

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 8. MADDESİ
IŞIĞINDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Yunus HEPER

Ankara-2007

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

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 8. MADDESİ
İŞİĞİNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Yunus HEPER

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Ankara-2007

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

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8. MADDESİ
IŞIĞINDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Mithat SANCAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Mithat SANCAR

.....

Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

.....

Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK

.....

Tez Sınavı Tarihi

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Yunus Heper

İÇİNDEKİLER

İçindekiler.....	V
Kısaltmalar.....	IX

I.BÖLÜM

ARAŞTIRMA HAKKINDA AÇIKLAMALAR, KAVRAM TANIMLARI VE DİNLEME TEKNOLOJİLERİ	1
1-Araştırma Hakkında Açıklamalar.....	1
2-Araştırmanın Konusu, Önemi, Amacı, Hipotezler, Yöntemi ve Sunuş Sırası.....	3
2.1-Araştırmanın Konusu ve Önemi.....	3
2.2-Araştırmanın Amacı.....	3
2.3-Araştırmanın Hipotezleri.....	3
2.4-Araştırmanın Yöntemi.....	4
2.5-Araştırmanın Sunuş Sırası.....	4
3-Kavramın Tanımları.....	4
4-Dinlenme Teknolojileri.....	8

II.BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ BAĞLANMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI ÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI	11
1-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.Maddesi	11
1.1-Genel Olarak	11
1.2-AİHS 8. Maddesinin Sözleşme'nin Diğer Hükümleriyle Bağlantısı	12
2-İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Madde 1. Fıkrasının Koruduğu Alan	13
2.1-- 8. Madde 1. Fıkra ve Özel Hayatın Korunması.....	14
2.1.1-Özel Hayatın Anlamı.....	14
2.1.2-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı.....	17

2.1.3-İletişimin Denetlenmesi ve Özel Hayatın Korunması .	20
2.2-8.Madde 1.Fıkra ve Aile Hayatının Korunması.....	21
2.2.1-Aile Hayatının Anlamı.....	21
2.2.2-İletişimin Denetlenmesi ve Aile Hayatının Korunması	22
2.3-8.Madde 1.Fıkra ve Konutun Korunması.....	23
2.3.1-Konutun Anlamı.....	23
2.3.2-İletişimin Denetlenmesi ve Konutun Korunması.....	25
2.4-8.Madde 1.Fıkra ve Haberleşmenin Korunması.....	27
2.4.1-Haberleşmenin Korunmasının Anlamı.....	27
2.4.2-İletişimin Denetlenmesi ve Haberleşmenin Korunması	28
3-8.Madde 2.Fıkra – İstisna Hükümü.....	31
3.1-Genel Olarak.....	31
3.2-“Yasayla Öngörülmüş” Müdahale.....	33
3.3-Meşru Amaca Yönelik Müdahale.....	35
3.4-“Demokratik bir toplumda zorunlu” müdahale.....	37
3.4.1-Gereklilik.....	37
3.4.2-Demokratik Toplum.....	38
4- İletişimin Denetlenmesi Tedbirini Hukuka Uygun Kılan Ölçütler	39
4.1-Suç ve Düzensizliğin Varlığı	39
4.2-Müdahaleyi Sınırlayıcı Koşulların Yeterli Belirlilikte Bir Yasada Gösterilmesi	41
4.3-Kötüye Kullanmalara Karşı Etkili ve Uygun Koruma Mekanizmalarının Öngörülmesi	41
4.4- Müdahalenin İzlenen Amaca Ulaşmaya Elverişli ve Belirtilen Değerlerin Korunması İçin Zorunlu Olması	42
5-Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Karşısında Devletin Negatif ve Pozitif Yükümlülükleri	44
6-8.Maddenin Uygulanmasına Egemen Olan İlkeler	46
6.1-Devletin Takdir Yetkisi ve Sınırları	46
6.2-Ölçülük	47
7.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi İle İhlal	

Edilen Bazı Temel Hak ve Hürriyetler	49
7.1-İletişimin Denetlenmesi ve Kişiliği Geliştirme Hakkı	49
7.2-İletişimin Denetlenmesi ve Kişinin Kendisine Ait Verilerin Kaderini Belirleme Hakkı	51
7.3-İletişimin Denetlenmesi ve Düşünceyi Açıklama Hürriyeti	56
7.4-İletişimin Denetlenmesi ve Yalnız Olma Hakkı	57
7.5-İletişimin Denetlenmesi ve Başkalarıyla Görüşme Hakkı	59

III.BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ	60
1-Hukuki Niteliği	60
1.1-Genel Olarak	60
1.2-Koruma Tedbiri ve Önleme Tedbiri	61
2-Yasal Çerçevesi	64
2.1-4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunundan Önce	64
2.2-4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Dönemi	66
2.3-5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 2259, 2803 ve 2937 Sayılı Kanunlar Dönemi	67
2.3.1-Konu Bakımından	68
2.3.2-Amaç Bakımından	68
2.3.3-Kişi Bakımından	71
2.3.4-Şüphe Bakımından	75
2.3.5-Orantılılık İlkesi Bakımından	80
2.3.6-Suç Bakımından	83
2.3.7-Kararı Verecek Makam Bakımından	87
2.3.8-Kararın Yerine Getirilmesi Bakımından	91
2.3.9-Süre Bakımından	93
2.3.10-Tedbirin Sona Ermesi Bakımından	94
2.3.11-Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	

Bakımından	98
2.3.12-İlgiliye Haber Verme Bakımından	102
2.3.13-İhlalin Giderimi Bakımından	104
3-5271 Sayılı CMK İle 2259, 2803 ve 2937 Sayılı Kanunların Kötüye Kullanılmalara Karşı Koruma Mekanizmaları Bakımından	
Değerlendirilmesi	106
SONUÇ	114
Kaynakça	118
Ek: Örnek Mahkeme Kararı	126
Ek: İletişimin Dinlenmesi Talimatı	127
Özet ve Anahtar Sözcükler	128
Summary and Key Words	129

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
LDT	: Liberal Düşünce Topluluğu
MÜHFM	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
PVSK	: Polis Vazifesi ve Selahiyetleri Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi

I. BÖLÜM

ARAŞTIRMA HAKKINDA AÇIKLAMALAR, KAVRAM TANIMLARI VE DİNLEME TEKNOLOJİLERİ

1-Araştırma Hakkında Açıklamalar

Türkiye yaklaşık iki yüz yıldır batılılaşma çabasıdadır ve bugün batılılaşma ve uygarlaşmanın bir göstergesi olarak Avrupa Birliği'ne girme çabası içindedir. Türkiye ile Avrupa Birliği arasında müzakerelere başlama kararının alındığı 2004 yılından bu güne kadar da Türk mevzuatının Avrupa normlarına uyumluluğu için önemli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Birliği'ne üyelik için insan hakları uygulamaları önemli bir ölçüt olarak ileri sürülmüştür. Türkiye'de yapılan yasal düzenlemeler de bu nedenle gerek AİHS ve gerekse de AİHM içtihatları göz önüne alınarak yapılmaktadır.

Kamuoyunda uyum yasaları olarak adlandırılan bu düzenlemelerden biri de 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur. Yeni CMK ile birlikte gerek toplum ve gerekse hukuk uygulayıcıları bir çok yeni muhakeme ilkesi, aracı veya kurumu ile karşılaşmıştır. Konumuz olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi de bir ceza muhakemesi kurumu olarak ilk kez bu ölçüde ayrıntılı bir düzenleme ile hukuk dünyamıza girmiştir.

Bugün başta terör örgütlerine yönelik kolluk faaliyetlerinde olmak üzere; çıkar amaçlı suç örgütlerine karşı mücadele kapsamında gizli soruşturma tedbirlerine ve özel olarak da konumuz olan telefon dinleme tedbirine yaygın olarak başvurulmaktadır¹. Bu yaygın kullanıma karşın telefonların dinlenmesi uzun yıllar

¹ Ülkemizde gizli dinleme ile ilgili bilinen ilk olay, Demokrat Parti'nin iktidara gelmesini müteakip Yassıada'daki Soruşturma Kurulu'nun, Ankara Telefon Müdürlüğü'ne bir yazı yazarak, cumhurbaşkanı ve başbakan başta olmak üzere birçok bakan ve milletvekilinin telefon görüşmeleri hakkında bilgi istemesidir. PTT'nin 15 Aralık 1960 tarihinde Soruşturma Kurulu'na gönderdiği cevabi yazıda şu ifadeler yer alıyor: '*Demokrat Parti'nin iktidara gelmesinden bir müddet sonra hususi bir pozisyon tefrik ettirilmiş ve cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanların konuşmaları grup şef ve yardımcılar tarafından temin edilmiştir... Bahis konusu konuşmaları temin eden ve konuşmaların aksaksız olarak devam etmesi için arada sırada araya girerek dinlemede bulunan grup şef ve yardımcılarının ad ve soyadları ikinci listede sunulmuştur.*' PTT, 29 Nisan-3 Mayıs 1959 tarihleri

yasal dayanaktan yoksun bir biçimde gerçekleştirilmiş, konu ancak 30.07.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu çerçevesinde konu bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Ne var ki 4422 Sayılı Yasanın, AİHM'nin bu konuya ilişkin ilk kararından² başlayarak oluşturduğu minimum standartları taşımadığı genel olarak kabul edilmiştir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinde düzenlenerek Mahkemenin tüm bu kriterlerini karşıladığı iddiasıyla yürürlüğe girmiştir³. Ancak uygulama ve doktrinde henüz yeni yasal düzenlemenin Sözleşme hükümlerini ve Mahkeme içtihatlarını karşılayıp karşılamadığı konusunda yeterli tartışma yapılmamışken 2259 sayılı PVSK'nun ek 7. maddesi, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6.maddesinde, 5397 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerle iletişimin denetlenmesi tedbiri ceza muhakemesi tedbiri olma özelliğine ilave olarak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devletin güvenliğine karşı, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırlarına karşı suçlar bakımından önleme tedbiri niteliği kazanmıştır.

Günümüzde, ister ceza muhakemesi aracı olarak, isterse suçların önlenmesi amacıyla olsun, özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılmasının ve bu bağlamda haberleşme özgürlüğünün, kişinin özel hayatının

arasında dinleme yaptığı telefonlarla ilgili bir listeyi de mahkemeye teslim etmiştir. www.zaman.com.tr 05.09.2006 tarihli nüshası, erişim tarihi:08.09.2006

² Mahkemenin konuya ilişkin kararları: Klass ve Diğerleri-Almanya, 6 Eylül 1978; Malone-Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984; Kruslin/Huvig-Fransa, 24 Nisan 1990; A-Fransa, 23 Kasım 1993; Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997; Kopp-İsviçre,25 Mart 1998; Lambert-Fransa, 24 Ağustos 1998.

³ 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Tasarı 135 ilâ 138 inci maddeler ile Türk usul hukukundaki bu önemli boşluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uygun olarak doldurmaktadır' Ceza Muhakemesi Kanunu Madde Gereççeleri, Kabul Tarihi : 4.12.2004 Yayın Tarihi 17/12/2004

gizliliği ve korunması hakkının vazgeçilmez bir parçası olduğu ve kişilik hakları içerisinde yer aldığı evrensel olarak benimsenmiştir⁴.

2-Araştırmanın Konusu, Önemi, Amacı, Hipotezleri, Yöntemi ve Sunuş Sırası

2.1-Araştırmanın Konusu ve Önemi

Araştırmanın konusu 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi ile 2259 sayılı PVSK'nun ek 7. maddesi, 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6.maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına uyumluluğunun araştırılmasıdır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri başta özel hayat hakkı olmak üzere ailenin korunması hakkı, haberleşme hürriyeti, konut hakkı, kişinin kendine ait verilerin kaderini belirleme hakkı, başkalarıyla görüşme hakkı, yalnız olma hakkı, düşüncüyü açıklama hakkı gibi pek çok hakkı ihlal eden bir ceza muhakemesi tedbiridir ve teknolojinin gelişmesi ile beraber suç ve suçluluğun giderek karmaşıklaşan yapısı karşısında giderek daha çok başvurulmaktadır. Bu nedenle konu önemlidir.

2.2-Araştırmanın Amacı

Araştırmanın amacı, mevzuatımızda ilk kez yada yeniden düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin AİHS bağlamında değerlendirmesini yapmak ve özellikle önemli olan haklar yönünden uyumsuz düzenlemeleri saptamaktır. Bu çalışmada özellikle AİHM içtihatlarından yararlanılmıştır.

2.3-Araştırmanın Hipotezleri

Hipotez 1: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde kişi, bireysel yaşamının çeşitli yönleri olan 'özel hayatı', 'aile hayatı', 'haberleşme' ve 'konutu' düzeyinde koruma altına alınmıştır.

⁴ Şen, Ersan; Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sorunuyla Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s.724

Hipotez 2: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile ilgilidir ve başvurulduğunda kişinin 8. madde de sayılan özel hayat, ailenin korunması, konut ve haberleşme hak ve hürriyetlerini ihlal eder

Hipotez 3: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri yeni yasal düzenlemelerle bir koruma tedbiri olma özelliğinin yanında bir önleme tedbiri özelliği de kazanmıştır.

Hipotez 4: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin 5271 Sayılı CMK'nun ilgili hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları göz önüne alınarak yapılmıştır; ancak Avrupa normlarına uyumsuzluk vardır. Önleme amaçlı (istihbari) denetlemeye ilişkin 2259, 2937 ve 2803 sayılı yasalarda yer alan düzenlemeler ise gerek AIHS'ne ve gerekse de AIHM içtihatlarına uyumsuzdur.

2.4-Araştırmanın Yöntemi

Araştırmada betimsel ve tarihsel yöntem kullanılmıştır. Ayrıca AIHS hükümleri ile AIHM içtihatları sistematik yorum yöntemiyle irdelenmiştir.

2.5-Araştırmanın Sunuş Sırası

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, araştırma hakkında açıklamalara ve kavram tanımlarına yer verilmiştir. İkinci bölümde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bağlamında özel hayatın gizliliği hakkı ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile ihlal edilen temel hak ve hürriyetler incelenmiştir. Üçüncü bölümde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuki görünümü incelenerek yeni yasal düzenlemelerin AIHS'ne ve AIHM içtihatlarına uyumlu olup olmadığı değerlendirilmiştir.

3-Kavram Tanımları

İletişimi dinleme ve kayda alma, 5271 CMK'nın 5'inci bölümün de 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi' başlığı altında düzenlenmektedir. 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce yazarlar arasında İletişimin denetlenmesi teriminin kullanımı konusunda görüş birliği mevcut değildi.

Ahmet Gökçen ve Adem Sözüer ‘Telefon,Teleks, Faks Gibi Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi’⁵, Öztekin Tosun ‘Telefon Konuşmalarının Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinlenmesi’⁶, Erdener Yurtcan ‘Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması’⁷, Feridun Yenisey ‘Uzakla Haberleşmenin Kontrol Edilmesi’⁸ Bahri Öztürk ‘Telefon, Faks, Teleks, Bilgisayar Gibi Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Gizlice Denetlenmesi’⁹ Mustafa R.Erdem, V.Özer Özbek ve Ahmet Gökçen ise ‘Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi’¹⁰ tercih etmekteydiler. Ayrıca Nur Centel ‘Haberleşmenin Denetlenmesi’ ve ‘Telefon Dinleme’, Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey ‘İletişimin Denetlenmesi’, Dönmezer ‘İletişimin İzlenmesi’ terimlerini tercih etmişlerdi¹¹. Bununla birlikte 4422 sayılı kanunun 2. maddesinde yasa koyucu ‘İletişimin Dinlenmesi Ve Tespiti’ adlandırmasını tercih etmiş ancak yine de kimi yazarlar¹² ‘Dinlemeye Alma’ teriminin yeterli olmadığını zira haberleşme araçlarından faks, e-mail gibi bir kısmının sadece okunabildiğini ayrıca, yine haberleşme araçlarının çeşitliliğinin artması karşısında yalnızca telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi teriminin de kapsamı daralttığı için koruma tedbirini anlatmakta yetersiz kaldığını ileri sürmüşlerdir. Tedbir yalnızca dinlemeyi değil aynı zamanda kayda almayı da kapsadığı için ‘Gizli Dinleme’ teriminin de yetersiz kaldığı işleri sürülmüştür.¹³ Öte yandan 5271 sayılı CMK’dan önce telekomünikasyon teriminin açıklanmaya muhtaç bir terim olduğu gerekçesi ile bu terim de kullanılmamaktaydı¹⁴.

⁵ Gökçen, Ahmet; Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma Ve Postada El Koyma, Ankara 1994, s.188.

⁶ Tosun, Öztekin; Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFİM,C.41,1976.

⁷ Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2005, s.349.

⁸ Yenisey, Feridun; Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1998 s.138.

⁹ Öztürk, Bahri; yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, 1985, s.60.

¹⁰ Erdem/Özbek; 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, İstanbul, 2000 s.249.

¹¹ Özbek/Doğan; CMK İzmir Şerhi, Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, Seçkin, Ankara, 2005, içinde s.561.

¹² Erdem/Özbek, s.251.

¹³ Erdem/Özbek, s.251.

¹⁴ Erdem/Özbek, s.251.

Her ne kadar ‘Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi’ adlandırması konuyu daha iyi ifade ettiği ileri sürülmüş¹⁵ ise de tedbirin konusunun mutlaka arada belli bir mesafe bulunan haberleşmeler için geçerli olduğu anlamına gelmektedir ve terim sanki haberleşen kişilerin uzak mesafelerde olması anlamına geldiğinden ‘Uzakla Haberleşme’ deyiminin yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan ‘Dinlemeye Alma’ deyimini de konuyu ifade etmekten oldukça uzaktır. Çünkü haberleşme yalnızca kişiler arasında geçen konuşmalardan ibaret değildir ve yalnızca telefon dinlemeyi ifade etmekte yeterli kalmaktadır. Bunun gibi haberleşme araçlarının çeşitliliği karşısında ‘Telefon Dinleme’ deyimini de yetersiz kalmaktadır. ‘Haberleşmenin Denetlenmesi’ ve ‘İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması’ terimleri de aynı yerde bulunmayan kişiler arasındaki her çeşit araçla yapılan haberleşmeyi ceza soruşturmasına esas olmak üzere denetlemek anlamına gelmemektedirler.

Hem denetimi yapılacak haberleşme araçlarını ifade edecek hem de koruma tedbirinin kapsamını anlatacak bir terim bu gün için artık dilimize yerleşen ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu 1. maddesinde tanımlanan telekomünikasyon terimidir. Bu tanıma göre telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder. Telekomünikasyon terimi bugün artık yaygın olarak kullanılan ‘Elektronik Haberleşme’¹⁶ kavramını da kapsamaktadır.

4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in¹⁷ 3. maddesine göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim; aynı yerde bulunmayan iki kişinin araya telefon, bilgisayar ve faks gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik

¹⁵ Özbek/Doğan, s.562.

¹⁶ 5369 Sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesinde Elektronik haberleşme: İşaret, sembol, ses, görüntü ve elektrik işaretlerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını ifade eder demektir.

5681 Sayılı Telsiz Kanununun 3. maddesi ‘Elektronik Haberleşme’ terimi, ses, görüntü, işaret, sembol ve elektrik işaretlerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını’ ifade eder.

¹⁷26.01.2001 tarih ve 24299 sayılı resmi gazete

sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler veya diğer nitelikteki verilerin nakledilmesi işlemidir .

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iletişimin denetlenmesi üst başlığında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yer verilmiştir. İletişimin dinlenmesi ve tespiti de birbirlerinden farklıdır. İletişimin dinlenmesi telefon konuşmalarının, faks veya bilgisayarlarla yapılan haberleşmelerin ve diğer yazılı veya sözlü iletişimin güvenlik görevlilerince dinlenmesi¹⁸ iken, iletişimin tespiti; iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade etmektedir¹⁹. Başka bir deyişle iletişimin tespiti; belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu yani sanık veya şüphelinin telekomünikasyon yoluyla kimlerle iletişim kurduğunun teknik araçlarla belirlenmesidir²⁰.

Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade ederken²¹; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişim araçlarının kullanılması ya da kullanılmamakla birlikte bazı mesajların değişik şifrelerle gönderilmesi sırasında elde edilen sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini ifade etmektedir²². İletişimin kayda alınması ise telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan iletişimin yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından, bir kayıt cihazı yardımı ile kaydedilmesi anlamına gelir²³. Bu şekilde kaydedilen iletişim, muhakemenin sonraki aşamalarında delil olarak tartışılması mümkün hale gelmektedir.

¹⁸ Haluk Çolak/Mustafa Taşkın; Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s.444

¹⁹ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3/f 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazete.

²⁰ Çolak/ Taşkın, s.443

²¹ 25989 sayılı yönetmelik m. 3/k.

²² Çolak/ Taşkın, s.444

²³ Özbek/ Doğan, s.564

Aynı maddede düzenlenen ikinci bir tedbir ise mobil telefonun yerinin tespit edilmesi tedbiridir. Bu tedbirin amacı sanık veya şüphelinin kullanmakta olduğu mobil telefonunun yerinin tespit edilmesi²⁴ olup uygulamada genellikle şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için başvurulmaktadır.

Sonuç olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi deyiminden iletişimin tespiti, dinlenilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi anlaşılmaktadır. Önceleri haberleşmenin denetlenmesi tedbirine dayanak yapılan haberleşme araçlarının nelerden ibaret olduğu konusunda herkesin üzerinde ittifak yaptığı bilimsel bir tanım ortaya konulamamıştı. 5271 sayılı CMK ile bu tedbire konu tüm araçlar telekomünikasyon terimi etrafında toplamıştır. Getirilen bu yeni terim anlamı itibariyle hem denetimi yapılacak haberleşme araçlarını ifade etmekte hem de koruma tedbirinin kapsamını anlatmaktadır. Söz konusu tanım tedbirin uygulama alanını yeterince ortaya koyabildiği için *belirlilik* ve *normun açıklığı* ilkelerine uygun görünmektedir.

4- Dinleme Teknolojileri

Telefon dinlemede ilk ve en çok kullanılan yöntem santralden dinlemektir. Bazen de dinlenecek kişi ile santral arasındaki hatta kanca atılıyor veya telefona makinesine ‘tapping’ denilen bir yöntem kullanılarak bir verici cihaz yerleştiriliyordu. Vericinin telefona yerleştirilmesiyle hem telefonda konuşulanlar hem de odada konuşulanlar dinlenebiliyordu²⁵. Bu alıcının çok beceriksizce yerleştirilmediği takdirde fark edilmesi oldukça zordu. Bugün teknoloji geliştiği ve tüm hatlar dijitalle döndüğü için artık tapping yapmaya gerek kalmamıştır ve merkezden tek bir düğmeye basarak istenen telefon tüm dökümleriyle birlikte dinlenebilmektedir. Bu cihazlardan biri TX adı verilen cihazdır²⁶. Bu cihaz ile uzaktan dinlenmek istenen telefon hattına girilerek hem konuşmalar hem de telefonun bulunduğu yerdeki tüm konuşmalar dinlenebilir hale gelmiştir. Bu cihazlar ayrıca sisteme yüklenen hedef numaraları seçebilmekte ve ses analizi yaparak hedef seçilen kişiyi sesinden tanıyabilmekte, ayrıca hedef seçilen sözcüklerin geçtiği

²⁴ Özbek/ Doğan, s.565

²⁵ Tosun, s.88-89.

²⁶ TX’lerin çalışma şekli hakkında daha ayrıntılı bilgi için; Coşkun, Enis; Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara, 2000, s.42.

konuşmaları kaydedebilmektedir. Böylece artık gereksiz konuşmaları ayıklamak zorunluluğu ortadan kalkmıştır²⁷. Ayrıca dinleme teknolojilerinin en ileri bugün artık uydu teknolojisidir. Özellikle askeri hedefleri gözetleyen bu uydular dünyanın neresinde olursa olsun telekomünikasyon araçları veri bağlantılarını taramaktadırlar²⁸.

İlk çıktığı yıllarda dinlenmesi olanaksız olduğu iddia edilen cep telefonlarının eski modelleri ‘radyo scannerı’ denen basit bir aletle dinlenebiliyordu. Bugün artık ‘ımsı-catcher’ adı verilen bir sistemle dinlenebilmektedir. Bu sistemde sistem cep telefonlarının şifreli verilerini aldatarak, kendini normal bir baz istasyonu gibi gösterir. Bunun nedeni cep telefonları kendilerini baz istasyonlarına tanıtmaya zorunluluğu içindeyken baz istasyonlarının kendini cep telefonuna tanıtmaya gibi bir zorunluluğu yoktur. Sistemdeki bu açık üretici şirketler tarafından gerektiği zamanlarda bu telefonların dinlenebilmesi için özellikle bırakılmıştır. IMSI cihazı bir kere kendini baz istasyonu olarak tanıttıktan sonra özel bir sinyal göndererek cihazın iletişimi şifrelemek için kullandığı engeli kaldırmasını sağlar. Bundan sonra dinlenen cihazdan yapılan tüm aramalar ve konuşmalar önce IMSI cihazına sonra gitmesi gereken baz istasyonuna gitmektedir. Hepinizin bildiği IMEI numaralandırma sistemi vardır ki bu kimlik telefonun içinde hat olmasa bile kendini uyduya bildirmeye devam eder ve bazı telefon markaları o telefonu kapatsanız bile telefonun pilini çıkarmadığınız sürece uyduya sinyal göndermeye devam etmektedir²⁹.

Son olarak, uydular aracılığıyla küresel olarak, telefon haberleşmelerini, faksları, elektronik postaları ve bunlarla birlikte nakledilen verileri izleyen ABD, İngiltere, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda güvenlik ve istihbarat örgütleri işbirliğiyle yürütülen Echelon Projesi’nden bahsetmek gerekmektedir. Bu proje sayesinde ad, adres, kent adı, çeşitli sözcükler, telefon numaraları, internet adresleri gibi ayrıntılardan elde edilen bilgiler otomatik olarak enformatik fişlerle

²⁷ Bildirici, Faruk; Gizli Kulaklar Ülkesi, İstanbul, 2000, s.293.

²⁸ Bildirici, s.290.

²⁹ Kuru, Serdar, Dinlemenin Yöntemleri, [<http://www.guvercinevi.net>] erişim tarihi:01.09.2006.

kataloglaştırılır. Bilgisayar programları yardımıyla otomatik olarak bu sözlükteki sözcüklerin geçtiği iletişimle bağlantı kurularak iletişim izlenebilmektedir³⁰.

Türkiye’de ise telefonların dinlenmesi için şifreler çözülmemektedir. Bunun yerine daha kolay yöntem olan Türk Telekom’un merkezi uçlandırma yardımı ile aldıkları uçlar sayesinde Türkcell, Vodafone ve Avea GSM operatörlerinde kullanılan cep telefonlarını dinleyebilmektedirler³¹.

23.07.2006 tarihinden itibaren ise tüm dinlemeler Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, ‘Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’ adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülmektedir. Böylece Türkiye artık amacı yalnızca telekomünikasyon araçlarının denetlenmesi olan bir kuruma kavuşmuş ve bunun sonucu olarak da devletin ve hukukun istediği her tür dinleme yapılabilir hale gelmiştir.

³⁰ Coşkun, s.96.

³¹ Bildirici, s.293.

II. BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi

1.1-Genel Olarak

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerden biri olarak Sözleşme'yi 1954 yılında kabul ederek iç hukukuna dahil eden Türkiye, 1982 Anayasası'nın 90.maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir." ilkesine yer vermiştir. Bu hüküm Türkiye'nin sözleşmenin usulüne göre onaylanması ile sözleşmeyi iç hukuk düzenine dahil ettiğini, mahkemelerin önlerindeki davalarda sözleşmeyi herhangi bir iç hukuk normu gibi uygulayabileceklerini de göstermektedir³². Ülkemiz 4 Kasım 1950 tarihinde Konsey üyesi 15 ülke tarafından imzalanarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeyi 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylamış ve 18 Mayıs 1954'te onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne iletmesi ile yürürlüğe girmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi özel yaşama, aile yaşamına ve haberleşmeye saygı hakkı başlığını taşımaktadır. Buna göre;

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve

³² Özer, Adil; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi M.8 ve İç Hukukumuzun Arama ve İletişimin İzlenmesine İlişkin Hükümleri, [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>]

özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Öncelikle belirtmeliyiz ki çalışmamızda ele aldığımız ve sözleşme organlarının kararlarına konu olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ilk planda haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturduğu için sözleşme organları bu tedbiri ayrıca ve münhasıran özel yaşam, aile yaşamı veya konutun korunması bağlamında ele almamışlar yalnızca yer yer değinmekle yetinmişlerdir. Bu nedenle AİHM, iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ihlal edilen temel haklar yelpazesinde haberleşme hürriyeti hakkında birçok karar vermişken, aşağıda irdelemeye çalışacağımız haklar konusunda daha az kararı mevcuttur³³. Öte yandan yeniden söylemeliyiz ki: *‘Özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme kavramları bireysel yaşam gibi tek ve aynı kaynağın uzantıları olarak bir anlamda iç içe geçmiş bulduklarından bunlardan biri için geçerli olan düşünceler mutatis mutandis ötekiler için de geçerlidir’*³⁴.

1.2- AİHS 8. Maddesinin Sözleşme’nin Diğer Hükümleriyle Bağlantısı

Komisyon, özel yaşam hakkının aynı zamanda bireyin kişiliğinin oluşması için diğer bireylerle ilişkiler kurma ve geliştirmeyi de belli ölçüde kapsadığını kabul ederek Sözleşme’nin ifade özgürlüğünün düzenleyen 10. maddesi ile 8. maddesi arasında bağlantı kurmaktadır³⁵. Ayrıca ‘başkalarının şöhretinin korunması’ ve ‘gizli bilgilerin açıklanması’ 10/2 ye göre bir sınırlama sebebidir. Komisyona göre birinin şöhretinin korunması sözleşmenin 6/1 maddesi anlamında bir ‘medeni haktır’. 6. madde de adil yargılanma çerçevesinde öngörölen aleni yargılanmaya getirilecek bir sınır da, özel hayatın gizliliğidir³⁶. Adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, evlenme hakkı ilk bakışta 8. madde ile bağlantı kurulabilen haklardır.

³³ Bununla beraber AİHM 05.06.1992 tarihli Lüdi-İsviçre kararında telefon dinlemenin hem özel yaşam ve hem de haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.148.

³⁴ Gözübüyük-Gölcüklü, s.333.

³⁵ Üzeltürk s.159

³⁶ Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi’ne Göre Doğru Yargılama, İHMY, Ankara, 1995, s.2 vd.

Sözleşme'nin 8. maddesi; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi ile birlikte sözleşme içerisindeki nitelikli haklar kategorisinde yer almaktadır³⁷. Bunun anlamı 8. maddenin sınırlanmasında sınırlama sebeplerinin madde metninde belirtilmesidir. Başka bir deyişle yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın kanuniliği gibi nitelikli olmayan haklarda birey belirtilen hakkın ihlal edildiğini ispat ederse bu aşamadan sonra mahkeme üye devlet açısından artık müdahalenin haklılığını tartışmamaktadır. Nitelikli haklarda ise belirtilen hakkın ihlal edildiği ispat edildikten sonra devlet müdahalenin yasallığını, meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekliliğini ispat edebilecektir.

2-İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Madde 1. Fıkrasının Koruduğu Alan

8. maddede kişi, bireysel yaşamının çeşitli yönleri olan 'özel hayatı', 'aile hayatı', 'haberleşme' ve 'konutu' düzeyinde koruma altına alınmıştır. Koruma altına alınan 'herkes'³⁸ gerçek kişiler olduğu kadar sözleşmenin 34. maddesi ile koruma altına alınan hükümet dışı teşekküller ve insan toplulukları da 8. maddenin kapsamındadır. 1. fıkrada yer alan 'özel hayat', 'aile hayatı', 'konut' ve 'haberleşme' deyimlerinin esasında bir bütün teşkil eden 'özel hayat'ın farklı unsurlarıdır ve bu nedenle AİHM organları 8. maddeye ilişkin bir şikayet geldiğinde bunu alt unsurlara ayırmadan özel hayata müdahale genel başlığı altında ele almışlardır³⁹.

Biz, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile ihlal edilen temel hak ve hürriyetler konusunu irdelerken konunun daha iyi anlaşılması bakımından 8. maddedeki her bir kavramı ayrı ayrı ele alarak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile bu kavramlar arasındaki ilişkiyi incelemeye çalışacağız.

³⁷ Gözübüyük-Gölcüklü, s.372.

³⁸ Mahkeme Mc. Feeley ve Ors -İngiltere davasında 'başkalarıyla ilişki kurmanın öneminin mahkumlar için de geçerli olduğunu' belirterek özel hayatın korunmasına ilişkin hak anlamında mahkumların da 'herkes' kavramına dahil olduğunu ortaya koymuştur. mc. Feeley ve Ors.-İngiltere Davası, 15 Mayıs 1980 tarihli karar. Bkz. Ermumcu, Osman; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesinin Tahlili, 2006, s.12 [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm] erişim tarihi:04.05.2006.

³⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, , s.331

2.1- 8. Madde 1. Fıkra ve Özel Hayatın Korunması

2.1.1-Özel Hayatın Anlamı

Özel hayatın gizliliği hakkı kişi hakları ve siyasal hakların yer aldığı birinci kuşak klasik haklardan sayılmakla birlikte hem ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yer aldığı ikinci kuşak haklarla hem de dayanışma haklarının yer aldığı üçüncü kuşak haklarla da bağlantısı olan bir haktır⁴⁰. Örneğin bu hak hem kişi dokunulmazlığı ile hem çalışma hakkı ile hem de çevre hakkı ile ilişkilidir. Biz konumuz itibariyle bu hak ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri arasındaki ilişkiyi incelemeye çalışacağız.

‘İnsan Hakkı’ bazılarınca ‘farklı olma hakkı’ olarak nitelendirilmektedir. Her toplumda kaçınılmaz, toplumun dokusundan kaynaklandığı için kaçınılmayan bölünmeler, farklılaşmalar mevcuttur. Bu bölünmeler sosyal, ekonomik, dinsel, etnik, kültürel, dilsel farklılaşmalardan kaynaklanabilir. Kişi ve aile bu farklılaşmaların doğrudan etki alanındadır. Öyle ise; korunması gereken hakkın, onun sujesi olan birey ve aile kadar farklılık göstereceği kuşkusuzdur⁴¹.

Günümüzde özel hayatın gizliliği hakkını tanımlamak giderek daha da zorlaşmaktadır. Bunun ilk sebebi AİHS sistemi içinde 8. maddenin özel konumu ve dinamik yapısının hakkın kapsamını genişletmesi ve farklılaştırmasıdır⁴². İkinci olarak özel hayatın korunması sınırsız genişleme istidadına sahip bir prensiptir. Çünkü her insan davranışı şu ya da bu şekilde özel hayatla ilgilidir. Bu durum şüphesiz özel hayata saygı hakkının sınırlarını belirlemeyi zorlaştırmaktadır⁴³. Özel hayatın gizliliği hakkını tanımlamadaki zorluğun üçüncü sebebi ise, ülkemizde özellikle 2001 Anayasa değişiklikleri ve sonrasında devam eden yasalaşma sürecinde yeniden yada ilk kez yapılan bu alanda kavram ve kurumların henüz yerleşik hale gelmemiş olmasındandır. Özel hayatın gizliliği hakkını tanımlamanın bir başka

⁴⁰Kaboğlu, İbrahim Özden ; Özgürlükler Hukuku İstanbul, 2002, s.39

⁴¹ Demirtaş, Erkan; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Ve İlgili Yargı Kararları, s.6. [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] erişim tarihi: 10.06.2006.

⁴² Üzeltürk, Sultan; 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.2

⁴³ Selçuk, Engin; AİHS Hukuku ve Özel hayatın Gizliliği, Hukuk ve Adalet Dergisi, S:3, 2004, s.240

zorluğu ise teknoloji ve hukuktaki gelişime bağlı olarak birey ve toplum yapısındaki değişmelerin özel hayat kavramın yüklenen anlamı da değiştirmesidir.

Gerçekten de 8. madde korunan hakların tanımını vermemektedir. Maddedeki özel hayat ve aile hayatı kavramlarının da hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirgin bir içerik ve sınırlara sahip olmadığı da kabul edilmesi gereklidir⁴⁴. Nitekim AİHM'ne göre, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavramdır.⁴⁵ Bununla beraber teknoloji ve hukuktaki gelişime bağlı olarak birey ve toplum yapısındaki değişmeler, kamu alanı ile özel alan arasındaki sınırın bir durumdan ötekine sürekli değişmesi, devlete pozitif bir yükümlülük getiren 'saygı' kavramının muğlaklığı ve AİHS uygulamasına egemen ilkelerden 'devletin takdir hakkı' ilkesi birlikte düşünüldüğünde 8. madde ile koruma altına alınan hakların sınırlarını belirlemek daha da güçleşmektedir.

Bu tanımlamadaki zorluk nedeniyle Mahkeme 8. madde uygulamasında bir tanım vermekten kaçınırken, maddenin uygulanmasında '*kazüivistik*' bir metot kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır⁴⁶. Özel hayatın gizliliği hakkı hem söylem düzeyinde hem de pratikte tamamlanmamış bir proje olarak görülebilir. Bu onun mevcut haliyle 'eksik' ve uygulanamaz olduğunu göstermez. Aksine, bu hakkın dinamik bir yapıya sahip olduğunu, içeriğinin tarihsel olarak şekillendiğini ve geliştirildiği anlamına gelir⁴⁷.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı kapsamlı olarak ilk defa 1967 yılında Uluslararası Adalet Komisyonu tarafından İsveç'te organize edilen Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi'nde ele alınarak tanımlanmaya çalışılmıştır.

⁴⁴ Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.330

⁴⁵ Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, Kilkelly, Ursula; Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Ankara, 2003, s.11

⁴⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, s.330-331

⁴⁷ Benzer bir argüman için Bakınız, Arslan, Zühtü; ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara, 2003, s.12

Kongrenin almış olduğu kararların⁴⁸ ikinci maddesinde özel hayat kişi için en küçük bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını sürdürebilme hakkı olarak tanımlanmıştır. Kongrede özel hayatın gizliliği hakkının kişiyi ‘*özel ve aile hayatına, konutuna karşı müdahalelere, fizik veya fikri bütünlüğüne veya manevi veya entelektüel bütünlüğüne karşı bütün tecavüzlere, söz veya fiillerine zarar verilebilecek bütün müdahalelere, özel hayatına ilişkin her türlü ifşaata, isminin, hüviyetinin ve resminin kullanılmasına, kişinin takip, gözleme ve taciz edilmesine, haberleşmesine el konulmasına, yazılı ve sözlü özel haberleşmeden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı kavramına giren bilgilerin açıklanmasına karşı*⁴⁹ koruyacağı belirtilmiştir.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin 12. maddesine dayanarak Avrupa Konseyi 23 Ocak 1970 tarihli kararında özel hayat hakkında geniş çaplı açıklamalar yapmıştır. Bu karara göre özel hayata saygı hakkı bir kişinin özellikle yaşantısına asgari karışmalarla istediği gibi sürdürebilmekten ibarettir⁵⁰. Bu hak özel hayatı, aile ve ev hayatını, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, sahte isim altında tanıtılmamayı, faydasız ve rahatsız edici fiillerin yayılmasını, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmasını, mazur görülmeyen ve kabul edilemez gizlice dinleme, gözetleme ve karışmalara karşı korunmayı, özel yazışmalardan haksız faydalanmaya karşı korunmayı, bir kişinin gizli olarak verdiği veya ondan gizlice alınmış bilgilerin yayılmasına karşı korumayı içine alır⁵¹.

Öğretide de özel hayatın gizliliği hakkının koruduğu alana ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre özel hayatın korunmasının gerekli kıldığı iki

⁴⁸ Donay, Süheyl; Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi, İÜHFM, C.39 S:1-4, 1976, s.439

⁴⁹ Donay, s.441

⁵⁰ Anayasa Mahkememizde bir kararında ‘*Özel hayatın korunması herşeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir... insanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.*’ demiştir. AYM’nin 31.03.1987 tarih ve 1986/24 esas, 1987/8 karar sayılı kararı. [www.Anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitiraz/K1987/K1987]

⁵¹ Öztekin, Tosun; Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFM,C.41,1976 (Tosun 2), s.382

ilke, özel yaşam gizliliği ve bağımsızlığıdır⁵². Özel hayat, bireyin fiziksel ve ruhsal dokunulmazlığının ve kişinin moral ve entellektüel özgürlüklerinin, bireyin onuru ve şöhretinin, adının, kimliğinin veya resminin korunmasını, bireyin gözetlenme, izlenme veya tacize karşı korunmasını ve mesleki sır kavramına giren bilgilerin açıklanmasına karşı korumayı sağlamaktadır⁵³. Özel hayatın gizliliği, varlığımızın özgürlüğünün görünümlerinden biridir⁵⁴. Gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışardan müdahalelere karşı mahremiyettir⁵⁵. Özetlemek gerekirse doktrinde kişinin, kendi olma hakkı, kendi olarak yaşama hakkı, kendi başına olabilme hakkı, başkalarıyla sosyal olarak etkileşimde bulunma hakkı, kendi kişiliğini geliştirme ve tatmin etme hakkı, fiziksel ve manevi bütünlüğüne saygı hakkı, cinsel kimliğine ve tercihlerine saygı hakkı⁵⁶, kişinin yaşam biçimini, türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı⁵⁷ özel hayat kavramı içinde değerlendirilmektedir.

2.1.2- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Özel hayat hakkını tanımlamadaki zorluk nedeniyle yasa koyucular bir tanım vermektan kaçınıırken, yargı kararlarında da somut durumlara özgü tanımlamalar görölmektedir. Bu nedenle bu hak kategorisi yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşmaktadır⁵⁸. AİHM de sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak okurken⁵⁹ özel hayat kavramını sosyal ilişkiler ağı içerisinde değerlendirerek⁶⁰ kavramın anlamını, bireyin moral ve fizik

⁵² Kaboğlu,2002, s.167

⁵³ A.H. Robertson-J.G. Merrills'den aktaran Üzeltürk, s.169

⁵⁴ Danışman, Ahmet; Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya, 1991, s.1

⁵⁵ Kaboğlu, 2002, s.167

⁵⁶ Erkan, Mehmet Akif; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi, Adalet Bakanlığı eğitim Seminerleri Tebliği, Sakarya, 2004 s.4

⁵⁷ Kaboğlu, 2002, s.164.

⁵⁸ Üzeltürk, s.4.

⁵⁹ Tyrer-Birleşik Krallık davası, 25.04.1978 tarihli karar, Para. 33 '*Mahkeme, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini hatırlatır...*' Doğru, Osman; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Adalet Bakanlığı Eğitim dairesi Başkanlığı, Ankara, 2003, s.233.

⁶⁰ Selçuk, s.240.

bütünlüğünü, cinsel, aile ve meslek hayatını, konutunun ve kişisel bilgilerinin korunmasını kapsayacak biçimde geniş yorumlamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na göre özel hayat deyimi yabancı gözlerden uzak yaşanmayı isteme hakkından daha geniş olup bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır⁶¹. Özel hayat kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içerir⁶². Bir kimliğe ve dolayısıyla bir isme sahip olma hakkı da kişiliğin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinin bir yönü olduğundan 'isim' de özel hayat kavramına dahildir⁶³.

Yukarda belirttiğimiz gibi Mahkeme bir özel yaşam tanımı vermekten kaçınmakta her somut olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirerek bunun özel hayat kavramı içinde bulunup bulunmadığını saptamaya çalışmıştır⁶⁴. Ancak Mahkeme *Niemetz-Almanya davasında*⁶⁵ 8. maddenin amacı çerçevesinde özel yaşamın sınırlarını çizmeye çalışmıştır. Başvurucunun hukuk bürosu, birine hakaret etmiş bir başkasının kimliğini belirleyebilecek belgeler bulmak amacıyla savcı ve polis tarafından aranmıştır. AİHM, bu konudaki kararında 'özel hayat' kavramı konusunda detaylı açıklanmada bulunmuş ve özel hayat kavramını, kişinin kendi seçtiği kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alan ile kısıtlamak ve bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmanın aşırı kısıtlayıcı olacağını, özel hayat hakkının, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme *Rotaru-Romanya davasında*⁶⁶ da özel hayata saygı duymanın başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve geliştirmeyi de içerdiğini ayrıca kişinin mesleki veya işi ile ilgili faaliyetlerinin de özel hayat kavramının kapsamında kaldığını belirtmiş, yine aynı kararda bireyin sosyo-ekonomik durumunun da özel hayat ile kamu hayatı

⁶¹ Komisyon Raporu, Van Oosterwick/Belçika, 01.03.1979 Gözübüyük/Gölcüklü, s.334.

⁶² Komisyon Raporu, Costello-Robert/İngiltere, 08.10.1991 Gözübüyük/Gölcüklü s.334.

⁶³ Komisyon Raporu, R.Burghartz /İsviçre, 21.10.1992 Gözübüyük/Gölcüklü s.334.

⁶⁴ Gözübüyük/Gölcüklü s.334.

⁶⁵ Niemetz-Almanya, 16.12.1992 tarihli karar. Dutertre, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi, 2005, s.284.

⁶⁶ Rotaru-Romanya Davası, 04.05.2000 tarihli Karar. Dutertre, s.284.

arasında sınırı genişletip daralttığına dikkat çekmiş, *N.F.-İtalya*⁶⁷ ve *Stubbings ve diğerleri-Birleşik Krallık*⁶⁸ davalarında, özel hayat kavramının bireyin fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü de içerdiğini belirtmiştir.

AİHM, Kararlarında bireyin nüfus kayıtları, güvenlik ve polis tespitleri gibi fiziki ve sosyal kimliğini⁶⁹, ismini⁷⁰, bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü fiziki ve ruhsal bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve deneyimler ile alkol, kan ve DNA testlerini⁷¹, kişisel bilgilerini⁷², kişisel özerk alanını⁷³, iş ilişkilerini, dış dünyada insanlarla ilişkiler geliştirmesini⁷⁴, kişisel gelişmesini ve fiziksel moral güvenliğini⁷⁵, sosyal faaliyetlerini⁷⁶, özel hayata ilişkin bilgilerin açıklanmasını, aile hayatı kapsamına girmeyen koruyucu ebeveyn ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler ile henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkileri, çocuklu olsun veya olmasın homoseksüeller ve eşleri arasındaki ilişkileri ve cinsiyeti⁷⁷, bireye ait özel

⁶⁷ N.F.-İtalya Davası, 02.08.2001 tarihli karar '*Mahkeme içtihadına göre özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı görüşünde olduğuna dikkat çeker; AIHS 8. madde'de verilen teminatın esas amacı, dışarıdan müdahale olmadan, her bireyin diğer insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamaktır.*' Dutertre, s.284.

⁶⁸ *Stubbings ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1996 tarihli karar Dutertre, s.288.

⁶⁹ *Miculic-Hırvatistan Davası*, 07.02.2002 Tarihli Karar, Üzeltürk, s.171; *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987 tarihli karar; *Gaskin-İngiltere Davası*, 07.07.1987 tarihli karar. Gözübüyük/Gölcüklü, s.335.

⁷⁰ *Burghartz-İsviçre Davası*, 22.02.1994 tarihli karar , Üzeltürk, s.171.

⁷¹ *X ve Y-Hollanda Davası*, 21.03.1985 tarihli karar, Gözübüyük-Gölcüklü, s.335.

⁷² *Leander/İsveç Davası*, 26.03.1987 tarihli karar, Üzeltürk, s.171 Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 25.4.2004 gün 2002/2-617-648 sayılı kararında; boşanma davasında delil olarak sunulan "günlüğün" delil olma niteliği ile ilgili olarak, "*Özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanına hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmişse, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun, söz konusu delil mahkemede delil olarak kullanılamaz. Günlükte insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanını oluşturan bilgiler yer alır. Öncelikle özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Hukuka uygun yollardan elde edilmemiş deliller yasal bir delil olarak değerlendirilemez.*" değerlendirmesini yapmıştır.

⁷³ *Pretty-İngiltere Davası*, 29.04.2002 tarihli karar, Üzeltürk, s.171.

⁷⁴ *Niemetz-Almanya Davası*, 16.12.1992 tarihli karar Dutertre, s.284.

⁷⁵ *Christine Goodwin-İngiltere Davası*, 11.07.2002 tarihli karar, Üzeltürk, s.171.

⁷⁶ *McFeeley-İngiltere Davası*, 15.05.1980 tarihli karar Üzeltürk, s.171.

⁷⁷ *Dudgeon-İngiltere Davası*, 22.10.1981 tarihli karar. *Norris/-İrlanda Davası*, 26.10.1988 tarihli karar. *Modinos-Kıbrıs Davası*, 22.04.1993 tarihli karar. *ADT-İngiltere Davası*, 03.07.2000 tarihli karar, Gözübüyük-Gölcüklü, s.335.

yerlerin, evrakların aranması ve zaptı işlemlerini⁷⁸ ve nihayet telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı ile posta gönderilerinin açılması ve okunmasını⁷⁹ özel hayat kapsamı içinde değerlendirmektedir.

2.1.3- İletişimin Denetlenmesi ve Özel Hayatın Korunması

Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir. Bireyin izlenmesi ve evinin, işyerinin veya telefonlarının dinlenmesi özel hayata müdahale edilen alanlardır. Bu müdahaleler görüntülü, görünür, açık veya gizli olabilir⁸⁰. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi şeklindeki müdahalelerde ‘ev’ ve ‘haberleşme’ kavramları öne çıkmaktadır⁸¹. Oysa *Halford-Birleşik Krallık*⁸² ve *Kopp-İsviçre*⁸³ davalarında, amacı iş ya da özel olsun, bütün telefon görüşmelerinin ve iş telefonlarının bu hakkın kapsamına girdiği belirtilmiştir. Ayrıca bu hüküm, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun geçerlidir. Örneğin *A-Fransa*⁸⁴ davasında Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir.

Burada sorun istenmeyen müdahalelere engel olunacak olan özel veya bireysel alanın nasıl belirleneceğidir. Yukarda açıkladığımız üzere özel hayat, kişinin kendi seçtiği, kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alandan ibaret değildir ve özel hayat hakkı, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içermektedir. Özel hayat bu şekilde anlaşılınca, denetlemeye alınan iletişim özel olma niteliğini yitireceğinden dolayı tüm gizli soruşturma tedbirlerinin özel hayat hakkına müdahale oluşturduğu kabul

⁷⁸ Chappel-İngiltere Davası, 30.03.1989 tarihli karar. Funke/Cremieux, /Miaülhe-Fransa Davası, 25.02.1993 tarihli karar Gözübüyük-Gölcüklü, s.335.

⁷⁹ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1987 tarihli karar. Malone-İngiltere Davası, 02.08.1984. tarihli karar. Gözübüyük/Gölcüklü. s.335.

⁸⁰ Üzeltürk, s.171.

⁸¹ Üzeltürk, s.171.

⁸² *Halford-Birleşik Krallık*, 25 Haziran 1997 tarihli karar. Kilkelly, s.11.

⁸³ Kopp-İsviçre Davası, 25 Mart 1998 tarihli Karar, ‘Mahkemenin görüşüne göre, örneğin bir avukatlık bürosu gibi işyerlerinden veya işyerlerine yapılan telefon görüşmelerinin 8. madde 1. fıkradaki anlamda ‘özel hayat’ ve ‘haberleşme’ kavramlarının kapsamına girebileceği, içtihadta açık bir biçimde görülmektedir’ Dutertre, s.301.

⁸⁴ *A-Fransa* davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar. Kilkelly, s.11

edilmelidir. Buradaki müdahale özel hayata ağır nitelikte bir müdahaledir ve bu nedenle Divan, telefon dinlemeye ilişkin devlet yetkisini polis devleti için tipik olarak nitelemiştir⁸⁵.

Mahkeme, kamuoyunun gözü önünde bulunan kişilerin de, başka kişiler gibi Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından aynı ölçüde yararlanacağını belirtmiştir⁸⁶. *Craxi 2-İtalya davasında* yolsuzluk ve sözleşme yapma özgürlüğünün ihlali nedeniyle hakkında kamu davası açılan İtalya'nın eski başbakanı olan Craxi'nin karar için önem taşımayan özel nitelikteki konuşmalarının yayımlanması yönünde bir yasak getirilmemesinin, gizli dinlemeye alınan telefon konuşmalarının bir bölümünün duruşmada okunmasının ve basına verilmesinin Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.

Konuyu toparlamak amacıyla tekrar edersek; yapılan telefon konuşmalarının içeriği ne olursa olsun bireyin telefonlarının dinlenmesi, başka bir deyişle özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması, özel hayata müdahale anlamına gelmektedir.

2.2- 8.Madde 1. Fıkra ve Aile Hayatının Korunması

2.2.1-Aile Hayatının Anlamı

Aile hayatı kavramında hızlı bir evrim yaşanmıştır ve bu kavram, sosyal ve yasal değişiklikleri göz önünde bulunduracak biçimde gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir⁸⁷. Mahkeme kural olarak, her bir davadaki bilgilere dayanarak ve ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığını gözetilerek aile hayatının varlığı konusunda karar verir⁸⁸. Mahkeme'nin her bir davayı ayrı değerlendiren yaklaşımı aile hayatını oluşturan ve oluşturmayan ilişkileri saymanın her zaman mümkün olmadığı anlamına

⁸⁵ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 42.

⁸⁶ Craxi 2-İtalya davası, 17.07.2003 tarihli karar, Durmuş Tezcan, M.Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s.239.

⁸⁷ Kilkelly, s.14-15.

⁸⁸ K. Ve T.- Finlandiya Davası, 12.07.2001 tarihli Karar, Dutertre, s.311.

gelse bile, giderek daha çok sayıda ilişki 8. Madde'nin otomatik koruması kapsamına girmektedir⁸⁹.

Hemen belirtmeliyiz ki bireyin aile hayatına saygı hakkını konu alan hükmün koruduğu 'aile' kavramı otonom bir kavramdır⁹⁰. Hükümde kullanılan ifadeye göre aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir.⁹¹

Sözleşmenin 8/1 maddesinde özel yaşamdan bahsedildikten sonra bir de aile hayatının ve konutun korunmasından bahsedilmesini amacı nedir? Zira özel yaşamına müdahale edilmesine katlanmak zorunda olan kişinin aile yaşamına ve konutuna müdahaleye de katlanabileceği düşünülebilir. AİHS özel yaşam dışında aile yaşamını ve konutu özel olarak korumaktadır. Benzer bir 'özel' koruma 1982 Anayasası'nda da yer almaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinde 'Özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliğine dokunulamaz' hükmüne yer verilmiş, 41. madde de ailenin 'toplumun temeli' olduğu ve devletin onun 'huzur ve refahının korunması için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Her iki hüküm bir arada ele alındığında anayasanın aileyi yalnızca bir kurum olarak garanti etmediği; bundan başka ailenin devlet müdahalelerine karşı bir savunma hakkı oluşturduğu, ailenin, üyesi olan kişilere özel bir koruma sağladığı görülmektedir⁹².

2.2.2-İletişimin Denetlenmesi ve Aile Hayatının Korunması

Yukarda açıkladığımız gibi; aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir.⁹³ Gizli soruşturma tedbirleri, genel olarak kişinin üçüncü kişilerle ve özellikle de onun yakınlarıyla olan iletişimine yöneliktir ve bunlar arasında her şeyden önce aile üyeleri gelmektedir. Aile üyeleri arasındaki iletişimin güvenliği özel olarak garanti altına alınmıştır. Aile içerisindeki bu garanti kişisel ilişkilerin kendisine özgü niteliği, yoğunluğu ve sürekliliğinden ileri gelmektedir. Ailede üyeler

⁸⁹ Kilkelly, s.15.

⁹⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, s.336.

⁹¹ Kilkelly, s.14-15.

⁹² Erdem (2001), 144.

⁹³ Kilkelly,s.14-15.

kendisini ifade etme konusunda geniş bir serbest alandan istifade ederler ve iletişimin taraflarını, kişisel ilişkilerin kendine özgü niteliği gereği birbirine güven besleyen aile üyeleri oluşturmaktadır⁹⁴.

Aile sınırsız bir iletişime olanak sağladığı için bir arada yaşayan ya da yaşamayan erkek veya kız kardeşlerle, büyükanne ya da büyükbabaların oluşturduğu⁹⁵, uzun süredir birlikte yaşayan⁹⁶ ya da uzun süredir birlikte yaşamasalar⁹⁷ da bireyler arasındaki kan bağı, manevi ve duygusal, ekonomik veya benzeri bağlarla⁹⁸, meşru⁹⁹ ya da gayrimeşru¹⁰⁰ olarak veya fiilen meydana gelmiş¹⁰¹ aile bireylerinin kendi aralarındaki veya aile bireylerinin üçüncü kişilerle olan iletişimleri de 8. maddenin koruması altındadır. Çünkü kişinin özel hayatı, bireysel özel hayatının yanında ayrı bir kavram olan, ancak bireysel özel hayat ile bir bütün teşkil eden aile hayatından oluşmaktadır ve iletişimin denetlenmesi suretiyle özel hayatın ihlal edilmesi gibi aileyi oluşturan bireylerin ve bireyler arasındaki ilişkilerin de masuniyeti ihlal edilmektedir.

2.3- 8.Madde 1. Fıkra ve Konutun Korunması

2.3.1- Konutun Anlamı

Genel olarak konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir ve bu nedenle 8. madde 1. fıkradaki anlama göre yaşanan bütün yerler konut olabilir. 8. madde ilk olarak bir bireyin konutuna, devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlamaktadır¹⁰². Örneğin köylerin güvenlik güçlerince yakıldığı iddiasının bulunduğu *Akdıvar ve Ötekiler- Türkiye*¹⁰³, *Selçuk ve Asker-*

⁹⁴ Erdem (2001), s.144.

⁹⁵ Marckx-Belçika Davası, 13.06.1979 Tarihli Karar Dutertre, s.315.

⁹⁶ Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası, 28.05.1985 tarihli karar, Dutertre, s.312.

⁹⁷ Berrehab-Hollanda Davası, 21.06.1998 tarihli karar Dutertre, s.312.

⁹⁸ Gözübüyük-Gölcüklü, s.337

⁹⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, s.336

¹⁰⁰ Marckx-Belçika Davası, 13.06.1979 Tarihli Karar, Dutertre, s.311

¹⁰¹ Elsholz-Almanya Davası, 13.07.2000 tarihli karar Dutertre, s.315

¹⁰² Kilkelly, s.64.

¹⁰³ *Akdıvar ve Ötekiler- Türkiye* davası, 01.04.1998 tarihli karar. [<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select2.php>]

*Türkiye*¹⁰⁴, *Gündem-Türkiye*¹⁰⁵, *Bilgin-Türkiye*¹⁰⁶ Davalarında mahkeme evlerin, eşyaların ve malların tahribini, sahiplerinin köylerine ve evlerine dönmelerinin engellenmesini mülkiyet hakkının çiğnenmesi yanında aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali olarak kabul etmiştir¹⁰⁷. AİHM, *Menteş ve Diğerleri-Türkiye Davası* kararında¹⁰⁸ başvuru konutunda düzenli olarak kaldığı sürece, söz konusu yerin konutu olarak görülmesi için, başvuru konutunun konutun sahibi olması gerekmediğini veya konuttaki varlığının daimi olması gerekmediğini açıklığa kavuşturmuştur. AİHM, kanunlara uygun olarak oluşturulmamış olsa bile¹⁰⁹ veya sahip olunan evde hiç yaşanmamış olursa¹¹⁰ bile söz konusu yerin 8. madde kapsamında konut sayılabileceğine karar vermiştir. Mahkeme ‘konut’ kavramını işyeri ile konut arasında kesin ayrımlar yapmanın her zaman mümkün olmayabileceği¹¹¹ gerekçesiyle bazı işyerlerini de kapsayacak¹¹² biçimde genişletmiştir¹¹³. Öte yandan AİHM konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamının da dahil olduğunu 8. maddenin özel hayat ve konutun ses veya rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı da koruma sağlayacağını belirtmiştir¹¹⁴. Mahkeme

¹⁰⁴ Selçuk ve Asker-Türkiye davası, 24.04.1998 tarihli karar, [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/selcukveasker.doc>]

¹⁰⁵ Gündem-Türkiye davası, 25.05.1998 tarihli karar, [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/gundem.htm>]

¹⁰⁶ *Bilgin-Türkiye* davası, 16.11.2000 tarihli karar, [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/bilgin.doc>]

¹⁰⁷ Gözübüyük-Gölcüklü, s.340

¹⁰⁸ *Menteş ve diğerleri-Türkiye* davası, 28.11.1997 tarihli karar. [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/58_1996_677_867.pdf]

¹⁰⁹ Buckley-Birleşik Krallık Davası, 25.09.1996 tarihli karar, Dutertre, s.331

¹¹⁰ *Gillow-Birleşik Krallık* davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar, Kilkelly, s.19

¹¹¹ Kilkelly, s.19.

¹¹² Niemietz-Almanya, 16.12.1992 tarihli karar.

¹¹³ *Gillow-Birleşik Krallık* davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar ‘Daha genel olarak ‘özel hayat’ ve ‘konut’ kelimelerinin bazı mesleki veya işle ilgili faaliyetleri ve mekanları içerecek biçimde yorumlamak, 8. maddenin ana hedefi ve amacı olan kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumakla uyumludur. Böyle bir yorum, sözleşmeci devletleri gereksiz biçimde kısıtlamaz, çünkü 8. madde 2. fıkranın izin verdiği derecede ‘müdahale etme haklarını korumuş olurlar; bu hak, mesleki veya işle ilgili faaliyetlerin ve mekanların da dahil olması durumunda, olmamasına kıyasla daha kapsamlı olabilir’ Dutertre, s.330

¹¹⁴ Ciliz-Hollanda davası, 11 Temmuz 2000 tarihli karar, Kilkelly, s.64.

*Selçuk ve Asker Türkiye davasında*¹¹⁵ da konutun korunması kavramına konutta huzur içinde yaşama hakkının da dahil olduğuna dikkat çekmiştir.

2.3.2-İletişimin Denetlenmesi ve Konutun Korunması

Konut dokunulmazlığı, özel hayat hakkına, haberleşme hürriyetine ve şahsiyet haklarına ilişkin düzenlemelere sıkı sıkıya bağlıdır¹¹⁶. Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerdir¹¹⁷ ve konut dokunulmazlığı özel yaşama, mekan itibariyle biçimselleştirilmiş bir koruma getirmektedir. Konut, geleneksel anlamda bireyin geri çekilme alanı olarak ele alındığı için devletin bu alana müdahaleleri önemli sorunlar doğurmaktadır¹¹⁸. Devlet adına fonksiyon icra eden kişilerin bu fonksiyonları çerçevesinde hak sahibinin muvafakati olmaksızın konuta girdiği her durumda konut dokunulmazlığına müdahale söz konusudur.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile konutun koruma alanına müdahale yapılmakta mıdır? Konuta yönelik klasik müdahaleler, konuta girilmesi, konutun aranması veya burada kalınmasıdır. Ancak konuta girilmeksizin de ‘duvar dışından’ konuta müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Burada göz önünde bulundurulması gereken konutun özel yaşama getirdiği biçimsel koruma alanına, hak sahibinin rızası olmadan müdahale edilip edilmediği, müdahalenin konutun ‘özel olma’ niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Konut içinde olup bitenlerden bilgi sahibi olmaya yönelik faaliyetlerin müdahale oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.

Konut dokunulmazlığının anayasal bir hak ve hürriyet olarak düzenlenmesinde ve ihlallerinin bir suç olarak kabul edilmesinde kişinin korunan hakkı mülkiyet hakkı olmayıp o kişinin özel hayatı, haberleşme hürriyeti ve kendi bireysel dünyasında dilediği gibi hareket edebilme hürriyetidir¹¹⁹. Amerikan Yüksek

¹¹⁵ *Selçuk ve Asker Türkiye davası*, 20 Nisan 1998 Tarihli Karar, Dutertre, s.332.

¹¹⁶ Şen, Ersan; *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996 s.126

¹¹⁷ Gözübüyük-Gölcüklü, s.340

¹¹⁸ Erdem (2001), s.130

¹¹⁹ Şen (1996), s.128. Nitekim 5237 Sayılı TCK’nun 116. maddesinde ve 765 Sayılı (eski) TCK’nun 193. maddesinde düzenlenen ‘konut dokunulmazlığını bozma’ suçu, ‘hürriyete karşı suçlar’ bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla konut dokunulmazlığını bozma suçunun hürriyet aleyhine işlenen cürümlerden olduğu yasa koyucu tarafından da kabul edilmiştir. Doktrinin bu konudaki

Mahkemesi de bir kararında¹²⁰ nesnel varlığı bulunan konutun dışında, nesnel varlığı bulunmayan konut içindeki konuşmalara ve faaliyetlere konuta fiilen girilmeksizin dışarıdan elektronik veya mekanik vasıtalarla yapılan müdahaleleri konut dokunulmazlığını ve özel hayat hakkını ihlal eden fiil olarak değerlendirmiştir.

AİHM de polis tarafından konuta yerleştirilen gizli dinleme cihazı ile konut içinde yapılan konuşmaların dinlemeye alınmasının AİHS 8. maddeye müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir¹²¹. Mahkeme, *Klass ve Diğerleri Davası*'nda Almanya'da 1968 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile posta ve telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin ilgilinin haberi olmadan denetlenebilmesine ilişkin yasanın sözleşmeye aykırı olduğu yönündeki başvuru üzerine yapılan yargılama sonucunda verdiği kararda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişinin konuta saygı hakkına bir müdahale oluşturabileceğini belirtmiştir¹²².

Demokratik bir hukuk devletinde yaşayan insanların “Acaba şu an izleniyor ya da dinleniyor muyum?” korkusu altında yaşamalarının kabul edilemeyeceği açıktır. Aynı şekilde iletişimi denetlenen bir kişinin özel ve aile hayatına olduğu kadar konutlarını ve mallarını (telekomünikasyon araçlarını) huzur içinde kullanma haklarına ciddi ve haksız bir müdahale olduğu hiç kuşku götürmemektedir. Sonuç olarak konuta, onun özel olma niteliğini ortadan kaldırmaya yönelik her tür işlem ister maddi olarak konuta girme şeklinde olsun isterse dışardan teknolojik araçlarla gözetlemeye almak suretiyle yapılsın konutun koruma alanına müdahale oluşturmaktadır.

görüşleri için bkz. Kaymaz, Seydi/ Gökcan, H.Tahsin; Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Adil Yayınevi, Ankara, 2002, s.112 vd. Artuk, Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A.Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.223 vd.

¹²⁰ *Silverman-United States Davası*, 1961 tarihli karar, Şen (1996), s.132.

¹²¹ *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12 Mayıs 2000 tarihli karar. Erdem; 2001, s.130.

¹²² *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978 tarihli karar.para. 41 '*Mahkeme, itiraz konusu yasayla imkan verilen önlemlerin, kişinin konuta saygı hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturabileceğini gözden uzak tutmamıştır*' Doğru, AİHMİ s,246.

2.4- 8.Madde 1. Fıkra ve Haberleşmenin Korunması

2.4.1- Haberleşmenin Korunmasının Anlamı

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır¹²³. Bireysel haberleşme aynı maddede yer alan ve çok daha geniş bir alanı kaplayan ‘özel hayatın’ özel bir yönünü oluşturur¹²⁴.

AİHM, Sözleşme metnindeki haberleşme kavramı açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içerdiği halde bu kavrama telefonla iletişim ve teleksi de katmıştır¹²⁵. AİHM, bazı kararlarında¹²⁶ Sözleşmenin resmi Fransızca ve İngilizce metnindeki ‘correspondance’, ‘correspondence’ kelimesinin sadece sözlük anlamındaki yazışmayı değil aynı zamanda her çeşit yol ve araç aracılığıyla kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi ifade ettiğini belirtmiştir¹²⁷. Böylece haberleşme açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içermekle beraber Mahkeme, bu kavrama telefonla iletişim¹²⁸ ve teleksi¹²⁹ de katmıştır¹³⁰.

Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa’nın 22. maddesinde de ifadesini bulan haberleşme hürriyeti terimi esasen özel haberleşmenin gizliliği ve posta

¹²³ Kilkelly, s.19.

¹²⁴ Gözübüyük-Gölcüklü, s.341.

¹²⁵ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 41 ‘Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında telefon görüşmelerinden açıkça söz edilmediği halde Mahkeme, Komisyon’un da kabul ettiği gibi, bu fıkradaki ‘özel yaşam’ ve ‘haberleşme’ kavramlarının bu tür konuşmaları da kapsadığını kabul etmektedir’ Doğru, AİHMİ s,246 .

¹²⁶ Klass ve diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar ‘Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında telefon görüşmelerinden açıkça söz edilmediği halde Mahkeme, Komisyon’un da kabul ettiği gibi, bu fıkradaki ‘özel yaşam’ ve ‘haberleşme’ kavramlarının bu tür konuşmaları da kapsadığını kabul etmektedir.’ Osman Doğru, AİHMİ s,246 ; Malone-Birleşik Krallık davası, 02.08.1984 tarihli karar ‘Başvurucunun bir telefon konuşmasının, polislin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen yazıya dayanılarak izlenmiş olduğu konusunda herkes hemfikirdir. Telefon konuşmaları, Sözleşme’nin 8. maddesindeki “özel yaşam” ve “haberleşme” kavramlarının kapsamına girdiğinden, kabul edilen izleme işlemi, Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında başvurusunun güvence altına alınmış bir hakkını kullanmasına “bir kamu makamı tarafından” müdahale oluşturmuştur’ Doğru, AİHMİ s,764.

¹²⁷ Gözübüyük-Gölcüklü, s.341.

¹²⁸ Klass-Almanya davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

¹²⁹ Campbell -Birleşik Krallık davası, 27 Haziran 1994 tarihli karar, Dutertre, s.335.

¹³⁰ Kilkelly, s.20.

dokunulmazlığını ifade eden bir kavram olup¹³¹; gazete, televizyon, radyo gibi araçlarla yapılan ve 10. maddede yer alan kitle haberleşmesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır¹³².

2.4.2-İletişimin Denetlenmesi ve Haberleşmenin Korunması

Konutun kelime anlamı genişletildiği gibi, bu kavramın yorumu da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde genişletilmektedir. Haberleşmenin korunması ile kişisel iletişimin güvenliğinin sağlanması söz konusu olduğu için iletişimle ilgili her konu, eşyanın doğası gereği bu madde içine girmektedir. 5271 sayılı CMK ve 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlar ile getirilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde AİHM kararlarına uyumlu olarak telekomünikasyon araçlarının isimleri tahdidi olarak sayılmamış, teknolojik gelişmelere göre ayak uydurabilecek açık uçlu bir kavram olan telekomünikasyon kavramından yararlanılmıştır.

AİHS 8. madde ve Anayasa'nın 22. maddesinde koruma altına alınan haberleşme özgürlüğü, özel yaşam garantisini mekan itibariyle genişletmektedir¹³³. Ancak Mahkeme, *Klass ve Diğerleri Kararı*'nda bu alanın tamamen dokunulmaz olmadığına karar vermiştir. Sözleşme ve Anayasa'da yer alan düzenlemeden iletişim olanaklarından yararlanmadan önce ilgilinin müdahaleden haberdar edilmesi gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Demek oluyor ki, gizli yollarla bu alana yapılacak müdahaleler haberleşme özgürlüğü hakkının özüne ve insan onuru garantisine yönelik bir ihlal oluşturmamaktadır¹³⁴. Bu sonuca varmada belirleyici ölçüt, iletişimin taraflarının teknik bir araçtan yararlanmak suretiyle üçüncü kişiler tarafından bilgi elde edilmesini bizzat yaratmalarıdır¹³⁵. Yüzyüze yapılan

¹³¹ Sözüer, Adem; Türkiye'de Ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Telefaks Faks Ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi İÜHFİM, Yıl 1997, S. 3 C. LV. s.70.

¹³² Gözübüyük-Gölcüklü, s.341.

¹³³ Erdem (2001), s.126.

¹³⁴ Erdem (2001), s.127.

¹³⁵ Mahkeme yakın tarihte verdiği *Lüdi Kararı*'nda güvenilir kişi kullanılmasını sözleşmenin 8. maddesine müdahale olarak değerlendirmekle beraber başvuran kişinin suç işlediğini bildiği ve

konuşmaların aksine teknik araçlar vasıtasıyla yapılan konuşma, önemli ölçüde kişilere daha uzak bir iletişim biçimidir ve birey aslında egemen olmadığı bir araca güvenmektedir ve bunun sonuçlarına katlanmaktadırlar¹³⁶.

8. maddenin sağladığı koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir. Bu yüzden devlet örneğin suç teşkil eden faaliyetler ile ilgili telefon görüşmelerinin 8/1. fıkra kapsamına girmediğini iddia edemez¹³⁷. İletişimin denetlenmesi ile ilgili sorunlara, en sık telefon dinleme vakalarında rastlanmaktadır. Telefon dinlemeye imkan veren bir kanunun varlığı bile, bu imkanı kullanan kişilerin kontrolü için bir hüküm içermediğinde, 8. maddenin ihlali anlamına gelebilmektedir¹³⁸. Mahkeme *Halford-Birleşik Krallık*¹³⁹ Davası'nda, iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Mahkeme telefon konuşmalarının dinlenmesi ya da mektupların zaptı veya açılması gibi gerçekleşmiş bir haberleşmeye müdahale yanında, cezaevinde bulunan kişilerin dışarıdakilerle haberleşmesinde olduğu gibi potansiyel haberleşme olanağının engellenmesini de 8. madde hükmünün kapsamında kabul etmiştir¹⁴⁰.

Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliği, 8. maddenin şart koştuğu şeylerin belirlenmesinde rol oynar. Örneğin Mahkeme, avukatlar ve müvekkileri, özellikle de göz altındaki kişiler arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir¹⁴¹.

güvenilir kişiyle ilişkiye girme rizikosunu bizzat yarattığı gerekçesiyle bunu hukuka uygun görmüştür. Erdem (2001), s.148.

¹³⁶ Erdem/ Özbek, s.260.

¹³⁷ A-Fransa Davası, 23 Aralık 1993 tarihli karar. Özbey, Özcan; Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'ne Başvuru Yöntemleri, Ankara, 2005, s.292.

¹³⁸ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar. 'Mahkeme bu görüşe katılmaktadır. Bayan Halford'un bürosunda yaptı telefon görüşmelerinin polis aleyhine açılan cinsiyete dayalı ayrımcılık davasında savunmada yardımcı olması için Merseyside polisi tarafından dinlendiği yönünde makul bir olasılık olduğuna ilişkin deliller vardır. Bu dinleme 8. madde 2. fıkradaki anlamda Bayan Halford'un özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına' bir kamu otoritesinin müdahalesi' anlamına gelmektedir.' Dutertre, s.301.

¹³⁹ Halford-Birleşik Krallık Davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar. Kilkelly, s.20.

¹⁴⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, s.342.

¹⁴¹ Campbell -Birleşik Krallık Davası, 27 Haziran 1994 tarihli karar, Dutertre, s.335.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda AİHM birçok karar vermiştir. Bu kararlardan en önemlisi, Mahkeme'nin sonraki kararlarına da ışık tutmuş olan, iletişimin denetlenmesine ve bu arada telefon dinlemeye ilişkin bazı ilke kararları saptadığı 1978 tarihli *Klass ve Diğerleri*¹⁴² Davası'nda verdiği kardır. Almanya'da 1968 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile posta ve telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin ilgilinin haberi olmadan denetlenebilmesi imkanı getirilmişti. Yapılan düzenleme ile iletişimin denetimine karşı yargı yolu kapatılmış, bunun yerine Federal Meclisçe seçilen ve beş parlamenterden oluşan bir komite ve bu komite tarafından atanan üç kişilik komisyon tarafından yapılan ikili bir özel denetim mekanizması getirilmişti. Başvurucular söz konusu yasal düzenlemelerin özellikle sözleşmenin özel hayatın korunması ve haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 8. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşler, komisyon yaptığı inceleme sonucunda davanın divanın önüne götürülmesine karar vermiştir. Divan, kararında uyuşmazlığa konu yasal düzenlemenin 8. maddeye aykırı olmadığı sonucuna varmış bununla beraber bu konuda yapılacak yasal düzenlemelere ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır¹⁴³. Buna göre: a) Söz konusu yasal düzenleme özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına müdahale niteliği taşımaktadır¹⁴⁴. Burada asıl sorun müdahalenin haklı olup olmadığıdır. Bu noktada uygulanacak kriter ise gizli denetlemenin ancak demokratik kurumların korunması amacı ile zorunlu olmasıdır. Yani yasalarla ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak getirilen sınırlamalar ancak bu amaca ulaşmak için benimsenen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına bağlı olarak hukuka uygunluk kazanır¹⁴⁵. b) Demokratik bir toplumda

¹⁴² Klass ve diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. Doğru, AİHMİ s.246 vd.

¹⁴³ Coşkun, Enis; Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara, 2000, s.147

¹⁴⁴ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. para. 41 '*Açıktır ki, gizli önlem alma yetkilerinden biri belirli bir kişiye bir kez uygulandığında, bireyin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı hakkını kullanmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale meydana getirecektir. Ayrıca, yasanın sadece kendi başına varlığı, yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına sokmaktadır. Bu tehdit, posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullananların haberleşme özgürlüklerini doğallıkla etkiler; bu suretle başvurucuların özel ve aile yaşamı ve haberleşme haklarını kullanmalarına 'kamu makamlarının müdahalesi'ni oluşturur...*' Doğru, AİHMİ s.246 vd

¹⁴⁵ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. para. 42 '*Bu davada Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ortaya çıkan başlıca sorun, tespit edilen müdahalenin ikinci fıkraya göre haklı olup olmadığıdır. Bu fikra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar*

istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur¹⁴⁶. c) Devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvence getirmelidir¹⁴⁷.

Görülüyor ki, bu tedbirlere başvurabilmek için yasa koyucu gerekli koşulları ayrıntılı olarak düzenlemeli ve kötüye kullanmalara karşı etkili tedbirler almalıdır. Zira AİHM, söz konusu tedbirlerin demokrasiyi korumak yerine onun altını oymak veya onu ortadan kaldırmak amacıyla da kullanılabileceğini belirtmiştir¹⁴⁸.

3- 8. Madde 2. Fıkra – İstisna Hükümü

3.1- Genel Olarak

Hukuk öğretisinde hakların temellendirilmesinde bazı sınıflandırılmaları gidilmiştir. Bu sınıflandırmadan biri de hakların sınırlandırılmalarına göre

yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir. Doğru, AİHMİ s.246 vd

¹⁴⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para 44 'Hükümete ve Komisyon'a göre, itiraz konusu yasayla imkan tanınan "müdahale", "ulusal güvenlik" bakımından ve/veya "suçun ve düzensizliğin önlenmesi" için "demokratik bir toplumda gerekli"dir. Hükümet buna ek olarak Mahkeme önünde, müdahalenin "kamu güvenliği" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" için de haklı olduğunu ileri sürmüştür.* Doğru, AİHMİ s.246 vd

¹⁴⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para. 48 'Mahkeme, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.'* Doğru, AİHMİ s.246 vd

¹⁴⁸ Tezcan-Erdem-Sancakdar, s.238

Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para. 49 'Ancak Mahkeme bu durumun, Sözleşmeciler bir Devletin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Demokrasiyi koruyayım derken onun zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmeciler bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını kabul etmektedir'. Para. 50 'Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğu ikna olmalıdır. Bu değerlendirmenin sadece görece bir niteliği vardır. Değerlendirme, muhtemel önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu önlemleri emretmek için gerekli sebeplere; bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır.' Doğru, AİHMİ s,246 vd

sınıflandırılmasıdır¹⁴⁹. Sınırlama kavramı, sözlük anlamında bir kısıtlama, bir daraltma durumunu anlatmaktadır. Sınırlama kavramı teknik-hukuki bakımdan, bir temel hak normunun güvence altına aldığı yaşam kesitini (norm alanını) daraltma sonucunu doğuran düzenlemeleri ifade etmektedir. Sınırlama; belli bir hakkın anayasaca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan ‘norm alanına’ yasa yoluyla, belirli ilkelere uygun olarak dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir karışmadır¹⁵⁰. Bir sınırlamanın söz konusu olup olmadığını saptayabilmek için, yapılan düzenlemenin içeriğine bakmak gerekir. Eğer yapılan düzenleme, bir temel hak normunun güvence altına aldığı yaşam kesitini daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlamadır; ancak buna karşılık temel hakkı güçlendirici, onun daha etkin kullanılmasını sağlayıcı düzenlemeler sınırlama değildir¹⁵¹.

Mutlak niteliğe sahip yani kendilerine istisna veya sınırlama getirilemeyen işkence yasağı, kölelik yasağı, yaşama hakkı gibi birkaç hak ve özgürlük¹⁵² hariç Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler sınırlıdır; istisna hallerine tabidir¹⁵³. En basit ifadeyle hakların sınırlandırılması onların kullanılması ya da onlardan yararlanılması alanının daraltılması anlamına gelmektedir¹⁵⁴.

Komisyon ve Mahkeme maddede sözkonusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman üç aşamalı bir inceleme yapmaktadırlar. Birinci aşama 8. maddenin uygulanabilirliği ile ilgilidir ve Mahkeme şikayete konu olay ve işlemin gerçekten de 8. maddenin 1. fıkrasında teminat altına alınan haklardan birine dahil bulunup bulunmadığına karar verir. Mahkeme bu ilk aşamada bir bireyin müdahale edildiği iddiasında bulunduğu bir hakkın 8. madde 1. fıkradaki teminatlar kapsamına girmediğine karar verirse 8. madde uygulanmaz ve şikayet sona ermiş olur. Ancak Mahkeme 8. maddenin uygulanabilir olduğuna karar

¹⁴⁹ Gemalmaz, Mehmet Sami; İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul, 1997, s.325

¹⁵⁰ Şenoğlu, Fuat; Türk Mevzuatında İnsan Hakları İle İlgili Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Normu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, Malatya, 2005, s.23.

¹⁵¹ Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özünü, AÜSBF yayını, 1982, s.22-23

¹⁵² AİHS md.15/2, 3, 4/1, Pro.7, md. 4, 6/2, Pro. 4 md.1,3,4 .

¹⁵³ Gözübüyük-Gölcüklü, s.342.

¹⁵⁴ Gemalmaz, s.325.

verirse değerlendirmenin ikinci aşamasına geçilir. İkinci aşamada yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğine karar verilir ve bu soruya da olumlu yanıt verildiği taktirde üçüncü aşamaya geçilir. Üçüncü aşamada meydana gelen müdahalenin 2. fıkra önünde meşruluk kazanmadığı irdelenir. Müdahalenin meşruluğu incelemesinde alınan kısıtlayıcı önlemin yasayla öngörölüp öngörölmediği yani kanuniliği, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı ve son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği arařtırılmaktadır¹⁵⁵.

Biz de öncelikle Mahkeme kararlarından hareketle sözleşmede sayılan haklara müdahalenin hangi hallerde 2. fıkra önünde meşruluk kazandığını irdeleyip daha sonraki bölümlerde konumuz olan telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin Türkiye'deki cari mevzuatın sözleşmeye uygunluğunu tartışacağız.

3.2- 'Yasayla Öngörölmüş' Müdahale

Bir müdahalenin haklı olması için öncelikle 'yasayla öngörölmüş' olması gerekir. 8. maddeden kaynaklanan haklara müdahale eden bir önlem kanunlara uygunluk şartına uymuyorsa 8. maddeyi ihlal eder ve dava sona erer. 'Yasayla öngörölme' veya 'yasaya uygun olma' koşulunun mahkeme içtihatlarındaki anlamı, hak ve özgürlüğe müdahale oluşturan işlem veya eylemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunmasıdır¹⁵⁶. şikayete konu müdahalenin kanunlara uygun olması için yasal bir dayanağı olmalıdır ve söz konusu kanun, yeterince kesin olmalı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul düzeyde tahmin¹⁵⁷ etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmeli ve son olarak kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem içermelidir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ 8. Maddeye uygulanan testler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız; Gözübüyük-Gölcüklü, s.331; Kilkelly, s.20-31.

¹⁵⁶ Gözübüyük-Gölcüklü, s.342.

¹⁵⁷ Aydın, Murat; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesine Göre Kişinin Özel Hayatına, Aile Hayatına, Konutuna Ve Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı, s. 11. [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] erişim tarihi:25.08.2006.

¹⁵⁸ Andersson-İsveç Davası, 25.02.1992 tarihli karar.

Mahkeme *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası* 'nda¹⁵⁹ müdahalenin yasal dayanağı ifadesinin anlamını açıklamıştır. Mahkemeye göre yasayla öngörülmüş olma ifadesinden iki sonuç çıkmaktadır: İlki yasa yeterince erişilebilir olmalı, yani ilgililer bir normun mevcudiyetinden haberdar olmalı ve ikinci olarak konulan yasa normunun vatandaşların davranışlarını düzenlemeye yetecek kadar kesin bir biçimde ifade edilmiş olmalı. Yani normun ne demek istediğinin tereddüde düşmeden anlaşılabilmesi¹⁶⁰ gerekir. Mahkeme bu kararına karşılık *Silver ve Diğerleri Davası* 'nda¹⁶¹ kesinlik şartının sınırlı olabileceğini de kabul etmiştir.

Yasalarda özel olarak düzenlenmemiş idari uygulamalar veya bağlayıcı olmayan düzenleyici kurallarla alınan önlemler maddede öngörülen kanunilik koşulunu sağlamamaktadır. *Malone-Birleşik Krallık Davası* 'nda¹⁶² telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığı değerlendirmiş ve mahkeme telefonların dinlenmesinin idari uygulamalarla ve yasalarla verilmiş yetki olmadan düzenlenmesini, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirterek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme daha yakın zamanda¹⁶³, gizli dinleme cihazlarının kullanımının yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İçişleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlenmesini yürütmenin takdir yetkisi alanının belirsiz olduğu, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü gereği kişinin asgari hukuki korumadan faydalanmadığı ve müdahalelerin kanun ile açıkça öngörülme

¹⁵⁹ *Sunday Times- Birleşik Krallık davası*, 26.04.1979 tarihli karar '*Mahkeme, "hukukun öngördüğü" ifadesindeki "hukuk" (law) sözcüğünün sadece "yasa"yı (statute) değil, ama yazılı olamayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır*' Doğru, AİHMİ s,295

¹⁶⁰ *Leander-İsveç davası*, 26 Mart 1987 tarihli karar '*kanunlar, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açıkça ifade edilmelidir*'. Kilkelly, s.27.

¹⁶¹ *Silver ve Diğerleri- Birleşik Krallık davası*, 25.03.1983 tarihli karar '*Takdir hakkı tanyan bir yasa, söz konusu takdir payının kapsamını belirtmelidir. Ancak mahkeme, yasaların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkansızlığını ve kesinliğe ulaşma çabasının aşırı katılık getirebileceği riskini Kabul etmiştir.*' Doğru, AİHMİ s,571.

¹⁶² *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984 tarihli karar. Doğru, AİHMİ s,768-769.

¹⁶³ *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12 Mayıs 2000 tarihli karar. Kilkelly, s.26.

şartına uygun olmadığı gerekçesiyle Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. madde anlamında kanunlara uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Aynı kararda telefon konuşma kayıtlarının denetimi ile ilgili olarak kamu otoritelerinin takdir yetkilerini kullanmasında, esas ve usulleri belirleyen bir hukuk kuralının bulunmaması halinde yapılan idari müdahalelerin de Sözleşmenin 8/2. maddesine aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir.

Özetlemek gerekirse müdahaleyi öngören yasal dayanağın soyut olarak varolması -yasanın müdahale oluşturan kısıtlamaların suistimal ve keyfilikliğini önleyecek uygun ve yeterli güvenceler içermediği müddetçe- yasallık koşulu için yetersizdir¹⁶⁴. Mahkeme kanun tarafından yetkili makamlara verilen gücün sınırsız olmaması gerektiğini belirtmiş¹⁶⁵ ve kişinin özel hayatına yönelik müdahalelerin esas ve şartlarının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesini aramıştır¹⁶⁶. Öte yandan belirtmeliyiz ki AIHM kararlarında da belirtildiği gibi maddede yer alan ‘yasa’ deyimini şekli anlamda değil maddi anlamdadır. Bir başka deyişle hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici tasarruflarla düzenleneceği ulusal kamu hukukunun sorunudur ve Sözleşme’de geçen ‘yasa’ deyimini türü ne olursa olsun soyut norm koyan tasarruflardır¹⁶⁷.

3.3- Meşru Amaca Yönelik Müdahale

Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin 8. madde 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olması gereklidir. 2. fıkrada sayılan amaçların bir kısmı sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerinde de ortak amaç olarak sayılmıştır. Müşterek amaçlar ‘kamu

¹⁶⁴ Gözübüyük- Gölcüklü, s.376.

¹⁶⁵ Rotaru-Romanya Davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar, Para.55 ‘gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.’ Kilkelly, s.28.

¹⁶⁶ Şen (1993), s.143.

¹⁶⁷ Gözübüyük- Gölcüklü, s.376

güvenliği¹⁶⁸, ‘başkalarının hak ve özgürlüklerinin’¹⁶⁹, ‘kamu sağlığı’¹⁷⁰, ‘kamu ahlakı’¹⁷¹, ‘kamu düzeninin korunması’ (md. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2) olarak belirlenmiştir. Buna karşılık 8/2 madde de sayılan ‘ulusal güvenlik’ ve ‘suçların önlenmesi’¹⁷² amaçları inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde hariç 8, 10 ve 11. maddelerde meşru amaç olarak sayılmıştır. 8/2 de sayılan meşru amaçlardan ‘ülkenin ekonomik refahı’¹⁷³ yalnızca 8. madde için belirlenmiş bir meşru amaç iken ‘toprak bütünlüğü’, ‘gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi’ ve ‘yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması’ ise ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde için geçerli meşru amaçlardan sayılmıştır.

Genel kural olarak, bir devletin açıkça kötü niyetli davrandığı durumlar hariç, bu şart ciddi sorunlar yaratmamaktadır¹⁷⁴. Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek, iddiaya yanıt veren devletin sorumluluğudur ve müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, devletin kolayca müdahalenin nedenini açıklayabilmesini sağlamaktadır. Mahkeme devletin amacının meşru olmadığı yönündeki iddiaları kolaylıkla kabul etmemektedir¹⁷⁵. Hatta Mahkeme’nin devletin attığı adımların nedeni olarak ileri sürdüğü amaçlara pek az dikkat ettiği ve genellikle ileri sürülen amaçları (sağlığın ve ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) tek bir başlık altında topladığı söylenebilir.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Leander-İsveç Davası 26 Mart 1987 tarihli karar, Kaya, Mine; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, s.7 [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm] erişim tarihi:20.08.2006.

¹⁶⁹ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22 Ekim 1981 tarihli karar, para. 60-61. Doğru, AİHMİ s.431.

¹⁷⁰ *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19 Şubat 1997 tarihli karar. Kilkelly, s.45.

¹⁷¹ *Norris-İrlanda Davası*, 26 Ekim 1988 tarihli karar. Kilkelly, s.45.

¹⁷² *Lüdi-İsviçre Davası*, 05.06.1992 tarihli karar, Şen (1999), 504; *Doorson-Hollanda davası*, 26.03.1996, Hanımeli, s.15, *Silver ve Diğerleri- Birleşik Krallık davası*, 25.03.1983 tarihli karar, Doğru, AİHMİ,s.571.

¹⁷³ *Cremieux ve Funke-Fransa Davası*, 25.02.1993 tarihli karar. Hanımeli,Çağan; *Özel Hayatın Ve Aile Hayatının Korunması*, [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm] erişim tarihi: 10.06.2006. ve *Mialhe-Fransa Davası*, 25 Temmuz 1993 tarihli karar. Özdemir, Kenan; *Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği* [www.hukuki.net] erişim tarihi:06.06.2006.

¹⁷⁴ Dutertre, s.341.

¹⁷⁵ Kilkelly, s.31.

¹⁷⁶ *Open Door Counseling-İrlanda Davası*, 29 Ekim 1992 tarihli karar, Kilkelly, s.31.

Özet olarak birçok davada Mahkeme, devletlerin uygun bir amaca yönelik hareket etmiş olduğunu kabul etmektedir.

3.4- ‘Demokratik Bir Toplumda Zorunlu’ Müdahale

Mahkeme 8. maddede yer alan hakka yapılan müdahalenin meşruluğunu irdelerken son aşama olarak devletin başvurduğu ve şikayete konu önlemin demokratik toplumda ‘gerekliliğini’ değerlendirmektedir. Hiçbir müdahale, hakları bütünüyle işlevsiz kılacak aşamaya ulaşacak biçimde yapılamaz. Başka bir deyişle sınırlandırmanın da duracağı ya da ötesine geçemeyeceği bir aşama vardır. İşte demokratik bir toplumda gereklilik koşulu müdahalenin sınırını oluşturur¹⁷⁷. Bu koşul iki unsuru içermektedir: İlki hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin gerekli olması, ikincisi ise bu müdahalenin demokratik toplumla uyumlu olmasıdır.

3.4.1-Gereklilik

Müdahalenin gerekli olması demek, devletin müdahale için bazı nedenlerinin bulunması anlamına gelmez¹⁷⁸. Mahkemeye göre gereklilik “vazgeçilmez” ile eş anlamlı değildir ve bunun ‘kabul edilebilir’, ‘normal’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ ifadeleri kadar esnekliği de yoktur¹⁷⁹. Başka bir deyişle mahkeme içtihadına göre ‘gerekli’ sözcüğü ‘sıkıştıran’ (zorlayıcı) bir toplumsal gereksinimi ifade eder¹⁸⁰. Mahkeme, *Olsson-İsveç*¹⁸¹ davasında ise gereklilik kavramının, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu belirtmiştir¹⁸². Bu nedenle “gerekli” ifadesinin aşırı sınırlı veya genel yorumları, orantısallık politikası güden

¹⁷⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih; İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, s.394.

¹⁷⁸ Kilkelly, s.31.

¹⁷⁹ Handyside-Birleşik Krallık Davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar. ‘Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘gerekli’ (necessary) sıfatının, bir yandan ‘zorunlu’ (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını md.2(2)’deki “mutlaka gerekli”, md.6(1)’deki “kesinlikle gerekli” ifadeleri ve md.15(1)’deki “durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde” ifadesi), öte yandan ‘kabuledilebilir’, ‘olağan’ (md.4(3)), ‘yararlı’ (Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), ‘makul’ (md.5(3) ve md.6(1)) veya ‘arzu edilen’ deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.’ Doğru, AİHMİ s,173.

¹⁸⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, s.378.

¹⁸¹ *Olsson-İsveç* Davası, 24 Mart 1988 tarihli karar. Kilkelly, s.32.

¹⁸² Ayrıca bakınız, Campbell-Birleşik Krallık Davası, 25 Mart 1992 tarihli karar Para. 44-48, Dutertre, s.337-338.

Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Kısaca bir taraftan demokratik toplum ve diğer taraftan konumuz olan koruma tedbirleri arasında bir çatışma bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre her ne kadar bu çatışma, tedbirlerin tümüyle hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz ise de bunun haklılığı için daha fazla gereklilik olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁸³.

3.4.2- Demokratik Toplum

Gereklilik şartının, sözleşme organlarınca çoğulculuk, açıklık ve tolerans olarak anlaşılan¹⁸⁴ 'demokratik toplum' bağlamında değerlendirilmesi gerektiği için, bu şartı karşılamak daha da zorlaşmaktadır. Mahkeme, kararlarında demokratik bir toplumun özelliklerinin neler olduğu konusunda kapsamlı bir tanım vermemiştir¹⁸⁵.

Mahkeme *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*'nda¹⁸⁶, demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirlilikten bahsetmiştir. 8. madde bağlamında, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün öneminin ve Sözleşme haklarına keyfi müdahalelerin önlenmesi ihtiyacının da altı çizilmiştir¹⁸⁷. Ayrıca Mahkeme'ye göre Sözleşme, demokratik toplum ideallerini, değerlerini korumak ve devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır¹⁸⁸.

Ancak genel olarak demokratik bir toplumda 8. madde için gerekli olanın ne olduğu, orantısallık prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir¹⁸⁹. Müdahalenin gerekliliği

¹⁸³ Erdem (2001), s.151.

¹⁸⁴ Handyside-İngiltere Davası, 07.12.1976 tarihli karar, Doğru, AİHMİ s,173.

¹⁸⁵ Kilkelly, s.32.

¹⁸⁶ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22 Ekim 1981 tarihli karar, para. 53. 'gereklilik kavramı, "demokratik toplum" kavramıyla da bağlantılıdır. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, Sözleşme'de yer alan bir hakkın kısıtlanmasının, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi iki temel özelliğe dayanan "demokratik bir toplumda gerekli" bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir' Doğru, AİHMİ s,431.

¹⁸⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978 tarihli karar para. 55 'Demokratik toplumun temel ilkelerinden biri, Sözleşme'nin Başlangıcında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğü, idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasını gerektirir'. Doğru, AİHMİ s,261.

¹⁸⁸ *Soering-Birleşik Krallık Davası*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 84. Kilkelly, s.32.

¹⁸⁹ *Silver ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983 tarihli karar, para.97 'demokratik bir toplumda gerekli' deyimini, bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte,

değerlendirilmesinde devletler, AİHM'nin denetiminde olan bir takdir marjına sahiptir ve gereklilik sınırının ve dolayısıyla ulusal takdir marjının aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde mahkemenin göz önünde tuttuğu unsur, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin güdülen amaçla orantılı olmasıdır¹⁹⁰.

Demokratik bir toplumda zorunluluk; esas devletin, bu Sözleşme'nin içerdiği hak ve hürriyetlerin tamamını ülkede sağlayarak, sadece Sözleşme'nin öngördüğü ölçüler içerisinde kanunla sınırlama yapmayı kabul etmesidir. Bir ülkede Sözleşme'deki tüm şartlar yerine getirilmeden kanunla dahi olsa “demokratik toplumum tehlikededir” diyerek yeni sınırlamalar getirmek “benim demokratik toplum anlayışım sizden farklıdır” söylemini doğuracaktır.

4. İletişimin Denetlenmesi Tedbirini Hukuka Uygun Kılan Ölçütler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre iletişimin denetlenmesi ile ilgili olarak yapılan her yasal düzenleme, amacı ne olursa olsun Sözleşme'nin 8/1. maddede sayılan haklara müdahale niteliği taşımaktadır¹⁹¹. Ancak Mahkeme, önüne gelen davalar dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini hukuka uygun kılan birden çok ölçütten söz etmiş ve bazı ilkeler saptamıştır.

4.1- Suç ve Düzensizliğin Varlığı

AİHM, demokratik bir toplumda alışılmadık bir şekilde ortaya çıkan, toplum düzenini bozan bir suç ve failini bulmak, başka suçların işlenmesini önleyebilmek, başkalarının güvenliğini sağlayabilmek¹⁹² için, ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak haberleşmenin denetlenmesine olanak veren yasaların bir zorunluluk¹⁹³ olduğunu

“toplumsal ihtiyaç baskısı”ni karşılamak ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir” Doğru, AİHMİ s,590.

¹⁹⁰ Gözübüyük- Gölçüklü, s.378-379.

¹⁹¹ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar. para. 41 ‘Ayrıca, yasanın sadece kendi başına varlığı, yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına sokmaktadır. Bu tehdit, posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullananların haberleşme özgürlüklerini doğallıkla etkiler; bu suretle başvurucuların özel ve aile yaşamı ve haberleşme haklarını kullanmalarına ‘kamu makamlarının müdahalesi’ni oluşturur...’ Doğru, AİHMİ s,246 vd.

¹⁹² Campbell-Birleşik Krallık Davası, 25 Mart 1992 tarihli karar Para. 44-48, Dutertre, s.337-338.

¹⁹³ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 44.

kabul etmiştir. Mahkemeye göre günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık biçimlerde casusluk ve terörizm¹⁹⁴ ile tehdit edilmektedirler. Devletin bu tehditlere karşı etkili bir biçimde mücadele edebilmesi için, yıkıcı faaliyet içinde yer alanları gizlice gözetleme yetkisine sahip olması zorunluluktur¹⁹⁵.

Mahkeme, *Malone Kararı*'nda özellikle organize suçlar alanında suç işlenmesindeki artışın, faillerin giderek uzmanlaşmasının, hızlı yer değişikliklerindeki kolaylıkların, telefon dinleme tedbirini vazgeçilmez kıldığını kabul etmiştir¹⁹⁶. Mahkeme, *Kostovski*¹⁹⁷ ve *Teixeria de Castro*¹⁹⁸ Kararları'nda organize suçluluğa karşı mücadelenin önemini yadsınamayacağını ve organize suçluluğun yayılmasının buna uygun araçlara başvurulmasını tereddütsüz kıldığını belirtmiştir. Mahkeme 1992 yılında verdiği *Lüdi-İsviçre Kararı*'nda uyuşturucu madde kaçakçılığı yapan Lüdi'nin telefonlarının dinlenmesini, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmakla beraber suçların önlenmesi için demokratik bir toplumda alınması zorunlu olan tedbirlere kanun ile başvurulmasının ve kişinin özel hayatına ve muhaberatına müdahale edilmesinin mümkün olacağını kabul etmiştir¹⁹⁹.

Özet olarak Mahkeme, terörizm, uyuşturucu ticareti, organize suçlar gibi ağır nitelikli suçların ortaya çıkması durumunda devletlerin, vatandaşlarını ve demokratik kurumlarını korumak maksadıyla²⁰⁰ başka zamanlarda 8. maddenin ikinci fıkrasına göre haklı bulunamayacak bazı önlemleri almaya hakkı olduğunu kabul etmektedir.

¹⁹⁴ McVeigh ve Diğerleri Davası, 18.03.1081 tarihli karar, para.25. Beşe, Ertan; Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara, 2002, s.185.

¹⁹⁵ Beşe, s.184.

¹⁹⁶ *Malone-İngiltere Davası*, 02.08.1984 tarihli karar, Para. 81. Doğru, AİHMİ s,764 vd.

¹⁹⁷ *Kostovski-Hollanda Davası*, 20.11.1989 tarihli karar, Erdem (2001), s.152.

¹⁹⁸ *Teixeria de Castro-Portekiz Davası*, 09.06.1998 tarihli karar, Erdem (2001), s.153.

¹⁹⁹ *Lüdi-İsviçre Davası*, 05.06.1992 tarihli karar, Şen (1999), 504.

²⁰⁰ *Murray-Birleşik Krallık Davası*, 28 Ekim 1994 tarihli karar. Özdemir, s.12.

4.2- Müdahaleyi Sınırlayıcı Koşulların Yeterli Belirlilikte Bir Yasada Gösterilmesi

AİHS'nin 8/2. maddesine göre bu tür düzenlemeler herkes tarafından ulaşılabilir, bireylerin davranışlarının sonuçlarını tahmin edebilecek kadar açık²⁰¹ ve kesin²⁰² formüle edilmiş, etkilerini gerektiğinde bir hukukçu yardımıyla da olsa öngörebilecekleri kanunla düzenlenmelidir²⁰³. Yasalar, hangi koşullarda, kimin²⁰⁴ iletişiminin denetlendiği ile iletişimi denetlenen kişinin hangi faaliyetleri ile ilgili olarak denetleme yapıldığı konusunda ayırım yapmalıdır. Ulusal makamlara bu konularda tanınan takdir yetkisinin kullanılmasının çerçevesi ve sınırı yeterince tayin edilmelidir²⁰⁵.

4.3- Kötüye Kullanmalara Karşı Etkili ve Uygun Koruma Mekanizmalarının Öngörülmesi

AİHM, bir yandan 'ulusal yasa koyucunun belirli takdir hakkına sahip olduğunu' vurgulamakta ve bu alanda 'en iyi politikanın ne olabileceğini değerlendirme' işini ulusal makamlara bırakmakta iken, bir yandan da demokrasiyi ortadan kaldırma tehlikesini beraberinde getirecek her türlü tedbire başvurma hakkının mevcudiyetini reddetmektedir²⁰⁶. Devlete tanınan bu olanak sınırsız değildir

²⁰¹ Kopp-İsviçre Davası, 25.03.1998 tarihli karar, Tezcan, Durmuş- Erdem, M.Ruhan- Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004, Ankara, s.238.

²⁰² *Malone-İngiltere Davası*, 02.08.1984 tarihli karar Para. 67. Doğru, AİHMİ s.764 vd.

²⁰³ Gözübüyük- Gölcüklü, s.37 ve bkz.12 Mayıs 2000 Tarihli Khan-Birleşik Krallık Davası ve 25 Eylül 2001 tarihli P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası. Dutertre, s.303.

²⁰⁴ AİHM'ne göre, başvurunun kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunlar, telefon dinleme kararında adı geçmeyen üçüncü kişileri yeterli ölçüde koruyamayacağında Sözleşme'nin 8. maddesi'nin ihlali vardır. Bkz. Lambert-Fransa davası, 24 Ağustos 1998 tarihli karar, para38-41 '... *Yargıtay'ın yürüttüğü mantık çok kişinin, yani kendisine ait hattan başka bir hatta telefon görüşmesi yapan herkesin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu, uygulamada koruma mekanizmalarının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir. Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunun korumasından etkin bir biçimde faydalanamayan başvurucu da bu durumdadır. Bu nedenle komisyon gibi mahkeme de, başvurunun hukukun üstünlüğü olan yerlerde vatandaşların hakkı olan ve söz konusu müdahalenin 'demokratik toplumda zorunlu' olan konularla sınırlandırılması mümkün kılan 'etkin kontrolden' faydalanamayacağını düşünmektedir.*' Dutertre, s.304.

²⁰⁵ Kopp-İsviçre Davası, 25.03.1998 tarihli karar, Tezcan-Erdem- Sancakdar, s.238.

²⁰⁶ Erdem (2001), s.153.

ve haberleşmenin gizlice denetlenmesine imkan veren²⁰⁷ bir sistem, bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvence sağlamalıdır. Özellikle ulusal makamlara verilen takdir yetkisinin kullanılmasının çerçevesi ve sınırı yeterince tayin edilmeli²⁰⁸, bireylerin demokratik bir toplumda hukuk devleti ilkesine uygun olarak sahip olduğu bir hukuki korumadan asgari ölçüde yararlanmaları sağlanmalıdır²⁰⁹.

Mahkeme, önüne gelen davalarda kötüye kullanmalara karşı uygun koruma mekanizmaları olarak; tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecekse gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye sonradan haber verilmesini²¹⁰, haberleşmenin kontrolünün otomatik hale gelmesinin ulusal makamlara aşırı esneklik sağlayacağından, iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin bir yargı makamının kararına dayanması gerektiğini²¹¹ ve sonradan denetim yapmakla bir hakimin görevlendirilmesini²¹² önermiştir.

4.4- Müdahalenin İzlenen Amaca Ulaşmaya Elverişli Ve Belirtilen Değerlerin Korunması İçin Zorunlu Olması

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında asıl sorun müdahalenin haklı olup olmadığıdır ve burada uygulanacak kriter gizli denetlemenin demokratik kurumlarda zorunlu olup olmadığına belirlenmesidir²¹³. Bu koşul müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca hizmet etmesini ve izlenen amaçla makul bir ilişki içinde bulunmasını gerekli kılmaktadır²¹⁴. Başka bir deyişle 8/2. maddede sayılan ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması²¹⁵ ve suçların önlenmesine

²⁰⁷ AİHM, fiilen dinlemenin ispat edilmesi zorunluluğunu aramaksızın, bizzat gizli dinleme 'olanağının' özel yaşam temel hakkına müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Malone-İngiltere Davası, 02.08.1984 tarihli karar Para. 64. Doğru, AİHMİ s,764 vd.

²⁰⁸ Calogero Diana-İtalya Davası, 15 Kasım 1996 tarihli karar para.32, Dutertre, s.336.

²⁰⁹ Klass ve diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 48-50.

²¹⁰ Kruslin/Huvig-Fransa Davası, 24.04.1990 tarihli karar. Tezcan-Erdem- Sancakdar, s.238.

²¹¹ Petra-Romanya Davası, 23 Eylül 1998 tarihli karar, Para. 37 Dutertre, s.336.

²¹² Erdem (2001), s.155.

²¹³ Rinzivillo-İtalya Davası, 21 Aralık 2000 tarihli karar, Para. 28, Dutertre, s.335

²¹⁴ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25 Mart 1983 tarihli karar, Para.103 Doğru, AİHMİ s,591.

²¹⁵ AİHM, 1975 tarihli *Golder-İngiltere Davası*'nda infaz kurumunun düzenini sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu nedenle hükümlülerin yazışmalarının denetime tabi tutulabileceğine işaret etmiştir. *Golder-İngiltere davası*, 21.02.1975 tarihli karar, Para. 45.

yönelik olarak getirilen sınırlamalar, ancak bu amaca ulaşmak için getirilen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına²¹⁶ bağlı olarak hukuka uygunluk kazanır²¹⁷. Bu zorunluluk zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi ifade etmektedir²¹⁸. Kuşkusuz önüne gelen her davada, meşru amacın ve zorlayıcı sosyal ihtiyacın ne olduğuna karar verme görevi son tahlilde AİHM'ne aittir²¹⁹ ve Mahkeme, Sözleşme kapsamında kazandığı yorum pratiğini, özel hayatın korunması bağlamında, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için de kullanmaktadır. Mahkeme örnek olarak *Schenk-İsviçre Kararı*'nda kişinin telefonlarının dinlenmesi sonucu uğradığı zarar ile olayda aydınlatılmaya çalışılan suç şüphesi karşılığında, tercihin suça ilişkin gerçeğin ortaya çıkartılması yönünde yapılması gerektiğine karar vermiştir²²⁰. *Lüdi-İsviçre Kararı*'nda da uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi toplum düzenini yakından ilgilendiren bir suçun ortaya çıkartılmasında yetkili ve görevli mahkemenin kararı ile sanığın konutuna, haberleşmesine ve özel hayatına müdahale edilmesine yönelik kolluk davranışlarının ve elde edilen delillerin hukuka uygun olacağına karar vermiştir²²¹.

'Mahkeme ayrıca, bir hükümlünün haberleşmesine saygı görme hakkını kullanmasına müdahalenin "gerekliliği"ni, hapisliğin olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin, "düzensizliğin veya suçun önlenmesi" bir hükümlüye, serbest bir kişiden daha geniş müdahale önlemleri uygulanmasını haklı kılabilir. 5. madde anlamında hukuka uygun bir özgürlükten yoksun bırakma, sadece ve sadece bu ölçüye kadar 8. maddenin uygulanmasına tecavüz etmez' Doğru, AİHMİ s,107.

²¹⁶ AİHM, PKK üyelerinin yargılanması konulu *Erdem- Almanya Davası* kararında; demokratik bir toplumu korumanın şartları ile bireyin haklarını korumanın şartları arasında bir ara yol bulmanın Sözleşme sisteminin yapısında olduğunu hatırlatarak PKK'nın yönetici kadrosuyla ilgili davaların her türlü terörle mücadelenin istisnai kapsamına girdiğini ve hükümetin davanın en uygun koşullarda gerçekleşmesini sağlamanın da kanunlara uygun olduğunu belirtmiş ve mahpusun haberleşmesine yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantısız olmadığına karar vermiştir. Bkz. Erdem Almanya Davası, 5 Temmuz 2001 tarihli karar, para. 65-66 Duterte, s.338-339.

²¹⁷ Handyside-Birleşik Krallık Davası, 07.12.1976 tarihli karar Para.49. Doğru, İHAMİ s,160 vd.

²¹⁸ Gözübüyük- Gölcüklü, s.378.

²¹⁹ Gözlügöl, Said Vakkas, AİHS ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara, 1999, s.180.

²²⁰ Eren, Mehmet Selim, Telefon Dinleme, İBD, C:75, S:7-8-9 s.778.

²²¹ Lüdi-İsviçre Davası, 05.06.1992 tarihli karar, Şen (1999), s.504.

5-Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Karşısında Devletin Negatif Ve Pozitif Yükümlülükleri

İnsan hakları tartışmasını şu şekilde özetlemek mümkün: İnsan hakları, ahlâk alanını dar anlamda kapsama eğilimindedir ve bundan ötürü esas itibariyle negatif haklar ya da dokunulmazlık haklarıdır. Ayrıca, insan hakları kurumsal bir nitelik taşır, çünkü gerek uygulanma gerekse ihlal edilme biçimleri, devletin örgütlenişi ve eylemleri ile ilişkilidir²²². Negatif haklar, esas olarak kamusal otoritelerin bireyin o hakları kullanmasına yahut onlardan yararlanmasına müdahale etmemesi gereken haklar iken, pozitif haklar olarak kategorileştirilen haklar ise devletin olumlu bir müdahalesinin, bir ediminin söz konusu olması gereken haklardır²²³. Özel hayatın gizliliği hakkı devlete karışmama ödevi yükleyen ‘koruyucu haklar’dandır ve Jellinek’in sınıflandırmasına göre kişinin devlet tarafından dokunulamayacak özel alanının sınırlarını ifade eden negatif statü hakları içinde yer almaktadır²²⁴. 8. madde 1. fıkradan çıkartılan ilk sonuç da devletin herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. Bu, ‘bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır’ ifadesiyle 2. fıkradan çıkartılmaktadır. Ancak özel hayatın gizliliği hakkının karmaşık ve giderek genişleyen yapısı karşısında özel hayatın gizliliği hakkı, devlete bir edimi yerine getirmesini gerektirmeyen negatif yükümlülükler getirirken özellikle AİHS kararları ile bu hak karşısında artık devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu kabul edilmektedir²²⁵. Genel olarak toplumun çıkarları, kişinin çıkarlarından daha ağır gelmekte ise de; kişi, kısıtlandığı ve ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının toplum çıkarından daha üstte olduğunu, bu nedenle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyebilir. Kişinin iddia ettiği kadar bir hak talebi ya da baskınlığı yok ise, devletin pozitif yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır²²⁶.

²²² Cavelleri, Paola (2005) Genişletilmiş Bir İnsan Hakları Kuramı İçin, Çev.:Saliha Nilüfer, Birikim Dergisi, Temmuz 2005, S. 195.

²²³ Gemalmaz, s.321.

²²⁴ Kapani, Münci; Kamu Hürriyetleri Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Yayınları, Ankara 1981 s. 6-7.

²²⁵ Airey -İrlanda Davası, 09.10.1979 tarihli Karar, Doğru, AİHMİ s,325.

²²⁶ Demirel, Ferda; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin İncelenmesi, s.5 [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm] erişim tarihi:15.08.2006.

Temel hak ve özgürlükler; herkesin herkesle ilişkisinde saygı gösterilmesini isteyebileceği haklardır²²⁷. Yukarıda da bahsedildiği gibi sözleşmenin 8. maddesi de doğrudan özel hayatın gizliliği hakkında bahsetmemekte *özel hayata saygı* hakkında bahsetmektedir. Aynı şekilde anayasamızın 20/1. maddesinde de '*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*' hükmüne yer verilmiştir. Burada sorun 'saygı' kavramının hakkı nereye kadar koruyacağıdır.

Saygı kavramının bir yansıması olan bireyin 8/1'den kaynaklanan haklarına müdahale etmeme yükümlülüğü, devletin negatif bir yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak asıl sorun saygı kavramı çerçevesinde devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin olup olmadığı ve pozitif yükümlülüklerin kapsamıdır. Mahkeme *Botta-İtalya Davası Kararı*'nda²²⁸ özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için devlete pozitif yükümlülük getiren prensipleri hatırlatmış ve özetlemiştir. Mahkeme bu kararında 8. maddenin yalnızca bireyi devletin keyfi müdahalelerinden korumak amacıyla olmadığını aynı zamanda bu negatif taahhülle birlikte özel hayata etkin biçimde saygı gösterilmesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu yükümlülükler bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını gerektirir.

Mahkeme devletin 8. madde çerçevesinde pozitif ve negatif yükümlülüklerini belirlerken genel çıkar ile bireyin çıkarları arasındaki dengeyi de gözetmektedir²²⁹. Devletten talep edilen tedbir ile bireyin özel hayatı arasında doğrudan ve yakın bağlantının varlığı halinde özel hayata saygı hakkının devlete pozitif yükümlülükler yüklediği kabul edilmektedir²³⁰. Ancak AİHM daha yakın tarihte verdiği *Keegan İrlandaya Karşı Davası*'nda²³¹ devletin pozitif ve negatif

²²⁷ Donnelly, Jack ;Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ankara, Çev: Mustafa Erdoğan - Levent Korkut, Yetkin Yayınları, 1998, s.49.

²²⁸ Botta-İtalya Davası, 24 Şubat 1998 Tarihli Karar, Para. 32-35 Dutertre, s.288.

²²⁹ Rees-Birleşik Krallık Davası, 17.10.1986 tarihli karar, Dutertre, s.282.

²³⁰ Üzeltürk, s.165

²³¹ Keegan-İrlanda Davası, 26.05.1994 tarihli Karar 'Mahkeme 8. maddenin asıl amacının, kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı bireyi korumak olduğunu hatırlatır. Ek olarak, aile hayatına etkin olarak 'saygı' gösterilmesi yönünde pozitif yükümlülükler de olabilir. Ancak bu hüküm kapsamında Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir tanım yapmaya uygun değildir. Yine de uygulanacak prensipler benzerdir. Her iki bağlamda da, bireyin ve bütün olarak toplumun

yükümlülükleri arasındaki ayrımın ve devletin bundan kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün yeterince kesin olmadığına dikkat çekmiştir.

AIHM Kararlarında Pozitif yükümlülükler arasında devlete, hukuku veya idari uygulamayı değiştirme yükümlülüğü²³², finansal yardım yükümlülüğü²³³ ve sözleşme ile korunan hakkın bireyler arasındaki özel ihlallerine engel olma yükümlülüğü²³⁴ getirilmiştir.

6- 8. Maddenin Uygulanmasına Egemen Olan İlkeler

6.1- Devletin Takdir Yetkisi ve Sınırları

Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan bu alan, temel hak ve özgürlükler ile ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu küçük dünyası ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik; ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir²³⁵. Sözleşme'nin 1. maddesinde, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanımanın öncelikle ve ilk olarak kendi yetki alanları içinde, üye devletlerin yükümlülüğünde olduğu açıklanmıştır. AIHM'nin yetkisi ise bu görevin sözleşme normlarına uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini denetleyerek sözleşmenin uygulanmasına ikincil yetki ile katılmaktır²³⁶. AIHM'ne göre; devletin yetkili resmi mercileri, ülkenin yaşamsal gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde oldukları için, söz konusu yaşamsal koşulların içeriği ve bu ihtiyacı karşılayacak müdahalenin niteliği konusunda karar vermek için uluslararası yargıçtan daha elverişli durumdadırlar²³⁷. Genel ahlak, sağlık, milli güvenlik gibi subjektif unsurların uygulandığı alanlarda takdir yetkisi geniş tutulmuşken; demokratik toplum gerekleri gibi belli ölçütlerin evrensel standartlar kazandığı alanlarda daraltılmıştır²³⁸.

birbiriyle rekabet halinde olan çıkarları arasında adil denge oluşturulması gerektiğine dikkat edilmelidir. Ve her iki bağlamda da devlet belirli bir takdir hakkına sahiptir.' Dutertre, s.282.

²³² Kroon - Hollanda, 27.10.1994 tarihli karar, bkz. Üzeltürk s. 161.

²³³ Airey -İrlanda Davası, 09.10.1979 tarihli Karar, Doğru, AIHMİ s,325.

²³⁴ X ve Y –Hollanda Davası, 26 Mart 1985 tarihli karar, Doğru, AIHMİ, s.853.

²³⁵ Öztürk/Erdem/Özbek, s.138.

²³⁶Gözübüyük/Gölcüklü, s.146.

²³⁷ Handyside-İngiltere Davası, 07.12.1976 tarihli karar,para.47-50. Doğru, AIHMİ s,172-175.

²³⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s.149.

Özetlemek gerekirse ulusal takdir yetkisinin anlamı, mahkeme önüne getirilen ihlal iddialarının sözleşme açısından değerlendirilmesinde, ulusal veya toplumsal özelliklerin, ulusal sisteme ilişkin geleneklerin, değer yargılarının az veya çok fakat belli bir ölçüde göz önüne alınmak suretiyle ulusal mercilerin kararları ve işlemlerinde bunlara tanınan ulusal takdir yetkisinin sınırlarının, aşık ve sözleşme ile bağdaşmaz şekilde aşıp aşılmadığının denetlenmesidir²³⁹. Öte yandan bu ilke ölçülülük ilkesiyle birlikte yürüyüp uygulanmaktadır ancak ölçülülük ilkesi yalnızca açıkça öngörülen hükümlerde göz önüne alınırken bu ilke sözleşmenin tüm hükümleri için geçerli bir ilkedir²⁴⁰.

Mahkeme, ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara yakınlığından dolayı, ulusal yetkililerin bir davanın şartlarını daha iyi değerlendirebileceğini ve atılacak en uygun adımları daha iyi belirleyebileceğini kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak devlet, 8. madde kapsamında aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesi yöntemleri konusunda belirli bir takdir yetkisi kullanma hakkına sahiptir. Bu durum, müdahale ve müdahalenin amacı arasındaki dengenin değerlendirilmesine de yansımaktadır.

6.2-Ölçülülük

Ölçülülük veya orantısallık prensibi, insan haklarının mutlak olmadığını ve birey haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini belirler. Bu prensip, söz konusu dengeyi oluşturmanın yöntemlerinden biridir ve Mahkeme'nin Sözleşme uygulamalarında artık yaygın olarak kullanılmaktadır²⁴¹.

Mutlak nitelikteki haklar dışında hiçbir hak ve özgürlük sınırsız değildir. AİHS de koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin sınırlılığını açıkça kabul etmiş, inceleme konumuz olan 8. maddenin 2. fıkrasında da sınırlama sebepleri sayılmıştır. Hatta AİHM sözleşme metninde sayılan sınırlama sebepleri dışında hak ve

²³⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.149.

²⁴⁰ Üzeltürk, s.167.

²⁴¹ *Soering-Birleşik Krallık Davası*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar. 'Sözleşme'nin bütünüdür doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır' Kilkelly, s.33.

özgürlüklerin kendi bünyelerinde mevcut zimni sınırların varlığını da işaret etmiştir²⁴².

Asıl mesele varlığı ve gerekliliği konusunda tartışma olmayan sınırlama ya da kısıtlamanın sınırının belirlenmesidir. İşte Sözleşme'nin sınırlama konusunda koyduğu kriter, tedbir ya da müdahalede 'ölçülülük' yada 'orantılılık'tır²⁴³. Mahkeme, ulusal kararların 8. madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, en basit ifadeyle, birey hakları ile devletin çıkarlarının dengelenmesi anlamına gelen orantısallık ölçütünü göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme'nin üstlendiği rol, davaya bir bütün olarak bakarak, yetkililerin, davaya neden olan önlemleri almak için 'ilgili ve yeterli nedenlere' sahip olup olmadığını ele almaktır.²⁴⁴

Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle *müdahaleden korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve devletin yerine getirmeye çalıştığı acil toplumsal ihtiyaç* gibi birkaç unsurun göz önünde bulundurulmasını gerektiren karmaşık bir süreçtir²⁴⁵. Devlet bir müdahale önlemine başvururken adil bir denge sağlamaya çalışacak, bu gayreti yalnızca sözleşme metninde açıkça öngörülen hallerde değil aynı zamanda bütün sözleşme hükümlerine müdahale halinde göz önünde bulunduracaktır.

Mahkeme, ölçülülük kriterinin yoğunluğunun, uygulandığı hak veya özgürlüğün niteliğine göre de değişiklik gösterdiğini belirtmiştir. Örneğin; yaşama hakkını düzenleyen 2. maddedeki 'mutlak gereklilik' ile 8. maddedeki 'demokratik bir toplumda gerektirdiği ölçüde' kriterleri arasındaki ölçü farklıdır. 2. maddenin daha katı ve dar yorumlanacağı açıktır²⁴⁶. Örneğin müdahaleden korunmaya çalışılan hak ve müdahalenin doğası konusunda Mahkeme *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*'nda, özel hayatta cinselliği yaşama hakkına müdahaleyi haklı çıkartmak için 'özellikle ciddi nedenlere' ihtiyaç olduğuna dikkat çekmiştir. Bir başka deyişle bazı

²⁴² Golder-İngiltere Davası, 27.02.1975 tarihli karar, para.38 Doğru, AİHMİ s,116.

²⁴³ Gözübüyük/Gölcüklü s.145.

²⁴⁴ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar. Kilkelly, s.33.

²⁴⁵ Kilkelly, s.33.

²⁴⁶ Örneğin; Oğur-Türkiye davası, 20.05.1999 tarihli karar, para.78-80. [www.yargitay.gov.tr] Erişim tarihi:24.08.2006.

haklar kaçınılmaz olarak diğerlerinden daha önemlidir²⁴⁷ ve söz konusu haklara müdahale edilmesinin açıklanması kaçınılmaz olarak çok zordur²⁴⁸. Müdahalenin ele aldığı acil toplumsal ihtiyaç için de ciddi nedenlere gerek vardır ve ulusal güvenliği korumak amacıyla alınan önlemleri açıklamak, örneğin ahlaki korumayı amaçlayan önlemleri açıklamaktan daha kolay olabilir²⁴⁹.

7- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile İhlal Edilen Bazı Temel Hak ve Hürriyetler

7.1- İletişimin Denetlenmesi ve Kişiliği Geliştirme Hakkı

Kişilik, kişilik hakkı ve kişiliği geliştirme hakkı birbirlerinden ayrı ancak her biri diğerinin unsuru olan kavramlardır. Kişi, kişilik hakkının sujesi iken; kişilik hakkı, kişiliği oluşturan tüm değerler üzerindeki haklardan ibarettir²⁵⁰. Pozitif hukukun öngördüğü esaslara bağlı olarak yapılan bir tanım kişiyi sadece bir hak ve borç sujesi olarak ele alır ki bu, kişi kavramının sadece şekli kapsamını ifade eder. Oysa kişi bunların dışında yer alan bazı değerlere de sahip bir varlıktır²⁵¹. Sonuç itibarıyla kişilik hakkı, kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki bir haktır²⁵². İşte kişiliği geliştirme hakkı, kişinin sahip olduğu bu değerlerin özgür gelişimden ibarettir. Kişiliği geliştirme özgürlüğü, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren hür irade anlamındaki²⁵³ insan haysiyetinin içeriğidir ve bu nedenle her iki hüküm bir bütündür²⁵⁴.

²⁴⁷ Örneğin; Mahkeme, Dudgeon-Birleşik Krallık davasında, özel hayatta cinselliği yaşama hakkına müdahaleyi haklı çıkartmak için 'özellikle ciddi nedenlere' ihtiyaç olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar, para.52 Doğru, AİHMİ s,426.

²⁴⁸ Kilkelly, s.33

²⁴⁹ Kilkelly, s.33

²⁵⁰ Güven, Kudret; Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara, 2000, s.79.

²⁵¹ Güven, s. 81.

²⁵² Özel, Sibel; Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2004, s.27.

²⁵³ Öztürk, Bahri; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı, s.2.[<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] erişim tarihi: 10.06.2006.

²⁵⁴ Sağlam, Fazıl; Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD, 1975, S:1-4 s.107.

Alman Federal Mahkemesi, 14.06.1960 tarihli kararında; iletişimin denetlenmesinin kişiliği serbestçe geliştirme hakkı ile bağlantısını göz önüne sermiştir. Mahkeme'ye göre konuşmalar kaydedildiği takdirde, söz ve ses konuşandan ayrılarak bağımsız bir varlık kazanır ve böylece insan kişiliğinden bir parça, devredilebilir bir görünüş kazanır. Bir kimsenin kişilik değerlerine onun rızası dışında başkalarınınca tasarruf edilmesi insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Mahkemeye göre bireylerin sürekli sözleri üzerinde tasarruf edileceği bilinci içinde yaşamaları düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur²⁵⁵. Yine Alman Federal Mahkemesi yakın tarihli bir kararında kişiliğin serbestçe geliştirilmesinin, bireyin içinde gözetleme altında olmaksızın istediğini yapmakta özgür olduğu veya özel güvenini kazanmış bir kişi ile toplumsal davranış beklentilerine aldırış etmeksizin ve devlet yaptırımlarından korkmaksızın ilişkiye geçtiği bir alana sahip olmasını gerekli kıldığını belirtmiştir²⁵⁶. Nitekim anayasamızın başlangıç ile 5 ve 17. maddelerinde '*insanın maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*' olarak ifade edilmiş ve bunun gerçekleştirilmesinin temini bakımından da devlet yükümlü tutulmuştur. İşte bu hakkın gerçekleşmesi için insanın duygu, düşünce ve tutumlarını dilediği kişilerle paylaşması, diğer bir deyişle kamuya kapalı haber dolaşımını güven içinde yürütmesi gereklidir²⁵⁷. Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğü de aynı zamanda haber düşünce ve kanaat alış-verişi sağladığı için kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ile yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır²⁵⁸.

Gerçekten de gizli soruşturma tedbirlerinin ve bu arada iletişimin denetlenmesi tedbirinin gelişmesi ile beraber toplum içinde yaratılacak olan korku ve güvensizlik toplumsal ilişkileri asgariye indirecek, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını engelleyecektir²⁵⁹. Bu itibarla, kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi

²⁵⁵ Sağlam, s.108

²⁵⁶ Erdem (2001), s.233.

²⁵⁷ Sözüer (1997), s.71.

²⁵⁸ Erdem (2001), 126.

²⁵⁹ Sağlam, s.109.

için bireye, kendisi veya yakınları ile baş başa kalabileceği, devletçe yahut özel kişilerce rahatsız edilmeyeceği özerk bir alan sağlanması gerekmektedir²⁶⁰.

7.2- İletişimin Denetlenmesi ve Kişinin Kendisine Ait Verilerin Kaderini Belirleme Hakkı

Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle 8. madde 1. fıkra kapsamına girer²⁶¹. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin başka yollardan elde edilmiş olan bilgilerle arasında bağlantı kurmak suretiyle, bu tarz elde edilen bilgilerden yararlanmak yoluna gidildiği takdirde, haberleşmenin gizliliğinin mekan itibariyle genişletilmiş koruma alanının dışına çıkılmakta ve kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkına müdahale edilmektedir²⁶². Zira, iletişimin denetlenmesi ile aynı zamanda ve sırayla haberleşme özgürlüğüne, konut dokunulmazlığına, ailenin korunmasına müdahale edilmektedir. Özel nitelikli bu temel hak ve özgürlükler çerçevesinde sağlanan koruma, genel kişilik hakkının bir uzantısı niteliğinde olan kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkının sağladığı korumaya göre daha kapsamlıdır²⁶³. Bu nedenlerle doğrudan iletişimin denetlenmesi ile elde edilen veriler bakımından kişi her ne kadar ‘kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkının’ sağladığı korumadan da faydalanmakta ise de ilk önce özel nitelikli hak ve özgürlüklerden yararlanma olanağı bulunacaktır²⁶⁴. Kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkının sağladığı korumadan, ancak haberleşmenin gizliliğinin mekan itibariyle genişletilmiş koruma alanının dışına çıkıldığında faydalanılacaktır.

Hukukumuzda konumuzla ilgili olarak ‘veri’ terimine ilk defa 4422 sayılı ÇASÖMK’nun kayıt ve verilerin incelenmesi başlıklı 4. maddesinde ‘*Bu Kanunda öngörülen suçların veya delillerinin ortaya çıkarılması için, suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunan kişilere ilişkin yer, kuruluş, çevre*

²⁶⁰ Özbudun, Ergun; Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF 50. Yıl Armağanı, C.1 Ankara, 1977, s.265.

²⁶¹ Özbey, s.285.

²⁶² Erdem- Özbek, s.261.

²⁶³ Erdem (2001), 125.

²⁶⁴ Erdem (2001), 125.

ve kurumdaki, Devletin ulusal güvenliği bakımından gizli kalması zorunlu olanlar hariç her türlü resmi ve özel kayıtlarla verileri incelenebilir.’ şeklinde yer almıştır. Her ne kadar ‘veri’ kavramı konumuz olan telekomünikasyon araçları ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen 5271 sayılı CMK maddeleri içinde kullanılmamış ise de; telekomünikasyon terimi her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilene her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade ettiğinden²⁶⁵ iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması neticesinde elde edilecek her türlü ses, görüntü ve sinyal bilgileri kişisel nitelikli veri kapsamında mütalaa edilebilecektir.

AİHM’nin özel hayatın korunması amacıyla yasal düzenlemeler yapılmasına ilişkin itirazları üzerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun dokuzuncu bölümde tanımlanan (Haberleşmenin gizliliğini ihlal-132, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması-133, özel hayatın gizliliğini ihlal-134, kişisel verilerin kayda alınması, ele geçirilmesi, verileri yetkili olmayanlara verme-135-136) özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, Anayasa’nın 20, 21 ve 22 maddelerine uygun olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde Anayasa ile garanti altına alınmış olan özel hayata yönelik eylemler yaptırıma bağlanmış²⁶⁶ ayrıca Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan, Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla²⁶⁷ taraf olduğu ‘Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi

²⁶⁵İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.3-f.

²⁶⁶Özkorul, İsmet, Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.5. [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ makale]

²⁶⁷ 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, Konsey üyesi diğer devletlerle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmış, ancak Türkiye, Sözleşme’nin onaylanabilmesi için imzacı devletin öngörülen ilkeler çerçevesinde bir yasa kabul etmesi zorunluluğunu henüz yerine getirmemiş, imza tarihinden bu yana sözleşmeyi onaylayarak yürürlüğe sokmamıştır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Başalp, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yay. Ankara, 2004, s.24. Öte yandan, Avrupa Birliği ilgili konuda çalışmalarını sürdürmüş ve önce 1995 yılında 95/46/EC sayılı “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması*” konulu Direktifi hazırlamıştır. Bu düzenleme ile bütün üye ülkelerdeki bireylerin, vatandaşlıkları söz konusu olsun olmasın, kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin Avrupa Birliği sınırları dahilinde serbest dolaşımını sağlayacak açık ve güvenli bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. 2002 yılında ise, bu Direktifi takiben, “*Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması*”na ilişkin 2002/58/EC sayılı Direktif kabul edilmiş ve 1995 tarihli Direktif’in, bilişim teknolojilerinin hızlı gelişmesi karşısında yetersiz kalmasının önlenmesine çalışılmıştır. Daha fazla bilgi için Bkz. Beylin, Ceyli; Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine

Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin²⁶⁸ ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır²⁶⁹.

Kişisel verilerin kaydedilmesini cezai yaptırıma bağlayan TCK'nun 135. maddesinin 2. fıkrasında hangi kişisel verilerin kaydedilmesinin suç olduğu belirtilmiştir. Bu maddeye göre ancak kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse cezalandırılacaktır. Bu madde ile koruma altına alınan kişisel veriler oldukça dardır. Örneğin ilk olarak kişinin ekonomik ilişkilerine ait veriler kapsam dışında bırakılmıştır.

Anayasamızda ya da kanunlarımızda bir temel hak olarak bireyin kişisel nitelikli veriler üzerindeki hakkından söz edilmemiştir. Buna karşın uluslararası belgelerde²⁷⁰ ve bazı ülke kanunlarında artık bu haktan bahsedilmektedir. 24.10.1995 tarihli 'Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiki Hakkındaki Avrupa Birliği Direktifleri'nin 4. maddesinde kişisel nitelikli verinin tanımına yer verilmiştir²⁷¹. Buna göre; kişisel nitelikli veri, belirli ya

Eleştireler. [http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/docs/tbs_kisisel_veri_eylin_beyli_gorus1.pdf]
Erişim tarihi: 04.10.2007.

²⁶⁸Rotaru-Romanya davası, 04.05.2000 tarihli Karar '... Avrupa Konseyinin 28 Ocak 1981 tarihli, 1 Ekim 1985'de yürürlüğe girmiş bulunan şahsi verilerin otomatik olarak işlenmesi konusunda Bireylerin korunması konulu konvansiyonla ilişkisini daha önce de belirtmiştir; Bu belgenin amacı "bütün bireylerin haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle kendisine ait şahsi verilerin otomatik olarak işlenmesi konusunda mahremiyetine saygı gösterilmesini sağlamaktır." (Madde 1); bu tür veriler 2. Madde'de "kimliği belirli veya belirlenebilecek bir bireye ait her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Kamuya açık bilgiler, sistematik olarak toplandığında ve yetkili makamlar tarafından dosyalarda saklandığında da özel hayat kapsamına girebilir. Bu durum, özellikle söz konusu bilgiler kişinin geçmişine aitse daha da geçerlidir.' Dutertre, s.285 Kişisel verilerin korunması konusunda daha ayrıntılı bir makale için bkz. Doğan, Mehmet; Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları Ve Türkiye'nin Durumu, Polis Dergisi, S.35, 2004.

²⁶⁹ Özgeç, İzzet, TCK Gazi Şerhi, Ankara, 2005, 5237 sayılı TCK'nun 135. maddesinin gerekçesi.

²⁷⁰ Uluslararası belgelerde kişisel verilerin korunması hakkı konulu daha ayrıntılı bir makale için bkz. Tanrikulu, Cengiz; Kişisel Verilerin Önemi Artıyor, ATGV Dergisi, Y.1 S.3 Ekim 2007, s.46 vd.

²⁷¹ Aynı konu Avrupa Konseyi'nin 28.01.1981 Tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlemine Dayanan Bireylerin Korunmasıyla İlgili Sözleşmesi dışında; Ekim 1995 Tarihli Kişisel Nitelikli Verilerin Değerlendirilmesi ve Bu Verilerin Serbest dolaşımına Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Üzerine 95/46 Sayılı Direktif (Yönerge), Kişisel Verilerin Europol Tarafından Üçüncü Ülkelere ve Üçüncü Organlara İletimi İle İlgili Kuralları Benimseyen 12 Mart 1999 Tarihli Konsey Kararı (Resmi Gazete C 088, 30/03/1999 s. 0001-0003) ve Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili 45/2001 Sayılı Yönetmelik (ATRG, L 8, 12.01.2001) de düzenlenmiştir. Bkz. Özel, s.1-30. Anılan bu yasal düzenlemeler ile birlikte Avrupa Birliği'nde hizmet, sermaye ve mallar serbestçe dolaşabilirken veriler serbestçe

da belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri ifade eder. Bir gerçek kişinin belirlenebilir olması; özellikle şifre numarasına göre ya da psişik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura aidiyeti aracılığı ile doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir²⁷². O halde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir²⁷³. Otomatik bilgi işleme konu teşkil eden kişisel nitelikli verilerin; meşru ve yasal yoldan elde edilmesi ve işleme tabii tutulması, bu verilerin belli ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı kullanılmasının engellenmesi, veri toplama işlemlerinin amaçla uygun ve amaca elverişli olması, bilgilerin doğru ve güncel olmasının gerekliliği ve bilgilerin nihai amaç için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde korunması hususları ise 5. maddede düzenlenmiştir²⁷⁴. Anılan direktif ile kişisel verilerin toplanması ve kaydedilmesi yasaklanmamış; ancak bunun koşulları ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Ülkemizde bireyin kişisel nitelikli verilerinin korunması hakkının garantisini oluşturacak anayasal garantiler mevcuttur. Öncelikle kişisel nitelikli bir veri üzerindeki hakkın korunması, aslında o kişisel nitelikli verinin ait olduğu yaşam ilişkisine ait özgürlük alanının da korunması anlamına gelmektedir²⁷⁵. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi (AY. md.2), bireyin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkı (AY. md. 17/1), insan onuru (AY. Başlangıç paragraf 6), özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliği hakkı (AY. md. 22), dini ve vicdani kanaatleri açıklamaya zorlamama (AY. md. 24/3), düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlamama (AY. md.25/2) gibi temel haklar bireyin özel yaşamının gizliliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu alanlara ilişkin verilerin kamusal makamlar tarafından toplanması, işlenmesi ve değerlendirilmesi karşısında kamusal faaliyetlerin sınırlandırılması bağlamında bireyin hakları vardır²⁷⁶.

dolaşamaz olmuştur. Bkz. Tansuğ, Avniye; AB'nin Yeni Ekonomik Silahı Veri Saklama Hukuku, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, S.16, s.21.

²⁷² Şimşek, Oğuz, 4422 Sayılı Kanunun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2001, s.96.

²⁷³ Özkorul, s.3.

²⁷⁴ Şenoğlu, s.116.

²⁷⁵ Şimşek, s.98.

²⁷⁶ Şimşek, s.99.

Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde de kamusal amaçlarla bireyin özel yaşam alanına ilişkin verilere ulaşmak mümkündür, ancak sözleşme açısından önemli olan husus bu faaliyetin sınırı ve bu faaliyetler sırasında bireyin 8. madde kapsamındaki haklarını koruyucu yeterli güvencelerin getirilmiş olmasıdır²⁷⁷. Bu hak bireyin kişisel nitelikli verilerine hiçbir şekilde dokunulamayacağı anlamına gelmez. Aksine bu hak bireyin kişisel nitelikli verilerinin akıbetini belirleyebilmesini, kamusal organların kişisel nitelikli verileri manipüle edememesini, kötüye kullanamamasını ifade etmektedir²⁷⁸.

Telekomünikasyon araçları yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiriyle elde edilen bilgiler kişisel nitelikli veri kapsamındadır ve kişisel nitelikli verilerin korunması hakkı, bireyi kendisi yapan, bireyin kişiliğini oluşturan ve bilhassa özel yaşamının dar alanına örneğin politik ve dinsel görüşlerine, vicdani kanaatlerine, cinsel yaşamına ilişkin bu verilerin korunması suretiyle bireyi veri işlem faaliyetlerinin basit bir objesi haline getirmekten koruyacaktır. Gerçekten de Alman Anayasa Mahkemesi 1983 tarihli bir kararında²⁷⁹ belirttiği gibi; kişinin yaşam ilişkilerini bizzat açıklamaya karar verme yetkisi, otomatik veri işleminin bugünkü ve gelecekteki koşulları karşısında özellikle tehlike altındadır. Verilerin sınırsız biçimde depolanabilmesi, veri işleminin hızı, entegre edilmiş bilgi işlem sistemlerinin ortaya çıkması, kişisel nitelikli verileri tamamen tasarruf edilebilir hale getirmekte, bu durum kapsamlı bir kişilik profili oluşturma tehlikesini doğurmaktadır. Bu bakımdan kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkı, ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde kişisel yaşam ilişkilerinin açıklanacağına bireyin kendisinin karar verme yetkisini içermektedir. Bireyin, kendisi hakkında, kimin, neyi, ne zaman ve hangi durumlarda bildiğini öğrenme olanağından yoksun olması, söz konusu hakla bağdaşmaz.

²⁷⁷ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.

²⁷⁸ Şimşek, s.103.

²⁷⁹ Erdem (2001), 122.

7.3- İletişimin Denetlenmesi ve Düşünceyi Açıklama Hürriyeti

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ifade özgürlüğünün üç unsurunu teminat altına almaktadır: İlki kanaat sahibi olma özgürlüğü, ikincisi bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü ve sonuncusu da bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğüdür²⁸⁰. Herkes ifade ve açıklama hakkına sahiptir. Sözleşmenin 10. maddesinde ve Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen bu hak, resmi makamların müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder²⁸¹. Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması diğer birçok özgürlüğün de sınırlandırılmasına yol açmaktadır²⁸². AİHM tarafından verilen kararlar ile, ifade özgürlüğünün temel prensipleri ortaya konmuştur. Bu kararlara göre ifade özgürlüğü; demokratik bir toplumun asli temellerinden, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur²⁸³.

İfade özgürlüğünün kullanılmasında devletin yalnızca negatif yükümlülükleri yoktur. Aynı zamanda ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için gereken tedbirleri almak da devletin pozitif yükümlülüğüdür²⁸⁴. İfade özgürlüğünü kullanan bireyin vücut bütünlüğüne ve malvarlığına karşı yapılacak müdahalelere karşı devletin gerekli önlemleri alması genel olarak devletin pozitif yükümlülüğü olarak sayılmıştır.

Haberleşme hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile birlikte düşünce açıklama hürriyetinin doğal bir uzantısıdır²⁸⁵. Düşünceyi açıklama özgürlüğüne; sözsöz, işitsel, yazısal, çizgisel ve buna benzer tüm iletişim araçlarının kullanılması dahildir²⁸⁶. Düşüncenin açıklanmasında kullanılan araçlardan biri de telekomünikasyon araçlarıdır ve iletişiminin gizli kalacağından emin olmayan

²⁸⁰ Macovei, Monica; İfade Özgürlüğü, Ankara, 2003, s.8.

²⁸¹ Gözlügül, s.127.

²⁸² Kaboğlu, İbrahim Özden; Düşünce Özgürlüğü, İnsan Hakları Yıllığı, c.15, İstanbul, 1993,s.46.

²⁸³ Handyside-Birleşik Krallık Davası, 07 Aralık 1976 tarihli karar, Doğru, AİHMİ, s.161.

²⁸⁴ Bıçak, Vahit; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara, 2002, s.46.

²⁸⁵ Şen (1993), s.152.

²⁸⁶ Şenoğlu, 239.

kişinin düşüncesini serbestçe açıklayamayacağı²⁸⁷ da kabul edilmelidir²⁸⁸. İşte iletişimin denetlenmesi bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinden biri ifade özgürlüğünü garanti altına alacak tedbirleri alması, kişilerin iletişim araçları aracılığı ile de düşüncelerini serbestçe açıklayabilecekleri hukuki korumanın sağlanmasıdır²⁸⁹. Şüphesiz özel kanaatlerin gizliliği, haberleşme ve düşüncelerin serbest iletişimi, bunların özel yaşam alanı bağlamında koruma görmesi ile sağlanabilecektir²⁹⁰.

7.4- İletişimin Denetlenmesi ve Yalnız Olma Hakkı

Bugün tartışmalı olmayan ve hemen herkesin özel yaşam alanı içinde kabul ettiği bir kısım vardır ki bu, yalnız olma hakkıdır. Özel hayatın gizliliği hakkının, istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da kapsayan yalnız olma hakkını da içerdiği kabul edilmektedir²⁹¹. Özel hayat; bireyin, ‘dingin ve rahat bırakılma hakkı’na sahip olduğu kendine özgü alanı olarak tanımlanmıştır²⁹². Amerikan mahkeme kararlarına göre de özel hayat; bir insanın sebep olmak ve arzu etmek hali istisna edilirse, bir tanıtmaya tabi olmaksızın kendi hayatını yalnız yaşaması hakkıdır²⁹³. Yalnız olabilme hakkı kişinin konutunun, iş veya stüdyosunun meraklı kişilerin müdahalelerinden uzak olmasını, birinin fotoğrafının istenmeyen dolaşımının engellenmesini, başka bir deyişle kişinin mahremiyeti ile ilgili olan her şeyin gizli kalmasını, ifade edilmemesini, gösterilmemesini ve ihlal edilmemesini kapsamaktadır²⁹⁴.

Yaygın olarak özel yaşam ile mahremiyet kavramları da birbirleriyle karıştırılmaktadır. Bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir.

²⁸⁷ ABD Yüksek Mahkemesi’nin 21 Mayıs 2001 tarihli *Bartnick v. Vopper* Kararı ‘*Demokratik bir toplumda, vatandaşların yaratıcı ve yapıcı düşünüp hareket etmeleri için iletişimin özel/gizli olması esastır. Bir yabancı tarafından konuşmaların kontrol edildiği şüphe ve korkusu, gerçekte böyle bir eylem olmasa bile, yapıcı düşüncelerin ve eleştirel fikirlerin ortaya çıkmasında ciddi kısıtlayıcı etkiler oluşturabilir.*’ Arslan, s.427.

²⁸⁸ Tosun, s.98.

²⁸⁹ ABD Yüksek Mahkemesi’nin 21 Mayıs 2001 tarihli *Bartnick v. Vopper* Kararı ‘*Telefonla konuşan bir kişinin ahizeye konuştuğu kelimelerin dünyaya yayılmayacağı varsaymaya kesinlikle hakkı vardır.*’ Arslan, s.435.

²⁹⁰ Kaboğlu (2002), s.170.

²⁹¹ Üzeltürk, s.4.

²⁹² Özdemir, s.19.

²⁹³ Danışman, s.9.

²⁹⁴ Yargıç Cooley’den aktaran Üzeltürk, s.5.

Herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir. Başka bir deyişle özel hayatın gizliliği hakkı sadece bireyin hayatının mahrem alanını değil, aynı zamanda mahrem olmayan, kamuya açık olan alanını da korumaktadır. Uygarlığın gelişmesi sonucu, hayatın yoğunluğu ve karmaşıklığı bir çeşit çekilmeyi zorunlu kılmaktadır. Kişi, tanıtma karşısında öyle duyarlı hale gelmiştir ki yalnızlık ve mahremiyet onun için vazgeçilmez olmuştur. Günümüzde modern düşünce ve yeni teknik araçlar kişiye fiziki bir zarardan daha fazla psikik ızdıraplar vermektedir²⁹⁵.

Mahremiyet ve özel hayat ile bağlantılı bir başka kavram ise kişinin gizli yaşam alanıdır. Bu, kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarından gizlediği, ancak o kişinin tercihlerine ve rızasına bağlı olarak öğrenilmesi hakkını tanıdığı yaşam davranışları ve ilişkileridir. Bir anlamda insan kişiliğinin kendi dünyasında gelişme, değişme ve oluşma hakkı söz konusudur²⁹⁶. Yalnız kalma olanağı ve hakkının sınırlanması bir açıdan da 'sır' niteliğindeki özel ilişki ve davranışların sınırlandırılması demektir. Giz alanı, kişinin yalnız kalma hakkının bir göstergesi olarak, yaratıcılığının gelişimi için zorunlu bir hayat alanıdır²⁹⁷.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile kişinin mahremiyet alanına müdahale edildiği gibi 'sır' niteliğindeki kişinin gizli yaşam alanı da ihlal edilmektedir. Gizli yaşam alanında insan, kişiliğini geliştirmek için yalnız kalarak çeşitli faaliyetlerde bulunmak imkanına kavuşacaktır. Kişinin yalnız kalma hakkı ihlal edilecek olursa kişiliğin gelişmeyeceği ve düşünsel yeteneklerin ortadan kalkacağı görülecektir²⁹⁸. İletişimin denetlenmesi ile kişinin; gizli kalmasını, ifade edilmemesini, gösterilmemesini istediği gizli yaşam alanına müdahale edilerek kişinin yalnız olma hakkı elinden alınmaktadır.

²⁹⁵ Samuel H. Warren'den aktaran Danışman, s.45.

²⁹⁶ Özek, Çetin; Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999, s.245.

²⁹⁷ Özel, s.32.

²⁹⁸ Şen (1996), Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, s.229.

7.5- İletişimin Denetlenmesi ve Başkalarıyla Görüşme Hakkı

Türü ne olursa olsun her toplumda iletişim söz konusudur. İletişim, insan ilişkisi demektir²⁹⁹. Bu hak çerçevesinde, herkese açık olmayan iletişimin doğallığı ve bireyin kamuoyunda bilinçli, özerk bir birey olarak kendisini takdim etme olanağı korunmaktadır. AİHM içtihatlarında kişisel ilişkilerin ‘iç alan’ın ötesinde özel hayat kavramı tarafından korunan bir alan olduğu vurgulanmıştır³⁰⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1992’de ifade ettiği gibi³⁰¹ özel hayat kavramı, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”dan daha geniştir ve özel hayatın gizliliği hakkı, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir.

Komisyon McFeeley-Birleşik Krallık davasında başkalarıyla görüşme hakkının özel hayatın bir sosyal unsuru olduğuna bir kez daha dikkat çekmiştir. Komisyon, başkalarıyla ilişki kurmanın öneminin mahkumlar için de geçerli olduğunu ve böylece cezaevlerindeki kişilerin belirli derecede bir araya gelme hakkına sahip olması gerektiğini belirtmiştir³⁰².

²⁹⁹ Özek, s.243.

³⁰⁰ Özbey, s.284.

³⁰¹ Niemietz-Almanya Davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar. Dutertre, s.284.

³⁰² McFeeley-Birleşik Krallık Davası, 15.05.1980 tarihli karar, Özbey, s.285.

III. BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ

1- Hukuki Niteliği

1.1- Genel Olarak

Henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmadığı dönemlerde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olan el koyma tedbiri içinde incelenmekteydi³⁰³. 5271 sayılı CMK'dan önce, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, el koymanın bir çeşidi olan postada el koyma içinde ele alınabileceği ileri sürülmekte, hatta bu konuda yasal bir düzenleme bulunmadığı için konunun postada el koyma kapsamında değerlendirilmesi zorunlu görülmekteydi³⁰⁴. Bu görüşe göre sanığa gönderilen *mektup, telgraf ve sair mersulelerin zaptı* başlıklı CMUK 91/1. maddesi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin de yasal dayanağını oluşturmaktaydı³⁰⁵. Yazarlar arasındaki tartışma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin postada el koymanın bir türü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği çerçevesinde yapılmaktaydı. Kimi Yazarlar, postada el koymanın konusunu ancak maddi bir varlığın oluşturabileceğini öte yandan teknolojinin kaydettiği gelişme neticesinde maddi bir varlığı bulunmayan ses, görüntü, sembol, işaret, elektrik sinyalleri gibi iletişim araçlarının el koymanın konusunu oluşturabilmesinin söz konusu olmadığını ileri sürmüşlerdir³⁰⁶.

³⁰³ Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat yayınları, İstanbul, 1994, s. 350.

³⁰⁴ Gökçen, s. 8.

³⁰⁵ Erdem/Özbek; s.254.

³⁰⁶ Erdem/Özbek; s.254.

Konu ile ilgili tartışmalar bugün de devam etmektedir³⁰⁷. 5271 sayılı CMK iletişimin denetlenmesini koruma tedbirleri başlıklı dördüncü kısmın içinde, el koyma tedbirinden ayrı ve bağımsız bir tedbir olarak düzenlemiş, hukuki nitelik bakımından bir koruma tedbiri olduğu yasa koyucu bakımından açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak 5397 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte iletişimin denetlenmesi tedbiri aynı zamanda bir önleme tedbiri niteliği kazanmıştır.

1.2- Koruma Tedbiri ve Önleme Tedbiri

Hazırlık soruşturmasının amacı CMK'nun 160-164. maddelerinde belirtildiği şekil ve esaslarla savcının, kamu davası açıp açmaması konusunda hazırlık yapması, bu amaçla bir vakanın mevcudiyeti konusunda kanaat yaratılmasına yardım edecek araçları toplamasıdır. Hazırlık muhakemesi, savcının kamu davası açıp açmaması konusunda bilgi toplama muhakemesidir³⁰⁸. İşte önceden beri ceza muhakemesinde delil elde etmek, ceza muhakemesinin yapılabilmesini ya da hükmün yerine getirilebilmesini güvencelemek amacıyla henüz hüküm verilmeden önce kural olarak hakim kararıyla başvuru ve her biri bir temel hakka müdahale oluşturan tedbirlere, koruma tedbiri denmektedir³⁰⁹. Koruma terimi, tedbirin konusunu oluşturan delili ve elde edilmek istenen bu delilin kaybolmaması amacını ifade etmektedir³¹⁰. Suç muhakemesi daha önce olduğu ileri sürülen bir olayın muhakemesidir ve hakim eldeki deliller ile o olayı yeniden yaşamaktadır³¹¹. Bu deliller, olayın meydana gelmesi ile hakim işe el koyması arasında ne kadar korunursa, hakim o kadar isabetli karar verme olanağı olur³¹².

Öte yandan gizli tedbirlerin, delil elde edilmesi ve bunların muhakeme yapılana kadar korunmasının sağlanması amacı yanında; istihbarat elde etmek ve

³⁰⁷ Yurtcan ve Yenisey 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini el koyma tedbirinin özel bir türü olduğunu ileri sürmektedir. Bkz.Yurtcan (2005), s.356. Kunter, / Yenisey, /Nuhoğlu; Ceza muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2006, s.942.

³⁰⁸ Özbek, Veli Özer; Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, Seçkin, Ankara, 2005, s.509.

³⁰⁹ Centel,Nur; Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmaları, Cilt:8, sayı 1-3,s.70, İstanbul 1994.

³¹⁰ Özbek, s.509.

³¹¹ Tosun, s.96.

³¹² Kunter, Nurullah; Ceza Muhakemesi Hukuku,İstanbul, 1986, s.607.

suçu önlemek amacının da bulunması nedeniyle, tedbirleri ifade etmek için gizli soruşturma tedbiri terimi de tercih edilmektedir³¹³.

Klasik tedbirler olarak nitelendirebileceğimiz tedbirler açık tedbirleridir ve tedbire maruz kalan kişi böyle bir tedbire maruz kaldığını bilir ve bu tedbire boyun eğer. Ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demek olan el koyma, şüpheli kişi ya da delillerin ele geçirilmesi amacıyla konut, işyeri veya kişilerin üzerinde araştırma yapılması anlamına gelen arama, bilgisayar verilerini arama, kopyalama ve el koyma, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma anlamına gelen yakalama ve tutuklama, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığını ihlal eden vücudun muayenesi tedbirleri bu bapın tedbirleridir.

Buna karşın gizli soruşturma tedbirlerine maruz kalan kişiler genellikle böyle bir tedbire maruz kaldıklarından haberdar değildirler. Haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğini ihlal eden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, gizli soruşturmacı ve teknik araçla izleme tedbirleri ise mevzuatımızda yer alan gizli koruma tedbirlerindedir. Muhatabın tedbirden haberdar olması tedbiri anlamsız hale getireceğinden tedbir gizli yürütülür³¹⁴.

Koruma tedbirleri geçicidirler ve başvuruldukları takdirde temel hak veya hakları sınırlarlar ve son olarak muhakemenin yapılmasını veya verilecek kararın uygulanabilirliğini sağlarlar.³¹⁵

Koruma tedbirlerinin her biri bir veya daha çok temel hakka müdahale niteliği taşıdığı için bu tedbirlere ancak somut durumda zorunluluk bulunması halinde başvurulabilmektedir. Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için, şüphenin belli bir yoğunluğa ulaşması gereklidir. Öte yandan, koruma tedbirlerine başvurmak açısından gecikmede tehlike de bulunmalıdır. Tehlike ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun yapılamaması tehlikesi olup³¹⁶ bu terim, gecikilmeksizin bir

³¹³ Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma tedbirleri, Ankara, 2001, s.48.

³¹⁴ Centel, Nur/ Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2006, s.361.

³¹⁵ Kunter, / Yenisey, /Nuhoğlu, s.731.

³¹⁶ Centel/ Zafer, s.281.

tedbir alınması gerekliliğini ve gecikildiği takdirde tedbire başvurulmasının da bir anlamı olmadığını ifade etmektedir³¹⁷.

Her koruma tedbiri gibi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri de belli yoğunlukta şüphenin varlığı halinde şüpheli hakkında henüz mahkumiyet kararı verilmemiş olsa dahi şüphelinin genel kişilik hakkı, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı ve hatta düşünce hürriyeti gibi bazı temel haklarını sınırlar. Yine telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi geçicidir ve amaçlanan faydaya ulaşıldığında tedbire son verilmelidir ve son olarak da başvurulmadığı takdirde muhakemenin yapılamaması veya kararın uygulanamaması söz konusu olmalıdır³¹⁸.

Bir suçun işlenmesini önlemek amacıyla başvuru edilen önleme tedbirinde ise bir tehlike olmakla birlikte tehlike uzaktır ve gecikmede tehlike söz konusu değildir³¹⁹. Tehlike uzak ya da yakın olsun henüz suç işlenmemişse söz konusu suç işlenmesi tehlikesi bu tedbirlerle önlenmeye çalışılır³²⁰. Bu nedenle önleme tedbirine başvurulabilmesi için genel ve ortaya çıkması mümkün herhangi bir tehlike yeterlidir. Bir tedbirin, önleme tedbiri mi yoksa koruma tedbiri mi olduğu çok önemlidir. Zira, tedbirin önleme tedbiri olması durumunda oldukça uzak bir tehlike için temel hak ve özgürlüklere müdahale imkanı doğmaktadır³²¹.

5397 sayılı kanun ile getirilen düzenlemelerle iletişimin denetlenmesi tedbiri, önleme tedbiri niteliği kazanmıştır ve daha suç işlenmeden önce örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devletin güvenliğine karşı, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırların karşı suçlarda anılan tedbire başvurmak suretiyle kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilme yolu açılmış bulunmaktadır.

³¹⁷ Özbek/Doğan, s.523.

³¹⁸ Erdem/ Özbek, s.255.

³¹⁹ Kunter, s.606.

³²⁰ Özbek/Doğan, s.522.

³²¹ Özbek/Doğan, s.523.

Yukarda kısaca değindiğimiz gibi gizli soruşturma tedbirleri ancak ceza muhakemesi içinde ve hakim kararı gibi sıkı şekil şartlarına tabi tedbirlerdir. Kimi yazarların yalnızca işlenmiş, işlenmekte veya neticesi devam eden suçlara ilişkin olarak başvurulabileceğini savundukları³²² iletişimin denetlenmesi tedbiri, bir önleme tedbiri niteliği kazanmakla suç işlenmeden önce ve suçun işlenmesini önlemek amacıyla istihbarat faaliyeti yapmanın aracı haline getirilmiştir. Kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaz ve bu nedenle bu hareketlerle ilgili olarak bir ceza muhakemesi de başlatmak mümkün değildir. Ancak bu gelişim suçla mücadelede suçla ilgili istihbarat elde etmeyi ceza muhakemesinin içine taşımış³²³ ya da daha önce olduğu ileri sürülen olayın muhakemesi olan ceza muhakemesi geriye çekilerek suç oluşturan eylem gerçekleşmeden, gelecekte gerçekleşmesi mümkün olayların muhakemesi haline getirilmiş ve adli makamlar da yapılacak olan istihbarat faaliyetlerinin bir parçası haline getirmiştir.

2- Yasal Çerçevesi

2.1- 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunundan Önce

4422 sayılı kanun yürürlüğe girinceye kadar haberleşmenin denetlenmesi konusunda yasal bir düzenleme mevcut değildi. 1929 tarihli CMUK özellikle elektronik ve mekanik vasıtalarla elde edilen delillerin hukuka uygunluklarını belirlemek hususunda oldukça geri bir düzenlemeydi. Yazarlar arasında haberleşmenin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda üç farklı görüş bulunmaktaydı: İlk görüş; 1412 sayılı CMUK'un 91/2 maddesinde yer alan postada el koyma hükümlerinin, kıyas yoluyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için de uygulanmasının mümkün olduğunu ileri süren görüş³²⁴. İkinci görüş; 1412 sayılı CMUK'un 91/2 maddesinde yer alan 'vesair mersule'

³²² Şen, Ersan; Türk Hukukunda telefonların Gizlice Dinlenmesi Sorunuyla Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999. s.734.

³²³ Özbek/Doğan, s.527.

³²⁴ Akmanlar, Bülent; Avrupa Konseyi Üye Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi Ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi, YD. 1982/4, s.670 ; Yurtcan, (1994), s.350; Yenisey (1998), s.244; Şen, Ersan, Gizli Dinleme Ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD 1995, s.52.

kavramını genişletici yoruma tabi tutmak suretiyle ‘vesair mersule’ kavramını tüm telekomünikasyon araçları ile yapılacak haberleşmeyi de içine alacak şekilde genişleterek telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin mümkün olduğunu ileri süren görüşür³²⁵. İlk iki görüş de bizi aynı sonuca götürmektedir. Gerek postada el koyma, kıyas yoluyla uygulanarak tüm telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi olarak anlaşılın, gerekse de ‘vesair mersule’ kavramı tüm haberleşme araçları olarak kabul edilsin postada el koymanın mümkün olduğu tüm hallerde haberleşmenin denetlenmesinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda da her suç bakımından denetlenmenin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir³²⁶. Üçüncü görüşü savunan bazı yazarlar ise 4422 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce CMK’nın postada el koymayı düzenleyen hükümlerinin ne kıyas ne de genişletici yorum yoluyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin hukuksal dayanağı haline getirilemeyeceğini ileri sürmekteydiler³²⁷. Gerçekten de öncelikle; Anayasa’nın 22. maddesine göre kanunun açıkça göstermediği hallerde haberleşmenin gizliliğine dokunulamaz ve ikinci olarak; AİHS’nin 8. maddesine göre haberleşmenin denetlenmesi ancak kanunla öngörüldüğü hallerde mümkündür.

4422 sayılı kanundan önce haberleşme araçlarının denetimi Telefon İşletme Rehberi’nin 4. maddesindeki ‘Mahkeme kararı veya acele hallerde CMUK’nun 92. maddesindeki kayıt ve şartlarda konuşmaların kim tarafından dinleneceği teşekkülümüze (PTT) yazılı olarak bildirilmesi suretiyle cumhuriyet başsavcılarının verecekleri kararlar üzerine telefon konuşmaları sözü edilen ilgililer tarafından dinlenebilir. Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından verilmiş olan bu kararın hakim tarafından tasdik edilmiş olup olmadığı araştırılır. Üç gün zarfına kadar tasdik olunmadığı takdirde müteakip konuşmalar dinletilmez.’ hükmüne göre yapılmaktaydı. Uygulamada özellikle DGM’nin görevine giren suçlar bakımından telefon konuşmaların denetlenebilmekte ve kanunda bir düzenleme olmaması nedeniyle tedbirin uygulanışı açısından soruşturma makamlarını sınırlayan bir durum da bulunmamaktaydı. O yüzden talep üzerine verilen kararlar ve dinlenen

³²⁵ Gökçen, s.188,191. Çolak/ Taşkın, s.443.

³²⁶ Gökçen, s.191.

³²⁷ Sözüer (1997), s.83.

telefonların tutanakları dosyaya girmemekte, koğuşturma makamları bu bilgilerden çeşitli şekillerde istifade etmekteydi. Neticede, ne telefonu dinlenen kişi bundan haberdar olmakta; ne de telefon dinlemeye dair kararlar dosya içerisine girmedeği için telefonların dinlenmesi suretiyle delil elde edildiğinden mahkeme haberdar olabilmekteydi³²⁸.

2.2- 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Dönemi

4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu³²⁹ 01.08.1999 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 01.06.2005 tarihi itibariyle 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır³³⁰. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ilk olarak 4422 sayılı yasa ile yasal dayanağa kavuşturulmuştu. Ancak 4422 sayılı kanunda iletişimin denetlenmesi kanun kapsamında kalan az sayıda ve örgütlü suçlar için kullanılmaktaydı³³¹. Kanununun 16. maddesi sadece beş tür suçun takibinde teknik takibe başvurulabileceğini düzenlemiştir. Bu suçlar: Çıkar amaçlı suç örgütü oluşturma, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında düzenlenen suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda düzenlenen suçlar, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen suçlar, uyuşturucu ticaretiyle ilgili suçlardır. Bu suçların dışında kalan diğer suçlarda suçun araştırılması ve soruşturulması esnasında teknik takibe başvurma izni, yasal olarak bulunmamaktaydı. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların sayısı çoğaltılmıştır³³².

³²⁸ Gökçen, s.200.

³²⁹ R.Gazete Tarih : 01.08.1999, Sayı : 23773.

³³⁰ R.Gazete Tarih : 31.03.2005, Sayı : 25772 (M.).

³³¹ Çolak/Taşkın, s.443.

³³² 5271 Sayılı CMK gerekçesi m. 107.

2.3- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu³³³ ile 2259, 2803 ve 2937 Sayılı Kanunlar³³⁴ Dönemi

Ceza yargılamasında iletişimin denetlenmesine dair temel hükümler, CMK'nın 135 ila 138. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu maddelerde iletişimin denetlenebilmesi için gerekli koşullara, hangi suçlar için bu tedbire başvurulabileceğine, iletişimin tespitine ilişkin kararın hangi merci tarafından ve nasıl verileceğine, bu tedbire hangi kişiler tarafından başvurulamayacağına, tesadüfen ele geçen delillere nasıl muamele edileceğine, tespit kararının nasıl ve kimler tarafından yerine getirileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, önleyici ve adli olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. CMK' da söz konusu tedbirin uygulanması, '*bir suç dolayısıyla*' ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin delil elde etmek amacıyla, işlenmiş bir suçun soruşturması veya kovuşturmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir³³⁵. Böylece söz konusu tedbir CMK'da düzenlenen hali ile bastırıcı nitelikte bir tedbir olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak önleyici (istihbari) amaçla bu tedbire başvurulabilmesinin yasal dayanağı 5397 sayılı kanun ile getirilmiştir³³⁶.

Aşağıda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin 5271 sayılı CMK'daki ve istihbarat amaçlı olan 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlardaki koşulları irdelenecek ve yeri geldikçe yeni yasal düzenlemelerin AİHS ve AİHM içtihatlarına uyumsuz yanları ele alınacaktır.

³³³ R.Gazete Tarih : 17.12.2004 Sayı :25673. 5397 Sayılı Kanun'un 1-3. maddelerinde yer alan ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının faaliyetlerinin denetiminin sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları yanında Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyonlar tarafından yapılacağına ilişkin hükümlerinin iptali için Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, ancak başvuru henüz sonuçlandırılmamıştır.[<http://www.anayasa.gov.tr>] erişim tarihi:23.10.2007.

³³⁴ 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun R.Gazete Tarih : 23.07.2005 Sayı :25884.

³³⁵ Çolak/Taşkın, s.442.

³³⁶ Keklik, Ramazan; Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Mayıs 2006 S:25. s.227.

2.3.1- Konu Bakımından

Haberleşme olanaklarının hızla yayıldığı bir dönemde, teknik gelişmeler gözetilerek, haberleşme araçları arasına katılan bütün araçlar aynı kapsamda mütalaa edilecek şekilde yasal düzenleme yoluna gidilmiştir³³⁷. Başka bir deyişle; yapılan yasal düzenleme ile ilk akla gelen haberleşme aracı olan telefon dinlemeye değil, telefon, telsiz, telefaks gibi klasik haberleşme araçları yanında, teleteks, dateks gibi her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri ile yapılan iletişimin denetlenmesi olanağı getirilmiş olmaktadır. Telekomünikasyon teriminin kullanılması ile haberleşme araçlarının yeni türlerine de söz konusu tedbirin uygulanacağı kanun tarafından açıkça belirlenmiş olmaktadır.

Ayrıca yeni düzenleme, yalnızca haberleşme araçlarının denetlenmesi için değildir. Klasik telefon dinleme metotları, giderek suç örgütleri tarafından daha çok bilinir hale geldiği ve bu tür organizasyonlar telefonda bilgi vermeme veya şifreli konuşma gibi denetlemeyi işlevsiz kılacak metotlar geliştirdikleri için etkinliğini yitirmiş bulunmaktadır. Bu yüzden yasa koyucu ceza muhakemesinde delil aracı olarak elde edilmiş bu bilgilerin işlenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin bir yetki de içermektedir³³⁸.

2.3.2- Amaç Bakımından

CMK 135. maddede yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri de diğer koruma tedbirleri gibi muhakemenin yapılabilmesini ve verilecek kararların uygulanabilirliğini sağlamayı amaçlar. Nitekim tedbir bir suçun aydınlatılmasını veya somut duruma göre bir şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacını taşımaktadır.

³³⁷ Yurtcan (2005), s.356.

³³⁸ 5271 sayılı CMK m 135/1 'Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.'

Önleyici amaçla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile koğuşturma amacıyla yapılan denetlemeyi birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Önceleri bu tedbire anayasayı koruma ve istihbarat amacıyla da başvurulabilmekteydi³³⁹. Günümüzde özellikle organize suçlulukla mücadelenin giderek zorlaştığı gerekçesiyle muhakeme hukukuna ilişkin bastırıcı ve polis hukukuna ilişkin önleyici yetkiler arasındaki ayırım artık yerinde görülmemekte³⁴⁰, suçla önleyici mücadele ve ilerde yapılacak ceza kovuşturması için kolluğa şimdiden önlem alma yetkisi veren yeni düzenlemelere gerek bulunduğu ileri sürülmektedir³⁴¹. Bu anlayışın etkisi ile PVSK'na eklenen 7. madde³⁴² önleyici amaçla gizli yollarla ve özellikle iletişimin denetlenmesi yoluyla bilgi elde edilmesine imkan veren bir hüküm olarak değerlendirilmiştir. Uygulamada gerek telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gerekse de optik ve akustik gözetleme bu hükme dayanarak yapılmaktaydı.³⁴³ Oysa bir çok temel hakka müdahale niteliğindeki bir tedbirin dayanağı kolluğa genel olarak yetki veren bir hüküm olamazdı ve bu sakınca ilk olarak 4422 sayılı kanunun³⁴⁴ yürürlüğe girmesi ile giderilmeye çalışılmış ve kanunun 2. maddesi ile işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun veya suç delillerinin ortaya çıkarılması için iletişimin dinlenmesi ve tespitine olanak verilmiştir. Yine, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması 'bir suç dolayısıyla' ceza soruşturması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, delil elde etmek amacıyla, halen işlenmiş olan bir suçun soruşturulması veya kovuşturulmasıyla sınırlandırılmıştır³⁴⁵.

³³⁹ Çolak / Taşkın, s.442.

³⁴⁰ Erdem / Özbek, s.257.

³⁴¹ Cerrah, Celalettin; İstanbul Emniyet Müdürü [www.haber7.com] Erişim tarihi: 26.03.2006.

³⁴² 2559 Sayılı Kanun m. 7 '*Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayışı sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır*'.

³⁴³ Erdem / Özbek s.259.

³⁴⁴ Bu Kanun 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle 1/6/2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁴⁵ Çolak/ Taşkın, s.442.

Bu sebeple ceza soruşturması dışında başka bir amaçla CMK 135. maddedeki iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacaktır³⁴⁶.

‘Önleyici amaçla’ telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek bir düzenleme 2559 Sayılı PYSK’nun 7/2. maddesi; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun Ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesi yürürlüğe girinceye kadar mevcut değildi. Bu yasal düzenlemelerle CMK 135/7. maddesindeki ‘*Bu madde de belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimse bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinleyemez ve kayda alamaz*’ hükmünün de herhangi bir anlamı kalmamıştır.

Son olarak, iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi denetleme sonucu elde edilen verilerin kullanılmasında da denetleme amacına uygun hareket edilmesi, bir ceza muhakemesi ilkesi olan amaca bağlılık ilkesinin bir sonucudur³⁴⁷. Kişisel verilerin yalnızca elde edilmesi değil aynı zamanda kullanılması ve dolaşıma sokulması da kişinin temel haklarına müdahale oluşturur ve bu nedenle veriler hangi amaçla elde edilmiş ise ancak o amaç çerçevesinde kullanılması gerekir. Bu ilke gereğince ceza soruşturması kapsamında yapılan denetleme sonucu elde edilen bilgiler, işlenmiş suç kanıtı dışında kullanılamayacaktır³⁴⁸. Amaca bağlılık ilkesi, gerek önleme ve gerekse istihbarat amacıyla elde edilen bilgilerden ceza kovuşturmasında sınırsız olarak yararlanılmasına engel oluşturmaktadır. Zaten AİHM, genellikle devletlerin belirli ve meşru bir amaç için hareket ettiğini de kabul etmiş ve olayların maddi gerçeklerini göstermesi şartıyla amaca ilişkin açıklamaları kabul etmiştir. Fakat uygulamada tek başına failin veya suç delillerinin elde edilmesi ile yetinilmeyerek, özellikle örgütlü suçlar ile mücadelede failin hayat alışkanlıkları, sosyal çevresi hakkındaki bilgilerin de toplanması yoluna gidilmek suretiyle amaca bağlılık ilkesine aykırı hareket edilebilmektedir.

³⁴⁶ Keklik, s.229.

³⁴⁷ Keklik, s.229.

³⁴⁸ Erdem Mustafa Ruhan; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.2. [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] Erişim tarihi:04.03.2006.

2.3.3- Kişi Bakımından

Bir koruma tedbiri olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ilk olarak bizzat şüphelinin veya sanığın yaptığı haberleşmenin denetlenmesi için uygulanmaktadır. Bununla beraber, iletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşmenin karşı tarafında yer alan ve olayla ilgisi olmayan üçüncü kişinin de temel hak ve hürriyetlerine kaçınılmaz bir şekilde müdahale etmektedir. Aynı şekilde haberleşmesi denetlenen şüpheli veya sanık kamuya ya da bir başkasına ait haberleşme aracını kullandığı durumda kaçınılmaz olarak üçüncü kişilerin haberleşmesi denetlenmiş olacaktır³⁴⁹. Tedbirin etki alanına üçüncü kişilerin girmesi tehlikesine karşılık, 5271 sayılı yasada gerekli önlem alınmıştır. Nitekim 135. madde de *‘verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, belirtilir...’* demek suretiyle tedbirin ancak belirli bir suç veya belirli failer için uygulanabileceği, herkesi içine alacak şekilde soyut dinleme kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir. Aynı ifadelere 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda yer verilmek suretiyle, bu kanunlar çerçevesinde yapılacak önleme dinlemelerinde de tedbirin herkes için genel olmaması ilkesine uygun davranılmıştır. Ne var ki önleme tedbiri niteliğindeki (istihbari) denetlemelerde şüpheli veya sanıktan bahsedilmemiş yalnızca 2559 Sayılı PVSK’nun 7/2, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun Ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesinde sayılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla *‘...hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir.’* hükmüne yer verilmiştir. Böylece önleme dinlemelerinde, dinlenen kişinin sanık veya şüpheli sıfatlarına sahip olması aranmamıştır.

CMK m.135/1 de yasa koyucu şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceğinden bahsetmiştir. Şüpheli veya sanığın yararlandığı haberleşme aracının bir başka kişiye ait olması halinde denetlenip denetlenemeyeceği tartışmalıdır. Yazarlar; yasa koyucunun amacının sanığın

³⁴⁹Çolak/ Taşkın, s.445.

yararlandığı haberleşme aracının denetlenmesi olduğunu ve suç işleyenlerin genellikle kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullandıklarından dinlemeye alınacak iletişim araçlarının yalnızca şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olanlar değil, adına kayıtlı olmasa bile kullandıkları iletişim araçlarının hepsinin tedbirin kapsamında kaldığını ileri sürmektedirler³⁵⁰. Bu nedenle işletmeler, lokantalar, dernekler ya da partilerin kamuya ait telekomünikasyon şebekelerinde yapılan haberleşmesinin denetlenmesi mümkün hale gelmektedir³⁵¹. Bu durumunda şüpheli veya sanık dışında kalan üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerin sınırsız olarak yayılacağını açığırır.

4422 sayılı kanunda şüpheli veya sanıkların ‘kullandıkları’ iletişim araçları için dinleme kararı verilebileceği belirtilmişti. CMK’da açıkça ‘kullanma’ deyiminden bahsedilmemiş sadece sanık veya şüphelinin iletişiminin denetleneceğinden bahsetmekle yetinilmiştir. Bu durumda dinleme veya tespit kararı yalnızca sanık veya şüphelinin kullandığı iletişim araçları için mi verilecektir, yoksa şüpheli veya sanığın iletişim kuracağına bilindiği veya tahmin edildiği kişilerle ilgili olarak da dinleme ve tespit kararı verilerek sanık veya şüphelinin iletişimi denetlenebilecek midir? CMK’nın ‘kullanma’ deyiminden bahsetmemiş olmasından üçüncü kişilerin kullandığı iletişim araçları ile ilgili dinleme kararının verilebileceği sonucunu çıkartmak mümkün değildir. Aksi halde başvurulması sıkı şartlara bağlanmış bulunan bu tedbirin uygulama alanı son derece genişleyecektir. Öte yandan CMK 135/4 maddesinde düzenlenen sanık veya şüphelinin yakalanması için başvurulmuş mobil telefonun yerinin tespiti kararı da yalnızca sanık veya şüphelinin kullandığı mobil telefonlar için değil, sanık veya şüphelinin yakalanabilmesi için elverişli herhangi bir telefonun yerinin tespiti için verilebilecektir³⁵².

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller kimler yönünden hukuka uygun delil sayılır? Elde edilen deliller, iştirak halinde veya topluca işlenebilen

³⁵⁰ Çolak/ Taşkın, s.445.

³⁵¹ Dönmezer, Sulhi, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Semineri, EGM, İstanbul, 1999.

³⁵² Keza dördüncü fıkradaki ‘kullanmakta olduğu’ ve ‘kullanılan’ ibareleri metinden çıkarılarak, şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti mümkün kılınmıştır (5353 s.k.md.17).

suçlar yönünden nasıl değerlendirilmelidir?³⁵³ Telefon gibi, iletişim araçlarının en az iki kişi arasında haberleşmeye aracılık eden cihazlar olduğu göz önünde tutulduğunda tedbirle ilgisi olmayan ancak tedbirden etkilenen üçüncü kişilerin durumu³⁵⁴ tesadüfen elde edilen deliller kapsamında değerlendirilmelidir³⁵⁵. Yapılan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili bulunan kişinin iletişimi denetlenirken, aynı soruşturma veya kovuşturmada adı geçmeyen ancak ister -iştirak halinde veya topluca işlenen suçlarda olduğu gibi- aynı soruşturma veya kovuşturma ile ilgisinin bulunduğu anlaşılın³⁵⁶ isterse başka bir suç işlendiği şüphesi uyandırabilecek deliller elde edilmiş olsun, tedbirden etkilenen üçüncü kişi ile ilgili olan delil CMK 135/6. madde sayılan suçlardan biri olduğu takdirde muhafaza altına alınacaktır³⁵⁷.

³⁵³ ‘Neşter 2’ operasyonu çerçevesinde H.E. adlı kişi için usulüne uygun alınmış mahkeme kararına istinaden yapılan dinleme sırasında bazı Yargıtay Üyelerinin suç şüphesi uyandıran konuşmalarının da kayda alınmış ve Yargıtay 1. Başkanlık Divanı’nın haklarında dava açılması istenen Yargıtay üyelerinin yargılanmaları konusunu görüşmek üzere yaptığı toplantı sonucunda haklarında dava açılması istenen üyeler hakkında sunulan en önemli delil durumundaki telefon görüşmesi kayıtlarının delil olarak değerlendirilemeyeceğine karar verilerek üyeler hakkında dava açılmasına izin verilmemiştir. Başkan Eraslan Özkaya; telefon dinleme kararının tek yönlü olduğunu, karşı taraf için telefon dinlenmesi yönünde bir karar alınmadan bu kişi ile konuşan Yargıtay üyelerinin de dinlendiğini, Yargıtay üyelerinin telefonlarının dinlenmesi için, Yargıtay 1. Başkanlık Divanı’ndan bir izin talebinde bulunulmadığı için yasal olmayan yollardan elde edilen delilin, ceza kovuşturmasında delil olarak kabul edilemeyeceğini bu nedenle hakkında Ankara DGM Cumhuriyet Başsavcılığı’nca dava açılan H.E. yönünden bir dinleme kararı olmasına karşın, bu kararın, diğer kişiler (Yargıtay üyeleri) için yasal olarak bir sonuç doğurmadığına karar verildiğini beyan etmiştir. ‘Yargıtay, Neşter Operasyonu soruşturmasında davaya gerek görmedi’ ve ‘Yargıtay Başkanı: Yasal olmayan telefon dinleme, delil olamaz’, [www.milliyet.com.tr], 29.06.2004; ‘Yargıdan delil dersi’, [www.radikal.com.tr] 30.06.2004. Yargıtay 1. Başkanlık Divanı’nı kararının ayrıntılı bir eleştirisi için bkz: Ergül, Ozan; Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum, [www.yasayanayasa.ankara.edu.tr] erişim tarihi:23.11.2006.

³⁵⁴ 2001 Tasarısı’nın tedbiri düzenleyen 107. maddesinin gerekçesinde şöyle denilmekteydi: ‘*Hâkim, müdahale kararını sadece hakkında soruşturma açılmış kişiler için değil ve fakat, iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil, iz, eser ve emare elde edilebilecek diğer kişiler hakkında da verebilecektir*’ Hakeri, Hakan; Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması , s.3. [http://portal.hakanhakeri.com]erişim tarihi:03.08.2007.

³⁵⁵ Bkz. Aşağıdaki ‘Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi’ başlıklı alt bölüm.

³⁵⁶ Hakeri; 135. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, bu suçlara iştirak edenler hakkında da bu tedbirin uygulanabileceğini, buna karşılık suç işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak ilişkisi çerçevesinde olmadığı sürece denetlenemeyeceğini, zira suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK 281) ile suçluyu kayırma (TCK 283) suçlarının maddedeki katalogta sayılmadığını; bu çerçeve dışında dinleme sırasında tespit edilen ve dinlenmesi gereken başka iletişimin de varlığı halinde, bunlar için ayrıca 135. maddedeki şartlar dahilinde ve oradaki usul takip edilerek, yeniden karar alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Hakeri, s.3-4.

³⁵⁷ 5127 Sayılı CMK. 138/2.

Haberleşmenin denetlenmesi tedbirinin uygulanamayacağı kişiler CMK'da yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. 135. madde de şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağını düzenlemiştir. Burada sadece kayıt yasağı getirilip, tespit ve dinleme bakımından bir sınırlamanın getirilmemiş olması eleştirilmiştir. Yasa koyucunun yalnızca kayıt yasağı getirmesinin amacı; şüpheli ve sanığın iletişiminin tespit edilmesi halinde otomatik olarak bu kişilerle yapılacak iletişimin de tespit edilecek olması, yani bu durumun önlenmesinin imkânsız olmasıdır³⁵⁸.

Aynı şekilde yasa koyucu 136. madde de, şüpheli veya sanığın müdafisi ile yaptığı haberleşmeyi de denetleme dışında bırakmıştır. Esasen denetlemeye kişi açısından bir sınırlama getirmek üzere kaleme alınması gereken bir düzenleme, lafız itibarıyla bir kısım iletişim araçları bakımından denetlemeyi sınırlandırma mahiyetindedir. Öyle ki müdafiyeye ait söz konusu iletişim araçlarından herhangi bir kimseyle yapılan iletişimin denetlenemeyeceği sonucu çıkmaktadır³⁵⁹. Sınırlamanın şüpheli ile müdafisi arasındaki ilişkiden daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde yapılması suçla mücadeleyi zorlaştıracak gibi, özellikle örgütlü suçlarda müdafilerin suçlular tarafından işbirliğine zorlanması sonucunu doğurabilecektir³⁶⁰.

Son olarak; önleme amacıyla yapılacak tespitler bakımından böyle bir yasağın bulunmadığını söylemeliyiz. Başka bir deyişle; şüpheli veya sanığın ya da daha doğru bir deyişle iletişimi denetlenen kişinin, gerek hakkında tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olan iletişimi ve gerekse de müdafisi ile olan iletişimi bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bundan başka istihbari denetlemelerde, tedbirden etkilenen üçüncü kişiler ile ilgili olarak elde edilen verilerin değerlendirme usul ve esaslarına da yer verilmemiştir. Bu sebeple; önleme dinlemelerini düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 sayılı Kanunlar, kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmamaları ve tedbirden etkilenen üçüncü kişilerin

³⁵⁸ Hakeri, s.4.

³⁵⁹ Keklik, s.234.

³⁶⁰ Keklik, s.235.

korunması sağlayacak güvencelerden yoksun olmaları nedeniyle³⁶¹ AİHS'ne aykırı görünmektedirler.

2.3.4- Şüphe Bakımından

Şüphe, bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık³⁶², zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda ve hangi seçeneğin doğru olduğu konusunda tereddüt etmesi halidir. Yazarlar, ceza muhakemesinde şüpheyi, 'basit şüphe' ve 'yoğun şüphe' olarak ikiye ayırmışlardır³⁶³. 'Basit şüphe', hazırlık soruşturmasına başlanmak için yeterli olan, sayıca az veya yetersiz bulunan delillere dayanan şüphedir. 'Yoğun şüphe' ise yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılır. Sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yoğun bir şekilde ortaya koyan delillere dayanan şüphe 'yeterli şüphe' iken³⁶⁴ yapılacak duruşmada sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetli olduğunu ortaya koyan delillere dayanan şüphe 'kuvvetli şüphedir'³⁶⁵.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için aranacak şüphenin derecesinin ne olacağı, bu konuda düzenleme yapan ülkelerde farklılık göstermektedir. Bir kısım ülkelerde diğer koruma tedbirleri açısından yapılan genel düzenlemeler haberleşmenin denetlenmesi için de uygulama alanı bulurken, bazı ülkelerde haberleşmenin denetlenmesi tedbirinin uygulanması için özel koşullar öngörülmüş bulunmaktadır³⁶⁶. 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesine göre '*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı... durumunda*' telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma (m.128/1), şirket yönetimi için kayyım tayini (m.133/1), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m.139/1), ve teknik araçlarla izleme (m.140/1) koruma tedbirlerine başvurabilmek için de; suç işlendiğine ilişkin '*kuvvetli şüphe*

³⁶¹ Lanbert-Fransa Davası, 24 Ağustos 1998 tarihli karar, Dutertre, s.304.

³⁶² [<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul>]

³⁶³ Bahri Öztürk/Mustafa Erdem/V.Özer Özbek; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999, s.270.

³⁶⁴ Çolak/ Taşkın, s.447.

³⁶⁵ Gökçen, s.66.

³⁶⁶ Daha geniş bilgi için bakınız Erdem/ Özbek, s.276.

sebeplerinin varlığı’ aranmıştır. Örneğin şüpheli veya sanıkla ilgili arama tedbiri (m.116/1) uygulanabilmek için ‘*makul şüphe*’nin varlığı yeterli sayılmışken, tutuklama tedbirini (m.100/1) uygulayabilmek için ‘*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular*’ aranmıştır.

Yasada iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için ‘kuvvetli şüphe sebeplerinin’ varlığı ön şart olarak açıkça belirtilmiş olması ile uygulamada sorunlar çözülmüş olmamaktadır. Çünkü; kanunda geçen ‘kuvvetli şüphe sebepleri’ deyiimi, söz konusu tedbire başvurabilmek için ‘kuvvetli şüphe’ bulunması gerekir olarak anlaşıldığı takdirde, yasa içinde birçok paradoks ve uygulamada birçok zorluk ile karşılaşılması kaçınılmazdır.

İlk olarak; kamu davasının açılması için (m.170/2) ‘yeterli şüphe’ yeterli görülürken kamu davası açabilmek için delil toplamak üzere kullanılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde ‘kuvvetli şüphe’nin varlığı arandığında, olayda *yeterli şüphe* ya da *basit şüphenin* olması halinde bu tedbire başvurulamayacaktır. Başka bir deyişle ancak muhakeme sonunda sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

Bu ön şartın varlığının aranması düzenlemeyi ikinci bir noktada daha çelişkili hale getirmiştir. Şöyle ki kanuna göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda başvurulabilecek bir tedbirdir. Böylece yasal düzenlemeye göre hakkında koruma tedbirine başvurulacak şüpheli veya sanığın muhakeme sonunda mahkûm olması ihtimalinin kuvvetli olduğu durumlarda ve söz konusu şüpheli veya sanık hakkında başka suretle delil elde edebilme ihtimalinin bulunmamış olması koşulunun gerçekleştiği paradoksal bir durumda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Öncelikle soruşturmanın, sanık veya şüphelinin mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olduğu bir aşamasında çoğu kere böyle bir tedbire başvurmaya gerek kalmayacaktır. Öte yandan şüphenin yoğunlaşarak kuvvetli şüphe haline gelmesini beklemek delilin karartılmasına veya sanık veya şüphelinin kaçmasına neden olabilecektir.

Üçüncü olarak, CMK 137/3. maddede tedbirin sona ereceği hallerden biri olarak tedbirin uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi gösterilmiştir. Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, özellikle suç şüphesinin kamu davası açmak için yeterli olmaması durumunda verilecektir. Demek ki söz konusu tedbir henüz yeterli suç şüphesinin oluşmadığı bir dönemde verilmektedir.

Bu sakıncalar dolayısıyla olsa gerek 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde iletişimin denetlenmesi için kuvvetli belirtinin varlığı aranmaktaydı. Kuvvetli belirti deyimi ile yaşanmış somut olaylara dayalı delillerin varlığı kastedilmekteydi³⁶⁷. Kuvvetli belirti kavramı ile basit şüphe kavramındaki belirsizlikler ortadan kaldırılarak şüphenin delillere dayandırılması amaçlanmıştır. Kanımızca yeni düzenlemede yer alan '*suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*' deyimi ile anlaşılması gereken de şüphenin olaylara ve delillere dayalı olmasıdır. Alman hukukunda da iletişimin denetlenmesi için yeterli veya kuvvetli şüphe aranmamakta, somut olaylara dayanan başlangıç şüphesi yeterli görünmektedir³⁶⁸. Suçun istatistiksel sıklığı, kişinin daha evvel aynı suçu işlemiş olması gibi olgular, herhangi bir somut dayanakla desteklenmediği sürece bu tedbir için yeterli sayılmamalıdır³⁶⁹.

Kuvvetli şüphe sebebi kavramı, kuvvetli şüphe derecesi olarak da anlaşılmalıdır. Bu deyim, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşma zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi, CMK 160. madde de ifade edilen 'bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal' olarak anlaşılmalıdır³⁷⁰. Demek ki burada söz konusu olan şüphe sebepleri henüz daha delil değildir³⁷¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus şüphenin, hakkında tedbire

³⁶⁷ Erdem/ Özbek, s.279.

³⁶⁸ Turhan, Faruk; Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s.267.

³⁶⁹ Erdem, (2005) s.4.

³⁷⁰ Özbek/ Doğan, s.567,545.

³⁷¹ Dönmezer, Sulhi; 4422 Sayılı Kanun İle Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 2000, s.551.

başvurulacak kişinin suçu işlemesi bakımından değil, soruşturmaya konu suçun herhangi biri tarafından işlenmesi bakımından aranacağıdır³⁷².

Öte yandan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için, denetlemeye konu suçun nitelik ve ağırlığına da bakmak gereklidir³⁷³. Somut olayın özelliğine göre ispatı oldukça zor olan uyuşturucu, silah, insan kaçakçılığı, terör suçları gibi³⁷⁴ bazı suçların varlığı halinde somut olaylara dayalı basit bir şüphe, tedbire başvurabilmek için yeterli kabul edilebilmelidir. Böyle bir kabul de orantılılık ilkesinin önemini ortaya koymaktadır.

5397 sayılı kanun ile getirilen düzenlemede ise tedbire başvurulması için hiçbir şüphe derecesi öngörülmemiştir. 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, önleme tedbiri haline getirildiği için ceza kovuşturması anlamında somut şüphe ve tehlikeyi önleme anlamında somut tehlike kavramlarından vazgeçilerek, söz konusu tedbir suç öncesi araştırmalar için bir araç haline getirilmiştir. Suç öncesi araştırmalar için ise ilerde bir suçun işlenebileceği izlenimini veren bir halin bulunması yeterlidir. Şüphesiz henüz suç işlenmeden şüphe nedenleri ele geçirmek³⁷⁵ için harekete geçmek, 'bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal'den farklıdır. Bu durumda, henüz bir suç işlenmemişken –eğer aranırsa- basit bir şüphe dahi yeterli iken, suç işlendikten sonra başta şüphenin yoğunluğu olmak üzere sıkı birtakım şartlar aranması çelişkilidir³⁷⁶.

Suçun, potansiyel olarak herkes tarafından işlenebileceğine ve iletişimin denetlenmesi tedbiri için herhangi bir şüphe derecesi öngörülmediğine göre istihbari denetlemelerde, suç işleme kuşkusu altında bulunmayan kişilerin iletişimi de denetlenebileceğinden³⁷⁷ kolluğu, iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinde sınırlayacak

³⁷² Keklik, s.230.

³⁷³ Erdem/ Özbek, s.278.

³⁷⁴ *Malone-İngiltere Davası*, 02.08.1984 tarihli karar, Para. 81. Doğru, AİHMİ s,764 vd.

³⁷⁵ Erdem (2001), s.209.

³⁷⁶ Şahin, s.379.

³⁷⁷ Altıparmak, Kerem; Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBBD, S.63, Mart-Nisan 2006, s.29-66. [[http://politics.ankara.edu.tr/~altipar/Yayinlar/Buyuk %20Birader.pdf](http://politics.ankara.edu.tr/~altipar/Yayinlar/Buyuk%20Birader.pdf)] s.17.

yegâne olgu fiziki olanaklardır³⁷⁸. Başka bir deyişle iletişimin denetlenmesi yalnız verileri elde etmek olmayıp aynı zamanda elde edilen verilerin değerlendirilmesi olduğundan, teknoloji ve personel imkânlarının elverdiği her durumda daha çok kişi ve daha çok iletişim, denetleme kapsamına girecektir. İşte kolluk bu ‘maddi’ zorluk nedeniyle, ‘şimdilik’ denetlemesini ‘bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal’in bulunduğu durumlarla sınırlayacaktır. Böylece iletişimin denetlenmesi tedbiri için aranan şüphe derecesi kolluğun faaliyetinin yöneldiği amaca göre gittikçe silikleşmekte; işlenmiş bir suçun muhakemesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranırken, ilerde işlenmesi ihtimali bulunan bir suçun araştırılması için kullanılacak iletişimin denetlenmesi tedbirinde herhangi bir şüphe derecesi aranmamaktadır.

Sonuç olarak; iletişimin denetlenmesi tedbirine, 5271 sayılı CMK uygulaması bakımından şüphe derecesinin paradoksal ve çelişkili bir durumunda başvurulabileceken; 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara göre yapılacak istihbari dinlemeler bakımından ise hiçbir şüphe derecesinin göz önüne alınmadığı herhangi bir durumda başvurulabilecektir. Bu nedenlerle anılan yasal düzenlemelerin; AİHM’nin, müdahalenin haklılığı için aradığı açık³⁷⁹ ve kesin³⁸⁰ formüle edilmiş ve etkileri önceden öngörebilecek³⁸¹ kanunla düzenlenme koşuluna uymadığı anlaşılmaktadır.

³⁷⁸ Sabah Gazetesi’nin 06.01.2007 tarihli nüshasında çıkan 40 bin telefon resmen dinleniyor başlıklı haberde; istihbarat birimlerinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nda kurulan telefon dinleme altyapısının 40 bin telefondan daha fazla telefonun dinlenmesine olanak vermemesinden kaynaklanan, telefon dinleme krizinin yaşandığı ileri sürüldü. Gazetede ayrıca şu bilgilere yer verildi; ‘Sıkıntının giderilmesi için, dinleme kapasitesinin önümüzdeki ay 40 binden 50 bine çıkarılmasına karar verildi. Türkiye İletişim Başkanlığı Yasası kabul edildikten sonra, polis, jandarma ve MİT’in telefon dinleme faaliyetleri, TİB’in denetimine geçti. TİB, mahkeme kararını gördükten sonra, dinlenecek telefon hattının uç bağlantısını bilgisayar üzerinden yapıyor. Telefon dinleme işi ise yine polis, MİT ve jandarma istihbarat müdürlüklerinde yapılıyor. Ancak sadece bir mahkemenin tek celsede bin 200 telefon numarasının dinlenmesine karar vermesi gibi talepler TİB yönetimini şaşırttı. Başkanlık, kurulalı bir yıl bile geçmeden yaşanan sıkıntı üzerine gelecek aydan itibaren dinleme altyapısını 10 bin hat daha arttırma kararı aldı.’

³⁷⁹ Kopp-İsviçre Davası, 25.03.1998 tarihli karar, Tezcan-Erdem-Sancakdar; s.238.

³⁸⁰ Malone-İngiltere Davası, 02.08.1984 tarihli karar Para. 67. Doğru, AİHMİ s.764 vd.

³⁸¹ 12 Mayıs 2000 Tarihli Khan-Birleşik Krallık Davası ve 25 Eylül 2001 tarihli P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası. Dutertre, s.303.

2.3.5- Orantılılık İlkesi Bakımından

Anayasamızdaki ifadesiyle ‘ölçülülük’ ilkesi doğrudan doğruya AİHS m. 8’den doğmaktadır. ‘Ölçülülük ilkesi’ AİHS’nin etkisiyle 3 Ekim 2001 tarihli anayasa değişikliğiyle Anayasanın 13’üncü maddesine ilâve edilmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir sınırı olarak bu ilke Anayasamızın 15’inci maddesinde, olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin durdurulması için öngörülmüştü.

Mahkeme, ‘orantılılık’ ilkesinde, iç hukuktaki sınırlayıcı düzenleme ile elde edilmek istenen amaç arasında makul bir oran aramaktadır. Orantılık gereği, hak mümkün olduğunca az sınırlanmalı, sınırlayıcı düzenlemeler dikkatli bir şekilde hazırlanmalı, keyfi ve hakkaniyete aykırı olmamalı, mesnetsiz düşüncelere dayanmamalıdır³⁸². Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında bulunan menfaatler çatışması adil bir değerler tartımını gerekli kılmaktadır³⁸³. Nitekim bu tedbirin uygulanmasına karar verilerek temel hak ve özgürlüklerden fedakârlık edilmesi yönünde bir risk doğmaktadır. Bu riskin azaltılması için amaç ile -araç olan iletişimin denetlenmesi ile- ihlal edilen haklar arasında bir denge ve karşılıklı uygunluk aranmalıdır³⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de insan haklarının kısıtlanması³⁸⁵ için sözleşmenin zorunluluk³⁸⁶ aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı bir amaç arasında orantı olmasını aramaktadır³⁸⁷. Bunun sonucu olarak aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi gereklidir. Başka tedbirlere başvurulduğunda delilin elde edilmesi sonuçsuz kalacak veya önemli ölçüde güçleşecekse iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmalıdır.

³⁸² Erkan, Mehmet Akif; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi, Adalet Bakanlığı Eğitim Seminerleri Tebliği, Sakarya, 2004, s.11.

³⁸³ Erdem/ Özbek, s.279.

³⁸⁴ Eren, Mehmet Selim; Telefon Dinleme, İBD, C:75, S:7-8-9, 1998, s.778.

³⁸⁵ Soering-Birleşik Krallık Davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

³⁸⁶ Handyside-Birleşik Krallık Davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar. Doğru, s.173. ve Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar. Kilkelly, s.32.

³⁸⁷ Eren, s.778.

Orantılılık ilkesi çerçevesinde öncelikle tedbirin umulan sonucu elde etmeye elverişli olması gerekmektedir. Bununla bağlantılı olarak tedbirin gerekliliği konusunda değerlendirme yapılmalı ve suçun hukuka uygun olarak ispat edilebilmesi için bu tedbire başvurulması objektif bir zorunluluk olmalıdır³⁸⁸. Eğer iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmadan somut olay aydınlatılabiliyorsa veya başka bir tedbire başvurulduğunda da olayın aydınlatılma şansı eşit ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamalıdır³⁸⁹. Ancak burada diğer tedbirlerin uygulanması, denenmesi ve delil elde edilememiş olması gerekmez. Bu tedbirlere başvurulsa dahi sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin olması yeterlidir³⁹⁰.

Bu noktada ikinci derecede uygulanabilirlik koşulu orantılılık ilkesinin doğal bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. 5271 sayılı CMK'da '*... başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda...*' iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğini belirtmek suretiyle ikinci derecede uygulanabilirlik koşulunu ve orantılılık ilkesini dikkate almış bulunmaktadır. Madde bu niteliği itibarıyla, yedek bir normdur³⁹¹.

Uygulamada ikinci derecede uygulanabilirlik koşulu yüksek teknolojiye dayalı bir tedbirin geleneksel metotlara göre önemli kolaylıklar getirdiği için çok az veya sınırlı bir etkiye sahiptir. Başka bir tedbirle istenen sonuca ulaşılabilecekse bu, sonuca aynı zamanda daha güç ulaşılabileceği anlamına da gelmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde öncelikle tedbirin istenen sonuca ulaşmaya yarayacak nitelikte, yani delil elde etmeye elverişli olması gerekir. Bunun dışında tedbirin gerekliliği açısından da bir değerlendirme yapılmalıdır. Başka bir tedbire başvurulduğunda da olayın aydınlatılma şansı var ise iletişimin denetlenmesi yoluna gidilmemelidir. Yani bu yolla delil elde etme bir son çare olmalıdır³⁹².

5271 Sayılı CMK'da iletişim denetlenmesi tedbirinin 'sanık veya şüpheli' için uygulanabileceğinin ve yine ancak 'soruşturma ve kovuşturma' aşamalarında

³⁸⁸ Keklik, s.231.

³⁸⁹ Çolak / Taşkın, s.447.

³⁹⁰ Erdem 2, s.5.

³⁹¹ Yurtcan (2002), s. 358.

³⁹² Keklik, s.233.

uygulanabileceğinin belirtmesiyle bir başka çelişki de orantılılık ilkesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce iletişimin denetlenmesi tedbiri yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabilecek bir tedbirdir. Bu tedbirin amacı başka türlü elde edilemeyen delili elde etmek olduğu için kovuşturma aşamasında bu tedbire başvurulamayacaktı³⁹³. Ancak 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklik uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbirine hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında başvurulabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Öte yandan soruşturma aşamasında kişiler şüpheli konumundadırlar ve kovuşturmanın başlaması ile sanık sıfatı kazanılmaktadır. Kovuşturma aşamasının başlaması bir kişi hakkında yeterli delil elde edilerek kamu davasının açıldığını göstermektedir ve bu nedenle kovuşturma aşamasında ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamalıdır.

İkinci derecede uygulanabilirlik koşulu aynı zamanda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ilişkin kararın sebebidir³⁹⁴. Önleme dinlemesi bakımından ise orantılılık ve ikincil derecede uygulanırılık ilkeleri CMK 135. maddede yer alan düzenleme ölçüsünde dahi göz önüne alınmamıştır. 2559 ve 2803 sayılı kanunlarda hangi sebep veya hangi ciddi nedenlerle³⁹⁵ söz konusu tedbire başvurulabileceği hiçbir şekilde belirtilmemişken, 2937 sayılı kanunda yer alan ve MİT'in görev alanına giren önleme dinlemelerine *'devletin temel niteliklerine ve*

³⁹³ Centel ve Zafer *'Madde metninde kovuşturma, sanık gibi kavramların kullanılmış olması, söz kohnusu tedbire kovuşturma evresinde mahkeme tarafından başvurulabileceğini ortaya koymakta ise de, kanımızca bu durum yasakoyucunun, soruşturma ve kovuşturma kavramlarını, eski Ceza Muhakemeleri Usul Yasası dönemindeki anlamıyla kullanmış olmasından kaynaklanmaktadır.'* Demek suretiyle sözkonusu tedbire yalnızca soruşturma evresinde başvurulabileceğini belirtmişlerdir. Ancak yetersiz ve etkin olmayan soruşturmalar sonucunda açılan davalarda kovuşturma aşamasında dahi bu tedbire başvurma zorunluluğu ortaya çıkmış ve yargı makamlarının talebi üzerine yasa koyucu tarafından 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile CMK 135. maddesinde yasa daha yürürlüğe girmeden değişikliğe gidilerek iletişimin denetlenmesi tedbirinin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, şüpheli ve sanık hakkında da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Öte yandan uygulamada da kovuşturma aşamasında bu tedbire yoğun olarak başvurulmaktadır. Ancak Centel ve Zafer; sözkonusu tedbirin gizli uygulanan tedbirlerden olması ve duruşmada kural olarak aleniyet ilkesinin geçerli olması nedeniyle kovuşturma aşamasında gizli bir tedbirin uygulanmasının ilgilinin tedbirden haberdar olacağı ve tedbirin etkisiz kalacağı gerekçesiyle tedbire yalnızca soruşturma aşamasında başvurulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Centel/Zafer, s.363; Uygulamada, kovuşturma aşamasında bu tedbire genellikle hakkında yakalama emri bulunan kişilerin yakalanabilmesi için başvurulmaktadır.

³⁹⁴ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 50.

³⁹⁵ Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.para.52.

demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı' halinde başvurulabileceği belirtilmiştir. Yani; önleme tedbirine başvuru her hal, bireyin temel hak ve özgürlükleri ile tedbir arasında bir denge gözetilmesini gerekli kılmayacak ölçüde mutlak bir sosyal ihtiyaç olarak kabul edilmektedir. Yasa koyucu önleme tedbirine başvurulduğu tüm durumları, temel hak ve özgürlüklerden mutlak olarak fedakârlık edilebilecek durumlar olarak kabul etmiştir. Bu kabul AİHM'nin müdahaleye ancak acil bir sosyal ihtiyaca³⁹⁶ yanıt verdiği durumlarda³⁹⁷ ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olmak şartıyla başvurulması gerektiğine ilişkin içtihatlarına aykırıdır. Öte yandan istihbari denetlemeyi düzenleyen yasalar; 5271 Sayılı CMK çıkartılırken kanun koyucunun, suçları aydınlığa kavuşturmakla yükümlü makamların kolaycılığa saparak, hemen iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmelerini önlenmesi ve bu tedbirin son çare olarak uygulanması yönündeki amacına da aykırı görünmektedir³⁹⁸.

2.3.6- Suç Bakımından

Genel olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı ülkelerde tedbirin bütün suçlar bakımından sınırsız olarak uygulanmasına olanak tanınmamakta, tedbire başvurabilmek için belirli suç grupları veya fiilin ağırlığı veya işlenme biçimi göz önünde bulundurulmaktadır³⁹⁹. Avusturya ve Fransa'da tedbirin uygulanacağı suça verilebilecek cezanın alt sınırına, başka bir deyişle mutlak cezalandırılabilirlik sınırına göre tedbir uygulanmaktayken; Polonya, İngiltere, Fransa ve İsviçre'de suçun işlenmesi sırasında şiddet kullanma, önemli finansal kazanç veya topluluk halinde işlenmesi gibi unsurları olan suçun ağırlığı ölçütünden hareket etmektedirler. Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde söz konusu suçlar katalog içinde sınırlayıcı olarak sayılmak suretiyle sınırlanmıştır⁴⁰⁰.

Ülkemizde ilk olarak 4422 sayılı kanunla iletişimin denetlenmesi tedbiri düzenlenirken söz konusu tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından ne asgari bir

³⁹⁶ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para 44.

³⁹⁷ Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar. Kil Kelly, s.32.

³⁹⁸ Hakeri, s.3.

³⁹⁹ Gökçen, s.190.

⁴⁰⁰ Centel/Zafer, s.362. Erdem/ Özbek, s.281.

cezalandırılabilirlik sınırı öngörölmüş ne de bir katalog içinde suçların tek tek belirlenmesi yoluna gidilmişti. Yalnızca kanunun 1. maddesinde verilen ‘suç örgütü’ tanımına giren suçlar bakımından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı benimsenmişti. Bu tanım bakımından⁴⁰¹ hangi suçlar için iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı açık değildi. Bu düzenleme hem kanunilik ilkesine aykırı olduğu ve hem de suç işlemek amacıyla örgüt kurma, örgütü yönetme, örgüt adına faaliyette bulunma veya bilerek örgüt için hizmet üstlenmek kapsamındaki bütün suçları içerdiği için eleştirilmekteydi⁴⁰². 5271 Sayılı CMK Tasarının ilk halinde Fransız Ceza Usulü Kanunu’nun 100 ilâ 100-7’nci maddelerinden esinlenilerek⁴⁰³ mutlak cezalandırılabilirlik sınırı ölçütü esas alınmıştı.⁴⁰⁴ Buna göre tedbir uygulanacak suçta kanunda öngörölen cezasının beş yıldan fazla olması şartı aranmaktaydı. Ancak tasarının meclise sevkinden sonra Almanya’da olduğu gibi katalog sistemi⁴⁰⁵ benimsenmiştir.

CMK’ da 4422 sayılı kanundaki gibi belirsiz bir düzenleme yapmaktansa tedbirin uygulanabileceği suçlar tek tek sayılma yoluna gidilmiştir. Bu suçlar bakımından en önemli husus örneğin, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti,

⁴⁰¹ 4422 Sayılı kanun m. 1/1 ‘Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kurmak veya örgütü yönetmek veya örgüt adına faaliyette bulunmak veya bilerek hizmet yüklenmek’.

⁴⁰² Erdem/Özbek, 285 .

⁴⁰³ 5171 sayılı CMK gerekçesi m.107.

⁴⁰⁴ 5171 sayılı CMK gerekçesi m.107.

⁴⁰⁵ 5171 sayılı CMK m.135/6 ‘Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),3. İşkence (madde 94, 95),4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 7. Parada sahtecilik (madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 20) ,9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3), 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 11. Rüşvet (madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

uyuşturucu madde veya uyarıcı madde imal ve ticareti, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, fuhuş gibi yalnızca çıkar amacıyla ya da örgütlü olarak işlenen suçların değil, bireysel olarak işlenen örneğin kasten adam öldürme, işkence, cinsel saldırı gibi suçların da katalog kapsamında olmasıdır. Ancak özellikle telefon yoluyla sıkça işlenen şantaj, hakaret, tehdit, hırsızlık gibi suçların katalogda bulunmaması eleştirilmiştir⁴⁰⁶.

Katalog sistemi suç politikasının ihtiyaçlarını göz önünde tutmaktadır. Bu sistem AİHM'nin, bireylerin iletişimlerinin denetlenmesi konusunda devlet yetkili mercilerinin her zaman ulusal bir takdir hakları bulunduğu yönündeki kararlarına da⁴⁰⁷ uygun görünmektedir. Şöyle ki; katalog sisteminde ülkedeki cari suç politikasına göre suç katalogunun genişletilmesi, yapısının esnekleştirilmesi veya kapsamının daraltılması mümkün hale gelmektedir. Nitekim 5271 sayılı CMK, yasa koyucu tarafından kabul edilip yayımlanmasını müteakip yürürlüğe girdiği⁴⁰⁸ tarihten önce telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini düzenleyen 135. maddesi 25.05.2005 tarihinde değiştirilerek fuhuş ve Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu da kataloga eklenmiştir. Fakat öte yandan burada, denetlemeyi gerektiren suçların sayısının gelişigüzel artırılma tehlikesinin ortaya çıkmasıyla belirlilik ilkesine⁴⁰⁹ aykırı davranılmıştır.

Mobil telefonun yerinin tespiti aslında iletişimin denetlenmesi tedbirinden farklı olmakla birlikte CMK 135. madde de düzenlenmiştir. Doktrinde bazı yazarlarca şüpheli veya sanık durumunda olan kişinin yakalanabilmesi için başvurulmuş bu yöntem yalnızca CMK 135/6. maddede sayılan suçlar için başvurulabileceği savunulmuştur⁴¹⁰. Ancak CMK 135/6. maddede dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin faaliyetlerin katalogda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanacağı belirtilmiş, mobil telefonun yerini tespiti için bu

⁴⁰⁶ Özbek/ Doğan, s.566.

⁴⁰⁷ Handyside-İngiltere Davası, 07.12.1976 tarihli karar.

⁴⁰⁸ 5271 Sayılı CMK Kabul Tarihi : 4/12/2004 Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 17/12/2004 Sayı :25673.

⁴⁰⁹ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

⁴¹⁰ Turhan, s.271.

tür bir sınırlama öngörülmemiştir. Öte yandan mobil telefonun yerinin tespit edilmesi, kişilerin iletişimlerine yönelik bir müdahale olarak değerlendirilemez. Çünkü, mobil telefonun yerinin tespiti işlemi ne iletişimin içeriğine müdahale edilmekte ne de iletişim araçlarının başka iletişim araçları ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgisi tespit edilmektedir. Kanaatimizce soruşturma kapsamında yapılan rutin bir işlem olan mobil telefonun yerinin tespitinde CMK 135/6. maddedeki sınırlamalar bulunmamaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu'nda yer alan düzenleme ile, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devletin güvenliğine karşı, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sınırlarına karşı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenebilme yolu açılmıştır. Bu kanunlarda hangi suçlar bakımından bir önleme tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği sayılmıştır. Oysa, 2937 sayılı Kanun ile Milli İstihbarat Teşkilatı'nın yasada sayılan tüm görev alanları için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilme yolu açılmıştır⁴¹¹. 2937 sayılı kanunda yapılan düzenlemede iletişimin denetlenmesi tedbirinin hangi suçlara uygulanacağı bir katalog sistemi içinde sayılmadığı gibi; 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda tedbirin konusunu oluşturan birey kategorileri de belirtilmemiştir.

⁴¹¹ 'Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanına, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak, Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanına, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak, Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakanın tekliflerinde bulunmak, Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak, Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak, Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak. İstihbarata karşı koymak. görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.' 2937 Sayılı Kanun, m.6.

AİHM, iletişimin denetlenmesine izin veren yasaların varlığının dahi, yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına soktuğunu belirtmiştir⁴¹². Oysa MİT'in görev alanları, hem ülkede yaşayan tüm birey kategorilerini kapsayacak, hem de her bir bireyin tüm yaşam süreçlerini içerecek kadar geniş ve soyuttur. Bu bakımından, ülkede yaşayan her bireyin iletişiminin denetlendiği yönünde makul bir olasılık her zaman olacaktır⁴¹³. Bu nedenlerle kabul etmek gerekir ki, ulusal karar alıcı makamlara ve uygulayıcılara sınırsız yetki veren⁴¹⁴ sözkonusu düzenlemeler AİHM içtihatları ile ortaya konan ilkelere aykırıdır. Öte yandan önleme dinlemesine ilişkin yasalar, henüz bir soruşturma başlamadan da iletişimin denetlenmesine imkan vermek suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 135. maddesini fiilen uygulanamaz hale getirmiş ve 135. madde ile getirilmeye çalışılan teminatı da artık geçersiz kılmıştır. Çünkü hemen hiçbir şarta tabi olmaksızın önleme dinlemesi yapıldıktan ve deliller toplandıktan sonra, soruşturmanın başlaması üzerine ayrıca bu koruma tedbirine başvurulmasına ihtiyaç dahi kalmayacaktır⁴¹⁵.

2.3.7- Kararı Verecek Makam Bakımından

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararının verilmesi bakımından üç sistemin varlığından söz edilebilir. İletişimin denetlenmesine idari bir makamın, örneğin savcının veya bir bakanın⁴¹⁶ verdiği 'idari yetki sistemi', bu yetkinin hakiminde olduğu 'adli yetki sistemi' ve son olarak denetleme kararını kural olarak hakiminde olduğu ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idari bir makamın da karar vermeye yetkili olduğu 'karma yetki sistemi'. Ülkemizde karma yetki sistemi benimsenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale teşkil ettiği için hakim kararı kaydı özel bir

⁴¹² Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar.

⁴¹³ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

⁴¹⁴ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para. 49

⁴¹⁵ Şahin, Cumhuriyet; CMK Gazi şerhi, Seçkin, Ankara, 2005, s.379.

⁴¹⁶ İngiltere de tarihsel nedenlerle tedbire karar verme yetkisi bir bakana tanınmıştır. İvedi durumlarda ve yasal düzenlemelere uygun olarak Danimarka'da polis,, Norveç'te Krallık savcısı, Avusturya'da İçişleri bakanı veya Devlet Güvenlik Müdürü bu yetkiyi kullanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Akmanlar, s.667; Amerikan Hukuk sisteminde 1968 tarihinde yürürlüğe giren Omnibus Crime Control Act'a göre, ABD Başkanının da dinleme emri verme yetkisi vardır. Bakınız: Şen (1996), s.56.

koruma sağlamaktadır. Hakim kararı kaydı, kişinin hak ve özgürlükleri üzerinde idarenin herhangi bir tasarrufunun olmaması ve yasal sınırlamaların uygulanmasının idari makamlara değil hakim kararına bırakılmasıdır⁴¹⁷. Tedbirin uygulanmasında hakim kararı veya onayının aranmasında dengeleme ve önleyici bir koruma sağlama işlevi vardır⁴¹⁸. 1982 Anayasası'nın 20, 21 ve 22. maddelerinin ilk halinde '*kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı*'ndan bahsetmekteydi. Başka bir deyişle hakim kararı asıl değil istisnayıdır. 2001 yılı değişikliği ile '*...gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça...*' demek suretiyle arama, el koyma, haberleşmenin denetlenmesi ve konuta girilmesinin ancak hakim kararı ile mümkün olabileceği belirtilmiştir.

CMK'nın 135/1. maddesine göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararını kural olarak soruşturmanın yapıldığı yerdeki sulh ceza hakimi verebilmektedir. 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte kovuşturma aşamasında da bu tedbire başvurulabileceğinden kararı davaya bakmakla görevli hakim veya mahkeme de verebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı tarafından da denetleme kararı verilebilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, hakim kararının beklenmesinin telafisi imkansız zararlara sebebiyet verecek olmasıdır⁴¹⁹. Ayrıca derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolma olasılığının bulunduğu haller de, gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında değerlendirilmelidir⁴²⁰. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakim onayına sunmak zorundadır. Hakim onayına sunmak için herhangi bir süre öngörülmemiş olmakla birlikte 'derhal' demek suretiyle bundan hakim onayına sunulabilecek en kısa süreyi anlamak gerekmektedir.

⁴¹⁷ Üzeltürk, s.82.

⁴¹⁸ Keklik, s.235.

⁴¹⁹ Özbek (1999), s.73.

⁴²⁰ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, madde 3/d '*Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hali.*'

Öte yandan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre hakim ve savcılar mesai saatleri dışında nöbet tutmaktadırlar⁴²¹. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi iletişimin denetlenmesi kararının alınacağı bir hakim görevde bulunduğundan uygulamada cumhuriyet savcısının, iletişimin denetlenmesi kararı vermesine gerek kalmayacaktır.

Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu denetleme kararını verecek idari makam olarak yalnızca savcıdan bahsetmekte ise de, Polis Vazifesi ve Salahiyetleri Kanunu'nun ek 7. maddesi ile Emniyet Genel Müdürü veya Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanına⁴²², 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesi ile Jandarma Genel Komutanı veya Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanına⁴²³ 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesi ile MİT Müsteşarı veya yardımcısına⁴²⁴ örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile devlet güvenliği aleyhine işlenen suçlar bakımından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararını verebilme yetkisi tanınmıştır.

Tedbire cumhuriyet savcısı tarafından karar verildiği durumlarda derhal,

⁴²¹ 2802 sayılı Kanun m. 54 '*Hâkim ve savcılar, haftalık çalışma süresi ve günlük çalışma saatleri yönünden Devlet Memurları Kanunundaki hükümlere tâbidirler. Ancak, hizmetin gerekleri ile görevin özelliklerinden doğan hâllerde mesai saatleri dışında ve tatil günlerinde nöbet tutarlar.*'

⁴²² 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununu m. ek 7 '*4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur.*'

⁴²³ 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu m. Ek 5 '*Jandarma...görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur.*'

⁴²⁴ 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m 6 '*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.*'

idari makam tarafından karar verilmesi durumunda 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir. Hâkim onayının alınamaması halinde, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilmek zorundadır⁴²⁵.

Sanık veya şüphelinin yakalanması için başvurulmuş mobil telefonun yerinin tespiti kararı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yalnızca cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmekte ve verilen bu kararın daha sonra hakim onayına sunulmasına gerek kalmamaktadır. Zira İletişimin dinlenmesinde olduğu gibi amaç delil elde etmek değildir. Hakkında yeteri kadar delil olan sanık veya şüphelinin yakalanması için yerinin tespiti amaçlanmaktadır⁴²⁶.

İletişimin denetlenmesi kararının, bu tedbire başvuran tüm ülkelerde yazılı olması şartı aranmaktadır⁴²⁷. 2001 yılı anayasa değişiklikleri ile kanunla yetkili kılınan merciiin emri için emrin yazılı olması ve bu emrin hakim onayına sunulması güvenceleri getirilmiştir. Bazı yazarlar üst arama, el koyma ve konuta girmede, durumun aciliyeti karşısında yazılı bir emir alınmanın mümkün olamayacağını, bu nedenle yazılı emir almadan yapılan arama ve konuta girmenin Anayasa'nın 38. maddesine göre delil niteliği kazanamayacağından suçların ve suçluların kovuşturulmasının zorlaşacağını ileri sürmüşlerdir⁴²⁸. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin somut ve tekil durumlarda sınırlandırılması ancak hakim kararı ile mümkündür. Uygulamada yaşanan zorluklar nedeniyle idareye istisnaen bu yetkinin verilmesi, yetkinin asıl olarak yargıda olduğu gerçeğini değiştirmez⁴²⁹. Hakim, aslında kendisinde olan yetkinin usulünce kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Gerek 5271 sayılı CMK' da, gerekse de idari makamlara tedbir kararını alma yetkisi veren 2937, 2803 ve 2559 sayılı kanunlarda, kararın yazılı olması gerekliliği kabul edilmiştir. Kararda ilgilinin

⁴²⁵ 5271 sayılı CMK m.137/3

⁴²⁶ Çolak/ Taşkın, s.451

⁴²⁷ Erdem/ Özbek, s.285

⁴²⁸Gözler, Kemal; "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştial Örneği", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2002, Cilt 19, s.326-354 [www.anayasa.gen.tr.] Erişim tarihi:18.05.2006.

⁴²⁹ Üzeltürk, s.94.

kimliği, tedbirin süresi, kapsamı, türü ve nedeni tam olarak gösterilmeli; ayrıca tedbir telefon dinleme ise dinlenecek telefon numarası da ayrıca gösterilmelidir.

Son olarak; hakim kararı olmaksızın kişinin rızası ile iletişiminin tespit edilmesinin mümkün olup olmadığı da irdelenmelidir. İletişim, tek taraflı olmadığı için tek tarafın rızası dahi olsa o kişi ile iletişime giren kişilerin bundan haberinin olmaması nedeniyle hakim kararı olmaksızın böyle bir tespitin yapılması olanaklı değildir⁴³⁰. Öte yandan böyle bir durumun idari makamların kanun hükümlerini bertaraf etmelerine neden olacağı da gözetilmelidir⁴³¹. Zira kanunun amaçlarından biri de tedbirin sıkı şekil şartlarına tabi tutularak kolluğun disipline edilmesidir⁴³².

2.3.8- Kararın Yerine Getirilmesi Bakımından

5271 sayılı CMK'nun 137. maddesinde cumhuriyet savcısı veya onun görevlendireceği kolluk memuru istediğinde resmen telekomünikasyonlarla görevli olanlar veya böyle bir hizmeti yerine getirmek hususunda yetkili bulunanların, kararın uygulanması için gerekli bütün faaliyetleri derhâl yerine getirecekleri düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 135'inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler ile özel kanunlarda yer alan önleme dinlemeleri Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülmektedir. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı; istihbarat toplayan ve topladığı bilgileri değerlendirip ilgili yerlere bildiren bir kurum değildir. 23.07.2006 tarihinden itibaren 2559, 2803,2937 sayılı yasalar ile 5271 sayılı CMK gereğince yapılacak olan ve hakimler ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı ve yasalarda yazılı diğer idari amirlerin talebi ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması ile ilgili faaliyetleri yürütmektedir⁴³³.

⁴³⁰ Özbek/Doğan, s.571.

⁴³¹ Telefonu dinlenenin şüpheli veya sanık değil mağdur olması halinde, 135. madde hükümlerinin uygulanmayabileceği yönündeki bir karşı görüş için bkz. Hakeri, s.9.

⁴³² Erdem/Özbek, s.275.

⁴³³ Kurum faaliyetlerini Başbakanlık tarafından yayımlanan 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik' çerçevesinde yürütmektedir.

İletişimin tespit işlemi yapılırken işin başladığı ve bitirildiği tarih ve saatler saptanarak bir tutanağa bağlanacaktır. Kolluk, işlemleri bizzat kendisi de gerçekleştirebilecektir. 5271 sayılı CMK'na göre de elde edilen kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilecek kişiler tarafından çözümlenip metin hâline getirilecek, yabancı dildeki kayıtları da Türkçe'ye çevirtirilecektir. Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilecek kişiler kolluk yada adliye görevlileri olabileceği gibi bu konuda uzman kişiler de olabilir. Kayıtların zarflara konularak mühürleneceği, eğer toplu kaset kullanılmış ise, ilgili kaydın örneğinin çıkarılacağı ve bu hususta bir tutanağın düzenlenerek dosyasına gönderileceği açıklanmıştır. Böylece mühür altına alınan kayıt ve saptamaların kamu davası zaman aşımı gerçekleşinceye kadar muhafaza olunacağı, bu tarihte cumhuriyet savcısının denetimi ve gözetimi altında imha edileceği; işlemin bir tutanağa bağlanacağı ve keyfiyetin ilgiliye bildirileceği hususları yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bugün uygulamada ülkemizde genellikle iletişim araçları doğrudan dinlenmeye alınmamakta aksine otomatik olarak kaydedilmekte daha sonra ilgili kısımlar parça parça tutanağa geçirilmektedir⁴³⁴. Bu yöntem pratik olmakla birlikte iletişimin tespiti sırasında elde edilen bilgilerin delil değerine sahip olmadığına anlaşılması ya da denetlemenin koşullarının ortadan kalkması durumunda tedbire derhal son verilmesi yükümlülüğüne uyulmamış olmaktadır.

İlgili kayıtların daha sonra tutanağa geçirilmesinin bir başka sonucu da verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hâkim onayının alınamaması hali dışında iletişimin denetimine bir kez başlandı mı artık kararda verilen süre sona erinceye kadar bunun uygulanmasına son verilememesidir.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kurulması ile kişilerin iletişimlerinin denetlenmesine ilişkin faaliyetler tek bir merkezden yürütülmeye başlanmıştır. Böylece önceden olduğu gibi; denetleme tüm kolluğun inisiyatifine bırakılmayarak yetki ve görevleri belirlenmiş bir teşkilata bırakılmıştır. Bu teşkilatın faaliyete başlaması ile birlikte başka kurum veya kişilerin iletişimin denetlenmesine yönelik faaliyetleri yasa dışı hale gelmiştir. Ülkemizde suçla mücadele eden kolluk

⁴³⁴ 25989 sayılı İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik, m.21.

güçlerinin tek elde toplanmamış ve dağınık olması karşısında, iletişimin denetlenmesine ilişkin faaliyetin gerek uygulanmasının gerekse bu faaliyeti yapan kurumun denetlenmesinin tek elde toplanması AİHM'nin, iletişimin denetlenmesine ilişkin yasanın, aynı zamanda kararları uygulayan ve denetleyen makamlar yönünden de kötüye kullanmalara karşı etkili güvenceleri sağlaması gerektiği yönündeki prensibine⁴³⁵ uygun görünmektedir.

2.3.9- Süre Bakımından

5271 sayılı CMK'nun 137/3. maddesinde, denetleme kararının en çok üç ay için verilebileceği, üç aydan fazla olmamak üzere bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği öngörülmüştür. Yani tedbirin uygulanma süresi en çok altı aydır. 5271 sayılı kanunda getirilen düzenleme ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak ise hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilmektedir. Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda sınırsız uzatma olanağı getirilmiştir. Ancak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı hemen tüm Avrupa ülkelerinde sınırsız uzatma olanağına yer verilmiştir⁴³⁶.

2559 sayılı kanun ek 7/4. 2803 sayılı kanun ek 5/3. ve 2937 sayılı kanun 6-b/4. maddelerinde, anılan kanunlar çerçevesinde yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için kararların, en fazla üç ay için verilebileceği ve bu süre aynı usulle üçer ayı geçmemek üzere en fazla üç defa uzatılabileceği, ancak terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde hakimin üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebileceği öngörülmüştür. Bu durumda tedbirin uygulanması bakımından herhangi bir süre öngörülmüş değildir.

Açıklık olmaması sebebiyle sürenin ne zaman başlayacağı tartışmalara sebep olacaktır⁴³⁷. 3 aylık süre, hakimin kararını verdiği anda işlemeye başlayabilir,

⁴³⁵ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar. Para. 50. Doğru, s. 246 vd.

⁴³⁶ Erdem/Özbek s. 290.

⁴³⁷ Telekomünikasyon İletişim Başkanı Savcı Fethi Şimşek Aksiyon dergisine verdiği bir röportajda; dinleme talebinin bilgisayar sistemlerine girildiği anda sürenin başlayacağını ve sürenin bitiminde otomatik olarak dinlemenin sona ereceğini belirtmiştir. Fethi Şimşek ile yapılan röportaj için bkz. Aksiyon Dergisi, 19.09.2005 tarih ve S.563.

hakimin kararını kolluğa bildirdiği anda işlemeye başlayabilir veya süre, kolluğun tedbiri uygulamaya başladığı, yani tespitin fiilen başladığı anda işlemeye başlayabilir. Sürenin başlaması ile ilgili bu görüşlerden sanık veya şüphelinin en yararına olan, ‘hakimin kararını verdiği anda’ sürenin başlamasıdır. Özellikle son görüşün kabulü halinde; kolluğun hakim kararından itibaren belki de uzun bir süre geçtikten sonra tespit işlemine başlaması, ortaya koruma tedbirlerinin nitelikleriyle de bağdaşmayan bir durum çıkaracaktır.

Son olarak belirtmeliyiz ki sürenin uzatılmasına karar verilebilmesi için, tedbire başvurulabilmesi için aranan koşulların halen mevcut olması gerekir⁴³⁸. Bazı yazarlar üç aylık bir denetlemeye rağmen kişilerin suçluluğu hakkında bir delil elde edilememişse şüphe yoğunluğunun aynen devam ettiğinin söylenemeyeceğini bu nedenle aynı kişi hakkında tedbirin süresinin uzatılmasına karar verilebilmesi için ilk defa verilirken aranan koşullardan daha ağır koşulların aranması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁴³⁹.

2.3.10-Tedbirin Sona Ermesi Bakımından

5271 sayılı CMK’da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesi iki nedene bağlanmıştır. İlki, tedbir kararında verilen sürenin dolmasıdır. Tedbiri sona erdiren ikinci neden ise iletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında şüpheli hakkında CMK 172. madde uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesidir.

Bizce tedbirin sona ermesi bakımından yeni düzenleme oldukça yetersizdir. İlk olarak, yalnızca şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde değil aynı zamanda tedbirin uygulanmasına dayanak olan herhangi bir koşulun ortadan kalkması halinde de tedbire son verilmesi düzenlenmeliydi. Örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak başka suretle delil elde edilmesi olanağı bulunmaması durumunda başvurulabilecek nitelikte, ikincil derecede uygulanabilir bir tedbir olması nedeniyle ulaşılmak istenen amaca başka bir tedbirle ulaşılabiliyorsa ya da tedbirden umulan sonucun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda da tedbire son verilmelidir. İkinci

⁴³⁸ Erdem 2, s.9.

⁴³⁹ Keklik, s.238.

olarak, şüpheli hakkında dava açıldığında⁴⁴⁰ da tedbire son verilmelidir. Üçüncü olarak, 4422 sayılı kanunun 2/7. maddesinde suçun işlendiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması durumunda tedbire son verileceği düzenlenmişken, yeni CMK' da şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesinin beklenmesi 4422 sayılı kanuna göre daha geri bir düzenleme olmuştur. Zira yeni düzenleme şüphenin ortadan kalkması ile kişi hakkında derhal kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verileceğini varsaymaktadır ki uygulamada yargı mercilerinin olağanüstü iş yoğunluğu karşısında buna olanak bulunmamaktadır. Dördüncü ve son olarak da, tedbir sadece CMK 135. maddede yazılı bulunan katalog suçlar için uygulanabildiğine göre soruşturma sırasında suçun niteliğinin değişerek katalog dışında başka bir suça dönüşmesi halinde de tedbire son verilmelidir.

Tedbire ilişkin dokümanların yok edilmesi yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Kruslin/Huvig Kararı*'nın da etkisiyle⁴⁴¹ ülkemizde açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur⁴⁴². Dokümanların yok edilmesi iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen verilerin amaç dışı kullanımını önlemeye ve özel hayata yapılan müdahalelerin etkilerini bir nebze de olsa hafifletmeye yöneliktir⁴⁴³.

Buna karşılık dokümanların hangi andan itibaren yok edileceği⁴⁴⁴ sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yeni CMK'da buna ilişkin bir düzenleme yer almamakla beraber dinleme ve kayda alma işleminin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanacağına göre⁴⁴⁵ verilerin hangi andan itibaren yok edileceği tutanakta belirtilen tarih ve saat esas alınarak belirlenmelidir.

⁴⁴⁰ Turhan, s.272.

⁴⁴¹ Kruslin/Huvig-Fransa davası, 24.04.1990 tarihli karar. Tezcan-Erdem- Sancakdar, s.238.

⁴⁴²5271 Sayılı CMK m 137/3 '*...yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.*'

⁴⁴³ Erdem 2, s.10.

⁴⁴⁴ Aman-İsviçre davası, 16 Şubat 2000 tarihli karar. '*Mahkeme diğer bir çok gerekçenin yanında İsviçre Federal ceza Usul kanununun 66. maddesinin artık gerekli olmayan yada amaçsız hale gelmiş bilgileri içeren kayıtların imhasını öngörmesine karşın, üstelik bay Amann'ın açmış olduğu davada hiçbir suç unsuru bulunmadığı belirtilmişken başvuran hakkındaki kayıtların imha edilmemiş olmasını 8. Maddeye aykırı bulmuştur.*' Bakınız: Ergül, Ergin, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara, 2004, s.220.

⁴⁴⁵ 5271 Sayılı CMK m 137/3 '*İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.*'

Şüpheliye dosyayı inceleme hakkı verilmeden kayıtların yok edilecek olması⁴⁴⁶ ortaya bazı sorunlar çıkarmaktadır. Hakkında tutulan kayıtlar imha edilen kişi kayıtları inceleyemeden imha edildiğinde, tedbire hukuka aykırı olarak başvurulması durumunda buna karşı denetim muhakemesine fiilen başvurma olanağı ortadan kalkmaktadır. Öte yandan Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı her zaman için kaldırılabilir bir karar olduğundan kayıtların yok edilmesinden sonra dosyanın yeniden ele alınması ihtimali de göz ardı edilmiştir.

Bu düzenlemede sadece tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edileceğinden bahsedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kayıtların yok edileceğinden bahsedilmemesi, uygulamada tereddüde yol açacak mahiyettedir. Sinyal bilgilerinin, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmesi nedeniyle sinyal bilgilerinin telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşlarca zaten muhafaza edilen veriler olduğu değerlendirilerek bu verilerin yok edilmesine gerek görülmediği ileri sürülmüştür⁴⁴⁷. Oysa firmalar tarafından fatura bilgisine çevrilerek muhafaza edilen bu tür sinyal bilgileri, müşteri bilgisi olmaksızın firma çalışanlarınca görülebildiği gibi, hakim veya cumhuriyet savcısının kararıyla arayan, aranan, kullanılan makine ve yer bilgilerini kapsayan telefon detay kayıtlarına ulaşan kolluk, kişiler arasındaki iletişim trafiğini görüşmenin içeriğine bakmaksızın da izleyebilmektedir⁴⁴⁸.

İletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında dinleme ve takibe ilişkin güvencelerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirsizlik vardır. 4422 Sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in⁴⁴⁹ 15. maddesinde iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da dinleme ve takibe ilişkin güvencelerin uygulanacağı belirtilmiş idi. Gerek yeni yasal düzenlemelerde ve gerekse uygulama yönetmeliğinde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde dış bağlantı adı verilen bu tür bilgilerin iletişimin tespitine girmediği, yapılan konuşmaları

⁴⁴⁶ 5271 Sayılı CMK m 137/4 '*Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.*'

⁴⁴⁷ Keklik, s.241.

⁴⁴⁸ Şahin, s.381.

⁴⁴⁹ 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, R.G.:26.01.2001, s.24299.

ücretlendirmek amacıyla tutulan söz konusu bilgilerden savcı ve mahkemelerin yararlanmasına 135. maddenin engel teşkil etmediği ileri sürülmüş⁴⁵⁰ olmakla beraber uygulamada bu tür bilgiler iletişimin tespiti⁴⁵¹ olarak değerlendirilmektedir. Telefon operatörleri bu tür talepleri yerine getirmediği gibi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı da usulüne uygun hakim kararı olmaksızın bu tür bilgileri vermemektedir. Öte yandan belirtmek gerekir ki uygulamada⁴⁵², Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, iletişimin içeriği dışında kalan ve iletişimin tespitine ilişkin bu tür kayıtları CMK 135/6. maddesinin kapsamı dışında bırakıldığı gerekçesiyle katalogda yer almayan herhangi bir suç için hakim kararı ile verebilmektedir. Böylece katalogda yer almayan örneğin hakaret veya tehdit suçlarında bu tür kayıtlar Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca kolluk güçlerine veya adli makamlara verilmekte ve bu kayıtlar delil olarak kullanılmaktadır.

Verilerin yok edilmesi ile ilgili olarak diğer bir hüküm de şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile iletişiminin kayda alındığının sonradan ortaya çıkması durumunda kayıtların derhal yok edileceğini düzenleyen 135/2. maddedir. Maddede sadece tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile yapılan iletişim verilerinin yok edileceği düzenlenmiştir.

Yasadaki bir eksiklik de sanığın isnat edilen suçtan beraatine karar verilmesi halinde verilerin yok edilmesi yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Bu sebeple düzenlemenin tedbirin uygulanmasından sonra artık gerek duyulmayan veya tedbirin

⁴⁵⁰ Turhan, s.266.

⁴⁵¹ İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3/f 'İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri' ifade eder.

⁴⁵² Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.10.2005 tarih, 2005/14969 Esas ve 2005/20489 Karar sayılı ilamı. 'Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nun 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakına bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkün olacaktır.' Benzer bir karar için bakınız; Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 29.11.2006 tarih, 2006/4669 Esas ve 2006/17007 Karar sayılı ilamı. 'Gerçekten de iletişimin tespiti tedbiri, C.Y.Y.'nin 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır'

hukuka aykırı şekilde uygulanmasıyla elde edilen tüm verilerin yok edilmesi gerektiği⁴⁵³ şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu.

Son olarak 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlar çerçevesinde yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç 10 gün içinde yok edileceği ve durumun daha sonra denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği belirtilmiştir. Ancak birçok bakımdan muğlak ve yetersiz olan bu düzenleme tedbirin sona ermesi bakımından da son derece yetersizdir. Zira 135. maddede yer alan düzenlemeyle tedbirin hangi hallerde sona erdirileceği belirtilmiş olmasına rağmen önleme dinlemesi için bu husus yalnızca hakimden 24 saat içinde izin alınmadığı durum ile sınırlı tutulmuştur. Söz konusu düzenlemelerde *'Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir'* hükmüne yer verilmiş olmakla beraber tedbirin süre dışında, hangi hallerde sona erdirileceğine yer verilmemiştir. Tedbire başlamak için herhangi bir koşul öngörülmediğinden tedbiri sona erdirmek için de herhangi bir koşulun gerçekleşmesi aranmamaktadır. Örneğin tedbirden umulan amacın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ya da ikincil derecede uygulanırlık ilkesinin bir sonucu olarak başka bir ceza muhakemesi aracı ile aynı sonuca ulaşılabileceğinin anlaşılması halinde tedbire son verileceği düzenlenmemiştir. Öte yandan tedbire başvurmak için herhangi bir şüphe derecesi gerekmediğinden, var olan şüphenin ortadan kalkması da sona erdirmek içinde bir gerekçe olmamaktadır. Bu durumda kişi hakkında yürütülen bir soruşturma olmadığına ve hakkında 'kovuşturmaya yer olmadığına' dair karar verilmesinin de söz konusu olmadığına göre, önleme tedbiri ancak tedbir kararında öngörülen sürenin sona ermesi ile sonlandırılacaktır.

2.3.11- Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Bakımından

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıt ve saptamalar yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez. Çünkü ilgilinin, ifade almada ve sorguda, isnat açıklandıktan ve ilgiliye susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamaları delil niteliği kazanır. Gizlice yapılan telefon ve benzeri

⁴⁵³ Erdem 2, s.10.

dinlemelerde, ilgilinin beyanda bulunması, ikrar delili değil, bir belge delilidir⁴⁵⁴. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı açısından elverişli bir delil olduğu hâlde, emare delili, parmak izi gibi dolaylı bir ispat gücüne sahiptir ve başka delillerle bütünleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle kayıt ve saptamalar yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez. Yeni yasal düzenlemelerde bu konuda bir hüküm yer almamıştır. Ancak bu, kayıtların elde edilmiş tarzının doğal bir sonucudur⁴⁵⁵.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine çok sıkı şekil şartlarına bağlı olarak başvurulabildiği için uygulamada sıklıkla yukarıda sayılan koşullardan örneğin, kararda verilen sürenin geçirilmesi, 24 saat içinde hakim onayına sunmama gibi bir ya da birkaç koşulun ya hiç gerçekleştirilmemesi ya da eksik gerçekleştirilmesi ile karşılaşmakta, bu nedenle de elde edilen delilin hükme esas alınıp alınamayacağı gündeme gelmektedir. Doktrinde usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği sorununa üç farklı çözüm önerilmiştir. Bunlardan ilki, delil nasıl elde edilirse edilsin, delilin hakim tarafından değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, usulsüz ulaşılan delillerin kesinlikle değerlendirme dışı kalmasını gerekli gören kesin ret yaklaşımıdır. Üçüncüsü, usulsüz ulaşılan delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesi, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşım⁴⁵⁶. Kesin ret yaklaşımı suçlarla mücadele düşüncesiyle çelişirken, kesin kabul yaklaşımı ceza muhakemesinin moral yönünü ihmal ederek suçla mücadeleye vurgu yapmaktadır. Kesin ret yaklaşımı suç ve suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyeceğinden kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir. Diğer taraftan kesin kabul yaklaşımı polis devletin arzularına hizmet edecektir. Kanaatimizce somut olayın özelliklerini dikkate alan esnek yaklaşım, kesin ret ve kesin kabul yaklaşımlarına tercih edilmelidir. Böyle bir tercihi, takdir yetkisinin kullanılmasında esas alınacak prensiplerin ortaya konulması izlemelidir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Kunter, s.604.

⁴⁵⁵ Hakeri, s.7.

⁴⁵⁶ Bıçak, Vahit, (Bıçak 1) Usulsüz ulaşılan delillerin akıbeti, s.10 [www.geocities.com/vbicak] erişim tarihi:01.06.2006.

⁴⁵⁷ Bıçak 1, s.10.

Telekomünikasyon araçları ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ile ve CMK ihlal edilerek elde edilen bilgilerin ne dereceye kadar değerlendirilebileceği konusunda Alman Federal Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına dayanarak Değerler Tartımı Teorisini kabul etmektedir. Bu teoriye göre somut olayda çatışan menfaatler arasında bir değerler tartımı yoluna giderek sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Bu noktada ilk planda birey açısından onun temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin tarzı ve yoğunluğu; kamu açısından da, bir ceza adaletinin sağlanmasına yönelik menfaati göz önüne alınmaktadır⁴⁵⁸. Bu çerçevede iletişimin denetlenmesi için aranan maddi koşullar örneğin suçun katalogta sayılan suçlardan biri olması, hakim kararının bulunmaması gibi keyfi olarak göz önüne alınmıyorsa elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Gerçekten de tedbirin gizli olarak uygulanması ve ancak başka surette delil elde edilemeyecekse bu tedbire başvurulduğundan kararda yer alması gereken bazı unsurları her zaman tam olarak tespit etme olanağı bulunmayabilecektir⁴⁶⁰. Örneğin şüphelinin kullandığı telefon bilinmesine rağmen kimliği bilinmeyebilir. Ya da 24 saat içinde hakim onayına sunulmama gibi şekli aykırılıklar bulunması halinde de elde edilen delillerin tümüyle hukuka aykırı delil kategorisinde saymamak gereklidir.

Ancak ülkemizde CMK md. 217/2. (CMUK m 254/2.) maddesindeki hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği yönündeki mutlak düzenleme karşısında elde edilen delil yok hükmünde sayılmakta ve böyle bir delil de hükme esas alınmamaktadır⁴⁶¹. Delil elde etmenin oldukça güç olduğu organize suçlulukla mücadelede bu düzenleme önemli ölçüde engel olmaktadır. Oysa kıta

⁴⁵⁸ Erdem- Özbek, s.294.

⁴⁵⁹ Erdem- Özbek, s.296.

⁴⁶⁰ Keklik, s.237.

⁴⁶¹ 'Zabitaca yapılan araştırma sırasında sanıkta 9 mm. çaplı bir adet tabanca ile değişik türde mermilerin elde edildiği, somut olgunun bundan ibaret bulunduğu sanığın hukuki sorumluluğunun bu sınırlar içersinde saptanması gerekeceği, silah ticareti yaptığı konusunda maddi bulgu elde edilemeyip polisin duyum üzerine bu kişinin haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonunun dinlenmesi sürecinde öğrenilen harici bilgilerin kanıt olarak gösterildiği, CMUK.nun 254. maddesine 3842 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada soruşturma ve koğuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ilkesi ön görülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasdi hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin yasal değişikliğin esprisine uygun olarak hükme dayanak alınamayacağı belirtildiği halde, bu yolla elde edilen bilgilere dayanılarak suça yazılı biçimde vasıf verilmesi...Bozmayı gerektirmiş' (Y.8.CD.E.1999/9021, K.1999/9538, T.9.6.1999 www.meseyazilim.com)

Avrupa'sında olduğu gibi bir değerler tartımına gitmek zorunluluğu vardır. Delilin değerlendirilmesiyle bireyin uğradığı zarar ve kamunun menfaati arasında bir denge kurulmalıdır. Zaten oranlılık ilkesi de bunu gerektirmektedir. Buna göre, delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılığın önemsiz olması, ulaşılmak istenen amacı tehlikeye duşırecek nitelikte olmaması, sanığın önemli bir hakkını ihlal etmemesi, sanığın ihlal edilen hakkına göre suçun aydınlatılmasında toplumun daha büyük menfaatinin bulunması gibi durumlarda hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil, ispat aracı olarak kullanılabilir⁴⁶².

Burada sorun özellikle tesadüfen ele geçen Şeylerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır. Uygulanan her tedbirde, tedbir konusu suç dışında kalan bir başka suç için delil elde edilmesi mumkundur. Tesadüfen ele geçen Őeyler adı verilen bu tür bilgilerin değerlendirmesinin yalnızca temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını genişletmekle kalmamakta, aynı zamanda özel hayata yeni ve bağımsız bir müdahale olmaktadır⁴⁶³. Bugün genellikle bu tür bilgilere ancak sınırlı olarak başvurulabileceği kabul edilmektedir. 5271 sayılı CMK'nın 138. maddesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135'inci maddenin altıncı fıkrasında yer alan katalog suçlardan birinin işlendiği Őuþhesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delilin sanık veya uuncu kişiler aleyhine değerlendirilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Tesadüfen elde edilen delil katalogda sayılan suçlar dışında bir suça ilişkin ise muhafazası mümkün değildir ve derhal yok edilmelidir⁴⁶⁴.

Ancak kolluğun bu Şekilde katalogda yer almayan bir suç ile karşılaştığı bir durumda duyarsız kalması zor görünmektedir. Her ne kadar tesadüfen ele geçirilen bilgiler hükme esas alınmayacaksa da ve delil yasaklarının uzak etkisi gereği, delil yasakları elde edilmesini sağladığı diğer delilleri de hükme esas alnamaz hale getirirse de⁴⁶⁵, iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgiler kullanarak yeni delillere ulaşılabilecek ve bu ikinci suç ayrı bir olay ve ayrı bir soruşturma dosyasının

⁴⁶² Kunter-Yenisey, s.820.

⁴⁶³ Erdem/ Özbek, s.294.

⁴⁶⁴ Özbek/Doğan, s.583.

⁴⁶⁵ Özbek/Doğan, s.849.

açılması gerektiğinden, ilk suçla ilişkin soruşturma tutanakları ikinci dosyaya bırakılmayarak soruşturma yapılacaktır.

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de belirli bir suçtan soruşturma yürütülüp dava açıldığı halde kovuşturma safhasında suçun niteliğinin değişmesine sıklıkla rastlanmaktadır. Katalogda yer alan bir suçun kovuşturma aşamasında vasfının değiştiği bir durumda iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delilin hukuka uygun olarak elde edilen bir delil olarak kabulü için mahkemenin eylemi nitelendirildiği şeklinin de katalogda yer alan suçlardan biri olması gereklidir.

2.3.12- İlgiliye Haber Verme Bakımından

İlgiliye, hakkında telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlendiğinin haber verilmesi yükümlülüğü, kişinin dosyayı inceleme hakkından bağımsız düşünülemez⁴⁶⁶. Çünkü şüpheli, sanık veya müdafinin dosyayı inceleme hakkı savunma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 137.maddesinde tedbire son verilmesinden sonra ilgiliye haber verme yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiştir. Ancak ilgili hakkında tutulan kayıtlar şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşme süresinin bitiminden⁴⁶⁷ ya da hâkim onayının alınamaması halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edileceği, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç 15 gün içinde ilgisine hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığına ilişkin bilgi verileceği belirtilmiştir. Bu durumda iletişim kayıtları imha edilmeyen kişi başka suretle öğrenmediği taktirde ancak hakkında dava açıldığını öğrenip de dosyayı incelediğinde iletişiminin denetlendiğini öğrenebilecektir⁴⁶⁸.

Öte yandan haber verme yükümlülüğünde amaç keyfiliğin önlenmesidir⁴⁶⁹ ve bu yükümlülüğe uyulmaması hakkında tedbir uygulanan kişinin tedbire hukuka

⁴⁶⁶ Erdem/Özbek s. 288.

⁴⁶⁷ Centel/Zafer, s.366.

⁴⁶⁸ Turhan, s.273.

⁴⁶⁹ Çolak/ Taşkın, s.458.

aykırı olarak başvurulması durumunda buna karşı denetim muhakemesine fiilen başvurma olanağını ortadan kaldırmaktadır⁴⁷⁰.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin ilgiliye haber verme yükümlülüğü bakımından eksik bir düzenlemedir. Önleme dinlemesi bakımından ise ilgiliye haber verme yükümlülüğünden söz edilmemiştir. Kişi, hakkında soruşturma ve kovuşturma açılıp da dosya kapsamında dinlendiğini öğrenmediği takdirde, başka surette öğrenme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü; idareye şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hâkim onayının alınamaması halinde soruşturma evresinin bitiminden 15 gün içinde veya uygulanan tedbirin sona ermesi halinde 10 gün içinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtları yok ederek durumu bir tutanakla tespit etme ve tutanağı denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza etme yükümlülüğünden başka bir yükümlülük getirilmemiştir.

Kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkının bir sonucu olarak; soruşturmanın amacını tehlikeye düşürülmemesi koşuluyla, tedbirin sona ermesini müteakip veya soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği hallerde en azından soruşturmanın sonuçlandırılmasını müteakip, ilgiliye hakkında uygulanan tedbir bildirilmek zorundadır. Bu hem hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 38/4 maddesine göre, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde düzenlenen '*...Ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir*' hükmüne göre bir zorunluluktur⁴⁷¹. Bu nedenlerle getirilen yeni düzenleme hukuk devleti ilkesine (AY.m.2) ve hukuki korunma garantisine (AY.m.36/1) aykırı olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgiliye tedbirden haber verilmesi gerektiği yönündeki içtihatlarına⁴⁷² da aykırıdır ve Sözleşme ile bağdaşmamaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi nedeniyle, temel hak ve özgürlükleri korumakla yükümlü kurumlara da denetimin sonucu hakkında kontrol amaçlı bilgi vermek gereklidir. 5271 sayılı CMK'da, 4422 sayılı kanundan farklı olarak, adli makamlara bilgi verme

⁴⁷⁰ Erdem/Özbek s. 290.

⁴⁷¹ Sözüer (1997), s.105.

⁴⁷² Kruslin/Huvig-Fransa Davası, 24.04.1990 tarihli karar.

yükümlülüğü ve kayıtların incelenmesinde hâkim yetkisi düzenlenmemiştir⁴⁷³. Şöyle ki; uygulamada soruşturma aşamasında öncelikle tedbir kararını veren sulh ceza mahkemesine verdiği tedbir kararının akıbeti hakkında bilgi verilmemekte ve denetim kararı talep eden Cumhuriyet savcısına bırakılmaktadır. Öte yandan iletişimin denetlenmesi konusunda alınan mahkeme kararları telekomünikasyon iletişim başkanlığına gönderilmekte ve dinleme süresince Cumhuriyet savcısının dahi denetiminden çıkmaktadır.

2.3.13- İhlalin Giderimi Bakımından

Gerek 5271 Sayılı CMK'da ve gerekse önleme dinlemelerini düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 yasalarda, tedbirin başlatılmasına ilişkin kararın, tedbirin uygulanmasının ve tedbire son verilmesine ilişkin kararın etkili denetim koşulları belirtilmemiştir. İletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar mahkemelerce verildikten veya idari makamlar tarafından verilen kararlar süresinde mahkemelerce onaylandıktan sonra yalnızca edilen delilin hükme esas alınıp alınamayacağı yönünden incelenmektedir. Oysa elde edilen delilin hükme esas alınıp alınamaması sorunundan önce, iletişimin tespitine ilişkin kararların ve bu kararları yerine getirmekte görevli idari makamların etkin biçimde denetlenme usul ve esaslarının belirtilmiş olması gerekmektedir.

AİHM, soruşturmanın amacı veya kamu güvenliğinin tehlikeye düşecek olması halinde haber verme yükümlülüğünün sınırlandırılmasını sözleşmeye aykırı bulmamış⁴⁷⁴, ancak kayıtların denetimi konusunda kamu otoritelerinin yetkilerinin kullanmalarında esas ve usulleri belirleyen bir hukuk kuralının bulunmamasının da Sözleşme'nin 8/2. maddesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir. Başka bir deyişle eğer yasal düzenlemeler dinleme öncesi veya sonrasında etkili bir denetim mekanizması öngörüyorsa ve bu mekanizmalar layıkıyla işletiliyorsa, dinleme sonrası bilgi verme yönünde bir mekanizma olmamasını Mahkeme tek başına ihlal olarak değerlendirilmemektedir⁴⁷⁵. Özet olarak, AİHM'ne göre; bireylerin haberdar olmadıkları ve denetleyemedikleri böyle bir tedbire başvurulurken bireye keyfi

⁴⁷³ Hakeri, s.6.

⁴⁷⁴ Klass ve diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1987 tarihli karar, Para.58.

⁴⁷⁵ Altıparmak, s.20.

müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak⁴⁷⁶ etkili idari ve yargısal denetim koşullarının bulunması gerekmektedir.

Yeni yasal düzenlemelerde verilen veya onaylanan kararların hukuka uygunluğunun denetimi yönünde özel bir yargı yolu öngörülmemiştir. Her ne kadar 5271 sayılı CMK'da gizli soruşturma denetimine karşı gidilebilecek özel bir denetim muhakemesine yer verilmemiş ise de, mahkemelerin evrak üzerinden verdikleri kararlar CMK 267. madde uyarınca itiraza tabi olduğundan, iletişimin denetlenmesine dair kararların da itiraza tabi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Belirtelim ki, koruma tedbirlerine ilişkin kararlar hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunmaz⁴⁷⁷. Öte yandan hakkında tedbire başvuru yapıldığı kişiyi kendisine haber verilmiş olsa bile bundan bilgi sahibi olmadan önce tedbir genellikle zaten uygulanmış ve sonuçlanmış bulunduğundan, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak tedbirin uygulandığı sırada öngörülen hukuksal korunma olanaklarından fiilen yararlanamamaktadır. Bu yüzden sonradan başvuru yapılan denetim muhakemesi olanakları, yalnızca tedbirin hukuka aykırılığının tespiti sonucuna yol açabilmektedir⁴⁷⁸.

İletişimi denetlenen veya iletişiminin denetlendiği şüphesi altında bulunan kişinin başvurabileceği herhangi bir adli veya idari denetim mekanizması bulunmakta mıdır? Bugün için yasalarımızda böyle bir yol veya yöntem açıkça düzenlenmiş değildir⁴⁷⁹. Yukarıda da açıkladığımız gibi AİHM, iletişimin denetlenmesine izin veren yasaların varlığının dahi, yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına soktuğunu belirtmiştir⁴⁸⁰. Yine özellikle istihbari dinlemeyi düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 yasalar, hem ülkede yaşayan tüm birey kategorilerinin iletişimlerini kapsayacak, hem de her bir bireyin tüm yaşam

⁴⁷⁶ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

⁴⁷⁷ 5271 Sayılı CMK m.35/2.

⁴⁷⁸ Erdem (2001), s.10.

⁴⁷⁹ Altıparmak, suçları önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinin özü itibarıyla idari bir faaliyet olduğunu, hakim kararı kaydının bu alanda idarenin keyfi hareket etmesini engelleyici fonksiyonu bulunduğunu ve tek başına hakim kararı kaydının yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetinin idari niteliğini ortadan kaldıramayacağını, bu nedenlerle hizmetin yürütülmesinde ortaya çıkan kusurların da hizmet kusuru olarak nitelendirilerek, herkesin iletişimini izlemeye yönelik faaliyetlerinden dolayı Devlet aleyhine tam yargı davası açılabilirliğini savunmaktadır. Daha ayrıntılı argümanlar için Bkz. Altıparmak, s.1-32

⁴⁸⁰ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978 tarihli karar.

süreçlerinin denetlenmesine imkan sağlayacak kadar geniş ve soyut bir yetki içermektedirler. Biz, ülkemizde yaşayan her bireyin iletişiminin denetlendiği yönünde makul bir olasılık her zaman bulunduğu⁴⁸¹ iletişimi denetlenen veya iletişiminin denetlendiği şüphesi altında bulunan kişilerin ancak AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurabileceğini düşünüyoruz.

3- 5271 Sayılı CMK ile 2259, 2803 ve 2937 Sayılı Kanunların Kötüye Kullanılmalarına Karşı Koruma Mekanizmaları Bakımından Değerlendirilmesi

Mahkeme, bireylerin iletişimlerinin denetlenmesi konusunda devlet yetkili mercilerinin her zaman ulusal bir takdir hakları bulunduğunu kabul etmiştir⁴⁸². Ancak Mahkeme hangi suçlar için ve hangi denetleme sistemi benimsenirse benimsensin, önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu önlemleri emretmek için gerekli sebeplere; bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına uygun ve kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunması gerektiğini de belirtmiştir⁴⁸³. Çünkü, kötüye kullanmaya karşı oluşturulacak etkili mekanizmalar, bireylerin haberdar olmadıkları ve denetleyemedikleri böyle bir tedbire başvurulurken, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacaktır.⁴⁸⁴ Özetle; Mahkeme, tedbirin doğası gereği birey, iletişiminin denetlendiğini öğrenemese ve idari uygulamalara karşı denetim muhakemesi süreçlerini işletemese bile, bireyin iletişimini keyfi müdahalelere⁴⁸⁵ karşı etkin bir şekilde koruyacak mekanizmaları şart koşmuştur. Yukarıdaki bölümlerde anlattıklarımız ışığında, iletişimin denetlenmesine ilişkin mevzuatımızın

⁴⁸¹ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

⁴⁸² Handyside-İngiltere Davası, 07.12.1976 tarihli karar.

⁴⁸³ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 50.

⁴⁸⁴ Rotaru-Romanya Davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

⁴⁸⁵ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Başkanlığı'nın 14.06.2001 tarihinde kurulan Alt Komisyon Raporun'da keyfi uygulamalara şu örnekle dikkat çekilmiştir: *'İncelemelerimiz sırasında devam ettiği söylenen bir soruşturma sonucunda Karabük'te özel bir firma sahibinin ricası üzerine firma çalışanı bir kişinin iş yerinden yaptığı telefon görüşmeleri iki görevli tarafından dinlenmiş, usulsüz yapılan bu işlemin yine emniyet mensupları tarafından açığa çıkarılması üzerine hazırlanan müfettiş raporlarında kasıt olmadığı ve iyi niyet olduğu gözetilerek cezaya gerek görülmediği ifade edilmiştir. Buna karşılık EGM Disiplin Kurulu tarafından söz konusu emniyet görevlilerine örnek olması amacıyla 4 günlük maaş kesimi cezası verildiği ifade edilmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü'nde uygulanan iç denetim ve elde edilen bilgilerin güvenliğinin sağlanması konusunda daha ciddi tedbirlere gerek olduğu kanaatine varılmıştır.'*

koruma mekanizmaları bakımından AİHS ve AİHM içtihatlarına belirlediğimiz aykırılıklarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a- Anılan yasalarda AİHM'nin oluşturmaya çabaladığı, kamu yararı ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasındaki adil denge⁴⁸⁶ gözetilmemiştir. AİHM, suçlardaki artışın ve özellikle terörizm, casusluk faaliyetleri ve örgütlü suçların fazlaşmasının, telefon dinlemeyi ağır suçların soruşturulmasında ve önlenmesinde vazgeçilmez bir araç haline getirdiğini kabul etmektedir. Ne var ki AİHM, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde ve acil bir toplumsal ihtiyacı gidermek için başvurulabileceğini belirtmiştir. Ancak ülkemizdeki uygulamada, gerek yüksek teknolojiye dayalı böyle bir tedbirin geleneksel metotlara göre önemli kolaylıklar getirmesi ve gerekse de suçla mücadeleyi her türlü demokratik değer üzerinde gören toplumsal anlayış nedeniyle iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken anılan ölçütler göz önünde bulundurulmamaktadır. Hem bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesini düzenleyen yeni CMK ve hem de önleme tedbiri mahiyetindeki denetlemeyi düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda yer alan tüm suçlar, AİHM içtihatlarında belirtildiği ölçüde demokratik toplumu tehdit eder nitelikte suçlar olarak nitelendirilemezler. Örneğin kaçakçılık ya da kültür ve tabiat varlıklarının korunması için temel hakların ihlal edilmesinin ne ölçüde demokratik toplumda bir zorunluluk olduğu açık değildir. Öte yandan, özellikle 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlardaki önleme dinlemesinin acil bir toplumsal ihtiyaç olmadığı da açıktır. Zira henüz gerçekleşeceği yönünde bir başlangıç şüphesi dahi olmayan suçların ne tür bir *aciliyetinin* bulunduğu da yasa kapsamlarından anlaşılamamaktadır.

b- İletişimin denetlenmesine ilişkin yasal mevzuat müdahaleyi sınırlayıcı koşulları yeterli belirlilikte göstermemektedir. Özellikle istihbarat amaçlı olan 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalar, vatandaşların davranışlarını düzenlemeye yetecek kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişlerdir ve müdahaleye hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurulabileceğinin yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açık

⁴⁸⁶ Soering-Birleşik Krallık Davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

olma anlamındaki⁴⁸⁷ kesinlik kriterine⁴⁸⁸ de aykırıdır. Yasalarda iletişimin denetlenmesi tedbirinin kullanılmasının kapsamı veya yöntemi konusunda da yeterince açıklık⁴⁸⁹ bulunmamaktadır. Özetle; AİHM'nin kanun koyucudan beklediği yasa kalitesi, Mahkeme'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kullanılacak hukuksal metinlerde aradığı öngörülebilirlik özelliğinden başka bir şey değildir⁴⁹⁰ ve incelediğimiz yasalar bir kimsenin davranışlarını kendisine göre ayarlamasına imkan verecek yeterlilikte açıklıkla formüle edilmemiş olduklarından, Sözleşme anlamında sınırlamaya dayanak olacak nitelikte hukuk kuralı olarak kabul edilemez⁴⁹¹.

c-Tedbirin herkesi içine alacak şekilde genel olmaması prensibine istihbarat amaçlı olan 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda uyulmamıştır. Çünkü bu kanunlarda tedbirin konusunu oluşturan birey kategorileri belirli değildir. Yasalarda sayılan soyut suçların işlenmesini önlemek amacıyla şüpheli veya sanık hakkında değil, herkes hakkında bu tedbire başvurulabilme yolu açılmıştır. Özellikle 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda sayılan suçlar örgüt kapsamında işlenen suçlar olduğundan, uygulamada bir veya birkaç mahkeme kararı ile belirsiz sayıda kişinin iletişimi üstelik *'terör örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim tarafından ...'* sınırsız bir süre ile denetlenebilmesi olanaklı hale getirilmiştir.

d- Kararı almaya yetkili otorite belirli olmakla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hal dolayısıyla savcı veya CMK 250. maddede sayılan örgütlü suçlar dolayısıyla Emniyet Genel Müdürü, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanı, Jandarma Genel Komutanı, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanı ile Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve yardımcısına tedbir kararını alma yetkisi verilerek özel bir koruma sağlaması için konulan hakim kararı kaydı anlamsız hale getirilmiştir. Her ne kadar idari makamların kararları 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorunda ise de, hakimin hangi ölçütlere göre karar vereceği ve denetim

⁴⁸⁷ Leander-İsveç Davası, 26.03.1987 tarihli karar.

⁴⁸⁸ Sunday Times- Birleşik Krallık Davası, 26.04.1979 tarihli karar.

⁴⁸⁹ Malone-Birleşik Krallık Davası, 02.08.1984 tarihli karar.

⁴⁹⁰ Altıparmak, s.7.

⁴⁹¹ Sunday Times- Birleşik Krallık Davası, 26.04.1979 tarihli karar, para.49.

yapacağına ilişkin bir açıklık kanunlarda yer almamaktadır⁴⁹². Ayrıca zayıf adalet sisteminin sayılan idari makamların bürokratik yapı içerisindeki tartışmasız güçleri karşısında etkin bir denetim yapabilecekleri şüphelidir. Zira ülkemizde Anayasada korunan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine yönelik müdahaleler sadece yasal mevzuatın yetersizliğinden değil aynı zamanda yargısal ve idari pratikten ileri gelmektedir.⁴⁹³

e- Unutulmamalı ki, iletişimin denetlenmesine ilişkin mahkeme kararlarında sözkonusu edilen genel anlamda bir suç değil, tam aksine ‘somut bir suç’tur. CMK 135. maddede önlemi meşrulaştıracak suçlar açıkça sayılmış iken buna hangi durumlarda başvurulacağına ilişkin açıklık yoktur. İstihbari dinlemeye ilişkin 2259, 2803 sayılı yasalarda hangi suçlar için önleme başvurulacağı açıkça sayılmasına rağmen, hangi durumlarda başvurulacağı belirtilmemiştir. Son olarak 2937 sayılı yasada ise önlemi meşrulaştıracak ne suçlar ne de durumlar sayılmıştır. Özellikle istihbari dinlemelerde hangi şartların oluşması halinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacağı düzenlenmemiştir. Anılan yasal düzenlemeler bu bakımdan karar alıcı makamlara sınırsız bir takdir hakkı verilmiş olmakla, AİHM’nin ulusal makamların takdir yetkisinin kullanılmasının çerçevesi ve sınırı yeterince tayin edilmesi gerektiğine ilişkin içtihatlarına aykırıdır.⁴⁹⁴

f- Tedbirin konusunu oluşturan birey kategorileri 5271 Sayılı CMK’da belirtilmişken 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda belirli değildir. Koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda sanık veya şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı, şüpheli veya sanığın müdafisi ile yaptığı haberleşmenin de denetleme dışında kalacağı belirtilmişken, 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda böyle bir yasağa yer verilmemiştir. Öte yandan üçüncü kişilere ait verilerin yok edilmesi garanti altına alınmamıştır. Önleme dinlemelerini düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 sayılı

⁴⁹² Şahin, s.379.

⁴⁹³ Altıparmak, s. 8.

⁴⁹⁴ Kopp-İsviçre Davası, 25.03.1998 tarihli karar.

kanunların, tedbirden etkilenen üçüncü kişilerin korunması sağlayacak güvencelerden yoksun olmaları nedeniyle⁴⁹⁵ AİHS'ne aykırı görünmektedirler.

g- Tedbirin başlatılmasına ilişkin kararın, tedbirin uygulanmasının ve tedbire son verilmesine ilişkin kararın etkili denetim koşulları belirtilmemiştir. Yeni yasal düzenlemelerde, verilen veya onaylanan kararların hukuka uygunluğunun denetimi bakımından, genel denetim muhakemesi yolunun kapalı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de; hakkında tedbire başvuru kişi bundan bilgi sahibi olmadan önce tedbir genellikle zaten uygulanmış ve sonuçlanmış bulunmaktadır. Öte yandan, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen ilgiliye ancak tutanaklar imha edildikten sonra bilgi verildiğinden ve hakkında kamu davası açılacak olan kişiye de soruşturma safahatında haber verme yükümlülüğü öngörülmediği için denetim muhakemesi yolları fiilen kapatılmış bulunmaktadır. Bu durumda ilgili ancak kovuşturma sonucuna göre esas hakkında karar ile beraber iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırı olduğunu Yüksek Mahkeme'den isteyebilecektir. İstihbari dinlemelerde ise ilgiliye haber verme ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Kişiyi kamu davası açılmadan önce bildirim yükümlülüğünün gereği olarak haber verilmiş olsa, kişi kendi lehine olan delillerin de toplanmasını sağlayabilecektir. Haber verme yükümlülüğünün sınırlı olarak getirilmiş olması bireyin, hukuka aykırı olduğuna inandığı kararlara karşı denetim muhakemesi yollarına başvurmaya fiilen engel oluşturduğu gibi, muhakemeye katılma hakkı da fiilen ihlal edilmiş olmakta, böylece hakkında iletişiminin denetlenmesi tedbiri uygulanan kişi hukuki koruma garantisinden faydalanamamaktadır.

Ceza muhakemesinde sanığa aktif olarak rol oynama olanağı veren silahların eşitliği ilkesi, -gizli soruşturma tedbirleri sanığın eşit ağırlığa sahip olma olanağını ortadan kaldırdığından- muhakemede karşı olanak oluşturacak bazı olanakların tanınmasını gerekli kılar. Bunlar arasında sanığa olabildiğince erken haber verme, sanığın hazır bulunma hakkı ve dosyayı inceleme hakkından söz edilmelidir. Tedbirin yalnızca kolluğun denetiminde olmasını engelleyici bazı sınırlamaların konması, özel bir denetim organının meydana getirilmesi, özellikle tedbire karar verme yetkisinin hakime veya hakimler kuruluna tanınması, tedbire

⁴⁹⁵ Lanbert-Fransa Davası, 24 Ağustos 1998 tarihli karar, Dutertre, s.304.

başvurulacak suç katalogu oluşturulması gibi daha biçimsel koşullar sayılabilir. Bu koşullara iletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerde ya hiç yer verilmemiş ya da sınırlı olarak yer verilmiştir. Bu sebeple anılan yasal düzenlemeler AİHM'nin idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olması gerektiği yönündeki içtihatlarına⁴⁹⁶ uygun görünmemektedir.

h- Elde edilen bilgilerin amaca aykırı olarak kullanılmasının önlenmesi için artık gerek duyulmayan delillerin yok edilmesi ve bunun da denetim altına alınması zorunluluktur. CMK kapsamında yapılan denetlemelerde, yalnızca şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hâkim onayının alınmaması halinde iletişim içeriklerinin 10 gün içinde yok edileceği düzenlenmiş ancak tedbirin amacı ile ilgisi bulunmayan iletişim içerikleri hakkında ne yapılacağı konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Artık gerek duyulmayan bilgiler için kullanma yasağı ve yok etme yükümlülüğü de getirilmemiştir. 5271 sayılı CMK kapsamında yapılan dinlemelerde elde edilen kayıtlar Cumhuriyet savcısının gözetiminde imha edildiği halde, istihbari dinlemelerde sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin kaldırılmasına idari makamlar tarafından karar verilmektedir. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların imhası idari makamlarca yapılacağı belirtildiği halde, kayıtlardan veri elde edilmiş ise bu verileri kimin, hangi koşullarda değerlendirileceği belirtilmemiştir. Böylece istihbari dinlemelerde denetim idari makamlara bırakılmıştır⁴⁹⁷.

5271 Sayılı CMK'dan önce, tedbirin uygulanışı açısından kovuşturma makamlarını sınırlayan bir durum bulunmadığından talep üzerine verilen kararlar ve

⁴⁹⁶ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.

⁴⁹⁷ 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 24 'Emniyet Genel Müdürlüğü'nün Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Jandarma Genel Komutanlığının Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır'.

dinlenen telefonların tutanakları dosyaya girmemekte bunun için ikinci bir dosya tutulmakta, sadece kovuşturma makamları bu bilgilerden çeşitli şekillerde istifade etmekteydi. Bugün de benzer sorunlar çözülebilmüş değildir. Telefon dinlemeye dair mahkeme kararlarının dosya içerisine girip girmediği denetlenememekte özellikle önleme amaçlı telefon dinlemeleri cumhuriyet savcılarınca mevcut olan bir soruşturma dosyası üzerinden yürütülmediği için telefonların dinlenmesi suretiyle delil elde edildiğinden yalnızca sanık değil mahkeme dahi haberdar olamamaktadır. Dosyada bulunan delil, eğer telefon dinleme yoluyla elde edilmiş ise buna ilişkin herhangi bir bilgi bulunmadığından tedbirin hukuka aykırılığının mahkemelerce denetlenmesi olanağı da fiilen ortadan kalkmaktadır.

1- Elde edilen kayıtların çözümlenmesinin kim tarafından ve hangi usullerde yapılacağı İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te belirtilmiş olmakla beraber⁴⁹⁸ değerlendirme tarzı açık bir biçimde ortaya konulmamıştır. CMK çerçevesinde yapılan denetlemelerde kayıtların değerlendirme yetkisi tamamıyla cumhuriyet savcısına bırakılmışken, istihbari denetlemelerde kayıtları değerlendirme yetkisi dinlemeyi talep eden idari makamlara bırakılmıştır. Önleme dinlemesinin bitip soruşturma makamlarının devreye gireceği anın nasıl belirleneceği, bu konuda yetkinin kimde olduğu belli değildir⁴⁹⁹.

2259, 2803 ve 2937 sayılı yasaların metninden sürenin bitmesi ile birlikte tüm kayıtların yok edileceği anlamı çıkmakla beraber, bu kabul denetlemenin amacına aykırı olacaktır. Zira istihbari dinlemede asıl amaç bireye ait ve özellikle kişinin geçmişine ait olmak üzere her türlü bilginin sistematik olarak toplanarak dosyalarda saklanmasıdır. Bu durumda hangi tür kayıtların imha edileceğine ve hangi koşullarda hangi tür kayıtların muhafaza edileceğine ve hatta elde edilen kayıtların delil niteliğinde olup olmadığına dahi idare karar vermektedir. Yasa metinlerinden imha edilmeyen kayıtlar hakkında ne tür işlem yapılacağı, nerede ve ne kadar süre ile tutulacağı, kim tarafından ve hangi amaçlar için kullanılacağı belirli değildir.

⁴⁹⁸ İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 9/c-6. '*Dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen adli kolluk birimi personelince ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilir ve tamamı bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-1 sayılı İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına İlişkin Tutanağa kaydedilir.*' Alınan kayıtların çözümlenmesi yine talep eden birim (Emniyet, Jandarma veya MİT) tarafından yapılmaktadır. Bkz. Fethi Şimşek a.g.e röportaj.

⁴⁹⁹ Şahin, s.380.

Örneğin ilerde suç işlenebileceği yönünde şüphe başlangıcı oluşturacak delillere ulaşılmış ise veya hazırlık hareketlerinin varlığından şüphelenilmekte ise elde edilen kayıtlar nasıl, hangi koşullarda ve kim tarafından değerlendirilecektir. İstihbari dinlemelerde iletişimin denetlenmesine ilişkin kararı alan makamlar ile uygulayıcı idari makamlara çok geniş bir takdir hakkı bırakılmıştır. Takdir hakkı tanıyan bu yasalar, söz konusu takdir payının kapsamını belirtmemeleri⁵⁰⁰ nedeniyle Sözleşme'ye aykırıdırlar.

⁵⁰⁰ Silver ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası, 25.03.1983 tarihli karar.

SONUÇ

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmak için yasal dayanağın zorunlu olması, uzun zamandan beri uygulamakta olan telefon dinleme veya diğer iletişimin denetlenmesi tedbirleri açısından bazı durumu kurtarma çabalarına neden olmuş, özellikle ÇASÖMK yürürlüğe girinceye kadar CMUK'nda yer alan el koyma tedbirinin kıyas yoluyla bu alana da uygulanmasına çalışılmıştır. AİHM'nin içtihatları karşısında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin bu şekilde yapılan yorumlarla hukuka uygun hale gelmeyeceği genel olarak kabul edilmekteydi ve nihayet ÇASÖMK ile bu alan düzenlenmişti. Ancak yine de 5271 sayılı CMK ve 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlar yürürlüğe girinceye kadar da tartışmalar bitmemiştir. 5271 sayılı CMK'da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili olarak getirilen düzenlemelere yönelik bazı haklı eleştiriler ileri sürülebilir ise de; 4422 sayılı ÇASÖMK'te yer alan düzenlemeler ile karşılaştırıldığında, özellikle tedbirin uygulama alanına giren suçların tek tek sayılmak suretiyle gösterilmesi, tesadüfen elde edilen bilgilerin ancak sınırlı bir çerçevede değerlendirilmesine olanak sağlanması, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişiler arasında geçen konuşmalar için en azından kayda alma yasağı getirilmesi, sınırlı bir çerçevede de olsa dokümanların yok edilmesi ve ilgiliye bilgi verilmesi yükümlülüğüne yer verilmesi nedeniyle temel hak ve özgürlükler açısından daha güvenceli bir durum yaratıldığı söylenebilir. Ancak 5271 sayılı CMK'da yer alan düzenlemenin AİHM içtihatları göz önüne alınarak hazırlandığı yönündeki iddia karşısında ve özellikle 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunların yürürlüğe girmesi ile birlikte, önceki düzenlemelere göre daha ayrıntılı olan yeni düzenlemelerin, gerçekten de AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun olup olmadığını incelemek, adı geçen yasalar ile ihlal edilen hakların önemi karşısında bir zorunluluk haline gelmiştir.

AİHM, iletişimin denetlenmesi ile ilgili olarak yapılan her yasal düzenlemenin amacı ne olursa olsun Sözleşme'nin 8/1. maddede sayılan haklara

müdahale niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁵⁰¹. Ancak yine Mahkeme, önüne gelen davalar dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirini hukuka uygun kılan bazı gereklilikler saptamıştır. Bu gereklilikler; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kararın koşullarına, tedbirin genel olmamasına, bu kararı almaya yetkili otoritenin belirli olmasına, önlemi meşrulaştıracak durum yada suçların açık bir biçimde sıralanmasına, tedbirin konusunu oluşturan birey kategorilerinin belirlenmesine, tedbirin başlatılmasına ilişkin kararın, tedbirin uygulanmasının ve tedbire son verilmesine ilişkin kararın etkili denetim koşullarının belirtilmesine, elde edilen kayıtların çözümlenme ve değerlendirme tarzının açık bir biçimde ortaya konulmasına, dinleme sona erdirildiğinde ilgili kişinin derhal bilgilendirilmesine, sonrasında kayıtlara ulaşma hakkının korunmasına ve nihayet kayıtların silinmesine karşılık gelmektedir⁵⁰². Gerek bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesini düzenleyen yeni CMK'da ve gerekse de önleme tedbiri mahiyetindeki denetlemeyi düzenleyen 2259, 2803 ve 2937 sayılı kanunlarda AİHM'nce belirlenen bu ilkelerin bir kısmına yukarıda açıkladığımız birçok aykırılıklar bulunmaktadır.

Hiç şüphesiz ki bu yeni mevzuat ile ceza hukukunun temel ilkeleri arasında bir tansiyon doğmaktadır⁵⁰³. Hukuk kültürümüz bu zorunluluğa katlanmış gözükmektedir. Bunun en büyük sebebi kamuoyunun doğal olarak örgütlü suça karşı derin bir güvensizlik duygusu taşıması ve sert bir cezalandırma ve bastırma istemesidir. Kamuoyuna yerleşmiş bulunan ve idari makamların insan haklarına saygılı davranmasının delil elde etmeyi olumsuz yönde etkilediği, dolayısıyla toplumun suçlulukla mücadele refleksini zayıflattığı yönündeki anlayışın⁵⁰⁴ bir sonucu olarak, suçluları yakalamak ve cezalandırabilmek amacıyla gerekli delillerin

⁵⁰¹ Klass ve Diğerleri-Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.para. 41.

⁵⁰² Selçuk, s.241.

⁵⁰³ Dönmezer (2000), s.538.

⁵⁰⁴ Ceza adalet sistemini değiştiren ve yeni düzenlemelerin yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonra meydana gelen suçlarda önceki yıllara göre artış olduğu; huzur ve güvenliğinin olmadığı bir yerde özgürlük, demokrasi ve insan haklarından söz etmenin mümkün olmadığı ve bu nedenlerle etkin, hızlı ve caydırıcı bir ceza adalet sistemi için polise yetki ve sorumluluk verilmesi gerektiği yönünde bir emniyet müdürünün ilginç makalesi için bkz. Zeybek, Cengiz; Yeni Ceza Adalet Sisteminde Suçların Delillendirilmesi Bakımından Polisin Yetkileri Ve Sınırlılıklar, Çağın Polisi dergi S. 60 s. 59-63 Aralık 2006.

elde edilebilmesini sağlamak için; devlet iktidarı adına hareket eden kolluk, insan hakları ihlallerine başvurabilmektedir.

İnceleme konumuz olan telekomünikasyon araçları sayesinde bugün iktidar, olağan dışı ilan ettiği belaların karşısına dikilerek, kendini her yerde mevcut ve görünür hale getirmeye çalışmaktadır. Bentham'ın Panopticon'unun büyük etkisi de iktidarın otomatik işleyişini sağlayan bilinçli ve sürekli bir görünübilirlik hali yaratmasından kaynaklanmaktaydı⁵⁰⁵. İktidarın gözetimi, sürekli bir kayıt sisteminden destek almakta, iktidar, kayıt sistemleri ve gözlem makineleri sayesinde, insanların tutumları üzerinde daha etkin olmakta, daha fazla nüfuz olanağı sağlamaktadır. Gözetim toplumu, bilgisayar teknolojisinin ve gözetim potansiyelini sürekli artıran yeni teknolojilerin ortaya çıkmasıyla bütünsel denetimin önündeki engellerin yıkıldığı bir durumun ifadesidir. Gerçekten de bilgisayarların eşleştirme ve ilişkilendirme gücü yoksullar, savunmasızlar ve azınlıkların, büyük bürokratik güçler karşısında belirgin şekilde olumsuz bir konuma yerleşmelerine sebep olmuş, artık iktidar sosyal hayatın tüm dokusuna nüfuz etmiştir⁵⁰⁶.

İktidarın özellikle de sıradan insanların özel yaşamlarına dair birçok ayrıntıyı içeren bilgilere sahip olması, gündelik hayattaki birçok normal alışkanlığımızın şeffaflaştırılması, giderek artan bir biçimde, kamusal alan karşısında özel alanın daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Devletin teknik imkanlarının gelişmesi, suçun ortaya çıkarılmasında bir avantaj ise de; kişilerin izlenmesi ve denetlenmesi, onların özel yaşamlarının her anına girilmesi tehlikesini ve mahremiyet sorunlarını da gündeme getirmektedir. Bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararında⁵⁰⁷ belirtildiği gibi '*Bizler kişisel ve mesleki elektronik postalarımıza, tıbbi ve mali kayıtlarımıza, telsiz ve cep telefonu konuşmalarımıza ulaşabilecek kişileri bilemediğimizden dolayı huzursuzluk duymaktayız.*' Her gün milyonlarca insanın konuşması bu korkuya dayalı olarak sınırlanmaktadır. '*Kısaca kimsenin evine çekilip yalnız kalma imkanı kalmamıştır. Kişinin, kişisel, ailevi, dini, siyasi ve ticari kaygılarla konuştuğu her bir kelimesi görünmeyen bir dinleyici tarafından gizlice kaydedilebilir ve dinleyicinin*

⁵⁰⁵ Foucault, Michel; Hapishanenin Doğuşu, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara 1992.

⁵⁰⁶ Lyon David, Elektronik Göz: Gözetim Toplumunun Yükselişi, Çev:Dilek Hattatoğlu, Sarmal Yayınları, İstanbul,1997, s.44.

⁵⁰⁷ ABD Yüksek Mahkemesinin 21 Mayıs 2001 tarihli Bartnickı v. Vopper Kararı, Arslan, s.429.

lehine, konuşanın aleyhine olarak kullanılabilir.⁵⁰⁸ Yaşam üzerindeki bu yoğun denetim duygusu, gözetleme çemberinin giderek daraldığına⁵⁰⁹ ilişkin inanç, insanoğlunun kamusalığa karşı daha duyarlı olmasına, yalnızlık ve mahremiyetin hepimiz için daha önemli hale gelmesine neden olmaktadır.

“...Hayır, dedi Bryson mermer girintiye biraz daha yaklaşarak. “Doğru Almanların teknolojisi tam anlamıyla Demir Çağıydı değil mi? Hayır sizin süper bilgisayarlarınız ve minyatür fiber optik lensleriniz var. Herkesi mikroskop altına alabilirsiniz. Sen ve o salondaki herkes....hepsi senin kabusa benzeyen hayalini yutmuş görünüyor. Gözetim ve Emniyet Anlaşması Big Brother’ı iyi gösterecek global bir gözetleme sistemi için yalnızca bir paravan, öyle değil mi?” “Hadi Bay Bryson....Sen kabul etsen de etmesen de ahlak prensibi her zaman hakkımızda bilinen şeylerle bağlantılıdır. Her şeyi gören göze. İyi davranış şeffaftır. Her şey görünür olduğunda suç ortadan kalkar. Terörizm geçmişte kalır. Tecavüz, cinayet, çocuk tacizi,hepsi yok olur.Toplu cinayetler-savaşlar yok olur. Her adamın, kadının ve çocuğun pençesinde kıvrandığı korku, evden çıkma, şehirlerimizde dolaşma güçsüzlüğümüz de ortadan kalkar, hayatlarımızı istediğimiz gibi korkusuzca yaşarız.”

“Peki kim seyredecek?”

“Bilgisayar. Dünya çapında bilgisayar sistemi olacak. Böyle bir şey daha önce hiç olmadı.”

“Ve bütün bunların ortasında despot röntgenci Greg Manning.”⁵¹⁰

⁵⁰⁸ ABD Yüksek Mahkemesinin 21 Mayıs 2001 tarihli Bartnickı v. Vopper Kararı, Arslan, s.429.

⁵⁰⁹ Danışman, s.5.

⁵¹⁰ Ludlum, Robert; Prometheus’un İhaneti, Çev.: Zeliha Babayiğit Altınkitaplar, İstanbul, 2001, s.465 vd.

KAYNAKÇA

- AKMANLAR, Bülent (1982) Avrupa Konseyi Üye Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi Ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi, YD. 1982/4, s.670.
- ALTIPARMAK, Kerem (2006) Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBBD, S.63, Mart-Nisan 2006, s.29-66 [http://politics.ankara.edu.tr/~altipar/Yayinlar/Buyuk%20Birader.pdf]
- ARTUK, Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A.Caner (2000) Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- ARSLAN, Zühtü (2003) ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, LDT-Avrupa Komisyonu Yayınları, Ankara.
- AVCI, Mustafa (2005)Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı, Hukuk ve Adalet Dergisi, Nisan 2005.
- AYDIN, Murat (2006) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesine Göre Kişinin Özel Hayatına, Aile Hayatına, Konutuna Ve Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı, [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm]
- BAŞALP, Nilgün (2004) Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara, s.24.
- BEŞE, Ertan (2002) Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin yayınları, Ankara.
- BEYLİN, Ceyli (2007) Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler.[http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/ docs/tbs_kisisel_veri_ceylin_beyli_gorus1.pdf] Erişim tarihi: 04.10.2007
- BIÇAK, Vahit (2002) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara.

- BIÇAK, Vahit (2006) Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti, [http://www.geocities.com /vbicak] Erişim tarihi:01.06.2006
- BİLDİRİCİ, Faruk (2000) Gizli Kulaklar Ülkesi, İletişim Yayınları, İstanbul.
- CAVELIERİ, Paola (2005) Genişletilmiş Bir İnsan Hakları Kuramı İçin, Çeviren: Saliha Nilüfer, Birikim Dergisi, Temmuz 2005, S. 195
- CENDEL, Nur (1994) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki araştırmaları, Cilt:8, sayı 1-3,İstanbul.
- CENDEL, Nur/ Zafer, Hamide (2006) Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul.
- COŞKUN, Enis (2000) Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ümit yayınları, Ankara.
- ÇOLAK, Haluk- TAŞKIN, Mustafa (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu, Seçkin, Ankara.
- DANIŞMAN, Ahmet (1991) Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi yayınları, Konya.
- DOĞAN, Mehmet; Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları Ve Türkiye'nin Durumu, Polis Dergisi, S.35, 2004.
- DOĞRU, Osman (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları (AİHMİ), Adalet Bakanlığı Eğitim dairesi Başkanlığı, Ankara.
- DONAY, Süheyl (1976) Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi, İÜHFM, C.39 S:1-4
- DONNELLY, Jack (1998) Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ankara, Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları.
- DÖNMEZER, Sulhi (2000) 4422 Sayılı Kanun İle Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu, 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu.
- DÖNMEZER, Sulhi (1999) Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Semineri, EGM, İstanbul.
- DUTERTRE, Gilles (2005) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi, Ankara.

- ERDEM, Mustafa Ruhan (2005) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi. [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] (Erdem2) erişim tarihi: 04.03.2006.
- ERDEM, Mustafa Ruhan (2001) Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ERDEM, Mustafa R. - ÖZBEK,V.Özer (1998) 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, İstanbul.
- EREN, Mehmet Selim (1998) Telefon Dinleme, İBD, C:75, S:7-8-9.
- ERGÜL, Ergin (2004) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara.
- ERGÜL, Ozan (2004) Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum, [www.yasayanayasa.ankara.edu.tr] erişim tarihi:23.11.2006
- ERKAN, Mehmet Akif (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi, Adalet Bakanlığı eğitim Seminerleri Tebliği, Sakarya.
- ERMUMCU, Osman (2006) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesinin Tahlili, [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>] erişim tarihi: 04.05.2006
- FOUCAULT, Michel (1992) Hapishanenin Doğuşu, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih (1997) İnsan Hakları Hukukunun genel Teorisine Giriş, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- GÜVEN, Kudret (2000) Kişilik Hakları ve Ötenazi, Nobel Yayınları,Ankara.
- GÖKÇEN, Ahmet (1994) Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma Ve Postada El Koyma, Ankara.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (1995) Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, İHMY, Ankara.
- GÖZLER, Kemal (2000) Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa.

- GÖZLER, Kemal (2001) "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme" Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4,
- GÖZLER, Kemal (1999) "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 47, Sayı 1 [www.anayasa.gen.tr/sigara.htm] Erişim Tarihi: 10.05.2006.
- GÖZLÜGÖL, Said Vakkas (1999) AİHS ve İç hukukumuzda Etkisi, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK,Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2005) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara.
- HAKERİ, Hakan (2007) Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması, [<http://portal.hakanhakeri.com>] erişim tarihi: 03.08.2007
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2002) Özgürlükler Hukuku, Afa yayınları, İstanbul.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (1989) Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır.
- KAPANİ, Münci (1981) Kamu Hürriyetleri Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Yayınları, Ankara.
- KAYMAZ, Seydi (1996) Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi, İBD, 1996.
- KAYMAZ, Seydi/ GÖKCAN, H.Tahsin (2002) Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- KEKLİK, Ramazan (2006) Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Mayıs 2006.
- KİLKELLY, Ursula (2003) Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa Konseyi, Ankara,2003.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun /NUHOĞLU,Ayşe (2006) Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul.

- KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun (2000) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul.
- KUNTER, Nurullah (1986) Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986.
- LUDLUM, Robert (2001) Prometheus'un İhaneti, Çeviren: Zeliha Babayiğit, Altınkitaplar, İstanbul.
- LYON, David (1997) Elektronik Göz: Gözetim Toplumunun Yükselişi, Çeviren: Dilek Hattatoğlu, Sarmal Yayınları, İstanbul.
- MACOVEI, Monica (2001) İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi, Strasbourg.
- ÖZAY, İl Han (2006) Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul.
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray (2005) CMK İzmir Şerhi içinde, Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, Seçkin, Ankara.
- ÖZBEK, Veli Özer (1999) Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara.
- ÖZBEY Özcan (2005) Avrupa İnsan hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınları, Ankara.
- ÖZBUDUN, Ergun (1977) Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF 50. Yıl Armağanı, C.1 Ankara.
- ÖZDEMİR Kenan (2006) Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği [www.hukuki.net] Erişim tarihi:06.06.2006.
- ÖZEK, Çetin (1999) Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa, İstanbul.
- ÖZEL, Sibel (2004) Uluslar Arası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara.
- ÖZGENÇ, İzzet (2005) TCK Gazi Şerhi, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara.
- ÖZTÜRK, Bahri (2006) Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı. [http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm] Erişim tarihi: 10.06.2006.

- ÖZTÜRK, Bahri -ERDEM, Mustafa- ÖZBEK,V.Özer (1999) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara.
- ÖZTÜRK, Bahri (1985) yeni Yargıtay kararları ışığında delil yasakları, Ankara, 1985.
- SAĞLAM, Fazıl (1975) Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD, S:1-4.
- SAĞLAM, Fazıl (1982) Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF yayını,s.22-23. SELÇUK, Engin (2004) AİHS Hukuku ve Özel hayatın Gizliliği, Hukuk ve Adalet Dergisi, S:3.
- SÖZÜER, Adem (1995) Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, MÜHF, Hukuki Araştırmalar, C:9, S:1-3, İstanbul.
- SÖZÜER, Adem (1997) Türkiye’de ve Karşılaştırmalı hukukta Telefon Telefaks Faks Ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İÜHFY Yıl 1997, S.3 Cilt LV.
- SOYSAL, Mümtaz (1997) 100 soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınları, İstanbul.
- ŞAHİN, Cumhuriyet (2005) CMK Gazi şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ŞEN, Ersan (1993) AİHS’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku, İÜSBFD, S:3-4-5, İstanbul.
- ŞEN, Ersan (1996) Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul.
- ŞEN, Ersan (1995) Gizli Dinleme Ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD 1995.
- ŞEN, Ersan (1999) Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sorunuyla Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu Ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul.
- ŞENOĞLU, Fuat (2005) Türk Mevzuatında İnsan Hakları ile İlgili Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Normu, yayınlanmamış doktora tezi, Malatya.

- ŞİMŞEK, Oğuz (2001) 4422 Sayılı Kanununun 4. Maddesine Göre Kayıt Ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2001.
- TANÖR, Bülent (1986) İki Anayasa:1961-1982, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- TANRIKULU, Cengiz (2007) Kişisel Verilerin Önemi Artıyor, ATGV Dergisi, Y.1 S.3 Ekim 2007, Ankara.
- TANSUĞ, Avniye (2005) AB'nin Yeni Ekonomik Silahı Veri Saklama Hukuku, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, S.16.
- TEZCAN, Durmuş /ERDEM, M.Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara.
- TEZCAN, Durmuş (2002) Avrupa İnsan Hakları Yargısı Ve Türkiye İle İlgili Kararlar, Yargıç Ve Savcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Yargısı Seminerleri, İzmir. [<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm>]
- TOSUN, Öztekin (1976) Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, İstanbul. (Tosun1)
- TOSUN, Öztekin, (1976) Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFM, C.41. (Tosun 2)
- TURHAN, Faruk (2006) Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.
- ÜZELTÜRK, Sultan (2004) 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- YAŞAR, Osman (2005) Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara.
- YENİSEY, Feridun (1998) Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul.
- YENİSEY, Feridun (2000) Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri Hukuk Kurultayı 2000, Ankara.
- YURTCAN, Erdener (2002) Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı, TBB, Ankara.
- YURTCAN, Erdener (2005) Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat yayınları, İstanbul.

YÜZBAŞIOĞLU, Nemci (2003) Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları, Beta Basım yayın, Ankara.

ZEYBEK, Cengiz (2006) Yeni Ceza Adalet Sisteminde Suçların Delillendirilmesi Bakımından Polisin Yetkileri Ve Sınırlılıklar, Çağın Polisi dergi S. 60 s. 59-63 Aralık,2006.

GİZLİ

**T.C.
DİYARBAKIR
1 SULH CEZA MAHKEMESİ**

Müteferrik Karar No : 2007/
Teknik Takip : 2007/
Soruşturma No : 2007/

İLETİŞİMİN DİNLENMESİ KARARI

İletişimin Dinlenmesini İsteyen Birim : Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı
Dinleme İsteyen Birim : Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Kaç.ve Org. Suç.
Yazısının Tarih ve Sayısı : Şube Müdürlüğünün ...gün ve 2007/ ... sayılı yazısı
Şüphelilerin Kimliği : ...isimli şahıs (... adresinde kayıtlı ... numaralı telefonu kullanır)
Yüklenen Suç : Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı
İletişim Aracının Türü ve Telefon Numarası : GSM ...
Tedbirin Türü ve Kapsamı : İletişimin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi.
Tedbirin Süresi : 3 AY
İletişimin Dinlenilmesi ve Kayda Alınmasının Sebebi : 2007/... soruşturma konusu ile ilgili devam eden teknik takip ve tespit çalışmalarında; ... numaralı telefonu kullanan isimli şahsın İran ülkesinden ilinden temin ettiği uyuşturucu maddesini pazarlama hazırlığı içerisinde olduğu değerlendirilmekte olup, bu aşamada başka türlü delil elde etme imkanı mümkün olmadığından, belirtilen telefonun dinleme ihtiyacı doğmuştur.

Yukarıda gerekçesi yazıldığı gibi yapılan soruşturmada suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe olduğu, ancak başka suretle delil elde etme imkanının bulunmadığı anlaşıldığından, Ceza Mahkemesi Kanununun 135. ve 137. Maddelerince şüphelilere ait yukarıda belirtilen telefon numaralarının (3) AY süre ile dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verildi. 01.09.2007

Zabıt Katibi

HAKİM

GİZLİ

GİZLİ

**T.C.
DİYARBAKIR
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI**

SORUŞTURMA NO: 2007/

01.09.2007

SAYI : 2007/

KONU : İletişimin Dinlenmesi Talimatı

**DİYARBAKIR EMNİYET MÜDÜRLÜĞÜNE
(KAÇ.VE ORG. SUÇ.ŞB.MÜDÜRLÜĞÜNE)**

İLGİ: Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Kaç.ve Org. Suç.Şb.Müdürlüğünün ... tarih ve 2006/... sayılı yazısı.

1- İlgili yazınızda belirtilen olayla ilgili olarak soruşturma başlatılmış olup, bütün yazışmalarda yukarıda belirtilen soruşturma numarasına ilgi tutulması,

2- Mahkemece verilen teknik takip kararı doğrultusunda şüphelilerin takibi ve suç unsuru maddeler ile birlikte yakalanmalarına çalışılmak suretiyle soruşturma konusu olayın aydınlatılması,

3- Diyarbakır 1. Sulh Ceza Mahkemesinin ... tarih ve 2006/... sayılı ekli mahkeme kararında belirtilen telefon numaralarının (3) ay süreyle dinlenmesine, tespitine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilmiş olup, karardan bir suret ekte gönderilmiştir.

a) Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemlerin yapılması ve kararın uygulanması için telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşa müdürlüğünüzce talimat verilmesi,

b) Ceza Muhakemesi Kanununun 137/2 Maddesine göre, tutulan kayıtlar Cumhuriyet Başsavcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözümlenerek metin haline getirme işleminin Kaç.ve Org. Suç.Şb.Müdürlüğünde görevli ... aidiyet numaralı görevliler tarafından yapılması,

c) İletişimin denetlenmesi sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, CMK' nın 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delilin muhafaza altına alınarak, derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi,

d) Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre, soruşturma işlemleri gizli olup, CMK' nın 135. Maddenin 5. fıkrasına göre de iletişimin tespiti konusunda alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur. Kanun hükümlerine uyulması ve gizliliğin ihlal edilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması;

Rica olunur.

Cumhuriyet Savcısı

E K İ : (1) sayfa Karar

GİZLİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 8. MADDESİ İŞİĞİNDE
TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN
DENETLENMESİ**

Heper, Yunus

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi

Tez Yöneticisi: Prof. Dr. Mithat Sancar

ÖZET

Bu çalışmada 5271, 2259, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ortaya konulan ölçütlere uygunluğu incelenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri başta özel hayat hakkı olmak üzere pek çok hakkı ihlal eden bir ceza muhakemesi tedbiridir. Bu nedenle ilk önce iletişimin denetlenmesi bağlamında özel hayat hakkının anlamı incelenmiş, daha sonra yeni yasal düzenlemelerin AIHS ve AIHM içtihatlarına uyumsuz yanları ele alınmıştır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telekomünikasyon, iletişimin denetlenmesi, özel hayat.

**INTERCEPTING OF TELECOMMUNICATION BY MEANS OF
ARTICLE 8 OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

Heper, Yunus

University of Ankara Institute of Social Sciences

Master Thesis

Adviser: Prof. Dr. Mithat Sancar

SUMMARY

In this thesis, ‘intercepting of telecommunication’, which legislated in the laws numbered as 5271, 2259, 2803 and 2937, has been studied in view of the European Convention on Human Rights and the verdicts of European Court of Human Rights.

Intercepting of telecommunication is one of the precautions of criminal investigation law, which connected with human rights, especially right to privacy. Therefore, in this thesis; first the contents of right to privacy have been studied. Then, the legislative contradictions against the European Convention on Human Rights and the verdicts of European Court of Human Rights have been studied.

KEY WORDS

The European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, telecommunication, intercepting of telecommunication, right to privacy.