T.C.

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

E. 2011/5-137

K. 2013/58

T. 19.2.2013

• İLETİŞİMİN TESPİTİ ( Rüşvet Alma Suçuna Teşebbüs - Sanıklar Arasında Yapılan Telefon Konuşmaları Bu Kişilerin Suça Katıldıklarının Daha Önceden Başka Delillerle Belirlenmesi ve İletişimin Tespiti İçin Mahkeme Kararı Bulunması Nedeniyle Hukuka Uygun Olduğu )

• BAŞKA DELİLLERLE DE DESTEKLENEN İLETİŞİMİN TESPİTİNE İLİŞKİN KAYITLAR ( Rüşvet Alma Suçuna Teşebbüs - Sanıklar Arasında Yapılan Telefon Konuşmaları/Bu Kişilerin Suça Katıldıklarının Daha Önceden Başka Delillerle Belirlendiğinin Gözetileceği )

• GİZLİ SORUŞTURMACI ( Mahkeme Kararı Uyarınca Görevlendirilen Gizli Soruşturmacının Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Rüşvet Suçuna İlişkin Elde Ettiği Delillerin Yasal Delil Olarak Değerlendirilmesi Gerektiği )

• SUÇ ÖRGÜTÜNÜN FAALİYETLERİNİN ORTAYA ÇIKARTILMASI ( Amacıyla Mahkeme Kararı Uyarınca Görevlendirilen Gizli Soruşturmacının Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Rüşvet Suçuna İlişkin Elde Ettiği Delillerin Yasal Delil Olarak Değerlendirileceği )

• RÜŞVET ALMA SUÇUNA TEŞEBBÜS ( 6352 S.K. İle Rüşvet Suçuna Özgü Teşebbüs Hali Öngörüldüğü )

• DELİLİN HUKUKA UYGUNLUĞU ( Mahkeme Kararı Uyarınca Görevlendirilen Gizli Soruşturmacının Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Rüşvet Suçuna İlişkin Elde Ettiği Delillerin Yasal Delil Olarak Değerlendirilmesi Gerektiği )

• HAKİMİN RÜŞVET ALMAYA TEŞEBBÜSÜ ( 5237 S.K.'da Yer Alan Belli Haklardan Yoksun Bırakılma Hükmünün Yürürlüğe Girmesi Nedeniyle 2918 S.K.'da Yer Alan İşlenen Suçlar Nedeniyle Sürücü Belgelerinin Geri Alınması Hükmünün Uygulanamayacağı )

Somut olayda; İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen bir ihbar mektubunda, bir kısım avukatların örgütlü bir şekilde İzmir F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarında bulunan tutuklu kişilerle temas kurup, tahliye ettirmek için büyük miktarda para talep ettikleri, aksi taktirde tahliye olmalarının mümkün olmadığını söyleyerek baskı kurduklarının belirtilmesi üzerine İzmir C.Başsavcılığınca 2008/48 sayı ile soruşturma başlatıldığı,

Bu soruşturmanın devam ettiği sırada suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve tefecilik suçundan İzmir F Tipi Kapalı Cezaevinde tutuklu bulunan müşteki V. O. Ç.'in başvurusu nedeniyle 27.03.2008 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinde; para karşılığı tahliye edilmesi konusunda kendisine birçok avukatın gelip teklifte bulunduğunu beyan etmesi üzerine, 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi uyarınca kurulan İzmir Özel Yetkili Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesinin 30.06.2008 gün ve 703 sayılı kararıyla CMK'nun 139. maddesine göre; “suç örgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla” GS 211 kod numaralı görevlinin "Avukat K. K." ismiyle gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği,

Elde edilen deliller üzerine 18.10.2008 tarihinde sanıklar A. E., İ. C. V., H. K. ve H. Ş.'in, 20.10.2008 tarihinde de sanık M. K.'un telefonlarının CMK'nun 135 ve 140. maddeleri uyarınca dinlenip tespiti, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, teknik araçlarla gizli olarak izlenmelerine, ses ve görüntü kayıtlarının alınmasına karar verildiği,

Daha sonra meydana gelen gelişmeler nedeniyle müşteki V.'nin tahliyesi konusunda sanık A. K.'un da suça katıldığı yolunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması gerekçesiyle 20.10.2008 tarihinde kullandığı 5 adet telefonunun CMK'nun 135. maddesi gereğince dinlenip tespiti, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verildiği, bir gün sonra da başka bir telefonunun dinlenilmesine ve aynı kanunun 140. maddesi gereğince teknik araçlarla gizli olarak izlenmesine, ses ve görüntü kayıtlarının alınmasına karar verildiği görülmektedir.

CMK'nun "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddesinde; " ( 1 ) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

( 2 ) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir...",

"Tanıklıktan çekinme" başlıklı 45. maddesinde de;

" ( 1 ) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

a ) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.

b ) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

c ) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.

d ) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

e ) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

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

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

CMK'nun 135/2. maddesinde yer alan düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip olmalarına karşın, bu hükmün şüphelilerle birlikte aynı suçu işleme kuşkusu altında bulunan kişiler arasındaki görüşmeleri de kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekmektedir.

CMK'nun 135/1 maddesine göre; şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin 2. fıkrasında getirilen sınırlama sadece iletişimin kayda alınması işlemine ilişkin olup, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bu kapsamda bulunmamaktadır.

"Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin" 4-e maddesinde iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması; "telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler" olarak tanımlanmaktadır.

Şüpheli ya da sanıkların, birlikte suç işleme şüphesi bulunmayan tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptıkları görüşmelerin kanuni delil olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konuda sorun, akrabalık ilişkilerinin sağladığı kolaylıklardan yararlanarak şüpheli ya da sanıkların birlikte suç işleme kuşkusu 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 kişileri kapsamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin suça katıldığı daha önceden başka delillerle belirlenmiş ise 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. ( Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbiri, s.162-163, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011; Murat Yardımcı, Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, s.211, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009 )

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu ele alındığında;

Sanık A. K. ile yeğeni olan sanık M. K. ve kardeşi 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 tespiti ve kayda alınmasına karar verilmiş olması nedeniyle kanuni delil olarak kullanılabileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi halde; tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucuna ulaşılır ki bunun kabulü de mümkün değildir.

Bu itibarla, sanıklar A. K., M. K. ve H. K. arasında yapılan ve mahkeme kararıyla dinlenilmesi ve kayda alınmasına karar verilen iletişime ait tutanakların Özel Daire tarafından kanuni delil olarak değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

T.C.

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

E. 2010/5-187

K. 2011/131

T. 21.6.2011

• KATILANIN SANIKLARLA YAPTIĞI TELEFON GÖRÜŞMESİNİ KAYDETMESİ ( Hakim ve Adliye Memurunun Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağladığı - Katılanın Kaydettiği Telefon Görüşmelerini Delil Olarak Sunduğu/Delillerin Hukuka Uygun Olduğu )

• YETKİLİ OLMADIĞI İŞ İÇİN YARAR SAĞLAMA ( Katılanın Hakim ve Adliye Memuru Olan Sanıkların Telefon Görüşmelerini Kayda Alarak Delil Olarak Kullandığı - Hakim Kararı Olmadığından Bahisle Hukuka Aykırı Kabul Edilmesinin Olanaklı Olmadığı )

• HUKUKA UYGUN OLARAK ELDE EDİLEN DELİL ( Yetkili Olmadığı İş İçin Yarar Sağlama/Katılanın Hakim Adliye Memuru ve Turizmci Olan Sanıkların Telefon Görüşmelerini Kayda Alarak Delil Olarak Kullandığı - Hakim Kararı Olmadığından Bahisle Hukuka Aykırı Kabul Edilmesinin Olanaklı Olmadığı )

• TELEFON GÖRÜŞMESİ KAYITLARININ DELİL OLARAK KULLANILMASI ( Hakim ve Adliye Memurunun Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağladığı - Katılanın Kaydettiği Telefon Görüşmelerini Delil Olarak Sunduğu/Delillerin Hukuka Uygun Olduğu )

5237/m.255

5271/m. 135

ÖZET : Hakim, adliye memuru ve turizmci sanıkların Yargıtay Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılandan yarar sağladıklarından bahisle yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. Müdahil ; İcra Hukuk Mahkemesinin dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır. Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

DAVA : Sanıklar, ... Hakimi , ... Adliye memuru ve turizmci N. S.'in Ağustos-Eylül 2006 tarihlerinde, Ş... 3. İcra Mahkemesince verilmiş ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılandan yarar sağladıklarından bahisle 5237 sayılı TCY'nın 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 255/1. maddesinde düzenlenmiş olan yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda Yargıtay 5. Ceza Dairesince 07.04.2010 gün ve 3-2 sayı ile;

"... Müdahil ; Ş... 3. İcra Hukuk Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden 600.000 Euro para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır.

Her şeyden önce dosya içerisinde muhtelif çözümleri bulunan bu konuşma metinleri keza sanıkların birbirleriyle yaptıkları telefon görüşmelerine ilişkin detay bilgileri CYY'nın 135/1 ve 6. bentleri doğrultusunda alınmış bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın temin edilmiş olduğundan yasal olmayan kanıtlar niteliğindedir ve kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki; konuşma çözümlerini yapan, iletişim uzmanı S. B. 27.11.2006 günlü yazısında; deşifre metninde seslerin kime ait olduğunda sıkıntılar yaşandığını, bazı seslerin kime ait olduğunun anlaşılamadığını vurgulamıştır.

Diğer taraftan bu konuşma çözümlerin de 600 bin Euronun tashihi karar aşamasındaki dosyanın müdahil lehine dönüştürülmesi için istendiğine dair kesin beyanların da mevcut olmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan turizm işi ile ilgilenen sanık N.; Bodrum'da müdahilin oteline bakmak için birlikte gittiklerine, otelin noksanlıklarının saptandığına, konuşma çözümlerinde geçen 600 bin Euroluk tutarın yapılması gereken masrafların ortalama karşılığı olduğuna dair savunmalarının aksi inandırıcı bir biçimde kanıtlanamamış, keza bu seyahate ilişkin sanıklar N. ve A.'ın uçak biletlerinin müdahil tarafından alındığı, Türk Hava Yollarının 19 Aralık 2008 günlü, M... Turizm'in 18.12.2009 havale tarihli ve Vakıfbank'ın 02.12.2009 günlü cevabi yazılarından anlaşılmışsa da sanık A.'ın onlarla birlikte gittiği ispatlanamamıştır.

Rüşvet isteyecek hakimin ihalenin feshi davasını red etmeyeceğini, ihalenin feshi davasında gereken kararın verildiğini, bu kararın onanarak doğruluğunun kanıtlandığını, müştekinin amacının bu davayı yeniden gördürmek olduğunu, bu nedenle bu iddiayı ileri sürdüğünü, nitekim yargılamanın iadesi yoluna başvurarak buna ulaştığını ileri süren sanık A.'ın aşamalardaki savunmaları ve bu gerekçeye de dayanılarak müdahil vekili tarafından 11.01.2007 tarihinde Ş... İcra Hukuk Hakimliğine iade-i muhakeme talebi ile dava açıldığına dair dosya arasındaki dilekçe içeriği keza müdahilin ikame ettiği ihalenin feshi davasının sanık hakim tarafından red edilmesinin oluşturabileceği husumette nazara alındığında yüklenen suçun sanık A. tarafından işlendiğinin, diğer sanıklar K. A. ve N. S.'in de savunmalarının aksine bu suça iştirak ettikleri veya bu amaçla müdahilden para istediklerinin sabit olmadığı ve müdahilin iddialarının soyut beyandan ibaret kaldığı anlaşıldığından 23.10.2007 günlü son soruşturmanın açılması kararında yüklenen suçtan beraatlarına, aynı fiil nedeniyle ancak değişik hukuki tavsif kullanılarak sanıklar K. A. ve N. S.'in haklarında 17.10.2007 günlü iddianame ile İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesine mükerreren açılan kamu davasının ise reddine karar vermek gerekmiştir...",

Gerekçeleriyle sanıkların beraatlarına karar verilmiştir.

Bu hükmün katılan vekili ve Yargıtay C.Başsavcılığı tarafından, sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu ve cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiğinden bahisle temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C.Başsavcılığının "bozma" istekli, 29.07.2010 gün ve 31069 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Temyizin kapsamına göre davanın reddi kararına karşı temyiz bulunmadığından inceleme sanıklar hakkında verilen beraat kararı ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanık A. hakkında Adalet Bakanlığınca 16.07.2007 gün ve 2862-2006 sayı ile verilen kovuşturma izni ve Beyoğlu C.Başsavcılığının 06.08.2007 gün ve 174 sayılı iddianamesi ile talep edilmesi üzerine, Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesince 23.10.2007 gün ve 279-233 sayı ile;

"... Şüphelilerin iştirak halinde işbirliği yaparak Ş... 3. İcra Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dava dosyasında müşteki aleyhine verilen kararı Yargıtay'ca incelenmesi aşamasında lehine dönüştürebileceklerinden bahisle yetkili olmadıkları bir iş için müştekiden 600.000 Euro para istedikleri anlaşılmakla, her ne kadar şüpheliler K. A. ve N. S. hakim sınıfından değil iseler de, itiraz üzerine Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.08.2007 tarih, 2007/1000 değişik iş sayılı kararı ile 2802 sayılı Yasanın 86. maddesi dikkate alınarak soruşturma ve kovuşturmanın birlikte yürütülmesine karar verilmiş olmakla..."

İddiasıyla 5237 sayılı TCY'nın 37. maddesi delaleti ile 255/1. maddesi uyarınca yargılanmaları için son soruşturmanın Yargıtay 5. Ceza Dairesinde açılmasına karar verilmiş, ayrıca sanıklar K. A. ve N. S. hakkında rüşvet almaya teşebbüs ve bu suça iştirak etmekten İstanbul C.Başsavcılığının 17.10.2007 günlü iddianamesi ile Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesine de kamu davası açılmış, aradaki irtibat nedeniyle davaların birleştirilmesine karar verilerek Özel Dairece yapılan yargılama sonucunda sanıkların beraatlarına hükmedilmiştir.

Hüküm katılan vekili ve Yargıtay C.Başsavcılığınca; "sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu"ndan bahisle temyiz edilmiş olmakla çözümlenmesi gereken hukuki sorun, sanıklara yüklenen yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçunun subuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkin ise de; katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların niteliği ile hukuken geçerli nitelikte delil sayılıp sayılamayacakları hususu öncelikle değerlendirilecektir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için öncelikle haberleşme hürriyeti ve iletişimin denetlenmesi kavramlarının üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, yine aynı madde uyarınca, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.

Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz "Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi"nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

Ülkemizde 1412 sayılı CYUY'nın yürürlükte olduğu 1999 öncesi dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda herhangi bir düzenleyici kural öngörülmemiştir. Uygulamada CYUY'nın 91. maddesinde yer alan, sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu tür kanıt derlemeleri özellikle öğretide yoğun eleştirilere konu edilmiştir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin ilk yasal düzenleme, 01.08.1999 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasında yer almıştır. Bu Yasanın 2. maddesinde; 4422 sayılı Yasada katalog halinde sınırlı olarak sayılan suçların soruşturmasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan hallerde hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale gelmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı da bu tedbire başvurabilecek ancak, 24 saat içerisinde hakimden bu konuda karar almak zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde iletişimin dinlenmesi ve tespitine olanak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak iletişimin dinlenmesi ve tespiti halinde elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin son düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında yapılmış, 5320 sayılı Yasanın 18. maddesi ile de 4422 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin birinci fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından da geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinin ( e ) bendinde; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, ( f ) bendinde ise, iletişimin tespitinin, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir.

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanıklar hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımı yapılan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmaların kayıt edildiği aşamada sanıklar yönünden söz konusu olmaması, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir.

Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.

Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Öğretide, "... Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır..." ( Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74 ), "kayıt altına alma" gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, "kayıtları takip organlarına verme" ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir..." ( Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011 ( 92 ), sf. 54 ) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtları hukuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5. Ceza Dairesi beraat hükmünün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.”