



ANKESÖRLÜ/KONTÖRLÜ TELEFON ARAMALARI İSNATLI YARGILAMALAR ÜZERİNE TEKNİK VE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

Gizay DULKADİR

Avukat

Ali ÇİTİL

Avukat

Berker KILIÇ

Adli Bilişim Uzmanı

Merve Elif GÜRACAR

Avukat

Kemal UÇAR

Avukat

T. Koray PEKSAYAR

Y. Mühendis
Adli Bilişim Uzmanı

Vildan YİRMİBEŞOĞLU

Avukat

Mehmet Ali ÇERKEZ

Avukat

Levent MAZILIGÜNEY

Y. Mühendis, Hukukçu
Adli Bilişim Uzmanı

ANKESÖRLÜ/KONTÖRLÜ TELEFON ARAMALARI İSNATLI YARGILAMALAR ÜZERİNE TEKNİK VE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

İçindekiler

1. GİRİŞ	4
2. TEMEL TEKNİK KAVRAMLAR.....	5
2.1. Sayısal Veri ve Sayısal Delil Kavramı.....	5
2.2. Sayısal Verinin Kaynağı ve İliyet Bağı	6
2.2.1. Otomatik Numara Çevirme (War Dialing).....	7
2.3. Zaman Kaydı ve Zaman Damgası	10
2.4. Özet Veri (Üst Veri veya Metadata).....	10
2.5. Posta Kutusu ve Mektupla Haberleşme Örneği	12
2.6. Kablolu ve Kablosuz (GSM) İletişim Sistemleri Mimarisi ve İletişim Kayıtları	14
2.7. HTS Kayıtları ve Baz (Konum) Verileri.....	16
2.8. VOIP Sistemi.....	18
2.9. Ankesörlü Telefon	20
2.10. Ardışık ve Periyodik Arama.....	20
3. ÇAĞRI TONLAMA VE KURULUM SÜRESİ, ÇAĞRI OLUŞUMU.....	21
3.1. Tonlama Süresi	21
3.2. Çağrı (Aramanın) Kurulum Süresi	21
3.3. Ardışık İki Arama Arasında Makul Süre	23
3.4. İki Arama Arasındaki Süreye Göre Tanımlanan İmkânsızlıklar	23
3.4.1. Çakışan Zaman Aralığı.....	24
3.4.2. Teknik İmkânsızlık.....	24
3.4.3. İnsani İmkânsızlık.....	24
3.4.4. Mükerrer Kayıt.....	25
3.5. Rütbe/Kıdem Uyumu	25
4. DEVAM EDEN SORUŞTURMA/KOVUŞTURMA KAYITLARININ İNCELENMESİ.....	25
4.1. Bilirkişi Heyet Raporunun İncelenmesi	25
4.2. 1.571 arama kaydının incelenmesi	28
4.3. G... Büfe HTS Kayıtlarının İncelenmesi.....	29
4.4. G2... Büfe İddianame Kayıtlarının İncelenmesi	32
4.5. Muhtelif Soruşturma/Kovuşturmalarda Yer Alan Örnek Bireysel İncelemeler.....	32
4.6. Etkin Pişmanlıktan Faydalanma	34
5. HTS KAYITLARINDA YER ALAN PROBLEMLERİN OLASI NEDENLERİ.....	35

6. HUKUKİ DEĞERLENDİRME.....	36
6.1. Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi	36
6.1.1. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda alınması Açısından	36
6.1.2. İletişimin Tespiti Kayıtlarıyla İlgili Bilirkişi İncelemesi Yaptırılmasının Gerekliliği ..	42
6.1.3. Taraflarca Alınan Uzman Görüşünün Hukuki Değeri ve Önemi	44
6.1. Türk Ceza Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi	46
6.2. Elektronik Haberleşme Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi	48
6.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Konunun Değerlendirilmesi.....	52
6.4.1. Adil Yargılanma Hakkı Açısından	52
6.4.2. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi Açısından	56
6.4.3. Özel Yaşam ve Haberleşmenin Gizliliği Hakkı Açısından.....	57
6.4.4. Ayrımcılık Yasağı Açısından.....	58
7. SONUÇ VE ÖNERİLER	60

1. GİRİŞ

Ülkemizde Hizbullah operasyonları olarak bilinen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde yoğun olarak karşılaşılmaya başlanan “Dijital (Sayısal) Delil” kavramı kamuoyunda Ergenekon, Balyoz ve Askeri Casusluk olarak bilinen yargılamalarda yoğun bir şekilde tartışılmış ve önemli tecrübeler elde edilmiştir. Elde edilen en önemli tecrübe, bilgisayar bilimlerinin temel kavramlarından biri olan, verinin (data) her zaman anlamlı bilgi (intelligence) olmadığı olgusudur. Verinin bilgi olarak kabul edilebilmesi için iç ve dış tutarlılığının yanı sıra, anlamlı olması da gereklidir.

Sayısal ortamda depolanan veriler, istenilen şekilde; istenilen zamanı gösterecek, istenilen bilgiyi içerecek, istenilen içeriğe sahip olacak, istenilen kişi tarafından oluşturulduğu izlenimini verecek şekilde, herhangi bir kişi veya kişiler tarafından oluşturulabilir. Kamuoyunda “kumpas davaları” olarak anılan yargılamalarda sonradan üretilmiş (sahte) olduğu anlaşılan ve bilgi niteliği olmayan dijital verilerin delil olarak kabulü nedeniyle çok sayıda mağduriyetler oluşmuştur.

15 Temmuz 2016 sonrası FETÖ/PDY yargılamalarının merkezinde yer aldığını söylemenin yanlış olmayacağı ByLock mobil iletişim uygulamasının kullanıcı tespitleri ve yargılamalara etkisi konusunda uzman görüşü niteliğinde bir rapor 30 Mart 2018 tarihinde internet ortamında yayımlanmıştır. Söz konusu raporun ana fikrinin de ByLock kullanıcı tespitlerinde kullanılan sayısal verilerin bilgi ve delil niteliklerinin tartışılması olduğu söylenebilir. Sayısal deliller konusunda tecrübe birikimine rağmen bilgi niteliği olmayan sayısal verilerin delil olarak kabul edilmesi nedeniyle ByLock kullanıcı tespitlerinde hatalar yapılmış ve mağduriyetler oluşmuştur.

Birçok yargılamada sadece sayısal verilerin bilgi niteliklerinin kontrolüyle çok sayıda mağduriyete engel olunabileceği değerlendirilmektedir.

Son dönemlerde yoğunlaşan ve TSK personeli merkezli devam eden “ankesörlü/kontörlü arama” soruşturmalarında şüphelilerin belirlenmesi sürecinde faydalanılan kayıtlar da sayısal verilerdir. Bu rapor kapsamında Ankesörlü/Kontörlü telefon aramaları isnatlı yargılamalar üzerine teknik ve hukuki değerlendirmeler sunulmuştur. Temel amaç FETÖ/PDY’ye karşı yürütülen mücadelenin algılardan uzak, teknik ve hukuki bir zeminde olabildiğince şeffaf yürütülmesine ve olası mağduriyetlerin engellenmesine katkı sağlamaktır. Oluşan ve oluşması muhtemel mağduriyetler hem mücadele edilen tarafa fayda sağlamakta hem de ülkemizde hukuka olan güveni zedelemektedir.

ByLock Kullanıcı Tespitleri ve Yargılamalara Etkisi Üzerine değerlendirmeler isimli uzman görüşü niteliğindeki rapor, ayrı siyasi kültürlerden gelen alanında uzman kişilerin vicdani, bilimsel ve hukuki olarak doğru buldukları olgular etrafında ortak bir çalışma ortaya koymuş olmaları ve herhangi bir karşılık beklemezsizin çalışmalarını toplumun faydasına sunmaları açılarından örnek teşkil etmektedir. Bu çalışmanın da benzer bir örnek teşkil etmesi umulmakta ve benzer çalışmaların yaygınlaşmasının bir kültür haline gelmesi beklenmektedir.

Rapor, hukuk alanında çalışanları hedef kitle öngörerek hazırlanmıştır. Teknik tanımlar olabildiğince anlaşılır olarak ve sadeleştirilerek anlatılmaya çalışılmıştır. Rapor kapsamında hatalar olması muhtemeldir, olağandır. Konunun ilgili taraflarından gelecek düzeltmeler ve öneriler memnuniyetle karşılanacaktır. İlerleyen zamanlarda raporda eklemeler, eksiltmeler veya yeniden düzenlemeler olabilecektir.

İşbu çalışma genel bir uzman görüşü niteliğindedir ve ihtiyaç duyan her şüpheli/sanık veya vekilinin Cumhuriyet Savcılıkları veya Mahkemelere sunabilmeleri de amaçlanmıştır. Ancak bireysel dosyaların somut olay özelinde incelenmesi gereklidir.

Çalışmanın faydalı olacağı inancı ve umuduyla saygılarımızı sunuyoruz.

2. TEMEL TEKNİK KAVRAMLAR

15 Temmuz 2016 sonrası FETÖ/PDY yargılamalarının merkezinde yer aldığını söylemenin yanlış olmayacağı ByLock konusunda uzman görüşü niteliğinde bir rapor "ByLock Kullanıcı Tespitleri ve Yargılamalara Etkisi Üzerine Değerlendirmeler" (ByLock Raporu olarak anılacaktır) ismiyle 30 Mart 2018 tarihinde internet ortamında¹ yayımlanmıştır. Söz konusu raporun ilk bölümünde de Temel Teknik Kavramlar ve Değerlendirmeler ismiyle ve hemen hemen aynı konu başlıkları yer almaktadır. Bu rapor kapsamında ByLock Raporunda değinilmiş olan başlıklar büyük oranda tekrar edilmektedir. Sadece atıf yapmak yerine geniş özetlerle konuların tekrar edilmesinin nedeni, temel teknik kavramların hukuk çevrelerince yeterince içselleştirilmemiş olduğu endişesidir. Yapılan teknik hataların veya hukuken yanlış yorumlamalardan kaynaklanan hataların neden olabileceği mağduriyetler, toplumun hukuka olan güvenini zedelemektedir. Sayısal verilerin tekniğe ve hukuka uygun değerlendirilebilmesi, olası mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi için önemlidir.

2.1. Sayısal Veri ve Sayısal Delil Kavramı

Bilgisayar bilimlerinin en önemli temellerinden biri verinin (data) her zaman anlamlı bilgi (intelligence) olmadığı olgusudur. Verinin bilgi olarak kabul edilebilmesi için iç ve dış tutarlılığının yanı sıra, anlamlı olması da gereklidir².

Sayısal verinin bilgi niteliği taşıyabilmesi için bulunduğu ortamdaki diğer benzer veriyle tutarlı bir bütün oluşturması gereklidir. Buna iç tutarlılık da denebilir.

Benzer şekilde, verinin varsa dış ortamlarda yer alan diğer benzer verilerle de tutarlı olduğunun doğrulanması gereklidir. Buna da dış tutarlılık denebilir.

Bir sayısal kütüğün aynı zamanda bir veritabanı olduğu düşünülürse, bu veritabanına belirli şartlarla ve kurallarla erişildiği varsayıldığında anlamlı bilgi içerdiğinden emin olunabilir.

Dolayısıyla, verinin anlamlı bilgi olarak kabul edilebilmesi için aynı ortamda bulunan diğer benzer veriyle tutarlılık oluşturması, kararlı çalışan, güvenliği sağlanmış olan bir sistemde depolanması, bu sisteme belirli kurallar ve şartlarla erişimin sağlanması gereklidir. Tutarlılığına bakılan dış sistemdeki veriler de aynı özellikleri sağlamalıdır. Özetle, verilerin bilgi olarak kabulünün mümkün olabilmesi için hem incelenen hem kıyaslanan sistem kendi içinde tutarlı, diğer sistemle tutarlı ve anlamsallığı olan sistemler olması zorunludur.

ByLock Raporunun ana fikrinin ByLock kullanıcı tespitlerinde kullanılan sayısal verilerin bilgi ve delil niteliklerinin tartışılması olduğu söylenebilir. Sayısal deliller konusunda tecrübe birikimine rağmen bilgi niteliği olmayan sayısal verilerin delil olarak kabul edilmesi nedeniyle ByLock kullanıcı tespitlerinde hatalar yapılmış ve mağduriyetler oluşmuştur.

Birçok yargılamada sadece sayısal verilerin bilgi niteliklerinin kontrolü ve bilgi niteliği olmayan verilerin delil olarak da kabul edilmemesi yoluyla çok sayıda mağduriyete engel

¹ <https://koray.peksayar.org/bylock-kullanici-tespitleri-ve-yargilamalara-etkisi-uzerine-degerlendirmeler/>

² Veri-bilgi ilişkisi ve verinin bilgi olma şartlarının anlaşılması için ByLock Raporu 2.1. bölümünde verilen "Muhasebe Yazılımı" örneğinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

olunabileceği değerlendirilmektedir. Bilgi niteliği olmayan bir verinin delil niteliğinden bahsedilemeyeceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Ankesörlü/kontrollü arama nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda bağlantılı ve ilgili kayıt tutan iki ayrı operatör (Türk Telekom ve aranan GSM operatörü) söz konusudur. Her iki operatörün kayıt ve depolama sistemlerinin anlamlı olması, kayıtların kendi içlerinde ve birbirleriyle tutarlı olmaları sayısal veriler olan arama kayıtlarının bilgi niteliklerinin, dolayısıyla delil niteliklerinin bulunduğunu söylemek için zorunludur.

2.2. Sayısal Verinin Kaynağı ve İlliyet Bağı

Sayısal verilerle ilgili iki tür illiyet bağı söz konusudur. İlki sayısal verinin şüpheli ile illiyet bağı, diğeri ise sayısal verinin isnat edilen suçla illiyet bağıdır. Şüpheli ile illiyet bağı kesin olmadan isnat edilen suçla illiyet bağının tartışılması anlamlı olmayacaktır. **Açıklanan tüm teknik hususlar ve örnekler ve ileride belirtilecek değerlendirmeler esasında sayısal delilin illiyet bağının önemini ortaya koymaktadır. Sayısal verilerin delil olarak kullanılabilmesi illiyet bağının tam olarak kurulabilmesiyle mümkündür.**

Sayısal ortamda depolanan veriler, istenilen şekilde; istenilen zamanı gösterecek, istenilen bilgiyi içerecek, istenilen içeriğe sahip olacak, istenilen kişi tarafından oluşturulduğu izlenimini verecek şekilde, herhangi kişi ya da kişiler tarafından oluşturulabilir.

Bu sebeple oluşturulmuş her sayısal verinin aidiyeti, kullanıcı tarafından kullanıldığı bilinen bir bilgisayar kütüğünde kayıtlı bulunsa bile, denetlenebiliyor ve kaynağı incelenerek açıklanabiliyor olmalıdır. Örneğin; internete bağlı bir bilgisayarda bulunabilecek bir resim dosyasının kullanıcının normal kullanıcı davranışları dâhilinde gezdiği bir web sitesindeki bir reklamdaki kaynaklanması olasıdır.

Dışarıya açık ağlarla bağlantılı sistemlerde kullanıcı istemi dışında durumlar da oluşabilir. Buna örnek olarak kullanıcının bir uygulama yazılımında var olduğunu bilmediği ve bilmesine imkân olmayan program hatasının 3. şahıslarla tespit edilerek bu program hatasının sebep olduğu zafiyetin kullanılmasıdır.

Kullanıcı istemi dışında oluşan durumların bir diğer örneği de, görünür işlevinden başkaca amaçlar taşıyan kötü amaçlı yazılımların sistemde çalışmasıyla ortaya çıkar. Örneğin, bir oyun ya da ekran koruyucu olarak çalışan bir yazılım, çalıştığı sistemde bir arka kapı açarak bu sistemin kullanıcının bilgisi dışında dışarıdan kontrol edilmesine, sistemden dosya indirilmesine ve sisteme dosya yüklenmesine olanak sağlayabilir.

Salt okunur ve arşiv niteliği olan (CD, DVD gibi) kütüklerin oluşturulduğu sistemlerin bilgi işlem cihazları olmaları sebebiyle içlerindeki dosyalarda bu çeşit yazılımların ve diğer başka izlerin bulunması da mümkündür.

Kullanıcı istemi dışında farklı uygulama veya sitelere yönlendirmeler de illiyet bağını bozan bir etken olacaktır. Kamuoyuna yansıyan haliyle ByLock sunucu IP'lerine kullanıcı istemi dışında yönlendirme yapan Morbeyin uygulamaları (8 ayrı uygulama) veya Namaz Vakitleri ve Kible Pusulası gibi uygulamalar nedeniyle tespit edilen **bağlantı talebi kayıtlarında da illiyet bağı tamamen ortadan kalkmıştır.** Hâlihazırda 10 ayrı uygulamanın ByLock sunucularına kullanıcı isteği dışında yönlendirme yaptığı tespit edilmiştir. 10 ayrı tuzak yönlendirme uygulamasının tespit edilmiş olması 11'inci, 12'nci tuzak yönlendirme uygulamasının olmadığı anlamına gelmez.

Yalnızca bir önceki başlıkta açıklandığı şekliyle sayısal verinin bilgi niteliği kontrol edilmiş ve bilgi niteliği olmayan verilerin delil niteliğinin olmayacağı gerçeği ile soruşturma ve kovuşturma dosyaları yürütülmüş olsaydı, Morbeyin mağduriyetlerinin ve kamuoyunda sıklıkla gündeme gelen operatör kayıt hatalarından kaynaklı mağduriyetlerin oluşmayacağı açıktır. Mağdur olan 11480 kişinin tamamı operatör kayıtlarına göre ByLock uygulaması IP'lerine bağlantı talebinde bulunmuş görünmekteydiler. İlliyet bağına kesen tuzak yönlendirmeler operatör kayıtlarına göre aynı durumda olan hemen herkes için söz konusu olabileceği gibi, illiyet bağına kesen ve henüz tespit edilmemiş başkaca tuzaklar veya hatalar olması da mümkündür. Bu bariz örnek **tamamı tutarlı olsa dahi tek bir kaynaktan elde edilen operatör kayıtlarının, bağlantılı bir başka anlamlı kaynaktan alınan ilgili verilerin tutarlığı kontrol edilmeden kullanılmasının yanlışlığını ortaya koymaktadır.**

Sayısal verilerde kaynak belirsiz olduğunda ya da şüpheli ile illiyet bağı kesildiğinde, veri bir anlam ifade etmeyecektir. Ankesörlü/kontrollü telefon aramaları nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda arama kayıtları ile önce şüphelinin sonra da isnat edilen suçun illiyet bağı kesinleştirilmelidir.

Ankesörlü/kontrollü arama konulu soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheliler arananlardır. ByLock'ta olduğu gibi şüpheliden çıkışı olan bir çeşit iletişim kaydı değil, şüpheliye yönelen bir çeşit iletişim kaydı söz konusudur. Şüphelinin pasif durumda olduğu ve bir başka deyişle maruz kaldığı bir arama kaydında şüpheliyle ve isnat edilen suçla illiyet bağına kurulması çok daha fazla önem arz etmektedir.

Arama kayıtlarında şüpheli ile illiyet bağına tam olarak kurulabilmesi için öncelikle Türk Telekom ve GSM operatörlerine ait sistemlerin anlamlılığının kontrol edilmesi gereklidir. Anlamlılık olmadığı durumlarda genellikle iç ve dış tutarlılık da sağlanamaz. Kayıt ham verilerinin işlenmesi esnasında veya sonrasında dışarıdan müdahaleye açık olan bir sistemlerde veya süreçlerde illiyet bağı şüpheli hale gelecektir. Kayıtlarda varsa iç tutarsızlıkların dış müdahale/manipülasyon nedeniyle oluşma ihtimali de dikkate alınmalıdır.

Kamuoyunda Morbeyin genel adıyla bilinen tuzak yönlendirme uygulamalarındaki tuzak ve illiyet bağına bozulma nedeni, kişinin IP numarası ile ByLock uygulaması IP numarası arasında bir bağlantı talebi gerçekleştirerek, olmayan bir bağlantının gerçekte var olmuş gibi gösterilmesidir. Ankesörlü/kontrollü aramada da arayan kişilerin rastgele veya bilinçli olarak başka kişileri aramasının yanı sıra bilinen teknik yöntemler de mevcuttur.

2.2.1. Otomatik Numara Çevirme (War Dialing)

Türkçeye "otomatik numara çevirme" şeklinde çevrilen "war dialing" isimli bir yöntem halen yaygın olarak kullanılmaktadır. Sistem hırsızları (kötü amaçlı hackerlar) tarafından 1970'li yıllarda keşfedilen yöntemin birincil amacı modem hatlarını bulmak ve bu hatlardan firma ve kurumların elektronik sistemlerine sızmadır. 1990'lı yıllarla ticari amaçlarla da kullanıldığı bilinen bu yöntemle pratikte aynı ancak teknik olarak daha gelişmiş benzer yöntemleri günümüzde çok sayıda kurum/kuruluş reklam veya bilgilendirme amaçlı olarak kullanılmaktadır.

Bu yöntemde basit bir bilgisayar programı (kod) ile tanımlanan listede yer alan numaralar, tanımlanan çağrı süresinde olacak şekilde otomatik olarak aranabilmektedir. Modemlerin aynı zamanda ses iletim araçları olarak da çalışması mümkün olduğundan, önceden

kaydedilmiş bir sesin aranan tarafa dinletilmesi ve örneğin bir çağrı merkezinden aranıyormuş izlenimi oluşturulması da mümkündür.

Söz konusu yöntemin uygulandığı örnek bir program tasarımı Adli bilişim Uzmanı T. Koray PEKSAYAR tarafından hazırlanmış ve aşağıda sunulmuştur.

Sistemin öğeleri:

1-Program kodu

2- Aranacak telefon numaraları listesi: “;” ile ayrılmış bir listedir. “;” işaretinin solunda telefon numarası, sağında ise çağrının süresi yer almaktadır.

3- Linux işletim sistemi.

4- Bilgisayara “/dev/ttyS0” portunda (DOS/Windows’a göre COM!:) bağlı modem olarak sıralanabilir.

Aranacak telefon numaraları listesi örnek teşkil etmesi açısından aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

```
05321234567;97
05051234567;51
05051234568;13
05051234569;53
05051234570;84
05051234571;100
05051234572;81
05051234573;24
05051234574;30
05051234575;80
05051234576;36
05051234577;85
05051234578;55
05328954878;81
05328954879;92
05328954880;34
05328954881;64
05328954882;66
05328954883;11
05328954884;35
05328954885;80
05328954886;15
05328954887;57
```

Resim 1: Otomatik numara çevirme kodu aranacak telefon listesi örneği

Otomatik numara çevirme örnek program kodu aşağıda sunulmuştur.

```
<?php
$modem_port="/dev/ttyS0";
$lines=file_get_contents("wardialer.txt");
$lines=explode("\n",$lines);
$n=0;
$total_time=0;
foreach($lines as $line){
    if(strlen($line)>12){
        $line_split=explode(";", $line);
        $phone=$line_split[0];
        $wait=$line_split[1];
        echo "$phone aranıyor. Çağrı $wait saniye sürecek.\n";
        $hayes_command="echo ATZ > $modem_port";
        $hayes_command.="echo ATD $phone > $modem_port";
        exec($hayes_command);
        sleep($wait);
        exec("echo ATH > $modem_port");
        $n++;
        $total_time=$total_time+$wait;
    }
}
echo "$n adet telefon numarası arandı\nToplam çağrı süresi $total_time saniye.\n";
?>
```

Resim 2: Otomatik numara çevirme örnek program kodu

Örnek kodun çalıştırılması sonrasında oluşan program çıktısı ise aşağıda sunulmuştur.


```
05321234567 aranıyor. Çağrı 97 saniye sürecek.
05051234567 aranıyor. Çağrı 51 saniye sürecek.
05051234568 aranıyor. Çağrı 13 saniye sürecek.
05051234569 aranıyor. Çağrı 53 saniye sürecek.
05051234570 aranıyor. Çağrı 84 saniye sürecek.
05051234571 aranıyor. Çağrı 100 saniye sürecek.
05051234572 aranıyor. Çağrı 81 saniye sürecek.
05051234573 aranıyor. Çağrı 24 saniye sürecek.
05051234574 aranıyor. Çağrı 30 saniye sürecek.
05051234575 aranıyor. Çağrı 80 saniye sürecek.
05051234576 aranıyor. Çağrı 36 saniye sürecek.
05051234577 aranıyor. Çağrı 85 saniye sürecek.
05051234578 aranıyor. Çağrı 55 saniye sürecek.
05328954878 aranıyor. Çağrı 81 saniye sürecek.
05328954879 aranıyor. Çağrı 92 saniye sürecek.
05328954880 aranıyor. Çağrı 34 saniye sürecek.
05328954881 aranıyor. Çağrı 64 saniye sürecek.
05328954882 aranıyor. Çağrı 66 saniye sürecek.
05328954883 aranıyor. Çağrı 11 saniye sürecek.
05328954884 aranıyor. Çağrı 35 saniye sürecek.
05328954885 aranıyor. Çağrı 80 saniye sürecek.
05328954886 aranıyor. Çağrı 15 saniye sürecek.
05328954887 aranıyor. Çağrı 57 saniye sürecek.
23 adet telefon numarası arandı
Toplam çağrı süresi 1324 saniye.
```

Resim 3: Otomatik numara çevirme örnek program çıktısı

Otomatik numara çevirme program kodunun çalıştırılması sonucunda ekran resminde görülen 23 telefon aranarak, aranan telefon numaraları cevap verdiğinde her bir numara için programda ve çıktıda belirtilen süre kadar olmak üzere toplam 1324 saniye görüşme yapılmış olacaktır.

Bu durumda iletişim tespit tutanaklarında da ilgili süreler kadar görüşme yapılmış şeklinde kayıt oluşacaktır.

“Otomatik numara çevirme” yöntemine ilave olarak gerçekte var olan veya sahte herhangi bir telefon numarasından arıyor görünerek karşı tarafın aranması mümkündür. Bu tür aramalar için uygulamalar veya birtakım internet sitelerinde programlar mevcuttur. Söz konusu uygulama ve sitelerin adını burada belirtmeyi uygun bulmamakla birlikte basit bir internet araması ile bulunabileceği söylenebilir. Bu tür aramalar genellikle internet üzerinden yapıldığından operatörlere yansıyan arama kaydı tek taraflı olarak görülebilir.

Ayrıca, operatörlerin alt işletmecilerinin aradıkları tarafa istedikleri telefon numarası gösterme şeklinde hakları ve uygulamaları olduğu da bilinmektedir.

Ankesörlü/kontörlü arama dosyalarında yer alan arama kayıtlarının genellikle 2010 yılına kadar geriye gittiği görülmektedir. Ancak, 2010 yılından bu yana kullanılan bir yöntemin 15 Temmuz 2016 hain darbe girişimi sonrası itirafçı ifadeleriyle tespit edilmiş olması gerçekçi görünmemektedir. Devletin istihbarat birimlerince tespiti edilmiş olsun veya olmasın, FETÖ/PDY'nin veya herhangi bir başka örgütün de kullandıkları tüm iletişim yöntemlerinde perdeleme veya suyu bulandırma olarak tabir edilen ve ByLock Morbeyin tuzak yönlendirmelerinde net olarak görüldüğü şekilde davranma ihtimali dikkate alınmalıdır.

Sayısal verilerde kaynak belirsiz olduğunda ya da şüpheli ile illiyet bağı kesildiğinde, verinin bir anlam ifade etmeyeceği unutulmamalıdır. Arama kaydının şüpheli ile olan illiyet bağı kesinleştirildikten sonra, isnat edilen suçla illiyet bağının somutlaştırılması ve kesinleştirilmesi de zaruridir.

2.3. Zaman Kaydı ve Zaman Damgası

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda da bir sayısal verinin, temin edildiği zamanın ve değişmezliğinin sağlanması için ne gibi önlemler alınması gerektiği, özellikle zaman damgasından bahsedilen bölümlerde yer almaktadır. Elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu'nun 3. maddesinde "Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri" olarak tanımlanmıştır.

Zaman Damgası ise aynı madde kapsamında, "Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıt" olarak tanımlanmıştır. Zaman damgası elektronik ortamda her türlü belge ve sözleşme gibi önemli elektronik verilerin, belirli bir zamandan önce var olduğunu kanıtlamak için kullanılır.

Zaman damgası, özellikle bir kütükten elde edilen verilerin başka bir ortamdaki verilerle dış tutarlılığının kontrolünde son derece önemlidir. Özellikle zamana bağlı olarak değişebilen verilerin kontrolünde zaman damgası tutarlılık kontrolünün olmazsa olmazı sayılabilir. IP adresleri büyük çoğunlukla dinamik (değişken) oldukları için, IP ve internet ortamı bağlantılı verilerin kontrolünde de zaman damgası önemlidir. Zaman damgası aynı zamanda adli imaj alınması ve inceleme aşamalarında da önemlidir.

Ankesörlü/kontrollü dosyalarında ise şüphelinin hem Türk Telekom hem de ilgili GSM operatörü kayıtlarının karşılıklı tutarlı olmasının önemi ve gerekliliği yukarıda açıklanmıştır. **Hem kayıtların dışarıdan müdahalelere kapalı olduğunun hem de karşılıklı tutarlılığının kontrol edilebilmesi için hem Türk Telekom hem de GSM operatörü kayıtlarının sayısal imzalı ve zaman damgalı olması gereklidir.**

2.4. Özet Veri (Üst Veri veya Metadata)

Üst veri, en kolay anlaşılabilir haliyle; bir veri bütünü ya da bir dosya hakkındaki veridir. Üst veriler teknik olarak 3 şekilde bulunurlar:

i. **Bağımsız üst veri:** Veriyi oluşturan uygulama yazılımı tarafından oluşturulan, veri bütünü oluşturulan dosya içeriğindeki değişiklikler, yorumlar, dipnotlar gibi, insan tarafından anlaşılabilen, çeşitli öğeleri saklayan üst veridir.

ii. **Sistem üst verisi:** İşletim sistemleri ya da dosyalama sistemleri tarafından oluşturulan, dosya sistemi, veritabanı gibi yapılarda tutulan, veri bütünü oluşturulan dosyanın diskteki konumu, oluşturulma, değişiklik, erişim ve kullanıcı sahipliği gibi verilerini saklayan üst veridir.

iii. **Gömülü üst veri:** Veriyi oluşturan uygulama yazılımı tarafından oluşturulan, veri bütünü oluşturulan dosya hakkındaki dosyayı oluşturan kullanıcı, değişik yapan kullanıcı, uygulama adı, içeriğindeki metin miktarı, oluşturulma tarihi, resim dosyaları için resim çözünürlüğü, oluşturan cihaz gibi verileri saklayan üst veridir.

Bu 3 üst veri tipi de farklı kategorilerde, veri bütünüün özet bilgisini sağlar. Özet bilgi hiçbir koşulda "içerik" bilgisi taşımaz. Örneğin, herhangi bir metin (Word) belgesinin özet

bilgilerinden içeriğiyle ilgili herhangi bir bilgi elde edilemeyeceği için, bilgisayarında her metin belgesi olan kişinin “darbe planı” yapmaktan yargılanması anlamsız olacaktır.

Bir dosyanın gömülü üst verileriyle sistem üst verileri arasındaki tutarlılık, dosyanın geçerli veri içerip içermediği ve dosya üzerinde yapılan işlemler hakkında ipucu sağlar.

Elektronik ortamda saklanan her veri gibi, üst veri içeren dosyalar da uzman olan ya da olmayan kişilerce, istenilen şekilde; istenilen zamanı gösterecek, istenilen bilgiyi içerecek, istenilen içeriğe sahip olacak, istenilen kişi tarafından oluşturulduğu izlenimini verecek şekilde, oluşturuldukları uygulama yazılımları (Word, Excel, PowerPoint gibi) kullanılarak oluşturulabilir ve değiştirilebilir.

Microsoft Office ve Microsoft Office ile uyumlu diğer (OpenOffice.org, LibreOffice, AbiWord gibi) programlar kullanılarak bir dosya üzerinde çalışılırken kullanıcı adı, firma gibi bilgilerin program ayarlarında değişiklik yapılarak dosyanın hiç bir hata almadan kaydedilebildiği bilinmektedir. Aynı şekilde dosyaların istatistik bilgileri de hiç bir hata alınmadan sıfırlanabilmektedir.

Dosyalarda yapılan değişiklik işlemi herhangi bir ikili sayı düzeni düzenleyicisiyle de (binary editor) mümkündür. Bu değişiklikler var olan bir dosyanın üst verilerini saklayan bölümlerinin sıfırdan oluşturularak dosyaya yerleştirilmesiyle de mümkündür.

Office uygulamaları tarafından oluşturulan dosyalarda, Microsoft Office ve Microsoft Office ile uyumlu diğer programlarda söz konusu değişikliklerin yapılmasını engelleyen bir koruma mekanizması bulunmamaktadır. Bu tip dosyalarda kullanılacak tek koruma yöntemi parola kullanımudur. Fakat parola korumalı dosyaların üst verilerinin de uzman yöntemlerle değiştirilebileceği bilinmektedir.

Ayrıca ilgili uygulama yazılımları (Word, Excel, Powerpoint gibi) kullanılmadan dosyalar üzerinde değişikliğe olanak sağlayan birçok yazılım bilinmektedir.

Üst veri içeren dosyalardaki üst verilerin kolayca oluşturulması ve değiştirilmesi mümkün olduğundan, bu üst verilerden elde edilen bilgilerin sadece güvenilir bir sistem ya da kaynaktan sağlandığına emin olunması şarttır.

Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için, bu bilgilerin geçerli ve gerçek bilgiler olduğunun sağlanmasının yapılabilmesi için kullanılacak, dosyaların oluşturuldukları düşünülen bilgi işlem sisteminden ya da ağından elde edilmesi olası, ikincil veriye ihtiyaç vardır.

Dosyaların kendisini oluşturan bilgisayarın noksan olduğu durumlarda üst verilerden elde edilen bilgilerin yorumlanması teknik olarak imkânsızdır ve dolayısıyla tek başlarına sağlıklı, tutarlı ve güvenilir delil olarak kullanılmaları mümkün olmayabilir.

Özet veri kavramı ByLock raporunun 2.6 bölümünde açıklanmış ve operatör CGNAT kayıtlarının bir çeşit özet veri olduğu belirtilmişti. Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesinin kamuoyuna yansıyan çok sayıda bozma kararında bu teknik ve hukuki gerçekliğe atıf yapılması memnuniyet vericidir. ByLock raporunda belirtildiği gibi, **kullanıcı tespitleri açısından önemli olan husus, operatörler tarafından tutulan CGNAT kayıtları bir çeşit üst veridir. Benzer şekilde, operatörlerce tutulan ve genel isimlendirmeye HTS (Historical Traffic Search) olarak bilinen arama-aranma-mesaj alma-mesaj gönderme kayıtları da içerik**

bilgisinden mahrum özet verilerdir. Dolayısıyla, delil olmaktan ziyade emare (iz, belirti) olarak nitelenmeleri gereklidir.

Nihayetinde özet veri olan kayıtlar doğru tutulmuş olsa dahi, operatör, TİB/BTK veya erişebilecek/müdahale edebilecek başka kurum ve kuruluşlarda görevli art niyetli kişilerin bulunması veya kurumlar dışından bu alanlarda uzman olan başkaca art niyetli kişilerce kayıtlara müdahale edilip edilmediği, edildiyse bunun kontrolünün nasıl sağlanabileceği konusu tartışılmalı ve şüpheye yer vermeyecek şekilde netleştirilmelidir. İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin kamuoyunda “Balyoz davası” olarak bilinen 2014/188 Dosya No ve 2015/143 Karar No.lu Gerekeçeli Kararında üst verilerin delil niteliği bilirkişi görüşleri de dikkate alınarak değerlendirilmiş ve detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Üst verilerin tek başına delil niteliği olamayacağına dair yeterli açıklamaların yer aldığı söz konusu yargılamada verilen kararla Balyoz davası sanıklarının tamamı beraat etmiştir.

Teknik olarak müdahaleye açık olan, veri bütünlüğü ve doğruluğu açısından hatalı olduğu örnekleri ile bilinen operatör kayıtlarının delil niteliğinin bu açıdan da tartışılması gereklidir. Ayrıca, içerik bilgisi veya öngörülen içeriğe uyumlu eylem olmaksızın isnat edilen suç ve niteliğinin soyut olacağı değerlendirilmektedir.

2.5. Posta Kutusu ve Mektupla Haberleşme Örneği

Teknik konuların örnekler üzerinden açıklanması, teknik konulara yabancı kişilerce anlaşılabilmesi açısından faydalı olmaktadır. Açıklamada kullanılan örneklerde yaygın algıların etkisinden kurtulabilmek için dosyalara konu olaylar yerine, olay örgüsü benzer olan farklı kavramların kullanılması da anlaşılmayı kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle “Posta Kutusu ve Mektupla Haberleşme” örneği üzerinden ankesörlü/kontörlü arama konulu dosyalar açıklanmaya çalışılmıştır.

Ülke çapında posta servisi hizmeti veren firmalar olduğunu varsayalım. Posta Servisi Firması-1 (PSF1) ve PSF2, kişiler arasında mektup alışverişini sağlıyor. Ancak mektuplar doğrudan kişilere değil, mektubun alıcısı olan karşı tarafın hizmet aldığı firmaya iletiliyor. Her iki firma da gönderilen ve alınan mektupları üzerlerinde yer alan gönderici ve alıcı bilgilerini, gönderme ve teslim alma bilgilerini de içerecek şekilde kendi sistemlerinde (bilgisayar ortamlarında) kaydediyorlar. PSF1 ülke genelinde posta kutuları oluşturma tekeline sahip ve hemen her işlek köşe başına, kurum veya kuruluşa yerleştirdiği posta kutularına gönderici bilgisi olmaksızın (anonimlik sağlayarak) mektup kabul ediyor. Mektuplar alıcılara PSF2 üzerinden ulaştırılıyor ancak Gönderici kayıtlarında mektubun bırakıldığı Posta kutusuna verilen numaralar yer alıyor. PSF1 firması posta kutularını günde ortalama birkaç yüz kişinin kullandığı biliniyor. Her iki firmanın kayıtları mevzuatta belirtilen süre kadar saklama zorunluluğu var ve bu kayıtlar temin edilebiliyor. Posta firmalarının faaliyetlerini kontrol eden, düzenleyici ve denetleyici bir Devlet kurumu ise söz konusu kayıtları belirli aralıklarla talep ediyor ve kendisi de saklıyor.

Devletin ilgili ve yetkili birimleri bir suç örgütünün yöneticilerinin üyeleriyle anonimlik sağlayan posta kutularından gönderdikleri mektuplar yoluyla iletişim kurduğunu, üyelere talimatlar aktardığını tespit ediyor. Devletin yetkili birimlerinin görevi temin edilen istihbari bilgi sonrasında hukuka uygun yöntemlerle örgüt üyelerini tespit etmek ve yargı önüne

çıkarmaktır. Örgüt üyelerinin tespiti için Devletin yetkili birimleri posta firmalarının sistemlerinde tuttıkları kayıtlardan faydalanabilir. Yapılacak tespitlere yönelik farklı ihtimaller üzerinde sayısal veri, bilgi ve delil kavramları tartışılacaktır.

Her iki firmanın kayıtlarının da sayısal veri olduğunda şüphe yoktur. Sayısal veri olduğu için öncelikle bilgi niteliklerinin kontrol edilmesi gereklidir. Sayısal verilerin bilgi niteliğine sahip olması için her iki sistemin anlamlı sistemler olduğunun yani kararlı çalışan, güvenliği sağlanmış olan bir sistemde depolanması, bu sisteme belirli kurallar ve şartlarla erişimin sağlanıyor olması gereklidir. Bu kontrol yapıldıktan sonra her bir kaydın kendi içinde tutarlılığı kontrol edilmelidir.

Öncelikle özet veri kavramını açıklamak faydalı olacaktır. Her iki firma kaydı da her açıdan uygun ve tutarlı olsa, mektubun kendisi yani iletişimin içeriği olmadan elde edilecek tüm kayıt bir özet veriden ibarettir. Elde edilen kayıtla, içeriğinde örgütsel bir talimat mı verildi, hayatın olağan akışında bir iletişim mi, yoksa bir aşk mektubu mu olduğunu kesin olarak bilmek mümkün değildir. Öngörülen (tahmin edilen) bir içerik varsa doğruluğu iletişim sonrası somut eylemlerle anlaşılabilir bir husustur. Dolayısıyla, her türden özet verinin ceza muhakemesinde bir emare (iz, belirti) olarak kabulünün zorunluluk olduğu ve somut eylemler içeren delillerle desteklenmeden suç isnadına yeterli olmayacağı açıktır.

Firmalardan birinin kayıtlarında tutarsızlık olması veya hayatın olağan akışına aykırı durumlar olması halinde kayıtların tamamının şüpheli hale geleceği unutulmamalıdır. Örneğin, kayıtlarda birbirini takip eden mektupların yine kayıtlarda belirtilen tarih ve zamanlarda alıcılara ulaşması için postacının aynı anda birden fazla yerde olması gerekiyorsa, bu durumun fiili imkânsızlık içerdiği açıktır. Fiili imkânsızlık halleri tutarlılığa dikkat edilmeksizin gerçekleştirilen bir manipülasyona işaret edebilmektedir.

Sistem üzerindeki bir açıktan faydalanılmak suretiyle sistem güvenliği aşılarak, parolası elde edilerek ya da zaten kullanıcı girişi yapılmış olan bir sisteme veri kaydedilerek yapılan işlemlerde de ortaya çıkan sonuç verinin tutarsızlığıdır.

Benzer şekilde, bir firmada mektubun gönderilme kaydı var; ancak diğer firmada alınma kaydı yoksa mektubun gönderilip gönderilmediği belirsizdir. Bu tür bir verinin de bilgi niteliği olmadığı açıktır.

Her iki firma kayıtları tutarlı ancak her iki firmada da gönderici posta kutusu numarası yani anonim iken, alıcı gerçek kişi ise, hem gönderenin belli olmaması hem de kaydın her koşulda özet veri olması nedenleriyle suç isnadı için yeterli olmayacağı açıktır. Gönderenin tespiti için kamera görüntüsü veya baz istasyonu kaydı gibi kullanılabilir her türlü verinin değerlendirilmesi ve verinin emare olarak kabulü için bilgi niteliğinin sağlanması zaruridir. Emare olarak kabul edilebilecek bilgi niteliğindeki sayısal veriler somut eylem içeren delillerle desteklenmelidir.

Elde edilen kayıtlar düzenleyici ve denetleyici kurumdan temin ediliyorsa, firmaların ham verileri değil, işlenmiş veriler söz konusudur. İşlenmiş verilerin yeniden işlenerek dava dosyalarına dâhil edildiği durumlarda verilerin her aşamada değişmeden korunduğunun ispatı için tüm veri işleme ve aktarmalarının sayısal imza ve zaman damgasıyla yapılması da zorunludur. Sayısal imza ve zaman damgası olmadan verilerin şüpheli olacağı dikkate alınmalıdır.

Can alıcı sorulardan biri şudur: Devletin yetkili birimleri posta kutuları yoluyla mektup göndererek örgüt içi iletişim sağlandığını tespit ediyor; ancak söz konusu mektup kayıtlarını tutan firmalar içinde, daha da vahim olmak üzere firmaların kayıtlarını toplayan ve muhafaza eden düzenleyici ve denetleyici kurum içinde aynı örgüt mensuplarının yerleştiğini, tüm kayıt sistemlerine uzunca bir süre erişim yetkisine sahip olduklarını öğreniyor. Bu kayıtlara somut eylem içerikli delillerle desteklenmeden nasıl güvenilecektir?

Örgüt yöneticilerinin bir mektup üyeye gönderirken bir veya birkaç boş veya anlamsız mektubu örgütle bağlantısı olmayan kişilere göndererek gerçek üyeleri perdelemesi, olası bir tespit durumunda suyu bulandırmasının mümkün olmasının yanında; her türlü kayıt sistemine erişim yetkisine sahip olan örgüt üyelerinin kayıtlarda yapabilecekleri manipülasyonun sınırı yoktur.

Sayısal ortamda depolanan veriler, istenilen şekilde; istenilen zamanı gösterecek, istenilen bilgiyi içerecek, istenilen içeriğe sahip olacak, istenilen kişi tarafından oluşturulduğu izlenimini verecek şekilde, herhangi bir kişi veya kişiler tarafından oluşturulabilir.

Açıklanan örnek ve temel teknik kavramlardan hareketle, ankesörlü/kontrollü arama isnatlı dosyalara eklenen arama kayıtları olan sayısal verilerin bilgi, dolayısıyla emare niteliğinin olması için;

- i. Türk Telekom ve GSM operatörleri kayıt ve depolama sistemlerinin anlamlı (kararlı çalışan, güvenliği sağlanmış olan bir sistemde depolanması, bu sisteme belirli kurallar ve şartlarla erişimin sağlanıyor) olması,
- ii. Düzenleyici ve denetleyici kurum olan BTK (eski TİB) kayıt ve depolama sistemlerinin anlamlı olması,
- iii. Türk Telekom ve GSM operatörü kaynaklı kayıtların kendi içinde tutarlı olması,
- iv. Türk Telekom ve GSM operatörü kaynaklı verilerin karşılıklı tutarlı olması gereklidir.

2.6. Kablolu ve Kablosuz (GSM) İletişim Sistemleri Mimarisi ve İletişim Kayıtları

Rapor kapsamında kablolu ve kablosuz iletişim sistemleri mimarisinin detaylı olarak açıklanmasına gerek bulunmamaktadır. Söz konusu yargılamalarda görev alan yargı mensupları ve müvekkilleri olan avukatların da bu konuları detaylı bilmelerine gerek yoktur. Bilinmesi gereken iki temel konu bulunmaktadır. İlki telekomünikasyon mimarisi son derece karmaşıktır ve yalnızca telefonlardan değil çok sayıda alt sistem ve unsurdan oluşmaktadır. Kablolu ve kablosuz hizmet sunan farklı operatörlerin her birinin kendi sistemi mevcuttur ve düşük oranda bir ortak altyapı kullanımı söz konusudur.

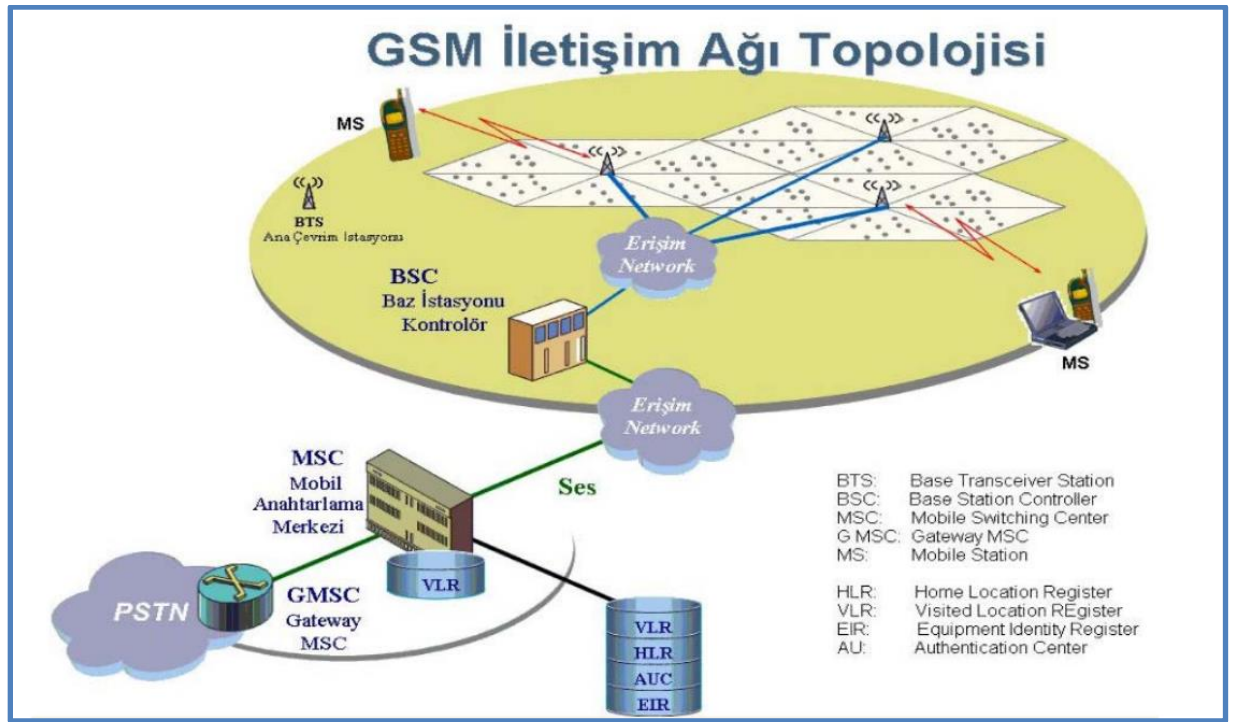
Sabit ve mobil aboneler bağlı oldukları operatörlere ait santral ve baz istasyonu üzerinden operatör çekirdek ağ altyapısına bağlanırlar. Çekirdek ağ altyapısı aracılığıyla aboneler dış dünya ile ses ve veri haberleşmesi sağlanmaktadır.

GSM (Global System for Mobile Communications) Mimarisi temel alt sistemleri Mobil İstasyon (Mobile Station) (Cep Telefonu), Baz İstasyonu Alt Sistemi (Base Station Subsystem) ve Şebeke Anahtarlama Alt Sisteminden (Network Switching Subsystem) oluşur.

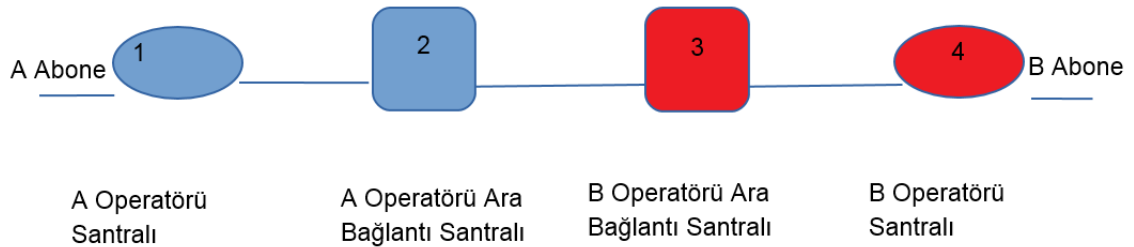
Yalnızca fikir vermesi açısından örnek bir GSM Mimarisi (İletişim ağı Topolojisi) aşağıda Resim 4'de sunulmuştur. Bu gösterimde GPRS (General Packet Radio Service) ve UMTS (Universal Mobile Telecommunications Service) sistemleri dâhil değildir.

Söz konusu karmaşık ve birbirine bağlı çok sayıda alt sistemden oluşan yapılarda zaman zaman hatalar oluşması olağandır. Bu nedenle kablolu ve kablosuz iletişim sektöründe faaliyeti olan operatörler için hizmet standartları³ yüzdelik dilimler üzerinden belirlenir. Ortak altyapı kullanmayan operatörlerin aboneleri arasında iletişim talebi olduğunda iki ayrı operatörün sistemleri de sürece dâhil olurlar ve hata ihtimallerinin artması da olağandır.

İki ayrı operatör arasında bağlantılar ara aktarma santralleri (sistemleri) ile sağlanır. İki ayrı operatör ve bağlantı santralleri basit şematik gösterimi Resim 5'de sunulmuştur. Bu santrallerin her birinde kendine özgü kayıtlar tutulmaktadır.



Resim 4: GSM Mimarisi Basit Şematik Gösterimi



Resim 5: Operatörler Arası Bağlantı Hizmeti Basit Şematik Gösterimi

³ Örneğin: Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği

Ankesörlü/kontrollü arama isnatlı yargılamalarda “1” no.lu operatörü Türk Telekom, “2” no.lu operatör ise ülkemizde faaliyet gösteren GSM operatörlerinden (Avea (Türk Telekom), Turkcell veya Vodafone) biridir. Dolayısıyla, iletişim hizmeti sağlayan iki ayrı operatörün karmaşık mimarileri birlikte çalışmakta ve en az dört ayrı noktada kayıt tutulmaktadır.

İletişim kaydı verisinin bilgi niteliğinden bahsedilmek için anlamlı bir sitemde kaydediliyor ve depolanıyor oluşu ve kendi iç tutarlılığı yanı sıra, kayıt tutulan farklı santrallerdeki verilerin de birbirleriyle tutarlı olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla, dört ayrı santralde tutulan kayıt birbiriyle tutarlı olmalıdır.

Operatörlerin ara bağlantı santrallerinde tutulan kayıtlar karşılıklı sunulan hizmet bedellerinin mahsuplaşması amacıyla kullanılmaktadır. Söz konusu mahsuplaşmanın genellikle aylık dönemlerle yapıldığı ancak büyük oranda operatör temsilcileri arasında kayıtların tutarlı olmaması nedeniyle problem yaşandığı ilgililerce bilinen bir husustur.

Resim 5’de yer alan şematik gösterimde “2” ve “3” no.lu santral kayıtlarının (TİB’e) BTK’ya gönderilmesi gerekli değildir ve gönderilmediği değerlendirilmektedir. Ancak “1” ve “4” no.lu santral kayıtları ayrı ayrı BTK’ya gönderilmektedir. Yargılamalar kapsamında bu verilerin bir bölümü dava dosyalarına eklenmiştir. **İletişim kayıt verilerinin bilgi niteliğinin olabildiği için Türk Telekom ve GSM kaynaklı verilerin tutarlı olması gerektiği değerlendirilmektedir.**

2.7. HTS Kayıtları ve Baz (Konum) Verileri

HTS (Historical Traffic Search) abonelerin telefonlarıyla gerçekleştirdikleri görüşmelerin arayan, aranan, arama zamanı, arama süresi ve sinyal alınan baz istasyonları gibi verilerini kapsayan kayıtlardır. Anayasa, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve anlaşmalarla korunan iletişim/haberleşme özgürlüğünün korunması amacıyla ile kayıtların nasıl tutulacağı, nasıl saklanacağı, hangi süreyle depolanacağı, hangi adli makamlarca hangi koşullarda istenebileceği gibi hususlar mevzuatta net bir şekilde tanımlanmıştır ve bu raporun hukuki değerlendirme bölümünde bu hususlara değinilmiştir.

HTS kayıtları kapsamında en önemli verilerden biri baz (konum) bilgileridir. Süregelen yargılamalarda “operasyonel hat” veya “baz birlikteliği” gibi karşımıza çıkan kavramların doğru anlaşılması için baz bilgilerinin, abonenin telefonu ile iletişim anındaki açık adresinin (noktasal konum verisi) kesin olarak tespitinin mümkün olup olmadığının anlaşılması gereklidir.

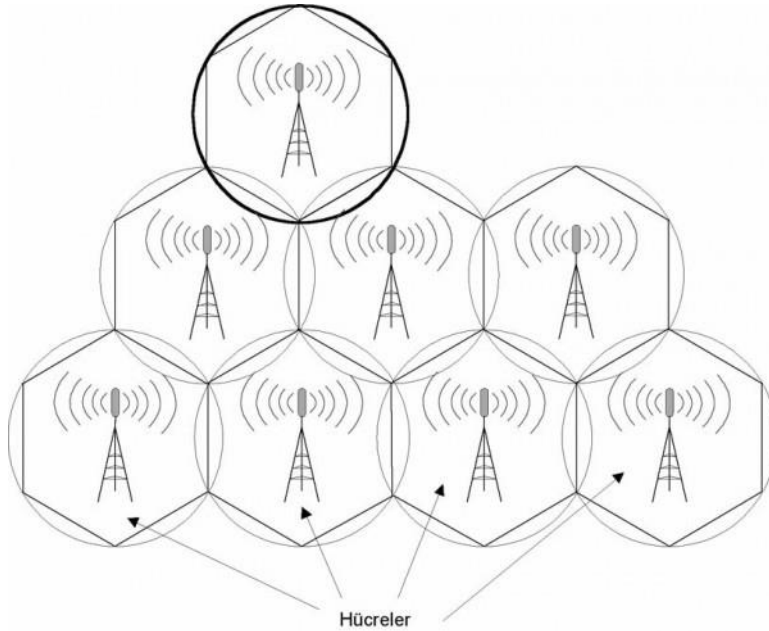
Telefon abonelerinin konum bilgilerinin tespiti için birkaç ihtimal söz konusudur.

Sabit hatlar belirli bir adres altında kayıtlıdır ve ayrıca konum bilgisi tutulmasına gerek yoktur.

GSM hatları için ise iki ayrı ihtimalden bahsedilebilir. Mevzuatta belirtilen koşullarla tutulan HTS kayıtlarında yer alan baz bilgileri tek bir baz istasyonundan alınan veridir. Ancak bu verinin abonenin noktasal konumunu belirtme ihtimali bulunmadığı gibi, 35 km. mesafeleri bulunan bir çap dâhilinde herhangi bir konumu işaret edeceği anlaşılmaktadır. Bu durum baz istasyonlarının kullandıkları teknoloji ve yerleşim mimarileri nedeniyle oluşmaktadır.

Baz istasyonları çıkış güçleri ve hedefledikleri kapsama alanları nedeniyle Büyük Çaplı İstasyonlar, Mikro (Küçük Çaplı) İstasyonlar ve Piko (Çok Küçük Çaplı) İstasyonlar olarak üç sınıfa ayrılırlar. Anten yüksekliği, coğrafi koşullar ve istasyon çıkış gücüne bağlı olarak 0-35 km aralığında bir alana servis verebilirler. Makro (Büyük Çaplı) İstasyonlar, geniş kapsama istenen az yerleşimli kırsal alanlarda ve şehirlerarası yollarda kurulurlar. Mikro (Küçük Çaplı) İstasyonlar, şehir merkezlerinde, cep telefonu abonelerinin yoğun olarak buldukları cadde, sokak ve meydanlarda, yüksek kapasite istenen uygulamalarda kurulurlar. Piko (Çok Küçük Çaplı) İstasyonlar ise alışveriş merkezleri, oteller gibi sadece bina içlerine ve daha özel maksatlarla servis verecek uygulamalardır. Bu kapsamda, halka açık alanlarda (şehir merkezlerinde) bulunan ve herkese hizmet verecek şekilde tasarlanan baz istasyonları büyük ve küçük çaplı istasyonlardır.⁴

GSM operatörleri tarafından GSM 900 ve GSM1800 olmak üzere 2 farklı teknoloji kullanılmaktadır. GSM operatörleri kesintisiz iletişimi devam ettirebilmek için aşağıdaki resimde gösterilen petek modelini kullanmaktadır.



Resim 6: Baz istasyonları petek modeli yerleşimi

Baz istasyonları petek modeli yerleşiminde GSM 900 standardında genellikle yaklaşık 10 km aralıklarla, GSM 1800 standardında ise genellikle 2-3 km aralıklarla baz istasyonu kurulmaktadır. İletişimin etkin sağlanabilmesi için baz istasyonlarının yapılandırılması yukarıda bahsettiğimiz mesafelere bağlı olmasıyla beraber bir baz istasyonu TDMA (time Division Multiple Access) (Zaman Paylaşımli Çoklu Erişim) yapısını kullandığından 35 km mesafeye kadar hizmet verebilmektedir. Bu aşamada kısa bir teknik özet yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.⁵

⁴ <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik>

⁵ <http://fsemb.com/11/mobil-telefon-sistemleri-ve-baz-istasyonlari.html>

GSM, TDMA teknolojisini kullanarak, her konuşma kanalını 8 adet timeslot'a ayırarak, bu slotlar üzerinden data taşır. Timeslot'ların 1 tanesi kontrol amaçlı kullanıldığından, 1 kanal aynı anda 7 kişi için görüşmeye olanak sağlar.⁶

GSM 900 teknolojisinde 124 kanal bulunmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere TDMA teknolojisi ile her bir kanal 7 farklı kişiye atanabilmektedir. Dolayısıyla, GSM 900 teknolojisini kullanan bir baz istasyonundan $124 \times 7 = 868$ kişi aynı anda hizmet alabilmektedir.

GSM 1800 teknolojisinde 374 kanal bulunmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere TDMA teknolojisi ile her bir kanal 7 farklı kişiye atanabilmektedir. Dolayısıyla, GSM 1800 teknolojisini kullanan bir baz istasyonundan $374 \times 7 = 2618$ kişi aynı anda hizmet alabilmektedir.

Bir baz istasyonunun hizmet kapasitesi dolduğu anda veya kapsama alanı dışına çıktığında komşu istasyonlar devreye girmektedir. Abone hangi baz istasyonundan hizmet aldığını bilemez. GSM firmaları ise HTS kayıtlarında baz bilgisi olarak nihai olarak hizmet veren baz istasyonunun konumunu kaydederler.

Sonuç olarak, **HTS kayıtlarında yer alan baz (konum) bilgileri noktasal konum değildir. Abonenin 35 km mesafeyi bulabilecek bir çapta herhangi bir noktada olması mümkündür.**

HTS kayıtları dikkate alınarak "baz birlikteliği" veya "operasyonel hat" iddialarının bu çerçevede anlaşılması gerektiği ve delil olarak nitelenmesinden ziyade, tüm kayıtlar doğru olduğunda dahi zayıf bir emare olarak dikkate alınabileceği değerlendirilmektedir.

GSM hatları üzerinden kişilerin konum tespitinde 2'nci ihtimal ise mahkeme kararı ile abonenin takibe alınmış olmasıdır. Bu durumda abonenin GSM hattı canlı olarak izlenir ve 3 baz istasyonundan gelen sinyallerin güç bilgileri karşılaştırılarak yaklaşık 100 metre hassasiyette yer tespiti yapılabilir. Anılan tespit de noktasal bir konum olmadığı, yaklaşık 100 metre hassasiyetle tespit yapılabileceği hususu dikkate alınmalıdır. Ancak hali hazırda yürütülen adli dosyalarda bu durum çok azdır. Dava dosyalarındaki tespitlerin ağırlıklı olarak HTS kayıtlarında yer alan veriler üzerinden yapıldığı görülmektedir.

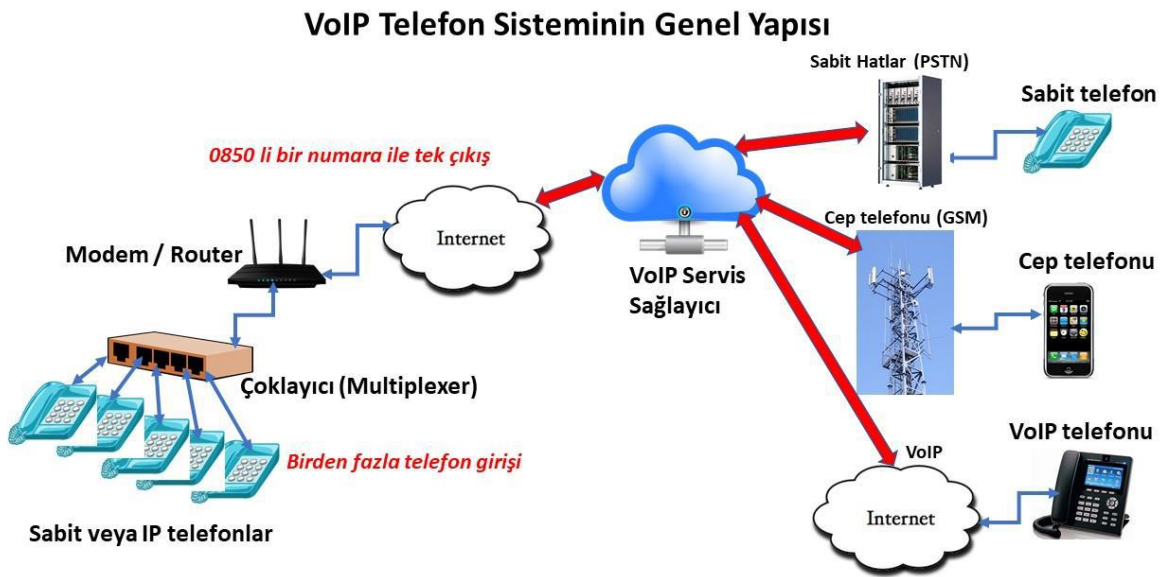
2.8. VOIP Sistemi

VOIP (Voice Over IP) sistemi kısaca internet üzerinden ses verisinin taşınması olarak tanımlanabilir. Genellikle 0850 ile başlayan numaralar kullanılmakla birlikte bilinen şehir telefon kodlarıyla başlayan numaraların da kullanımı mümkündür ve gittikçe yaygınlaşmaktadır. VOIP hat numaraları başlarında şehir telefon kodları olsa dahi göçebe numaralar olarak adlandırılmaktadır, zira bir şehri ve lokasyonu tanımlamazlar, konum veya şehir değişiminden etkilenmezler.

⁶ Akbulut, A., Ünal, A., Mobil Baz İstasyonu Performans Analizi, KTÜ, Elektrik-elektronik Mühendisliği Bölümü, Haziran 2013

VOIP hat kullanıcıları internet üzerinden sesi taşıyarak daha ekonomik bir arama hizmeti alabilmektedir. İnternet üzerinden ses verisinin taşınması sabit hatlara göre maliyeti düşürdüğünden tercih edilmekte ve yaygınlaşmaktadır. Telefon cihazları ihtiyaç olması halinde bir çoklayıcıya sonra modeme ve oradan da İnternet'e bağlıdır. İnternet üzerinde bir şirketten "Sanal Santral" hizmeti alınmaktadır. Sanal santralden çıkış numarası tek bir numara olabilmektedir. Sanal santral bir "VOIP Servis Sağlayıcı" ile sayısal veriyi ya ses ya da sayısal veri olarak aranan numaraya iletmektedir.

Günümüzde klasik telefon santralleri azalmakta iken, VOIP sistemi yaygınlaşmaktadır. Tek bir VOIP numarasını çok sayıda kişi kullanabilir. Aşağıda VOIP sisteminin genel çalışma sistemini gösteren şematik bir resim sunulmuştur. Resimde görülenler sistemin tamamı değil, anlaşılması için basitleştirilmiş bir şematik görünümüdür.



Resim 7: VOIP sistemi şematik gösterimi

VOIP sistemini ve hattı birden fazla kişi kullanabileceğinden, kullanıcı tespiti önem arz etmektedir. VOIP hatlar sabit hatlara oranla daha sık el değiştirebilmektedir. Bu nedenle, VOIP hat kayıtlarının incelenmesinde tarih aralığı ve belirlenen aralıktaki kullanıcının tespiti önem arz etmektedir.

"IP Spoofing (IP Sahtecarlığı)" kavramının VOIP sistemindeki karşılığı "Numara sahteciliği" olarak bilinmektedir. Özellikle "VoIP Servis Sağlayıcı" ve "Sanal Santral" hizmetlerini sunan firmalar, "setup" denilen arama ayarlarını web üzerinden verdikleri hizmetlerle yaptırmaktadır. Bu ayarlar erişim ve değiştirme yetkisi olanlarca değiştirilebileceği gibi internet üzerinden bu hizmetler kırılırsa (Hacklenirse) da değiştirilebilir. Bu durumda arayan numara ekranda istenilen bir numara olarak gösterilebilir. Örneğin VOIP hizmeti alan kuruma ait numara 0850 1111111 olsun. Siber suçlular sanal santrale veya VOIP servis sağlayıcıya izinsiz girerek arayan numarayı 0850 2222222 olarak gösterebilir. Ayrıca İnternet üzerinde kısaca "Numara sahteciliği" olarak adlandırılan bu yöntemi bir servis/hizmet gibi

satan siteler/uygulamalar da bulunmaktadır. Ücreti karşılığında VOIP üzerinden herhangi bir numaradan aranyormuş gibi gösterilmesi mümkündür. Numara sahteciliği rapor kapsamında daha önce de kısaca açıklanmıştır.

Kısaca özetlemek gerekirse, VoIP hizmetinde aranan numaranın farklı numara olarak gösterilmesi mümkündür. Bunu ya web servislerini hackleyerek, ya da ücreti karşılığı bir servis olarak almak mümkündür. Bu durumda VoIP üzerinden gelen bir aramanın numarasına da dayanarak çıkarım yapmak doğru olmayabilir. Teknolojiyi iyi kullanan birisinin VoIP aramasında ekranda ve kayıtlarda istediği numarayı gösterebilmesi mümkündür

2.9. Ankesörlü Telefon

BTK tarafından Ankara Ağır Ceza Mahkemelerine yazılan ve başka mahkemelere de yazıldığı dava dosya kapsamlarından bilinen bir yazıda⁷ şu şekilde tanımlanmıştır:

“ANKESÖRLÜ TELEFONLAR; coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından her yerde erişilebilir (meydanlar, hastaneler, terminaller, garlar, limanlar, metro istasyonları, askeri tesisler, toplu konut alanları ve halka açık mekanlar, vb.), herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında satın alınan ankesör kartları vasıtasıyla asgari standartlarda çalışan ve 5365 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması Hakkındaki Kanunun 5. Maddesi ile “Evrensel Hizmet” olarak nitelenen bir sabit hat hizmetidir.

Genellikle ankesörlü telefonun kurulu bulunduğu yerin nüfus yoğunluğuna bağlı olarak bir ankesörlü telefondan gün içerisinde YÜZLERCE görüşme olabilmektedir.”

Ankesörlü telefona benzer şekilde, genellikle şehirlerin yoğun nüfuslu bölümlerinde veya kamuya terminal vb. mekanlarda yer alan büfelerde konuşulan süre ile orantılı belirli bir ücret karşılığında telefon hizmeti sağlanabilmektedir. Hizmetin ücreti genellikle konuşma süresine ve aranan hatta bağlı olarak değişen miktarda kontör artması ile belirlendiği için kontörlü telefon olarak adlandırılırlar.

Soruşturma/kovuşturma dosyalarında yer alan sabit hatlar ankesörlü veya kontörlü olabilmektedir.

2.10. Ardışık ve Periyodik Arama

Soruşturma/kovuşturma dosyalarında periyodik veya ardışık arama tabirlerinin net bir tanımı yer almamaktadır. Farklı dosyalarda yer alan tanımlar ise birbiriyle çelişebilmektedir.

Periyodik arama belli bir zaman, arama ve kişi açısından periyot ve tekrar gerektiren aramalara denir. Teknik olarak zamanlanmış her türlü arama bu kategoriye girebilir. Haftada

⁷ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesine hitaben (Esas: 2017/115) yazdığı 06/7/2018 tarihli, 29234571-401.12.01-2018.575565 sayılı ve Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben (Soruşturma No: 2017/17483) yazdığı 12/02/2018 tarihli, 401.12.01-2018.029817 sayılı ve iletişimin tespiti konulu cevabi yazıları.

bir, iki haftada bir, ayda bir, vb. belirli bir periyotla gerçekleşen aramaların bu tanım kapsamına girebileceği değerlendirilmektedir.

İki aramanın ardışık kabul edilebilmesi için ise aynı ankesörlü/kontrollü hattın ve mutlaka peş peşe arama olması gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak yukarıda illiyet konusunun açıklamasında yer aldığı gibi, ardışık aramalar insan eliyle olabileceği gibi otomatik numara çevirme vb. bazı programlar vasıtasıyla da olabilir.

Ardışık ve periyodik arama terimlerinden soruşturma ve kovuşturma birimlerinin kastı ve bu terimlerinin tanımlarının sınırının netleştirilmesi ve uygulamada birlik sağlanmasının önem arz ettiği açıktır.

3. ÇAĞRI TONLAMA VE KURULUM SÜRESİ, ÇAĞRI OLUŞUMU

Kablolu ve kablosuz iletişim sağlayan operatörlerin ihtiyaç duydukları karmaşık mimariye yukarıda değinilmişti. Anılan karmaşık mimarinin iletişim talep edenler arasında bağlantıyı sağlayıp hizmeti sunması için sahip oldukları teknolojiyle de bağlantılı olarak asgari sürelerle ihtiyaç duyulmaktadır. Bu süre iki ayrı kademe incelenebilir.

3.1. Tonlama Süresi⁸

Telefonlarda bulunan her bir rakam için bir düşük bir yüksek frekanslı iki ayrı tonla tanımlama yapılmaktadır (DTMF - Dual Tone Multi Frequency). Her bir rakamın tonlama süresi ve iki rakam arasında karışma olmaması için geçecek asgari süreler belirlenmiştir. Bu durumda tonlama süresini yani abonenin bağlantı kurmak istediği diğer numara bilgisini sisteme aktarmasını belirleyen etkenler abonenin numarayı tuşlama hızı ve anılan asgari sürelerdir. Rakamın tonlanması ve iki rakam arasında boşluk süresi bir devir olarak adlandırılır ve bu süre ideal olarak 100 ms (mili saniye) olarak tanımlanmıştır. Ancak farklı standartlarda bu süre 85 ms ile 120 ms arasında değişmektedir. Rakam tonlamalarının karışmasının önlenmesi için tavsiye edilen süre 120 ms'dir.

Sabit bir hattın GSM numarası aranırken 11 rakam tuşlanmaktadır ve yukarıda bahsi geçen devir 11 kez tekrar etmektedir. Dolayısıyla aranan numaranın sisteme iletilmesi veya tonlama için geçecek süre devir sürelerinin 11 rakamı ile çarpılması ile bulunabilir. Bu süre asgari 0,935 saniye olabilmektedir ancak tavsiye edilen süre 1,54 saniyedir.

Türkiye'de yer alan telefon cihazlarının (ankesörlü veya büfe ağırlıklı yerlerde yer alan kontrollü telefon cihazları) genel teknolojik durumu ve bir insanın hayatın olağan şartlarında rakamları tuşlama hızı dikkate alındığında tonlama süresinin 1,54 saniye olarak kabulünün uygun olacağı değerlendirilmiştir.

3.2. Çağrı (Aramanın) Kurulum Süresi

Sabit ve Mobil İletişim sistemlerinde bir çağrı başlatmak basit gözükse de bir numara çevrilip çağrı başlatılana kadar geçen kısa süre içerisinde arka planda karmaşık sinyalleşme süreçleri gerçekleşmektedir. Abonenin aramak istediği rakam sisteme tonlama süresi

⁸ https://www.specialtyanswerservice.net/wp-content/uploads/resources_papers/dtmf-tone/Dual-Tone-Multi-Frequency-Signalling.pdf

sonrasında iletildikten sonra operatör mimarileri içinde kablolu ve kablosuz alt sistemler arasında sinyaller gidip gelir ve nihai olarak bağlantı kurulmak istenen kişinin cihazıyla (karşı taraf cihazının uyarı vermeye (çalmaya) başlaması) irtibat sağlanır. Rakamların tuşlanmasıyla tamamlanması ile karşı tarafın cihazı ile bağlantı kurulması arasında geçen süreye çağrı (aramanın) kurulma süresi (CST – Call Setup Time) denilmektedir. Bu süre teknolojik altyapının yanı sıra, iklim koşulları, sabit veya hareketli olunması gibi çok sayıda etkenden etkilenmektedir. Dolayısıyla sabit bir süresi bulunmamaktadır.

12 Eylül 2010 tarihli ve 27692 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği” BTK tarafından yürütülmektedir. Anılan yönetmelik kapsamında birçok hizmet standardı ile birlikte çağrı kurulum süresi de “aramanın kurulma süresi” olarak tanımlanmıştır.⁹

Aramanın kurulma süresi ölçümleri operatör içi bağlantılar için yapılır. Aramayı yapan da aranan da aynı operatöre bağlı (abonelerdir) hatlardır. **Aramanın kurulma süresine tonlama süresi, arayandan kaynaklı gecikmeler ve karşı tarafta bir veya birkaç kez çalma sonrası telefonun açılması nedeniyle geçen süreler dâhil değildir.**

Aramanın kurulma süresi evrensel hizmet (ankesörlü/kontrollü telefonlar bu gruba dâhildir) veren operatörler için ortalamasının 2 (iki) sn ve altında olması¹⁰, GSM operatörleri için ise aramanın kurulma süresinin %95 oranında 10 sn ve altında olması¹¹ aranmıştır. Operatörler yönetmelik kapsamındaki hizmet ölçümlerini her yıl Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim ayları sonuna kadar BTK'ya göndermekle yükümlüdür¹².

Türk Telekom Hizmet Kalitesi Raporlarına kurum internet sayfasından¹³ ulaşılabilmektedir. Her yıl için dört kez yayımlanmış olan hizmet kalitesi raporlarında “Ulusal aramalar için ortalama kurulma süresi” ve “Ulusal aramaların en hızlı %95'inin kurulduğu süre” şeklinde iki ayrı ölçüm verilmiştir. İncelenen test sonuçlarında “Ulusal aramalar için ortalama kurulma süresi” değerinin 0,55 sn ile 0,99 sn arasında, “Ulusal aramaların en hızlı %95'inin kurulduğu süre” değerinin ise 1,46 sn ile 4,33 sn arasında değiştiği görülmüştür. **Yapılan incelemelerden Türk Telekom tarafı için aramanın kurulma süresinin 2 (iki) saniye mertebesinde kabulünün uygun olacağı değerlendirilmiştir.**

GSM operatörlerinin benzer raporları üçer aylık dönemlerde BTK'ya göndermeleri zorunlu olmasına karşın, bu raporlara açık kaynaklarda ulaşılamamıştır. Ancak Avustralya, Almanya, Avusturya, İsviçre, İspanya, İsveç, Hollanda, İngiltere ve ABD ülkeleri GSM operatörlerinin hizmet raporlarına tek bir internet sitesinden¹⁴ ulaşılması mümkündür. Anılan ülkelerde ölçümler şehir, kasaba ve yol ölçümü olarak üçe ayrılmış, testler yürürken ve araç kullanırken tekrarlanmıştır. Anılan ortalama sürelerin en düşük 1,9 saniye, en yüksek ise 8,0 saniye ölçüldüğü görülmüştür. İnternet sitesinden ulaşılabilen ölçüm sonuçları 2017 ve 2018 yıllarına aittir. Söz konusu sürelerin yıllarla birlikte gelişen teknolojinin etkisiyle iyileştiği

⁹ Anılan yönetmelikte “Aramanın kurulma süresi: Aramanın sağlanması için gerekli adres bilgisinin şebeke tarafından alınması ile başlayan ve aranan taraftan meşgul sesi, çalma sesi veya cevap sinyalinin alınması ile biten ve saniye cinsinden ölçülen zaman aralığını” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁰ Anılan Yönetmelik md. 5 ve EK-1

¹¹ Anılan Yönetmelik md. 5 ve EK-2

¹² Anılan Yönetmelik md. 7

¹³ <https://www.turktelekom.com.tr/hakkimizda/duyurular/sayfalar/hizmet-kalitesi-raporu.aspx>

¹⁴ <http://p3-networkanalytics.com/reports-by-country/>

(kısaldığı) bilinmektedir. Ankesörlü/kontrollü yargılamalarında söz konusu olan iletişim kayıtlarının 2010 yıllarından başlıyor olması ve genelinin 2014 yılı ve öncesine ait olması ve ülkemiz için BTK tarafından hedeflenen hizmet kalitesinin 10 sn altı olduğu da dikkate alınarak **GSM operatörleri için aramanın kurulma süresinin ortalama 8 (sekiz) sn olarak kabulünün uygun olacağı değerlendirilmiştir.**

3.3. Ardışık İki Arama Arasında Makul Süre

Sabit hatlardan GSM hatlarının aranması durumunda Resim 5'de belirtilen bir bağlantı sistematiği oluşacaktır. Sabit operatörden arama başladığında sinyalleşme abonenin bağlı bulunduğu santralde başlar ve ilk olarak çağrının farklı operatöre doğru olduğu tespit edilip o operatör ile nerede ara bağlantı yapılmışsa çağrı o ara bağlantı santraline iletilir. Daha sonra karşı operatör çağrıyı kendi ara bağlantı santralinden alır ve çekirdek ağından (network) bağlantı ağına iletir. Oradan bu çağrı abonenin o an kayıtlı olduğu baz istasyonu aracılığıyla başlatılmış olur. Dolayısıyla sabit hattın GSM hattı arandığında aramanın kurulum süresinin her iki operatörün ayrı ayrı kurulum süreleri toplamına yakın olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

İki ardışık (peş peşe) arama arasında tonlama süresi ve aramanın kurulma süreleri toplamı kadar süre ihtiyacı bulunmaktadır. Bu süreler toplandığında (1,54 sn + 2 sn + 8 sn) toplamda 11,54 sn'lik bir süre sadece teknik zorunluluklar nedeniyle gereklidir. Ancak bu süreler arayanın tuşlama esnasındaki gecikmeleri, birçok teknik nedenden kaynaklanabilecek başka gecikmeler ile en önemlisi karşı tarafın cihazı uyarı vermeye başladıktan sonra açana kadarki gecikmesi dâhil değildir. Hayatın olağan akışında (ve ülkemizde) telefonun hemen çalma esnasında açılması şeklinde değil, arayan numaraya bakılması akabinde ikinci çalma sonrasında açılması yaygındır.

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, yazarlar iki ardışık arama arasında bulunması gerekli makul sürenin teknik gereklilikler nedeniyle 20 sn. mertebesinde olduğunu, iki ardışık arama arasında 20 sn. altında süre olan kayıtların irdelenmesi gerektiğini değerlendirmektedir.

3.4. İki Arama Arasındaki Süreye Göre Tanımlanan İmkânsızlıklar

Yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında iki arama arasında yer alan süreler açısından bazı tutarsızlıklara HTS verilerinde sıklıkla rastlanabilmektedir. HTS verilerinin incelenmesinde ve değerlendirilmesinde bir rehber olması amacıyla da tarafımızdan tanımlanan tutarsızlıklar/imkânsızlıklar aşağıda açıklanmıştır. Anılan süreler, yukarıda teknik olarak açıklanmakla birlikte, işbu raporu hazırlayanların ortak görüşlerini ve değerlendirmelerini de içermektedir. Anılan tutarsızlık / imkânsızlıkların sabit hat HTS kayıtlarında tespit edilmesi halinde verilerin iç tutarlılığı ve anlamlılığının şüpheli hale geleceği açıktır. Verilerin anlamlılığı ve iç tutarlılığının sağlanamaması halinde bilgi olarak kabul edilmeleri mümkün olmayacağı, bilgi niteliği olmayan verilerin delil niteliğinden de bahsedilemeyeceği değerlendirilmektedir.

3.4.1. Çakışan Zaman Aralığı

Devam etmekte olan bir görüşmenin “görüşme süresi” aralığında ikinci bir görüşmenin yapılması, mesaj atılması, bilgi indirilmesi veya kullanıcının aktif olarak ekran arkasında çalışmayan ve devam eden konuşma veya iletişimin bütünlüğünü kesecek bir uygulamayı harekete geçirmesinin zaman dilimlerinin üst üste binmesi için bu terim kullanılmıştır. Ankesörlü telefonlar üzerinden zaman çakışması olamayacağı dolaylı bir dille BTK tarafından da bir yazısında¹⁵ aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

“Ankesör Telefonlar üzerinden konferans görüşme başlatılamaz. Ancak, ankesörden başlatılan bir çağrı sonucu karşıdaki numara farklı bir numara ile konferans başlatabilir. Ankesör kayıtlarında çakışık arama olamaz. Ankesörde ahize kapatılana kadar ya da karşıdaki aranan iletişimi sonlandırana kadar tüm görüşme süresi tek bir arama süresine dahil edilir. Karşı tarafın konferans yapıp yapmadığı görünemez ve bilinemez.

Diğer taraftan Konferans görüşmeyi başlatan abonenin santral kayıtlarında ise çakışık arama süreleri doğal olarak olacaktır. Dolayısı ile ilgili müzekkeredeki sözü edilen çakışık iki arama ankesörden yapılmayan bir konferans görüşmeye ait olabilir.”

Dolayısıyla ankesörlü hatlardan çakışan zamanlı arama kayıtları olamayacağı BTK tarafından da belirtilmiştir. Çakışan zaman aralığı tespit edilen sabit hat HTS kayıtları, verilerin iç tutarlılığı ve anlamlılığını şüpheli hale getirecektir.

3.4.2. Teknik İmkânsızlık

Yukarıda “Ardışık İki Arama Arasında Makul Süre” başlığında açıklandığı şekilde sabit bir hattan devam eden bir arama kapatılıp başka bir GSM hattı arandığında, iki arama arasında olması gereken teknik sürenin asgari 20 saniye olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla iki arama arasındaki süre açısından 1-19 saniye aralığındaki tüm aramalar “Teknik İmkânsızlık” şeklinde tanımlanmıştır. Teknik imkânsızlık tespit edilen sabit hat HTS kayıtları, verilerin iç tutarlılığı ve anlamlılığını şüpheli hale getirecektir.

3.4.3. İnsani İmkânsızlık

Emniyet birimlerince hazırlandığı anlaşılan “FETÖ/PDY Askeri Mahrem Yapılanması – Kontörlü (Büfe) Sabit / Ankesörlü Telefon Hattı Ardışık (Peşi Sıra) Aramaları” isimli 33 sayfadan oluşan bir Bilgi Notu çok sayıda kovuşturma dosyasına dâhil edilmiştir. Anılan Bilgi Notu'nun 9-10-11. sayfalarında, mahrem imamların sorumlu oldukları personel telefon numaralarını şifreli bir şekilde kaydettikleri belirtilmiş ve “On (10) Rakamına Tamamlama”, “Doksan Dokuz (99) Rakamına Tamamlama”, “Telefon Numaralarını Bir (1) Artırma”, “Telefon Numarasını Oluşturan Rakamı Kredi Kartı Numarasına Benzetme”, vb. şeklinde 12 ayrı şifreleme yöntemine değinilmiştir.

Anılan Bilgi Notundan hareketle, “mahrem imamın”, bir önceki aramayı sonlandırmak ahizeyi kapatmak vb. şeklindeki gerekli eylemleri gerçekleştirmesi, şifreli (kodlu) kaydedilmiş telefon numarasına bakarak öncelikle şifreyi zihninde çözüp sonrasında rakamları tuşlayarak

¹⁵ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesine hitaben (Esas: 2017/115) yazdığı 14/12/2018 tarihli, TT.50348801 – 575.03.01 – 182879 sayılı cevabi yazısı.

bir sonraki kişiyi araması hayatın olağan akışında beklenen durumdur. Karşı taraf telefonunun 2'nci çalma akabinde açıldığı kabulü ile bu süreç Bilgi Notu'nda atıf yapılan farklı şifreleme yöntemleri kullanılarak defalarca mühendis ve hukukçu mesleklerinden farklı kişilerce denenmiş ve iki arama arasındaki süre ölçülmüştür. Yapılan çok sayıda denemede iki arama arasındaki süre 45 saniyenin altına indirilememiştir.

Dolayısıyla sabit hat HTS kayıtlarında iki arama arasında 20-45 saniye süre olması durumu "İnsani İmkânsızlık" olarak tanımlanmıştır. İnsani imkânsızlık tespit edilen sabit hat HTS kayıtları, verilerin iç tutarlılığı ve anlamlılığını şüpheli hale getirecektir.

3.4.4. Mükerrer Kayıt

HTS verilerinde mükerrer kayıtların yer alması durumudur. Mükerrer kayıt tespit edilen HTS kayıtları, verilerin iç tutarlılığı ve anlamlılığını şüpheli hale getirecektir.

3.5. Rütbe/Kıdem Uyumu

Bir üst maddede anılan Bilgi Notu 13. sayfasında ve çok sayıda soruşturma/kovuşturma dosyasında sorumlu şahıslar tarafından aranan askeri personelin rütbe/makam olarak denk olduklarının tespit edildiği belirtilmiştir. TSK içerisinde ve mahrem yapılanma olarak belirtilen Emniyet ve Adalet teşkilatları içinde devre (göreve başlama yılı) esasına göre kıdemlerin belirlendiği bilinmektedir. Görev safahatı içinde bazı kişiler devrelerine kıyasla erken ya da geç ilerleyebilmekle birlikte, sosyal ilişkilerde aynı devre olmanın önemi açıktır.

Dolayısıyla, ardışık arandığı iddia edilen kişiler arasında rütbe/kıdem uyumu veya genel ifadesiyle devre uyumu olması gerektiği değerlendirilmektedir. Ardışık arama iddiasında rütbe/kıdem uyumu olmaması halinde anılan Emniyet Bilgi Notu ve birçok soruşturma/kovuşturma dosyasında yer alan aynı sorumlu kişiye (mahrem imama) bağlılık ve hücre yapılanması iddialarının geçerliliğini yitireceği değerlendirilmektedir.

Rütbe/kıdem uyumsuzluğu olmasına rağmen ardışık arama isnadının önemli bir tutarsızlık olduğu değerlendirilmektedir.

4. DEVAM EDEN SORUŞTURMA/KOVUŞTURMA KAYITLARININ İNCELENMESİ

İncelenen soruşturma/kovuşturma dosyaları arasında en kapsamlı olanı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/188217 Soruşturma Nolu dosyasıdır. Anılan soruşturma dosyası kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Uzman Bilirkişi Heyet Raporu hazırlanmış ve devamında açılan çok sayıda kovuşturma dosyasına anılan rapor (1492 sayfadan ibaret olan pdf dosyası şeklinde) dahil edilmiştir. Öncelikle Adli Bilişim Uzmanı 10 ayrı kişi tarafından imzalanmış olan söz konusu Bilirkişi Heyet Raporu incelenmiştir. Anılan 10 uzmanın Emniyet Genel Müdürlüğü personeli olduğu açık kaynak bilgilerden anlaşılmaktadır. Bilirkişilerin kamu görevlisi olmasıyla ilgili kapsamlı değerlendirme "Hukuki Değerlendirmeler" başlıklı 6. Bölümde yer almaktadır.

4.1. Bilirkişi Heyet Raporunun İncelenmesi

Raporun Görevlendirme başlıklı bölümünde aşağıdaki metin yer almaktadır.

“İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosunca FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü sözde TSK Yapılanmasında faaliyet yürüten ve asker şahıslardan sorumlu olan sivil imamlar tarafından, asker şahıslarla örgütsel gizlilik ve hücresele teşkilatlanma gereği iletişim amacıyla kullandığı soruşturma birimince tespit edilen sabit hatlar kullanarak askerler ile gerçekleştirdikleri iribatların tespitine yönelik yürütüldüğü anlaşılan Soruşturma kapsamında tarafımıza tevdi edilen, İstanbul ili toplam 470 (dört yüz yetmiş), İstanbul ili harici diğer illerde bulunan toplam 3276 (üç bin iki yüz yetmiş altı) büfe/kamuya açık ankesör hattına ilişkin numara bilgileri aşağıda tablolar halinde gösterilmiştir.”

Bu ifadelerden sonra 3276 sabit hat listelenmiştir. Sonrasında ise şüpheliler tarafından kullanıldığı belirtilen 467 GSM hattı listelenmiştir.

Görevlendirme başlıklı bölümde anılan tablolardan sonra aşağıda belirtilen ifadeler yer almaktadır.

“İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu Sayın Savcılığı'nın talimatları ile; Yukarıda bilgileri yazılı olan FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütü sözde TSK Yapılanmasında faaliyet yürüten ve asker şahıslardan sorumlu olan sivil imamlar tarafından, asker şahıslarla örgütsel gizlilik ve hücresele teşkilatlanma gereği iletişim amacıyla kullandığı soruşturma birimince tespit edilen, İstanbul ili toplam 470(dört yüz yetmiş), İstanbul ili harici diğer illerde bulunan toplam 3276(üç bin iki yüz yetmiş altı) büfe/kamuya açık ankesör hattına ait iletişim tespit kayıtlarının incelenerek;

- *Sabit hatlar içerisinde yer alan, G... P... adına kayıtlı ve G... BÜFE'ye tahsis edildiği anlaşılan 216... numaralı sabit hat kullanılarak; 462(dört yüz atmış iki) Şüpheli tarafından kullanıldığı anlaşılan 473(dört yüz yetmiş üç) GSM hattının, başkaca telefon numaralarını kapsayacak şekilde kısa zaman aralıkları ile ardışık olarak aranıp aranmadığının,*

- *Sabit hatlar içerisinde yer alan, G... P... adına kayıtlı ve G... BÜFE'ye tahsis edildiği anlaşılan 2163356035 numaralı sabit hat kullanılarak; 462(dört yüz atmış iki) Şüpheli tarafından kullanıldığı anlaşılan 473(dört yüz yetmiş üç) GSM hattının ardışık olmayan şekilde aranıp aranmadığının,*

- *G... BÜFE'ye tahsis edildiği anlaşılan 216... numaralı sabit hat haricinde kalan İstanbul ilindeki 469(dört yüz atmış dokuz) sabit hat kullanılarak; 462(dört yüz atmış iki) Şüpheli tarafından kullanıldığı anlaşılan 473(dört yüz yetmiş üç) GSM hattının aranıp aranmadığının,*

- *İstanbul ili harici diğer illerde bulunan toplam 3276(üç bin iki yüz yetmiş altı) sabit hat kullanılarak; 462(dört yüz atmış iki) Şüpheli tarafından kullanıldığı anlaşılan 473(dört yüz yetmiş üç) GSM hattının aranıp aranmadığının gerekli gizlilik içerisinde analizlerinin yapılması hususunda inceleme, analiz ve tespit çalışmaları yaparak, bu tespitleri ayrıntılı rapor halinde tarafınıza bildirmek üzere; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu Sayın Savcılığı, Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü görevlileri, TEM Daire Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu tarafından yukarıda bilgileri yazılı olan; İstanbul ili toplam 470(dört yüz yetmiş), İstanbul ili harici diğer illerde bulunan toplam*

3276(üç bin iki yüz yetmiş altı) büfe/kamuya açık ankesör hattına ait numaraların, 01/01/2012 ile 30/11/2017 tarihler aralığındaki iletişim tespit kayıtlarının, 462(dört yüz atmış iki) Şüpheli tarafından kullanıldığı anlaşılan 473(dört yüz yetmiş üç) GSM numarasını içerir listesinin, 462(dört yüz atmış iki) Şüpheliye ait ad, soyad, T.C. kimlik numarası, askeri rütbe ve birim isimlerini içerir listenin tarafımıza tevdi edilmesi ile bilirkişi olarak tayin edilmiş bulunmaktayız.”

Belirtilen görevlendirme sonrasında Bilirkişi Heyetinin G... Büfe'den yapılan 1.571 ayrı aramayı 354 ardışık grup içinde tablolaştırdığı görülmüştür. Tablo'da "Asker" olarak belirtilen kişilerle birlikte "ByLock Kullanıcısı" şeklinde tanımlanan sivil kişiler de yer almaktadır. Sonrasında ise G... Büfe'den yapılan ancak ardışık olmadığı belirtilen 2366 arama tablo halinde listelenmiştir.

İlk karşılaşılan hukuki problem/belirsizlik 01/01/2012-31/12/2017 yılları arasındaki 6 (altı) yıllık iletişim kayıtlarının saklanması ve kullanılmasındaki yasal dayanağın belirsiz olmasıdır. İlk teknik problem ise çözümlenmiş ve işlenmiş olduğu değerlendirilen incelenen verilerin ham hallerinin ve orijinalliklerinin Bilirkişilerce sorgulanıp sorgulanmadığı hususudur.

Toplu hazırlanan tablolar ve devamındaki bireysel tablolarda asker şahısların rütbe/kıdem bilgisi yer almamaktadır. Bu nedenle rütbe/kıdem uyumu kontrol edilememiştir. Ancak ardışık olduğu iddia edilen gruplar içinde farklı Kuvvet Komutanlıklarında görev yapan asker şahısların yer aldığı görülmüştür. Farklı Kuvvet Komutanlıklarında görev yapan şüphelilerin aynı ardışık grup içinde listelenmesi de rütbe/kıdem uyumsuzluğu benzeri bir tutarsızlık olarak değerlendirilmiştir.

Toplu tablolar sonrasında her bir şüpheli için bireysel tablolar oluşturulmuş ve G... Büfe ve İstanbul'da yer alan diğer ankesörlü/kontrollü hatlar ile ülke genelindeki ankesörlü/kontrollü hatlardan aranma sayıları tablolar ve şekillerle gösterilmiştir. Hem toplu tablolarda hem de bireysel tablolarda tespit edilen bazı tutarsızlıklar aşağıda açıklanmıştır.

Aşağıda ekran resminde görülen kayıtlarda önce şüpheli A... 2 defa aranmış, sonra şüpheli O... 2 defa aranmış, sonra tekrar şüpheli A... 2 defa aranmış şeklinde kayıt bulunmaktadır. Ancak konuşma süreleri nedeniyle kayıtların mükerrer olabileceği değerlendirilmiştir. Buna benzer şekilde mükerrer olduğu değerlendirilen çok sayıda kayıt yer almaktadır. 3. ve 4. sıradaki aramalar arasında sadece 1 (bir) saniye zaman vardır. Benzer şekilde 5. ve 6. Aramalar arasında da sadece 1 (bir) saniye zaman vardır.

SABİT HAT	TARİH	SAAT	SÜRE (sn.)	ŞÜPHELİ NUMARA	KİMLİK BİLGİSİ (ŞÜPHELİ NUMARA)	KONUMU - 1	KONUMU - 2	GRUP
216	7.06.2014	12:58:32	11	530	A	SİVİL	BYLOCK KULLANICISI	246
216	7.06.2014	12:58:52	11	530	A	SİVİL	BYLOCK KULLANICISI	
216	7.06.2014	13:02:56	57	551	O	ASKER	JANDARMA	
216	7.06.2014	13:03:53	56	551	O	ASKER	JANDARMA	
216	7.06.2014	13:04:56	52	530	A	SİVİL	BYLOCK KULLANICISI	
216	7.06.2014	13:05:48	52	530	A	SİVİL	BYLOCK KULLANICISI	

Resim 8: Tutarsızlık örnekleri-1

Aşağıda ekran resminde görülen kayıtlarda önce şüpheli A1... 4 defa aranmış, sonra şüpheli A2... 4 defa aranmış şeklinde kayıt bulunmaktadır. Ancak konuşma sürelerine bakıldığında kayıtların hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde her iki şüpheli için sırasıyla 6, 0, 3 ve 0 saniye şeklinde olduğu görülmektedir. Aramalar arasında geçen süreler de uygun değildir. Her iki şüpheli hakkında da başkaca ardışık arama iddiası yer almamaktadır. Anılan verilerin sağlıklı olmadığı değerlendirilmektedir.

SABİT HAT	TARİH	SAAT	SÜRE (sn.)	ŞÜPHELİ NUMARA	KİMLİK BİLGİSİ (ŞÜPHELİ NUMARA)	KONUMU - 1	KONUMU - 2	GRUP
216	15.02.2015	14:36:25	6	505	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	317
216	15.02.2015	14:36:32	0	505	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:36:43	3	505	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:36:46	0	505	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:37:04	6	555	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:37:10	0	555	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:37:30	3	555	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	
216	15.02.2015	14:37:35	0	555	A	ASKER	HAVA KUVVETLERİ	

Resim 9: Tutarsızlık örnekleri-2

Aşağıda ekran resminde görülen kayıtlarda önce şüpheli M... 1 defa aranmış, sonra şüpheli R... 1 defa aranmış, sonra tekrar şüpheli M... 1 defa daha aranmış şeklinde kayıt bulunmaktadır. Ancak konuşma sürelerine ve aramalar arasında kalan süreler bakıldığında ilk 2 arama arasında kalan sürenin "Teknik İmkânsızlık" kapsamında olduğu, 2. ve 3. Aramalarda ise "Çakışan Zaman" olduğu görülmektedir. Şüpheli R... hakkında da başkaca ardışık arama iddiası yer almamaktadır. Anılan verilerin sağlıklı olmadığı değerlendirilmektedir.

SABİT HAT	TARİH	SAAT	SÜRE (sn.)	ŞÜPHELİ NUMARA	KİMLİK BİLGİSİ (ŞÜPHELİ NUMARA)	KONUMU - 1	KONUMU - 2	GRUP
216	19.04.2013	20:51:04	76	506	M	ASKER	DENİZ KUVVETLERİ	127
216	19.04.2013	20:52:31	35	506	R	ASKER	DENİZ KUVVETLERİ	
216	19.04.2013	20:53:03	77	506	M	ASKER	DENİZ KUVVETLERİ	

Resim 10: Tutarsızlık örnekleri-3

Bilirkişi Raporu syf. 810-811-812'de şüpheli L...'ye isnat edilen ardışık olmayan aramalar listelenmiştir. Ancak listelenen aramalarda 11 adet 44 saniyelik, 26 adet 43 saniyelik ve 2 adet 45 saniyelik arama kaydı olduğu görülmüştür. Birbirlerine çok yakın süreli olan kayıtların hayatın olağan akışına uygun olmadığı değerlendirilmektedir.

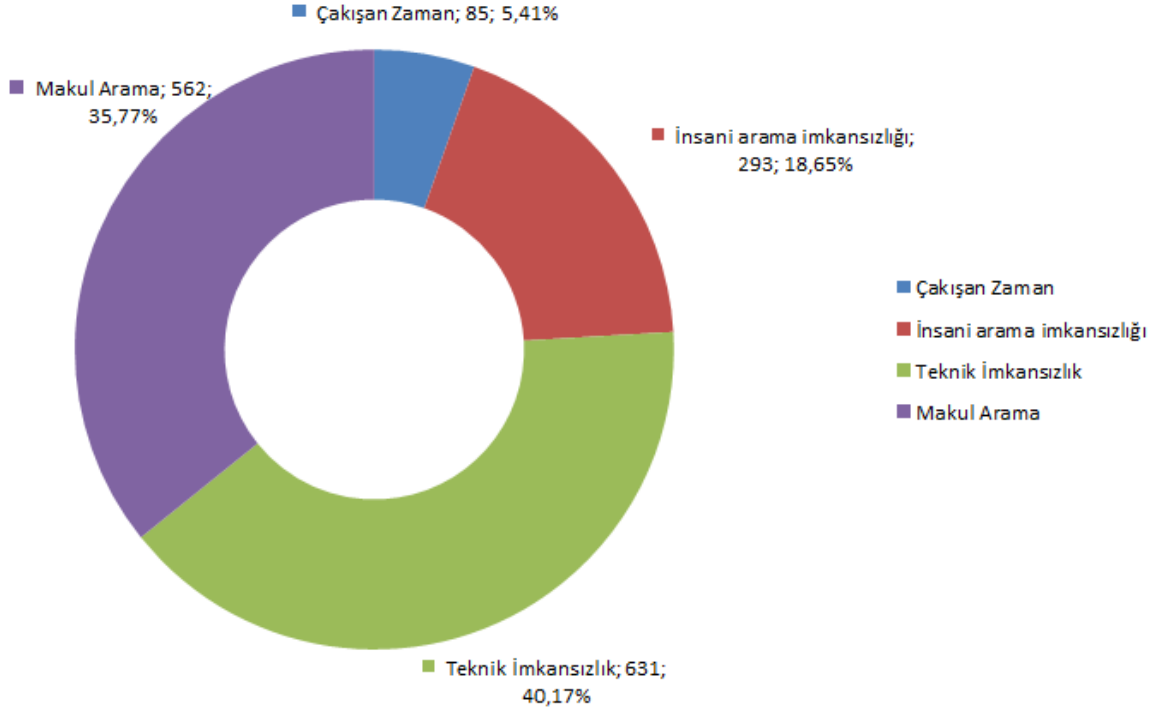
Kayıtların genelinde çok sayıda mükerrer kayıt, çakışan zaman aralığı, teknik imkânsızlık ve insani imkânsızlık tutarsızlıkları bulunmaktadır. Bilirkişi heyetince anılan tutarsızlıklarla ilgili bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür.

4.2. 1.571 arama kaydının incelenmesi

Bir sonraki aşamada 354 gruptan oluşan 1.571 arama kaydı zaman sıralı olarak excel dosyasında listelenmiş ve yukarıda açıklanan tutarsızlıklar açısından incelenmiştir. Yapılan

analiz sonrasında tespit edilen tutarsızlıklar aşağıda grafik şeklinde gösterilmiştir. Çakışan zaman tutarsızlığında kayıtlardan yalnızca biri tutarsızlık rakamına dahil edilmiştir. 1.571 arama kaydı içinde 85 çakışan zaman, 631 teknik arama imkânsızlığı ve 293 insani arama imkânsızlığı tespit edilmiştir. Grafikten de görüleceği gibi aramaların % 35,77'si makul arama aralığında kalmaktadır. Dolayısıyla söz konusu verilerin sağlıklı olmadığı, bilgi olarak nitelenemeyeceği, dolayısıyla emare olarak da kabul edilmemesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Ardışık 1.571 Arama Tablosundaki İmkansızlıklar Tablosu



Resim 11: Ardışık olduğu iddia edilen 1.571 arama kaydının analizi

4.3. G... Büfe HTS Kayıtlarının İncelenmesi

Sabit hatta ait BTK'dan iki farklı türde HTS kaydı soruşturma/kovuşturma dosyalarına dahil edilebilmektedir. BTK'nın anılan HTS kayıtlarını hangi kriterlere göre hazırladığı net olarak bilinmemekle birlikte incelenen çok sayıda dosya dikkate alınarak bazı çıkarımlar yapılmıştır.

Birincisinde, HTS kayıtlarının tablo yapısında "NUMARA" sütununda HTS kayıtları sorgulanan sabit hat numarası "DİĞER NUMARA" sütununda sabit hattın iletişim kurulan numaralar bulunmaktadır. İkincisinde, HTS kayıtlarının tablo yapısında "NUMARA" sütununda iletişim kurulan numaralar, "DİĞER DUMARA" sütununda HTS kayıtları sorgulanan sabit hat numarası bulunmaktadır.

Bu iki HTS kaydı arasında tutarlılık kontrolü yapıldığında, birinci türdeki HTS kayıtları içerisinde başarısız aramalar da görülebilmekteyken, ikinci türdeki HTS kayıtları içerisinde

genellikle yalnızca başarılı aramalar görülebilmektedir. Anılan HTS kayıtlarının kaynaklarının (ilk kaydın yapıldığı santral operatörü) farklı olabileceği değerlendirilmektedir.

G... Büfe aramaları isnatlı iddianame sonrasında açılan çok sayıda kovuşturma dosyalarına 2 (iki) ayrı HTS dahil edilmiştir. İki kayıt birbirinden farklıdır. Excel formatındaki kayıtlarda arayan "Numara" olarak adlandırılan sütun sabit ve G... Büfe'ye kayıtlı sabit hat numarası iken, pdf formatlı kayıtlarda "Diğer numara" sütunu sabittir ve G... Büfe'ye kayıtlı sabit hattır. Pdf formatlı kayıtlarda "Numara" sütununda GSM hatları yer almaktadır. Excel formatındaki HTS dosyasının Türk Telekom kayıtları esas alınarak oluşturulduğu değerlendirilmektedir. Bunun nedeni sabitlenen telefon hattının bulunduğu sütun ve kayıtlarda "Sabit Telefon Görüşme Sorgu Sonuçları" başlığının yer almasıdır. Pdf formatındaki HTS dosyasının ise GSM operatörlerinin kayıtları esas alınarak oluşturulduğu değerlendirilmektedir. Bunun nedeni sabitlenen telefon hattının bulunduğu sütun ve kayıtlarda "GSM Görüşme Sorgu Sonuçları" başlığının yer almasıdır. Her iki HTS verisinin tarih aralığı 01.01.2012 ile 14.04.2018 olarak belirlenmiştir.

Türk Telekom ve GSM operatörleri kayıtlarına dayandığı değerlendirilen iki ayrı HTS dosyasının birbiriyle tutarlı olmaları beklenir. Ancak dosyalar karşılaştırıldığında kayıt sayılarından başlayarak önemli tutarsızlıklar olduğu görülmüştür. İki dosyanın kıyaslama tablosu aşağıda sunulmuştur.

Kayıt türü	Excel Formatlı (TT kaynaklı olduğu değerlendirilen) HTS	PDF formatlı (GSM kaynaklı olduğu değerlendirilen) HTS	Kayıt sayısı Farkı
Sabit Telefon Görüşme Sorgu Sonuçları	14.389	868	6.965
GSM Telefon Görüşme Sorgu Sonuçları	Sabit Telefon Görüşme Sorgu Sonuçlarına dahil olduğu değerlendirilmektedir.	6.556	
Uluslararası Görüşme Sorgu Sonucu	45	1	44
STH Görüşme Sorgu sonucu	5.187	450	4.737
TOPLAM	19.621	7.875	11.746

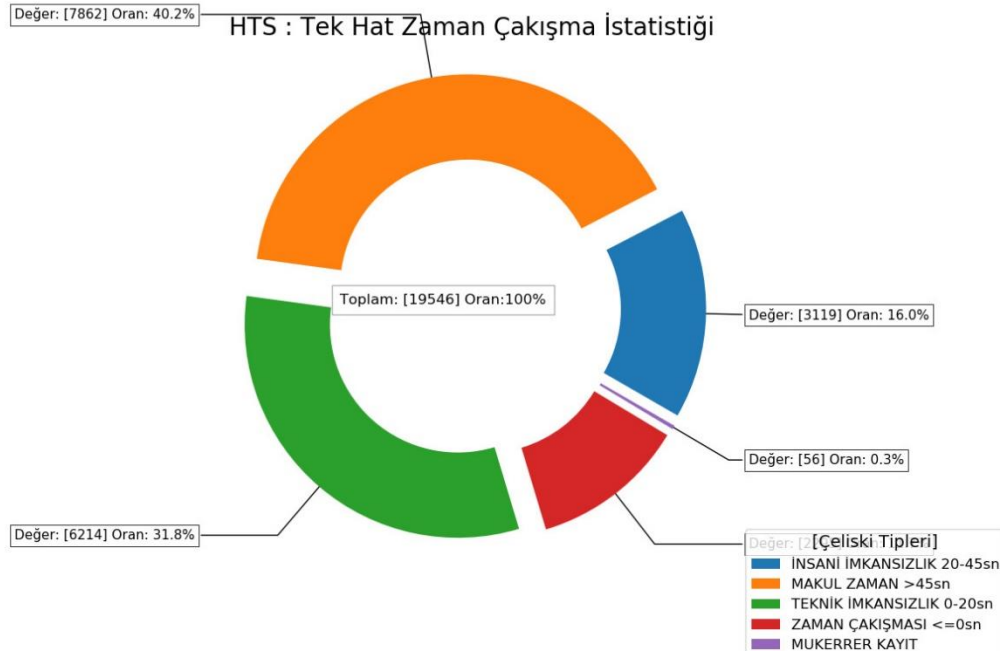
Tablo 1: G... Büfe HTS verileri kıyaslaması

Excel formatındaki arama kayıtları GSM numaralarına yönelenler için süzülmuş ve 14.389 arama kaydının 12.514'ünde aranan hattın GSM no.su olduğu (telefon numarasının başlangıç rakamları dikkate alınarak) tespit edilmiştir. Her iki HTS kaydındaki sorgulama kriterleri net olarak bilinmemekle birlikte, kovuşturma dosyalarına dahil edilen HTS kayıtları arasında önemli ölçüde farklılık olduğu açıktır. Her iki kayıtla ilgili diğer tespitler aşağıda belirtilmiştir. Bundan sonraki kıyaslamalarda, excel formatındaki ve Türk Telekom kaynaklı

olduğu değerlendirilen HTS kaydı TT-HTS, pdf formatındaki ve GSM operatörleri kaynaklı olduğu değerlendirilen HTS ise GSM-HTS olarak isimlendirilmiştir.

354 grupta belirtilen 1.571 arama kaydının tamamı excel formatındaki TT-HTS kaydında mevcuttur. 1.571 arama ve TT-HTS arasında aramaların başlangıç zamanı ve süresi açısından da bir tutarsızlık yer almamaktadır. Dolayısıyla iddianame ve Bilirkişi Heyet Raporunda belirtilen arama iddialarının kaynağı TT-HTS olmalıdır.

Ancak bir üst başlıkta 1.571 aramada tespit edilen tutarsızlıkların da aynı şekliyle TT-HTS'de yer aldığı da anlaşılmaktadır. TT-HTS toplamda 19.621 satırlık kayıttan oluşmaktadır. Bu kayıtlardan uluslararası görüşmeler ve bazı (yönlendirme vb.) satırlar çıkarılarak 19.546 satırlık bir kayıt elde edilmiş ve 1.571 arama için yapılan analiz TT-HTS için de tekrar edilmiştir. Yapılan analiz sonrası 19.546 satırdan 2.351'inde zaman çakışması, 6.216'sında teknik imkânsızlık, 3.117'sinde insani imkânsızlık tespit edilmiştir. Ayrıca 56 ayrı mükerrer kayıt tespit edilmiştir. 19.546 satırlık kaydın analizine yönelik grafik aşağıda sunulmuştur.



Resim 12: G... Büfe HTS kayıtları analizi

Grafiği sunulan analizden de anlaşılacağı gibi, HTS kayıtlarının sağlıklı olduğunu söylemenin mümkün olmadığı açıktır. Anılan imkânsızlık türlerini taşıyan kayıtlar sadece ilgili satırları problemli (şüpheli) hale getirmeyecek; kayıtların (verilerin) genelinin bilgi niteliğini olumsuz etkileyecektir. Bilgi niteliği olmayan verilerin ise emare niteliklerinin de olmayacağı rapor genelinde açıklanmıştır.

1.571 ardışık arama iddiası GSM-HTS ile de kıyaslanmış ve 1.571 arama kaydından sadece 20 adedinin GSM-HTS kayıtları ile (aramanın başlangıç zamanı ve süresi de dikkate alınarak) tam olarak tutarlı olduğu görülmüştür. 1.571 aramanın 58 adedi GSM-HTS kayıtları ile gün ve saat olarak tutarlı olmakla birlikte arama süresi tutarlı değildir.

İddia edilen 1.571 aramanın kaynağı TT-HTS olduğundan, GSM-HTS ile zaman kaydı farkı olabileceği değerlendirilerek, 1.571 arama GSM-HTS kayıtları ile -5 dakika ve + 5 dakikalık zaman aralığında kıyaslanmıştır. ± 5 dakikalık, yani 10 dakikalık zaman dilimi içinde 244 arama kaydının görüşme süresi tutarlılığı ile birlikte yer aldığı görülmüştür. Daha yüksek zaman kaydı tutarsızlığının ise kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmiştir.

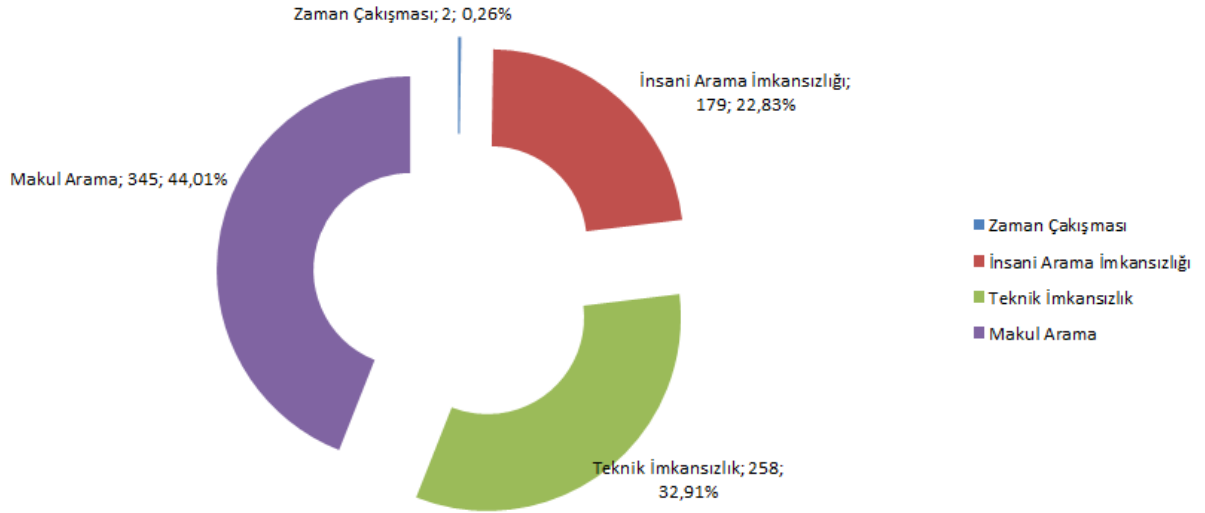
1.571 arama hem ± 5 dakikalık, yani 10 dakikalık zaman dilimi içinde olması hem de görüşme süresinin tutarlı olmasına bakılmaksızın kıyaslanmış, 378 GSM-HTS kaydının bu kapsamda tutarlı olduğu görülmüştür.

GSM-HTS kayıtlarında iddianameler ve Bilirkişi Heyet Raporunda yer alan 115 kişi için herhangi bir kayıt yer almamaktadır.

Sonuç olarak, G... Büfe HTS kayıtlarının kendi içinde ve birbirleriyle tutarlı olmadığı, dolayısıyla verilerin kaydedildiği ve depolandığı sistemlerin anlamlılığının da şüpheli olduğu değerlendirilmiştir. Anılan kayıtlarda manipülasyon yapılmış olma ihtimali de dikkate alınmalıdır.

4.4. G2... Büfe İddianame Kayıtlarının İncelenmesi

G... Büfe iddianamelerinden sonra bir başka büfe kontrollü telefonu için iddianame ve devamında kovuşturmalar gündeme gelmiştir. Anılan G2... Büfe için iddianamede yer alan arama kayıtları benzer şekilde analiz edilmiştir. Analiz sonucunda iddianamede yer alan 784 arama kaydından, 2'sinde çakışan zaman, 258'inde teknik imkânsızlık, 179'unda insani imkânsızlık olduğu tespit edilmiştir. Analiz sonuçlarının grafikte gösterimi aşağıda sunulmuştur.



Resim 13: G2... Büfe İddianame Kayıtları Analizi

4.5. Muhtelif Soruşturma/Kovuşturmalarda Yer Alan Örnek Bireysel İncelemeler

Ankesörlü/kontrollü arama isnatlı soruşturma/kovuşturma dosyalarında şüpheli/sanık bazlı çok sayıda problem medyada yer bulmuştur. Yayınlanan haberler veya köşe yazıları

şüpheli/sanık bazlı olmakla birlikte genel birçok probleme de atıf yapmaktadır. Söz konusu köşe yazılarını tekrar etmeksizin kısaca atıf yapılacaktır.

Dikkat çeken ilk köşe yazısı Sn. Müyesser Yıldız tarafından OdaTv internet sitesinde 05 ağustos 2018 tarihinde yayınlanan “ankesörlü Telefon Soruşturmalarında yanıt Bekleyen Sorular”¹⁶ başlıklı yazıdır. Yazı kapsamında ankesör soruşturmalarının safahatı ile birlikte askeri hâkimlerle ilgili değinilen çelişkilerin önemli olduğu değerlendirilmektedir. ankesörlü/kontörlü hatlardan arandığı iddia edilen 55 askeri hakimden 17’sinin halen görevde olması, bu kişilerin büyük bölümünün askeri casusluk kumpas davasında fişlenmiş kişiler olmaları, hatta 4’ünün daha önce kumpas davaları kapsamında tutuklanmış olmaları ankesörlü/kontörlü hatlardan aranan her kişinin FETÖ/PDY üyesi olmadığının açık göstergeleri olarak değerlendirilmektedir.

Aynı yazıda öğle saatlerinde Ankara Çankaya’dan aranmış bir asker ile yaklaşık 6 saat sonra Yenimahalle’den aranmış bir askerin ardışık kabul edildiğine değinilmiştir. Bu kabul ardışık ve periyodik arama tanımlarının yargı mercilerinde de muğlak olduğunun göstergesi olarak değerlendirilmiştir.

Aynı yazıda 5 ayrı askeri hâkimin gözaltında iken Merkez Komutanlığında yer alan ankesörlü telefonlardan ailelerini aramaları nedeniyle soruşturma kapsamına girmiş olmaları ise ankesörlü telefon hatlarının konumları ve bariz arama gerekçeleri de dahil olmak üzere bir filtrelemeden geçirilmediğini düşündürmektedir.

Benzer bir problem yine odatv internet sitesinde yayınlanan iki ayrı¹⁷ haber ile gündeme gelmiştir. 06 ve 07 Temmuz 2018 tarihlerinde yayınlanan iki ayrı haberde daha önce Ergenekon kumpasından mağdur olan E.M.’nin bu defa da ankesör soruşturması kapsamında FETÖ/PDY üyeliği şüphesiyle gözaltına alındığı belirtilmektedir. Ancak arayan kişinin de bir başka FETÖ/PDY mağduru subay (M.A.) olduğu ve kumpas nedeniyle cezaevinde kaldığı süre zarfında E.M.’yi aradığı avukatı tarafından beyan edilmiştir. Cezaevinde yer alan ve tutuklu ve hükümlülerce kullanılan ankesörlerin de inceleme kapsamına dahil edilebildiği ve FTÖ/PDY üyesi olma ihtimali olmayan, bilakis mağduru olmuş kişilerin de soruşturmalar kapsamında anlaşılmaktadır.

Yine benzer bir problem ise Yeniçağ Gazetesi ve internet sitesinde Sn. Ahmet Takan tarafından 19 Ağustos 2018 tarihinde yayınlanan “Ankesörün ucu...”¹⁸ başlıklı yazıda yer almaktadır. Yazıda Yüzbaşı R.A.’nın gece saat 03:30’da görev yaptığı ilin Devlet Hastanesi önünde yer alan ankesörlü telefonda 0850 ile başlayan numaralı ve Mehmetçiğe dağıtılan YurtKart ile aranmış olması nedeniyle kamu görevinden çıkarıldığı ve soruşturmasının devam ettiği belirtilmektedir. Hastanelerde yer alan ankesörlerden yapılan aramaların büyük çoğunluğunun sağlık problemi nedeniyle hastaneye giden Mehmetçiğin Komutanlarına haber vermek amacıyla yapıldığı değerlendirilmektedir.

Aynı yazıda 15 Temmuz 2016 hain darbe girişimi sırasında sıkıyönetim mesajına karşı ilk karşı mesajı yazan Kurmay Albay ve Eskişehir’den havalanarak Akıncı üssü pistlerini vuran iki pilotun da ankesörlü/kontörlü arama iddiasıyla ihraç edildiği belirtilmektedir. Anılan örneklerden sonra Sn. Ahmet Takan tarafından şu sorular yöneltilmektedir:

¹⁶ <https://odatv.com/ankesorlu-telefon-sorusturmalarinda-yanit-bekleyen-sorular-05081858.html>

¹⁷ <https://odatv.com/dun-ergenekondan-alinmisti-bugun-fetoden-06071847.html> ve <https://odatv.com/olmaz-boyle-sey-diyecegimiz-bir-olay-daha-08071804.html>

¹⁸ <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/ankesorun-ucu-48533yy.htm>

“Hemen her işlek köşede bulunabilen ankesörlü veya kontrollü telefonlar sadece FETÖ'nün iletişim yöntemi olmayabilir mi?

Sıradan insanlar da bu iletişim yöntemini tercih etmiş olamaz mı?

İnsanların TSK üniforması giyiyor olmaları "olağan şüpheli" olmaları için yeterli mi kabul ediliyor?

Herhangi bir TSK mensubunun FETÖ'cü olmadığını kanıtlamasının yolları var mıdır? Bu yollar nelerdir?

FETÖ, Bylock'ta Morbeyin uygulamaları ile yaptığı ve binlerce insanın mağdur olduğu kendi üyelerini perdeleme ve suyu bulandırma yöntemini burada da uygulamış olamaz mı?

Her bir asker veya sıradan vatandaş, hiçbir şekilde güvenilir olmadığı defalarca anlaşılan TİB kaynaklı ankesörlü veya ardışık arama listesine bir şekilde girdikten sonra başkaca kriterler yönünden de incelenmeyi hak etmiyor mu?

ByLock'ta olduğu gibi, görüşmenin içeriğine bakılmadan insanları mağdur etmek doğru mudur?”

İncelenen çok sayıda bireysel soruşturma/kovuşturma dosyasında yer alan ortak problem iddianamelerde yer alan arama kayıtlarının çoğunluğunun, şüpheli/sanık GSM hattı HTS kayıtlarında yer almamasıdır. GSM hatları HTS'lerinde yer alan aramalar baz alındığında ise çoğu zaman ardışıklık bulunmadığı gözlenmektedir. Bireysel dosyaların büyük çoğunluğunda aramaları periyodik olarak nitelemek de mümkün olmamaktadır.

4.6. Etkin Pişmanlıktan Faydalanma

Emniyet birimlerince hazırlanan ve daha önce atıf yapılan Bilgi Notunda ankesörlü/kontrollü arama isnatlı soruşturma/kovuşturmalarında etkin pişmanlıktan faydalanma oranının % 40,42 olduğu belirtilmektedir. Ancak ankesörlü/kontrollü soruşturmalarında etkin pişmanlıktan faydalanmayanların büyük çoğunluğunun tutuklandığı da hem şüpheliler hem de vekilleri ve kamuoyunca bilinmektedir.

Dolayısıyla etkin pişmanlık kurumunun anlaşılma ve uygulanma şeklinin dikkatle incelenmesi gerektiğini değerlendiriyoruz. Bu konuda Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ tarafından yapılan değerlendirmelerin konuya ışık tutacağını değerlendirilmektedir. Prof. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”¹⁹ isimli kitabında aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmaktadır:

“Bu süreçte başlatılan soruşturmalarda gözaltına alınan veya tutuklanan bazı kişilerin “itirafçı” oldukları gerekçesiyle, serbest bırakıldıklarını görüyoruz ve duyuyoruz.

*Bu kişiler “itiraf” olarak, öğrenim gördüğü sırada ilişki içinde buldukları çevrelere, özellikle **kamuda görev alma sürecine, görevde yükselme sürecine, bu süreçlerde kendilerine referans olan kişilere ilişkin bilgiler** vermektedirler.*

*Bu kişilerin suç işleyip işlemediği ve dolayısıyla, suçlu oldukları henüz yargı kararı ile tespit edilmiş değildir. Ancak bu kişiler, bugün itibarıyla, en azından “**terör örgütü üyesi olmak**” suçundan dolayı şüpheli veya sanık konumundadır.*

Bu kişilerden “itiraf” çerçevesinde alınan bilgiler somut bir suç vakıasına ilişkin olmadığı takdirde, bu “itiraf”ların TCK, m.221 hükümleri çerçevesinde etkin pişmanlık olarak

¹⁹ ÖZGENÇ İzzet, Suç Örgütleri, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018

değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu suretle, tahliye beklentisiyle, tutuklu kişilerle “at pazarlığı” yapılmaktadır. Gördüğümüz kadarıyla, kişilerden tahliye beklentisiyle alınan bilgiler, bir suç olgusuna ilişkin bulunmamaktadır. Aksine, bu “itiraf”ların, Türkiye’de halen hükümet eden siyasilerle bürokratlarının, yarın “terör örgütüne yardım ve yataklık etme” suçundan sorgulanmaları ve yargılanmaları sonucunu doğuracak mahiyet taşıdığını söylemek yanlış olmaz.”

Etkin pişmanlıktan faydalanan şüpheli veya sanıkların “itiraf”larında somut suç vakıalarına rastlandığı durumlar yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla, etkin pişmanlık tavrının ağırlıklı olarak, TCK’da yer alan bir suçtan duyulan etkin pişmanlıktan ziyade, tutuklanmaktan kurtulmak ve tahliye beklentisiyle meydana geldiği değerlendirilmektedir.

Tutuklama/gözültüne alma, ceza sistemimizde bir tedbir olarak düzenlenmiş olup amaçları arasında şüpheli/sanıkları itirafçı olmaya zorlamak bulunmamaktadır. Gözültü ve tutuklamanın yarattığı ağır şartlar ve uygulamalar dikkate alındığında; itirafçı olan kişilerin derhal tahliye edilmesi, ihraç edilmeyip açıkta tutulmaları, bu kişilerin istifalarının alınarak görevden ilişkilerinin kesilmesi, en basitinden kolluk personeli tarafından daha yumuşak davranılması bilinen gerçeklerdir. Bu sebepten, salt bahsettiğimiz kötü ve zorlayıcı durumdan kurtulmak amacıyla, failerin etkin pişmanlıkta bulunarak, genellikle varsayım üzerine ya da günlük faaliyetleri bağlamından kopararak veyahut şahsi husumetlerini kullanarak aleyhe ve kanıtı olmayan beyanlarda buldukları bilinmektedir. Etkin pişmanlıktan faydalanan şüpheli veya sanıkların “itiraf”larında somut suç vakıalarına rastlandığı durumlar bu bakımdan yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla, etkin pişmanlık tavrının ağırlıklı olarak, TCK’da yer alan bir suçtan duyulan etkin pişmanlıktan ziyade, tutuklanmaktan kurtulmak ve tahliye beklentisiyle meydana geldiği değerlendirilmektedir.

Etkin pişmanlık problemleri ve çok sayıda başka problemin temel nedeninin FETÖ/PDY’nin bir terör örgütü olarak kabul edileceği tarihin belirgin olmamasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Siyasi veya bazı adli mercilerin belirttiği şekilde (hukuki olmamakla birlikte) 17-25 Aralık 2013 tarihinin milat olarak belirlenmesi halinde çok sayıda soruşturma/kovuşturma dosyasının KYOK veya beraat ile sonuçlanacağı değerlendirilmektedir. Hukuken doğru olan tarihin ise Venedik Komisyonu’nun raporunda²⁰ belirtildiği şekilde 15 Temmuz 2016 olması gerektiği değerlendirilmektedir.

5. HTS KAYITLARINDA YER ALAN PROBLEMLERİN OLASI NEDENLERİ

HTS kayıtları operatörler tarafından tutulmakta ve BTK (eski TİB) tarafından kontrolü ve denetimi sağlanmaktadır. Operatörlerin tuttukları kayıtları dönemsel olarak TİB’e ilettikleri anlaşılmaktadır. Operatörler TİB’e ilemeden önce ham verileri çözümlene ve işlemeye tabi tutmaktadır. Dolayısıyla TİB bünyesinde yer alan veriler ham değil, çözümlenmiş ve işlenmiş verilerdir.

BTK (eski TİB) konusunda siyasiler başta olmak üzere çok sayıda yetkilinin yapmış oldukları yorumlar bilinmektedir. Aynı yorumların operatörler için de kısmen de olsa geçerli olabileceği değerlendirilmektedir.

HTS kayıtlarının ne kadar süreyle saklanabileceği bir sonraki bölümde detaylı olarak açıklanmıştır. Mevzuatın izin verdiği sürelerden daha fazla süreyle, 2010 yılına kadar

²⁰ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 865/2016 no.lu Görüş, Venedik 9-10 Aralık 2016, Strasbourg 12 Aralık 2016

(münferit bazı örneklerde 2006 yılına kadar) geriye giden kayıtların iddianamelere yansıyan önemli bir bölümü BTK kayıt formatları ile uyumlu değildir. Dolayısıyla, TİB veya BTK harici bir kurumun da HTS kayıtlarını saklamış olma ihtimali bulunmaktadır. Başka bir kurum tarafından da saklanmış olsa HTS kayıtlarının kaynağının operatörler ve TİB olması gerektiği değerlendirilmektedir.

İddianamelere yansıyan kayıtlar MsSql veri tabanı kullanılarak kaydedilmiş/depolanmış ve işlenmiş olarak dosyalara dahil edilmektedir. MsSql veri tabanına Emniyet Müdürlüğü görevlilerince hazırlanmış çok sayıda analiz raporunda atıf yapıldığı görülmüştür.

Sonuç olarak, kayıtlarda hayatın olağan akışında kabul edilebilir olmayan yoğunlukta hatalara rastlanmasının nedeninin, defalarca çözümlene ve işlemeye tabi tutulmuş kayıtların her aşamada manipülasyona açık olması şeklinde ifade edilebileceği değerlendirilmektedir.

Manipülasyon, FETÖ/PDY üyelerince yapılmış olabileceği gibi, süreç içerisinde kamu kurumları başta olmak üzere her alanda kendi üyelerine alan açma çabasında olan yapılanmalar tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir.

6. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

FETÖ/PDY üyelerinin ankesörlü/kontörlü hatlarla iletişim sağladıkları hususu itirafçı ifadeleriyle belirlenmiştir ve doğruluğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak her ankesörlü/kontörlü telefonda aranın FETÖ/PDY üyesi olduğunun kabulünün doğru olmadığı açıktır. Soruşturma/kovuşturma aşamalarında da ortaya çıkan çok sayıda örnek göstermiştir ki, ankesörlü/kontörlü telefonda aranma hayatın olağan akışında mümkün olan bir iletişim yöntemidir. Dolayısıyla hem aramaların teknik olarak şüpheye yer vermeyecek şekilde gerçekleşmiş olması yani kişi ile arama arasında illiyetin tam olarak kurulması hem de isnat edilen suç ile kişi arasında illiyetin tam olarak kurulması ve tüm sürecin her koşulda hukuka uygun yürütülmesi azami derecede önem arz etmektedir. Bu kapsamda hukuki değerlendirmeler yapılmıştır.

6.1. Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi

6.1.1. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda alınması Açısından

Ankesörlü/kontörlü telefon görüşmelerine ilişkin HTS kayıtlarının delil niteliği CMK'nın "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" başlıklı 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Madde gereğince; "*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir*" (md. 135/1). Madde metninde "*iletişimin tespiti*" kavramına yer verilmemesi ve bu hususun CMK'nın 135/6. maddesinde ayrıca düzenlenmesi nedeniyle, iletişimin denetlenmesine ilişkin şartların iletişimin tespitinde geçerli olmayacağı iddia edilebilir. Ancak, Anayasa'nın 141/3. ve CMK 34. maddeleri gereğince gerekçesiz yargı kararı

olamayacağından ve yine Anayasa 13. ve 22. maddeleri gereğince keyfi olarak haberleşme hürriyetine müdahale edilemeyeceğinden, CMK'nın 135/1. maddesinde öngörülen şartlar iletişimin tespiti için de geçerlidir. Ayrıca ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın hak ve hürriyetleri lehine genişletici yorum veya kıyas yapılması mümkündür.²¹

İletişimin tespiti; şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla kimler ile nerede, hangi tarihte ve hangi yolla haberleştiğinin belirlenmesidir. Bu kavram, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin²² 4/1-f maddesinde; *“iletişim içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçları ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, iletişimin tespitinde haberleşme içeriğinin öğrenilmesi mümkün değildir.²³ Ayrıca iletişim kurulmak istenen cihazın kapalı olması, cevap vermemesi ya da ulaşılamaması gibi başarısız arama girişimlerinin tespiti veya iletişim kurulmak istenen numaranın bir başka numaraya yönlendirilmesi halinde yönlendiren ve yönlendirilen numaraların belirlenmesi de iletişimin tespiti kapsamındadır.

6.1.1.1. İletişimin Tespitinin Şartları

CMK'nın 135/1. maddesi gereğince iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için; bir suç soruşturması veya kovuşturmasında, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir. Yani tedbir kararı verebilmesi, madde de yazılı şartların aynı anda gerçekleşmesine bağlıdır. Şartlardan birinin eksik olması halinde verilen kararın ve bu karara dayanılarak elde edilen delilin hukuka aykırılığı gündeme gelir.

CMK'nın 206/2-a maddesinde, kanuna aykırı elde edilen delilin reddolunacağı ve CMK'nın 217/2. maddesinde de, yüklenen suçun hukuka uygun delillerle ispatlanabileceğinin belirtilmesi karşısında, iletişim tespit tutanaklarının delil olarak kabulü, CMK'nın 135. maddesine uygun olarak elde edilmelerine bağlıdır.

Yargıtay'da konuyla ilgili verdiği bir kararında; *“iletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli, makul ve kanuna aykırı olarak elde edilmemiş şüphe sebeplerinin varlığı şarttır... kuvvetli şüphe sebepleri tutuklama için öngörülen 'kuvvetli suç şüphesinden' farklıdır. Zaten tutuklama kararı verecek kadar kuvvetli şüphe varsa iletişimin denetlenmesi yolu kendiliğinden kapanmaktadır. İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için çok basit bir suç şüphesinin varlığı yeterli ise de, suç işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli olması gerekir”* demiştir.²⁴

²¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15/11/2011 T., 2011/6-140 E., 2011/222 K. sayılı kararı; ŞEN Ersan, *“İletişimin Tespiti”*, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1479525-iletisimin-tespiti>.

²² 14/01/2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete.

²³ YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.616 vd.; YENİDÜNYA A. Caner/İÇER Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.471.

²⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 T., 2015/4672 E., 2016/2330 K. sayılı kararı.

6.1.1.1.1. Usulüne Uygun Olarak Başlatılan Bir Soruşturma Bulunmalıdır

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin “dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” tedbirine CMK’nın 135/7. maddesinde belirtilen katalog suçlar kapsamında başvurulabilirken, “iletişimin tespiti” tedbirine her suçla ilgili başvurulabilir. Yani kanun koyucu bu tedbirle ilgili bir suç sınırlaması yapmamıştır.²⁵ Ancak, tedbire başvurunun ön şartı da usulüne uygun olarak başlatılmış bir soruşturmanın varlığıdır ve hedef kişi, bu soruşturmanın “şüphelisi” veya kovuşturmanın “sanığı” olmalıdır. **Şüpheli bilinmiyorsa tedbir kararı verilemez ve uygulanamaz.** Oysaki ankesörlü/kontrollü hattan aranma dosyalarında bu kurala uyulmadığı, hakkında her hangi bir soruşturma bulunmayan kişiler hakkında iletişimin tespiti kararı verilip, bu kişilere ait HTS kayıtlarının temin edildiği ve elde edilen kayıtlar üzerinde çalışma/analiz yapıldıktan sonra bir kısmının şüpheli yapıldığı görülmektedir. Ancak, şüpheli sıfatı olmayan belirsiz sayıdaki kişiye, bir bölgeye veya belirli bir meslek grubuna yönelik olarak bu tedbirin uygulanması CMK’nın 135. maddesine aykırıdır.

Ayrıca iddianamelerde, ankesörlü/kontrollü hatlardan gerçekleştirilen aramaların “mahrem imam” olarak tabir edilen kişiler tarafından yapıldığı belirtilmiş olup, soruşturmanın başlangıç noktası bu kişiler tarafından aranma iddiasıdır ve bu kişilerin dosya kapsamında şüpheli olmaları gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak böyle bir iddiayla başlatılacak soruşturma, öncelikle bu kişilerin (mahrem imamların) kim olduklarının bilinmesini gerektirir. Aksi durumun kabulü, haklarında soruşturma bulunmayan ve sabit hatlardan aranan binlerce kişinin iletişiminin tespitine sebebiyet verir ki, bu durum Anayasa’nın 22. ve CMK’nın 135. maddelerine aykırı olduğu gibi bu şekilde elde edilen HTS kayıtlarının Anayasanın 38/6. ve CMK’nın 206/2-a ile 217/2. maddeleri gereğince delil olarak kullanılması mümkün değildir.

Yargıtay’da konuyla ilgili verdiği kararlarında, basit ve şekli de olsa hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını, zira haberleşme hürriyetinin anayasal bir hak olduğunu ve bu hakkın ihlalinin önemsiz kabul edilemeyeceğini belirtmiş,²⁶ başka bir kararında da; “...günün belli bir zaman diliminde baz istasyonundan görüşme yapan tüm abonelere ait açık adres ve kimlik bilgilerini kapsayacak şekilde arayan ve aranan dökümlerine ilişkin bilgilerin dökümü iletişimin tespiti işlemidir. Tüm suçlar yönünden bu tedbire başvurma olanağı bulunduğundan, işlendiği iddia olunan hırsızlık suçu yönünden iletişimin tespiti kararı verilmesi olanaklı ise de; hakkında tedbir kararı verilen kişiler yönünden tedbir kararının isabetli olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. İletişim tespiti ancak, şüpheli ve sanık hakkında uygulanabilir. Haklarında iletişimin tespiti tedbiri talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur” demiştir.²⁷

Benzer şekilde, CMK’nın 138/2. maddesinde; “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili

²⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03/10/2005 T., 2005/14696 E., 2005/20489 K. sayılı kararı; ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2015, s.440; ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 5. Baskı, Ankara, 2014, s.363; YENİDÜNYA/İÇER, s.476-477; ŞEN, İletişimin Tespiti.; YENİSEY/NUHOĞLU, s.586.

²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/07/2007 T., 2007/5.MD-23 E., 2007/167 K. sayılı ve 22/01/2008 T., 2008/3-25 E., 2008/3 K. sayılı kararları; Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 T., 2015/4672 E., 2016/2330 K. sayılı kararı.

²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15/11/2011 T., 2011/6-140 E., 2011/222 K. sayılı kararı.

olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı (sekizinci) fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir” denilmiştir. Madde gereğince, iletişimin denetlenmesi sırasında hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunmayan kişilerle ilgili delil elde edilirse, durum C.Başsavcılığına bildirilecek, Başsavcılık yapacağı değerlendirme neticesinde elde edilen delilleri soruşturma açmaya yeterli görürse ilgililer hakkında soruşturma açılacak ve o kişilerle ilgili yeni bir tedbir kararı alınacaktır.²⁸ Sabit hattan arama dosyalarında böyle bir durum da mevcut değildir. Şüphelilerle ilgili yürütülmekte olan her hangi bir soruşturma ve bu soruşturma kapsamında verilmiş bir tedbir kararı yoktur. Yani, HTS kayıtları CMK'nın 138/2 maddesine göre değil, şartları oluşmamasına rağmen CMK'nın 135/6. maddesine göre elde edilmiştir.

6.1.1.1.2. Suç İşlendiğine İlişkin Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Şüphe Sebepleri Bulunmalıdır

Ceza muhakemesinin varlık sebebi suç şüphesidir. Suç şüphesi ancak delillerle ortaya konulabilir ve delilin kuvveti, şüphenin kuvvetini ortaya çıkarır. CMK'nın 170/2. maddesi gereğince iddianame düzenlenebilmesi için aranan şüphe yeterli şüphe ve eldeki deliller dikkate alındığında sanığın mahkûm olma ihtimali beraat etme ihtimalinden fazlaysa ‘yeterli şüphe’ nin varlığı kabul edilir. Eldeki delillere göre, şüpheliye mahkûmiyet kararı verilmesinin büyük ihtimal olması durumunda ise “kuvvetli şüphe” var kabul edilir²⁹ ve CMK'nın 135/1. maddesi gereğince iletişimin tespitine karar verilebilmesi için suç işlendiğine ilişkin “kuvvetli şüphe” sebeplerinin bulunması ve bunların “somut delillere dayanması” gerekir. Başka bir ifadeyle, somut olgulara dayanmayan tahmini ve varsayımsal delillerle anayasal bir hakka yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır ki, bu sebeple tedbir kararı verecek mercie, kuvvetli şüphe sebeplerini oluşturan delillerin neler olduğunu gösterme yükümlülüğü getirilmiştir.³⁰

Yerleşik Yargıtay içtihatları gereğince, iletişimin tespiti kayıtları şüphelinin kiminle, ne zaman, nerede iletişim kurduğunu gösteren ve tespite konu görüşme içerikleri belli olmayan kayıtlardır.³¹ İçeriği belli olmayan bu kayıtlar basit şüphe oluşturan yardımcı delil niteliğinde olup, kamu davası açılması için aranan yeterli şüphe ve mahkûmiyet için aranan kesin delil niteliğinde değildir.³² Bu nedenle, bu kayıtlar mutlaka somut delillerle desteklenmelidir ve

²⁸ ŞEN Ersan, “Dolaylı Dinleme”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1121655-dolayli-dinleme>; YENİSEY/NUHOĞLU, s.654; YENİDÜNYA/İÇER, s.491.

²⁹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2015, s.83; YENİDÜNYA/İÇER, s.450; ŞAHİN, s.293.

³⁰ ŞAHİN, s.293; YENİDÜNYA/İÇER, s.481; CENTEL/ZAFER, s.83.

³¹ Ceza Genel Kurulunun 04/10/2011 T., 2011/10-159 E., 2011/202 K. sayılı kararı; “...katılan sanık ...'in cezalandırılmasına dayanak olarak gösterilen HTS kayıtlarının içeriği bilinmediğinden katılan sanığın diğer katılan sanık ...'ı aradığına delil olabileceği, ancak kasten yaralamaya azmettirme suçuna tek başına delil olamayacağı, katılan sanığın suçlamayı kabul etmediğini beyan etmesi karşısında, soyut iddiadan başka tanık da bulunmayan olayda; mahkûmiyete yeter kesin ve inandırıcı delil bulunmaması” bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 09/7/2015 T., 2015/8191 E., 2015/4482 K. sayılı kararı.

³² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/07/2007 T., 2007/5.MD-23 E., 2007/167 K. sayılı ve 22/01/2008 T., 2008/3-25 E., 2008/3 K. sayılı kararları; Yargıtay 20. Ceza Dairesinin 21.01.2016 T., ve 2015/1663 E., 2016/271 K. sayılı kararı; “...Suça konu eroini nakleden sanık Mehmet'in sanık hakkında beyanı dışında bir delil bulunmadığı, sanığın diğer sanık Mehmet ile telefon görüşmelerine ilişkin HTS raporlarının suça iştirak olarak kabul edilemeyeceği

aleyhinde HTS kayıtlarından başka delil bulunmayan kişi, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin koruması altındadır.³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili verdiği bir kararında; “...ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan “kuşkudan sanık yararlanır” kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan olası kaniya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilebilmesinin başka bir yolu da bulunmamaktadır” demiştir.³⁴

Ankesörlü/kontörlü telefon aramalarına ilişkin soruşturmalarda, haklarında her hangi bir soruşturma bulunmayan kişilerin HTS kayıtları bu kişiler hakkında somut delillere dayalı şüphe sebepleri ortaya konulmadan elde edilmiş ve bu kişiler bir meslek grubuna mensup olmaları nedeniyle topyekûn bu tedbire muhatap olmuşlardır. Bu kapsamda tüm TSK mensupları ve emeklilerinin HTS kaydı incelenmiş, kayıtlar üzerinde çeşitli analizler yapıldıktan sonra bu kişilerden sadece bir kısmı şüpheli yapılmıştır. Yani, CMK’daki şartlar oluşmadan temin edilen HTS kayıtları üzerinde yapılan analizlere dayanılarak bu kişilere suç isnadında bulunulmuştur. Oysaki **CMK’ya göre suç şüphesi en başından, yani tedbir kararı verilmeden ve HTS kayıtları temin edilmeden önce mevcut olmalıdır.**³⁵

gözetilmeden atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi” bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 20. Ceza Dairesinin 23/11/2015 T., 2015/15011 E., 2015/4787 K. sayılı kararı.

³³ “...sanıkların suçu işlediklerine yönelik maddi bir delilin olmadığı ve salt HTS kayıtlarının ise mahkûmiyete yeterli delil vasfında olamayacağı nazara alındığında, ...’ın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna iştirak ettiklerine dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından beraatları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle mahkûmiyetlerine karar verilmesi” bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 20. Ceza Dairesinin 27/2/2018 T., 2017/6720 E., 2018/1146 K. sayılı kararı; Yargıtay başka bir kararında; “sanık ...’un davaya konu izinsiz kazı faaliyetine iştirak ettiğine dair, mahkûmiyetine yeterli derecede delillerin olmadığı sadece HTS kayıtlarının başka delillerle desteklenmediği sürece suçun oluşumu noktasında yeterli kabul edilemeyeceği ve atılı suçtan beraatine karar verilmesinde bir aykırılığın bulunmadığı anlaşılmalı” diyerek kararın bozulmasına hükmetmiştir. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2015/4301 E., 2016/7873 K. sayılı kararı 04/5/2016 T. Benzer karar için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 01/3/2018 T., 2018/18 E., 2018/18 K. sayılı kararı.

³⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/9/2010 T., 2010/5-109 E., 2010/177 K. sayılı kararı; Benzer nitelikli karar için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 13/01/2016 T., 2015/8703 E., 2016/119 K. sayılı kararı.

³⁵ Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararında; “...bir kısım sanıklar hakkında iletişim tespiti ve uzatma kararları verilmiş olup, bu kararlara dayanak olan talep yazılarını düzenleyen soruşturma makamının kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin dayanağını oluşturan bilgilere ne suretle eriştiği belirlenememekte, soruşturma makamının talep yazılarında ‘kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin dayanağını oluşturabilecek herhangi bir belge’ ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7/1 maddesine göre hazırlanması gereken gerekçeli raporun bulunmadığı anlaşılmaktadır. ...şüpheliler hakkında verilen iletişimin tespiti kararının gerekçesinin,

6.1.1.1.3. Başka Surette Delil Elde Etme İmkânı Bulunmamalıdır

Bu şart, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; *"soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı ve başka yöntemlerde biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak (bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle) ulaşılabilecek olmasıdır."* Bu düzenleme gereğince, uygulanacak başka tedbirler vasıtasıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için delil elde etme imkânı varsa bu şartın gerçekleştiğinden söz edilemez. Dosyada olayı aydınlatmak için yeterli delil varken iletişimin tespitiyle elde edilecek delillerle iddianın güçlendirilmesine yönelik yaklaşım 135. maddenin amacıyla bağdaşmaz. Başka bir ifadeyle, iletişim tespiti tedbirine delil elde etme açısından *"en son çare"* olarak başvurulmalıdır. Ayrıca, tedbire karar verecek mercinin, delil elde etme konusunda hangi çabalarının sonuçsuz kaldığını denetlemesi, gerekirse bu hususları soruşturma makamına sorması ve başka bir surette delil elde etme imkânı bulunmadığını gerekçeleriyle ortaya koyması gerekir.³⁶

Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında; iletişimin denetlenmesine karar verilmeden önce başka suretle delil elde edilemeyeceğine ilişkin soyut ifadeler dışında dosya kapsamında gerekli çalışma yapılmamasını ve her bir sanık ve somut olay için ortaya çıkan bulgulara göre değerlendirilme yapılması gerekirken genelleme yapılmak suretiyle tüm kararlarda; *"Ergenekon yapılanmasının deşifre edilmesi suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütlü bir yapı içerisinde faaliyet gösteren şahısların suç faaliyetlerinin önlenmesi, suçluların suç delilleri ile birlikte yakalanabilmesi ve grup içerisindeki yapının ortaya konulabilmesinin fiziki takip ve tarassut çalışmaları ile mümkün olmadığından başka türlü delil elde etme imkânı bulunmadığı"* na yer verilmesini bozma nedeni saymış ve yetersiz gerekçeye dayalı bu kararlar uyarınca yapılan işlemlerin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.³⁷

Ancak, ankesörlü/kontörlü telefon aramalarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda bu kurala da riayet edilmediği, son çare delili olarak başvurulması gereken iletişimin tespiti tedbirine, diğer koruma tedbirlerinden hiç birine başvurulmadan doğrudan doğruya başvurulduğu, haklarında her hangi bir soruşturma bulunmayan bir meslek grubuna mensup kişilerin topyekûn şüpheli kabul edilerek HTS kayıtlarının istendiği ve sadece bu kayıtlar üzerinde inceleme yapılarak suç delili elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir.

"şüphelilerin suçla ilgisi olup olmadıklarının tespiti için" şeklinde olduğu ve bu kapsamda CMK'nın 135. maddesinde belirtilen 'kuvvetli suç şüphesini ortaya koyan olgulara' yer verilip açıklanmamıştır." ...şüpheliler hakkında 'soyut kuvvetli suç şüphesinin' varlığına dayanılarak iletişimin tespiti kararı verilmesi yasaya uygun bulunmamıştır" demiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 T., 2015/4672 E., 2016/2330 K. sayılı kararı.

³⁶ ÇOLAK Haluk/TAŞKIN Mustafa, Ceza Muhakemesi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.607; YAVUZ Hakan, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, Ankara, 2005, s.246-247; ŞEN Ersan, "Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", http://sen.av.tr/tr/makale-detay/11/adli_ama%C3%A7li%20iletisim%20denetlenmesi, s.586.

³⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 T., 2015/4672 E., 2016/2330 K. sayılı kararı.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) da, mahkemeler ve C.Başsavcılıkları tarafından, kişi, yer ve zaman sınırlaması gözetilmeksizin ve şüpheli olup olmadıklarına bakılmaksızın ankesörlü telefonda aranan herkesin HTS kayıtlarının istenmesine ilişkin kararların hukuka aykırı olduğunu belirterek itirazda bulunmakta ve itirazlarında şu hususlara yer vermektedir; "...genellikle ankesörlü/kontrollü telefonun kurulu bulunduğu yerin nüfus yoğunluğuna bağlı olarak bir ankesörlü telefonda bir gün içerisinde YÜZLERCE görüşme olabilmektedir. Kararınızda yer alan ankesörlü telefon numarasına ait iletişimin tespiti yapılması halinde şüpheli ya da sanık olmayan çok sayıda kişinin görüşme kayıtlarını da içerecektir. Ayrıca talep edilen tarih/saat aralığı geniş bir zaman aralığını kapsamaktadır. Bununla birlikte, mezkur soruşturma kapsamında maddi delillerin elde edilmesi ve dosyanın tekamül etmesi açısından zaruret kesbetmesi durumunda, talep edilen tespit zaman diliminin SAAT MÜMKÜNSE DAKİKA OLARAK DARALTILARAK talep edilmesi hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, Kurumumuzca her ne kadar, ilgili sayılı kararınızın kamunun kullanımına açık ankesörlü telefon hatlarının iletişiminin tespiti talebi yönüyle kanunun emredici hükmüne aykırı olduğu değerlendirilmekte ise de; kovuşturmanın konusu olayın ehemmiyeti ve işin aciliyeti dikkate alınarak, kovuşturmayı sürüncemede bırakmamak amacıyla, kamunun kullanımına açık ankesörlü telefon hatlarının iletişiminin tespiti bilgileri yazımız ekinde gönderilmiştir. Ankesörlü/kontrollü telefonun sorgulanmasına ilişkin kararınızın incelenmesi sonucu, anılan mevzuatta belirtilen bütün unsurları kapsamadığı, ayrıca MEVZUATIN BELİRLEDİĞİ AMAÇ, KAPSAM, YETKİ VE SINIRLARI AŞACAK NİTELİK TAŞIYABİLECEĞİ de göz önüne alınarak, kanunun emredici hükmüne aykırı olduğu değerlendirilen ilgili sayılı kararınızın, itirazımız değerlendirilmek suretiyle CMK'nın 268 ve devamı maddeleri uyarınca düzeltilmesi, itiraz yerinde görülmediği takdirde dilekçe ve eklerinin itirazı incelemeye yetkili mercie gönderilmesi, itiraz merci tarafından kabul edilmesi durumunda, kayıtların Kurumumuza iade edilmeyerek tarafınızca imha edilmesi hususunda bilgi ve gereği arz olunur."³⁸

6.1.2. İletişimin Tespiti Kayıtlarıyla İlgili Bilirkişi İncelemesi Yaptırılmasının Gerekliliği

CMK'nın 63/1. maddesi gereğince çözümü uzmanlığı, özel ya da teknik bilgiyi gerektiren durumlarda C.savcısı ve mahkemece bilirkişiden görüş alınabilir. Kanun koyucunun uzmanlığa, özel veya teknik bilgiye ihtiyaç bulunduğunu baştan kabul ettiği "*akıl hastalığı, parada sahtecilik, moleküler genetik inceleme*" gibi haller dışında yargı mercilerinin bilirkişi raporu alma zorunluluğu yoktur³⁹ ve bu konuda takdir yetkileri vardır. Ancak, bu yetki sınırsız olmayıp, olayın özelliğine göre bilirkişiye başvurulması gerektiği halde başvurulmaması Yargıtay'ca bozma nedeni kabul edilmektedir.⁴⁰

Bilirkişi raporu hâkim için bağlayıcı değildir ve hâkim, bilirkişi raporunun aksi yönde karar verebilir. Ancak, hâkimin özellikle konusu teknik bilgiyi ve uzmanlığı gerektiren hususlarda bilirkişi raporunun aksine karar vermesi halinde bunun gerekçelerini açıkça göstermesi

³⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesine hitaben (Esas: 2017/115) yazdığı 06/7/2018 tarihli, 29234571-401.12.01-2018.575565 sayılı ve Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben (Soruşturma No: 2017/17483) yazdığı 12/02/2018 tarihli, 401.12.01-2018.029817 sayılı ve iletişimin tespiti konulu cevabi yazıları.

³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/2/2012 T., 2011/12-578 E., 2012/43 K. sayılı kararı.

⁴⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 08/06/2009 T., 2008/1152 E., 2009/3292 K. sayılı kararı.

gerekir.⁴¹ Dijital verilerin, "elektronik ortamda saklanan manyetik parçalardan ibaret olmaları" sebebiyle CMK'nın 206. maddesi kapsamında delil olarak kabulleri, bilirkişi incelemesinden geçip "sağlam" olduklarının ortaya konulmasıyla mümkündür.⁴² AİHM'de bilirkişilik kurumunu, AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan tanık dinletme hakkından yola çıkarak "silahların eşitliği ilkesi" ile bağlantı kurarak değerlendirmektedir.⁴³

Mevcut soruşturma ve kovuşturmalarda, HTS kayıtlarının elde edilme usulünün CMK'ya ve 5809 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklere uygun olmadığı ve "çakışan zaman dilimi", "teknik ve insani arama imkânsızlıkları" gibi çelişkilerin bulunduğu ve bu nedenle de bu kayıtların delil olarak kabul edilemeyeceği sanık müdafilerince sıklıkla dile getirileceğinden, ortaya çıkan şüphenin giderilmesi adına mutlaka bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Zira, CMK'nın 223. maddesi gereğince suçun sanık tarafından işlendiği kesin olarak tespit edilememişse veya iddiaya konu olayla ilgili şüphe sebebi varsa "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince sanık hakkında beraat kararı verilecektir.⁴⁴

Ayrıca, yaptırılacak bilirkişi incelemesinden önce soruşturma veya kovuşturmaya konu her iki telefonun baz ve karşı baz kayıtlarının alınması gerekir. Tek telefona ait HTS kayıtlarının alınması bu kayıtlardan sağlıklı bir netice alınmasını engeller ve böyle bir yöntem çoğu kez hatalara neden olur. Zira tek başına delil niteliği olamayan ve ancak başka delillerle desteklenmesi halinde hükme esas alınabilen, yani hem hukuki hem de teknik açıdan zayıf ve niteliksiz bir delil olan HTS kayıtlarının, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı bir yan delil olarak kabulü, her iki telefon kayıtlarının birebir örtüşmesine bağlıdır. HTS kayıtlarının tek taraflı alınması halinde, dijital veri niteliğinde olan bu kayıtların bütünlüğünün bozulduğuna, değiştirildiğine ya da üzerinde ekleme veya çıkarma yapıldığına ilişkin iddiaların karşılanabilmesi ve tespiti mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, CMK'da kullanılacak delilin bütünlüğü esas olup, bölünmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, delilin bölünüp bir kısmının, yani bir telefona ait HTS kayıtlarının alınıp, diğerinin göz ardı edilmesi düşünülemez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da konuyla ilgili verdiği bir kararında; "sanığın, bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kesinlikle ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkumiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşturma imkanı vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir"⁴⁵ demiştir.

Anayasa Mahkemesi de, yerel mahkemenin; yalnızca dijital deliller üzerinde cumhuriyet savcısının yaptırdığı incelemeye ve kurumlardan gelen evraklara itibar edip, başvuruçuların,

⁴¹ ŞEN Ersan, "Ceza Yargılamasında Bilirkişi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1629701-ceza-yargilamasinda-bilirkişi>; YENİDÜNYA/İÇER, s.708-709; TANRIKULU, s.404.

⁴² YENİSEY/NUHOĞLU, s.595.

⁴³ AİHM'in Bönisch/Avusturya Kararı, B.No: 8658/79, 06/5/1985, P.32; Brandstetter/Avusturya Kararı, B.No: 11170/84, 12876/87, 13468/87, 28/8/1991, P.42.

⁴⁴ YENİDÜNYA/İÇER, s.742; YENİSEY/NUHOĞLU, s.1053.

⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/03/2013 T., 2012/10-1319 E., 2013/98 K. sayılı kararı.

mahkûmiyet kararının dayanağı olan dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı iddialarını değerlendirmek üzere bilirkişi incelemesi yaptırılması ve dijital materyallerin imajlarının verilmesi yönündeki taleplerini reddetmesini yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.⁴⁶

Yine, bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerekir (CMK md. 64/5) ve özellikle yasama ve yürütme mercilerince bilirkişilere emir ve talimat verilemez. Bilirkişilerin tarafsızlığını temin adına CMK'da, hâkimlerde olduğu gibi ret ve çekinme hükümlerine yer verilmiştir (CMK md. 69-70). Tarafsızlık, şekli ve maddi anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda tarafsızlık, bilirkişinin dosyanın tarafı olan kuruma herhangi bir bağının olmamasını,⁴⁷ maddi anlamda tarafsızlık da, bilirkişinin adli makamları yanlış karar vermeye yönlendirecek ve adil yargılanma hakkına zarar verecek şekilde bir tarafın leh veya aleyhine görüş bildirmemesini ifade eder. Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında; "...suça konu eserlerin tarafsız bilirkişiye tevdi ile özellik ve niteliklerinin belirlenmesi gerekirken, müdahil idareye bağımlı bilirkişilerce düzenlenen rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulmasını" bozma nedeni saymıştır⁴⁸. Ankesör/sabit hattan aranma davalarında bilirkişi raporu hazırlayan kişiler, genellikle bu dosyalarla ilgili evrak ve raporları da hazırlayan emniyet müdürlüğü personeli olduklarından (polis memurları) bağımsız ve tarafsız şekilde rapor hazırlayabilmeleri mümkün değildir.

6.1.3. Taraflarca Alınan Uzman Görüşünün Hukuki Değeri ve Önemi

CMK'da, silahların eşitliği ilkesine uygun olarak ve karar verilmesinde rolü olan tarafların yargılamaya daha aktif katılımını sağlamak amacıyla onlara da bilirkişi seçerek teknik istişareden yararlanma imkânı verilmiştir. Ceza muhakemesinin amacının "*maddi gerçeğin ortaya çıkarılması*" olduğu düşünüldüğünde ve adil yargılama ilkesine yapacağı katkı dikkate alındığında, bu müessesenin savunma hakkının kullanılmasına yapacağı katkı son derece önemlidir. Uzman görüşüne, soruşturma evresinin başlamasından, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesine kadar başvurulabileceği gibi, olağanüstü kanun yollarıyla ve infaz hukuku kurumlarıyla ilgili olarak da, yani hüküm kesinleştikten sonra da başvurulabilir.⁴⁹

⁴⁶ AYM'nin Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri Kararı, B.No: 2014/253, 09/01/2015, P.75; AYM, başka bir kararında da; "...belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve mevcut başvurudakine benzer şekilde bazı tanıkların dinlenmesi, keşif yapılması, bilirkişi dinlenmesi gibi gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, Mahkemenin, mahkûmiyet kararına gerekçe gösterdiği olguların varlığı yönünden sadece müşteki beyanlarını ve iddia makamının gösterdiği delilleri dikkate alması, buna karşılık başvurucunun aynı olguların aksini ispat için gösterdiği tanıkları dinlememesi ve diğer delilleri toplamaması, onu, müştekiler ve iddia makamı karşısında önemli ölçüde dezavantajlı duruma düşürmüştür. Bu durum, yargılamayı bir bütün halinde adil olmaktan çıkarmıştır. Açıklanan nedenlerle, adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer alan "silahların eşitliği ilkesi" ve "savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkı" ihlal etmiştir" demıştır. AYM'nin Ahmet Zeki Üçok kararı, B.No: 2013/1966, 25/3/2015, P.81-82.

⁴⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 24/03/1999 T., 1999/1497 E., ve 1999/3099 K. sayılı kararı.

⁴⁸ YENİDÜNYA/İÇER, s.697-698.

⁴⁹ DÖNMEZ Burcu, "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s.1175; DÜLGER İbrahim, "Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Ankara, 2007, s.673; YENİSEY/NUHOĞLU, s.213 vd.; ŞEN Ersan, "Ceza Yargılamasında Sayfa 44 / 62

Konuya, CMK'nın 67. maddesinde "bilirkişi raporu, uzman mütalaa" başlığında yer verilmiş olup, maddenin 6. fıkrasında şöyle denilmiştir; "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez." Madde metninden de anlaşılacağı üzere; a- yargılama konusu olayla ilgili olarak, b-bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ve c- bilirkişi raporu hakkında uzman görüşü alınabilir.

Bilirkişi görüşüne soruşturma aşamasında C.savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından başvurulabilir. Uzman görüşüne ise, soruşturma aşamasında; müşteki, vekili, şüpheli, müdafii ya da kanuni temsilcisi, kovuşturma aşamasında da; C.savcısı, katılan, vekili, sanık, müdafii ve kanuni temsilcisi tarafından başvurulabilir. Bilirkişi görüşüne çözümünü özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarla sınırlı olarak başvurulabilirken, uzman görüşüne böyle bir sınırlama olmaksızın hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi gereken konularda da başvurulabilir. Zira CMK'nın 67/6. maddesinde, uzman görüşünün sadece çözümünü uzmanlığı gerektiren bir konuyla ilgili olması aranmamış ve hukuki konularla ilgili uzman görüşü alınmasına engel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, dava konusu olay ya da bilirkişi raporları hakkında hukuksal değerlendirme yapılması amacıyla uzmanlık görüşüne başvurulabilir.⁵⁰

Uzman görüşü, niteliği ve yargılamaya etkisi bakımından bilirkişi raporundan farklı değildir. Bilirkişi raporunda olduğu gibi uzman görüşünde de, ileri sürülen hususlarla ilgili tarafların itirazları ve görüşleri dinlenmelidir.⁵¹ Zira CMK'nın 68/3. maddesinde, bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın, CMK'nın 68/1 ve 2. maddelerine uygun olarak bilirkişiler gibi duruşmada dinleneceğine yer verildiği gibi CMK'nın 178/1. maddesinde; "Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir" ifadesine yer verilmek suretiyle, uzman kişinin duruşmada dinlenmesi zorunlu hale getirilmiştir.⁵² Yargıtay da, uzman kişilerin duruşmada vermiş olduğu ifadelerin üzerinde önemle durmakta ve yerel mahkemenin, uzman kişinin duruşmada dinlenmesinden sonra

Bilirkişi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1629701-ceza-yargilamasinda-bilirkişi>; YENİDÜNYA/İÇER, s.705-706.

⁵⁰ DÜLGER, s.674; YENİDÜNYA/İÇER, s.706; YENİSEY/NUHOĞLU, s.214; ŞEN Ersan, "Ceza Yargılamasında Bilirkişi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1629701-ceza-yargilamasinda-bilirkişi>.

⁵¹ "...soruşturma ve kovuşturma makamlarınca derlenmiş bilirkişi mütalaaaları ile tarafların kendi girişimleriyle aldırılmış oldukları özel bilimsel görüşlerin duruşma evresinde tartışılma ve değerlendirilmesi usulünün farklı olmayıp aynı hükümlere tabi bulunduğu gözetilmeyerek (...) ilk hükmün tefhim edildiği oturumda, kişilerin kendi girişimleriyle düzenletildiği anlaşılan bilimsel görüşün sahibinin uzman tanık olarak dinlenmesi sonrasında, serdedilen görüşe karşı diyeceklerini bildirmek üzere süre isteyen sanık müdafilerinin bu istekleri ile ilgili olarak makul süre tanımak ve 5271 sayılı Yasanın 67/6, 68/3, 214/3, 215, 216 ve 217'nci maddelerince değerlendirme yapmak gerekirken, savunma hakkını kısıtlayacak biçimde istemin reddine hükmedilmesi ve bu konudaki bozma kararına usule aykırı gerekçelerle direnilmesi isabetli görülmemiştir." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09/10/2007 T., 2006/7-336 E., 2007/198 K. sayılı kararı..

⁵² DÜLGER, s.674; YENİDÜNYA/İÇER, s.706; YENİSEY/NUHOĞLU, s.214; ŞEN Ersan, "Ceza Yargılamasında Bilirkişi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1629701-ceza-yargilamasinda-bilirkişi>.

sanıklar müdafinin savunma için süre istemini reddetmesini savunma hakkının sınırlandırılması olarak kabul etmektedir.⁵³

AYM'de yaptığı incelemelerde, delillere ilişkin hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvurularda delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanımlarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğine bu konuda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğine, savunmanın menfaatlerinin korunması için onlara yeterli güvenceler tanınıp tanınmadığına bakmaktadır.⁵⁴

Ankesör/kontrollü hatla arama/aranma davalarında özellikle HTS kayıtlarıyla ilgili “*çakışan zaman dilimi*”, “*teknik ve insani arama imkânsızlıkları*” gibi çelişkilerle ilgili görüşüne başvuru uzman kişilerin duruşmada dinlenilmesi ve silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak ortaya çıkan şüphe sebeplerinin giderilmesi gerekir. Zira HTS kayıtları yargılamadaki tek delildir ve suçlamaya konu hususlar başka delillerle desteklenmemektedir.

6.1. Türk Ceza Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Mevcut soruşturma ve kovuşturmalarda ankesörlü/kontrollü telefonlardan aranan kişilere silahlı terör örgütü üyeliği suçlaması yöneltmekte olup, acaba sadece HTS kayıtlarına dayanılarak böyle bir suçlamada bulunulması ve kişilerin cezalandırılması mümkün müdür? Silahlı bir terör örgütünün varlığından bahsedilebilmesi için bu örgütün silahlı olması, hiyerarşik bir yapı içinde, Devletin güvenliği ve Anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla kurulması, eylemlerini 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere cebir şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle gerçekleştirmesi, amaçları kapsamındaki suçları işleyebilmek için sürekli bir birliktelik ve organize bir yapıda olması gerekir.

Yargıtay, bir yapı, oluşum veya grubun terör örgütü ve bir kişinin de bu örgüte üye olarak kabulü için aşağıdaki hususların şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konması gerektiğini belirtmiştir;

1- Örgütün nerede, ne zaman, kim ya da kimler tarafından ne amaçla kurulduğu ve örgüt faaliyeti kapsamında daha önce hangi suçların işlendiği somut olarak ortaya konulmalıdır.

2- Sanığın örgüte ne zaman, nerede ve kimler vasıtasıyla katıldığı açıklanmalıdır.

3- Sanığın örgütle bağlantısı somut delillerle ortaya konulmalı ve bu konuda sadece sanık hakkında örgüt dokümanlarında yazılı soyut ifadelere atıfla yetinilmemelidir.

4- Sanığın örgüt hiyerarşisindeki konumu ile hücreler arasındaki köprü elemanları ve irtibatın nasıl sağlandığı somut delillerle ortaya konulmalı ve örgüt hiyerarşisi ve köprü

⁵³ “Sanıklar müdafilerinin diyecekleri sorulmadan hükme dayanak yapılması ve hüküm tarihinde ibraz edildiği anlaşılan bilimsel mütalaayı hazırlayan Doç. Dr. Adem Sözüer’in uzman tanık olarak dinlenmesine rağmen bilimsel mütalaya karşı diyeceklerini bildirmek üzere süre isteyen sanıklar müdafilerinin bu istekleri reddedilerek savunma hakkının kısıtlanması yasaya aykırıdır.” Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 14/6/2006 T., 2005/13562 E., 2006/11585 K. sayılı kararı; DÖNMEZ, s.1175; YENİDÜNYA/İÇER, s.706; YENİSEY/NUHOĞLU, s.214; ŞEN Ersan, “Ceza Yargılamasında Bilirkişi”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1629701-ceza-yargilamasinda-bilirkisi>.

⁵⁴ AYM'nin Orhan Kılıç Kararı, (Genel Kurul), B.No:2014/4704, 01/02/2018, P.48.

elemanlarının ortaya konulamaması henüz bu kişilerin belirlenmemiş olmasıyla açıklanamamalıdır.

5- Hiyerarşisi ortaya konulmamış örgütün sevk ve idaresi ve kendini gizlemesi mümkün olmayacağından, bu tespitin yapılamadığı bir yapının örgüt olarak kabul edilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

6- Sanığın atılı suçlara ilişkin eylem ve faaliyetleri ile örgütteki hiyerarşik ilişkileri somut delillerle ortaya konulup, hukuki durumu buna göre tayin ve takdir edilmelidir.

Bir kişinin terör örgütü üyesi olarak kabulü için ilgilinin örgütle organik bağ kurup, örgüt organizasyonu ve hiyerarşisi içinde yer aldığı ve sürekli şekilde, yoğunluk ve çeşitlilik gerektiren eylem ve faaliyetlerde bulunduğu her türlü şüpheden uzak, mahkûmiyet için yeterli, kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulması gerekir. Örgüt üyeliği suçunun manevi unsurunu doğrudan kast, yani suç işleme amacı oluşturur. Örgüte giren kişi dâhil olduğu yapının suç işleyen ve suç işlemeyi amaçlayan bir oluşum olduğunu bilmelidir. Bu kişinin örgüte rızasıyla katılması, örgütün niteliğini bilmesi ve onun bir parçası olmayı istemesi, bu isteğin süreklilik arz etmesi ve örgüte üye olma saikinin "suç işlemek" olması gerekir. Örneğin, ticari bir amaçla bir araya gelen kişilerin aralarındaki işbirliği kapsamında bir kısım suçların işlenebileceğini öngörmeleri örgüt kurma suçunun manevi unsurunun varlığı için yeterli değildir. Zira suç işlemek amacının örgüt mensuplarınca ortak amaç olarak belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, örgüt yöneticisi suç işlemek amacıyla hareket etse bile, örgüt üyelerinin bu amaçtan habersiz olmaları halinde kurulmuş bir örgütten bahsedilemez.⁵⁵

Yerleşik Yargı içtihatları dikkate alındığında, içeriği ve arayanı belli olmayan HTS kayıtlarına dayanılarak bir kişinin terör örgütü üyesi olduğuna karar verilebilmesi mümkün değildir. Zira arayan kişinin kimliği, ne amaçla aradığı ve görüşme içeriği bilinmemektedir ve sadece bu kayıtlara bakılarak bir kişinin örgütün suç sayılan fiilleri işleme amacını bilip bilmediği, hiyerarşik yapıya dâhil olup olmadığı, örgütle organik bağı bulunup bulunmadığı, örgütten talimat alıp almadığı, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyet

⁵⁵ "...Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur... örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir." Yargıtay 16. Ceza Dairesi 20/12/2017 T., 2016/1862 E., 2017/5796 K. sayılı kararı; Yargıtay verdiği başka bir kararında; "...örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan katlarla irtibatlı olduğu anlaşılan ve fakat örgütün nihai amacını bildiği, örgütle organik bir bağ kurarak hiyerarşisine dahil olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmayan sanığın, hükme esas alınan ikrarı ve HTS kayıt içeriğine göre ...ziraat mühendisi olarak görev yaptığı dönemde, örgütün ilçe imamı olduğu iddia edilen ve örgütün ilçe yapılanması içerisinde görevli oldukları iddiasıyla haklarında soruşturma yürütülen şahıslarla telefonla görüşmek suretiyle irtibat içinde olmak, çoğunluğu ...2013 yılı öncesinde olmak üzere birkaç kez de bu tarihten sonra örgütün dini sohbet toplantılarına katılmak, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek ismiyle abone olmak ve çocuğunu örgüte müzahir olması nedeniyle kapatılan ...isimli okula göndermekten ibaret eylemlerinin, sanığın konumu ve kişisel özellikleri de nazara alındığında sempati ve iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu ispat etmeye yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceğini" belirtmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26/10/2017 T., 2017/1809 E., 2017/5155 K. sayılı kararı; ÖZGENÇ, s.24; ŞEN/ERYILDIZ, s.215.

içerisinde olup olmadığı anlaşılabilir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi de yeni tarihli bir kararında; dosya kapsamında ankesörlü telefon tespitlerine dayanılarak örgütle irtibatlı olanlarla ilgili delil elde edildiğini, ancak bu delilin tek başına mahkumiyet için yeterli olmadığını ve sanığın örgütle irtibatını ortaya koyan tüm delillerin araştırılarak hukuki durumunun tayini gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶ Öte yandan aranan kişinin, arayan kişinin bu fiilini kontrol etme, engelleme ya da müdahale etme şansı bulunmadığı, bir dönem Devletin kritik birimlerinde yer alan FETÖ/PDY mensupları tarafından ele geçirilen iletişim bilgileri üzerinden, deşifre edilmesi muhakkak olan ankesör yöntemiyle de bir kısım masum kişilere, aynen “*morbeyin*” olayında olduğu gibi bilişim alanında yaptığı çalışmalarla binlerce kişinin zan altında kalmasına neden olan örgütün, olası soruşturmalarda hedef şaşırtmak, gerçek örgüt üyelerini gizlemek ve masum kişilerin yargılanmasını sağlamak amacıyla bir plan dahilinde örgütle alakası olmayan kişileri ankesörlü/kontrollü telefonlardan aratması ve bu aramalar neticesinde söz konusu iletişim kayıtlarının çıkması göz ardı edilememesi gereken önemli bir husustur.⁵⁷

6.2. Elektronik Haberleşme Kanunu Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Konuyla ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus, elektronik haberleşme kapsamında gerçekleştirilen telefon görüşmelerine ilişkin HTS kayıtlarının ne kadar saklanacağına ilişkindir. Her ne kadar, CMK'nın 135. maddesi gereğince iletişimin kayda alınması, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden farklı olarak, iletişim tespitine ilişkin kayıtların istenebilmesi için bir süre sınırı öngörülmesinde de, bu durum HTS kayıtlarının süresiz olarak saklanabileceği anlamına gelmez. Zira HTS kayıtları kişisel veri olup, bu verilerin TCK'nın 135 ve devamı ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4/(2)-d maddeleri gereğince, ancak ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilebilirler. Bu verilerin muhafaza edilmesiyle ilgili düzenlemeye 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu' ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği (Yönetmelik-1) ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte (Yönetmelik-2) yer verilmiştir.

Kanun'un amacı; elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir. Dolayısıyla, 5809 sayılı Kanun, elektronik haberleşme sistemlerinin uluslararası normlara uygun olması, bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi, kişisel veri ve gizliliğin korunması, kanunlarla yetkili kılınan ulusal kurumlarca yasal dinleme ve müdahalenin yapılmasına teknik olanak sağlanması ve izinsiz erişime karşı şebeke güvenliğinin sağlanması hususlarında tüketiciyi önce devlete sonra da üçüncü kişilere karşı korumaktadır.

Kanun'da; iletişim hizmeti veren işletmeci ile hizmet alan kullanıcı arasındaki sözleşmeye uygun olarak haberleşme hizmetinin sağlanması, korunması ve devamına ilişkin

⁵⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 13/7/2018 T., 2016/927 E. , 2016/3874 K. sayılı kararı.

⁵⁷ TAKAN Ahmet, “*Ankesörün Ucu*”, <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/ankesorun-ucu-48533yy.html>.

düzenlemelere yer verilmiştir. Yani, bu Kanun'daki hususlar özel hayatın gizliliği ve haberleşme hakkı kapsamındaki hak ve yükümlülüklerle ilişkindir.

Yönetmeliklerde elektronik haberleşme kavramı; “*elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” şeklinde, kullanıcılarına elektronik haberleşme hizmeti sunan veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayıp alt yapısını işleten GSM firmaları ve bu şekilde yetkilendirilen şirketler “*işletmec*” (Kanun md. 3/1-z, Yönetmelik-1 md. 4/1-o, Yönetmelik-2 md. 3/(1)-ğ) ve aboneliği olup olmadığına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek ve tüzel kişi de “*kullanıcı*” (Kanun md. 3/1-cc, Yönetmelik-1 md. 4/1-s, Yönetmelik-2 md. 3/(1)-k) olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik-1 gereğince, “*erişim sağlayıcı olan veya telefon hizmeti sunan işletmeci, taraflara ilişkin IP adresi, port aralığı, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı, kullanıcı sayısı ve abone kimlik bilgileri ile altyapısı üzerinden gerçekleşen görüşmelere ait trafik bilgilerini iki yıl süreyle; kullanıcı bilgilerini ise ilgili mevzuatta belirtilen zamanaşımı süresi boyunca muhafaza etmekle yükümlüdür*” (md. 19/f). Ancak, Yönetmelik'teki trafik bilgilerinin iki yıl saklanması öngören süre 11/6/2016 tarihinde değiştirilmiş olup, değişiklik öncesi bu süre bir yıldır ve değişikliğe kadar erişim sağlayıcılar ve işletmeciler sadece “*kullanıcı sayısı, kimlik bilgileri, görüşme süreleri ve altyapısı üzerinden gerçekleşen görüşmelere ait trafik bilgilerini*” saklamakla yükümlüdürler. Başka bir ifadeyle, değişiklikle Yönetmeliğe eklenen “*IP adresi, port aralığı, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü ve aktarılan veri miktarı*” erişim sağlayıcıları ve telefon hizmeti sunan işletmeciler tarafından saklanamaz. Yönetmeliğin ilk halindeki “*görüşmelere ait trafik bilgilerinin*” kapsamına değişiklik sonrası eklenen hususların da dahil olduğu iddia edilebilir. Ancak, ne 5809 sayılı Kanun'da ne de bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte trafik bilgisinin tanımına yer verilmemiş olup, Yönetmeliğe sonradan eklenen hususların değişiklikten önceki dönem için de ilgililer aleyhine uygulanması mümkün değildir.

Yönetmelik-2'de de, haberleşmenin sonlandırılacağı nokta,⁵⁸ haberleşmenin türü⁵⁹ ve haberleşmenin tarihi, zamanı ve süresi⁶⁰ ile haberleşmenin takibi ve kaynağı gibi hususların

⁵⁸ 1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; haberleşmenin sonlandırıldığı/sonlandırılacağı numara veya numaralar, çağrı iletme ve çağrı transferi gibi ek hizmetlerin olması durumunda çağrının yönlendirildiği numara veya numaralar, abonelerin adı ve adresi.

2) Elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; elektronik posta alıcılarına ait kullanıcı kimliği, internet telefonu ile aranan alıcılara ait kullanıcı kimliği veya telefon numarası, internet telefonu veya elektronik posta alıcılarının adı ve adresi.

⁵⁹ 1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; kullanılan elektronik haberleşme hizmeti.

2) Elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; kullanılan internet hizmeti.

⁶⁰ 1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; haberleşmenin başlangıç ile bitiş tarih ve zamanı.

2) İnternet erişimi, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; internet erişimi ile ilgili oturma açma, kapatma tarihi ve zamanı, tahsis edilen dinamik veya statik internet protokol

tanımlarına yer verilmiş (md. 13/1) ve bu tanımlardan haberleşmenin takibi ve kaynağının, sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; gerçekleşmeyen aramalar da dâhil olmak üzere (0 saniye) haberleşmenin başlatıldığı hatta ait telefon numarası, abonenin adı ve adresi, hattın hangi tarihte hangi aboneye tahsis edildiğine ait bilgiyi (HTS kaydı), İnternet ortamına erişim, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak ta; tahsis edilmiş kullanıcı kimliği ve/veya telefon numarası, haberleşmenin gerçekleştiği andaki internet protokol adresi, abonenin/kullanıcının adı ve adresi” ifade ettiği belirtilmiş ve tanımlanan bu veri kategorilerinin, haberleşmenin yapıldığı tarihten itibaren en fazla bir yıl, gerçekleşmeyen (0 saniye) aramalara ilişkin kayıtların ise üç ay süreyle saklanabileceği belirtilmiştir (md.14/1).

Yönetmelik metinlerinden de anlaşılacağı üzere, HTS kayıtlarının ve internet trafik bilgilerinin ait oldukları dönem dikkate alındığında, saklanma süreleri en fazla bir yıldır. Bir yıllık süreden daha fazla bu bilgilerin saklanması özel hayatın gizliliğinin ihlaline neden olacaktır. Zira HTS kayıtları ve internet trafik bilgileri bir kişinin hayatıyla ilgili her detayın tespitine imkân veren bilgilerdir. Erişim ve yer sağlayıcıların kişisel veri kabul edilen bu bilgileri tutmaları görevlerinden kaynaklanan yasal bir zorunluluk olup, ilgililerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacını taşır. Dolayısıyla, yasal zorunluluk nedeniyle tutulan bilgiler ancak mevzuatta öngörülen süre kadar saklanabilir. Aksi durumun kabulü, verilmeyen bir yetkinin keyfi olarak erişim ve yer sağlayıcılar tarafından kullanılması anlamına gelir ki bu durum hukuka aykırıdır. Konuyla ilgili bir ağır ceza mahkemesi, dokuz farklı numaraya ilişkin bir yılı aşan sürelerdeki trafik bilgilerini BTK yerine doğrudan GSM firmasından istemiş, istemi değerlendiren firma cevabi yazısında Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 14/1. maddesini hatırlatarak şöyle demiştir; “*her ne kadar yazınızda “aynı IP numarasının başka kişilere tahsis edilip edilmediği, edilmiş ise bu kişilerin kimlikleri ve numaralarının her bir sanık yönünden gönderilmesi” istenmiş ise de, tespit edilen IP'lere ilişkin talebinize konu veriler şirketimiz sistemlerinde son bir yıl için saklandığından, sorgulanması istenen tarihlere ilişkin inceleme yapılması mümkün olmamıştır.*”⁶¹

Ayrıca, kişilerin özel hayatın gizliliği kapsamında korunan ve haberleşmelerine ilişkin olan trafik bilgilerinin öngörülen sürelerden daha fazla saklanması halinde, ilgili GSM firması personeli TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen “*kişisel verilerin kaydedilmesi*”, 136. maddesinde düzenlenen “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” suçlarından cezalandırılacak ve bu kişilerin cezası TCK'nın 137. maddesi gereğince yarı oranında değil, 5809 sayılı Kanun'un 6/3. maddesi gereğince bir kat arttırılacaktır. Yalnız bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması *şikâyete* tabidir. Yine, 765 sayılı eski TCK'da yer almayıp 5237 sayılı yeni TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen; “*Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü gereğince erişim sağlayıcıların bir yıl (11/6/2016'dan sonra iki yıl), sonra HTS kayıtlarını ve trafik bilgilerini yok

adres, NAT kullanılan şebekelerde internet protokol adresi yanında port bilgisi, abone/kullanıcı kimliği, elektronik posta veya internet telefonu ile ilgili oturum açma ile kapatma tarihi ve zamanı.

⁶¹ Turkcell GSM Firmasının 14/7/2017 tarihinde Ankara 15. Ağır Ceza Mahkemesine (Esas:2017/9) gönderdiği müzekkere cevabı.

etmemeleri halinde ilgili kişiler cezai yaptırıma uğrayacaklardır ve bu suç şikayete tabi değildir.⁶²

Aynı şekilde, belirtilen sürelerde yok edilmesi gereken trafik bilgilerinin kişilerin aleyhine delil olarak kullanılması da mümkün değildir. Zira bu delil hukuka aykırı şekilde elde edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili verdiği bir kararında; *“Hukuka aykırılık, uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı belirlenirken gerek pozitif hukuk kurallarına, gerekse temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında: Hukuka aykırılık, en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde anayasaya, usulüne uygun kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramının içinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E 1985/31 K. 1986/1, KT 17.03.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasanın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir”* denilmektedir. Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; *“hukuka aykırı biçimde”* elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır.”⁶³ demiş ve bir delilin yargılamada kullanılabilmesi için sadece kanuna değil, hukuka da uygun olarak elde edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴

Kısaca, CMK’nın 135/6 maddesinde HTS kayıtlarının istenmesine ilişkin bir süre öngörülmesine de, CMK’ya göre özel kanun niteliğindeki 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler gereğince bu kayıtlar en fazla bir yıl saklanabilir ve bunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6/1. ve 8. Anayasa’nın 38/4., CMK’nın 148/4., 217/2. ve 230/1-b maddeleri gereğince yargılamada delil olarak kullanılabilmeleri mümkün değildir.⁶⁵ Kullanılmaları halinde ise adil yargılanma ve özel

⁶² HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Ankara, 2009, s.21-22.

⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/11/2014 T., 2013/9-841 E., 2014/513 K. sayılı kararı.

⁶⁴ YENİDÜNYA/İÇER, s.733.

⁶⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s.1007-1008; YENİDÜNYA/İÇER, s.736.

hayatının gizliliği haklarının ihlali gündeme gelir.⁶⁶ Mevcut soruşturma ve kovuşturmalar açısından bakıldığında, HTS kayıtlarının tamamının bir yıllık saklama süresinden sonraki dönemlere ait olduğu görülmektedir.

6.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Konunun Değerlendirilmesi

6.4.1. Adil Yargılanma Hakkı Açısından

6.4.1.1. Delillerin Kabul Edilmesi ve Değerlendirilmesi Açısından

HTS kayıtlarının, CMK'nın 135. maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmeden ve bu kayıtların silinmesi gereken süreden daha fazla saklanıp, ilgililer aleyhine delil olarak kullanılması bu delilin hukuka aykırılığını gündeme getirecektir. Zira yukarıda yer verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, delilin sadece kanuna değil hukuka da uygun olarak elde edilmesi gerekir.

AİHS'in 6. maddesinde, hukuka aykırı elde edilen delilin davada kullanılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta olup, bu yönüyle Anayasa, AİHS'ten daha güvenceli hükümler getirmiştir. Zira Anayasa'nın 38/6. maddesi gereğince kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz.⁶⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), delillerin değerlendirilmesi ve bir delilin hukuka uygun elde edilip edilmediğinin kabulünün öncelikle ulusal mahkemelerin görevi olduğunu belirtmektedir.⁶⁸ AİHM'in bu konuda üzerinde durduğu husus, delillerin elde edilme yöntemi de dâhil bir bütün olarak yargılamanın adil yapıp yapılmadığıdır ve bu kapsamda AİHM; savunma hakkına riayet edilmesini, delilin güvenilirliği ile yargılamada kullanılması halinde başvuruca itiraz hakkı verilmesini ve en önemlisi de delilin baskı, zorlama, aldatma ya da tuzak yöntemlerle elde edilmemesini aramaktadır.⁶⁹

AİHM, delilin güvenilirliği konusunda başvuruca tarafından ileri sürülen makul şüphelerin varlığı halinde, şüphe sebeplerini giderici güvencelerin sunulmamasını hakkaniyete aykırı bulmakta,⁷⁰ hakkaniyete uygun yargılama kapsamında ulusal mahkemelere dosyanın taraflarınca ileri sürülen delil ve iddiaları "*önyargı taşımaksızın, iyice inceleme*" yükümlülüğü getirmekte ve bu yükümlülüğe uyulmamasını adil yargılanma hakkının ihlali saymaktadır.⁷¹

Kişî hak ve özgürlüklerini önceleyen ülkelerde kişilerin özel yaşamlarına müdahale edilerek ele geçirilen bulgular hukuka aykırı delil kabul edilir.⁷² AİHM'e göre, hukuka aykırı

⁶⁶ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 06/6/2016 T., 2016/4325 E., 2016/10647 K. sayılı kararı.

⁶⁷ İNCEOĞLU Sibel, "*Adil Yargılanma Hakkı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.253.

⁶⁸ AİHM'in Rachdad/Fransa Kararı, B.No:71846/01, 13/11/2003, P.23.

⁶⁹ DOĞRU Mehmet/NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt:I, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.638, ("*Cilt:1*"); HARRIS David/O'BOYLE Micheal/BATES Ed/BUCKLEY Carlo, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.259; İNCEOĞLU, s.248.

⁷⁰ AİHM'in Schenk/İsviçre Kararı, B.No:10862/84, 12/07/1998, P.47-48.

⁷¹ AİHM'in Kraska/İsviçre Kararı, B. No:13942/888,19/04/1993, P.30; İNCEOĞLU, s.251.

⁷² İNCEOĞLU, s.248.

elde edilen ve özel yaşam hakkının ihlaline neden olan delilin aynı zamanda adil yargılanma hakkının ihlaline de neden olması için, “mahkûmiyet için tek veya ana suçlayıcı delil olması, iç hukuka aykırı elde edilmesi, gerçekliği ve güvenilirliği konusunda şüphe bulunması,” bu delile karşı başvuruçunun diyeceklerinin sorulmaması ya da sorulsa bile başvuruçunun dile getirdiği hususların şüphe sebeplerini giderecek şekilde ortaya konulmaması,⁷³ başka bir ifadeyle, delilin hukuka uygunluğunun, kalitesi ve öneminin gerekçeleriyle birlikte açıklanmaması gerekir.⁷⁴ Yani AİHM içtihatları gereğince özel hayat hakkı ihlal ederek elde edilen delil mahkûmiyete esas alınan tek ya da ana suçlayıcı delil değilse, bu delilin yargılamada kullanılması doğrudan adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaz. Ancak, AİHS’in 53. maddesinde; *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz”* denilmiş olup, madde metninde de anlaşılacağı üzere AİHS’de düzenlenen haklar bir demokrasideki asgari teminatlardır. Taraf ülkeler, AİHS’de yer verilen bu teminatların üzerinde ve daha koruyucu güvenceler öngörebilirler, ancak bu teminatların altına inemezler. Yine taraf ülkeler, AİHS’te yer verilen asgari teminatları bahane ederek iç hukuktaki daha koruyucu güvenceleri aşağıya çekemezler. Aksi durumun kabulü AİHS’nin 53. maddesinin ihlaline neden olur.

Anayasa’nın 38/6. maddesi gereğince kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılabilmesi mümkün değildir ve özel hayat hakkının ihlaline neden olarak elde edilen deliller de bu kapsama dâhildir. Anayasa’ya uygun olarak konu CMK’nın 206/2-a maddesinde de düzenlenmiş ve kanuna aykırı olan delilin reddedileceği belirtilmiştir. Yani, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin yargılamada kullanılması açısından Anayasa, AİHS’e göre daha üst bir koruma sağlamıştır. Başka bir ifadeyle, Anayasa ve CMK delillerin elde edilmesi açısından her hangi bir ayrıma gitmeden, hukuka aykırı elde edilen delilleri yasak delil olarak kabul etmekte ve yargılamada kullanılmalarını yasaklamaktadır.

Ankesörlü/kontörlü telefonla arama soruşturma ve kovuşturmalarında HTS kayıtları ana suçlayıcı delil olmasının yanı sıra çoğunlukla dosyalardaki tek delildir ve bu kayıtlar da daha önce belirtildiği üzere, CMK’da öngörülen şartlar oluşmadan elde edilmiş ve saklanmaları gereken süreden daha fazla saklanmak suretiyle hukuka aykırı hale de gelmiştir. İstikrar kazanmış AİHM ve Yargıtay içtihatları nazara alındığında bu kayıtların kişiler aleyhine delil olarak kullanılabilmesi mümkün değildir ve mevcut durum itibarıyla bu kayıtlara dayanılarak haklarında işlem yapılan kişilerin adil yargılanma hakları ihlal edilmiştir.⁷⁵

6.4.1.2. Masumiyet Karinesi İlkesi Açısından

Masumiyet karinesi, bir kişiye isnat edilen suçu o kişinin işlediği noktasında önyargıyla hareket edilmemesini ve herhangi bir kamu görevlisi tarafından suçluluğa ilişkin zamansız açıklama yapılmamasını güvenceye alır. Bu ilke gereğince ispat yükü devlete aittir ve kişinin

⁷³ AİHM’in Khan/Birleşik Krallık Kararı, B.No:35394/97, 12/05/2000, P.37-38; DOĞRU/NALBANT, Cilt:1, s.638-639; İNCEOĞLU, s.248.

⁷⁴ HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.260; DOĞRU/NALBANT, Cilt:1, s.638.

⁷⁵ “...Sözleşme’nin 8. maddesinde güvenceye alınan özel hayat ve haberleşme hürriyetine ilişkin kişi haklarına aykırı şekilde elde edilen delilin soruşturma veya kovuşturmada kullanılması, sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir.” Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 06/6/2016 T., 2016/4325 E., 2016/10647 K. sayılı kararı.

suçsuz olduğunu ispatlama zorunluluğu yoktur.⁷⁶ İspat külfetinin savunma makamına, yani başvuruçuya yüklenmesi masumiyet karinesinin ihlaline neden olur. Zira AİHS'in 6/2. maddesi aynı zamanda “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesini de içerir.⁷⁷ İspat yükünün kamu makamlarınca yerine getirilmiş sayılması için, kişiye isnat edilen suçlamanın sabit olduğunun güçlü delillerle ortaya konulması gerekir.⁷⁸

Ankesör/kontörlü hatlardan arama davalarında ispat yükünün iddia makamından savunma makamına geçtiği görülmektedir, zira iddianamelerde, herkesin kullanımına açık sabit telefonlardan asker kişileri arayan kişilerin “*mahrem imam*” oldukları kabul edilmiş, ancak aramayı yapan bu kişilerin kimler olduğuna yer verilmemiştir. Başka bir ifadeyle, asıl şüpheli olan aramayı yapan kişilerin kimlikleri belirlenmeden ve bu konuda hiçbir somut delil gösterilmeden sabit hatlardan aranan kişiler mahrem imamlar tarafından aranmış kabul edilerek şüpheli ve sanık yapılmış, bu kişilerden kendilerini arayanların mahrem imam olmadığını ispatlamaları istenmiş ve ispat külfeti bu kişilere yüklenerek masumiyet karineleri ihlal edilmiştir.

6.4.1.3. Çelişkili Yargı Kararları Açısından

Hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin eder ve toplumun mahkemelere güvenine katkıda bulunur. Birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının varlığı ve devamı, yargı sistemine güveni azaltarak belirsizliğe yol açar.⁷⁹ Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade eder.⁸⁰

Aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde bu farklılaşmaya ilişkin olarak mahkemeler tarafından makul bir açıklama getirilmesi gerekir.⁸¹ Uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırıdır. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir.⁸²

⁷⁶ AİHM'in Barbera, Messque ve Jabardo/İspanya Kararı, B.No: 10590/83, 06/12/1988, P.77; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.304-305.

⁷⁷ AİHM'in Telfner/Avusturya Kararı, B.No: 33501/96, 20/03/2001, P.18-20; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.304-305.

⁷⁸ İNCEOĞLU, s.257; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.262.

⁷⁹ AİHM'in Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye Büyük Daire Kararı, B.No: 13279/05, 20/10/2011, P.57.

⁸⁰ AYM'nin 22/05/2013 T., 2013/39 E., 2013/65 K. sayılı kararı.

⁸¹ AYM'nin Türkan Bal Genel Kurul Kararı, B.No: 2013/6932, 06/01/2015, P.72; Stoilkovska/Makedonya Kararı, B.No: 29784/07, 18/07/2013, P.49.

⁸² AYM'nin Türkan Bal Genel Kurul Kararı, P.64; “...somut olaya özgü olduğu anlaşılan içtihadın aynı uyumsuzluklar yönünden yine aynı Daire ve Yargıtay Genel Kurulu tarafından

Daha önce yer verilen Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, HTS kayıtları basit şüphe oluşturan yardımcı delil niteliğinde olup, tek başına mahkûmiyete yeterli kesin delil niteliğinde olmadığı gibi, kamu davası açılması için aranan yeterli suç şüphesi niteliğinde de değildir. Bu kayıtlar şüphelinin kiminle, ne zaman ve nerede iletişim kurduğunu gösterir ve bu kayıtlarda görüşme içerikleri yoktur. Bu nedenle, hakkında HTS kaydından başka delil olmayan kişilere ceza verilmesi mümkün değildir.

HTS kaydıyla ilgili somut gerçeklik bu olsa da, ankesörlü/kontrollü hatlardan aranma davalarındaki çoğunlukla tek delil olan HTS kayıtlarına dayanılarak kişilere silahlı terör örgütü üyeliği suçlaması yapıp, ağır cezalar verilmektedir. Ancak, elde edilmiş yöntemleri ve yargılamalarda ispat açısından taşıdıkları önem dikkate alındığında, HTS kayıtlarının dosyalardaki değerlendirilme biçimi, önceki içtihatlarla açık bir çelişki oluşturduğu gibi,⁸³ yüksek yargı kararlarına aykırı olan ve yeterli gerekçeyle desteklenmeyen yerel mahkeme kararları, hukuki belirsizliğe yol açıp, öngörülemez olduklarından ilgililerin adil yargılanma haklarını ihlal etmektedir.

6.4.1.3. Çekişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkelerine Aykırı Şekilde Verilen Kararlar Açısından

AİHS'in 6. maddesi gereğince bir merciin mahkeme olarak kabulünde en önemli unsurlardan birisi, bu merciin çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun yargılama yapmasıdır.⁸⁴ Bu ilkeler temel yargısal güvencelerden olup, mahkemeler tarafından talebe bakılmaksızın gereklerine uygun davranılması ve bunlara yargılamanın tamamında uyulması gerekir.⁸⁵ AİHM'e göre çekişmeli yargılama ilkesi; dosyaya giren veya yargılamada kullanılan her türlü belge, bilgi ve delilin taraflara tebliğini ve bir örneğinin verilmesini, ilgililere yeterli süre, imkân ve kolaylık verilerek, mahkemenin kararını etkileyecek şekilde görüşlerini hazırlayabilmelerini,⁸⁶ silahların eşitliği ilkesi de; davanın taraflarının usule

benimsenmediği, Yargıtay nezdinde tutarlı ve tekdüze bir uygulamanın sağlanmadığı saptanmıştır. Bu durum ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsacaktır. Sonuç olarak somut olayda görülen davada Yargıtay'ın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar vermesi söz konusudur. Makul bir gerekçe ortaya konulmayıp ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyuşmazlığın zıttı olacak şekilde davanın incelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. Maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir." AYM'nin Aşır Tunç Kararı, B.No: 2015/17453, 22/01/2019.

⁸³ TAŞDELEN Okan, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Serdar Özgüldür Armağanı, Sayı:7, Ankara, 2016, s. 999.

⁸⁴ AİHM'in *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya Kararı*, B.No: 5829/04, 28/11/2011, P.516 vd.

⁸⁵ AİHM'in *Fransa Kararı*, B.No: 21497/93, 18/3/1997, P.33.

⁸⁶ AİHM'in *Kress/Fransa Büyük Daire Kararı*, 39594/98, 07/6/2001, P.74; *Lobo Machado/Portekiz Kararı*, B.No: 15764/89, 20/02/1996, P.31; *McMichael/Büyük Krallık Kararı*, B.No: 16424/90, 24/02/1995, P.80; *Vermeulen/Belçika Kararı*, B.No: 19075/91, 20/02/1996, P.33.

ilişkin haklar bakımından aynı imkânlarla sahip olmalarını ve birinin diğerine nazaran zayıf ya da güçlü duruma düşürülmeden taleplerini dile getirebilmelerini gerektirir.⁸⁷

Ankesörlü/kontrollü hattan aranma dosyalarında, sanığa ait GSM hattına, sabit hattan arandığı iddia edilen diğer kişilere ait GSM hatlarına ve aramaların gerçekleştirildiği sabit hatlara ait üç ayrı HTS kaydı bulunmaktadır ve dosya kapsamında bu kayıtların tamamının BTK'dan istenip, hazırlanacak raporların bu kayıtlar doğrultusunda hazırlanması gerekir. Ancak, birçok dosyada sadece sanığa ait GSM hattına ilişkin kayıtlar ile mutlak doğru kabul edilen emniyetin hazırladığı değerlendirme tutanaklarının bulunduğu ve sanıklar ve müdafilerince eksikliklerin giderilmesi için yapılan başvuruların mahkemelerce kabul edilmediği görülmektedir. Fakat dosya kapsamında bulunmayan bu kayıtlara savcılık ya da mahkemelerce görevlendirilen bilirkişiler ulaşabilmekte ve raporlarını bunlara göre hazırlamaktadırlar. Yani, mahkûmiyet kararına esas teşkil eden ana suçlayıcı delillere ulaşma ve bunları inceleyerek etkili şekilde savunma yapma ve masumiyetlerini ispatlama noktasında savunma tarafı zayıf duruma düşürülmekte ve bu suretle çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ihlal edilmektedir.

6.4.2. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi Açısından

Yasallık ilkesi hukuk devletinin en temel unsurlarından biri olup, kişilerin yasaya dayanmayan eylemlerinin cezalandırılmasını engeller ve bütün hak ve özgürlükleri ilgilendiren bir güvence niteliği taşır. İlke; bireylerin hak ve özgürlüklerini korumakta cezalandırma amacına hizmet etmekle birlikte, bu yetkiyi kullanan kamu gücünün meşruiyetini sağlayarak demokratik yapının korunmasına katkı yapmakta, kişilerin, cezai netice doğuracak eylemleri ve bu eylemlerin gerçekleştirildiği tarih itibarıyla geçerli hukuku bilmelerini sağlamakta, kişilere öngörülebilir bir yaşam alanı sunmakta ve devletin cezalandırma imkânını keyfi kullanmasını engellemektedir.⁸⁸ İlke sayesinde, suç teşkil etmeyen eylemlerin sonradan suç sayılarak cezalandırılmaması kişilerde güven duygusu oluşturmakta ve özgürlüğün kural, kısıtlamanın istisna olması ilkesi hayata geçirilmektedir.⁸⁹ Öneme binaen yasallık ilkesi, hem AİHS'te hem de Anayasa'da olağanüstü hal dönemlerinde bile askıya alınamayan haklar arasında düzenlenmiştir.

15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen hain darbe teşebbüsünden sonra yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda kişilere yönelik terör örgütü üyeliği suçlamasına dayanak yapılacak deliller, bu tarihten sonrasına ilişkin olmalıdır. Hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkeleri ile suç ve cezaların şahsiliği ve geriye yürümezliği ilkeleri gereğince kişiler, "*cemaat*" olarak adlandırılan oluşumun terör örgütü ilan edildiği tarihten önceki faaliyetlerinden dolayı ceza hukuku anlamında sorumlu tutulamaz. Zira terör örgütü üyeliği suçunun oluşması için bireylerin bir yapıya terör örgütü olduğunu bilerek dâhil olmaları gerekir; bu suç taksirle

⁸⁷ AİHM'in Dombo Beheer/Hollanda Kararı, B.No: 14448/88, 27/10/1993, P.33.

⁸⁸ BAYAR Oya, "*Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Editör: Sibel İnçeoğlu), Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.288; UĞUR Hüsamettin, "*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:91, Ankara, 2010, s.303 vd.; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.336.

⁸⁹ HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.338; BAYAR, s.288; UĞUR, s.310.

işlenemez. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin de belirttiği üzere,⁹⁰ terör örgütü suçlaması açısından dikkate alınması gereken tarih 15 Temmuz 2016 olup, bu tarihten önceki faaliyetler bu suça dayanak teşkil edemez. Darbe girişimiyle ilgisi olmayan kişiler bu tarihten önceki faaliyetleri nedeniyle terör suçlamasıyla suçlanamaz. Ayrıca, ceza kanunları geniş ve keyfi yorumlanarak terör örgütü üyeliği suçlamasıyla ilgisi olmayan yasal faaliyetlerin suç olarak değerlendirilip kişilere yaptırım uygulanması kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlaline neden olur⁹¹

Ankesörlü/kontörlü hatlardan aranma davalarının tek delili olan HTS kayıtları 15 Temmuz 2016 tarihinden öncesine aittir ve ilgililerin bu tarihten önceki hukuka uygun davranışlarının cezalandırılması yoluna gidilerek kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı davranılmıştır. Bu durumun en önemli göstergesi, sabit hatlardan aranmaları nedeniyle soruşturma ve kovuşturma geçiren kişilerin çok büyük çoğunluğunun, bu eylemleri nedeniyle darbe teşebbüsüne kadar her hangi bir disiplin soruşturması dahi geçirmemiş olmalarıdır. Kısaca, yapılan işlemler ve alınan kararlar öngörülebilir olmadıkları ve suç ve cezaları geriye yürüttükleri için Anayasa'nın 38/1., AİHM'in 7/1. ve TCK'nın 7/1. maddelerine aykırıdır.

6.4.3. Özel Yaşam ve Haberleşmenin Gizliliği Hakkı Açısından

Bu hak, kişilerin engellenmeksizin ve sansüre uğramaksızın diğer kişilerle iletişim kurma hakkını güvence altına alır ve bu güvenceye haberleşmenin gizliliği de dâhildir. AİHM hakkın kapsamını belli iletişim araçlarıyla sınırlamamış, telefon, mektup, faks ve internet vasıtasıyla gerçekleştirilen her türlü haberleşmeyi içine alacak şekilde geniş yorumlamıştır.⁹² Mahkeme, aranan telefon numaralarını, telefonla, e-postayla ve internet kullanımıyla ilgili kişisel bilgileri, başvurunun iş ilişkilerine ait soruşturma mercileri tarafından bir karta saklanan bilgileri, başvurunun kamuya açık uzak geçmişiyile ilgili yetkililer tarafından saklanan bilgiler gibi ölçme verilerini ve başvurunun kendi çevrim içi etkinliğiyle ilgili kimliğini koruması konusundaki menfaatlerini "özel yaşam" kavramı içinde ve dolayısıyla 8. madde kapsamında görmektedir. Ayrıca, mahkeme belli bir zaman için tahsis edilmiş dinamik IP adresiyle ilişkili abone bilgilerinin kamuya açık olmadığını ve bu nedenle geleneksel telefon rehberinde veya hükümet tarafından tescil edilen araç plakaları gibi kamuya açık veri tabanında bulunan bilgilerle mukayese edilemeyeceğini ve bu gibi depolanmış verilerin kullanımının başlı başına özel yaşama müdahale oluşturabileceğini belirtmiştir.⁹³

Bu hak mutlak haklardan olmayıp, Sözleşme'nin 8/2. maddesinde yazılı şartların varlığı halinde hakka müdahale edilmesi mümkündür ve hakka yapılacak müdahaleyi haklı kılacak hususlar şunlardır; müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, başka bir ifadeyle hukuki olması, meşru bir amacının bulunması ve demokratik toplumda gerekli olmasıdır. Kişilere ait HTS kayıtlarının elde edilmesi suretiyle özel yaşam ve haberleşmenin gizliliği haklarına müdahale edildiğinde şüphe yoktur. Zira bu kayıtlar, ilgililerin haberleşmelerine ilişkindir ve

⁹⁰ Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH (2016)35, 07.10.2016, P.21-22.

⁹¹ AİHM'in S.W. Birleşik Krallık Kararı, B.No: 20166/92, 22/11/1995; ÖZGENÇ, s.115-116.

⁹² DOĞRU Mehmet/NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt:2, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.10, ("Cilt:2"); İNCEOĞLU, s.320.

⁹³ AİHM'in Benedik/Slovenya Kararı, B.No: 62357/14, 24/04/2018, P.108.

bu nedenle de AİHS ve Anayasa gereğince özel hayat ve haberleşmenin gizliliği hakkı kapsamında koruma altındadır.

AİHM, iletişimin tespitinin (HTS kayıtlarının), iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması gibi özel hayata müdahale teşkil ettiğini ve ulusal mevzuata aykırı şekilde verilen iletişimin tespiti kararlarının “*yasaya uygunluk*” şartını taşımadığını belirterek AİHS’in 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir.⁹⁴ Karar gereğince, iletişimin tespiti tedbirine başvurulurken, CMK’daki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin titizlikle araştırılması ve bu kapsamda; iletişimin tespitinde uygulanacak sürenin, hakkında tedbir kararı verilecek kişinin kimliğinin, bu kişinin şüpheli ya da sanık olup olmadığının ve hangi telefonu kimlerin kullanıldığının belirlenmesi gerekir. Ancak, sabit hatlardan arandıkları iddiasıyla haklarında soruşturma başlatılan kişilerin iletişimlerinin tespiti için CMK’da öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden, haberleşme hakkına yapılacak müdahale için gerekli şartlarından yasaya uygunluk şartı da gerçekleşmemiştir ve bu nedenle bu kişilerin özel yaşamın gizliliği hakları ihlal edilmiştir.

Ayrıca, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler gereğince HTS kayıtları en fazla bir yıl saklanabilir. Yetkili merciler yönetmelikte belirlenen süreyi takdir yetkilerine dayanarak daha fazla uzatamazlar. Başka bir ifadeyle, HTS kayıtlarının 1 yıl saklanabileceğine dair hüküm süreye ilişkin içsel bir koruma klozu getirmiştir ve bu sürenin daha fazla uzatılabilmesi mümkün değildir. Aksi düşüncenin kabulü, keyfi muamelelere karşı bir koruma sunan yönetmelik hükümlerinin, devlet görevlilerine ve erişim sağlayıcılara verilen sınırsız bir yetkiye dönüşmesine sebep olur. Bu nedenle, sürenin aşılması halinde de bu durumun başka bir sınırlandırma sebebine dayanması ve bu sebebin de üst düzenleyici normlara uygun olması gerekir. Ancak, somut olay açısından sürenin aşılmasını haklı gösterecek bir husus yoktur. Kişilerin özel hayatına ve haberleşmelerinin gizliliğine ilişkin olan ve kişisel veri niteliğindeki HTS kayıtlarının yönetmeliklerde öngörülen süreden daha fazla saklanması yönetmelik hükümlerinin öngörülebilirliğini ortadan kaldırmıştır ve mahkeme kararına dayanılarak elde edilmelerine rağmen, HTS kayıtlarının elde edilme yöntemi AİHS’in 8/2. maddesinde aranan hukukilik şartını karşılamamaktadır. Açıklanan nedenlerle, HTS kayıtlarının öngörülen sürenin geçmesine rağmen delil olarak kullanılması ilgililerin özel hayat ve haberleşmenin gizliliği haklarının ihlaline neden olmuştur.

6.4.4. Ayrımcılık Yasağı Açısından

Ayrımcılık yasağı, AİHS’te tanımlanan ayrı bir hak değildir ve yalnızca Sözleşme’de yer verilen hak ve özgürlüklerden yararlanma açısından ayrımcılık yasaklanmıştır. AİHM önüne getirilen bir olay AİHS’teki haklardan en az birinin kapsamına girmiyorsa 14. maddenin o olaya tatbiki mümkün değildir. Bununla birlikte, başvuruyla ilgili ihlal kararı verilmese bile, aynı hakkın 14. madde ile bağlantılı olarak incelenmesi neticesinde o hakka yönelik müdahalenin ayrımcılık oluşturduğu ve bu yasağın ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, 14. maddenin ihlali sonucuna varılabilmesi için Sözleşme’de yer verilen hakkın da ihlal edilmesi şart değildir.⁹⁵

⁹⁴ AİHM’in Malone/Birleşik Krallık Kararı, B.No:8691/79, 02/8/1984.

⁹⁵ DOĞRU/NALBANT, Cilt:2, s.603-604; HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.600.

Ayrımcılık, AİHM içtihatlarında nesnel ve kabul edilebilir bir neden bulunmaksızın aynı durumdaki şahıslara farklı muamelede bulunulmasıdır.⁹⁶ Diğer bir ifadeyle, bir konuda yapılan farklı muameleler nesnel ve makul nedenlere dayanmıyorsa, yani, meşru bir amaç taşıyamıyorsa veya ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantı yoksa bu durum eşit muamele ilkesinin ihlali anlamına gelir.⁹⁷ Bu yasak, aynı durumda olanların eşit muameleye tabi olmamaları halinde ortaya çıkan "*doğrudan ayrımcılık*" ve farklı durumdaki bulunanlara aynı muamele edilmesi halinde ortaya çıkan "*dolaylı ayrımcılık*" olarak ikiye ayrılır.⁹⁸

Ayrımcılık yasağında ispat külfeti devlete ait olup, başvurusunun farklı bir muameleye tabi tutulduğunu iddia etmesi halinde bu muamelenin haklılığını ispat yükü hükümettedir.⁹⁹ Ancak, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin bu iddiasını delil başlangıcı olarak kabul edilebilecek bazı kanıtlarla ortaya koyması gerekir. Mahkeme, ortaya konulan delillerle ilgili ispat külfetinin hükümete geçmesi için serbest delil ve ispat ilkesini benimsemiştir. Başvurucu, bir tedbirin ya da işlemin bir insan grubuna, diğerlerine oranla daha aleyhe uygulandığını ortaya koyabilirse ayrımcılık karinesi doğar ve ispat yükümlülüğü devlete aittir. Bu durumda devlet, ortaya konan karine ya da delil başlangıcının yerinde olmadığını ve bunun haklı bir nedene dayandığını ispatlamalıdır.¹⁰⁰

Tek başına HTS kayıtlarının varlığı başka dosyalarda delil olarak kullanılamazken, Yargıtay'ın bu minvalde birçok kararı bulunurken, FETÖ/PDY konulu soruşturma ve kovuşturmalarda Yargıtay'ın emsal nitelikli kararlarının ve mevzuatın yok sayılarak, bütünüyle hukuka aykırı yöntemlerle dosyalara eklenen ve silahların eşitliği ilkesi ile çelişmelilik ilkelerine aykırı davranılarak bu dijital üst veriye dayanılması ayrımcılık yasağının genel olarak ihlalidir.

Öte yandan, ankesörlü/kontrollü hatlardan arama/aranma davalarında dahi, sabit hatlardan aranan asker kişilerin hepsi hakkında soruşturma başlatılmadığı gibi, soruşturma başlatılan kişilerin hangi kritere ve gerekçeye dayanılarak şüpheli yapıldıkları da belli değildir. Yani bu kişiler, kendi içlerinde hukuken aynı durumda buldukları sabit hatlardan aranan diğer asker kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmuşlardır. Bazı soruşturma dosyalarında, bu kişilerin adli soruşturma ve kovuşturmalarda delil olarak kullanılması mümkün olmayan istihbarat raporlarına dayanılarak şüpheli yapıldıklarına yer verilmesi nedeniyle, bu kişilerin AİHS'in 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddedeki haklarının da ihlal edildiği değerlendirilmektedir.

⁹⁶ AİHM'in Willis/İngiltere Kararı, B. No: 36042/97, 11/06/2002, P.48.

⁹⁷ AİHM'in Marckx/Belçika Kararı, B.No: 6833/74, 13/6/1979, P.39; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.600-601; DOĞRU/NALBANT, Cilt:2, s.604.

⁹⁸ KARAN Ulaş, "*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*" İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.472 vd; DOĞRU/NALBANT, Cilt:2, s.604.

⁹⁹ AİHM'in Chassagnou ve Diğerleri/Fransa Kararı, B.No: 28443/95, 29/04/1999, P.91-92.

¹⁰⁰ DOĞRU/NALBANT, Cilt:2, s.607; KARAN, s.480; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.621.

7.SONUÇ VE ÖNERİLER

Ankesörlü telefonlar BTK tanımında yer aldığı şekliyle herkesin kullanımına açık olan bir evrensel hizmettir.

FETÖ/PDY üyelerinin ankesörlü/kontörlü hatlarla iletişim sağladıkları hususu itirafçı ifadeleriyle belirlenmiştir ve doğruluğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, ankesörlü/kontörlü telefonda aranmış her bir bireyin veya belirli meslek mensuplarının doğrudan şüpheli olarak kabulünün doğru olmadığı açıktır.

Ankesörlü/kontörlü telefonlardan aranma konulu soruşturmalarda aramayı yapanların tespitine ağırlık verilerek, arayanın kimliği, FETÖ/PDY içindeki konumu, aramanın içeriği ve arama bağlantılı eylemlerin ve arananla illiyet bağının belirlenmesi sonrasında adli işlem aşamasına geçilmesi gereklidir.

Etkin pişmanlıktan faydalananların TCK'da tanımlı somut suç eylemine ifadelerinde yer vermeleri gereklidir. Etkin pişmanlık kurumunun tahliye beklentisiyle ve tutuklamadan kurtulma amacıyla başvuru bir yol olması engellenmelidir.

FETÖ/PDY için belirlenecek miladın Venedik Komisyonu önerisine uygun olarak 15 Temmuz 2016 olması gerektiği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu incelemeler 15 Temmuz 2016 sonrası için yapılmalıdır.

Ankesörlü/kontörlü telefonla arama soruşturma ve kovuşturmasında HTS kayıtları ana suçlayıcı delil olmasının yanı sıra çoğunlukla dosyalardaki tek delildir ve bu kayıtlar da daha önce belirtildiği üzere, CMK'da öngörülen şartlar oluşmadan elde edilmiş ve saklanmaları gereken süreden daha fazla saklanmak suretiyle hukuka aykırı hale de gelmiştir.

HTS ve internet trafik kaydı verilerinin 11 Haziran 2016 tarihine kadar en fazla bir yıl, bu tarihten sonra ise en fazla iki yıl saklanması mümkündür. Başarısız görüşmelerin (0 saniye süreli) verilerinin ise en fazla 3 (üç) ay saklanabilmesi mümkündür. Anılan verilerin saklama süreleri dolduğunda yok edilmemeleri ayrı bir suça vücut vermektedir. Mevcut soruşturma ve kovuşturmasından bakıldığında, HTS kayıtlarının tamamının bir yıllık saklama süresinden sonraki dönemlere ait olduğu görülmektedir.

İstikrar kazanmış AİHM ve Yargıtay içtihatları nazara alındığında bu kayıtların kişiler aleyhine delil olarak kullanılabilmesi mümkün değildir ve mevcut durum itibarıyla bu kayıtlara dayanılarak haklarında işlem yapılan kişilerin adil yargılanma hakları ihlal edilmiştir. Hukuki Değerlendirme bölümünde açıklandığı şekilde, Kanunsuz suç ve Ceza Olamayacağı ilkesi,

Özel Yaşam ve Haberleşmenin Gizliliği ile ayrımcılık Yasağının da ihlal edildiği değerlendirilmektedir.

İletişim kayıt verilerinin bilgi niteliğinin olabilmesi için Türk Telekom ve GSM kaynaklı verilerin kendi içlerinde ve birbirleriyle tutarlı olması gerektiği açıktır. Bilgi niteliği taşımayan verilerin emare veya delil olarak kabulü de mümkün değildir.

Ankesör kayıtlarının arayan (sabit hat) ve aranan (GSM hattı) kayıtlarına ait HTS kayıtları incelenirken, sabit hat HTS kayıtlarından GSM yönündeki aramaların varlığı yeterli olmayıp, GSM hattı HTS kayıtlarında gelen aramalar içerisinde de sabit hattan gelen aramanın kesin bir şekilde tespit edilmiş olması gereklidir. Yani, her iki taraf HTS kayıtları kendi içinde tutarlı ve karşılıklı olarak birbirini doğruluyor olmalıdır.

Soruşturma/kovuşturma dosyalarına konu olan HTS kayıtlarının tamamına yakını kendi içinde ve karşılıklı olarak tutarlı değildir. Dolayısıyla verilerin bilgi niteliği bulunmamaktadır. Söz konusu verilerin manipüle edilmiş olmaları kuvvetle muhtemeldir. Manipülasyon ihtimalinin incelenerek, sorumlular hakkında gerekli yasal işlemlerin yapılması önerilmektedir.

Son söz olarak, Ceza Yargılamasındaki temel ilkeyi tekrar hatırlatmak istiyoruz. Bir insanın suçlu olduğuna %90 kanaat getirilse dahi, o insan delil yetersizliğinden serbest bırakılır. Zira Ceza Yargılamasında %100 aranır. Şüpheler, sanık lehine değerlendirilir. Bunun da gerekçesi şudur: Hukuk Felsefesi, 1 masumu haksız yere cezalandırmaktansa, 9 suçluyu cezalandırmamayı tercih eder. "Bir masumun cezalandırılmasındansa, bin suçlunun cezasız kalması tercih edilir" (Cesare Beccaria).

Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi 2018/161 E. 2018/192 K. numarası ile verdiği, ankesörlü telefonlardan 3 kez ardışık olacak biçimde aranan ve hakkında sohbetlere katıldığı yönünde tanık beyanları bulunan Sanık Y...hakkında; **"Sanık farklı tarihlerde 3 kez ardışık biçimde diğer asker şahıslarla birlikte aranmasına karşın; bu görüşmelerde ne konuşulduğu, sanığın örgütsel toplantıya çağırıp çağırılmadığı, eğer çağırıldı ise sanığın bu toplantıya katılıp katılmadığı, eğer sanık toplantıya katıldı ise toplantının örgütsel nitelikte olup olmadığı ve toplantıda neler konuşulduğu tespit edilememiştir"** demek suretiyle sanığın beraatine karar vermiştir. Tespit edilemediği belirtilen hususlar, dolayısıyla şüpheler soruşturma/kovuşturma dosyalarının büyük çoğunluğunda aynıyla mevcuttur.

Ankesörlü/kontrollü aramalar konusunda mahkemelere ve uzmanlara/bilirkişilere yansıyan pek çok vakada hatalar olduğu açıktır. Bu hataları en aza indirmek ve masum yurttaşların haklarını korumak da Devletin en temel vazifesidir. Biz de bu vazifenin hakkıyla yapılması ve gerçek suçlular ile masumların ayrılması için elimizden gelen her türlü desteği vermeye hazırız.

“Adalet mülkün (Devletin) temelidir” (Hz. Ömer).

“Her halde dünyada bir hak vardır. Ve hak, kuvvetin üstündedir.” (Mareşal Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK)

Saygılarımızla.

Gizay DULKADİR

Avukat



Merve Elif GÜRACAR

Avukat



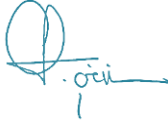
Vildan YİRMİBEŞOĞLU

Avukat



Ali ÇİTİL

Avukat



Kemal UÇAR

Avukat



Mehmet Ali ÇERKEZ

Avukat



Berker KILIÇ

Adli Bilişim Uzmanı



T. Koray PEKSAYAR

Y. Mühendis
Adli Bilişim Uzmanı



Levent MAZILIGÜNEY

Y. Mühendis, Hukukçu
Adli Bilişim Uzmanı

