

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi
[11]
Ceza Muhakemesi Önlemleri
ve
Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi

[11]

PROF. DR. HANS LILIE'YE ARMAĞAN

PROF. DR. HANS LILIE GEWIDMET

CEZA MUHAKEMESİ ÖNLEMLERİ VE ÖZELLİKLE GİZLİ ARAŞTIRMA ÖNLEMLERİ

PROJE YÖNETİCİSİ: Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

EDİTÖR: Prof. Dr. Yener ÜNVER

YAZARLAR

Prof. Dr. Dres. h.c. Hans Heiner KÜHNE - Prof. Dr. Hans KUDLICH - Doç. Dr. Armin ENGLÄNDER - Prof. Dr. Klaus ROGALL - Anand DOOBAY- Av. Dr. Björn GERCKE- Ana Maria ANDRONIC - Dr. Thomas KAPP - Dr. Alexander ROTH - Dr. Jens PUSCHKE - Tobias SINGELNSTEIN - Felix RUHMANNSEDER - Ulrich LEIMENSTOLL - Av. Hans MEYER-MEWS

ÇEVİRENLER

Prof. Dr. Hakan HAKERİ - Prof. Dr. Yener ÜNVER - Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT - Yard. Doç. Dr. R. Barış ERMAN - Yard. Doç. Dr. Elif VATANOĞLU - Araş. Gör. Dr. Koray DOĞAN - Araş. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ- Araş. Gör. Pınar BACAKSIZ - Araş. Gör. Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN - Araş. Gör. Arif Barış ÖZBİLEN - Araş. Gör. Onur ÖZCAN- Araş. Gör. Fulya EROĞLU - Araş. Gör. İlker TEPE - Araş. Gör. Candide ŞENTÜRK- Av. Orçun GÜNDÜZ - Ayşe AKÇİN - Alev DİLBER - Jale YÜCEL- Yaprak AKYOL



seçkin

Ankara, 2011

Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [11] – Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri

Proje Yönetici: Prof. Dr. Kayıhan İÇEL – Editör: Prof. Dr. Yener ÜNVER

Hukuk Kitapları Dizisi: 1075

328 Sayfa, 16x23,5 cm.

ISBN 978-975-02-1435-6

1. Gizli Araştırma Önlemleri

2. Telefonların İzlenmesi

3. Online Araştırmalar

4. Teknik Takip

5. Tutuklama

6. Arama

7. Elkoyma

8. Ceza Muhakemesi İle İlgili AIHM Kararları

9. Kararın Aklanması

Birinci Baskı:

Şubat - 2011

Sayfa Tasarımı:

Ömer Candan

Kapak Tasarımı:

İsmail Çam

© **Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.**

Bu kitabın her türlü yayım hakkı Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.'ye aittir. Yayınevinin izni olmadan, eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kitabın tümü veya bir kısmı yayımlanamaz ve çoğaltılamaz.

Yayın ve Dağıtım:

Merkez: Seçkin Yayıncılık, Sağlık Sokak No: 21 06410 Sıhhiye, ANKARA

Tel: (0-312) 435 30 30 (Pbx), Faks: (0-312) 435 24 72

Şube: Ankara Adliye Sarayı K Blok Zemin Kat Sıhhiye, ANKARA Tel: (0-312) 309 52 48

Şube: Abidei Hürriyet Caddesi 179/E (Şişli Ceza Adliyesi Altı) Şişli – İSTANBUL Tel: (0-212) 234 34 77

Şube: Strazburg Cd. No:23 Sıhhiye - ANKARA Tel: (0312) 230 52 62 /ankararube@seckin.com.tr

Web Adresi: www.seckin.com.tr, E-posta: yayin@seckin.com.tr – **Sertifika No:** 12416

Baskı:

Seçkin Yayıncılık, Tel: (0-312) 395 21 10

Önsöz

Ceza yargılamasını gerçekleştirerek hükmün verilmesini ve yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla uygulanmalarına gereksinim duyulabilen muhakeme araçlarını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu “Koruma Tedbirleri” olarak isimlendirmiştir. Her biri temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelik gösteren bu tedbirlerden bazıları doğrudan doğruya kişisel özgürlüğü sınırlarken (örneğin yakalama, gözaltı, tutuklama), bazıları ise konut dokunulmazlığı (konutta arama), haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği (postada el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi), seyahat özgürlüğü (yurt dışına çıkma yasağı) başta olmak bireyin diğer önemli temel hak ve özgürlüklerini kısıtlar. Bu nedendir ki, bireyin temel hak ve özgürlüklerine güvence sağlamak amacını izleyen uluslararası sözleşmelerde ve çağdaş anayasalarda söz konusu güvenlik önlemlerinin koşullarına ve sınırlarına ilişkin temel ilkeler konulurken bu düzenlemelerin ancak “yasa” ile yapılabileceği önkoşul olarak öngörülmüştür. 1982 Anayasasının İkinci Kısımında yer alan temel haklar ve özgürlükler ile ilgili hükümlerde de aynı yol izlenerek ceza yargılamasındaki koruma tedbirlerinin temel esasları ve yasalar tarafından uyulması gereken ana ilkeleri düzenlenmiştir.

Suç işleme yöntemleri geliştikçe ve özellikle teknik olanaklardan yararlanan örgütsel suçluluk artıkça, suçlulukla mücadele yöntem ve araçlarının da değiştirilip geliştirilmesi gereksinimi doğmuştur. Bu bağlamda, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacıların görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme yapılması şeklindeki yeni koruma tedbirleri ceza muhakemesi yasalarına girerek uygulanmaya başlanmıştır. Ancak bu uygulama ile birlikte kişi özgürlüklerine haksız ve gereksiz müdahalelerin nitelik ve niceliğinde olumsuz gelişmeler de kendini göstermiştir. 5271 sayılı CMK. koruma tedbirlerinin bu tür olumsuzluklarının bireye verdiği zararları bir dereceye kadar karşılamak için 141-144. maddelerinde tazminat isteme hakkı öngörmüş ise de bu hak arama yolunun bu alandaki haksızlıkları önlemede etkin çare olarak düşünülemediği kanısındayız.

“Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi”nin 11. Cildi olarak yayınladığımız bu kitapta, ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerine ve özellikle bu tedbirlerden gizli araştırma ile ilgili olanlarına ilişkin çeşitli hukuksal sorunlar serinin daha önce ele aldığı diğer konularda olduğu gibi uluslararası kalemler tarafından incelenip irdelenmiştir.

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi’nin her kitabını tanınmış bir ceza hukuku profesörüne armağan etmek arzumuzun bir devamı olarak, 11. Cildi Federal Almanya Martin Luther Üniversitesi öğretim üyesi Sayın **Prof. Dr. Hans Lilie**’ye armağan etmekten kıvanç duyuyoruz. Prof. Lilie, hem ceza

ve ceza muhakemesi hukuku alanında hem de özellikle tıp hukuku alanında Almanya'nın ileri gelen ve tanınmış öğretim üyelerindedir. Uluslararası alanda da oldukça saygın bir kişilik olan Prof. Lilie, hem Almanya Devletini uluslar arası kuruluşlarda temsil etmekte, hem de başta Türkiye olmak üzere birçok yabancı ülke ile sıkı bilimsel ilişkiler yürütmektedir. Martin Luther Üniversitesi'nde yabancı konuklara kapısını sonuna kadar açan ve misafirperverliğini konuğu olan herkesin takdir ettiği, Martin Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin bugüne gelmesinde çok değerli katkıları olan meslektaşımız Prof. Lilie'nin hem insani hem de bilimsel yönünü vurgulamak bakımından bu küçük çalışmayı kendisine armağan etmekten büyük mutluluk duyuyoruz. Bir İstanbul hayranı olan değerli meslektaşımızı İstanbul'dan saygıyla selamlıyoruz.

Ayrıca eserlerinin çevrilmesine izin veren yazarlara, çevirilerini yapan meslektaşlarımıza, **Dr. Christoph Mandla**'ya ve tüm **Seçkin Yayıncılık** ailesine çok teşekkür ederiz.

İstanbul, Ocak 2011
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

Vorwort

Die türkische Strafprozessordnung (StPO) bezeichnet Verfahrensmaßnahmen die die Durchführung des Verfahrens sichern und der Vollstreckung des Urteils dienen, als "Schutzmaßnahmen". Diese Maßnahmen schränken Grundrechte und -freiheiten des Einzelnen ein. Einige davon greifen in die persönliche Freiheit (Festnahme, Verhaftung) ein, einige sind ein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Durchsuchung), in die Kommunikationsfreiheit, die Privatsphäre (Beschlagnahme der Post, Telekommunikationsüberwachung) und die Reisefreiheit (Einschränkung der Reise in das Ausland). Aus diesem Grund legen internationale Abkommen und moderne Verfassungen, die die Grundrechte und -freiheiten schützen, fest, dass solche Beschränkungen nur auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen dürfen. Dasselbe gilt auch für die türkische Verfassung vom 1982, die Grundprinzipien über Schutzmaßnahmen im Strafverfahren regelt.

Wegen des Aufkommens und der Zunahme neuer Kriminalitätsformen und insbesondere der technischen Ausstattung der organisierten Kriminalität bedarf es auch neuer Methoden und Mittel für den Kampf gegen Straftaten. So gibt es neue Schutzmaßnahmen in der türkischen StPO wie die Durchsuchung von Computern und deren Beschlagnahme, die Überwachung des Fernmeldeverkehrs, den Einsatz verdeckter Ermittler und technischer Mittel. Allerdings wird darüber diskutiert, dass durch diese neuen Maßnahmen auch unnötige und unrechtmäßige Eingriffe in die persönliche Freiheit erfolgen können. Die türk. StPO hat in Art. 141-144 zur Wiedergutmachung solcher Schäden "Schadenersatz" vorgesehen. Schadenersatz kann meines Erachtens jedoch nicht als wirksame Lösung dieses Problems betrachtet werden.

In diesem 11. Band der "Rechtsvergleichenden aktuellen Strafrechtsserie" wurden die Schutzmaßnahmen insbesondere hinsichtlich verdeckter Ermittlung –wie in den anderen Bänden dieser Reihe- durch ausländische Verfasser behandelt.

Es ist schon eine Tradition geworden, dass wir jedes Buch einem bekannten Strafrechtler widmen. So haben wir die Ehre, dieses Buch Herrn **Professor Doktor Hans Lilie**, von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in Halle (Saale) zu widmen. Grund für diese Entscheidung ist einerseits dass Prof. Hans Lilie ein sehr wichtiger, international bekannter Wissenschaftler ist und andererseits, dass er enge Kontakte zu türkischen Strafrechtlern pflegt hat und zur türkischen Strafrechts- und Medizinrechtsliteratur beigetragen hat. Er ist sowohl im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts, als auch des Medizinrechts ein sehr angesehener Wissenschaftler. Als internationaler Strafrechtler, vertrat er Deutschland im Ausland in internationalen Organisationen und hat auch sehr enge Kontakte mit

dem Ausland. Immer wieder öffnet er die Pforten der Martin-Luther-Universität weit für ausländische Gäste, die eine warmherzige Gastfreundschaft schätzen. Auch für die juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität hat er viel geleistet. Zur Anerkennung seiner menschlichen Seite und wissenschaftlicher Leistungen freuen wir uns, ihm dieses kleine Buch zu widmen. Wir grüßen Herrn Professor Hans Lilie, einen großen Fan Istanbuls, aus dieser Stadt sehr herzlich.

Hiermit möchte ich mich auch bei den Verfassern der Aufsätze und allen Juristen, die an diesem Buch mitgewirkt haben und Herrn **Dr. Christoph Mandla** und **Seçkin Verlag** ganz herzlich bedanken.

Istanbul, Januar 2011
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

Preface

The evaluation agents needed for the criminal jurisdiction to decide and to proceed are named as 'Security Precautions' by the Criminal Jurisdiction Law with the number 5271. Although each of these precautions restricts the basic rights and liberties, some of them directly restrict the individual freedom (for example seizure, keeping guard, arrestment), some of them restrict the other basic rights and freedom such as the privacy of homes (inquiry at homes), confidentiality of private lives (investigation of the posts, to control the communication by the telecommunication), freedom of journey (the prohibition of travelling abroad). That's why, the international conventions and contemporary constitutional laws which have an aim to insure the basic individual rights and liberties try to form some basic principles of these security regulations and they all say that these regulations can only be done by 'law'. The second part of our Constitution Law with the date 1982 which is related with the basic rights and freedom has the same understanding and this part regulates the basic structure of security precautions of criminal jurisdiction and the basic principles of law.

As a result of the developments in the techniques of crime and the increase in the organised crime using the technology, there is a need to change and improve the technology agents and devices used to fight against crime. In addition, new security precautions such as investigation in computers, websites and set ups; copying and keeping; controlling the communication by telecommunication; organising secret informers and monitoring by technical devices are being used. However, some unfair and unnecessary interventions to the individual liberties are the negative unwanted results of these provisions. Although the articles no. 141-144 of the Criminal Jurisdiction Law with the number 5271 give the right to charge to reimburse the harm as a result of these negative consequences, we think that this way of searching justice can not be the effective remedy to stop unfair results. In this book which we published as the 11. Volume of 'The Series of Comparative Current Criminal Law' (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi), some legal problems related with the security precautions of criminal evaluation are discussed by international writers as well as in our previous volumes of the series.

As a continuation of our aim to dedicate each volume of The Series of Comparative Current Criminal Law to a famous criminal law professor, we feel honoured to dedicate the 11. Volume to **Prof. Dr. Hans Lilie** from Martin Luther University in Germany. Prof. Lilie is a very well-known academic of Germany in the field of criminal law, criminal jurisdiction law and especially in medical law. Prof. Lilie is representing Germany in many international organisations and he continues his academic collaborations with many foreign

countries as well as Turkey. We are happy to give this little book as a gift to our colleague Prof. Lillie who has always welcomed the foreign academics to Martin Luther University with his very well-known hospitality. We are sending our regards from İstanbul to our dear colleague who is a İstanbul fan himself. Also, we would like to thank to all the writers, to our colleagues who made the translations, to **Dr. Christoph Mandla** and to the team of **Seçkin Publishing House**.

İstanbul, January 2011
Prof.Dr. Kayıhan İçel

İçindekiler

Önsöz	5
Vorwort	7
Preface	9
1. Anand DOOBAY: Avrupa Tutuklama Emrinin Uygulanması Planı: Teslim, Suçluların İadesi Ve Sınır Dışı Etmeye İlişkin Adalet Konferansı (31 Mart 2006) (Çev.: Alev Dilber)	13
2. Araş. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ: Koruma Tedbirlerine İlişkin Aihm'nin Örnek Bir Kararı Romanya'ya Karşı Raducu Davası	19
3. AİHM Büyük Daire'sinin S. ve Marper Birleşik Krallık'a Karşı Kararı (Çev.: Yard. Doç. Dr. R. Barış Erman)	39
4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Nowcka'ya Karşı Polonya Davası (Çev.: Ayşe AKÇİN)	77
5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Pekov Bulgaristan'a Karşı (Çev.: Araş. Gör. Fulya EROĞLU)	91
6. İliya Stefanov V. Bulgaristan Davası (Çev.: Araş. Gör. Mualla Buket Soygüt ARSLAN)	115
7. Av. Dr. Björn GERCKE: Sınırışan Aramaların Hukuka Uygunluğu- Ceza Muhakemesi Açısından Yurtdışında Depolanmış Verilere Ulaşım (Çev.: Araş. Gör. Pınar BACAKSIZ).....	125
8. Papua Yeni Gine Bağımsız Devleti 1977 Tarihli Tutuklama Kanunu (Çev.: Araş. Gör. Candide ŞENTÜRK).....	131
9. Ana Maria ANDRONIC: Romanya Ceza Usul Kanunu'nda Düzenlenen Tutuklama Ve Arama Emri Prosedürünün Uygulamadaki Görünümü (Çev.: Araş. Gör. Onur ÖZCAN).....	143
10. Av. Dr. Björn GERCKE: Avukat Bürolarının Aranması (Çev.: Prof. Dr. Hakan Hakeri)	153
11. Dr. Thomas KAPP - Dr. Alexander ROTH: Elkoyma Yasağının Sınırlandırılması Olarak Şüphelinin Muhafazaya Alınması (Öne Geçen Bir Girişim!) (Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER).....	159
12. Av. Dr. Björn GERCKE: Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi: Ceza Muhakemesi Kanunu Prg. 110a Vd.'Nin Yeni İçeriğinin Etkisi (Çev.: Araş. Gör. Pınar BACAKSIZ).....	167

13.	Dr. Jens PUSCHKE - Tobias SINGELNSTEIN: 01. 01. 2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Telekomünikasyonun İzlenmesi, Kullanılan Verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Önlemleri (Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER).....	177
14.	Felix RUHMANNSEDER: Mobil İletişim Anında Bulunulan Yerin Araştırılmasının Ceza Muhakemesi Açısından Caizliği (Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER).....	195
15.	Doç. Dr. Armin ENGLÄNDER: Gizli Soruşturmanın Sınırı Olarak Nemo Tenetur İlkesi (Çev.: Jale YÜCEL).....	215
16.	Av. Hans Meyer-MEWS: Gizli Soruşturmacı - Güvenilen Şahıs - Güven Bağı (Çev.: Yaprak AKYOL).....	221
17.	Prof. Dr. Hans KUDLICH: Online Aramaların Uygulanabilirliği Üzerine (Çev.: Araş. Gör. İlker TEPE).....	225
18.	Prof. Dr. Klaus ROGALL: Federal Yüksek Mahkeme'nin 53, 294 Sayılı Kararının Analizi Çerçevesinde Tutukluluk Esnasında Eşler Arasındaki Görüşmelerin Gizli Akustik Yöntemle Dinlenilmesinin Kabul Edilebilirliği Üzerine (Çev: Araş. Gör. İlker TEPE)	239
19.	Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması Ve Müsaderesi Hakkında Sözleşme (Çev. Yard. Doç. Dr. Elif VATANOĞLU).....	255
20.	Av. Dr. Björn GERCKE: Ceza Muhakemesine İlişkin Delil Elde Etme Önlemlerinin İçtimai (Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER).....	273
21.	Prof. Dr. Dres. H.C. Hans Heiner KÜHNE: Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirleri Karşısında Müdafinin Korunması (Çev.: Araş. Gör. Dr. Koray DOĞAN)	287
22.	Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Basın İlanı (Çev.: Araş. Gör. Arif Barış ÖZBİLEN)	293
23.	Uçakların Yasadışı Zaptını Durdurmaya Yönelik Zirve (Çev.: Av. Orçun GÜNDÜZ)	297
24.	Av. Dr. Björn GERCKE-Ulrich LEIMENSTOLL: Sosyal Güvenlik Ödeneklerinin (Ceza Kanunu Prg. 266a) Ödenmemesi - Uygulama İçin Rehber (Çev.: Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT)	303
	Kavram Dizini	323