan katalogda yer alan bir suçun işlendiği anlaşılrsa, bu suç hakkında zaten tedbir uygulanabileceği dikkate alınarak, tesadüfi delillerin kullanılabilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴²⁶. Amaca bağlılık ilkesini temel alan yoruma göre kural, tedbir ile elde edilen delillerin sadece kararda yer alan suç ile şüpheli veya sanık hakkında kullanılabilmesidir; tesadüfen elde edilen deliller ise bu kuralın istisnasıdır⁴²⁷. Eklenebilecek bir diğer görüşe göre ise, elde edilen tesadüfi deliller katalog suçlarla ilgili olsa da; delillerin kullanılabilmesi, ilgili oldukları suç bakımından tedbirin uygulanabilmesi için gereken şartların sağlanmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, başka suretle delil elde etme imkanı olmaması ve somut delillere dayanan kuvvetli şüphe kriterleri, tesadüfen elde edilen delillerin ilgili olduğu suç açısından sağlanmadıkça, katalog suçlardan birine ilişkin olsa dahi ceza muhakemesinde kullanılamayacağı savunulmuştur⁴²⁸.

Yargıtay da katalog suçlarla ilgili olan tesadüfi delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesini kabul etmiştir⁴²⁹.

Tesadüfen elde edilen delil, üçüncü şahıslara ilişkin olabileceği gibi hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanığa dair de ortaya çıkabilir. Her iki ihtimale sırasıyla değinilecektir. Sonrasında ise iştirak halinde işlenen suçlar kapsamında ortaya çıkan tesadüfi deliller ayrı bir başlık altında incelenecektir.

⁴²⁵ Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 177, 178

⁴²⁶ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 196, Gündem, “**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 171, Kartal, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 110

⁴²⁷ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 156

⁴²⁸ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 97

⁴²⁹ “Ancak 5271 sayılı CMK'nun 138. maddesinin ikinci fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, 01.06.2005 tarihinden sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında, yapılan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan, fakat anılan kanunun 135. maddesinin altıncı fıkrasında yapılan suç veya suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesinde halinde, tesadüfen elde edilen delil olarak adlandırılan bu delilin belirtilen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılması mümkündür.” Yargıtay CGK 2013/483 E., 2013/599 K., 10.12.2013 (www.lexpera.com.tr), Benzer yönde: Yargıtay CGK, 2017/4-291 E., 2017/558 K., 19.12.2017, Yargıtay CGK, 2015/1-396 E., 2018/323 K., 3.7.2018 (www.kazanci.com.tr)

a. Üçüncü Kişiler Hakkında Elde Edilen Deliller

Doktrinde sıklıkla vurgulandığı üzere elde edilen tesadüfi deliller üçüncü kişiler hakkında delil olarak değerlendirilebilecektir⁴³⁰. Keza m. 138/2 ile çizilen çerçevede, şüpheli, sanık veya üçüncü kişi ayrımı yapılmamıştır⁴³¹.

Katalog suçlardan birinin işlendiğine ilişkin şüphe doğuran tesadüfen elde edilen delillerin Savcılığa bildirileceği hükmü, hakim kararı şartına getirilmiş tek seferlik istisna olarak görülmüştür⁴³². Bir kişinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişim, hakim kararı olmaksızın denetlenmiş olacak ve elde edilenler ise kullanılabilir hale gelecektir. İstisnanın tek seferlik olarak görülmesinin sebebi ise, hakkında karar olmayan ancak aleyhine tesadüfi delile ulaşılan kişiye yönelik soruşturma açılıp tedbir kararı alınmadıkça iletişiminin denetlenemeyeceği kabulünde yatmaktadır⁴³³. Yargıtay da paralel bir yorumla, tesadüfen elde edilen

⁴³⁰ Tedbir kararı sadece şüpheli veya sanık hakkında verilmişken, şüpheli veya sanıkla iletişime geçen birçok kişinin denetime tabi tutulacak olmasını eleştiren Taşkın; bununla birlikte katalog suçların sağladığı güvenceyi temel alarak, elde edilenlerin üçüncü kişiler hakkında da kullanılabilirliğini belirtir. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 198, Benzer yönde Yargıtay kararı: “Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY'nin 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY'nin 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir.” Yargıtay CGK, 2006/5-154 E., 2007/145 K., 12.06.2007 (www.kazanci.com.tr), Benzer yönde: Yargıtay 5. CD, 2012/14882 E., 2014/2295 K., 4.3.2014, Yargıtay 5. CD, 2010/1192 E., 2012/11385 K., 14.11.2012 (www.lexpera.com.tr)

⁴³¹ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 442, 443, Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 176

⁴³² Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1111, Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 109, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda da karar şartına istisna niteliğinde ortaya çıkan deliller değerlendirilebilmektedir: 18 U.S. Code § 2518(5) uyarınca, iletişimin denetlenmesinde sınırlandırma (“*minimisation*”/denetlenmenin en aza indirgenme zorunluluğu) ilkesi benimsenmiştir. Fıkra göre denetim, iletişimin denetlenmesi kararında yer alan kişilerle ve suçlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır. Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku**, s. 59, 239, İletişimin denetlenmesi sırasında anılan sınırlandırmaya uyulmaması delillerin yargılamada kullanılmasına engel olabilecektir (“*suppression of evidence*”). Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi, iletişimin denetlenmesi kararının ilk baştaki amaca uygun olarak alınması şartıyla, kararda yer almayan kişilerle veya suçlarla ilgili ortaya çıkan delillerin de yargılamada kullanılabilirliğini kabul etmektedir. National Research Council, **Cryptography's Role in Securing the Information Society**, National Academy Press Washington DC, USA, 1996, s. 398, 399, Anlaşılacağı üzere Amerikan Yüksek Mahkemesine göre, kararda yer almayan kişilerle veya suçlarla ilgili delil elde edilmesi amacıyla hareket edilmediği sürece rastlanan deliller, karar şartı gerçekleşmediği halde muteberdir.

⁴³³ Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1111, Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 109, Cankat Taşkın, “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi”, **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl: 32, Sayı: 84, 2008, s. 33, Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 266, Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 394, Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 199, Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 454

delilin ilk ortaya çıktığı anda değil ancak taraflar arasında 11 defa yapılan görüşme kayıt altına alındıktan sonra Cumhuriyet Savcılığına bildirimde bulunulduğu, karar olmaksızın denetim yapıldığı gerekçesi ile kayıtları kanuna aykırı saymıştır⁴³⁴. O halde hakkında tesadüfen delile ulaşılan kişiye yönelik denetime devam edilmediği sürece, elde edilenler ceza muhakemesinde kullanılabilir⁴³⁵. Aksi halde karar olmaksızın denetim yapılmış olacak, tedbirin amacı fiili olarak değiştiği için elde edilecekler de artık tesadüfi olmayacağından kayıtlar delil olarak değerlendirilemeyecektir⁴³⁶. Görüşün ortaya çıkardığı sonuca göre, derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirim yapılması koşulunun yanı sıra denetime devam edilmesi gerekiyorsa bunun için soruşturma açılıp tedbir kararı alınması şartıyla, üçüncü şahıslar hakkında tesadüfen elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir⁴³⁷.

Üçüncü kişinin, tedbir kararına konu şüpheli veya sanıkla iletişim kurmada kullandığı araç, ankesörlü telefon gibi hakkında tedbir uygulanma imkanı olmayan cihazlardan olduğunda dahi, sonraki elde edilenlerin kullanılmayacağı

⁴³⁴ “Bu dinleme kararı doğrultusunda Av. Çağatay Özdemir’in cep telefonundan yapılan görüşmeler tespit edilmiş olup, 02.06.2004 ile 14.07.2004 tarihleri arasında sanık C.Savcısı Ömer Güner Sazak ile toplam 11 kere görüşmeleri bulunmaktadır. İletişimin tespiti kararı Av. Çağatay Özdemir’e ait cep telefonu için alınmış olup, sanık Ömer Güner Sazak hakkında verilmiş herhangi bir iletişimin dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Bu konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY.nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C.Savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2007/5-23 E., 2007/167 K., 03.07.2007 (www.lexpera.com.tr)

⁴³⁵ Kaymaz’a göre derhal bildirim için gereken makul sürede elde edilenler hukuka uygun kabul edilmelidir. Örneğin gece elde edilen tesadüfi delilin, mesai saatlerinin başlaması ile bildirilmesi ihtimalinde makul süre içerisinde hareket edildiği kabul edilmelidir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 514

⁴³⁶ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 516

⁴³⁷ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 440, Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 176, Aksi görüşte olan Kaymaz’a göre ise ilk elde edilen tesadüfi delil her halükarda hukuka uygun; bildirim yapılmayıp karar olmaksızın denetime devam ederek ulaşılan diğer deliller hukuka aykırıdır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 514, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin kararları üzerinden yapılan yorumda ise, üçüncü kişi hakkında ele geçen ilk tesadüfi delilin sadece soruşturma başlangıcına esas teşkil edebileceği belirtilmiştir. Hamdi Yaver Aktan, “Tartışmalar” **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009, s. 113

savunulmuştur. Görüşün kabulüne göre, üçüncü kişi için tedbir kararı alınmadığından bahisle, bu kişi dolaylı olarak denetlenemeyecektir. Sadece ilk ele geçen tesadüfi delil niteliğindeki kayıt ceza muhakemesinde değerlendirilebilecektir⁴³⁸.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin mevzuatta yer almadığı, yabancı ülkelerin kanuni düzenlemeleri temel alınarak yapılan yorumda; iletişim iki kişi arasında gerçekleştiği için, hakkında karar bulunan şüpheli veya sanığın haberleştiği karar dışı kişilerin de araçlarının denetlenebileceği kabul edilmiştir⁴³⁹. Ceza Muhakemesi Kanununda düzenleme yapıldıktan sonra; soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin dolaylı dinlenmesine imkan tanıdığından bahisle m. 135/1'in iptali istemiyle yapılan başvuru sonucu Anayasa Mahkemesi de benzer bir çıkarım yaparak ret kararı vermiştir. İptal isteminin reddine ilişkin kararın gerekçesinde, iletişimin denetlenmesinde, denetlenen kişinin iletişim kurduğu karşı tarafın da dinlenmesinin kaçınılmaz olduğuna vurgu yapılmıştır⁴⁴⁰. Özellikle örgütlü suçlar mevzu bahis olduğunda elde edilenlerin suçla ilgili olmadığına dair tespitin güçlüğüne dikkat çekilerek, bu hususun takdirinin Cumhuriyet savcılarına ve hakimlere bırakılması gerektiği; dinleme yapan birimlerin, görüşmeleri kaydetmemeleri halinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının tehlikeye düşebileceği belirtilmiştir⁴⁴¹.

⁴³⁸ Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 110

⁴³⁹ Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma**, s. 199, Öztürk de, iletişimi denetlenen şüpheli veya sanığın konuşacağı kişilerin önceden tespit edilemeyeceği ve mecburen iletişimin karşı tarafında bulunan kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahale edileceğine dikkat çekmiştir. Bahri Öztürk, "İletişimin Dinlenmesi", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, s. 33

⁴⁴⁰ Benzer görüş için bkz. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 104, Heper'e göre ise bu durumda kaçınılmaz olarak üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmektedir. Yunus Heper, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 71, AİHM 24.08.1998 tarihli Lambert v. Fransa kararında, hakkında karar olmayan üçüncü kişilerin, tedbir uygulanan şüpheli veya sanıkla kurdukları iletişimin denetlenmesinin kaçınılmaz olduğunu kabul etmekle birlikte; denetime maruz kalan üçüncü kişilere yönelik kanuni güvenceler düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 195

⁴⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 2009/1 E., 2011/82 K., 18.05.2011, Üçüncü kişilerin iletişimlerinin denetlenebilmesi ile ilgili Bozkurt'un ortaya koyduğu kritere göre; şüpheli veya sanığın iletişime geçtiği üçüncü kişiler de tedbir kararında belirtilmelidir. Böylece şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu tüm şahıslar denetlenmeyecektir. Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 62, 63

Soruşturma veya kovuşturma dışı üçüncü şahsın aleyhine rastlanan delil, tedbire konu şüpheli veya sanıkla görüşmesi sırasında ortaya çıkabilir. Diğer bir ihtimalde ise tedbir kararı alınan ve şüpheli veya sanığa ait olduğu düşünülen cihazı, telefon numarasını veya başka bir iletişim aracını, üçüncü şahıs kullanıyor olabilir. Bu halde iletişimi denetlenen aslında hakkında ceza muhakemesi dahi yürütülme- yen soruşturma veya kovuşturma dışı bir şahıstır. Bu halde dahi elde edilenlerin m. 138/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmüş; katalog suçlara ilişkin olduğu sürece muhakemede kullanılabileceği iddia olunmuştur. İletişim aracını kimlerin kullanacağını önceden tespitinin imkansızlığına vurgu yapılarak; elde edilenlerin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁴². Aksi durumda diğer kişilerin iletişim araçlarını kullanan şahıslar denetim dışı kalacaklardır⁴⁴³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da haklarında tedbir kararı olmayan üçüncü kişilerin kendi aralarında yaptıkları görüşme kayıtları sırasında rastlanan delilleri, tesadüfen elde edilen delillerden saymıştır. Elde edilen delilleri bu sebeple değil, 4422 sayılı Kanunda düzenleme olmadığı ve delillerin katalog dışı bir suçla ilgili olduğu için hukuka aykırı kabul etmiş ve değerlendirmemiştir⁴⁴⁴.

Bahsi geçen çıkarımlara katılmayan diğer görüşe göre, tedbir şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilir; bu sebeple, sadece şüpheli veya sanık tarafından kullanılan iletişim araçları denetlenebilir. Tedbirin uygulanma amacı şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi olduğundan, üçüncü kişinin sadece şüpheli veya sanıkla olan konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması mümkündür⁴⁴⁵. O halde

⁴⁴² İlhan Polat, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 125

⁴⁴³ Kartal, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 112

⁴⁴⁴ “Ancak, dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa’da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY’nin 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2006/4-122 E., 2006/162 K., 13.06.2006 (www.lexpera.com.tr), Kararın muhalefet şerhinde de benzer çıkarımlarda bulunulmuştur: “Dava konusu olayda, şüpheli H.S.Ş. için usulüne uygun şekilde dinleme kararı alınmıştır. Adı geçen bu şüphelinin telefonundan başka birisinin konuşması sırasında yapılan tespitler, konuşan ve karşıdaki kişi yönünden yasak delil niteliğinde olmayıp, tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir (CMK.nun 138/2. maddesi).”

⁴⁴⁵ Şen, “**Türk Hukuku’nda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri**”, s. 139

tedbir konusu aracın üçüncü bir kişi tarafından kullanıldığı anlaşıldığında, tedbire derhal son verilmelidir⁴⁴⁶. Üçüncü kişiler hakkında bu yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesine değerlendirilemeyeceği ancak soruşturma açılması için kullanılabilmesi görüşü de eklenmiştir⁴⁴⁷. Kanun koyucunun tedbirin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesine eklediği 2. fıkraya bu hususta değinmekte yarar vardır. Fıkra uyarınca tedbir talebinde bulunulduğunda hakkında tedbir uygulanacak hattın veya iletişim aracının sahibi ve biliniyorsa kullanıcısı gösterilmelidir. Fıkra kanuna ekleyen 6526 sayılı Kanun Tasarısının 12. maddesinin gerekçesine göre, eklenecek bu fıkra ile kararı verecek makam, Cumhuriyet savcılar ve kolluk görevlilerinin daha titiz bir araştırma yapmaları gerekecek, böylece suçla ilgili olmayan kişilerin dinlenmesi engellenebilecektir⁴⁴⁸.

Nihayet karma nitelikte olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, denetlenen iletişim aracını kısa bir süreliğine kullanan üçüncü şahsın görüşmesinden elde edilenler kullanılabilir⁴⁴⁹. Denetlenen aracın, tedbire konu edilmeyen üçüncü şahsın düzenli olarak kullandığı biliniyorsa veya denetim sırasında anlaşıldı ise denetime devam edilemeyeceği açıktır. Böyle bir bilgi karşısında elde edilenler tesadüfi olmadığı gibi hukuka aykırı olacaktır. Fakat üçüncü kişilerin denetlenen aracı kullanabileceği öngörülemediği durumlarda, m. 138/2 de bu yolu kapamadığından, elde edilen tesadüfi deliller ceza muhakemesinde değerlendirilebilmelidir.

Yapılan tüm bu teorik çıkarımların yanı sıra uygulamayı da dikkate almak gerekmektedir. İletişimin dinlenmesi için çoğu zaman öncelikle otomatik olarak görüşmelerin kayıt altına alındığı ve sonrasında bu kayıtların dinlendiği belirtilmektedir⁴⁵⁰. Bu sebeple her zaman, denetlenen iletişim aracının üçüncü şahıs

⁴⁴⁶ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 154

⁴⁴⁷ Görüş sahibi Şen'e göre bu durumda üçüncü kişiler hakkında elde edilen deliller m. 138/2 kapsamında dahi değerlendirilemez. Ayrıca tedbir uygulanan şahsın iletişim aracını kullanan üçüncü kişinin görüşmesini; m. 135 ve 138 kapsamında tesadüfen elde edilen delil kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kararını da görüşüne destek göstermiştir: Anayasa Mahkemesi 2009/1 E., 2009/1 K., 16.7.2009, Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 111, 215

⁴⁴⁸ 6526 sayılı Kanun Tasarısının 12. maddesinin gerekçesi

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf> (Çevrimiçi) 21.11.2018

⁴⁴⁹ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 498

⁴⁵⁰ Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 104

tarafından kullanıldığı anlık olarak tespit edilemeyebilir. Dolayısıyla üçüncü şahsın iletişimini içeren birden fazla kayıt yapılmış olabilir. Bu noktada önemli olan iletişim aracının düzenli olarak üçüncü şahıs tarafından kullanılmamasıdır. Kayıtlar dinlendiğinde m. 138/2 çerçevesinde elde edilenler Cumhuriyet Savcısına iletmeli ve şartlar sağlanıyorsa üçüncü şahıs hakkında ayrıca denetim kararı alınmalıdır. İletişim aracının üçüncü şahıs tarafından kullanıldığı anlaşıldığında ise artık denetime devam edilmemelidir. Meseleyle ilgili son olarak belirtelim ki, üçüncü şahsın farklı zamanlarda 11 kere iletişiminin kaydedildiği durumda elde edilen delilleri hukuka aykırı bulan Yargıtay kararı da dikkate alındığında; tutulan kayıtların düzenli olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekmektedir⁴⁵¹.

Bir diğer mesele, denetlenen şüpheli veya sanığın kullandığı telefonun hoparlörünü açarak, yanında bulunan kişilerin de seslerini kaydedilebilecek olmasıdır. İletişimin denetlenmesi tedbirinin tatbikinde her ne kadar iletişimin karşı tarafında bulunan kişinin de konuşmasının kaçınılmaz olarak kayda alınacağı kabul edilse de; iletişimin tarafı olmadığı halde ortamda bulunan kişilerin seslerinin kayda alınması mümkün görülmemiştir⁴⁵². Kanımızca bu durumda kayıtlar şüpheli veya sanık hakkında delil ihtiva edebileceğinden saklanmalı ancak ortamda bulunan kişiler aleyhine elde edilenler kullanılmamalıdır⁴⁵³. Kayıtların kullanılmayacağı savunulan başka bir ihtimal ise tarafların iletişimleri sona erse dahi telefonun bir şekilde açık kalarak ortamdaki sesleri iletmesidir⁴⁵⁴. Farkında olmadan açık bırakılan araçlara takılan sesler bakımından, artık ortada telekomünikasyon yoluyla yapılan bir iletişim olmadığı için ve elde edilecek kayıtlar özel hayatın çekirdek alanına⁴⁵⁵ müdahale niteliğinde olacağından elde edilenler hukuka aykırı kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki Alman doktrininde, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, hata ile

⁴⁵¹ Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 123

⁴⁵² Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 37, Bu halde elde edilen kayıtlar delil olarak değerlendirilemez. Yenisey, “**Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi**”, s. 25

⁴⁵³ Delillerin ortamda bulunan kişiler hakkında kullanılabilmesi için teknik araçlarla izleme tedbiri kararının alınmış olması gerektiği savunulmuştur. Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 37

⁴⁵⁴ Yenisey, “**Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi**”, s. 25

⁴⁵⁵ Özel yaşamın giz alanı olarak da isimlendirilen kavram, bireyin egemen olduğu ve üçüncü kişilerin müdahalesini denetleyebildiği alan olarak tanımlanmıştır. Kişiliğin gelişimi ile yakından ilgili olan ve bireyin en mahrem yeri kabul edilen bu alan dokunulmazdır. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 231, 232, 234

açık kalmış telefona yansıyan seslerin ortam dinlemesi şeklinde kaydı veya denetime yansıyan arka plandaki konuşmalar, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini düzenleyen StPO m. 100a kapsamında meşru sayılmakta ve ceza muhakemesinde kullanılabilir olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁶.

Üçüncü kişi hakkında elde edilen tesadüfi delillerin kullanılabilme imkanı hakkında ortaya atılan istisnai bir görüşe de yer vermek gerekmektedir. Görüş, tedbirin uygulanma şartlarını öngören m. 135'i dikkate alarak; m. 138/2 ile çizilen çerçevenin sadece şüpheli veya sanık aleyhine ortaya çıkan delilleri kapsadığını iddia eder. Tedbir ancak şüpheli veya sanığa yönelik uygulanabildiği için, üçüncü kişilere ilişkin elde edilen tesadüfi deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz; fakat soruşturma açılması için değerlendirilebilir⁴⁵⁷. Aksi yönde bir kabulün, bir kararın muhakeme konusu dahi edilmeyen bir çok kişinin dinlenmesine ve haklarında delil toplanmasına imkan vereceği, tedbirin genel bir dinlemeye dönüşeceği de eklenmiştir⁴⁵⁸.

b. Hakkında Tedbir Uygulanan Şüpheli Veya Sanık Hakkında Elde Edilen Deliller

Konunun başında da belirtildiği gibi, bu hususta bir başka ihtimal, üçüncü şahıs hakkında değil tedbirin uygulandığı şüpheli veya sanık aleyhine katalog suçlarda yer alan bir başka suça ilişkin delile rastlanması halidir. Örneğin şüpheli A hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan yürütülen soruşturma kapsamında iletişimi denetlense ve kasten birini öldürdüğüne dair kayıtlar elde edilse, bu kayıtlar A aleyhine kullanılacak mıdır, A hakkında ayrıca kasten öldürme suçundan soruşturma açılıp iletişimin denetlenmesi kararı alınmalı mıdır? Daha doğru bir ifade ile bu karar alınmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin devam eden denetim sırasında, kasten öldürme suçuna dair elde edilecek sonraki bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün müdür?

⁴⁵⁶ Schroeder, Verrel, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 101

⁴⁵⁷ Görüş sahibi Şen'e göre, temel hak ve özgürlüklere müdahalede yetkisizlik kuralı, yetki ise istisnadır. Bu sebeple m. 138/2 üçüncü kişiler bakımından uygulanmamalıdır. Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 110, 111, 216

⁴⁵⁸ Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 404

İlk soru, m. 138/2 açısından doktrinde yapılan çıkarımlar ve Yargıtay uygulaması temel alınırca rahatlıkla cevaplanabilir. Fıkıradaki şüpheli, sanık veya üçüncü şahıs ayrımı yapılmadığından, tedbir uygulanan kişi açısından da; elde edilenler kullanılabilir.

İkinci soru ele alındığında ise, CMK m. 138/2'yi, karar olmaksızın yapılan denetim sonucunda elde edilenlerin kullanılabilmesine imkan tanıyan istisnai bir düzenleme olduğunu kabul eden görüş; karar alma zorunluluğunun sadece üçüncü şahıslar bakımından arandığını savunur⁴⁵⁹. Görüşe göre hakkında tedbir kararı olan şüpheli veya sanık için ayrıca bir karar alınmasına gerek olmaksızın elde edilen tüm tesadüfi deliller katalog suçlardan birine ilişkin olmak şartıyla ceza muhakemesinde kullanılabilir. Benzer yönde, tedbirin uygulandığı şüpheli veya sanık bakımından düzenleme ile getirilen hukuka uygunluk sınırının bir sefere mahsus değil; elde edilen tüm delilleri kapsadığı iddia olunmuştur. Kanun koyucunun m. 138/2 ile yeni bir tedbir kararı alınmasını öngörmemiş olması temel alınarak yapılan yorumda; tedbir kararının alınmaması şekli bir aykırılık sayılarak deliller ceza muhakemesinde değerlendirilebilir⁴⁶⁰. Örnekten devam edilirse, görüşün kabulüne göre A'nın iletişiminin denetlenemeyeceği söylenemez; zira onun hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu açısından hukuka uygun bir kararın varlığı kabul edilirse, denetimin devam etmesi ve kasten öldürmeye dair delil elde edilmesi hukuka uygun olacaktır.

Aksi yönde ortaya konulan çıkarım ise hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanık açısından, tesadüfi delilin şüphe uyandırdığı suçla ilgili ayrı bir karar alınması gerektiğini belirtir⁴⁶¹. İlk karar temel alınarak, hakkında delile ulaşılan karar dışı suç için iletişim denetlenmemeli ve bu yolla elde edilen deliller kullanılmamalıdır⁴⁶².

⁴⁵⁹ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 110, Kartal'ın benzer çıkarımları için bkz. Kartal, “Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, s. 80

⁴⁶⁰ Kartal'a göre; m. 138/2'nin son kısmı “deliller soruşturmada ve kovuşturmada kullanılabilir” şeklinde değiştirilmelidir. Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 123

⁴⁶¹ Ayrı bir karar alınmadan, tesadüfen elde edilen delilin şüphe doğurduğu suç için denetime devam edilemez. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 196

⁴⁶² Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 125

İletişimin denetlenmesi tedbirinin 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamında öngörüldüğü ve tesadüfen elde edilen deliller düzenlenmesinin mevzuatta yer almadığı zaman Alman Federal Yüksek Mahkemesinin uygulaması temel alınarak yapılan yorumda; soruşturma veya kovuşturma dışı suçla ilgili delilin, ister hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanık isterse üçüncü şahsa yönelik ortaya çıksın, katalogda yer alan bir suça dair olması şartıyla ceza muhakemesinde kullanılabilmesi belirtilmiştir⁴⁶³. Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanuna (StPO) eklenmeden önce Federal Yüksek Mahkeme, katalog suçlarla bağlantılı olan katalog dışı suçla ilgili delillerin de değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme tarafından bağlantı kavramı için bir ölçüt belirlenmemesine rağmen, örgüt şüphesi üzerine uygulanan tedbir sırasında, örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlar bağlantılı kabul edilerek katalogda yer almasa dahi delillerin kullanılabilmesi sonucuna varılmıştır⁴⁶⁴. Bağlantılı suçlar ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hakkında elde edilen deliller ayrı başlık altında incelendiğinden, bu hususta daha fazla açıklama yapmıyoruz.

c. İştirak Halinde İşlenen Suçlara İlişkin Elde Edilen Deliller

Kanunun çizdiği sınırlar içerisinde, iştirak halinde işlenen suçlar mevzu bahis ise, hakkında tedbir kararı alınmamış kişilere ilişkin elde edilen deliller; tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilmez. Deliller, soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olacağı için m. 138/2 hükmünün tatbiki mümkün değildir⁴⁶⁵. Zira hukuka uygun alınmış bir tedbir kararının varlığı kabul edilirse, muhakemenin yürütüldüğü hatta hakkında tedbir kararı alınmış bir suça dair delile ulaşılmıştır. O halde sorun, hakkında karar olmayan kişilere yönelik elde edilen delillerin, tedbirin tatbik edildiği suça dair olması halinde ceza muhakemesinde değerlendirilebilmesi ile ilgilidir.

⁴⁶³ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 362, 363, Almanya uygulamasında delillerin değerlendirilebileceği bir diğer hal ise, tedbirin uygulandığı suç fiili ile bağlantılı bir fiille ilgili delillerdir. Bu durumda suç katalog kapsamında olmasa dahi delillerin kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Yenisey, “**Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi**”, s. 25

⁴⁶⁴ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 362

⁴⁶⁵ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 63, Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 109

Sorunun cevabına geçmeden önce belirtmek gerekir ki, soruşturma veya kovuşturmayla konu edilmemiş iştirak eden fail hakkında ortaya çıkan delil her ne kadar kanunen tesadüfi değilse de, kabul ettiğimiz tesadüfen elde edilen delil kavramına dahildir.

Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m. 2 uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbirinin, suça iştirak ile suç işlendikten sonra yardım, yataklık, aracılık etme şüphesi altında bulunan kişiler hakkında da tatbik edilebilmesine izin verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 2001 tarihli tasarısının 107. maddesinin gerekçesinde ise, suç ve suçlular hakkında delil elde edilebilecek soruşturma dışı üçüncü kişilerin de iletişimlerinin denetlenebileceği belirtilmiştir⁴⁶⁶. 2004 yılında yapılan çalışmalarda ise, şüpheli için mesajlar ileten veya şüpheli tarafından iletişim araçları kullanılan, şüpheli olmayan üçüncü kişiler hakkında da tedbirin uygulanabileceği yönündeki öneri kabul edilmemiş⁴⁶⁷, gerekçe olarak ise gerekli olan herkesin dinlenebileceği; bu hususun kanunda yer almasının gerekmediği gösterilmiştir⁴⁶⁸. Fakat CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen tedbirin, sadece şüpheli veya sanık hakkında uygulanabileceği öngörülerek, soruşturma veya kovuşturma dışı kişilerin iştirakinin anlaşılması halinde nasıl hareket edileceği hususunda düzenleme yapılmamıştır⁴⁶⁹. İştirak halinin öğrenilmesi ile, iştirak eden üçüncü şahsın, şüpheli sıfatıyla ceza muhakemesine dahil olacağı ve iletişiminin denetlenebileceği savunulsa⁴⁷⁰ da; bu kişi hakkında yeni

⁴⁶⁶ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti”, s. 24, Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 122,

⁴⁶⁷ Belirtmek gerekir kanunda kendine yer bulamayan bu öneri; Alman Ceza Muhakemesi Kanununun (StPO) iletişimin denetlenmesini düzenleyen 100a maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeye paraleldir. Fıkra göre “İletişimin denetlenmesi kararı...sanıktan kaynaklanan bildirimleri aldığı, ilettiği ya da kendisine ait hattın sanık tarafından kullanıldığı somut olgulara dayanılarak kabul edilebiliyorsa, üçüncü kişiler hakkında da verilebilir.” Yenisey, Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 95

⁴⁶⁸ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti”, s. 24,

⁴⁶⁹ Ünver/Hakeri’ye göre düzenleme olmasa dahi, kanunen aranan şartlar gerçekleştiği durumda, kararda bulunması gereken unsurlara riayet ederek iştirak eden kişi hakkında da tedbir kararı alınabilmelidir. Suç işlendikten sonra yardım halinde ise mevzu bahis olabilecek TCK m. 281 ve 293’te tanımlanan suçlar katalogta yer almadığı için denetim yapılamaz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 428, 429

⁴⁷⁰ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti”, s. 24, Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 123

bir karar alınmasının gerekliliği ve o ana kadar elde edilenlerin kullanılabilirliği açısından ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Yargıtay, hakkında iletişimin denetlenmesi için gerekli usul işlemleri yapılmaksızın suça iştirak eden üçüncü şahsa yönelik denetim yapılmasını “dolaylı dinleme” olarak adlandırmış ve elde edilen kayıtları kanuna aykırı kabul ederek delil değeri atfetmemiştir⁴⁷¹. Karar, tesadüfen elde edilen deliller kavramının öngörülmediği, 4422 sayılı kanun kapsamında yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında verilmiştir. Karara konu olayda tedbirin uygulanması sırasında şüphelilerin, Yargıtay üyeleri ile görüşmelerine rastlanmıştır. Yargıtay üyeleri hakkında izin ve karar şartları sağlanmadığı için, elde edilenlerin, üyeler aleyhine kullanılmayacağı belirtilmiştir.⁴⁷² Kararın gerekçesinde, haklarında denetleme kararı bulunmayan kişiler hakkında kayıtların delil olarak kullanılması, temel haklara kanunsuz müdahale kabul edilmiştir. Dolaylı dinleme niteliğine bürünen faaliyetin kanuna karşı hile sayılması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁷³. Benzer doğrultuda olan görüşe göre; bir şüpheli veya sanık hakkında verilmiş kararlar tüm suç ortaklarının iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir⁴⁷⁴. Aksi bir uygulama tedbiri, herkesi muhatap alan genel bir denetime dönüştürür⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Ozan Ergül, “Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum”, (Çevrimiçi), www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/telefon_dinleme.pdf 15.10.2018, s. 1

⁴⁷² Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 348

⁴⁷³ Basına “Neşter-2 Operasyonu” olarak yansıyan soruşturma hakkında Yargıtay’ın verdiği karar metni için bkz. “Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı: 10, Ekim 2004, s. 23, 24

⁴⁷⁴ Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1108, Benzer yönde çıkarımlar Yargıtay 20. CD. kararının muhalefet şerhinde yapılmıştır: “*CMK'nın 135. maddesinde bir suç nedeniyle yapılan soruşturma kapsamında haberleşmenin gizliliğine müdahale edebilmenin kural ve koşulları belirlenmiş şüpheli veya sanığın telefonunun ancak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla dinlenebileceği öngörülmüştür. CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi müessesesi; kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında başka suretle delil elde edilememesi halinde başvurulan bir yöntemdir. Bu maddeye göre alınacak telefon dinleme kararı soruşturması devam eden CMK'nın 135/8 maddesi kapsamında kalan suçlarla ilgilidir. Şüpheli/sanık ya da eyleme iştirak ettiği iddia edilenler hakkında başvurulacak bir yöntemdir. Bu maddenin süjesi, soruşturma şüphelisi yada sanıktır. Bu kişiler yönünden dinleme yapılacaktır. Usulüne uygun şekilde yapılan bir dinleme sırasında “soruşturması yapılan suça” bir başka kişinin iştirak ettiği ya da suçun başka bir kişi tarafından işlenmiş olabileceğine ilişkin delil veya dellillerle ulaşıldığı takdirde bu kişiler hakkında CMK'nın 135/1 maddesindeki şartlar dikkate alınarak yeni bir iletişimin dinlenmesi kararı almak zorunludur... “Dolaylı olarak dinleme” bir suç soruşturması sırasında, Bir başka şüpheli veya sanık hakkında tatbik edilen iletişimin denetlenmesinden hareketle, suça karıştığı düşünülen bir başka kişinin telefon konuşma ve kayıtlarının takip edilmesi olup, bu şekilde yapılan işlemler ve elde edilen deliller hukuka aykırıdır. Yürürlükte bulunan yasal düzenlemeler (usul hükümleri) karşısında dolaylı dinleme mümkün değildir.*”

Kanun koyucunun düzenlemesi sebebiyle akla gelen ihtimallerden bir diğeri, iştirak eden kişilerle ilgili elde edilen delillerin m. 138/2'nin kapsamına alınmaması sonucu; fıkra ile getirilen düzenlemenin karşıt anlamından, iştirak edene dair ortaya çıkan delillerin herhangi bir sınırlandırma olmaksızın değerlendirilebileceği çıkarımıdır. Bir başka deyişle kanun koyucu bu hususta susarak aslında soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olduğu sürece, elde edilen tüm delillerin kullanılması gerektiğini ortaya koymuş olabilir. Fakat doktrinde bu yönde bir çıkarım kabul edilmemiştir. Tedbirin uygulandığı suçla ilgili olarak ortaya çıkan lakin hakkında karar alınmamış şahıslar hakkındaki delillerle ilgili değerlendirmenin m. 135 kapsamında yapılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷⁶. Suç ortağı olsalar ve aynı soruşturma veya kovuşturmada takip edilseler dahi; şüpheli veya sanık sayısı kadar suç olduğu kabul edilerek; her bir şahıs ve onun işlediği şüphesi bulunulan suç hakkında diğer şartları da varsa tedbir kararı alınmalıdır. Dolaylı dinlemeye sebebiyet verecek bir uygulamanın önüne geçilebilmesi adına; makul süre içerisinde denetleme kararı verilmelidir. Karar alınmadığı veya karar talebi reddedildiğinde, ilk başta elde edilenler de artık bu şahıs açısından kullanılmamalıdır⁴⁷⁷. Diğer bir deyişle delile rastlandıktan sonra karar alındığı sürece elde edilen tüm deliller üçüncü şahıs hakkında kullanılabilir⁴⁷⁸. Hakkında karar alınmamış kişilere ilişkin elde edilenler ise ancak başlangıç şüphesi oluşturabilir⁴⁷⁹.

Doktrindeki bir kısım görüş ise aksi doğrultuda tespitlerde bulunmuştur. Amaç muhakeme konusu suçu ve suçluları açığa çıkarmak olduğundan; ayrıca

CMK'nın 135.maddesi yada 138.maddenin 2. fıkrası dolaylı dinelemenin dayanağı da yapılamaz. Aksine bir yorum temel bir insan hakkı olan haberleşme hürriyetini kısıtlar, daraltır ve özüne dokunur nitelikte bir değerlendirme olup, bu da yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal normlara aykırılık oluşturacaktır." Yargıtay 20. CD, 2015/14915 E., 2015/4764 K., 19.11.2015 (www.lexpera.com.tr)

⁴⁷⁵ Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 286

⁴⁷⁶ Şen, "Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü", s. 24

⁴⁷⁷ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 109

⁴⁷⁸ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 163, Bozkurt'a göre suçta iştirak eden kişi, en baştan itibaren hakkında tedbir uygulanabilecek kişilerdendir. Maddi gerçeğe ulaşılması adına elde edilenler onun hakkında da kullanılabilir; ancak karar alınması zorunludur. Bu halde iştirak eden hakkında uygulanacak tedbir açısından yeni bir süre verilmemeli, ilk başta verilen karara ilişkin tatbik edilen tedbirin kanuni süresine riayet edilmelidir. Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 63, 64, İştirak eden üçüncü kişinin kimlik bilgilerine ulaşamadığı durumda da hakkında tedbir kararı verilebilmesi gerektiği savunulmuştur. Aksi takdirde kimlik bilgilerine ulaşmaya çalışırken zaman kaybedilecek ve şüphelilerin haberdar olması ile delillerin karartılması tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 59

⁴⁷⁹ Şahin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", s. 1109

üçüncü şahıs hakkında tedbir kararı alınmaksızın denetimin yapılabileceği ve delillerin kullanılabilmesi savunulmuştur⁴⁸⁰. Denetlenen şüpheli veya sanıkla görüşen kişilerin konuşmalarının da kararın kapsamında olduğu iddia edilmiştir⁴⁸¹. Ayrıca toplu işlenen suçlarda iştirak edenlerin her birinin önceden tespit edilmesinin zorluğuna dikkat çekilmiş; tüm failerin bilinmesi halinde iletişimin denetlenmesi gibi istisnai bir yöntem de gerek kalmayacağı belirtilmiştir⁴⁸². Tedbirin amacı suç ve failerin tümünü ortaya çıkarmak olduğu için, suç ortakları hakkında elde edilenlerin değerlendirilebilmesi gerektiği de eklenmiştir⁴⁸³. Yargıtay 8. Ceza Dairesi yukarıda anılan karardan aksi yönde verdiği bir kararda; tedbir kararında yer almasa bile, suçun diğer faili hakkında da denetim yapılabileceğini ve elde edilenlerin kullanılabilmesini kabul etmiştir. Başka bir deyişle tek bir şüpheli veya sanık hakkında verilen kararlar, tüm suç ortakları hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceğini savunmuştur⁴⁸⁴. Sonuç olarak hukuka uygun olarak tatbik edilmiş bir denetim sonucu; hakkında karar olmayan ancak tedbir konusu suçta iştirak eden üçüncü şahıslara ilişkin elde edilenlerin delil olarak kabulü ve değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁸⁵. Benzer yorumlar örgüt faaliyeti

⁴⁸⁰ Kartal, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 119, Hakeri de, tedbirin uygulanması için gereken kanuni şartlar sabitse, ayrıca bir karar alınmaksızın iştirak eden üçüncü kişilerin iletişiminin denetlenebileceğini belirtmiştir. Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 24,

⁴⁸¹ Yenisey, “**Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi**”, s. 25

⁴⁸² Ergül, “**Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum**”, s. 4

⁴⁸³ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 503, Yenisey/Nuhoğlu’na göre elde edilen deliller, tedbir uygulandığı sırada soruşturmaya veya kovuşturmaya dahil olmasa da tüm suç ortakları hakkında kullanılabilir. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 450

⁴⁸⁴ “...sanık (MU) ’nun dinleme kararı olan telefonuna takılan sanık (MK) ’in konuşmalarına ait suçun, yapılan soruşturma konusu ile aynı suç olması ve CMK’nın 135. maddesindeki katalog suçlardan olması ve sanık sayısına göre sanıklar (MU) ve (MK) ’nin suçu toplu olarak işlediklerinin kabul edilemeyeceği, kanıtlanan eylemlerinin 6136 sayılı Yasanın 12/1. madde ve fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacağı...” Yargıtay 8. CD., 2008/3064 E., 2008/8855 K., 10.07.2008, Çoğunluk görüşüne katılmayan karşı görüşe göre, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olmayan (MK) ’ya dair elde edilen delillerin başlangıç şüphesi olarak dikkate alınabileceği, iletişiminin denetlenmesi için sonradan karar alınması gerektiği belirtilmiştir: “*Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunan (MU) ’na 21.7.2006 tarihinde telefon eden sanık (MK) ’nin anılan tarihteki konuşmasında mahkumiyetine yeterli kanıt bulunmamaktadır. 21.7.2006 tarihindeki konuşmasının başlangıç şüphesi oluşturabilecek nitelikte görülmesi halinde ise iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekmekte olup soruşturma-kovuşturma evrelerinde bu şekilde bir karar da bulunmamaktadır. Bu nedenle 21.7.2006 tarihli konuşmasından sonra karar bulunmadığından elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilirliği olanaksızdır.*” Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 504, 505

⁴⁸⁵ Ergül, “**Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum**”, s. 4, Aynı sonucu doğuran ve Şen tarafından öngörülen bir başka yoruma göre, CMK m. 135/3 uyarınca getirilen yasak şüpheli veya

sırasında işlenen suçlara iştirak edenler açısından ya yapılmıştır; çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık altında bu hususun üzerinde durulmuştur.

Diğer ihtimal ceza muhakemesinde birden fazla şüpheli veya sanık yer almakta iken sadece bir tanesi hakkında tedbirin uygulanması sonucu diğerlerine dair delillere ulaşılmıştır. Bu halde muhakemeye konu edildikleri için tedbir kararında yer almasalar dahi diğer şüpheli veya sanıklarla ilgili deliller tesadüfi değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu halde elde edilen delilleri haklarında tedbir uygulanmayan şüpheli hakkında kullanılabileceğini kabul etmiştir⁴⁸⁶.

d. Değerlendirme

Doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, tesadüfen elde edilen deliller, tedbirin uygulanabileceği suç hakkında yürütülen ceza muhakemesinde kullanılabilir⁴⁸⁷. Kanun koyucunun da bu temelde yaptığı düzenlemede, tesadüfen elde edilen deliller, katalog suçlarla ilgili olması şartıyla kullanılabilir. Böylece aslında tedbirin uygulanabilme şartlarının, tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi açısından teke indirildiği söylenebilir. Tedbirin

sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişime yöneliktir. Fıkranın karşıt anlamından, tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olmadığı sürece üçüncü kişilerin de iletişiminin denetlenebileceği anlaşılabilir. Bu doğrultuda artık suça iştirak eden üçüncü kişilerin konuşmaları da delil olarak değerlendirilebilecektir. Ancak Şen bu çıkarıma katılmaz ve üçüncü kişi hakkında ayrıca bir karar alınması gerektiğini savunur. Şen, “**Türk Hukuku’nda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri**”, s. 138, 139

⁴⁸⁶ “İstanbul Emniyet Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğüne örgütlü şekilde uyuşturucu madde ticaret yaptıkları değerlendirilen şahıslara yönelik olarak yürütülen soruşturma kapsamında, uyuşturucu madde ticaret suçundan hakkındaki mahkûmiyet hükmü temyizden vazgeçilmesi nedeniyle kesinleşmiş bulunan ve incelemeye de konu olmayan sanık C. E.’in Van’dan kimlik bilgileri tespit edilemeyen şahıslardan aldığı uyuşturucu maddeyi Ç. E. ve uyuşturucu madde ticaret suçundan hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen V. D. isimli şahıslarla birlikte piyasaya sürecekler bilgisine ulaşıldığı, Sanık C. E. hakkında ayrıca suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve uyuşturucu madde ticaret suçlarından iletişimin tespit, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararları alındığı... Sanık Ç. ile hakkında uyuşturucu madde ticaret suçundan kurulan mahkûmiyet hükmü temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiş olup, incelemeye konu olmayan sanık C. arasında gerçekleştirilen ve sanık C.yönünden dinlenilmesine ve kayda alınmasına yönelik mahkeme kararı da bulunan telefon görüşme muhtevasının, bu kişiler hakkında daha önceden aynı suçtan soruşturmaya başlanması ve soruşturmaya konu olan uyuşturucu madde ticaret suçunun da CMK’nun 135/6. maddesi kapsamında bulunması, iletişimin denetlenmesi kararının usul ve kanuna uygun olarak alınıp yerine getirilmesi şartlarının var olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, iletişimin denetlenmesi tedbir sonucu elde edilen telefon görüşme kayıtlarının sanık C.’in kardeş ve aynı suçun sanığı olan Ç. yönüyle de hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun ve hükme esas alınması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Yargıtay CGK, 2013/10-642 E., 2014/302 K., 3.6.2014 (www.kazanci.com.tr)

⁴⁸⁷ Hakan A. Yavuz, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak ‘Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi’”, **TBB Dergisi**, Sayı: 60, 2005, s. 257

uygulanmasında, son çare olarak başvurulması, kuvvetli şüphe aranması gibi şahsa ilişkin de olabilecek kıstaslar aranırken; tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilebilmesi için, katalog suçlara dair ortaya çıkması yeterli görülmüştür⁴⁸⁸.

Kanun koyucu şüpheli, sanık veya üçüncü kişi ayrımı yapmaksızın, elde edilenlerin derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesini öngörmüştür. Bilgilendirilen savcı, delilin hangi vakıa ve suçla ilgili olduğunu tespit etmekle birlikte, nasıl bir yol izleneceğini de belirleyecektir. Bu doğrultuda tesadüfen elde edilen delil kim hakkında olursa olsun, o kişi hakkında yeni bir tedbir kararı alınmalıdır⁴⁸⁹. Aksi bir uygulamada, tesadüfi delilin şüphe uyandırdığı suç bakımından kişi, karar olmadan denetlenmiş olacaktır ki bu yolla ele geçirilecek kayıtlar da hukuka aykırı olur. Suçla ve şahısla ilgili bilgiye ulaşılması sonucu denetimin devam etmesi ile sonradan elde edilecek kayıtların ise artık tesadüfi olduğu da söylenemez.

Tedbir kararı alınırken, CMK m. 135 ile öngörülen şartların sağlanması gerekmektedir⁴⁹⁰. Bu şartlar sağlanmadığı sürece, yeni bir tedbir kararının alınması mümkün olmayacağı gibi; sonradan elde edilen deliller katalog suçlara ilişkin olsa dahi delil olarak değerlendirilemez⁴⁹¹. Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararın muhalefet şerhinde benzer görüş kabul edilse de, sadece üçüncü şahıslar açısından savunulmuştur. Buna göre üçüncü şahıs bakımından tedbirin uygulanması için bütün şartların oluşması koşuluyla tesadüfen elde edilen delillerin onlar hakkında kullanılabilmesi kabul edilmiştir⁴⁹².

⁴⁸⁸ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu çalışmaları sırasında Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılan teklife göre; tesadüfen elde edilen deliller, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması için aranan şartların mevcut olması halinde kullanılabilir. Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 30, Teklife göre tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi, sadece katalog suçlara ilişkin olmalarına değil, bunun yanı sıra tedbirin uygulanması için delilin ilgili olduğu suç ve kişilerle ilgili aranan tüm şartların sağlanmasına bağlıdır.

⁴⁸⁹ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 159

⁴⁹⁰ Şen, “**Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü**”, s. 25

⁴⁹¹ Tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesinden önce Alman uygulamasını temel alarak çıkarımda bulunan Erdem’e göre, bu deliller katalog suçlara ilişkin olmak koşuluyla şüpheli, sanık veya üçüncü kişi hakkında kullanılabilir. Ancak aynı zamanda tesadüfi delilin ilgili olduğu diğer suç bakımından tedbir kararı verilebilmesi için kanunen aranan tüm koşullar gerçekleşmelidir. Aksi halde hakkında tedbir uygulanamayacak bir suçun aydınlatılması için, tedbire konu edilen suç paravan olarak kullanılabilir. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 365, Bozkurt’a göre ise, sonradan karar alınmadığı sürece tesadüfen elde edilen hiçbir delilin kullanılması mümkün değildir. Ancak soruşturmanın başlatılmasında yararlanılabilir. Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 100

⁴⁹² “Örneğin (A) ve (B) arasında geçen ve denetlemeye alınan bir telefon konuşmasında (A)nın (C)nin uyuşturucu madde kaçakçısı olduğunu söylemesi durumunda, (A)nın vermiş olduğu bilgi (C)ye

Tedbirin uygulanmasını gerektirecek şartlar, hakkında karar verilmiş şüpheli veya sanıkla ilgili olarak sabittir⁴⁹³. Eğer iştirak eden diğer bir şüpheli veya sanık hakkında da uygulanması gerekiyorsa, kanunen aranan şartlar da ortaya konarak ayrı bir karar alınması gerekmektedir. Tüm faillerin saptanamayacak olması, kanunen aranan usul ve şartlar sağlanmadan, bir denetim kararı verilmeden kişilerin iletişim özgürlüklerine ve özel hayatlarına müdahale edilmesini hukuka uygun kılmaz. Her ne kadar suçu ve suçluları tespit etmek için tedbir uygulanmalıysa da, temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen kanuni önlemler de bertaraf edilmemelidir. Bir şüpheli veya sanık hakkında verilen kararlar, diğer tüm faillerin iletişiminin denetlenmesi ve bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırıdır⁴⁹⁴.

Elde edilen delillerin, suçun bazı failleri için değerlendirilmesi ancak diğerleri açısından kullanılamaması elbette suçla mücadeleyi zayıflatacak, toplumun adalet ihtiyacını zedeleyecektir. Ayrıca katalogta yer alan soruşturma veya kovuşturma konusu edilmemiş suça dair üçüncü kişi hakkında elde edilenler m. 138/2 uyarınca kullanılabilirken, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olanların değerlendirilememesi düşünülemez. Bu sebeplerle iştirak eden üçüncü kişi hakkında elde edilenler kullanılmalı ancak delile rastlanmasını takiben bu kişiye yönelik yeni bir tedbir kararı alınmalıdır.

karşı yapılan ceza koğuşturmasında da değerlendirilebilecektir. Fakat bu bilginin değerlendirilebilmesi için, üçüncü kişi bakımından da tedbire karar verilmesi için gerekli olan bütün koşullar olayda gerçekleşmiş olması gerekir. ...şayet (A)nın bilgi verdiği suç, katalogta yer olmayan hırsızlık suçu olsaydı, bununla ilgili olarak elde edilen bilginin değerlendirilmesine olanak bulunmazdı. Başka bir ifadeyle, objektif olarak katalogta yer alan bir suçun işlendiği şüphesinin mevcut olması ve elde edilmiş olan bilgilerin bununla bağlantı içerisinde bulunması zorunludur.” Yargıtay 8. CD., 2005/2843 E., 2006/9610 K., 27.12.2006 (www.kazanci.com.tr), Benzer yönde: Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 363

⁴⁹³ Başka suretle delil elde etme imkanı bulunmayan katalogta yer alan bir suçun, şüpheli veya sanık tarafından işlendiğine dair şüphe nedenleri de tedbir kararında yer almalıdır. Karagöz, Birtek, **“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 102

⁴⁹⁴ Bahsi geçen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının E. Özgan tarafından ortaya konan karşı oy gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır: *“Gerekli koşullar bulunduğu, bir kişinin telefonunun dinlenmesi ya da konuşmalarının kayda alınması için hâkim veya Cumhuriyet savcısından alınan karar, sadece o kişinin temel hakkına müdahale yetkisi verir. Hakkında karar bulunmayan kişilerin telefonunun dinlenmesi ya da konuşmalarının kayda alınması bu kişiler yönünden 'hukuka aykırı delil' niteliğindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Lambert-Fransa kararı bu doğrultudadır. Sanık Ç.'in telefon konuşmaları, soruşturması yapılan suçla ilgili olduğu için, bu sanık hakkında da ayrıca CMK'nın 135. maddesi kapsamında 'iletişimin denetlenmesi' kararı alınması gerekirdi. Böyle bir karar alınmadan telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması hukuka aykırıdır.”* Yargıtay CGK, 2013/10-642 E., 2014/302 K., 3.6.2014 (www.kazanci.com.tr)

Eklemek gerekir ki hakkında tedbir kararı bulunmayan ancak şüpheli veya sanık sıfatıyla muhakemede yer alan kişiler hakkında elde edilenler kullanılabilir. Kanunen aranan diğer tüm şartlar sağlanmasına rağmen iletişim aracı bilgilerine ulaşılmadığı için denetlenemeyen şüpheli veya sanıkla ilgili elde edilenlerin değerlendirilememesi düşünülemez. Ancak gerektiğinde ve şartlar sağlandığında, aleyhine delile ulaşılan şüpheli veya sanık hakkında da tedbir kararı alınmalı, dolaylı denetim yapılmamalıdır.

2. Katalog Suçlarla İlgili Olmayan Deliller

Katalog suçlar arasında yer almayan bir suçla ilgili ortaya çıkan tesadüfi delillerle ilgili kanun herhangi bir hüküm içermemektedir⁴⁹⁵. Ancak 138. maddenin karşıt anlamından, bu tip delillerin Cumhuriyet Savcılığına bildirilemeyeceği anlaşılmaktadır⁴⁹⁶. Bununla birlikte PVSK ek madde 6 uyarınca polis bir suçun işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisine ulaştığında Cumhuriyet Savcısına derhal bildirim yapmakla yükümlüdür. Ayrıca kamu görevlisinin suçu bildirmemesi başlıklı TCK m. 279, bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen ancak yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden kamu görevlisi açısından suç ihdas etmektedir. CMK m. 137/1 ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 14'e göre, denetimi yapacak olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu görevlileri, tedbirin takibini yapan ise adli kolluk görevlileridir⁴⁹⁷. Böylece koruma

⁴⁹⁵ Bu sebeple Erdoğan'a göre; ceza ve ceza muhakemesine hakim temel ilkelerden hareketle sorunun çözümüne ulaşılmalıdır. Ali İhsan Erdoğan, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı: 92, 2011, s. 42

⁴⁹⁶ Şahin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", s. 1112, Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 157, İbrahim Keskin, "İletişimin Denetlenmesi", **Adalet Dergisi**, Sayı: 33, Ocak 2009, s. 163

⁴⁹⁷ Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından toplanan veriler adli kolluk görevlileri tarafından işlenir ve tutanak haline getirilir. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 155, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından tutulan kayıtlar, kollukça dinlenir ve yazılı hale getirilir. Aytekin Geleri, **Türkiye'de İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Stratejik Düşünce Entitüsü, 2010, s. 9, Belirtmek gerekir ki 671 sayılı KHK m. 22 ve 6757 sayılı Kanununun 17 ve devamındaki maddeleri uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri

tedbirini icra eden kolluk görevlileri, suç işlendiği bilgisine ulaştıklarında, PVSK kapsamında Savcıya bildirimde bulunmakla yükümlü olmakta, aksi davranışları da TCK uyarınca suç teşkil etmektedir. Keza denetimi yapan ve kolluk teşkilatında yer almayan kamu görevlileri de aynı suç ile sorumlu tutulacaklardır.

Elde edilen tesadüfi delillerin katalog suçlara ilişkin olmaması halinde Savcılığa bildirim yapılmasını engelleyen CMK m. 138'in, kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçu açısından öngörülmüş özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁹⁸. Görüşün kabulüne göre artık tesadüfen elde edilen delillere ulaşan kamu görevlisi Cumhuriyet Savcılığına herhangi bir bildirim yapmamalıdır. Aksi halde m. 138/2 ile getirilen düzenleme dikkate alınmamış olur⁴⁹⁹. Böylece ceza muhakemesinde kullanılmayacak olan bu deliller; Savcılığa bildirilmediğinden başlangıç şüphesi olarak dahi değerlendirilemeyecek; şüphe uyandırdıkları suç hakkında soruşturma açılmayacaktır⁵⁰⁰. Başlangıç şüphesine temel alınacak olsa, tedbirin sadece katalog suçlara ilişkin olma niteliği bertaraf edilmiş olacaktır⁵⁰¹. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü haklarının özlerine müdahale edilecek, kanunen getirilen güvenceler işlevsiz kalacaktır⁵⁰². Ayrıca tesadüfen elde edilen delil ihbar olarak kullanılmasının ötesinde, yargılama makamının kararını etkileyebilir⁵⁰³.

Yargıtay, tesadüfen elde edilen delillerin kanunda düzenlenmesi sonucu, katalog suçlar arasında yer alan bir başka suça ilişkin delillerin değerlendirilmesine imkan verildiğini belirtmiştir. Böylece elde edilen bu delillerin yasa dışı oldukları

ve İletişim Kurumu'na yapılmış sayılacaktır. Ayrıca ilgili kanun hükümlerinde bu yönde değişiklik yapılmıştır.

⁴⁹⁸ Şahin, “**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**”, s. 1112, Ünver/Hakeri'ye göre de, kolluk, bildirim yapmakla yükümlü değildir, kendisi kayıtları imha edebilir. Ancak suç vasfının belirlenmesi konusunda ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi için Cumhuriyet savcısına bildirilmeli ve savcı tarafından imha işlemi gerçekleştirilmelidir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 444

⁴⁹⁹ Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 566

⁵⁰⁰ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 99

⁵⁰¹ Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 285, Gerçekte var olmayan bir suç şüphesine dayanarak paravan bir soruşturma ile tedbir uygulanamayacak suçların aydınlatılmasında kullanılabileceği sebebiyle aynı görüş desteklenmiştir. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 566

⁵⁰² Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 200

⁵⁰³ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 512, Belirtmek gerekir ki Kaymaz katalog dışı suçlara dair elde edilenlerin ihbar olarak kullanılabileceğini savunmasına rağmen, karşı görüş açısından çıkarımda bulunmuştur.

söylenemeyecektir⁵⁰⁴. Diğer bir deyişle Yargıtay'a göre katalog suçlar arasında yer almayan bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delilin değerlendirilmesi mümkün değildir; zira bunlar yasa dışı elde edilmişlerdir⁵⁰⁵. Yargıtay'ın çizdiği sınır bellidir; katalog suçlarda yer almayan bir suça ilişkin elde edilen deliller ceza muhakemesinde değerlendirilemeyecektir. Bununla birlikte aynı kararda çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyesine göre, delilin işaret ettiği suç, katalog suçlar arasında yer almasa da ihbar kabul edilmeli ve delil başlangıcı olarak kullanılmalıdır⁵⁰⁶. Ceza muhakemesi hukukunda delil başlangıcı kavramı doktrinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır. Kavram, muhakeme konusu asıl olayı değil onunla bağlantılı yan olayları ispat eden belirtileri tanımlamak için kullanıldığı gibi⁵⁰⁷; diğer delillere ulaşmak için yararlanılan vasıta olarak⁵⁰⁸, bu doğrultuda diğer koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için şüphe doğuran bilgi şeklinde de adlandırılmıştır⁵⁰⁹ ve nihayet soruşturmanın başlatılması için kullanılan bilgi olarak nitelendiği de olmuştur⁵¹⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha ileri tarihli verdiği kararlarında aynı sonuca ulaşmakla birlikte, m. 138/2 düzenlemesini bir

⁵⁰⁴ “Bu düzenleme, yürürlükten kalkan 4422 sayılı Yasa'daki düzenlemeye paralel olmakla birlikte, farklı olarak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıracak şekilde tesadüfen elde edilen kanıtların değerlendirilmesi olanağı da tanımıştır. Ancak, telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisine uygun olması gerekmektedir. Bu halde, durum derhal C.Savcısına bildirilerek bu kanıtın değerlendirilmesi söz konusu olabilecek ve yasa dışı elde edilmiş kanıt olarak değerlendirilmeyecektir.” Yargıtay CGK 2006/4-122 E., 2006/162 K., 13.06.2006 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁰⁵ “Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2006/4-122 E., 2006/162 K., 13.06.2006 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁰⁶ “Dava konusu olayda, şüpheli H.S.Ş. için usulüne uygun şekilde dinleme kararı alınmıştır. Adı geçen bu şüphelinin telefonundan başka birisinin konuşması sırasında yapılan tespitler, konuşan ve karşıdaki kişi yönünden yasak delil niteliğinde olmayıp, tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir (CMK.nun 138/2. maddesi) . İletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ve CMK.nun 135/6. maddesinde sayılan (katalog) suçlar dışında kalan bir suçla ilgili kayıt alınmıştır. Elde edilen bilgiler, ihbar kabul edilerek soruşturma yapılabilecek ve delil başlangıcı olarak kullanılabilir.” Yargıtay CGK 2006/4-122 E., 2006/162 K., 13.06.2006 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁰⁷ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 236

⁵⁰⁸ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 113, Kartal, “Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, s. 84

⁵⁰⁹ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 223

⁵¹⁰ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 100

değerlendirme yasağı kabul etmiştir. Tesadüfi delillerin katalog suçlarla ilgili olması şartıyla kullanılabilmesini, aksi halde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁵¹¹.

Katalog suçlar arasında yer almayan bir suça ilişkin şüphe doğuran tesadüfen elde edilen delillerin, ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde sıklıkla savunulmuştur⁵¹². Böylece hükme esas alınamayacağı gibi, iddianamenin hazırlanmasında da yararlanılamayacaktır. Aksi bir uygulamanın tedbirin kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği; katalog suç öngörülmesinin

⁵¹¹ “Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan bu düzenlemede de sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili olarak, sınırlı hallerde iletişimin tespit ve dinlenilmesi olanağı getirilmiştir. Bu düzenleme, yürürlükten kalkan 4422 Sayılı Kanundaki düzenlemeye paralel olmakla birlikte, farklı olarak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıracak şekilde tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesi olanağı da tanınmıştır. Ancak, bu tedbirin icrası sırasında tesadüfen elde edilen delillerin dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da CMK'nun 135. maddesinde sayılan katalog suçlardan birisini oluşturması gerekmektedir... iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışındaki bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılamaması ise delil değerlendirilmesi yasaklarına örnek olarak gösterilebilir... İlgili mahkeme kararı getirilmediğinden sanık hakkında hangi suçtan ve hangi tarihler arasında iletişimin tespitine karar verildiğinin anlaşılabilmesi, söz konusu karar dosya içerisinde bulunsa bile başka bir suçtan dolayı yapılan iletişimin tespit sırasında tesadüfen elde edilen bu delilin şantaj suçuyla ilgili olması ve bu suçun da CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar arasında yer almaması karşısında, yasadik delil niteliğindeki sanık ile ... arasında geçen telefon görüşmesine dair iletişim tespit tutanağının hükme esas alınmasının mümkün olmadığı” Yargıtay CGK, 2017/4-291 E., 2017/558 K., 19.12.2017 (www.kazanci.com.tr), Benzer yönde Yargıtay 5. CD, 2017/5892 E., 2018/8220 K., 25.10.2018, Yargıtay 8. CD, 2015/12837 E., 2016/7541 K., 7.6.2016 (www.lexpera.com.tr), Yargıtay 17. Ceza Dairesi ise bazı kararlarında katalogda yer almayan suçlara dair kayıtları, tesadüfen elde edilen delil niteliğinde görmemiş ve bu sebeple değerlendirilemez kabul etmiştir: “Mersin 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonunda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan yapılan dinleme ve tapelerin yasal delil olarak değerlendirilerek hırsızlık, konut/işyeri dokunulmazlığının ihlali, mala zarar verme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçlarından kurulan hükümlere esas alındığı, dinleme tarihlerinde hırsızlık, konut/işyeri dokunulmazlığının ihlali, mala zarar verme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçlarının CMK'nın 135 kapsamında katalog suçlardan olmadığı, CMK'nın 138/2 maddesi kapsamında da tesadüfen elde edilen delil niteliğinden söz edilemeyeceğinin anlaşılması karşısında; dosyada mevcut dinleme tapelerinin çıkartılarak yapılan incelemede...” Yargıtay 17. CD, 2018/1485 E., 2018/12979 K., 18.10.2018 (www.lexpera.com.tr), “CMK'nın 135. maddesinde sayılan başka bir suç sebebiyle iletişiminin tespit edilmesi sırasında, suç tarihi itibarıyla, katalog suçlardan olmayan ve bu sebeple tesadüfi delil kapsamında değerlendirilemeyen nitelikli hırsızlık suçlarına dair...” Yargıtay 17. CD, 2016/5434 E., 2018/10198 K., 16.7.2018 (www.lexpera.com.tr)

⁵¹² Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti”, s. 30, Sezer, İpek, Parlak, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 157, Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 466, Bozkurt, Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması, s. 96, Karagöz, Birtek, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 111, Polat, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 126, 127, Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 199, Erdal Yerdelen, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Ankara, Adil Yayıncılık, 2006, s. 121, Adem Sözüer, M. Kenan Tekdağ, “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 57, Vatan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, s. 103

fiili olarak bertaraf edilebileceği vurgulanmıştır⁵¹³. Ayrıca katalog dışı suçlar hakkında en baştan beri diğer tüm şartlar gerçekleşmiş olsa dahi tedbir uygulanamayacağı için, tedbirle bir şekilde elde edilen tesadüfi deliller de kullanılmalıdır⁵¹⁴.

Tesadüfen elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmayacağı genel kabulünün yanı sıra, ihbar kabul edilerek başlangıç şüphesi doğuran bilgi mahiyetinde dikkate alınması gerektiği ise bir o kadar desteklenmiştir⁵¹⁵. Değerlendirme yasağı delil olarak değerlendirilmeyi, bir başka deyişle ceza muhakemesinde ispat aracı olarak hükme esas alınmayı yasakladığından; elde edilenlerin ihbar olarak değerlendirilmesine engel olmayacağı iddia edilmiştir⁵¹⁶.

⁵¹³ Erdem, “**5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi**”, s. 107, Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 565, Gündem, “**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 172, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 454, Temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahale katalog suçlarla sınırlandırılmıştır. Elde edilen delillerin kullanılması da bu sınırla alanda mümkün olmalıdır. Aksi durumda istisnai bir yöntem genel nitelikli bir hal alacaktır. Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku**, s. 240, Delillerin kullanımının katalog suçlarla sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklere getirilmiş bir güvence niteliğindedir. Fatih Selami Mahmutoglu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği - II**, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü, 2008, s. 415, Benzer yönde çıkarımda bulunan Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararı: “*Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek şekildeki “tesadüfen elde edilen deliller” CMK’nın 135/8. maddesinde düzenlenen katalog kapsamındaki suçlara dair ise, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Buna karşın CMK’nın 138/2. maddesinin açıklığı karşısında katalog kapsamında yer almayan suçlara dair kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değildir. Kanunda, kişiler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yalnızca belirli ağırlıktaki suç tipleri bakımından meşru kabul edilmiş, bunlar dışındaki suçlar yönünden ise özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına dair yarar üstün tutulmuştur.*” Yargıtay 2. CD, 2016/3340 E., 2018/8905 K., 12.7.2018, Benzer yönde: Yargıtay 2. CD, 2016/17892 E., 2018/681 K., 1.2.2018, Yargıtay 17. CD, 2015/28518 E., 2018/6360 K., 2.5.2018 (www.lexpera.com.tr)

⁵¹⁴ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 201, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 26.04.1967 tarihli 2226 sayılı kararı ile kabul edilen rapora göre, ağır suçların soruşturmaları için iletişim kayıtlarının kullanılmasına izin veren devletlerin; belirlenen ağır suçlar dışındaki suçların soruşturmalarında kayıtların kullanılmasını engelleyici önlemler alması gerekir. Geleri, **Türkiye’de İletişimin Denetlenmesi**, s. 10

⁵¹⁵ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 466, Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 347, Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 161, Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 121, Tekin’e göre soruşturma mecburiyeti ilkesi gereği soruşturma başlatılmalı, elde edilenler de yol gösterici olarak kullanılmalıdır. Tekin, “**Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**”, s. 581, Almanya uygulaması ve doktrinindeki görüşlerin de benzer olduğu belirtilmiştir. Yenisey, “**Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi**”, s. 26, Eleştiri niteliğinde karşı görüş için bkz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 442

⁵¹⁶ Ayşe Nuhoğlu, “Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar”, **Yargı Dünyası**, Sayı: 128, Ağustos 2006, s.

Anayasa ve kanunda yer alan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin önünü tamamen kesen düzenlemeleri karşısında en azından ihbar olarak yararlanılması gerektiği eklenmiştir⁵¹⁷. Suç işlendiğine dair bilgiye kayıtsız kalınması, adalet duygusuyla örtüşmeyecektir⁵¹⁸. Ayrıca TCK m. 279 dikkate alındığında, kamu görevlisi suç işlendiğine dair bilgiyi yetkili makamlara ulaştırmalı⁵¹⁹, yetkili Cumhuriyet Savcılığı ise CMK m. 160 uyarınca ihbar niteliğindeki bu bilgiyle soruşturmayı başlatmalı ve işin gerçeğini araştırmalıdır⁵²⁰. Katalogda yer almayan bir suça dair olsa da elde edilen delilin Cumhuriyet savcısına bildirilmemesi, delillerin değerlendirilmesi yetkisinin kolluğa devri olur ki m. 160 uyarınca mümkün değildir⁵²¹. Elde edilen tesadüfi deliller hukuka aykırı kabul edilse dahi, bu durumun ihbar olarak kullanılmalara engel teşkil etmeyeceği de vurgulanmıştır⁵²².

13, Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 114, Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 160, Polat, “**Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 127, 128

⁵¹⁷ Alman uygulamasının bu anlayışta olduğu belirtilmiştir. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 454

⁵¹⁸ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 115

⁵¹⁹ Gökçen v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 498, Hakeri, m. 138/2 düzenlemesine rağmen, kamu görevlisinin yükümlülüğü doğrultusunda bildirimde bulunması gerektiğini savunmuştur. Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 22, 30, Soyaslan da, katalog dışı suça dair delil elde edilse dahi Cumhuriyet Savcısına bildirimde bulunulacağına vurgu yapmıştır. Kanun koyucunun sadece katalog suçlarla ilgili delilin bildirileceği hükmünü anlamsız bulmuştur. Soyaslan, “**Adli Amaçlı İletişimin Dinlenmesi**”, s. 12, Yenisey/Altunç tarafından aktarılan Fransız Yargıtayı tarafından verilen bir kararda, iletişimin denetlenmesi sırasında silahlı bir soygunla ilgili kayıtlara rastlanılması halinde, kayıtların savcıya bildirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Nitekim Fransız kanunlarına göre de kolluk görevlisi görevi sırasında bilgi sahibi olduğu suçlar hakkında savcıya bildirim yapmakla yükümlüdür. Yenisey, Altunç, “**İletişimin Denetlenmesi Hakkında**”, s. 1313, 1314

⁵²⁰ Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 115

⁵²¹ Kaymaz’a göre, m. 138/2, katalog dışı suçlarla ilgili delillerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesini yasaklar nitelikte değildir. Bu tip deliller hakkında derhal bildirim yükümlülüğü yoktur ancak kamu görevlisi göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suçları yetkili makamlara bildirmek zorundadır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 509, 510, Aksi bir uygulamanın delilleri değerlendirme yetkisinin kolluğa devri niteliğinde olacağı yönünde bkz. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 97

⁵²² Kartal, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 116, Cumhuriyet savcısının görevinin, ihbarın kanuna uygun olup olmadığı değil, gerçeği araştırma yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 328, “*İhbar, kanunî delillerin varlığı ile desteklenmedikçe bir suçlamada hiç bir zaman ağırlık noktası, etki unsuru olamaz. İhbar, doğru ise, bir olayı, bir eylemi duyurmuş olur; ancak olay veya eyleme sanık arasında ilişki kurmağa tek başına yeterli değildir. Nitekim Hatay Asliye Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu işte, ihbarın tuttuğu ışıkla, sanığın evinin yakınında kaçak rakı araçları ve kaçak çekilme rakı bulunmuş; fakat suçu sanığın işleyip işlemediği karanlık kalmıştır. İhbarı yapanın kimliğinin belli olup olmaması birinci derecede bir önem taşımaz, imzasız veya düzme kimlikli bir ihbar, hattâ kimliğini saklayan bir kimsenin telefonla haber vermesi üzerine de, Cumhuriyet Savcısı, işi ilginç görürse, araştırmaya geçebilir ve belki, gerçekten yer almış bir olayı da ortaya çıkartır. İhbar yapanın kimliğinin gizli tutulması durumu ile ihbarı kimliği bilinmeyen bir kimsenin yapmış olması arasında büyük fark*

Katalog suçlar paravan olarak kullanılabilmesi için, tesadüfen elde edilen delillerin, katalogda yer almayan suçların aydınlatılmasında yol gösterici olarak dahi kullanılmayacağı savunulmuştur⁵²³. Hükme esas alınamayacağı gibi soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin uygulanmasında da delilden yararlanılamayacaktır⁵²⁴.

Diğer koruma tedbirleri ve delil elde etme yöntemleri ile ulaşılan delillerin, değerlendirilebilmesine benzer bir yasak getirilmemesine rağmen, m. 138/2 ile öngörülen sınırlamanın, hatalı olduğu da iddia edilmiştir⁵²⁵. Böyle bir sınırlamanın ispat hukukunu, amacıyla uyuşmayacak şekilde kısıtladığı vurgulanmıştır⁵²⁶. Görüşe göre, kanunen getirilmiş tüm hukuki güvencele ve koşullara uyulduğunda artık ortada hukuka uygun bir uygulama vardır. Usul ve şartların dolanılması amacı da tespit edilemediğinde artık hukuka aykırılık da meydana gelmeyeceği için, elde edilen deliller herhangi bir suçun aydınlatılması için kullanılabilir⁵²⁷.

3. Bağlantılı Suçlar Hakkında Elde Edilen Deliller

Ceza muhakemesinde bağlantı kavramı, CMK m. 8 ile açıklanmıştır. Maddeye göre bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması veya bir suç sebebiyle birden fazla sanığın bulunması halinde ceza davaları bağlantılı sayılmaktadır⁵²⁸. Bağlantının varlığı soruşturma evresinde de tespit edilebilir; bu durumda bağlantılı suçlar birleştirilerek dava açılabilir.

Bir kişinin birden fazla suç işlemesi durumunda bu suçlar aynı soruşturma veya kovuşturmanın konusu olabilecektir. Örneğin kasten öldürme ile yağma ya da

yoktur. Her iki halde de ihbarı yapanın delil kefesindeki ağırlığı sıfır olur. Böyle olunca da artık iddia ve savunma hakkının kökünden engellendiği düşünülemez. Öte yandan savunmada asıl önemli olan sanığın, isnadı tüm olarak ve zamanında öğrenmesidir, iptali istenen hükmün bu hakkı zedeleyen bir yönü bulunmadığı ortadadır.” Anayasa Mahkemesi 1967/49 E., 1968/60 K., 5.12.1968, Aksi görüşte olan Yenisey’e göre, hukuka aykırı elde edilen tesadüfi deliller, Anayasa m. 38 ile öngörülen “kanuna aykırı bulgu” ifadesi sebebiyle soruşturulmada şüphe sebebi olarak dahi kullanılamaz. Yenisey, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, s. 25

⁵²³ Erdem, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, s. 107, Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, s. 157, Diğer delillere ulaşmada değerlendirilebilmeleri için düzenleme yapılması gerektiği de belirtmiştir. Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 178

⁵²⁴ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 461

⁵²⁵ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 461

⁵²⁶ Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, s. 183

⁵²⁷ Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, s. 147, 148

⁵²⁸ Bu bağlantı türü “dar manada bağlantı” olarak adlandırılmıştır. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 127

yağma ile kasten yaralama suçları aynı soruşturma veya kovuşturmada yer alabilir. Örnekten anlaşılacağı gibi katalogda yer alan ve almayan suçlar aynı soruşturmada veya kovuşturmada birlikte muhakemenin konusu olabilir.

Bağlantılı suçların soruşturulması veya kovuşturulması birlikte yapıldığı durumda, biri hakkında alınan iletişiminin denetlenmesi kararının icrasında diğer suçlar hakkında ortaya çıkanlar, m. 138/2 kapsamında tesadüfen elde edilen delil kabul edilmeyecektir. Nitekim tedbirin uygulandığı soruşturma veya kovuşturma ile ilgili deliller ele geçirilmiştir⁵²⁹. Kanun koyucunun çizdiği çerçevede bağlantılı suçlar hakkında elde edilen delillerin ceza muhakemesindeki rolü m. 138/2 belirlenemez. Ancak kararda yer almadığı gibi katalogda da sayılmayan bir suçla ilgili delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilme imkanı ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanunda tanımlanan tesadüfen elde edilen deliller kavramı ile sorunun çözülemeyeceğini kabul eden görüşe göre, bağlantılı suçların birlikte değerlendirilmesi ve aynı ceza muhakemesine konu edilmesi daha sağlıklı ve yararlıdır; muhatabın temel hak ve özgürlüklerine ilave bir müdahale olmadığı için, elde edilen delillerin katalogda yer almasa dahi bağlantılı suçlar için de kullanılması

⁵²⁹ Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu sebebiyle uygulanan tedbir sırasında, aynı soruşturmada yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu hakkında elde edilenler, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının karşı oyunda tesadüfen elde edilen deliller kapsamında görülmemiştir. “*Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanıklar hakkında suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti suçundan yapılan soruşturmada, 5271 sayılı CMK'nun 135/6. maddesi uyarınca uyuşturucu madde ticareti suçundan alınan iletişimin denetlenmesi kararları üzerine elde edilen delillerin 5237 sayılı TCK'nun 188/5 ve 220/1-2 maddeleri açısından da hükme esas alınmalarının mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir... Çoğunluk görüşüne katılmayan A. Kınacı... Sanıkların telefon konuşmalarının “örgüt kurma” ve ‘örgütü yönetme’ suçları yönünden ‘tesadüfen elde edilen delil’ olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir; çünkü bu konuşmalar soruşturması yapılan suçla ilgilidir.*” Yargıtay CGK, 2013/10-468 E., 2014/268 K., 20.5.2014 (www.lexpera.com.tr), Ceza Genel Kurulu da karar verirken, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu hakkındaki kayıtları tesadüfen elde edilen deliller kapsamında görmemiş, ancak madde 138/2 düzenlemesini dolaylı olarak kullanmıştır: “*Anılan kanunun 138. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile, iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında, yapılan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan, fakat 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suç veya suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda, bu delilin kullanılabilmesinin kabul edilmiş olması, tedbirin uygulanması sonucu elde edilen delillerin 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlarla sınırlı olmak kaydıyla aynı soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olan suçlar yönüyle evleviyetle kullanılabilmesinin kabulünü gerektirmektedir.*” Yargıtay CGK, 2013/10-468 E., 2014/268 K., 20.5.2014 (www.lexpera.com.tr)

gerekir⁵³⁰. Ancak kanunen tanımlanan bağlantı, diğer bir deyişle sanığın birden fazla suçtan yargılanması, delillerin kullanılması için tek başına yeterli görülmemiştir. Bağlantının dar yorumlanması gerektiği belirtilerek; bir suçun işlenmesi, gizlenmesi, suçtan fayda sağlanması için işlenen veya diğer bir suçun unsuru olarak ortaya çıkan suçlar arasındaki bağlantı temel alınmıştır⁵³¹. Ancak bu halde karara konu olmasa ve katalogda yer almasa da, elde edilen deliller kullanılabilir⁵³².

Uygulamada katalog suçlar arasında yer almayanlar da dahil olmak üzere bağlantılı suçlar hakkında elde edilen deliller hükme esas alınmaktadır. Örneğin soruşturma evresinde katalogda bulunan *uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti* suçu için iletişimin denetlenmesi kararı verilmiş ve uygulanmış bir ceza muhakemesinde iddianame, hem bu suç hem de katalogda yer almayan *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak* suçunun cezalandırılması için düzenlenmiştir. Mahkeme ise iletişimin denetlenmesi tedbiri ile elde edilen delilleri de değerlendirerek, bazı sanıklar hakkında *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak* suçundan hüküm kurmuştur. Yargıtay 10 Ceza Dairesinin önüne gelen bu dosyada, mahkemenin kararı onanmıştır⁵³³. Başka bir ilk derece mahkemesinin kararında da, hem suç işlemek amacıyla örgüt kurma hem de katalogda yer almayan suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçlarından kurulan hükümde, iletişimin denetlenmesi ile elde edilen deliller kullanılmıştır⁵³⁴.

⁵³⁰ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 500, Kunter/Nuhoğlu ise, elde edilen delillerin katalog suçta yer alan bir suç ile bağlantılı suçlar hakkında da değerlendirilebileceğini belirtmişler ancak bağlantılı suç kavramını açıklamamışlardır. Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 454

⁵³¹ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 500, Kaymaz tarafından aranan bu tür bir bağlantı, “önemli bağlantı” olarak adlandırılmıştır. Diğer önemli bağlantı türleri için bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 127

⁵³² Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 500

⁵³³ Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/302 E., 2006/72 K., 26.4.2006 tarihli karar, Yargıtay 10. CD. 2006/11643 E., 2006/13413 K., 29.11.2006 tarihli karar ile onanmıştır. Kararı aktaran: Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 501

⁵³⁴ Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/62 E., 2006/233 K., sayılı karar, Yargıtay 10. CD. 2007/10077 E., 2007/13458 K., 20.11.2007 tarihli karar ile bozulmuştur. Ancak Yargıtay tarafından bozma sebebi iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin katalog dışı suçlar açısından kullanılması değil, örgütün var olmamasıdır. Kararı aktaran: Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 501, 502

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise örgütlü suçlarla mücadeleye vurgu yaparak, m. 138/2 uyarınca muhakeme dışı suçlarla ilgili olanlar dahi kullanılabilirken, soruşturma veya kovuşturma konusu edilen diğer suçlara dair olan delillerin değerlendirilebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak şart olarak suçların katalogda olmasını aramış, istisna olarak ise suç vasfının kovuşturma evresinde değişmesini göstermiştir⁵³⁵. Suç vasfının değişmesi başlığı altında ayrıntılı açıklama yapıldığından burada daha fazla üzerinde durmuyoruz.

Kanımızca tedbirin uygulanması için gereken şartlar sağlanmadan ve karar alınmadan ele geçirilen delillerin kullanılması mümkün değildir. Kanun, tedbirin uygulanması için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri ile başka surette

⁵³⁵ “Anılan kanunun 138. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile, iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında, yapılan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan, fakat 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suç veya suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda, bu delilin kullanılabilmesinin kabul edilmiş olması, tedbirin uygulanması sonucu elde edilen delillerin 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlarla sınırlı olmak kaydıyla aynı soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olan suçlar yönüyle evleviyetle kullanılabilmesinin kabulünü gerektirmektedir. Aksi halde, özellikle örgütlü suçlulukla etkin bir şekilde mücadele amacıyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini düzenleyen kanun koyucunun amacına aykırı hareket edilmiş olmakla birlikte, örgütlü suçlulukla mücadelenin zorlaştırılması gibi bir sonuca neden olacaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Tuncay Özkan/Türkiye kararında; “5/1. maddesi, Sözleşmeye taraf devletlerin organize suçlarla yeterli önlemler alınarak mücadele etmede güvenlik güçleri için büyük zorluklara sebep olabilecek bir biçimde şüphesiz uygulanmamalıdır” şeklindeki görüşüyle, kanuni düzenlemelerin özellikle örgütlü suçlarla mücadeleyi zorlaştıracak şekilde uygulanmaması gerektiğini önemle vurgulamıştır. Kaldı ki 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birisi yönüyle uygulanan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sonucu elde edilen delillerin, fıkra da sayılan ve aynı soruşturma veya kovuşturmanın konusunu oluşturan bir diğer suç yönüyle kullanılmasını yasaklayan bir düzenlemeye telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği maddelerde de yer verilmemiştir... sanıkların suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yöneticisi mi yoksa üyesi mi olduğu ancak yargılamanın sonunda belli olacağından, bu delillerin bir kısım sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçundan kurulan hükme esas alınmalarında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2013/483 E., 2013/599 K., 10.12.2013 (www.lexpera.com.tr), Benzer yönde verilen Ceza Genel Kurulu kararında, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu için alınan tedbir kararının uygulanmasıyla elde edilen deliller, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve örgüte üye olma suçları açısından da kullanılabilir olduğu kabul edilmiştir. “...uyuşturucu madde ticareti suçundan 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesi uyarınca alınan iletişim denetlenmesi tedbiri kararları üzerine hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin yerel mahkemeye, sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan kurulan hükümlere esas alınması yanında, uyuşturucu madde suçunun suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesini cezayı artıran bir hal olarak düzenleyen 5237 sayılı TCK'nun 188. maddesinin beşinci fıkrasının uygulanması ve aynı soruşturmanın konusunu oluşturan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yönüyle de hukuka uygun yöntemlerle elde edilen deliller olarak kabulü ile sanıklar hakkında kurulan hükümlere esas alınması usul ve kanuna uygun olup... sanıkların suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yöneticisi mi yoksa üyesi mi olduğu ancak yargılamanın sonunda belli olacağından, bu delillerin bir kısım sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçundan kurulan hükme esas alınmalarında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 2013/10-468 E., 2014/268 K., 20.5.2014 (www.lexpera.com.tr)

delil elde etme imkanının bulunmaması şartlarını birlikte aramaktadır. Bağlantı sebebiyle soruşturma veya kovuşturmayaya konu edilen 'x' suçu hakkında şartlar sağlanamadığı için tedbir uygulanamadığı halde, diğer bir suç hakkında alınan karar ve denetim ile 'x' suçuyla ilgili delil toplanması mümkün değildir. Aksi halde kanunen aranan şartlar işlevsiz kılınmış olur. Şartlar sağlandığında ise tedbir kararı alınarak delillere ulaşılabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki suç katalogda yer almıyor ise tedbirin uygulanması mümkün olmadığından, karar alınamayacağı gibi, diğer bir suç hakkında uygulanan tedbir ile elde edilen deliller de katalog dışı bu suçla ilgili olarak kullanılamaz.

Bağlantılı suçlar bahsinde ortaya çıkacak bir diğer husus, fikri içtima uygulanması gereken suçlardır. Diğer bir deyişle failin tek bir fiili ile birden fazla suçun meydana gelmesi halidir. Bu durumda TCK m. 44 gereği fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan herhangi bir sebeple soruşturulamaz veya kovuşturulamaz ise daha hafif suçtan yargılanacak ve hakkında hüküm kurulabilecektir. Böyle bir ihtimalde katalogda yer alan bir suç için iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller, fikri içtima uygulanacak diğer suçlar açısından değerlendirilebilecek midir sorusu ortaya çıkar. Ulaşılan delillerin kanunen tesadüfi sayılmadığı, bu sebeple katalogda yer almasa dahi içtima eden tüm suçlar bakımından değerlendirilebilmesi gerektiği savunulmuştur⁵³⁶. Önceki paragrafta açıklandığı gibi, katalogda yer almayan suç hakkında elde edilen kayıtların kullanılması mümkün olmamalıdır.

4. Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlarla İlgili Elde Edilen Deliller

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, ilk olarak mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla tedbir; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar hakkında delil toplamanın zorluğunu bertaraf etmek amaçlı, aynı zamanda bu tip

⁵³⁶ Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 506

suçlarla mücadelede ve suçların ortadan kaldırılmasında etkili bir yöntem olarak ortaya çıkmıştır⁵³⁷.

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda dikkate değer husus, suç işlemek amacıyla örgüt kurmanın tek başına suç oluşturmasının yanı sıra; örgütün faaliyet sahasında da birbirinden farklı çok fazla suçun ortaya çıkabilecek olmasıdır. Örgütün işlediği çeşitli suçlar tedbirin uygulanabildiği katalog suçlara ilişkin olabileceği gibi aksi duruma da sıklıkla rastlanabilmekte; hatta katalogda yer alan ve almayan suçlar birlikte işlenebilmektedir. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçu işleyen bir örgütün faaliyeti içerisinde aynı zamanda katalog suçlar arasında yer almayan kasten yaralama, mala zarar verme gibi suçlar da meydana gelebilir. Başka bir örnekte uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiğinden bahisle yapılan iletişimin denetlenmesinde; uyuşturucu kullanıldığına dair bilgiler elde edilebilir. Örgütün faaliyeti kapsamında işlenenler, örgütün amaç suçları olsa da, ilk başta soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmedikleri sürece, bu suçlar hakkında elde edilenler tesadüfi olacaktır⁵³⁸.

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların girift yapısı ve birbiri ile bağlantılı olması sebebiyle; ispatta güçlü zorlukların yaşanmaması adına, katalogda yer almayan suçlara dair de olsa elde edilenlerin ceza muhakemesinde kullanılması gerektiği vurgulanmıştır⁵³⁹. Örgütün tamamen ortadan kaldırılmasının önemi dikkate alındığında, faaliyet sırasında işlenen suçların belirli ağırlıkta olmaları halinde

⁵³⁷ Bununla birlikte TCK m. 220 ile öngörülüş olan ve 6526 sayılı kanun değişikliği öncesi katalog suçlar arasında yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, sırf tedbirin uygulanabilmesini sağlamak adına soruşturma konusu yapılması sebebiyle katalog suçlardan çıkarılmıştır. **6526 sayılı Kanun m. 12 taslak gerekçesi**, Akkaş, suç işlemek amacıyla örgüt kurulması suçunun tedbirin uygulanmasına alet edilmesi karşısında yapılan değişikliği desteklemekle birlikte; örgüt faaliyeti kapsamında işlenebilecek çeşitli suçların katalog kapsamında olmadığına da dikkat çekerek, gelinen son noktanın örgütlü suçlarla mücadelede zayıflık yaratabileceğini belirtmiştir. Ahmet Hulusi Akkaş, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Sayı: 21, 2015, s. 475, Belki de bu haklı eleştiriler dikkate alınarak suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu - sadece TCK m. 220/3 - 6763 sayılı Kanununun 26. maddesi ile tekrar katalog suçlar arasına alınmıştır. Alt Komisyon taslağında yer almamasına rağmen, Adalet Komisyon Raporunda gerekçesiz olarak düzenleme anılan şekilde son halini almıştır. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf> (Çevrimiçi) 25.11.2018 Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Sayı: 21, 2015, Sayfa: 467-488

⁵³⁸ Aksi yönde Şen'e göre, amaç suçlar içerisinde yer almayan suçlara dair elde edilenler hakkında m. 138/2 uygulanmalıdır. Şen, “**Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü**”, s. 24

⁵³⁹ Kartal, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 118, Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 118

katalogda yer almasa dahi tedbirin konusu olabilecekleri de eklenmiştir⁵⁴⁰. Bu çıkarımla aslında katalog-katalog dışı ayrımı yapılmaksızın örgütün faaliyet sahasında işlenen tüm suçlar açısından elde edilen delillerin kullanılabilmesi sonucuna ulaşılır⁵⁴¹. İştirak halinde işlenen suçlar bahsinde de değinildiği üzere; örgüt üyelerinin bir başka deyişle örgüt kapsamında işlenen suçları işleyen tüm faillerin bilinmesinin güçlüğüne dikkat çekilerek; faillerin biri veya birkaçı hakkında alınmış tedbir kararı ile diğer failere ilişkin delil elde edilebileceği ve muhakemede değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Bu noktada hakkında tedbir kararı olmayan ancak suça iştirak eden faillerin; haberleşme hürriyeti gibi temel haklarına müdahale edildiği şeklindeki bir itirazın ise hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁴².

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçların tedbirin konusu olabileceği ve iştirak eden kişilerin de iletişiminin denetlenebileceği yönündeki bu kabuller doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiri niteliğinde öne sürülen görüş, şüpheli veya sanık hakkında alınmış bir tedbir kararına dayanılarak, diğer suç ortaklarının iletişimlerinin denetlenmesini mümkün görmez⁵⁴³. Ayrıca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile örgütün amaç suçları farklıdır ve katalog dışı suçlarla ilgili delil elde etmek amacıyla tedbirin uygulanması mümkün değildir⁵⁴⁴.

Kanımızca tedbirin istisnai özelliği ve şartları dikkate alındığında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin uygulanan tedbir sırasında; amaç suçlar hakkında elde edilen deliller, bu amaç suçlar katalog suçlardan olduğu sürece delil olarak değerlendirilebilir⁵⁴⁵. Katalog dışı suçlara ilişkin olanların ise kullanılması

⁵⁴⁰ Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 102

⁵⁴¹ Alman Hukuku'nda da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen diğer suçlar hakkında, tesadüfi delillerin kullanılabilmesi çıkarımı yapıldığı belirtilmiştir. Yenisey, Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 455, Almanya'daki bu uygulamaya "*geniş yorum metodu*" adı verilmiştir. Yenisey, "**Medyanın Oluşturduğu 'Dolaylı Aleniyetin' Kamuoyunu Etkilemesi**", s. 26

⁵⁴² Ergül, "**Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum**", s. 4

⁵⁴³ Şahin, "**Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**", s. 1108

⁵⁴⁴ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 58

⁵⁴⁵ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 109, Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 127, 128, Yargıtay 6. Ceza Dairesi de katalog suçlarla ilgili olarak ortaya çıkanların m. 138 kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir: "*Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kapsamında telefon dinlenip, kayıt altına alınması ile ilgili katalog suçları gösteren CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde yer alan ve TCK 220/2-7-8. fıkraları hariç olmak üzere suç işleme amacıyla örgüt suçları ile yapılan iletişim tespit sonuçları, sadece bu suçun delillerine ve faillerine ulaşmak için kullanılabilir. Örgütün amaç*

mümkün değildir. Örgütlü suçlarla mücadele ne kadar güç olsa da, temel haklara kanunun izin vermediği yöntemlerle, orantısız olarak müdahale edilmemelidir.

Katalog suçlar arasında yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, uygulamada tedbirin uygulanabilmesi için adeta araç olarak kullanılması sebebiyle⁵⁴⁶ çokça eleştiri konusu olmuştur ve bu sebeple de bir dönem katalog suçlar arasından çıkarılmıştır. İşte bu kötüye kullanımın önüne geçebilmek adına; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu soruşturmada tedbire konu edilmesine rağmen iddianamede yer almazsa veya kovuşturma evresinde amaç suçların işlenmesinde bir örgütün var olmadığı anlaşılırsa; önceleri amaç suç olarak adlandırılan suçlar açısından elde edilenlerin kullanılmaması gerektiği savunulmuştur⁵⁴⁷. Böylece suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun, kanunda aranan şartları etkisiz kılmak için

*suç olarak iddia ettiği fiili CMK 135/6. maddesindeki suçlardan birine girdiği bu aşamada anlaşılırsa CMK 138. maddesi hükmüne göre, muhafaza altına alınıp Cumhuriyet Savcılığına bildirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle telefon dinleme kararında isnada konu suç ve dayanak olarak "suç örgütü kurma ve buna bağlı olarak örgüt faaliyetleri" gösterilmesi karşısında hukuki değer kanamayacaktır." Yargıtay 6. CD., 2011/9994 E., 2012/13118 K., 25.06.2012 karar için bkz. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 165*

⁵⁴⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesince verilen kararın karşı oy yazısında belirtildiği üzere, 4422 sayılı Kanun kapsamında tedbirin uygulanamayacağı göçmen kaçakçılığı suçundan yürütülen soruşturmada, terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlendiği süsü verilerek tedbir kararı alınmış ve tatbik edilmiştir: "İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.11.2004 tarihli 2004/2308 ve 2004/2309 muhabere sayılı kararlarında "yasadışı PKK/KONGRA-GEL terör örgütüne yönelik sürdürülen çalışmalarda..." ibareleri her ne kadar mevcut ise de bu gerekçe, büyük bir olasılıkla güvenlik güçlerinin olayı "vahim" göstermek için kullandığı ibarelerin karara yansımından ibarettir. Nitekim, gerekçeden anlaşıldığına göre dinleme kararları göçmen kaçakçılığı suçu için verilmiştir. Öte yandan uzatma kararlarında sadece göçmen kaçakçılığına dair gerekçenin yazılmış olduğu görülmektedir. Diğer taraftan 9. Ağır Ceza mahkemesinin uzatması ile birlikte ilk dinleme kararı da göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak verildiği gibi aynı mahkemenin 7.2.2005 tarih ve 140/340 müt-muhabere sayılı kararının gerekçesi de münhasıran göçmen kaçakçılığına ilişkin bulunmaktadır. Kaldı ki dinlemeye elverişli olmayan göçmen kaçakçılığı suçunu ortaya çıkarabilmek için önce terör suçu kapsamında soruşturma yapılacaktı gibi bir izlenim verip dinleme kararı talep edilmesi ve buna göre de dinleme kararı verilmesi kanuna karşı hile yoluna gitmektir. Ayrıca görülmektedir ki dosyada, terör suçuyla ilişkin hiçbir soruşturma mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten de dosya incelendiğinde görüleceği üzere, göçmen kaçakçılığına ilişkin olarak toplanan kanıtlar (?)'a ilişkin dinleme tutanakları Ayvalık Jandarma Komutanlığının 23 Mart 2005 günlü yazı ve ekleri ile Ayvalık Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Yazıya bağlı "tespit edilen suçlar çizelgesi" ne göre ev ve işyerlerinde arama yapılması istenilen, kişilerin bir kısmı bu davanın göçmen kaçakçılığı suçunu işledikleri iddiasıyla haklarında dava açılan sanıklardır. Dosya içinde bu suç dışında dinleme kararı veren Mahkemelerin yetki ve görev alanına giren suçlarla ilgili bir tefrik kararı da bulunmamaktadır...1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçunun dinlemeye elverişli kataloğ suç kapsamına alınmış olması da (CMK. 135/6-a-1) önceki usulsüz dinlemeyi yasal hale getirmez. Kanuna karşı hile, kanunla meşru kılınmaz" Yargıtay 8. CD., 2006/8117 E., 2007/320 K., 23.01.2007 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁴⁷ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 127, Benzer yönde bkz. Gökçen v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 480

kullanılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Yargıtay da çeşitli kararlarında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu sebebiyle uygulanan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin, katalogda yer almayan bir suç açısından kullanılamayacağı sonucuna varmıştır⁵⁴⁸.

5. Elde Edilen Delillerin İlgili Olduğu Suç Vasfının Değişmesi

Belirli bir suç hakkında verilen tedbir kararının icrası sırasında veya icrası sonrasında, suçun niteliğinin değişmesi halinde, elde edilen deliller tesadüfi değildir⁵⁴⁹. Nitekim ceza muhakemesine konu maddi vakıa ve suç isnadı bulunan fiil değişmemiştir. Hüküm verilinceye kadar suçun vasfı değişebilir; suçun farklı nitelendirilmesi, soruşturma veya kovuşturma dışı olduğunu ortaya koymaz. Fakat nihai suç niteliğinin katalogda yer almadığı durumda, elde edilenlerin delil olarak değerlendirilmesi kanunun amacına ters düşebilir.

⁵⁴⁸ “Sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan soruşturma sırasında CMK'nın 135. maddesi gereğince iletişimlerinin tespiti, dinlenmesine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine dair mahkeme kararı alınarak karar kapsamında dinlendikleri, dinleme sonunda oluşturulan konuşma tapeleri dikkate alınarak sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan özel yetkili mahkemeye kamu davası açıldığı, yapılan yargılama sonunda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan beraat kararı verilerek dosya işledikleri suçlar bakımından genel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderildiği, Mersin 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nce suçların niteliği itibariyle görevsizlik kararı verilerek dosyanın Mersin Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderildiği anlaşılmıştır. Mersin 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonunda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan yapılan dinleme ve tapelerin yasal delil olarak değerlendirilerek hırsızlık, konut/işyeri dokunulmazlığının ihlali, mala zarar verme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçlarından kurulan hükümlere esas alındığı, dinleme tarihlerinde hırsızlık, konut/işyeri dokunulmazlığının ihlali, mala zarar verme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçlarının CMK'nın 135 kapsamında katalog suçlardan olmadığı, CMK'nın 138/2 maddesi kapsamında da tesadüfen elde edilen delil niteliğinden söz edilemeyeceğinin anlaşılması karşısında; dosyada mevcut dinleme tapelerinin çıkartılarak yapılan incelemede” Yargıtay 17. CD, 2018/1485 E., 2018/12979 K., 18.10.2018 (www.lexpera.com.tr), “İncelenen dosyada sanıkların, katalog kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan haklarında iletişimin denetlenmesi kararı uygulanması sırasında hırsızlık suçunu da işledikleri kabul edilerek mahkumiyetlerine hükmolünmüş ise de, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, suç tarihi itibariyle hırsızlık suçunun CMK'nın 135/8. maddesi kapsamında bulunmaması sebebiyle anılan dinleme kayıtlarının aynı Kanun'un 138/2. maddesi gereğince bu suçun delili olarak kullanılamayacağı” Yargıtay 2. CD, 2016/3340 E., 2018/8905 K., benzer yönde: 12.7.2018, Yargıtay 2. CD, 2016/5681 E., 2016/9846 K., 24.5.2016, Yargıtay 2. CD, 2016/3050 E., 2016/9306 K., 16.5.2016, Yargıtay 2. CD, 2014/16461 E., 2015/23643 K., 21.12.2015 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁴⁹ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 128, Aynı görüşte olan Kaymaz'a göre soruşturma veya kovuşturma aynı fiile ilgili yapılmaya devam edeceğinden, elde edilen deliller de soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olacak ve bu sebeple tesadüfi olduklarından bahsedilemeyecektir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 506

Suçun niteliği katalog suçlardan bir diğerine dönüştüğü durumda, tedbire derhal son verilmesi gerektiği iddia edilmiştir⁵⁵⁰; zira belirlenen yeni suç tipi bakımından tedbirin şartlarının sağlandığı tespit edilerek yeni bir karar verilmesi lazımdır⁵⁵¹. Görüş kabul edilecek olursa ortaya çıkan asıl soru, o ana kadar elde edilenlerin ya da tedbir sona erdikten sonra vasfın değişmesi durumunda toplanan delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilebilmesine ilişkin olur.

Katalog suçlardan bir diğerinin mevzu bahis olduğunun ortaya çıkması halinde elde edilenler kullanılabilir⁵⁵². Bu kabule gösterilen temellendirme ise, tedbirin uygulanması için aranan şartların tamamının en baştan itibaren sağlandığıdır⁵⁵³.

Katalog dışı suçlara dönüşme halinde ise, tedbire devam edilemeyeceği gibi⁵⁵⁴ elde edilen delillerin kullanılması da mümkün değildir⁵⁵⁵. Katalogda yer almayan suçlar hakkında tedbir uygulanamayacağından, ele geçen deliller değerlendirilemeyecektir⁵⁵⁶. Aksi bir uygulama kanunda yer alan tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi ile bağdaşmaz. Ancak yeni bir soruşturmanın başlatılmasında kullanılabilir⁵⁵⁷.

Değnilmesi gereken bir diğer ihtimal ise tesadüfen elde edilen delillerin ilgili olduğu suçun vasfının değişmesi halidir. Örneğin tesadüfen elde edilen delilin şüphe doğurduğu suç ilk başta kasten öldürme suçu olarak vasıflandırıldıktan sonra,

⁵⁵⁰ Cumhuriyet savcısının emriyle tedbire son verilmelidir. Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku**, s. 196

⁵⁵¹ Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 103, Gündem, “**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 175, 176, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 171, Aksi bir uygulama kanunen aranan şartları işlevsiz kılar. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 111, Görüş katılmayan Kartal’a göre, vasfın değişti hallerde suçlar bağlantılıdır, bu durumda kanunen aranan şartlar tekrar gözden geçirilmeli, bir aykırılık olmadığı anlaşıldığında yeni bir karar alınmaksızın denetime devam edilmelidir. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 95

⁵⁵² Görüş sahibi Gündem’e göre, katalog dışı bir suça ilişkin ise elde edilenler değerlendirilemez. Ancak bu bilgiler ihbar olarak dikkate alınabilir. Gündem, “**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 175, 176

⁵⁵³ Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 59

⁵⁵⁴ Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku**, s. 196

⁵⁵⁵ Şen, “**Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü**”, s. 25

⁵⁵⁶ Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 103 Elde edilenler artık yeni bir soruşturmanın başlatılması için dahi kullanılmamalıdır. Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 59, Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 111, 201

⁵⁵⁷ Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 112

muhakeme sırasında suçun taksirle öldürme olduğu kanaatine varılması halinde elde edilen tesadüfi deliller hükme esas alınabilecek midir? Bu durumda da katalogda yer alan bir suçtan, katalog dışı bir suça dönüşme ve tam tersi olmak üzere iki ihtimal ortaya çıkar. İlk ihtimal değerlendirildiğinde, tesadüfen elde edilen delilin şüphe uyandırdığı suç nihai olarak katalog dışı olarak tasnif edildiği için, delilin ceza muhakemesinde kullanılmayacağı savunulmuştur⁵⁵⁸. Diğer ihtimalde ise, nitelik değişikliği sonucu, değerlendirilebilir bir tesadüfi delil mevzu bahistir. Nitekim artık suçun katalogda yer aldığı tespit edilmiştir. Bu noktada önemli olan ise ilk başta katalog dışı bir suça ilişkin olduğu zannedilen tesadüfen elde edilen delillerin muhafaza edilmiş olmasıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir dosyada, tam olarak bu hususta karar vermiştir. Karara konu davada, suç örgütü kurmak ve yönetmekten tedbir uygulanmış; ancak yine katalogda yer alan rüşvet suçuna dair deliller elde edilmiştir. Ancak bu deliller kullanılarak bir kısım sanık hakkında görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmuştur. Anlaşılacağı üzere önce tesadüfen elde edilen delillerin katalogda yer alan rüşvet suçuyla ilgili olduğu tespiti yapılmıştır. Daha sonra bu tesadüfi deliller, katalog dışı görevi kötüye kullanma suçu hakkında hüküm kurmak için kullanılmıştır. Kurul, iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilebilmesine ilişkin yeni bir kıstas öngörmüştür. Biri diğerine sıklıkla dönüşebilen, diğer bir deyişle hırsızlık-yağma gibi nitelik değiştirme ihtimali yüksek olan suçlar mevzu bahis olduğunda, katalog dışı bir suça dönüşme halinde delillerin kullanılabilmesini kabul etmiştir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Şen, **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, s. 112

⁵⁵⁹ “Uyuşturucu madde kaçakçılığı, hırsızlık, tefecilik, uyuşturucu madde kullanmak ve kumar suçlarından kayıtları bulunan ve Organize suç örgütleri kurdukları, Tefecilik, zorla senet imzalatma, çek senet tahsilatı ve barlarda uyuşturucu madde sattıkları yönünde alınan istihbari bilgiler sonucunda, İshak Tekin, Medeni Baran, Fehmi Baran ve Sefer Kebapçı'nın kullandıkları telefonların dinlenmesi için...Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY'nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY'nın 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir.” Yargıtay CGK, 2006/5-154 E., 2007/145 K., 12.06.2007 (www.kazanci.com.tr), Benzer yönde: “Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun

Doktrinde bu karar, tedbirin kötüye kullanılabilmesi öne sürülerek eleştirilmiştir. Tedbir kararı alınabilmesi için suç vasfının kasten hatalı gösterilebileceği, sonradan değişikliğe uğrasa bile delilin kullanılabilmesi, böylece katalog suç şartının bertaraf edileceğine dikkat çekilmiştir⁵⁶⁰. Eleştiriye rağmen Yargıtay'ın çizdiği çerçevede, suç vasfının belirlenmesi noktasında kolaylıkla hata yapılabilen hallerde delillerin kullanılabilmesinin kabul edildiği söylenebilir. Eğer haklı gerekçelerle suç vasfı yanlış belirlenmiş ise deliller değerlendirilebilmelidir⁵⁶¹. O halde Yargıtay, dönüşebilen suçları, tedbire konu suçun haklı olarak yanlış tanımlanabileceğine karine kabul etmiştir. Benzer bakış açısına sahip yoruma göre, tedbir kararında ve tatbiki sırasında, kötüye kullanım olup olmadığı incelenmelidir. Katalog suçlardan olma şartı bertaraf edilmek amacıyla hareket edildiği tespit edilirse, elde edilenler hukuka aykırı kabul edilip kullanılmamalıdır⁵⁶².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu benzer çıkarımlar yaptığı daha ileri tarihli başka bir kararda, nihai suç vasfının ancak hüküm kurma aşamasında belirlenebileceğine dikkat çekmiştir. Tedbir uygulandığı sırada, soruşturulan suçun aslında katalog dışı olduğu tespit edilemediği sürece, elde edilen deliller hukuka uygundur. Bu surette elde edilen deliller, yargılama sonunda vasfın katalog dışı olarak belirlendiği durumda dahi kullanılabilir⁵⁶³.

12/06/2007 gün ve 2006/5.MD-154/145 sayılı Kararında belirtildiği üzere, rüşvet suçu 5271 sayılı CMK'nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç ve nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de iletişimin tespiti suretiyle elde edilen delillerin CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişiler için de yasal delil olarak kabul edileceğinden sanık ... hakkında ... Sulh Ceza Mahkemesinin 08/08/2006 tarih ve 2006/171-164 Değişik İş sayılı iletişimin tespiti kararı kapsamında diğer sanıklar hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğu kabul edilmekle..." Yargıtay 5. CD, 2010/1192 E., 2012/11385 K., 14.11.2012 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁶⁰ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 166

⁵⁶¹ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 166

⁵⁶² Gündem, "**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 173, 174, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 507, Kartal, "**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 97, Meran da iletişimin denetlenmesi hukuka uygun olduğu sürece elde edilenlerin de hukuka uygun olduğunu ve vasıf değişmesi halinde, herhangi bir suç hakkında kullanılabilmesini kabul eder. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 354, Almanya'daki uygulamayı ve doktrindeki görüşleri aktaran Yenisey'e göre; hukuka uygun uygulanan iletişimin tedbiri sonrasında, suçun karara konu katalog suçlardan olmadığı anlaşılrsa dahi elde edilen deliller yargılamada kullanılabilir. Yenisey, "**Medyanın Oluşturduğu 'Dolaylı Aleniyetin' Kamuoyunu Etkilemesi**", s. 25

⁵⁶³ "**Uyuşturucu madde ticareti suçundan alınan iletişimin denetlenmesi kararları sonucu elde edilen delillerin 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a-8.) bendi uyarınca, suç işlemek amacıyla örgüt kuran veya yönetenler hakkında kurulacak hükümlere esas alınması mümkün olup, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olanlar hakkında kurulacak hükümlere esas alınmayacağı ileri**

Kanımızca suç vasfının nihai olarak katalog dışı bir suça dönüşmesi halinde elde edilenler hiçbir şartta kullanılmamalıdır. Hukuka uygun icra edilen tedbir sırasında soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmeyen bir suç hakkında elde edilen tesadüfî deliller dahi hukuka uygundur. Bununla birlikte kanun koyucu katalog suç öngörülmesinin bertaraf edilmesini önlemek, tedbirin ölçülü olarak sadece belirli suçlarla ilgili kullanılabilmesini temin etmek için, m. 138/2 ile değerlendirilmelerini sınırlandırmıştır. Suç vasfının değiştiği durumda aksini düşünmek, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Savcı ya da kolluk tarafından suçun yanlış nitelendirilmesi, kanunen getirilen yasağı ortadan kaldırmaz. Aksi durumda katalogda yer almayan suçların aydınlatılması için hileli olarak yanlış nitelendirilmesine imkan sağlanmış olur⁵⁶⁴. Nasıl ki, göçmen kaçakçılığı suçundan uygulanan tedbir sırasında hırsızlık suçuna dair elde edilen deliller kullanılmmalıysa, yağma suçundan uygulanan tedbir sırasında elde edilenler de, yağmanın hırsızlığa dönüşmesi sonucu kullanılmamalıdır.

6. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilerle Yapılan İletişimin Denetlenmesi Sırasında Elde Edilen Deliller

Tedbiri düzenleyen CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınması mümkün değildir⁵⁶⁵. Bir şekilde kayda alındıktan sonra durum anlaşılırsa kayıtlar imha edilmelidir⁵⁶⁶.

sürülebilir ise de, Ceza Genel Kurulunun 12.06.2007 gün ve 154-145 sayılı kararında da belirtildiği üzere, nitelik değiştirmesi mümkün bulunan suçlar yönünden de elde edilen delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil olarak kabulü ile hükme esas alınması mümkün olup, sanıkların suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yöneticisi mi yoksa üyesi mi olduğu ancak yargılamanın sonunda belli olacağından, bu delillerin bir kısım sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçundan kurulan hükme esas alınmalarında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Zira, 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a-8.) bendinde belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinin ikinci ve yedinci fıkraları yönüyle uygulanmayacağına ilişkin düzenlemenin, yapılan soruşturmada şüphelilerin baştan itibaren suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olduklarının başka delillerle belirlendiği durumlar yönüyle geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay CGK 2013/483 E., 2013/599 K., 10.12.2013 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁶⁴ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 421

⁵⁶⁵ 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu tasarısı hakkında çıkarımda bulunan Sözüer, iletişim denetlenmesi tedbiri mevzuata kazandırıldığında, tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapılan iletişim ile yakalanan veya tutuklananın müdafii ile kuracağı iletişimin denetlenmesinin yasaklanması gerektiğini savunmuştur. Sözüer, **“Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi**

Fıkra ile öngörülen delil elde etme yasağı niteliğindeki düzenleme, Anayasa m. 38’de yer bulan, kişilerin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayacak bir beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağı kuralına dayanmaktadır⁵⁶⁷. Ayrıca tanıklıktan çekinebilecek kişilere bakıldığında, ailevi

Olarak Denetlenmesi”, 1997, s. 86, Kendisine bu husus hatırlatılmayan üçüncü kişi lehine tanıklıktan çekinme hakkının doğmayacağı ve bu tip bir yasağın kamu yararı bulunmadığı karşı görüşü için bkz. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 331, 332, Şen’e göre kanuni düzenleme ile getirilen kayıt alma yasağının yanı sıra, tedbir kapsamında öngörülen diğer tüm yöntemlerin de tatbikinin mümkün olmaması gerekir. Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 174, Benzer yönde Soyaslan, iletişimin tespiti yönteminin de uygulanmaması gerektiğini savunur. Soyaslan, **“Adli Amaçlı İletişimin Dinlenmesi”**, s. 10, Aksi yönde Taşkın’a göre, yasak sadece kaydetme yöntemini kapsar. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 182, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da sadece kaydetmenin yasaklandığını kabul etmiştir. *“135. maddenin birinci fıkrasına göre; şüpheli ya da sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında getirilen sınırlama, sadece şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınması işlemine ilişkin olup, iletişimin tespit, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri bu kapsamda değildir.”* Yargıtay CGK, 2013/10-642 E., 2014/302 K., 3.6.2014 (www.kazanci.com.tr), Kaydetmenin yasak, dinlemenin ise serbest olması; dinleme yapılmadığında tanıklıktan çekinebilecek kişilerin tespit edilemeyeceğinden kaynaklanır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 425⁵⁶⁶ Aksi yönde görüşe göre, elde edilen kayıtlar aleyhe değil ancak lehe kullanılabilir, bu sebeple imha edilmemelidir. Gökçen v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 496

⁵⁶⁷ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 178, Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 176, Anayasa m. 38 ve CMK m. 135’te yer alan ilgili düzenlemenin, kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi diğer adıyla nemo tenetur ilkesinin bir görünümü olduğu kabul edilmiştir. İlke şüpheli, sanık veya tanığa susma veya kendini suçlayıcı mahiyetteki sorulara cevap vermeme hakkı tanır. Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 4, 54, Aksi görüşe sahip Kaymaz’a göre, CMK m. 135/3 ile getirilen sınırlamanın temeli ne Anayasa’da ne de kanunda mevcuttur. Nitekim iletişimin denetlenmesinde kimse beyanda bulunmaya zorlanmamaktadır. Eğer yasak Anayasa m. 38 ve onun görünümü olan CMK m. 45, 46 ve 48 temel alınarak yorumlanırsa, iletişimini denetlenen şüpheli veya sanığın da kendisi hakkında söyledikleri kullanılamaz hale gelir ki yasağın amacı bu olamaz. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 187, 188, Yener/Ünver ise şüpheli veya sanığın pasif olarak katlanması gerekenlere dikkat çeker. İlke delil toplanmasını engellemez, bu doğrultuda hukuka uygun koruma tedbirleri uygulanmasında bir sakınca yoktur. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 71, Koruma tedbirleri ile elde edilenlerin ilkeye aykırılık oluşturmadığını savunan destekleyici diğer bir görüşe göre; aydınlatma yükümlülüğü, kişinin sorgu sırasında bilgi verme zorunluluğu düşüncesine kapılmaması için yerine getirilmelidir. Halbuki kişi izlendiğinin ya da dinlendiğinin farkında değilse, bilgi verme zorunluluğunda bulunduğu kanısına kapılması mümkün değildir. Dolayısıyla kişi özgür iradesiyle bilgiyi dış dünya ile paylaşmaktadır ve sırf bu hususta aydınlatılmamış olması ilkenin ihlal edildiğini göstermez. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 268, 271, İtişgen tarafından da, hem AİHM hem de Amerika Yüksek Mahkemesi’nin, ilkeyi şüpheli, sanık veya tanığın beyanları ile sınırlı tuttuğuna dikkat çekilmiştir. Örneğin bir ses kaydının bu kapsamda olmadığı ve ilkenin koruma sahasında yer almadığı yorumları bu mahkemeler tarafından yapılmaktadır. Ancak İtişgen’e göre Anayasa m. 38, suçlayıcı nitelikteki tüm delilleri ilke kapsamına aldığı gibi istisnalara pek yer bırakmamaktadır. Bununla birlikte susma hakkı mutlak değildir ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gizli yürütülen çeşitli koruma tedbirleri kanunda belirtilen şartlara uyularak kullanılabilir. İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi**, s. 44, 46, 51, 159-167

yakınlıklar ve mesleki ilişkiler sebebiyle kişinin özel hayatına daha fazla nüfuz eden kişilerden oluştuğu da görülecektir. Dolayısıyla özel hayatın daha mahrem alanları da korunmak istenmiştir⁵⁶⁸. Üstelik Anayasanın 38. maddesi ile öngörülen ilkenin temellerinden biri de özel hayatın gizliliğine saygıdır⁵⁶⁹.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle kurduğu iletişim sırasında, tanıklıktan çekinebilecek kişi hakkında delil elde edilebileceği gibi, şüpheli veya sanık ya da üçüncü bir kişi - ki bu diğer tanıklıktan çekinebilecek kişilerden biri de olabilir - hakkında tesadüfen delil edilebilir. Sırasıyla bu ihtimaller üzerinde durulacaktır.

Tanıklıktan çekinebilecek kişi hakkında farklı şekillerde tesadüfi delillere ulaşılabilir. Kanunen getirilen yasağın ötesinde çeşitli durumlar da ortaya çıkabilir. Tanıklıktan çekinebilecek kişiyi (T) olarak tanımlarsak, (T)'nin şüpheli veya sanıkla iletişimi sırasında delil elde edilebileceği gibi; şüpheli veya sanığın üçüncü bir kişi ile kurduğu iletişim sırasında da (T) hakkında delile ulaşılabilir. Nihayet (T) ile üçüncü şahsın, karara konu araçla iletişime geçtikleri sırada delile rastlanabilir. (T) hakkında delil niteliğindeki bilgiyi veren; şüpheli veya sanık, (T)'nin kendisi ya da üçüncü bir şahıs da olabilir.

Örnek gösterilen ihtimallerden ilki hariç diğerleri bakımından kanunen bir delil elde etme yasağı olduğundan bahsedilemez. Zira bu hallerde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişi arasında bir iletişim denetlenmemiştir. Bununla birlikte delil yasağına üstünlük tanıyan görüşe göre, iletişimin tarafı olmayan tanıklıktan çekinebilecek kişi hakkında elde edilen tesadüfi delillerin, tanık hakkında açılmış bir soruşturma olmaması şartıyla, kullanılması mümkün değildir⁵⁷⁰. Nitekim yasak, kişinin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayacak beyanda bulunmaya zorlanamaz kuralından doğduğu için, tanıklıktan çekinebilecek kişi iletişimin tarafı olmasa dahi, şüpheli veya sanık tarafından ortaya konan kayıtlar

⁵⁶⁸ Ünver/Hakeri ek olarak tanıklıktan çekinme hakkının bertaraf edilmesinin engellenmesi amacıyla hükmün öngörüldüğünü belirtirler. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 463, Aksi görüşte olan Kaymaz'a göre, tanıklıktan çekinebilecek kişilerce yapılan iletişime müdahale, diğer müdahalelerden daha fazla temel hakkı ihlal etmez. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 194

⁵⁶⁹ İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi**, s. 62-65, 67

⁵⁷⁰ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturma, X Muhbir**, s. 223

kullanılmamalıdır. Üçüncü şahıs ile tanıklıktan çekinebilecek kişi arasında geçen iletişim ise denetlenemeyeceği için, elde edilenler hukuka aykırı olacaktır⁵⁷¹.

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişi arasında kurulan iletişim mevzu bahis olduğunda ise; kayıtlar delil olarak değerlendirilmez⁵⁷². Kanunda yer alan açık hüküm karşısında, iletişim kaydedilmeyeceği ya da imha edileceği için kullanılması da mümkün olmaz⁵⁷³.

Kanunen öngörülen bahsi geçen delil yasağının uygulama alanı bulmayacağı bir hal, doktrinde belirtilmiştir. Tanıklıktan çekinebilecek kişinin, soruşturma veya kovuşturma konusu olan ve iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan suça iştiraki olduğu, denetlenmeden önce saptandığı hallerde, anılan fıkranın uygulama alanı bulmayacağı savunulmuştur⁵⁷⁴. Bir başka deyişle bu ihtimalde artık bir delil yasağı söz konusu olmaz zira şahıs suça iştirak ettiğinden, tanıklıktan çekinebilecek kişi sıfatını haiz değildir⁵⁷⁵. İştirak halinde iletişimin denetlenmesinin önündeki yasak kalkmasına rağmen tanıklıktan çekinebilecek kişi hakkında da ayrıca bir denetim kararı alınması gerekir⁵⁷⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu görüşü benimsemiştir. Kişinin, yeğeni ve kardeşi ile birlikte şüpheli olarak yer aldığı ve her biri hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olduğu bir soruşturmada, aralarında geçen iletişim kayıtlarının

⁵⁷¹ “Üçüncü Kişiler Hakkında Elde Edilen Deliller” başlığı altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

⁵⁷² Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 223

⁵⁷³ Polat, “**Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 87, Kanunen öngörülen yasak sebebiyle kayıtlar hukuka uygun elde edilmemiştir, muhafaza altına alınması ve m. 138/2 kapsamında Cumhuriyet savcısına bildirilmesi mümkün değildir. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 332

⁵⁷⁴ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 179, Tamöz, Kocabay, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 110, Aksi görüşte olan Ünver/Hakeri’ye göre, bu durumda yasağın uygulanmayacağını kabul etmek, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağı kuralını ihlal eder. Tanıklıktan çekinebilecek kişi için ayrı bir alarak iletişimi denetlenebilir. Fakat iletişimi denetlenen ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişim hiçbir surette kayda alınamaz, delil olarak kullanılamaz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 426, 427

⁵⁷⁵ Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 175, Polat’a göre; tanıklıktan çekinebilecek kişi ile iletişim kurulduğunun fark edilmesi mümkün olmadan görüşme kaydedildiyse ve tanıklıktan çekinebilecek kişi aleyhine somut bilgiler ortaya çıktıysa; artık kaydın kullanılabilmesine imkan verilmeli; bu yönde düzenleme yapılmalıdır. Polat, “**Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 87, 88

⁵⁷⁶ Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, s. 79

ceza muhakemesinde kullanılabileceği kabul edilmiştir⁵⁷⁷. Ceza Genel Kurulu daha ileri tarihli verdiği kararında, soruşturmada şüpheli olarak yer alan kardeş hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olmasa dahi elde edilenlerin kullanılabileceği sonucuna ulaşmıştır⁵⁷⁸. Çoğunluk görüşüne katılmayan karşı oy gerekçesinde ise

⁵⁷⁷ “Şüpheli ya da sanıkların, birlikte suç işleme şüphesi bulunmayan tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptıkları görüşmelerin kanun delil olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konuda sorun, akrabalık ilişkilerinin sağladığı kolaylıklardan yararlanarak şüpheli ya da sanıkların birlikte suç işleme kuşkusuna altında bulunan kişilerle yaptıkları iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasında doğmaktadır. Öğretide aksine görüşler bulunmakla birlikte, CMK'nun 135/2. maddesi hükmünün birlikte suç işleme şüphesi altında bulunan kişiler kapsamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin suça katıldığı daha önceden başka delillerle belirlenmiş se artık bu noktada CMK'nun 135/2. maddesi kapsamına giren bir dinleme ve kayıt yasağından söz edilemeyeceği, çünkü konuşması kayıt altına alınan kişinin, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi sıfatını o kayıttan önce kaybettiği kabul edilmektedir... Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu ele alındığında; Sanık A. K. le yeğen olan sanık M. K. ve kardeş olan sanık H. K. arasında yapılan ve mahkeme kararıyla dinlenilmesi ve kayda alınmasına karar verilen telefon konuşmaları, bu kişilerin suça katıldıklarının daha önceden başka delillerle belirlenmesi ve bunlar hakkında da mahkeme kararıyla iletişimin tespit ve kayda alınmasına karar verilmiş olması nedeniyle kanun delil olarak kullanılabileceğinin kabulü gerekmektedir. Aks halde; tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucuna ulaşılır ki bunun kabulü de mümkün değildir.” Yargıtay CGK, 2011/5-137 E., 2013/58 K., 19.2.2013 (www.kazanci.com.tr), Ancak çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesi Dirim, tanıklıktan çekinebilecek kişinin iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde edildikten sonra soruşturmaya dahil edildiğine dikkat çekerek; elde edilen delillerin kullanılmayacağını savunmuştur: “Hakkında dinleme kararı verilen şüpheli ya da sanığın, önceden şüpheli ya da sanık sıfatını almamış ve tanıklıktan çekinme hakkı olan yakınlarıyla yaptığı görüşmeler ile ilgili olarak mutlak delil yasağı bulunduğu düşüncesindeyiz. Somut olayımızda; A.K.'nin kardeşi olan ve beraat eden H.K.'ye ilişkin olarak 18.10.2008 tarihinde, amca – yeğen olan sanıklar M.K. ve A.K.'ye ilişkin olarak ise; 20.10.2008 tarihinde dinleme kararları alınmıştır. Dosya içinde mevcut delillere göre, mahkeme başkanı olan A.K.'nin, aleyhine dinleme kararının verildiği 20.10.2008 tarihinden önce, şüpheli sıfatını aldığına dair herhangi bir bilgi veya belge yoktur. Bu sebeple A.K.'nin şüpheli sıfatını, 20.10.2008 tarihinden itibaren aldığı kabul etmek gerekir. Hakkında dinleme kararı verilen beraat eden H.K. le H.K.'nin kardeş olan A.K.'nin henüz şüpheli sıfatını almadığı 18.10.2008 lâ 20.10.2008 tarihler arasında birbirleriyle yaptıkları telefon görüşmeler hukuka aykırı delil olduğu için, 5271 sayılı CMK'nun 45/1-d, 135/2, 206/2 ve 217/2. madde hükümler uyarınca hükme esas alınamaz. Açıklanan sebeplerle, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” Yargıtay CGK, 2011/5-137 E., 2013/58 K., 19.2.2013 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁷⁸ “Sanık Çetin ile hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan kurulan mahkumiyet hükmü temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiş olup, incelemeye konu olmayan sanık Celal arasında gerçekleştirilen ve sanık Celal yönünden dinlenilmesine ve kayda alınmasına yönelik mahkeme kararı da bulunan telefon görüşme muhtevasının, bu kişiler hakkında daha önceden aynı suçtan soruşturmaya başlanması ve soruşturmaya konu olan uyuşturucu madde ticareti suçunun da CMK'nun 135/6. maddesi kapsamında bulunması, iletişimin denetlenmesi kararının usul ve kanuna uygun olarak alınıp yerine getirilmesi şartlarının varolması hususları birlikte değerlendirildiğinde, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen telefon görüşme kayıtlarının sanık Celal'in kardeşi ve aynı suçun sanığı olan Çetin yönüyle de hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun ve hükme esas alınması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Aksi durum, aynı soruşturma ve kovuşturma kapsamında bulunan bir kişi bakımından kanuni olarak kullanılabilecek bir delilin, diğer sanık açısından hukuka aykırı görülmesi hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacağı gibi, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucunu doğurur ki, bunun kabulü de mümkün değildir.” Yargıtay CGK, 2013/10-642 E., 2014/302 K., 3.6.2014 (www.kazanci.com.tr)

doktrinde de taraftar bulan eleştiri mahiyetinde çıkarımlarda bulunulmuştur. Karşı oyda ortaya konan görüşe göre, şüpheli olan kardeş hakkında da ayrıca karar alınmalıdır. Kardeşlerden biri için verilen kararlar ikisinin de denetlenmesi mümkün değildir⁵⁷⁹.

Diğer bir görüş ise, elde edilen kayıtların şüpheli veya sanık aleyhine kullanılmayacağını ancak açılmış bir soruşturma kapsamında tanıklıktan çekinebilecek kişi aleyhine yararlanılabileceğini savunur⁵⁸⁰. Örneğin A hakkında alınan tedbir kararının icrası sırasında, kardeşi B ile iletişimi sırasında elde edilen kayıtlar A'nın değil fakat B aleyhine kullanılabilir.

Son olarak şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişi arasında geçen iletişim sırasında, iletişimin tarafı olmayan üçüncü bir kişi hakkında da tesadüfen delile rastlanabilir. Bu ihtimalde şüpheli veya sanığın iletişim içeriği bakımından, üçüncü kişi de tanıklıktan çekinebilecek kişilerden değilse, elde edilen deliller nemo tenetur ilkesine aykırı olmadığı için bu yasağın kapsamına girmeyeceği söylenebilir. Fakat kanun koyucunun açık düzenlemesi karşısında tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapılan iletişim kayıtları yok edileceğinden, üçüncü kişiler hakkında elde edilenlerin kullanılabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira bu noktada özel hayatın gizliliğinin korunmasına daha fazla önem verildiği söylenebilir.

Tanıklıktan çekinebilecek kişilerden biri de CMK m. 46'de belirtildiği üzere avukatlardır. Bunun yanı sıra iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında bir diğer delil elde etme yasağı CMK m. 136 ile müdafî hakkında öngörülmüştür. Maddeye

⁵⁷⁹ “Sanık Çetin'in telefon konuşmaları, soruşturması yapılan suçla ilgili olduğu için, bu sanık hakkında da ayrıca CMK'nın [135.](#) maddesi kapsamında 'iletişimin denetlenmesi' kararı alınması gerekirdi. Böyle bir karar alınmadan telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması hukuka aykırıdır.” Yargıtay CGK, 2013/10-642 E., 2014/302 K., 3.6.2014 (www.kazanci.com.tr), Benzer doğrultuda bkz. Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, s. 79, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin verdiği daha eski tarihli bir kararda, tedbir uygulanan sanık ile tanıklıktan çekinebilecek diğer sanıklar arasındaki iletişim kayıtları, CMK m. 135/3 uyarınca kanuna aykırı kabul edilmiştir: “...”şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir” hükmüne yer verilmiştir. Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan ile 5271 sayılı CMK'nın [45.](#) maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrerem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.” Yargıtay 1. CD., 2009/1721 E., 2009/5855 K., 13.10.2009 (www.kazanci.com.tr), Yukarıda değinilen daha yeni tarihli Ceza Genel Kurul kararları ile de görüleceği üzere bu görüş terkedilmiştir.

⁵⁸⁰ Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 179

göre şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafii sıfatına sahip olan avukatın, bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yöntemleri uygulanamaz. Uygulanması halinde elde edilenler hukuka aykırı olur⁵⁸¹. Bu durumda tedbirin müdafinin bürosu, konutu veya yerleşim yerinde tatbiki hukuka aykırı olduğundan tesadüfen elde edilen deliller de aynı akıbeti paylaşır ve ceza muhakemesinde kullanılamaz⁵⁸².

7. Katalog Suç Öngörmeyen Yöntemlerle Elde Edilen Deliller

Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemesine göre katalog suçlar, tedbir kapsamında uygulanabilecek üç yöntem için öngörülmüştür. Diğer iki yöntemin, diğer bir deyişle mobil telefonun yerinin tespiti ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitinin tatbikinde ise, uygulanabilecekleri suçlar açısından bir sınırlandırma yoktur. Zaten mobil telefonun yerinin tespiti kararında hangi suç hakkında uygulandığına dair bir ibare olması da aranmadığından, katalog suç öngörülmesinin de bir değeri olduğu söylenemez. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti ise hangi suç hakkında uygulandığının kararda yer alması dahil diğer koşullara riayet edilmesi şartıyla, tüm suçlar hakkında uygulanabilecektir⁵⁸³.

Tesadüfen elde edilen delilleri düzenleyen m. 138/2, delillerin kullanılabilmesini, onların katalog suçlarla ilgili olmasına bağlamıştır. Fakat hükmün lafzı dikkate alınarak yapılacak bir yorumda, hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, sadece katalog suçlar hakkında şüphe doğuran delillerin Savcılığa bildirileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. O halde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti yöntemi tüm suçlara yönelik uygulanabilmesine rağmen, yöntem ile elde

⁵⁸¹ Savunma hakkının korunmasına yönelik öngörülmüş olan bu yasağın, müdafii suça iştirak etmekte ise uygulama alanı bulmayacağı savunulmuştur. Bu halde müdafii, şüpheli veya sanık sıfatı ile denetlenmektedir. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 200, 206

⁵⁸² Aksi yönde Meran'a göre, yasak soruşturulan suçla ilgili olduğu için, başka bir suçlar ilgili elde edilenlerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerekmektedir. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 353

⁵⁸³ "5353 sayılı kanunun 17. maddesiyle değişik CMK'nın 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında "dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine" ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" yukarıda belirtilen CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır." Yargıtay 5. CD., 2005/14669 E., 2005/20489 K., karar için bkz. Yokuş Sevük, "Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 109

edilen tesadüfi deliller ancak katalog suçlara ilişkin olduğu durumda mı kullanılabilir?

Soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Düzenleme ile getirilen sınırlandırma, katalog suçlar öngörülmesi ile sağlanan ölçülülüğün aşılmasını önlemektedir. Bunun yanı sıra düzenlemenin kötüye kullanılmasını da engellemek için, katalog dışı suçlara dair elde edilenlerin değerlendirilmesine bir nevi yasak getirilmiştir. Hal böyle olunca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti yöntemi her suç hakkında uygulanabileceğinden, hukuki güvencelerin bertaraf edilme tehlikesi de ortaya çıkmayacaktır. Yargıtay da katalog dışı bir suçla ilgili olarak iletişimin tespiti bilgilerinin kullanılabilirliğini kabul etmiştir⁵⁸⁴.

Mobil telefonun yerinin tespiti yöntemi her ne kadar şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik uygulansa da, delil niteliğinde ortaya çıkan tesadüfi bilgiler her suç hakkında kullanılabilir⁵⁸⁵.

Sonuç olarak katalog suç öngörülmemiş yöntemlerin kullanılması sırasında ortaya çıkan tesadüfi deliller, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın ceza muhakemesinde değerlendirilebilecektir.

8. Ceza Muhakemesi Kanununa Atıf Yapan Kanunlar Kapsamında Tedbirin İcrasında Elde Edilen Deliller

Özellikle organize ve örgütlü suçlarla mücadelede, suç öngören çeşitli kanunlarda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135'e atıf yapılmaktadır.

Koruma tedbirinin düzenlendiği maddeye atıf yapan kanunlara ve ilgili maddelerine örnek olarak; 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 4/7, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun m. 23 son fıkra, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 23/2, 7258

⁵⁸⁴ "...fuhuş yaptığı iddia edilen kişilerin telefon konuşmalarının sanık polis memurlarına yüklenen suçların katalog suçlardan olmaması da dikkate alındığında Anayasa'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddeleri uyarınca yasak kanıt niteliğinde olduğu ve sanıklar yönünden kanıt olamayacağı, ancak; yüklenen suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi açısından yasak kanıt olmayan iletişimin tespiti deliline ve fuhuş suçu sanıklarının tanıklığına başvurulmasının mümkün olduğu gözetilmeden..." Yargıtay 4. CD. 2011/3388 E., 2012/19768 K., 8.10.2012 karar için bkz. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 513

⁵⁸⁵ Kartal, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", s. 71, 72

sayılı Futbol Ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis Ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 5 son fıkra, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 266/1-b gösterilebilir.

Bahsi geçen kanunlardaki ilgili maddelerin hemen hepsi, CMK m. 135'e atıf yapmaktadır. Düzenleme ile iletişimin denetlenmesinde beş farklı yöntem öngörülmüş olmasına rağmen, atıf yapan maddelerde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması olmak üzere üç yöntemin kullanılabilmesi hükmolunmuştur. İletişimin tespiti için katalog suç sınırlaması olmadığı göz önüne alınırsa, bir önceki başlıkta da açıklandığı üzere tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilirliği açısından bir yasak olmadığı kabul edilebilir.

Bankacılık Kanununda yapılan atıfta ise 135 ila 138 denerek tesadüfen elde edilen delilleri de kapsayan bir uygulamanın yapılabileceği öngörülmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanununa atıf yapan diğer kanunlar kapsamında tedbir icra edildiğinde, tesadüfi delillere ulaşılır ise; biri diğerine bağlı iki soru ortaya çıkmaktadır. Diğer kanunlarda sadece m. 135'e atıf yapılması karşısında, tesadüfen elde edilen delilleri öngören m. 138/2 uygulama alanı bulacak mıdır? İlk soruya olumlu cevap verilmesi halinde; katalog suçlar nasıl belirlenecektir? Atıf yapan diğer kanunların ilgili maddelerinde de tedbirin yine kanunla öngörülmüş belirli suçlar bakımından uygulanabileceği ihdas edilmiştir. Böylece her bir kanun bakımından CMK'dan farklı olarak ayrı bir suç kataloğu ortaya çıkmıştır. Tesadüfen elde edilen deliller değerlendirilecekse, diğer bir ifade ile m. 138/2 uygulama alanı bulacaksa, sadece m. 135 ile sayılan suçlar mı dikkate alınacak veya sadece atıf yapan ilgili kanunda sayılan suçlar mı esas alınacak yoksa her iki kanunda sayılanlardan ortak bir havuz mu oluşturulacaktır?

Diğer kanunlarda yapılan atıflar her ne kadar sadece m. 135'i işaret etse de, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile ilgili tüm koşulları ve uygulamaları da kapsamaktadır. Aksi halde, müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki iletişim araçları hakkındaki yasağı düzenleyen m. 136 ya da içeriğin yok edilmesini öngören m. 137 uygulanamaz hale gelir ki, kanun koyucunun amacının bu olmadığı açıktır. O halde m. 138/2 ile öngörülen tesadüfen elde edilen delillerle ilgili hüküm de uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca düzenlemenin amacı tedbirin uygulanabildiği suçlar hakkında ortaya çıkan tesadüfi delillerin elde edilmesini ve

kullanılmasını sağlamaktır. Bu sebeple m. 135’te yer alan suçlarla sınırlı bir izin verilmiş olsa da, diğer kanunlarda yer alan ve tedbirin uygulanabildiği tüm suçlar hakkında elde edilenler Cumhuriyet Savcılığına iletmeli ve kullanılabilir.

9. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Muhafazası

Tesadüfen elde edilen deliller hakkında nasıl bir yol izleneceğine, ne gibi işlemler uygulanacağına dair yegane düzenleme olan CMK m. 138/2, sadece katalog suçlarla ilgili olanlar hakkında hüküm içerir. Böylece ortaya iki soru çıkar: Birincisi katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini doğuranlar; diğeri ise katalog suçlarda yer almayan herhangi bir suçun meydana geldiği noktada şüphe uyandıran deliller hakkında hangi işlemlerin uygulanacağı ve muhafaza edilip edilmeyecekleri sorularıdır.

Bahsi geçen sorulardan ilkinin cevabını kanun koyucu kısmen de olsa cevaplamıştır. Maddeye göre, katalog suçlardan birinin meydana gelmiş olduğu noktada şüphe oluşturan deliller korunarak, Cumhuriyet Savcılığı bilgilendirilecektir. Anlaşılacağı üzere, koruma tedbirini uygulayan kolluk, kanunen de öngörüldüğü üzere, delili soruşturma açılması veya hali hazırda yürütülen bir ceza muhakemesinde değerlendirilmesi için Savcılığa bildirecektir. Bu noktada her ne kadar ortaya çıktığı soruşturma veya kovuşturma bakımından gerekli olmayabilecekse de, delillerin imha edilmesi düşünülemez; zira ilgili olduğu suç hakkında delil olarak kullanılabilmesi mümkündür⁵⁸⁶.

Katalog suçlar arasında yer almayan bir suça ilişkin kayıt elde edildiğinde ise ne yapılacağı hususunda kanun koyucu sessiz kalmaktadır. Delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olmadığı gerekçe gösterilerek, açık bir düzenleme olmamasına rağmen kayıtların yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 151, Hakeri, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti**”, s. 27

⁵⁸⁷ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 461, Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 403, Erdağ, “**İletişimin Denetlenmesi**”, s. 43, Yokuş Sevük, “**Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 115, Öztürk, Eker Kazancı, Soyler Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 285, Karagöz, Birtek, “**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 106, Muhafaza edilmesi mümkün değildir; derhal yok edilmelidir. Keskin, “**İletişimin Denetlenmesi**”, s. 162, Cumhuriyet Savcılığına ihbar edildikten sonra yok edilmelidir. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 151, Bozkurt’a göre, elde edilen bilgiler soruşturma açılması için dahi kullanılamayacağı için, ilgisine herhangi bir

Destekleyen bir diğer görüşe göre de delil yasağı olmasının doğal bir sonucu olarak; temel hak ve özgürlüklerin istisnai niteliği de nazara alındığında, bu deliller yok edilmelidir⁵⁸⁸. Ancak delillerin imhası Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilmelidir. Nitekim TCK m. 279 uyarınca, kamu görevlisi suçun işlendiğini öğrendiğinde yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Tesadüfen elde edilen deliller soruşturmanın başlatılması için dahi kullanılmayacak olsa; delilin hangi suça ilişkin olduğu değerlendirilmesini ve imhasını yapacak olan makam Cumhuriyet Savcılığı olacaktır⁵⁸⁹. Yargıtay da aynı görüşü paylaşarak, Cumhuriyet Başsavcılığı denetiminde, kayıtların imha edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹⁰.

4422 sayılı Kanunda şüphe ortadan kalktığında, Ceza Muhakemesi Kanununun 2001 tasarısında ise dava zamanaşımı ile elde edilenlerin yok edileceği öngörülmüştür⁵⁹¹. Ceza Muhakemesi Kanununda ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile elde edilen delillerin üç halde imha edileceği düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapılan iletişim kayıtları ile süresi içerisinde hakim onayı alınamayan veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilen⁵⁹² hallerde elde edilen tüm kayıtlar yok edilmelidir. Son iki ihtimal kanunen tedbiri sona erdiren hallerdir. Anlaşılacağı üzere bu durumlardan biri gerçekleşmediği sürece delillerin yok edilmesi mümkün değildir⁵⁹³.

bildirim yapılmasına da gerek yoktur. Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 99, Katalogda yer almayan suçlara ilişkin delillerin, tedbirin uygulanmasının mümkün olmadığı suçlar için delil elde edilmesine sebebiyet verebileceği endişesiyle; kanunen yok edilmesinin öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir. Keklik **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, s. 237

⁵⁸⁸ Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 341, 342

⁵⁸⁹ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 203

⁵⁹⁰ “...Doktrinde de belirtildiği üzere katalogda yer almayan suçlara ilişkin kayıtlar CMK'nın 138/2. maddesi hükmü karşısında soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılamaz ve C. Başsavcılığı denetiminde imha edilmelidir.” Yargıtay 4. CD. 2011/23270 E., 2012/16014 K., 4.7.2012, karar için bkz. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 513

⁵⁹¹ Hakeri, **“Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti”**, s. 27, Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı m. 108/4'te bu husus belirtilmiştir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 392

⁵⁹² Delillerin imhası için kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinin aranmaması, itiraz sonucunda ortadan kalkabileceği için eleştirilmiştir. Keklik **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, s. 236

⁵⁹³ Erdem, elde edilenlerin ceza muhakemesi için gerekli olmadığı durumda da yok edilmesi gerektiğini vurgular. Erdem, **“5271 Sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi”**, s. 105

Doktrinde koşulların ortadan kalkması ya da tedbirin uygulanmasının gerekmediği hallerde de tedbire son verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁹⁴. Ancak bu hallerde elde edilen kayıtların yok edilmesi düşünülemez⁵⁹⁵. Nitekim kanun koyucunun bahsi geçen sona erme sebeplerini takiben delillerin ortadan kaldırılacağı düzenlemesi, hukuka aykırı elde edilmiş oldukları ya da artık kullanılamayacakları için öngörülmüştür. Doktrinde işaret edilen diğer durumlarda ise hukuka aykırılık yoktur ve kayıtlar ceza muhakemesinde kullanılabilir.

İmha şartlarını öngören düzenleme eleştirilmiş, elde edilenlerin amaç dışı kullanılmasının engellenmesi için, gerekli olmayan delillerin imha edilmesi gerektiği de belirtilmiştir⁵⁹⁶. Ancak bir delilin gerekli olmadığını nasıl belirleneceği belli değildir. Zira bir başka suçun aydınlatılması için yararlanılabileceği sonradan anlaşılabilir⁵⁹⁷. İmha sonrası maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına delile ihtiyaç

⁵⁹⁴ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 158, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 361, Denetlenen şüphelinin iletişim aracını kullanmayı bırakması, amacın elde edilmesi, iddianame düzenlenmesi sonucunda da tedbire son verilebileceği vurgulanmıştır. Tamöz, Kocabay, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 104

⁵⁹⁵ Olağanüstü kanun yolları da dikkate alınarak yapılan bir yorumda, beraat halinde dahi delillerin yok edilmemesinin doğru olabileceği ancak kanun koyucunun tüm ihtimalleri dikkate alarak azami bir süre öngörmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir. Karagöz, Birtek, **“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 107, Taşkın da benzer yönde, yargılamada kullanılan tüm delillerin saklanmasına rağmen sadece iletişimin denetlenmesine dair delillerin ortadan kaldırılmasını, kanun yollarını da dikkate alarak, eksiklik olarak görmüştür. Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 163, Tamöz/Kocabay ise, beraat kararı verildiğinde olağan kanun yollarının tüketilmesi ile delillerin yok edilmesi gerektiğini belirtirler. Mahkumiyet kararında ise zamanaşımı süresi beklenmelidir. Tamöz, Kocabay, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 113, Kaymaz da ihtiyacın ortadan kalktığı anda veya en geç delilin ilgili olduğu suç bakımından zamanaşımı süresinin sonunda imha edileceği yönünde düzenleme yapılması gerektiğini savunur. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 380, Yüksel’e göre, kayıtların gerekenden fazla muhafaza edilmesi, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması temel haklarına müdahale niteliğinde olabileceği için açık düzenleme yapılması şarttır. Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 195, Erdem farklı ülkelerdeki düzenlemeleri temel alarak dört farklı örnekten bahsetmiştir: Tedbire maruz kalan kişi tarafından dosyayı inceleme hakkı tanınmasından, kesin hüküm verilmesinden ya da hükmün kesinleşmesinden ve nihayet zamanaşımı süresinin dolmasından itibaren yok etme yükümlülüğü doğabilir. Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 349

⁵⁹⁶ Erdem, **“Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, s. 10, Bozkurt, **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, s. 91, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 101/8 uyarınca da (StPO § 101/8) tedbir ile elde edilen kişisel veriler, bir ceza muhakemesi ya da mahkeme denetimi için gerekli değilse silinir. Yenisey, Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 126

⁵⁹⁷ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 348, 349

duyulması halinde onu geri getirmek imkansızlaşacaktır. Gerçeğe ulaşma amacına aykırı ve onu tehlikeye düşüren imha eylemi için, belirli kriterler ve durumlar belirlenmesi daha uygun olacaktır.

Uygulamada şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişim ile hakkında tedbir kararı olmayan kişiler arasındaki m. 138/2 kapsamında olmayan iletişim kayıtları her halükarda imha edilmektedir. Bunlar dışında kalan delil içeren kayıtlar ile soruşturma veya kovuşturma konusu suç hakkında delil niteliğinde olmayan kayıtlar, çözümlenebilir ve kayıt tutanağı haline getirilebilir şekilde saklanmaktadır⁵⁹⁸. Delil içermediği düşünülen ve kişilerin özel hayatıyla ilgili kayıtların dahi muhafaza edilmesi karşısında⁵⁹⁹, katalog dışı suçlara ilişkin delil niteliğindeki kayıtların imha edilmemesi gerekir⁶⁰⁰. Nitekim ilk başta farklı yorumlansa da daha sonra bir kaydın delil olarak kullanılabilmesi anlaşılabilir ya da işaret ettiği suçun aslında katalogda yer alan suçlardan olduğu tespit edilebilir⁶⁰¹. Ayrıca hukuka uygun bir iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tesadüfi deliller hukuka aykırı elde edilmiş değildir⁶⁰². Kanunen aksi de öngörülmediğinden yok edilmesi mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, bağlantılı suçlar hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmalarda elde edilen delillerden yararlanılarak, tesadüfi delillerin ilgili oldukları suçların katalog

⁵⁹⁸ Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 38, Kaymaz aksi yönde uygulamalar olduğunu belirtmiştir. Cumhuriyet savcılarının delil niteliğinde olmayan kayıtları imha etmektedir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 426

⁵⁹⁹ Aksi yönde tedbirin suça yönelik olarak icra edilmesi sebebiyle, suçla ilgisi olmayan, kişilerin özel hayatları ile ilgili bilgilerin imha edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 152, Şen de suçla ilgili olmayan özel hayata dair kayıtların dosyadan çıkarılması gerektiğini savunur. Madde 137/3-4 kıyasen uygulanmalıdır. Şen, **“Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü”**, s. 28

⁶⁰⁰ Meran, kanunun açıkça imha hallerini düzenlemesi karşısında, bu hallere girmeyen durumlarda imhanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Kanun koyucu elde edilen kayıtların değeri ile ilgili bir belirleme yaparak yok etme yetkisi vermemiştir ve aksi bir uygulama delillerin bozulmasına veya karartılmasına yol açabilir. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 227, 228

⁶⁰¹ Aksi görüşte olan Kaymaz’a göre ceza muhakemesinde bir değeri olmayan kayıtlar imha edilmelidir. Kişilerin özel hayatına dair kayıtların da akıbeti aynı olmalıdır. Ancak bu hususun tespitini yapacak olan yetkili Cumhuriyet Savcılığı yahut mahkemedir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 380, 386, 394, 395

⁶⁰² Hukuka aykırı delillerin dahi imha edilemeyeceği belirtilmiştir. Nitekim bu hususta açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, denetim muhakemesinde delillerin hukuka aykırılığı incelenebilmelidir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 427

kapsamında olduğunun anlaşılabilceği ve böylece delillerin kullanılabilir hale geleceği çıkarımında bulunmuştur⁶⁰³.

Tedbirin uygulanması sırasında tesadüfen delil elde edilmesine rağmen kayıtların imhasını gerektiren hallerden birinin ortaya çıkması durumunda nasıl hareket edileceği hususuna değinmek gerekmektedir. Örneğin tesadüfen delil elde edilmesini takiben, tedbirin uygulandığı soruşturmada, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilir ya da tedbir kararı hakimce onaylanmayabilir. Ceza Muhakemesi Kanununun komisyon raporunun 137. maddesinin üçüncü fıkrasında bu duruma açıklık getirilmiştir. Raporda öngöröldüğü üzere kayıtların, hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya üçüncü bir şahıs aleyhine tedbire konu edilmemiş bir suçtan yürütölen ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına ihtiyaç olursa yok edilme işlemi yapılmayacaktır⁶⁰⁴. Kanunun son halinde yer almayan bu hüküm imha edilmesi engellenen delilin ilgili olduğu suç bakımından katalog-katalog dışı ayrımı yapmamıştır ve m. 138/2 ile çatışabilir niteliktedir. İlgili fıkranın m. 138/2 ile uyumlu olarak dahi kanuna alınmamasının sebebi ise herhalde tesadüfen elde edilen delillerin derhal Savcılığa bildirileceği hükmüdür. Yok edilme işlemi 10 gün içinde gerçekleştirileceğinden, m. 138/2 ile öngörölen çerçevede tesadüfen delile ulaşıldığında, imhasından önce ilgili Savcılığa bildirileceği ve kayıtların da o Savcılığa gönderileceği savunulabilir. Böylece yok edilmeden, kullanılmak üzere diğere ceza muhakemesinde saklanacaktır.

⁶⁰³ “Dolayısıyla sanıklar ... ve ... hakkındaki soruşturma ve kovuşturmada elde edilemeyen deliller yerel mahkemede görölen 2009/65 Esas sayılı davada elde edilmiş olabileceği gibi, örneğin avukatlık mesleği sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkını kullanan tanıkların yerel mahkemede görölen davada aynı olaya dar sanık sıfatıyla verdikleri ifadenin hükme esas alınabileceği, bununla birlikte, tesadüfen elde edilip atılı suçun ilgili koruma tedbirinde sayılan katalog suçlardan olmaması sebebiyle değeriendirilemeyen bir delilin de, her iki davada elde edilen diğere deliller birlikte ele alınıp bu kez sanığın eyleminin CMK'nun 138/2 ve 140/4. maddelerinde belirtilen katalog suçlardan birini oluşturduğunun kabulü hâlinde hükme esas alınabileceği de gözetilerek ve açıklanan bu nedenlerle...” Yargıtay CGK, 2014/5-813 E., 2018/285 K., 12.6.2018 (www.kazanci.com.tr)

⁶⁰⁴ “Ancak bu kayıtlar, şüpheli hakkında başka bir suçtan dolayı veya başka bir kişi hakkında yürütölmekte olan soruşturma veya kovuşturma açısından delil olarak kullanılmasına ihtiyaç bulunması halinde, yok edilemez.” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Komisyon Raporu md. 137/3 son cümle, mevzuat.tbmm.gov.tr

D. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Tedbiri düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu m. 139 uyarınca, gizli soruşturmacı görevlendirildiği örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Maddenin 6. fıkrasına göre ise görevi sırasında elde ettiği kişisel bilgiler, tedbirin uygulandığı ceza muhakemesi dışında kullanılamaz. Fıkranın karşıt anlamından, kişisel bilgiler dışında ele geçenlerin, soruşturma veya kovuşturma dışında kullanılabileceği çıkarımı ortaya atılabilirse⁶⁰⁵ de kabul görmemiştir. Böyle bir yorumun tedbirin sadece belirli suçlar açısından uygulanabilir olmasını bertaraf edecek bir uygulamaya dönüştürebileceği belirtilmiştir⁶⁰⁶.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için öngörülen m. 138/2'nin kıyasen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri açısından uygulanabileceği savunulmuştur⁶⁰⁷. Bu sebeple katalog suçlara ilişkin ortaya çıkan tesadüfi delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi kabul edilmiş ancak katalog dışı suçlara dair olanların sadece başlangıç şüphesi doğuran ihbar mahiyetinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁶⁰⁸. Tedbir kararında yer almayan 3. şahıslara ilişkin elde edilen delillerin ise değerlendirilmesinin mümkün olmadığı fakat soruşturmaya başlamak için yararlanılabileceği vurgulanmıştır⁶⁰⁹.

Düzenlemeyi kıyas etmemekle birlikte, benzer uygulama yapılmasını savunan bir görüş, m. 139/6 ile getirilen kişisel bilgilerin kullanılması yasağını dikkate alarak çıkarımda bulunur. Böylece katalog suçlardan biriyle ilgili ortaya çıkan kişisel

⁶⁰⁵ Ünver'e göre, CMK m. 139/6 ile 138/2 birbiri ile çelişmektedir. Ünver, "**Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız**", s. 183

⁶⁰⁶ Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 310

⁶⁰⁷ Ahmet Hulusi Akkaş, "Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Görevli Kullanılması" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 107, Gündem'e göre, Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas yasağı olmadığından CMK m. 138 diğer tedbirler açısından da uygulama alanı bulur. Gündem, "**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 59, Madde 138/2 ile delillerin değerlendirilmesine sınırlama getirildiği, bu sebeple temel hak ve hürriyetleri koruyucu nitelikte olduğu ve kıyas edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kartal, "**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 24, Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için öngörülen m. 138/2'nin diğer gizli soruşturma tedbirlerinde kıyas yoluyla uygulanamayacağı; anılan hükmün sınırlayıcı olduğu yönünde aksi görüş için bkz. Öztürk, Eker Kazancı, Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, s. 322, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 460

⁶⁰⁸ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 240, 241

⁶⁰⁹ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 241

bilgiler kullanılmayacaktır⁶¹⁰. Fakat fıkranın karşıt anlamından yola çıkılarak, kişisel bilgi niteliğinde olmayan delillerin, katalog suçlara dair olması şartıyla değerlendirilebileceği savunulmuştur⁶¹¹.

Kıyası kabul etmeyen görüşe göre, tesadüfen elde edilen deliller kavramını öngören kanun koyucu sadece arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi açısından çerçeve oluşturarak, gizli soruşturmacı tarafından rastlanan tesadüfi delillerin hiçbir şekilde kullanılmayacağını ortaya koymuştur. Kanun koyucunun iradesi dikkate alındığında kıyas mümkün değildir; tedbir ile öngörülen araştırmada bulunma ve delil toplama yetkisi ise sadece görevlendirilme yapılan olay ve suçları kapsar. Sonuç olarak elde edilen tesadüfi deliller sadece ihbar olarak değerlendirilebilir⁶¹².

Tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesinin yasak delil alanı oluşturduğu, hukuka uygun tatbik edilen yöntemlerle elde edilen tüm delillerin sınırlama olmaksızın kullanılabilmesini kabul eden çıkarım; m. 138/2'ye benzer bir düzenleme gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri açısından öngörülmediği için, kişisel bilgiler hariç diğer tüm delillerin her suç hakkında serbestçe değerlendirilebileceğini savunur⁶¹³.

Katıldığımız diğer bir görüş ise tedbirin kanunda belirtilen amacını temel alarak, örgüt faaliyeti içerisinde işlenen suçlar açısından, katalog-katalog dışı ayrımı yapılmaksızın, elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilerek değerlendirilebileceğini söyler⁶¹⁴. Nitekim tedbirin düzenlendiği 139. maddenin 4. fıkrası uyarınca, gizli soruşturmacı örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlediği suçlar

⁶¹⁰ Kartal'a göre katalogda yer almasının önemi olmaksızın, kişisel bilgiler soruşturma veya kovuşturma dışında kullanılamaz. Kartal, "**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 111, Benzer yönde bkz. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 455, 462

⁶¹¹ Nuhoglu, "**Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi**", 1066, Çıkarımı destekleyen benzer yöndeki görüşe göre, katalogda yer almayan suçlara dair elde edilenler kullanılamaz. Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 573

⁶¹² Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 274, 275

⁶¹³ Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 462

⁶¹⁴ Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 241, Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 497-500, Kartal, "**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**", s. 113, Tamöz/Kocabey de tedbirin örgüt faaliyeti sırasında işlenen suçlara yönelik uygulanabileceğini kabul ederler. Tamöz, Kocabey, **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 164, Şen'e göre ise, örgütün faaliyeti içerisinde dahi olsa, katalog dışı suçlara dair elde edilen deliller kullanılmamalıdır. Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 275

hakkında da delil toplamakla yükümlüdür⁶¹⁵. Örgüt faaliyeti içerisinde olmayan, örgüt üyelerinden birinin kişisel suçlarına ilişkin deliller ise, suçların katalogda yer alıp almadığına bakılmaksızın değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır⁶¹⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı görüşü kabul ederek, örgütün faaliyeti içerisinde işlenen tüm suçlara dair elde edilen delillerin kullanılabilceğini belirtmiştir⁶¹⁷. Kararda ayrıca örgüt üyelerinin kişisel suçları hakkında elde edilen

⁶¹⁵ Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan ayrıca cezaya hükmolunacağını öngören TCK m. 220/4 de, bahsi geçen çıkarımı desteklemek için kullanılmıştır. Anılan fıkra uyarınca, örgüt faaliyeti sırasında işlenen suçlar hakkında elde edilen tüm delillerin kullanılabilceği belirtilmiştir. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 497, 498, Benzer yönde bkz. Sezer, İpek, Parlak, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 241

⁶¹⁶ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 275, Meran kişisel suçlarla ilgili bu çıkarıma kısmen katılır; katalogda yer alan suçlarla ilgili ortaya çıkanların değerlendirilebilmesi gerektiğini savunur. Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 499

⁶¹⁷ “Diğer taraftan gizli soruşturmacının görev sırasında elde ettiği ancak CMK'nun 139/7. maddesinde sayılmayan yan katalogda yer almayan suçlara ilişkin delillerin yasal delil olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin amacı ve CMK'nun 139/4. maddesindeki; “Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetler çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili deliller toplamakla yükümlüdür” şeklindeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde; gizli soruşturmacının faaliyetini izlemekle görevlendirildiği suç örgütüne ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve deliller toplamakla yükümlü olduğuna göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili gizli soruşturmacı tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun elde edildiğinin ve yasal delil olarak kabul edilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Buna karşın, gizli soruşturmacının örgütün faaliyetine ilişkin olmayan yan örgüt üyelerinin kişisel nitelikteki suçlarına ilişkin elde ettiği deliller se tek başına yasal delil olarak kullanılamayacaktır. Ancak C.Savcılığının bunları delil başlangıcı ya da ihbar kabul ederek soruşturmaya başlamasına da bir engel bulunmamaktadır... CMK'nun 139. maddesi uyarınca “suç örgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla” GS 211 kod numaralı görevlinin “Avukat K. K.” ismiyle gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği, gizli soruşturmacının da bu suç örgütünün faaliyet çerçevesinde incelemeye konu suça ilişkin delillerin elde edilmesini sağladığı, suç örgütüne ilişkin içlerinde incelemeye konu bu dosyanın da sanığı olan A. E., M. K., H. K., H. Ş., R. S. ve İ. C. V.'un da sanık olarak yargılandığı 40 sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme, örgüte üye olmak, yargı görev yapanı etkileme, irtikapa teşebbüs, avukatlık görevini kötüye kullanma, rüşvet, nitelikli dolandırıcılık suçlarından kamu davası açıldığı ve bu davanın halen İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinde 2009/65 esas numarası ile derdest olduğu göz önüne alındığında, mahkeme kararı uyarınca görevlendirilen gizli soruşturmacının örgütün faaliyet çerçevesinde işlenen rüşvet suçuna ilişkin elde ettiği delillerin yasal delil olarak değerlendirilmesi yerindedir.” Yargıtay CGK, 2011/5-137 E., 2013/58 K., 19.2.2013 (www.kazanci.com.tr), 5. Ceza Dairesi tarafından verilen daha eski tarihli bir kararda da, benzer çıkarımlar ile elde edilen delillerin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlar hakkında kullanılabilceği kabul edilmiştir: “Gizli soruşturmacının usul ve yasaya uygun olarak CMK 139/7-a-2 bendine göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile ilgili görevlendirildiği tartışmasızdır. Ancak aynı maddenin 4. bendinde soruşturmacı faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Bu 4. bent CMK 139/7-a-2'den önce olup, daha kapsamlı ve maddenin konularla amacına daha uygundur. Eğer gizli soruşturmacı bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri topladığında bunların delil değeri yoksa neden toplasın? Kanun koyucu neden bu hükmü getirsin? 5. bent örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan değil, ismi belirtilmeksizin suçlardan bahsetmektedir. Bu suçları da demokratik devletin korunmasının bir sonucu olarak 138, 139, 140. maddelerle sınırlandırmak koruma tedbirlerinin amacına aykırı olacaktır.” Yargıtay 5. CD.

delillerin ancak ihbar veya delil başlangıcı olarak değerlendirilebileceği de eklenmiştir. Yargıtay tarafından da benimsenen m. 139/4 temel alınarak yapılan bu çıkarımlara doktrinde cevap niteliğinde savunulan görüşe göre ise; fıkra ile verilen yetkinin amacı suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütün varlığını tespit etmektir, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlar için delil toplamak değil. Aksi halde katalog suç öngörülmesinin de bir anlamı kalmaz⁶¹⁸.

E. Teknik Araçlarla İzleme Kapsamında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilirliği

Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas yasağı olmadığından bahisle, CMK m. 138'in, teknik araçlarla izleme koruma tedbiri bakımından da uygulanabileceği iddia edilmiştir⁶¹⁹. Aksi yöndeki görüşe göre temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren hükümlerde kıyas mümkün değildir⁶²⁰. Birbirine oldukça benzer usul ve şartlar öngörülen gizli soruşturma tedbirleri hakkında kanun koyucu sadece telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında m. 138/2'yi öngörmüştür. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri açısından sessiz kalması bilinçli bir tercih olarak yorumlanmalıdır⁶²¹.

Tedbirin uygulanması sırasında elde edilen delillerin kullanılabilme imkanına dair CMK m. 140'da hüküm bulunmaktadır. Maddenin 4. fıkrası uyarınca, elde edilen deliller, tedbirin uygulanabileceği suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz. Kanun lafzı iki farklı yönde yorumlanabilir. İlki elde edilen

2009/1 MD, 2009/5 MD, 05.06.2009, karar için bkz. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 159

⁶¹⁸ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 160

⁶¹⁹ Gündem, “**CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 59, Madde 138/2 ile delillerin değerlendirilmesine sınırlama getirildiği, bu sebeple temel hak ve hürriyetleri koruyucu nitelikte olduğu ve kıyas edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kartal, “**Tesadüfen Elde Edilen Deliller**”, s. 24

⁶²⁰ Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 214, Kartal, “**Teknik Araçlarla İzleme**”, s. 21, Ceza muhakemesinin aksamdan sağlıklı işleyişinin sağlanması adına kural olarak kıyasın mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte; temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas mümkün değildir. Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 373-377, Sınırlayıcı ve istisnai düzenlemelere ek olarak, koruma tedbirlerine dair hükümlerin de kıyas edilemeyeceği belirtilmiştir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 33

⁶²¹ Yenisey, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil**”, s. 55, Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılan boşluk kıyas ile doldurulamaz. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 483

delillerin sadece yürütülen soruşturma veya kovuşturmada kullanılacağıdır⁶²². Diğerleri ise katalog suçlar arasında olan herhangi bir suç hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmada değerlendirilebileceğidir⁶²³.

Doktrinde ilk yorumu temel alan görüş; kanuna getirilen bu düzenlemenin, m. 138 ile çeliştiğini haklı olarak dile getirmiştir. Çözüm önerisi olarak ise m. 138'in istisna tutularak, fıkranın değiştirilmesi gerektiği söylenmiştir⁶²⁴.

Diğer çıkarım temel alındığında ise, aslında m. 138/2 ile uyumlu ve aynı doğrultuda bir uygulama karşımıza çıkmaktadır. Keza artık, suç katalogunda yer alan herhangi bir suç hakkında olması halinde, soruşturma veya kovuşturma konusu olmasa dahi elde edilenler değerlendirilebilecektir⁶²⁵. Bu yorumu destekleyen görüş, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında ortaya atılanlara benzer çıkarımlarda bulunur. Nitekim görüşe göre, tesadüfen elde edilen delil, katalogda yer alan bir suça ilişkinse şüpheli, sanık veya yeni bir tedbir kararı almak şartıyla üçüncü kişiye yönelik olarak ceza muhakemesinde değerlendirilebilecektir. Delil, katalog dışı bir suçla ilgiliyse de artık ceza muhakemesinde kullanılmayacak ancak başlangıç şüphesi doğuracak ihbar olarak yararlanılabilecektir⁶²⁶. Madde 138 temel alındığından tedbir konusu suça iştirak eden üçüncü kişi hakkında elde edilenler tesadüfi kabul edilmez ve ilgili soruşturma veya kovuşturmada kullanılabilir⁶²⁷.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, kanunen öngörülen şartlara uyularak, iyi niyetli bir şekilde tatbik edilen teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamında elde edilen tesadüfi delillerin kullanılabilmesini belirtmiştir. Buna göre, tedbir kararına konu olmasa dahi, diğer bir katalog suça ilişkin elde edilenlerle; suç vasfı diğer bir suç vasfına

⁶²² Yerdelen'e göre, amaca bağlılık ilkesi gereği, hangi suç soruşturması hakkında tedbir kararı verildi ise, ancak o soruşturmada deliller değerlendirilebilmelidir. Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 125

⁶²³ Ünver/Hakeri m. 140/4 hükmünü yersiz bulur, arama ve elkoyma için m. 138/1 ile öngörülene benzer bir düzenleme yapılması gerektiğini savunurlar. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 460

⁶²⁴ Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", s. 148

⁶²⁵ Nuhoglu, "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", 1066, Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 576, Yavuz Erdoğan, "Teknik Araçlarla İzleme" **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, s. 2401, Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 518, Kartal, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", s. 127

⁶²⁶ Kartal, "Teknik Araçlarla İzleme", s. 21, 22, Aksi yönde katalogda yer almayan suçlarla ilgili elde edilenler kullanılarak soruşturma açılmayacağı da belirtilmiştir. Erdoğan, "Teknik Araçlarla İzleme", s. 2401, Meran, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 518

⁶²⁷ Kartal, "Teknik Araçlarla İzleme", s. 21

kolayca dönüşebilen suçlara dair elde edilen deliller ceza muhakemesinde delil değeri kazanır⁶²⁸. Doktrinde kararı destekleyen görüş, suç vasfının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde değişmesine göre farklı çıkarımlarda bulunur. Soruşturma evresinde ve özellikle tedbirin icrası sırasında suç vasfının değiştiği anlaşıldığında, nihai suç niteliğinin katalog suçlar arasında olup olmadığına dikkat edilmelidir. Katalog dışı ise tedbire son verilerek deliller kullanılmamalı, katalogda yer alan bir suça dönüşme halinde ise, tedbir için aranan şartların hepsi tahlil edilerek yeni bir karar verilmelidir⁶²⁹. Böylece suç vasfının değişmesinden önce elde edilenler de kullanılabilir. Kovuşturma evresinde mahkemece suç vasfının farklı nitelendirilmesi halinde ise, kararda üzerinde durulduğu gibi, tedbire başvurulmasında makamların iyiniyetli olup olmadığı incelenmelidir⁶³⁰.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin daha ileri tarihli verdiği kararında ise, eski içtihadından farklı olarak, tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenlemenin, teknik araçlarla izleme tedbirini kapsamadığı ve açık bir düzenleme olmadığı süreçte, tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir⁶³¹. Ve

⁶²⁸ “...AİHM'in teknik takip sırasında suç vasfının değişmesi durumunda yapılan teknik takibin her zaman Sözleşmenin 8. maddesine aykırılık oluşturmayacağı yönünde kararlarının da bulunduğu, burada yetkililerin teknik araçlarla izleme tedbirinde iyi niyetli olup olmadıkları ve yasa ile belirtilen sınırlar içerisinde hareket edip etmediklerinin büyük önem taşıdığı, nitekim Aydoğdu, Duran ve diğerleri ile Kaya ve Türkiye kararlarının bu yönde olduğu, söz konusu kararlarda özetle, teknik takip kararının hakim tarafından verilmiş olması ve savcı gözetiminde icra edilmesinin Yasada belirtilen katalog suçlardan birisi için alınan kararın bir diğer katalog suç için de geçerli olabileceği gibi suç vasfı değişikliği nedeniyle birbirine kolayca dönüşebilen suçlar yönüyle elde edilen verilerin delil olarak kullanılmasında ulusal makamların baştan itibaren iyi niyetli oldukları sonucuna varıldığı...” Yargıtay 5. CD., 2013/16791 E., 2014/516 K., 17.1.2014 (www.kazanci.com.tr)

⁶²⁹ Erdoğan, “**Teknik Araçlarla İzleme**”, s. 2393

⁶³⁰ Kartal, “**Teknik Araçlarla İzleme**”, s. 22

⁶³¹ “Soruşturma konusu suçun kanunda sayılan suçlardan olması, suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka yolla delil elde edilme olanağının bulunmaması, Hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı gerektiği, 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, keza YCGK'nın 03/07/2007 gün ve 101/3 Sayılı Kararda, CMK'nın yürürlüğe girdiği

nihayet bahsi geçen kararlar arasında en günceli olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, m. 140/4, 138/2 gibi yorumlanarak, elde edilen delillerin katalog suçlarla ilgili olması halinde hükme esas alınabileceği kabul edilmiştir⁶³².

Ceza Muhakemesi Kanununun 140/4. fıkrası açık bir anlama sahip değildir ve bu sebeple farklı çıkarımlara temel alınabilmektedir. Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili kapsayıcı bir hüküm ihdas edilerek doktrin ve içtihatlarda ortaya çıkan tartışmalara ve farklı uygulamalara son verilmesi en uygun çözüm olacaktır.

III. DAVA ŞARTI BULUNAN HALLERDE TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAFAZASI VE KULLANILABİLİRLİĞİ

Soruşturmaya başlanabilmesi veya devam edilebilmesi ya da kovuşturma evresine geçilebilmesi için aranan şartlara dava şartı denilmektedir⁶³³. Şartlar sağlanmadığı sürece ceza muhakemesi yapılamaz.

Tesadüfen elde edilen delillerin ilgili olduğu suç hakkında çoğu zaman halihazırda bir soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olmaz. Dolayısıyla delil Cumhuriyet Savcılığına ulaştırıldığında, soruşturma açılarak ceza muhakemesine başlanması gerekir. Sorun ise delilin ilgili olduğu suç açısından dava şartı bulunması halinde ortaya çıkar. Bu durumda şart sağlanmadan tesadüfen elde edilen delil muhafaza edilecek mi veya elkoyma gibi koruma tedbirleri uygulanabilecek mi sorularının cevabı üzerinde durmak gerekmektedir.

01/06/2005 tarihinden önce, mevzuatta iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesine dair bir hüküm bulunmadığından, 01/06/2005 tarihinden evvel tesadüfen elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağına karar verildiği” Yargıtay 5. CD, 2014/10080 E., 2018/91 K., 10.1.2018 (www.lexpera.com.tr)

⁶³² “Dolayısıyla sanıklar ... ve ... hakkındaki soruşturma ve kovuşturmada elde edilemeyen deliller yerel mahkemede görülen 2009/65 Esas sayılı davada elde edilmiş olabileceği gibi, örneğin avukatlık mesleği sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkını kullanan tanıkların yerel mahkemede görülen davada aynı olaya dar sanık sıfatıyla verdikleri ifadenin hükme esas alınabileceği, bununla birlikte, tesadüfen elde edilip atılı suçun ilgili koruma tedbirinde sayılan katalog suçlardan olmaması sebebiyle değerlendirilemeyen bir delilin de, her iki davada elde edilen diğer deliller birlikte ele alınıp bu kez sanığın eyleminin CMK'nun 138/2 ve 140/4. maddelerinde belirtilen katalog suçlardan birini oluşturduğunun kabulü hâlinde hükme esas alınabileceği de gözetilerek ve açıklanan bu nedenlerle...” Yargıtay CGK, 2014/5-813 E., 2018/285 K., 12.6.2018 (www.kazanci.com.tr)

⁶³³ Ünver/Hakeri kavramı “muhakeme engelleri” olarak tanımlamıştır. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 56, “Muhakeme şartları” olarak da isimlendirilmiştir. Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 656

Dava şartı gerçekleşmediği durumlarda ifade alma, sorguya çekme, yakalama, tutuklama gibi isnat niteliğinde muhakeme işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiştir. Isnat edici olmayan soruşturma işlemlerinin ise yapılabileceği kabul edilmektedir⁶³⁴.

Verilebilecek örneklerden ilki arama koruma tedbirinin icrasında, tesadüfen elde edilen delilin şüphe uyandırdığı suçun şikayete tabi olmasıdır. Dava şartlarından olan şikayetin yokluğunda ceza muhakemesinin başlatılması ve yürütülmesi mümkün değildir. Şikayet şartı sağlanmadan arama tedbirinin uygulanamayacağı da belirtilmiştir⁶³⁵. Keza şartın gerçekleşmediği ihtimalinde temel hak ve özgürlüklerin ihlalinde haklılık ve orantılılık bulunmayacaktır. Ancak mülga CMUK yürürlükte iken ortaya çıkan görüşe göre; delillerin toplanması, şikayet gerçekleşmeden de yapılabileceği için, tesadüfen elde edilen delil hakkında kanunun öngördüğü işlemler-muvakkat olarak zapt etme- yapılabilecektir. Bazı şartlarla şikayet olmaksızın şüphelinin yakalanabileceği ve şikayet hakkı olana durumun bildirileceğini öngören CMUK m. 127 ve 130, bahsi geçen görüş tarafından temel alınmaktadır⁶³⁶.

Şikayetin olmaması aksi öngörülmedikçe tüm muhakeme faaliyetlerini engellemektedir⁶³⁷. Ancak dikkat edilmesi gereken aramanın tesadüfen elde edilen delil için icra edilmediğidir. Ayrıca delile tesadüfen ulaşıldığında elkoyma işlemi yapılmayacak, elkoyma kararı almak üzere delil geçici olarak muhafaza edilecektir. Yapılması gereken delilin Cumhuriyet savcısına ulaştırılması ve savcı tarafından delilin şikayete bağlı bir suç hakkında olduğunun anlaşılması üzerine, şikayet şartının gerçekleştirilmesi için suçtan zarar görene ulaşılmaya çalışılmasıdır. Aksi halde daha sonra şikayet edilerek soruşturma konusu olabilecek bir suç hakkındaki delil göz ardı edilmiş olur ki tesadüfen elde edilen delil düzenlemesi ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkar.

Bir diğer ihtimalde ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, hakkında soruşturulma veya kovuşturulma yürütülmesi izne

⁶³⁴ Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 661

⁶³⁵ Uğur, “**Son On Yıllık Yargıtay Uygulamalarıyla Adli Arama**”, 168

⁶³⁶ Görüş sahibi Önder eleştiri mahiyetinde ortaya atılan çıkarımları da aktarmaktadır. Eleştiri sahiplerine göre CMUK m. 127 ve 130 sadece ilgili oldukları yakalama koruma tedbirinde uygulama alanı bulur; şikayet olmadıkça elkoyma mümkün değildir. Önder, “**Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama**”, s. 450

⁶³⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu tarafından kabul edilen sistemde tüm muhakeme faaliyetine engel olan şartlar gerçekleşmediğinde dahi, başlangıç soruşturması (CMK'daki düzenleme şekliyle soruşturma) evresindeki işlemler yapılabilir. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 657, 665

tabi olan bir kişi aleyhine delile rastlanabilir. Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan şüphelilerin, Yargıtay üyeleri ile görüştüğü ve üyelerin suça iştirak ettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine dava açılması için Yargıtay'dan izin istenmiştir. Dava izni verilmeyen kararda, Yargıtay üyeleri hakkında izin ve karar şartları sağlanmadan iletişimleri denetlendiği için, elde edilenler, üyeler aleyhine kullanılmamıştır⁶³⁸. Özellikle örgütlü ve iştirak halinde işlenen suçlarla mücadelede güçlük yaratacağı için karar doktrinde eleştirilmiştir. İzin şartı gerekse dahi, iştirak halinde işlenen bir suç mevzu bahis olduğu için, faillerin bir kısmı için değerlendirilebilecek delilin, diğer failer hakkında kullanılmaması kabul edilmemiştir⁶³⁹.

Katıldığımız başka bir görüşe göre, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması izne tabi kişi hakkında elde edilen tesadüfi delil de Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmeli ve savcı tarafından izin prosedürü işletilmelidir⁶⁴⁰. Aksi halde izin şartı sağlanmadan kişinin iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir. Hakkında izin alınması gereken kişinin suça iştiraki halinde dahi şart sağlanıp karar alınarak iletişimi denetlenmelidir⁶⁴¹.

IV. TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Suçlulukla mücadele, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması adına, kişiler ceza muhakemesi işlemlerine katlanmakla yükümlüdür. Ancak tedbirin haksızlığı ortaya konulduğunda, toplum için fedakarlıkta bulunmuş olan muhatap lehine, Devletin tazminat sorumluluğu doğar⁶⁴². Bu doğrultuda Anayasa ve CMK hükümleri ile Devlete tazminat sorumluluğu yüklenmiştir.

⁶³⁸ Bulduk, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, s. 348

⁶³⁹ Ergül, **“Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum”**, s. 3

⁶⁴⁰ Denetim sırasında önceden öngörülerek, izin şartının sağlanması mümkün değildir. Bu sebeple tesadüfen elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğu söylenemez. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 515

⁶⁴¹ Aksi halde kanun hükümleri ile getirilen kurallar bertaraf edileceği için elde edilenler de hukuka aykırı olacaktır. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 515, 516

⁶⁴² Devletin tazminat sorumluluğunun da sınırlanması gerektiği eklenerek, zararın ortaya çıkmaması halinde sorumluluğun doğmadığı belirtilmiştir. Ayrıca zarar ile tedbirin uygulanması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Hakan Hakeri, **“Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”**, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: 2, Ankara, 2008, s. 867, 868, 879

Devletin tazminat sorumluluğu Anayasa m. 40/3 ve 125/7 ile öngörülmüştür. Sırasıyla anılan fıkralara göre resmi görevlilerin haksız işlemleri sonucu uğranılan zarar Devletçe tazmin edilir ve idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Koruma tedbirler açısından ise CMK m. 141 ve devamı maddeleri ile maddi ve manevi zararlardan tazminat istenebileceği yasal zemine kavuşmuştur⁶⁴³.

Arama ve elkoyma tedbirleri açısından CMK m. 141 ile tazminat hakkı belirlenmiştir⁶⁴⁴. Maddenin 2. fıkrasının (i) bendi uyarınca arama kararı, kendisine karşı ölçüsüz bir şekilde uygulanan kişi, maddi ve manevi her türlü zararını Devlettten isteyebilecektir⁶⁴⁵. Bir diğer tazminat hakkı doğuran hal ise aynı fıkranın (j) bendinde düzenlenmiştir. Şartlar oluşmadan elkoyma, elkonulan şey hakkında gerekli tedbirlerinin alınmaması, elkonulunun amaç dışı kullanılması ve son olarak elkonulunun zamanında geri verilmemesi hallerinde muhatap zararlarını talep edebilecektir.

Arama kararı veya yazılı emir ile çizilen çerçevenin aşılması suretiyle arama yapılması sonucu muhatabın tazminat hakkı doğar. Zira arama kararı veya yazılı emirle belirlenen amacın⁶⁴⁶ dışında hareket edilmiş olur⁶⁴⁷. Ayrıca gereğinden fazla aramanın yapılması, ölçüsüzlüğü doğurur⁶⁴⁸. Örneğin yakalama amaçlı yapılan arama sırasında çekmecelerin araştırılması halinde, maddi veya manevi bir zarar

⁶⁴³ Anayasa m. 19'un son fıkrasında da yakalama ve tutuklama tedbirleri için tazminat öngörülmüştür.

⁶⁴⁴ Önleme aramasının uygulanması sonucunda da tazminat hakkı doğar. Bu ihtimalde idari yargıda tam yargı davası da açılabilir. Hakeri, "**Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat**", s. 873, 875, Önleme araması sebebiyle tazminat hakkı doğabileceğini Yargıtay da kabul ederek inceleme yapmış ancak davacının soyut iddiaları sebebiyle davanın reddi kararını onamıştır: Yargıtay 12. CD. 2013/11008 E., 2013/18327 K., 04.07.2013 karar için bkz. Mustafa Albayrak, **Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve Elkoymadan Kaynaklanan Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2014, s. 135 Ayrıca arama ile zarar arasında illiyet bağı olmalıdır. Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, s. 289

⁶⁴⁵ Gereklili olmayan, amaca hizmet etmeyen ve koşullar gerçekleşmediği halde uygulanan aramanın ölçüsüz olduğu belirtilmiştir. Özbek v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 357, Arama sırasında aşırıya varan hareketlerin ölçüsüz kabul edilebileceği de söylenmiştir. Erhan Günay, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 104

⁶⁴⁶ Ölçülülüğün değerlendirilmesinde, konu, zaman, yer, amaç gibi kıstaslar dikkate alınmalıdır. Veysel Candan Canoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve Elkoyma)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 109

⁶⁴⁷ Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, s. 288

⁶⁴⁸ Aydın, **Arama ve El Koyma**, s. 140

meydana geldiyse tazminat hakkı doğduğu söylenebilir⁶⁴⁹. Çekmecelerin içinde soruşturmaya konu edilmemiş bir suç hakkında delile rastlanması halinde ise elde edilen şekli anlamda tesadüfidir. Ancak arama kararında verilen sınırın açıkça aşıldığı tespit edildiği takdirde; arama ve elde edilenler hukuka aykırı olacak, aynı zamanda tazminat hakkı da doğacaktır.

Bir diğer husus tesadüfen elde edilen delil muhafaza altına alınmasına rağmen, uzunca bir süre elkoyma işlemi yapılmadığı gibi, ilgisine de iade edilmediğinde tazminat hakkının doğup doğmayacağına ilişkin sorundur. Kanunun m. 141/2-j ile öngördüğü tazminat doğuran hal, elkonulmanın zamanında geri verilmemesidir. Tartışma konusu durumda ise elkoyma yoktur, ancak eşya geçici olarak muhafaza altına alınmıştır. Kanunda sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğu ve kıyas yoluyla çoğaltılamayacağı kabul edilirse⁶⁵⁰, muhafaza altına alınan eşyanın uzun bir süre ilgisine iade edilmemesi bahsi geçen bent açısından tazminat hakkı meydana getirmez. Ancak bu durumda dahi genel prensipler veya CMK m. 141/3 kapsamında tazminat talep edilmesi mümkün olabilir.

Kanunda yer verilen tazminat hakkı doğuran haller sınırlıdır. Fakat Anayasa ve genel hükümler çerçevesinde, kanunda sayılmayan ancak hukuka aykırı ve zarar meydana getiren diğer birçok ihtimalde de tazminat hakkı doğacağı doktrinde kabul edilmektedir⁶⁵¹. Zararın ise maddi olma zorunluluğu yoktur, temel haklara müdahale eden hukuka aykırı bir arama sonucu manevi zararın tazmini talep edilebilmelidir⁶⁵². Bahsi geçen ihtimallerden bir tanesi de, arama sonucunda, aranan kişinin veya eşyanın bulunamamasıdır⁶⁵³. Bu durumda kendisine karşı arama tedbiri tatbik edilen

⁶⁴⁹ Benzer örnekler için bkz. Günay, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, s. 105, Canoğlu tarafından verilen örnek de, çalıntı televizyonun aranması sırasında kitapların arasında bakılmasıdır. Canoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, s. 110

⁶⁵⁰ Günay, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, s. 107

⁶⁵¹ Düzgün ve Elmacı'ya göre, şartları gerçekleşmediği halde arama tedbirinin uygulanması halinde de tazminat hakkının doğacağı kanuna eklenmelidir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2014, s. 137

⁶⁵² Gülşen, **“Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”**, s. 95, 96, Hakeri’ye göre de arama ve elkoyma’nın tatbiki ile manevi zarar doğabilir. Hakeri, **“Türk ve Alman Hukuku’nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”**, s. 896

⁶⁵³ Hakeri’ye göre hakkında tedbir uygulanan kişinin masumiyetinin sabit olması halinde kanunen aranan tüm usul ve şartlara riayet edilmiş olsa da haksızlık mevzu bahis olur. Ancak bu halde tazminat sorumluluğunun doğması sadece yakalama ve tutuklama tedbirleri açısından öngörülmüştür. Hakeri, **“Türk ve Alman Hukuku’nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”**, s. 869, Aksi yönde Yargıtay kararı: “5237 sayılı CMK’nın 141/1-i maddesinde tazminat verilebilecek haller arasında

kişinin tazmin talebinde bulunabilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁴. Tesadüfen elde edilen deliller açısından önemi ise, her ne kadar arama kararına veya yazılı emre konu edilmemiş olsa dahi, tesadüfi delile ulaşılması ihtimalinde de muhatabın tazminat talebi doğacak mı sorusudur. Diğer bir deyişle aranan kişi veya eşya bulunamasa da, tesadüfen başka bir delile ulaşılması halinde Devlet tazmin yükümlülüğünden kurtulacak mıdır? Aranılan şeyin bulunamamasının tek başına tazminat sorumluluğu doğuracağı görüşü pek desteklenmese de, özellikle tedbirin uygulandığı suç bakımından sanığın masumiyetinin sabit olduğu durumda, tesadüfen diğer bir suçla ilgili delile ulaşılmasının haksızlığı ortadan kaldırmayacağı ve muhataba tazminat hakkı doğuracağı savunulabilir.

Tazminat sorumluluğu CMK m. 141/1 uyarınca belirli koruma tedbirleri açısından öngörülmüştür. Kanunda sayılmayan koruma tedbirlerinden doğan zararlar için genel prensipler uyarınca mümkün olduğu durumlarda Devletin tazminat sorumluluğunun doğacağı söylenebilir⁶⁵⁵. Madde 141 kapsamında öngörülmeyen koruma tedbirlerinden biri de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesidir ve tazminat sorumluluğu hakkında genel prensiplerin kullanılabilmesi sonucuna varılabilir⁶⁵⁶. Ayrıca 141. maddeye eklenen 3. fıkraya göre; birinci fıkrada yazan haller dışında, Cumhuriyet savcıları ve hakimlerin yargısal faaliyetlerinden doğacak tazminat sorumluluğu için de Devlet aleyhine dava açılabilir. Bahsi geçen fıkranın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında ortaya çıkan sorumluluk hallerini de kapsadığı kabul

'hakkında arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen' kişiler olarak gösterildiği, arama kararında sonra haklarında beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilenler için tazminat öngörülmediği..." Yargıtay 12. CD. 2012/29108 E., 2013/507 K., 09.01.2013 karar için bkz. Albayrak, **Arama ve Elkoymadan Kaynaklanan Tazminat Davaları**, s. 137, Arama sonucu delil elde edilememesi veya şüpheli ya da sanığın yakalanamaması halinin tek başına aramayı ölçüsüz kılmayacağı da belirtilmiştir. Ünver, Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 475, 476

⁶⁵⁴ Aydın, **Arama ve El Koyma**, s. 141, Delil elde edilmemesinin tek başına aramayı ölçüsüz hale getirmeyeceği yönünde aksi yönde kabul edilebilecek görüş için bkz. Mehmet Taştan, **Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2019, s. 81

⁶⁵⁵ Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 109, Yüksel, **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, s. 202, Kaymaz'a göre Devletin yargısal faaliyetlerden sorumluluğunun kaynağı Anayasa'nın 40. maddesidir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 431

⁶⁵⁶ Mahmutoğlu, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", s. 414, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazmin yoluna gidilebileceği yönünde bkz. Gökçen v.d., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 495

edilebilir⁶⁵⁷. Hukuka uygun bir şekilde icra edilen iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen delile ulaşılması ise tazminat sorumluluğu doğurmaz. Nitekim temel hak ve özgürlüklere Anayasa ve kanunda verilen izin çerçevesinde müdahale edilmiştir.

V. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILABİLİRLİĞİ

Disiplin, kurum düzenini ve işleyişini bozan hareketlere uygulanan yaptırımı ifade eder⁶⁵⁸. Disiplin hukuku, kamu düzenini veya kamu hizmetlerinin işleyişini engelleyen fiillerde bulunan kamu görevlisine uygulanacak disiplin cezalarını⁶⁵⁹ ve disiplin cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturmasını konu edinir⁶⁶⁰. Dolayısıyla disiplin soruşturması kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla, bu işleyişi bozacak fiillerde bulunan kamu görevlileri hakkında yürütülen ve sonucunda

⁶⁵⁷ Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 432

⁶⁵⁸ Oğuz Sancakdar v.d., **Disiplin Hukuku**, Ankara, Turhan Yayıncılık, 2019, s. 1, Suçun karşılığı ceza genel sosyal düzeni koruma amacını güderken, disiplin cezaları kısmi düzeni sağlama hedefine yönelir. Kenan Koçer, “Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009, s. 12

⁶⁵⁹ Disiplin cezaları, kamu işleyişinin düzenini sağlar; kamu görevlilerinin haysiyeti ile hukuka uygun hareket etmelerin temin eder. Çakmak, **“İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri”**, s. 72 *“Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür.”* **Anayasa Mahkemesi 2010/28 E., 2011/139 K., 20.10.2011**, *“Disiplin yaptırımlarının bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildikleri açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 657 sayılı Kanun’un 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile ...” ifadesi de disiplin cezalarının belirtilen amacını ortaya koymaktadır.”* **Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2014/7738, 13.07.2016**

⁶⁶⁰ Gül Fiş Üstün, “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1, 2018, s. 18, Genel toplum düzenini temin eden ceza hukukundan ziyade kamu düzeninin korunması amacıyla disiplin ceza hukukunun oluşturulması gereklidir. Turhan Tufan Yüce, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlihi”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 88, 1994, s. 5

mesleki haklar üzerinde etkili⁶⁶¹ disiplin cezası uygulanabilen idari araştırma faaliyetidir⁶⁶².

Aynı vaka kapsamında ceza muhakemesi ile birlikte disiplin soruşturması yürütülebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 131 ile öngörüldüğü üzere⁶⁶³, ceza muhakemesinin devam etmesi ya da sanığın mahkum edilmesi veya edilmemesi, disiplin soruşturmasına engel değildir⁶⁶⁴. Dolayısıyla kamu görevlisi ceza muhakemesi sonucu mahkum edilebilmesinin yanı sıra hakkında disiplin cezası da uygulanabilir⁶⁶⁵.

Disiplin soruşturması bir yargı faaliyeti değildir⁶⁶⁶ ve ceza muhakemesinden farklı nitelikler taşır⁶⁶⁷ ancak disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tespiti için ceza muhakemesindeki benzer bir araştırma yapılır. Disiplin soruşturmasını yürüten disiplin soruşturmacısı, soruşturmaya konu vakiayı ispat edecek tüm delilleri

⁶⁶¹ Kamu görevlilerinin faaliyetlerinin ve kamu hizmetlerinin işleyişinin gerektiği gibi olmasını sağlamak amaçlandığı için, disiplin cezaları kamu görevlilerinin mesleki özlük hakları ile ilgilidir. Çakmak, “**İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri**”, s. 72, “...disiplin cezaları sadece kamu görevlisini, yani Devlet memurunu ilgilendirir. Bu ceza kamu görevlisinin meslek haklarını etkiler, meslek yaşamı için önem taşır. Suç için uygulanan ceza ise, doğrudan doğruya toplum düzenine, genel olarak toplumun dirliğine karşı çıkanlara uygulanan cezalar ve yaptırımlardır. Bu cezalar, hüküm giyen kişinin özgürlüğü, kişiliği, yaşamı, toplumsal durumu, kişiliğine bağlı hakları ve malları bakımından etkilidir.” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**

⁶⁶² Benzer yönde tanım için bkz. Veysel Candan Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat”, **TBB Dergisi**, Sayı: 138, 2018, s. 234

⁶⁶³ Benzer mahiyette hükümler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 72 ve 96 ile de mevzuatta yer almaktadır.

⁶⁶⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223 ile öngörülmüş hüküm niteliğindeki kararlardan herhangi birinin verilmesi, disiplin soruşturmasının yürütülmesi ve sonuçlandırılması hususlarında idari bağlamaz. Bununla birlikte Arslan’a göre, ceza muhakemesi sonucu kurulan hükümde suçun işlendiğinin sabit olduğu ya da suçun işlendiğinin sabit olmadığı yönünde verilen kararlar Anayasa m. 138/4 uyarınca disiplin organları açısından bağlayıcıdır. Çetin Arslan, “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 3, Şubat 2010, s. 36, Ceza mahkemelerince verilen herhangi bir hükmün disiplin soruşturması üzerinde bağlayıcı bir etkisi olmadığına dair karşıt görüş için bkz. Canoğlu, “**Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat**”, s. 258-260

⁶⁶⁵ “...suç işleyen kişiye sadece Ceza Kanunun'da yazılı ceza verilirken, memur işlediği suçtan dolayı Ceza Kanunu'na göre mahkum edilmekle birlikte, ayrıca ikinci bir cezaya, disiplin cezasına muhatap olabilmektedir. Bunun sonucu olarak; bir memurun, belli bir fiili nedeniyle Ceza Kanunu kapsamında suçluluk durumundan kurtulması, onun disiplin soruşturmasına tabi tutulmasını engellemez.” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**

⁶⁶⁶ Fiş Üstün, “**Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 19, “...suç işleyen cezasını, işlenen suçun ağırlığına göre hakim veya mahkeme verir. Disiplin cezasını ise, memurun bağlı olduğu idarenin yasaca yetkili kılınan özel üstleri ya da kurulları verir...suçun cezalandırılması işlemi bir yargı kararı niteliğinde iken, disiplin cezasının yargısal bir karar değil, yönetsel bir işlem özelliğinde olmasıdır.” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**

⁶⁶⁷ Disiplin soruşturmasının, ceza muhakemesinden ayrılan yönleri için bkz. Koçer, “**Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 13-18

toplar⁶⁶⁸. Disiplin soruşturmasında da amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu doğrultuda her türlü delilden yararlanılması mümkündür⁶⁶⁹.

Ceza muhakemesine konu olan veya diğer bir fiil hakkında disiplin soruşturması yürütülebilir. Disiplin soruşturmasında kullanılan deliller ceza muhakemesinde kullanılanlarla aynı veya farklı olabilir⁶⁷⁰. Delillerin ispat değeri de farklı yorumlanabilir, ceza muhakemesinde şüphenin yenilmesinde yeterli olmayan bir delil esas alınarak disiplin cezası verilebilir⁶⁷¹.

Ceza muhakemesine benzer yapısı sebebiyle, doktrin ve Danıştay kararlarında ortaya çıkan anlaşmazlıklardan biri hukuka aykırı deliller meselesidir. Hukuka aykırılık, disiplin soruşturmacısı tarafından delil toplanması safhasında gerçekleşebileceği gibi⁶⁷², ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin disiplin soruşturmasında değerlendirilmek istenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

⁶⁶⁸ Sancakdar v.d., **Disiplin Hukuku**, s. 183

⁶⁶⁹ Canoğlu, “**Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat**”, s. 243

⁶⁷⁰ “...disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayırıldır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**

⁶⁷¹ “...isimli şahısları ise asker olmaları nedeniyle karakolda görmüş olabileceği yönünde açıklamalarda bulunduğu, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında ise bu kişilerle yaptığı telefon kayıtlarını kabul etmediği, telefon kayıtlarında geçen kişinin kendisi olduğunun belli olmadığı savunmasında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının, ceza soruşturması, kovuşturması ve idari soruşturma aşamasında tanımadığını veya sadece karakolda gördüğünü iddia ettiği (uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma veya sağlama suçundan kesinleşmiş 15 yıl hüküm giyen) şahıslarla görev ilişkisini aşacak derecede samimi, şifreli ve şüphe uyandırıcı derecede konuşmalarının olması karşısında, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8.maddesinin 22.bendinde yer alan "kaçakçılarla ilişki kurmak" fiilini işlediğinin sabit olduğu görüldüğünden, ceza mahkemesi kararına yollama yapılarak davacıya atfedilen eylemin yeterli ve inandırıcı somut delillerle ortaya koyacak nitelikte soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen **İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.**” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**, Aynı dairenin bir başka kararında da ceza muhakemesi sonucu beraat kararı verilmiş olsa dahi, bu hükmün disiplin cezası verilmesine engel oluşturmayacağı belirtilmiştir: “...yargılandıkları İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesince sanıkların beraatlarına karar verilmiş ise de, bu hususun disiplin cezası ile cezalandırılmasına engel teşkil etmeyeceği...” **Danıştay 12. Daire 2002/5965 E., 2003/1446 K. karar için bkz. Çakmak, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri”, s. 80**

⁶⁷² Örneğin CMK m. 148 ile belirlenen ifade alma ve sorguda yasak usullerin disiplin soruşturmacısı tarafından kullanıldığı halde elde edilenlerin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Fiş Üstün, “**Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 25, 26

Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasını engelleyen hükümler Anayasa m. 38, CMK m. 206/2-a, 217/2 ile mevzuatta kendine yer bulmuştur.

Ceza muhakemesine hakim ilkelerin maddi gerçeğin açığa çıkarılması ve adaletin sağlanmasına hizmet ettiğine dikkat çekilerek, disiplin hukukunda da benzer amaçlar gözetildiğinden, ilkelerin bu sahada da geçerli olması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁷³. Doktrinde bir görüş Anayasa m. 38 ile getirilen hükmün sadece ceza muhakemesini değil, idari yargılamayı da kapsar nitelikte olduğunu savunarak, hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında da ispat aracı olarak değerlendirilemeyeceklerini savunmaktadır⁶⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi de ‘Suç ve cezalara ilişkin esaslar’ başlıklı Anayasa’nın 38. maddesinin hem adli hem de idari cezaları kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini birçok kararında belirtmiştir⁶⁷⁵. Mahkeme, bir bireysel başvuru sonucu verdiği kararında ise hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında değerlendiremeyeceği kanaatine ulaşmıştır⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Yüce, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu”, s. 9

⁶⁷⁴ Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat”, s. 236, 237, 263 Sancakdar v.d. göre, CMK m. 206/2-a ile öngörülen düzenleme, uygun olduğu sürece kıyas yapılarak disiplin soruşturmasında da esas alınmalıdır. Sancakdar v.d., **Disiplin Hukuku**, s. 184, 193, Arslan ise, ceza muhakemesi açısından hukuka aykırı kabul edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmayacağını savunurken, Anayasa m. 38’in yanı sıra m. 138 ile 36 da görüşünü temellendirmede kullanmıştır. Arslan, “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi”, s. 37

⁶⁷⁵ “Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa’nın 38. maddesi kapsamındadır.” **Anayasa Mahkemesi 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991**, Belirtmek gerekir ki karar, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların, delil olarak değerlendirilemeyeceğini öngören fıkranın Anayasa’nın 38. maddesine eklenmesinden önce verilmiştir. Ancak fıkra eklendikten sonra da Anayasa Mahkemesi benzer içtihatlar kurmaya devam etmiştir: “Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.” **Anayasa Mahkemesi 2010/28 E., 2011/139 K., 20.10.2011**, Benzer yönde: Anayasa Mahkemesi 2014/100 E., 2015/6, 14.01.2015, “Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.” **Anayasa Mahkemesi 2016/182 E., 2017/111 K., 14.06.2017**

⁶⁷⁶ “Başvurucunun söz konusu özel yaşamına ilişkin gerek disiplin kararında gerekse yargı kararlarında isnat edilen eylemlerinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine dair karar gerekçelerinde yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulmadığı gibi anılan eylemlerin TSK’nın işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin de açıklanmadığı, soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis

Aksi yönde zikredilen görüşe göre ise hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı bırakılması adaletli olmayacaktır; kamu düzeni ve kamu yararı açısından gerekli olması halinde hukuka aykırı deliller idari yaptırımlara esas alınabilmelidir⁶⁷⁷. Kamusal disiplinin sağlanması amacıyla, ceza muhakemesinde hukuka aykırı kabul edilen deliller disiplin soruşturmasında değerlendirilebileceği de belirtilmiştir⁶⁷⁸. Danıştay da ceza muhakemesinde kullanılmayan bir delilin disiplin soruşturmasında değerlendirilebileceğini kabul etmiştir⁶⁷⁹.

Anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini yasaklayan fıkrayı de içeren Anayasa m. 38'in disiplin soruşturmaları açısından da temel alınması gerektiği sonucuna ulaşmakta iken; Danıştay, ceza muhakemesinde kullanılmayan hukuka aykırı delillerin disiplin cezasına esas alınabileceğini kabul etmektedir.

Çalışma açısından değinilmesi gereken asıl mesele ise ceza muhakemesinde tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılabilirliğidir. Daha önce de belirtildiği üzere tesadüfen elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmemelidir. Dolayısıyla hukuka aykırı delil tartışması üzerinden sorunun çözülmesi doğru olmayacaktır. Bununla birlikte kanun koyucu özellikle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bakımından katalog suçlar

edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, soruşturma usulünün hukuka aykırı yöntemler içerdiğine yönelik iddianın incelenmediği...” **Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2014/7738, 13.07.2016**

⁶⁷⁷ Melikşah Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 63, Benzer yönde genel sağlığa ya da genel ahlaka aykırılığın ispatında hukuka aykırı delillerden yararlanabileceği yönünde bkz. Mahmut Ceylan, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:16, Aralık 2018, s. 338, Bahse diğer açıdan yaklaşan Fiş Üstün'e göre, hukuka aykırı delillerin her durumda kullanılmaması, soruşturulan kamu görevlisi aleyhine de durum meydana getirebilecektir. Örneğin disiplin soruşturmasını sonuçsuz bırakacak bir belgeyi amirinden gizlice alarak savunmasında kullanan kamu görevlisi açısından, belge hukuka aykırı elde edildiği için değerlendirilemeyecek ve kamu görevlisi lehine bir belge kullanılmayacak hale gelecektir. Fiş Üstün ayrıca delillerin hukuka aykırı elde edilmesi ile ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerin niteliğine göre de yorum yapılması gerektiğini savunur. Fiş Üstün, “**Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller**”, s. 33

⁶⁷⁸ Görüş sahibi Çakmak'a göre, disiplin cezaları, ceza muhakemesinde verilen mahkumiyet kararları gibi temel hak ve özgürlükler üzerinde ağır sonuçlar doğurmaz. İdarenin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu bu alanda, ceza muhakemesine hakim olan tüm kısıtlamaların uygulanması da yerinde olmaz. Çakmak, “**İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri**”, s. 82, 85

⁶⁷⁹ “...disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturması ve kovuşturmasından bağımsız ve ayırıldır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.” **Danıştay 12. Daire 2010/64 E., 2011/474 K. 04.02.2011**

öngördüğünden, amaca bağlılık ilkesi gereği, tedbir ile elde edilen delillerin sadece ilgili suçların soruşturulması ve kovuşturulması için kullanılabileceği sonucuna varılmasına neden olabilir ki doktrinde bu çıkarımın esas alındığı görüşler de bulunmaktadır. Yargıtay, Danıştay ve doktrinde varılan çeşitli sonuçlar takip eden satırlarda incelenmiştir. Devam etmeden önce değinmek gerekir ki elde edilen deliller ceza muhakemesinde değere sahip olabileceği gibi sadece disiplin soruşturması açısından kullanılabilir bilgiler de içerebilir.

Ceza muhakemesinde, usul ve şartlara uygun tatbik edilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında kullanılabileceği söylenmiştir⁶⁸⁰. Nitekim tedbirin uygulanması için öngörülen kurallara ve yasaklara riayet edilerek hukuka uygun zeminde hareket edilmiştir⁶⁸¹.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nce verilen bir kararda, iletişim tespit tutanakları hukuka aykırı elde edildiği ve bu sebeple hükme esas alınmadığı için sanık hakkında beraat kararı verilmesine rağmen; bahsi geçen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceği çıkarımıyla bu hususta yapılacak değerlendirme Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakılmıştır⁶⁸². Daire tarafından verilen bu kararı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanık Cumhuriyet savcısı hakkında tesadüfen elde edilen delil niteliğinde olan iletişim tespit tutanaklarını ceza muhakemesinde kullanılmaz kabul ederken; ceza dairesinin disiplin soruşturmasına dair yaptığı çıkarım hakkında sessiz kalmıştır. Dairenin çıkarımı ve Genel Kurulunun bu konudaki suskunluğu doktrinde; hukuka aykırı kabul edilse dahi tesadüfen elde

⁶⁸⁰ Şen'e göre hukuka uygun elde edilen delil, disiplin soruşturmalarında ve diğer tüm yargılamalarda kullanılabilir. Ersan Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 124, Benzer yönde bkz. Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 173

⁶⁸¹ Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku**, s. 235

⁶⁸² "Rüşvet almak suçundan sanık Ömer G... S... hakkında yapılan yargılama sonucunda Yargıtay 5. Ceza Dairesince 14.04.2006 gün ve 6-4 sayı ile..."Ancak, hukuka aykırı elde edilmiş, deliller olan iletişim tespit tutanakları, Anayasanın 38/6, 20.maddeleri, Ceza Genel Kurulu Kararları, AİHS.nin 6. ve 8.maddeleri gereğince hükme esas alınamayan bu nedenlerle hakkında beraat hükmü kurulan C.Savcısının bütün bunlara rağmen bir yargı mensubuna yakışmayacak şekilde bir suç örgüt liderinin avukatı ile telefonda sırf hemşehrim diyerek görevinin gereklerine uygun olarak yaptığı soruşturma sonucunda açacağı dava ile ilgili görüşmesi şüpheye mucip saklanmaya çalışılan menfaatlerden dolayı 2802 sayılı Kanununun 87.maddesi gereğince disiplin suçu yönüyle değerlendirilmesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun takdirlerine sunulması gerekli görülmüştür." gerekçeleriyle sanığın beraatına karar verilmiştir." Yargıtay CGK 2007/5-23 E., 2007/167 K., 03.07.2007 (www.lexpera.com.tr)

edilen delillerin disiplin soruşturmasında değerlendirilebileceğinin Yargıtay'ca kabul edildiği şeklinde yorumlanmıştır⁶⁸³.

Yargıtay'ın görüşü doktrinde de desteklenmiş, hukuka aykırı olsa bile tesadüfen elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında değerlendirilebileceği ve disiplin cezasına esas alınabileceği kabul edilmiştir⁶⁸⁴. Aynı sonuca ulaşan diğer bir görüşe göre ise, kamu düzeninin sağlanması, kamu hizmetlerinin sağlıklı yürüyüşü ve toplumdaki adalet duygusunun temini adına tesadüfen elde edilen deliller disiplin soruşturmasında kullanılabilir⁶⁸⁵.

Danıştay 16. Dairesinin bir kararında ise, ceza muhakemesinde elde edilen iletişim kayıtlarının, iletişimin tarafı olmayan kamu görevlisi aleyhine yürütülen disiplin soruşturmasında kullanılabilirliği üzerinde durulmuştur. Daire, Anayasa m. 38 ile belirlenen esasların disiplin soruşturması için de geçerli olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi kararı ile iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin sadece tedbirin uygulanabileceği katalog suçlar hakkında değerlendirilebileceğini kabul eden Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararını temel alarak; elde edilen kayıtların disiplin soruşturmasında kullanılmayacağı sonucuna varmıştır⁶⁸⁶. Aynı

⁶⁸³ Çakmak, "İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri", s. 78

⁶⁸⁴ Çakmak, "İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri", s. 83

⁶⁸⁵ Koçer, "Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 30

⁶⁸⁶ "Olayda, dava konusu meslekten çıkarma cezasına esas alınan davacıya isnat edilen fiillerin, büyük oranda davacı dışındaki üçüncü kişilerin telefon görüşmelerinin usulüne uygun olarak dinlenilmesi sonucu elde edilen tapelerden tespit edildiği görüldüğünden, öncelikle bu tapelerin davacıya verilen meslekten çıkarma cezası açısından delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunun irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin 14.01.2015 tarih ve E:2014/100, K:2015/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir... Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E:2013/483, K2013/599 sayılı kararında...135. maddede sayılan suçlar için başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturmada elde edilen delillerin 135. madde kapsamında olmayan suçlar için kullanılmayacağı kabul edilmiş olmaktadır. Yukarıda yer verilen kanun hükümler ve yargı kararlarının değerlendirilmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmaya ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılmayacağı ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu disiplin cezasının verilmesinde, davacının özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin belirleyici olduğu anlaşıldığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasının, Anayasanın 20. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu ve bu yönüyle hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmasının yanısıra; "soruşturmada adı geçen suç örgütü lider ve üyesi kişilerin bir kısım adli işlerini takip etmek" ve "bahsi geçenlerin kendi işlerinde meslek sıfat ve konumunu kullanmalarına müsaade etmek" gibi davacının meslek hayatına ilişkin olan suçlamaların ise davacı aleyhine delil olarak kullanılmayacak olan tapeler dışında, her türlü şüpheden uzak, kesin ve somut delillerle kanıtlanamadığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." **Danıştay 16. Daire, 2015/3643 E., 2015/6993 K., 11.11.2015**, Kararda Danıştay 16. Dairesi tarafından benimsenmeyen ancak Danıştay

gereçekler Danıştay 5. Daire'nin verdiği kararlarda da esas alınarak benzer sonuca ulaşılmış; farklı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin disiplin soruşturmasının başlatılması için esas alınabileceği⁶⁸⁷ ve tedbirin uygulanabileceği katalog suçlarla ilgili olmayan delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmayacağı belirtilmiştir⁶⁸⁸.

Danıştay 16. Dairesi tarafından verilen bu kararı inceleyen Danıştay Dava Daireleri Kurulu ise aksi yönde karar vererek, elde edilen kayıtların disiplin soruşturmasında kullanılabileceğini belirtmiştir. Çıkarımına temel olarak ise öncelikle ceza muhakemesi ile disiplin soruşturması arasındaki amaç, kapsam ve usul farklılıklarına değinmiş; akabinde yukarıda bahsi geçen Yargıtay 5. Ceza Dairesince ulaşılan sonuca⁶⁸⁹ işaret edilmiştir⁶⁹⁰.

Tetkik Hakimi tarafından ortaya konan bir diğer husus ise disiplin soruşturmasında kullanılmama dahi elde edilen kayıtların disiplin soruşturmasının başlatılmasında esas alınabileceği görüşüdür: “*Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi:...Bununla birlikte, bu kayıtlara dayalı olarak disiplin soruşturması başlatılmasında ve açılan soruşturma genişletilmek suretiyle elde edilen tanık ifadeleri gibi bilgi ve belgelere dayalı olarak disiplin cezası verilmesinde hukuki bir engel de bulunmamaktadır.*” **Danıştay 16. Daire, 2015/3643 E., 2015/6993 K., 11.11.2015**

⁶⁸⁷ “*Yukarıda yer verilen kanun hükümler ve yargı kararlarının birlikte değerlendirilmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılmayacağı ve sadece bu kayıtlara dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, bu kayıtlara dayalı olarak disiplin soruşturması başlatılmasında ve açılan soruşturma genişletilmek suretiyle elde edilen tanık ifadeleri gibi bilgi ve belgelere dayalı olarak disiplin cezası verilmesinde hukuk bir engel de bulunmamaktadır.*” **Danıştay 5. Daire 2016/18883 E., 2017/13188 K., 18.5.2017**

⁶⁸⁸ “*Bu bağlamda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan suçlar kapsamında bulunmayan bir fiile dair olan ses kayıtlarının, tek başına delil olarak kullanılmayacağı ve hukuka uygun olarak elde edilmiş başka delil ve belgeler olmaksızın sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dava konusu disiplin cezasına gerekçe olan "Gizli tutulması zorunlu olan ve görev ile ilgili bulunan bilgi ve belgeler görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak" fiili, anılan 135. maddedeki suçlar kapsamında yer almamasına rağmen, sadece tape kayıtlarından yola çıkılarak tesis edilen meslekten çıkarma cezasına dair işlemde hukuka uyarlık, davayı reddeden Mahkeme kararında hukuk isabet görülmemiştir.*” **Danıştay 5. DAİRE 2016/18730 E., 2017/21649 K., 25.10.2017**

⁶⁸⁹ Kaymaz, Yargıtay'ın çıkarımını esas alan Danıştay'ı eleştirmektedir. Ceza muhakemesinde elde edilen delilin disiplin soruşturmasındaki değerinin ne olduğu bahsi görev alanına girmediği için Yargıtay tarafından bu hususta varılan sonuçları disiplin hukuku açısından değersiz görmektedir. Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 540

⁶⁹⁰ “*Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu durumda; dosyada yer alan telefon tapelerindeki ifadelerin incelenmesi suretiyle uyumsuzluğun esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, tesadüfen elde edilen delillerin disiplin hukuku yönünden kullanılma*

Doktrinde aksi yönde zikredilen ve Danıştay 16. Dairesinin kararına paralel yönde kabul edilebilecek görüşe göre ise, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi temel hak ve özgürlüklere müdahale içerir ve ancak Anayasa ve ona uygun kanuni düzenlemelerde belirtilen usul ve şartlara uyularak tatbik edilir. Tedbir ile elde edilen deliller de sadece kanunla öngörülen amaca uygun kullanılabilir. CMK uyarınca iletişimin denetlenmesi ancak bir ceza muhakemesinde, kanunda sayılmış sınırlı sayıdaki katalog suçun soruşturulması veya kovuşturulması için tatbik edilir. Dolayısıyla elde edilen deliller de yalnızca bu suçların aydınlatılması adına ceza muhakemesinde değerlendirilebilirler⁶⁹¹. Nitekim tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi de, katalogda yer alan suçla ilgili olduğu sürece değerlendirmeye alınabilir. Sonuç olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir⁶⁹². Varılan sonucu destekleyen diğer bir görüş ise arama ve elkoyma gibi ceza muhakemesinde öngörülmuş birçok tedbirin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı yönüne dikkat çeker. Bu niteliğe sahip tedbirler, Anayasa ve ilgili kanun maddeleri uyarınca sadece ceza muhakemesinde tatbik edilebilirler ve elde edilen deliller de ancak ceza muhakemesine konu bir olayın ispatı için değerlendirilebilir. Tedbirler ile ulaşılan delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilceğini öngören kanuni zemin de olmadığından aksi bir yorum kabul edilemez⁶⁹³.

olanağı bulunmadığı sonucuna varılarak davaya konu işlemin iptal yolunda verilen kararda hukuk isabet bulunmamaktadır. Nitekim; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/07/2007 günlü, E:2007/5.MD-23, K:2007/167 Sayılı kararıyla onanarak kesinleşen Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 14/04/2006 günlü, 6-4 Sayılı kararında; hukuka aykırı elde edilmiş deliller olan iletişim tespit tutanakları, Anayasanın 38/6, 20. maddeler, Ceza Genel Kurulu kararları, AİHS'nin 6. ve 8. maddeler gereğince hükme esas alınmayarak bu sebeplerle hakkında beraat hükmü kurulan Cumhuriyet Savcısının, bütün bunlara rağmen bir yargı mensubuna yakışmayacak şekilde bir suç örgütü liderinin avukatı le telefonda hemşehrilik sıfatına dayanarak, görevinin gereklerine uygun olarak yaptığı soruşturma sonucunda açacağı dava le ilgili görüşmesinin şüpheli mucip saklanmaya çalışılan menfaatlerden dolayı 2802 Sayılı Kanun'un 87. maddesi gereğince disiplin suçu yönüyle değerlendirilmesi için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun takdirine sunulmasının gerekli görüldüğü gerekçesine yer verilmek suretiyle, tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında dikkate alınacağı kabul edilmiştir.”

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2016/2461 E., 2017/1672 K., 19.4.2017

⁶⁹¹ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 192

⁶⁹² Arslan, **“Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi”**, s. 38, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 539

⁶⁹³ Canoğlu, **“Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat”**, s. 261

Son olarak değinilmesi gereken husus, disiplin soruşturmacısı tarafından, yürüttüğü disiplin soruşturması ile ilgili olmayan ancak başka bir disiplin soruşturması gerektiren bilgiye ulaşması halidir. Bu noktada değinmek gerekir ki telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sadece bir ceza muhakemesinde uygulanabilir, disiplin soruşturmacısı tarafından tedbire başvurulamaz⁶⁹⁴. Arama ve elkoyma da disiplin soruşturmacısının yararlanamayacağı tedbirlerdendir⁶⁹⁵. Bununla birlikte daha önce de üzerinde durulduğu gibi soruşturmacı, ilgili kişilerin ifadesine başvurmak, bilirkişi incelemesi yaptırmak, keşif yapmak gibi yöntemleri kullanarak delil araştırmasında bulunabilir⁶⁹⁶ ve disiplin soruşturmasıyla ilgili olmayan delillere ulaşabilir. Yürütülenden farklı bir disiplin soruşturmasında kullanılacak bu tip deliller de ceza muhakemesindeki kavram esas alınarak, tesadüfen elde edilen deliller olarak tanımlanmıştır. Tesadüfi delile ulaşan soruşturmacının, durumu tutanak altına alması ve yetkili mercileri bildirmesi gerektiği de eklenmiştir⁶⁹⁷. Böylece diğer bir disiplin soruşturmasında değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır.

⁶⁹⁴ Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, s. 204, Koçer, “**Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, s. 19

⁶⁹⁵ Canoğlu, “**Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat**”, s. 245

⁶⁹⁶ Canoğlu, “**Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat**”, s. 247-257

⁶⁹⁷ Canoğlu, “**Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat**”, s. 244

SONUÇ

Tesadüfen elde delil kavramı, mehzaz Alman Ceza Kanunundaki düzenlemeleri temel alan Ceza Muhakemesi Kanununun 138. maddesi ile öngörülerek, mevzuata girmiştir.

Kanuni düzenlemenin içeriği dikkate alınarak doktrinde; yürütülen soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delil, şeklinde tanımlanmıştır.

Kanun koyucu sadece arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen tesadüfi delillerle ilgili hüküm getirerek, diğer koruma tedbirleri ya da ceza muhakemesinde kullanılan başka delil elde etme yöntemleri bakımından sessiz kalmıştır. Dolayısıyla kavramın sınırlarının belirlenmesi ve kapsayıcı bir tanımlama yapılması, özellikle kavramın öngörülmediği yöntemlerin uygulanması sırasında elde edilen tesadüfi delillerin nasıl değerlendirileceği hususunda yol gösterici olacaktır.

Delilin tesadüfen elde edilmesi; delile, öngörü, plan, beklenti veya amaç dışı ulaşılmasıdır. Herhangi bir yöntemin kullanılması sırasında amaç dışı ulaşılan bir delil tesadüfi kabul edilmelidir. Bu sebeple suç meydana gelmeden uygulanan önleyici tedbirler sırasında elde edilen deliller de tesadüfi olur. Nitekim önleyici tedbirlerin temel amacı, delil elde etmek değil, suçun ortaya çıkmasını engellemektir. Çıkarım mevzuata da yansımış, önleme araması ile elde edilen deliller hakkında nasıl bir yol izleneceğini düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 24, CMK'da yer alan tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesine benzer hükümler öngören aynı Yönetmeliğin 10. maddesine atıf yapmıştır.

Suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra başlayan ceza muhakemesi sürecinde amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Soruşturma veya kovuşturma evrelerinde suç meydana getirebilecek olay araştırılır ve kimliği tespit edilememiş olsa da belirlenebilir kişilere yönelik muhakeme yürütülür. Muhakeme işlemlerinin tümü, şüpheli veya sanığın, suç niteliğindeki filleri işleyip işlemediğini tespit etmek için uygulanır. Dolayısıyla muhakemeye konu edilmemiş suç veya kişilerle ilgili elde edilenler amaç dışı olduğu için tesadüfidir. Öyleyse sadece arama, elkoyma veya telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında değil, tanığın

dinlenmesi ya da vücuttan örnek alınması gibi ceza muhakemesinde uygulanan diğer yöntemler sırasında da tesadüfen delil elde edilebilir.

Tesadüfen elde edilen delil, elbette bir delilin taşınması gereken tüm nitelikleri haiz olmalıdır, farklılığı amaç dışı ortaya çıkmasıdır. Kanunda belirtilen usul ve şartlara riayet edilerek hukuka uygun yöntemlerle elde edildiği sürece, herhangi bir değerlendirme yasağı da öngörülmediyse ceza muhakemesinde serbestçe değerlendirilebilir.

Tesadüfen elde edilen delil hukuka uygun kabul edilse dahi, temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren tedbirlerin uygulanması sırasında ortaya çıktığında, kullanılabilirlikleri üzerine tereddütler meydana gelmektedir. Nitekim tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme olmazsa, amaca bağlılık ilkesi gereği elde edilenlerin kullanılmayacağı, bunun da ötesinde elde edilenlerin hukuka aykırı kabul edilmesi gerekeceği yönünde farklı görüş ve içtihatlar ortaya çıkmıştır. Kanunda yer alan düzenleme ile kısmen de olsa tereddütler ortadan kaldırılmış, delillerin değerlendirilmesine imkan sağlanmıştır. Böylece arama, elkoyma veya telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kararlarda yer alan yetkinin ötesinde rastlanan delillerin göz ardı edilmesi engellenmiş, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi adına daha sonra ceza muhakemesinde yararlanılmak üzere muhafaza edilmesi sağlanmıştır. Bununla birlikte telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin istisnai niteliği nazara alınarak, tedbirin kötüye kullanılmasını da engellemek amacıyla, tesadüfi delillerin değerlendirilmesi, katalog suçlarla sınırlandırılmıştır.

Tesadüfen elde edilen delilin ilgili olduğu suç hakkında hali hazırda bir ceza muhakemesi yürütülüyorsa; tesadüfi delil, başlangıç şüphesi olarak dikkate alınır, sonrasında ise ceza muhakemesinde ispat vasıtası olarak değerlendirilebilir. Hakim kararı olmadan kişilerin iletişimlerinin denetlenemeyeceği kuralının istinası niteliğinde ortaya çıktığı; bu sebeple tesadüfi delilin tek başına hükme esas alınmaması, diğer delillerle desteklenmesi gerektiği doktrinde savunulmuştur. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen ses kayıtlarının da birçok Yargıtay kararında diğer delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Tesadüfi deliller her ne kadar istisnai nitelikte ortaya çıksa da, vicdani delil sistemi ve delillerin değerlendirilmesinde serbestlik ilkesi gereği, tüm hallerde

diğer delillerle desteklenmesi gerektiği söylenemez. Her somut olayda hakim, elde edilen her bir delilin değerini kendisi belirler, dolayısıyla tesadüfen elde edilen bir delili de tek başına hükme esas alabilir.

Suç öncesi uygulanan idari tedbirler sırasında elde edilen deliller tesadüfidir ve hukuka uygun yöntemlerle ele geçirildikleri sürece ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Önleme araması sırasında elde edilen deliller Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 10. ve 24. maddeleri gereği koruma altına alınıp, Cumhuriyet Savcılığına bildirimde bulunulur ve hakkında elkoyma kararı alınarak ceza muhakemesinde kullanılabilir. Bununla birlikte önleme araması sırasında delile ulaşan kolluğun akabinde CMK'da öngörülen arama koruma tedbirini tatbik etmesi mümkün değildir; Anayasa ve kanunda öngörüldüğü üzere karar alınarak veya yazılı emirle adli arama yapılabilir.

Kanunda yer alan usul ve şartlara riayet edilerek uygulanan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbiri sırasında elde edilen deliller, hukuka uygundur. Ancak tedbiri öngören kanunlarda değerlendirme yasağı öngörölmüştür. Dolayısıyla kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması mümkün değildir; kayıtlar hükme esas alınamayacağı gibi, ceza muhakemesinde her hangi bir yöntem veya işlemin için dayanak teşkil edemez. Kanun koyucu delil olarak kullanılmasını yasakladığı için, başlangıç şüphesi olarak değerlendirilmeleri mümkündür. Öngörülen yasağa rağmen, aksi yönde bir ihtiyacın doğduğu da söylenebilir. Zira kayda ve içerdigi bilgiye ulaşan kolluğun ve Cumhuriyet savcısının, diğer delillere ulaşmada bu bilgileri kullanabileceği tahmin edilebilir. Nitekim uygulamada iddianamenin hazırlanmasında ya da hüküm kurulurken, istihbari nitelikteki ses kayıtlarından yararlanıldığı da doktrinde eleştiri konusu yapılmaktadır. Örgütlü suçlar gibi kamu güvenliğini büyük ölçüde zedeleyecek suçlarla ilgili elde edilen delillerin göz ardı edilmesinin, suçla mücadele, toplumdaki adalet duygusunun sağlanması ve bu doğrultuda maddi gerçeğin tespit edilmesi amaçlarına aykırı sonuçlar doğuracağı da dikkate alındığında; kayıtların belirli şartlarla ceza muhakemesinde değerlendirilebilmeleri yönünde düzenlemeye ihtiyaç olduğu çıkarımı isabetsiz olmayacaktır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olması ve katalog suç öngörülmesine de uygun olarak sadece belirli suçlar hakkında ve belirli kişilere karşı tatbik edilebilir. Diğer bir deyişle tedbirin uygulanabileceği kişiler hakkında kanunen sınırlama olmasa da, genel bir dinleme yapılması mümkün değildir; sadece katalogda yer alan suç veya suçları işleyeceği yönünde somut bilgilere ulaşılabildiğinde ilgili kişiler hakkında uygulanabilir. Dolayısıyla denetim kararıyla yetkinin ve amacın çerçevesi, kararda yer alan suçlar ve kişilerle çizilmektedir. Denetim kararında yer almayan suçlar veya kişiler hakkında, suçun meydana gelebileceğine dair ulaşılan bilgiler ise tesadüfen elde edilen bilgiler olarak adlandırılmıştır. Anlaşılacağı üzere bu durumda suç niteliğinde bir olay vukuu bulmamakla birlikte ihtimal ortaya çıkmış; adli süreç başlamamıştır. Suçla mücadelenin sağlanması ve tedbirin kanunla belirlenen amaçlarına ulaşması adına elde edilen bilgiler herhangi bir sınırlama olmaksızın önleme amaçlı kullanılabilir. Dikkat edilmesi gereken ise farklı bir suç veya kişiyle ilgili denetim yapılması gerektiğinde, ayrıca karar alınması zorunluluğudur.

Hukuka uygun tatbik edilen arama koruma tedbiri ile elde edilen tesadüfi deliller, kanunen öngörülen elkoyma yasaklarından biri mevzu bahis olmadığı sürece, ceza muhakemesinde herhangi bir suç hakkında serbestçe değerlendirilebilir. Anayasa ve kanunda öngörülen usul ve şartlar sağlanmadan yapılan ya da karar veya yazılı emirle verilen yetki açıkça aşılarak uygulanan arama sırasında elde edilenler ise hukuka aykırı olur ve ceza muhakemesinde delil niteliği kazanamaz. Karar veya yazılı emirle verilen yetki aşıldığında aynı zamanda tedbir ölçüsüz uygulandığı için muhatap, CMK m. 141/1-i uyarınca maddi veya manevi zararlarının tazmini talebinde bulunabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanması sırasında katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandıran tesadüfen elde edilen deliller, doktrin ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ceza muhakemesinin yürütüldüğü şüpheli, sanık ya da üçüncü kişi hakkında elde edilen tesadüfi delil ispat aracı olarak kullanılabilir ancak aleyhine delile ulaşılan kişi hakkında denetim yapılması ve bu yolla başka delillere ulaşılması, kanunda belirtilen tüm şartlar sağlanarak ayrıca tedbir kararı

verilmesi ile mümkündür. Zira tesadüfen elde edilen delil ile birlikte, delilin şüphe uyandırdığı suç ve kişi hakkında bilgi sahibi olunur ve daha sonra elde edilecek deliller artık anlam itibariyle tesadüfi olmaz ki Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirim yapılmayıp denetime devam edilmesi elde edilecekleri hukuka aykırı hale getirir.

Katalogda yer almayan bir suçla ilgili ortaya çıkan tesadüfi delil ise ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilemez, aksi bir uygulama tedbirin kötüye kullanımına sebebiyet verebileceği gibi katalog suç öngörülmesini anlamsız kılacak bir uygulama doğurabilir. Ancak kolluğun veya polisin delile rastladığında Cumhuriyet Savcılığına bildirim yükümlülüğünü öngören ilgili mevzuat ve TCK m. 279 uyarınca elde edilen tesadüfi delil hakkında yetkili makamlar bilgilendirilmelidir. Nitekim delilin ilgili olduğu suçta dair değerlendirme yapacak olan makam Cumhuriyet Başsavcılığıdır. Kanun koyucu delil olarak değerlendirmeye bir yasak getirdiği için, delile vakıf olan Savcılık, delilin içerdiği bilgiyi başlangıç şüphesine esas alabilir.

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen ancak muhakemeye konu edilmemiş suçlarla ilgili elde edilen deliller tesadüfidir. Tesadüfi delillerin şüphe uyandırdığı suç katalog suçlardan ise deliller kullanılmalı; aksi halde ceza muhakemesinde değerlendirilmemelidir.

Elde edilen delillerin tesadüfi kabul edilemeyeceği ancak tedbir kararında verilen yetki sınırlarını aşan sonuçlar doğuran; hem doktrinde hem de içtihatlarda farklı çıkarımlara sebebiyet veren tartışmalı hususlar üzerinde de durulması gerekir. Hususlardan ilki bağlantılı suçlar hakkında birleştirilerek yürütülen ceza muhakemesinde elde edilen delillerin kullanılabilirliği ile ilgilidir. Bağlantılı suçlar hakkında yürütülen ceza muhakemesinde elde edilen deliller, muhakemeye konu ancak katalogda yer almayan suçlar hakkında kullanılmamalıdır. Örneğin birden fazla şüphelinin olduğu soruşturmada *uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti* suçu için tedbir uygulanabilir. Tedbir ile elde edilen deliller aynı soruşturmaya konu fakat katalog dışı *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak* suçunun ispatı için değerlendirilmemelidir. Tartışmalı meselelerden bir diğeri suç vasfının

değişmesidir. Muhakemenin işleyişi sırasında suç vasfının değişmesi ve belirlenen suçun katalogda yer almaması durumunda da elde edilenler kullanılmamalıdır.

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, bağlantılı suçlar veya suç vasfının değişmesi örneklerinde elde edilen delillerin kullanılmaması gerekir; nitekim tersi bir uygulama katalog suç öngörülmesi ile hedeflenen amacı bertaraf eder. Kanunen aranan şartlar sağlanmadığı için tedbir uygulanamayan bir suç için, muhakeme konusu diğer suç hakkında uygulanan tedbir kullanılarak delil toplanması, kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklerin korunması adına getirdiği güvenceleri etkisiz hale getirir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için öngörülen delil yasakları, tesadüfen elde edilen deliller bakımından da uygulama alanı bulur. Örneğin şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilere arasındaki iletişimi sırasında elde edilen tesadüfi deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin öngörüldüğü Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135'e atıf yapan diğer kanunlar kapsamında tedbirin uygulanması sırasında da tesadüfen delil elde edilebilir. Özel kanunlarda tanımlanan suçlar için tedbirin uygulandığı bu durumda da çalışma konusu kavramın öngörüldüğü 138. madde uygulama alanı bulur. Aksi bir düşüncenin kabul edilmesi halinde sırf atıf yapılmadığı için müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerinde tedbirin uygulanmasının yasaklandığı m. 136 gibi diğer maddeler de uygulanamaz hale gelir ki kanun koyucunun amacının bu olmadığı açıktır. Ayrıca tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesinin amacı, tedbirin uygulanabildiği suçlar hakkında elde edilen delillerin kullanılabilmesini sağlamak olduğu için, hem CMK'daki hem de CMK'ya atıf yapan ve tedbirin uygulanabildiği özel kanunlarda yer alan katalog suçlar hakkında elde edilen tesadüfi deliller ceza muhakemesinde değerlendirilebilmelidir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen kayıtların hangi hallerde imha edileceği kanunda gösterilmiştir. Uygulamada imha gerektiren haller ortaya çıkmadığında kayıtların tümü, çözümlenebilir ve kayıt tutanağı haline getirilebilir şekilde saklanmaktadır. Uygulamanın isabetli olduğu söylenebilir, keza Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, ilk başta katalog dışı

bir suçla ilgili olduğu kabul edilen tesadüfi delilin, muhakemenin ilerleyen aşamalarında katalogda yer alan suça dair olduğu anlaşılabilir ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi adına ihtiyaç duyulabilir. Bununla birlikte özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne müdahale ettiği ve kişisel veri niteliğinde olduğu için kayıtlar daima muhafaza edilmemeli, muhakemeyi sona erdiren karar kesinleştiğinde veya zamanaşımı süreleri dolduğunda imha edilmelidir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması sırasında elde edilen tesadüfi deliller, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçların ispatında kullanılabilir. Nitekim CMK m. 139/4 ile tedbirin ve dolayısıyla gizli soruşturmacının amacı, örgüte ilişkin araştırmada bulunmak ve örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamaktır. Teknik araçlarla izleme tedbiri açısından ise CMK m. 140/4 ile öngörülen hüküm, tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi ile ilgili doktrinde ve yargı kararlarında farklı yorumlara sebebiyet vermektedir. Bu sebeple katalog suç öngören tedbirler başta olmak üzere tesadüfen elde edilen delillerle ilgili kapsayıcı bir hüküm öngörülmesi tüm tereddütleri ve farklı uygulamaları ortadan kaldıracak isabetli bir çözüm olacaktır.

Tesadüfen elde edilen delilin şüphe uyandırdığı suç hakkında şikayet, izin gibi dava şartları mevzu bahsi olabilir. Delil tesadüfen elde edildiği anda dava şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle muhafaza edilmemesi isabetli olmaz; keza dava şartının sonradan sağlandığı durumlarda bir ispat vasıtası göz ardı edilmiş olur ki böyle bir uygulama tesadüfen elde edilen deliller düzenlemesi ile bağdaşmaz. Elde edilen delil Cumhuriyet Savcılığına bildirilmeli, Savcılık dava şartının sağlanıp sağlanmayacağı hususunda gerekli araştırma ve işlemleri yapmalıdır. Şart gerçekleştiğinde muhakemeye devam edilerek elde edilen tesadüfi delil kullanılabilir.

Doktrinde farklı çıkarımlar savunulsa da, Danıştay, ceza muhakemesinde tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğini kabul etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi : “Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Görevli Kullanılması” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007
- Akkaş, Ahmet Hulusi : “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Sayı: 21, 2015, Sayfa: 467-488
- Akmanlar, Bülent : “Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi Ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi” **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, Ekim 1982, Sayfa: 665-671
- Aksoy, Şemsettin : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007
- Aksu, Muharrem : “Özgürlük Ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak Ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2011
- Aktan, Hamdi Yaver : “Tartışmalar” **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009, Sayfa: 110-118
- Akyazan, Ahmet Emrah : “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 2,

Sayı: 6, Şubat 2007, Sayfa: 83-89

- Alacakaptan, Uğur : “Delil Yasakları”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayını, 2000, Sayfa: 519-524
- Alacakaptan, Uğur, Kaan Karcılıoğlu : “Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **YÜHFD**, Cilt: IX, Sayı: 2, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan), 2012, Sayfa: 35-55
- Albayrak, Mustafa, Fatma Özer, Fikret İlhan, Mustafa Erdoğan : **Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve Elkoymadan Kaynaklanan Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2014
- Albrecht, Hans-Jörg : “Almanya’daki Gizli Soruşturma Tedbirleri Hakkında”, Çev. Feridun Yenisey, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu Ve Ceza Hukuku (Criminal Law In The Global Risk Society)**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2011, Sayfa: 521-545
- Anayurt, Ömer : “Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 197, 1997, Sayfa: 50-57
- Arslan, Çetin : “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 3, Şubat 2010, Sayfa: 32-40

- Arslan, Çetin : “İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 22, Eylül 2011, Sayfa: 10-14
- Ataman, Ahmet : **Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2016
- Atay, H. Hande : “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009, Sayfa: 157-175
- Aydın, Devrim : **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014
- Aydın, Murat : **Arama ve El Koyma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- Bayram, Levent : “Deliller ve Bilirkişilik Müessesesi”, **Polis Dergisi**, Sayı: 28, 2001, Sayfa: 82-89
- Baytaz, Abdullah Batuhan : **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018
- Birtek, Fatih : **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2017
- Birtek, Fatih : “İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 16, Ağustos 2011, Sayfa: 100-148

- Bouzat, Pierre : “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları” Çev. Haşan İ. Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 1977, Sayfa: 85-113
- Bozkurt, Gökhan : **Ceza Yargısında İletişime Tedbir Uygulanması**, Ankara, Bilge Yayıncılık, 2013
- Bulduk, Seyfi : **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2015
- Canoğlu, Veysel Candan : “Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat”, **TBB Dergisi**, Sayı: 138, 2018, Sayfa: 231-272
- Canoğlu, Veysel Candan : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve Elkoyma)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017
- Centel, Nur, Hamide Zafer : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017
- Ceylan, Mahmut : “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:16, Aralık 2018, Sayfa: 325-341
- Cihan, Erol : “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İÜHFİM**, Cilt: 28, Sayı: 3-4, Ocak 1962, Sayfa: 701-712

- Çakmak, Seyfullah : İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 48, Ağustos 2010, Sayfa: 71-86
- Çiçek, İbrahim : **Arama (Adli ve Önleme Araması)**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayıncılık, 2009
- Doğan, Duygu Çağlar : “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, **TBB Dergisi**, Sayı: 92, 2011, Sayfa: 157-180
- Dönmezer, Sulhi : “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla Kabul Edilen Özel Koruma Tedbirleri”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000
- Dutertre, Gilles : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/ kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf, 13.01.2019
- Düzgün, Nuri, Şerafettin Elmacı : **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2014
- Erdağ, Ali İhsan : “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 92, 2011, Sayfa: 31-61

- Erdem, Mustafa Ruhan : “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 3, Nisan 2005, Sayfa: 97-107
- Erdem, Mustafa Ruhan : “Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>, 27.09.2018
- Erdem, Mustafa Ruhan : **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001
- Erdem, Mustafa Ruhan, Veli Özer Özbek : “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000, Sayfa: 249-304
- Erdoğan, Yavuz : “Teknik Araçlarla İzleme” **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, Sayfa: 2387-2402
- Ergül, Ozan : “Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum”, (Çevrimiçi), www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/telefon_dinleme.pdf, 15.10.2018
- Erman, R. Barış : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Ocak 2010, Sayfa: 679-701
- Eryılmaz, Mesut Bedri : **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**,

Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003

- Evik, Vesile Sonay : “4422 Sayılı Yasada İletişimin Dinlenmesi ve Tespiti”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, Sayfa: 30-31
- Feyzioğlu, Metin : “Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 2000, Sayfa: 19-46
- Fiş Üstün, Gül : “Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1, 2018, Sayfa: 17-35
- Friedman, Michael J. : “Another Stab at Schneckloth: The Problem of Limited Consent Searches and Plain View Seizures”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 89, Issue: 1 Fall, Article 6, 1998, Sayfa: 313-346
- Gardner, Martin R. : “Consent as a Bar to Fourth Amendment Scope--A Critique of a Common Theory”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 71, Issue: 4 Winter, Article 4, 1980, Sayfa: 443-465
- Geleri, Aytekin : **Türkiye’de İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Stratejik Düşünce Entitüsü, 2010
- Geleri, Aytekin : “Türkiye’de Terör Ve Organize Suçlarla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt: 13, Sayı:2, 2011, Sayfa: 73-96

- Gottlieb, David : “Amerikan Hukukunda Arama”, Çev. Feridun Yenisey, **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006, Sayfa: 85-99
- Gökçen, Ahmet : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, 1994
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2018
- Gülşen, Recep : “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, Sayfa: 16-22
- Gülşen, Recep : “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Nisan 2005, Sayı: 3, Sayfa: 90-96
- Günay, Erhan : **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Gündem, Kemal : “CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011

- Hafizoğulları, Zeki : “Hukuka Aykırı Suretle Elde Edilen Deliller Meselesi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, (Yargı Reformu Özel Sayısı), Sayı: 10, 1996, Sayfa: 638-643
- Hakeri, Hakan : “Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 3, Nisan 2005, Sayfa: 108-109
- Hakeri, Hakan : “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, Sayfa: 21-36
- Hall, Richard J. : “Fourth Amendment--Eliminating the Inadvertent Discovery Requirement for Seizures Under the Plain View Doctrine”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 81, Issue: 4 Winter, Article 5, 1991, Sayfa: 819-840
- Heper, Yunus : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007
- İçel, Kayıhan, Feridun Yenisey : **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1994
- İlhan, Burak Cenk : “Türkiye’de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi”, **TAAD**, Sayı: 14, 2013, Sayfa: 771-806
- İpek, Ali İhsan : “Hukuk Yargılaması Açısından İletişimin

Denetlenmesi Tedbirine Başvurulabilip Başvurulamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 64, Aralık 2011, Sayfa: 37-42

- İtişgen, Rezzan : **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- Karabulut, Ferhat, Ersin : “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı Ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, **TBB Dergisi**, Sayı:120, 2015, Sayfa: 385-422
- Karagöz, Kasım, Fatih Birtek : “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, Sayfa: 71-117
- Karakehya, Hakan : “Gözetim Ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme” **AÜHFD**, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, Sayfa: 319-357
- Karaman, Mehmet : “Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 33, Sayı: 3, Temmuz 2007, Sayfa: 327-390
- Kartal, Adem : “Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, Sayfa: 14-24
- Kartal, Adem : “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan

- İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 49, Eylül 2010, Sayfa: 105-125
- Kartal, Adem : “Tesadüfen Elde Edilen Deliller” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010
- Kaymaz, Seydi : **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015
- Kazaker, Gözde : Karar İncelemesi - 2: Adli Arama, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 27, Nisan 2015, Sayfa: 145-168
- Keklik, Ramazan : “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 25, 2006, Sayfa: 226-241
- Keskin, İbrahim : “İletişimin Denetlenmesi”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 33, Ocak 2009, Sayfa: 145-171
- Keskin Kızıroğlu, Serap : “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **AÜHFD**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, Sayfa: 139-168
- Kıvrıl, Halit : “Ceza Yargılamasında İletişimin Tespiti”, **TAAD**, Cilt:1, Sayı:3, Ekim 2010, Sayfa: 301-324
- Kızılkaya, Ezgi : “Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma Ve Gözaltı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 89, 2010, Sayfa: 507-542

- Koca, Mahmut : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, Sayfa: 207-225
- Koçer, Kenan : “Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009, Sayfa: 5-40
- Krakovec, Laura L. : “Constitutionality of Warrantless Aerial Surveillance, The--Fourth Amendment: California v. Ciraolo, 106 S. Ct. 1809 (1986)”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 77, Issue: 3, Article 3, 1987, Sayfa: 602-631
- Kunter, Nurullah : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1981
- Kunter, Nurullah : “Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz”, **İÜHFİM**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, Sayfa: 17-41
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey : **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bs. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010

- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri - II**, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü, 2008, Sayfa: 405-418
- Meran, Necati : **İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2015
- Meyer-Goßner, Lutz, Bertram Schmitt : **Strafprozessordnung**, 60. bs., München, C.H. Beck, 2017
- National Research Council : **Cryptography's Role in Securing the Information Society**, National Academy Press Washington DC, USA, 1996
- Nuhoğlu, Ayşe : “Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar”, **Yargı Dünyası**, Sayı: 128, Ağustos 2006, Sayfa: 9-13
- Nuhoğlu, Ayşe : “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: 2, Ankara, 2008, Sayfa: 1057-1067
- Optican, Scott : “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar”, **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006, Sayfa: 34-84
- Önder, Ayhan : “Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Arama”, **İÜHFM**, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963,

Sayfa: 424-457

- Özbek, Veli Özer : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999
- Özbek, Veli Özer : “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” **DEÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, Sayfa: 57-88
- Özbek, Veli Özer, Pınar Bacaksız : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Eylül 2006, Sayfa: 145-206
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Öztürk, Cemal : “Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2006, Sayfa: 71-79
- Öztürk, Bahri : “İletişimin Dinlenmesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, Sayfa: 32-33
- Öztürk, Bahri : **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar)**, Ankara, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995
- Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, : **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018

Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan,
Efser Erden Tütüncü, Derya
Altınok Villemin, Mehmet Can
Tok

- Pınarbaşı, Mesut : “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2014, Sayfa: 41-65
- Polat, İlhan : “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009
- Roxin, Claus : “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. Yener Ünver, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 8, 2005, Sayfa: 265-289
- Sancakdar, Oğuz, Elif Altınok Çalışkan, Gizem Dursun, Serkan Seyhan, Pınar Yağcı : **Disiplin Hukuku**, Ankara, Turhan Yayıncılık, 2019
- Saydam, Mehmet : **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011
- Schroeder, Friedrich Christian : “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Çev. Cumhur Şahin, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996, Sayfa: 269-283
- Schroeder, Friedrich-Christian, Torsten Verrel : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019
- Schulz ,Georg, Konrad Händel : **Strafprozeßordnung**, 7. bs., Heidelberg,

Kriminalistik Verlag, 2002

- Sekhon, Nirej : “Purpose, Policing, and the Fourth Amendment”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 107, Issue: 1, Article 2, 2017, Sayfa: 65-129
- Selçuk, Sami : “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük Ve Total Ceza Adaleti”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Nisan 1977, Sayfa: 49-70
- Sezer, Yasin, Ali İhsan İpek, Engin Parlak : **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012
- Sokullu Akıncı, Füsun : “Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, Sayfa: 261-269
- Soyaslan, Doğan : “Adli Amaçlı İletişimin Dinlenmesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 21, Ağustos 2011, Sayfa: 6-12
- Soyaslan, Doğan : “Hukuka Aykırı Deliller”, **AÜEHFD**, Cilt: 7, Sayı: 3-4, Aralık 2003, Sayfa: 9-26
- Sözüer, Adem : “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, Cilt:55, Sayı: 3, 1997, Sayfa: 65-110
- Sözüer, Adem, M. Kenan Tekdağ : “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler

Getiriyor?”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 3, Nisan 2005, Sayfa: 48-62

- Şahin, Cumhur : “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-”, **GÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, (Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan), 2007, Sayfa: 1095-1112
- Şen, Ersan : “Ceza Yargılama Süreci”, **TBB Dergisi**, Sayı: 97, 2011, Sayfa: 269-300
- Şen, Ersan : “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, Sayfa: 97-135
- Şen, Ersan : “Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Delillerin İspat Gücü Ve Bu Delillerdeki Hukuka Aykırılıkların Sonuçları İle Uygulamadaki Hatalar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 86, Sayı: 2012/2, Sayfa: 19-36
- Şen, Ersan : **Tüm Yönleri İle Telefon ve Ortam Dinleme**, İstanbul, Yargın Hukuk Yayınları, 2013
- Şen, Ersan : “Türk Hukuku’nda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2008, Sayfa: 131-141
- Şen, Ersan : **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013

- Şentuna, Mustafa Tarık, Gültekin Polat : “Ceza Yargılaması Hukukunda Arama” **Adalet Dergisi**, Sayı: 14, Ocak 2003, Sayfa: 223-228
- Tamöz, Mehmet, Hüseyin Kocabey : **Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2009
- Taşkın, Cankat : “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi”, **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl: 32, Sayı: 84, 2008, Sayfa: 33-49
- Taşkın, Mustafa : **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, 4.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013
- Taşkın, Mustafa : “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **TAAD**, Sayı: 2, 2010, Sayfa: 477-506
- Taşkın, Mustafa : “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Sistemin AİHM Kriterlerine Uygunluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 53, Ocak 2011, Sayfa: 77-86
- Taştan, Mehmet : **Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yayıncılık, 2019
- Tekin, Nurullah : “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**,

Cilt: 35, Sayı: 4, 2009, Sayfa: 563-592

- Tezcan, Durmuş : “Organize Suçlulukla Mücadele Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, 2000, Sayfa: 139-145
- Tosun, Öztekin : “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFİM**, Cilt: 41, Sayı: 3-4, 1975, Sayfa: 85-108
- Tosun, Öztekin : **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976
- Tosun, Öztekin : **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Cilt I, 4. bs., İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984
- Turhan, Faruk, Muharrem Aksu : “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Uluslararası Davraz Kongresi Küresel Diyalog**, Isparta, 2009, Sayfa: 2203-2226
- Uğur, Hüsamettin : “Son On Yıllık Yargıtay Uygulamalarıyla Adli Arama”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 118, Haziran 2016, Sayfa: 166-180
- Ünver, Yener : “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, Sayfa: 103-205
- Ünver, Yener, Hakan Hakeri : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., Ankara, Adalet Yayıncılık, 2018

- Vatan, Zeki : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009
- Yardımcı, Mehmet Murat : **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- Yasin, Melikşah : **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Yavuz, Hakan A. : “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak ‘Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi’”, **TBB Dergisi**, Sayı: 60, 2005, Sayfa: 235-262
- Yenisey, Feridun : “Arama”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri - II**, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü, 2008, Sayfa: 49-66
- Yenisey, Feridun : “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, Sayfa: 5-60
- Yenisey, Feridun : **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, Ankara, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995
- Yenisey, Feridun : “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim

- 2004, Sayfa: 25-27
- Yenisey, Feridun : “Organize Suçlulukla Mücadele Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri” **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, 2000, Sayfa: 103-131
- Yenisey, Feridun : “Yeni Arama Hukukumuz”, **Polis Dergisi**, Sayı: 37, 2003, Sayfa: 7-9
- Yenisey, Feridun, Ayşe Nuhoğlu, : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Yenisey, Feridun, Salih Oktar : **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015
- Yenisey, Feridun, Sinan Altunç : “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt: 2, Ankara, 2008, Sayfa: 1295-1319
- Yerdelen, Erdal : **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayıncılık, 2006
- Yıldız, Ali Kemal : “Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması”, **Polis Dergisi**, Sayı: 36, 2003, Sayfa: 251-259
- Yıldız, Ali Kemal : “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, Sayfa: 253-264
- Yıldız, Ferhat : “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı – Arama – Elkoyma”, **Ceza Hukuku**

Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010,
Sayfa: 197-224

- Yılmaz, Zahit : “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında ‘Konutta Arama’”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, Sayfa: 160-185
- Yokuş Sevük, Handan : “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 67, 2006, Sayfa: 41-56
- Yokuş Sevük, Handan : “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 69, 2007, Sayfa: 97-124
- Yurtcan, Erdener : **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018
- Yurtcan, Erdener : “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:10, Ekim 2004, Sayfa: 28-29
- Yüce, Turhan Tufan : “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 88, 1994, Sayfa: 5-13
- Yüksel, Saadet : **Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012

“Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu

Kararı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı: 10, Ekim 2004, Sayfa: 23-24

“Search and Seizure: Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971), Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 U.S. 388 (1971)” **Journal of Criminal Law and Criminology**, Volume: 62, Issue: 4, Article 3, 1972, Sayfa: 480-492

mevzuat.tbmm.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.tdk.gov.tr