



**T.C.
MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK
HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT KAPSAMINDA
HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ**

Ümit SEYFETTİNOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hatay/ 2010

**T.C.
MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK
HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT KAPSAMINDA
HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ**

Ümit SEYFETTİNOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL**

Hatay/ 2010

MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Öğrencisi Ümit SEYFETTİNOĞLU tarafından hazırlanan “**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT KAPSAMINDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ**” başlıklı çalışma 06/08/2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Tez Danışmanı : Yrd.Doç.Dr. Sabahattin Nal

Üye : Doç.Dr. Veysel Eren

Üye : Doç.Dr. Adnan Küçük

Onay

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Enstitü Müdürü

TEŞEKKÜR

Bu çalıőmanın yűrűtűlmesinde yardımlarını esirgemeyen Yrd.Doç. Dr. Sabahattin Nal' a teőekkűrlerimi sunarım.

ÖNSÖZ

Haberleşmenin gizliliği, toplum olarak hayatımıza yeni girmeye başlayan kavramdır. Özellikle yasal olmayan telefon dinleme iddialarının giderek artan yoğunlukta gündeme gelmesi, kamuoyunda ciddi anlamda tedirginlik yaratmaya başlamıştır. Tüm vatandaşların telefonlarının dinlendiği, her bireyin sürekli izlendiği iddiaları ortaya atılmaya başlanılmış, çoğu insan, deyim yerindeyse, telefonunun dinlendiği paranoyasıyla yaşamaya başlamıştır. Medyada büyük yer bulan bu konudaki ihlallerin fazlalığı ve devletin en üst makamlarından sokaktaki vatandaşa kadar herkesin yakındığı bir konu haline dönüşmesi, konunun önemini arttırmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan kişi hak ve özgürlükleri arasında yer alan özel hayat ve özel hayat kapsamında ele alınan haberleşme özgürlüğü, hiç kuşkusuz sınırsız değildir. Haberleşme özgürlüğü ulusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, başkalarının haklarının korunması, suç ve suçluların takibi, kamu yararı gibi nedenlerle sınırlandırılabilir. Ancak, devlet tarafından haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin sınırları çok net ve kesin biçimde belirlenmiş olmalı ve özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin istisnai bir durum olduğu unutulmamalıdır.

Bu çalışmada, özel hayat ve özel hayat kapsamında yer alan haberleşme özgürlüğü anlamı, kapsamı ve sınırlarıyla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Türk Hukuku bakımından hukuki boyutuyla değerlendirilmiştir.

21.06.2010/ Antakya
Av. Ümit Seyfettinoğlu

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT KAPSAMINDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi, Ümit Seyfettinoğlu
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans
Danışman: Yrd.Doç.Dr. Sabahattin Nal

ÖZET

Ülkemizde, tüm toplumu huzursuz eden ve insanların özgür ve rahat bir biçimde görüşmelerini kısıtlayan telefon dinlenmesi ve iletişimin denetlenmesi ile gündeme gelen “özel hayat”, özel hayatın gizliliği, aile hayatı, konut ve haberleşme özgürlüğünü kapsamaktadır. Günümüzde giderek gelişen teknolojinin yarattığı iletişim olanakları ve bilişim araçlarının, bunları kontrol edenlerin gözetimi altında bulunması, bireylerin haberi olmaksızın kolaylıkla bilgilerine ulaşmayı olanaklı hale getirmiştir. Telekomünikasyon ağı ve bilişim araçlarının, kişilerin farkında olmaksızın bilgilerine ve özellerine kolaylıkla ulaşmaya olanak tanınması özel hayatın sınırlarını zorlamaktadır.

Bu çalışmada özel hayat ve özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğü Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan yasal düzenlemeler ve hukuki boyutlarıyla ele alınarak açıklanmıştır. Çalışma dört kesimden oluşmaktadır. Birinci kesim çalışmanın konusu, amacı, önemi, yöntemi ile ilgilidir.

Çalışmanın ikinci kesiminde özel hayat ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Bu kesimde, özel hayat kavramı, özel hayatın gizliliği, kapsamı, özel hayata getirilen yasal koruma ve sınırlamalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında hukuki boyutlarıyla anlatılmıştır. Özel hayat kapsamında aile hayatı ve konut hakkına izleyen bölümlerde değinilmiştir.

Çalışmanın temel konusunu oluşturan haberleşme özgürlüğü ise, üçüncü kesimde ayrı olarak ele alınarak, daha ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Bu kesimde, haberleşme kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda haberleşme özgürlüğü ve sınırları, haberleşme özgürlüğünün kapsamı, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi konularına yer verilmiştir.

Dördüncü ve son kesimde, genel değerlendirmelere yer verilmiştir. Türk Hukukunda yer alan yasal düzenlemeler ile uygulama arasında karşılaştırma yoluna gidilerek, sorunlar ortaya konulmuştur.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Özel Hayat, Özel Hayatın Gizliliği, Haberleşme, Haberleşme Özgürlüğü, İletişimin Denetlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

**EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND PRIVACY OF
COMMUNICATION WITHIN THE SCOPE OF PRIVATE LIFE IN
TURKISH LAW**

**Master's Thesis, Ümit SEYFETTINOĞLU
Public Administration Department Master of Science
Supervisor: Asst.Prof. Sabahattin Nal,**

ABSTRACT

“Private life” that became a current issue with the telephone tapping and monitoring of communication that disturb the entire society and restrict people from communicating freely and comfortably in our country, includes the right of privacy, family life, freedom of information and housing. Since the communication facilities and information tools that are created by the today's ever growing technology are under the supervision of the individuals controlling thereof, it has made it possible to reach to the information of the individuals easily without their knowledge. The limits of private life are being pushed since the telecommunication network and information tools enable to reach to the information and personal data of the individuals without their knowledge.

Private life and freedom of information within the scope of private life are explained in terms of legal arrangements that are available in the Turkish Law and European Convention on Human Rights, and judicial extents. The study is composed of four chapters. First chapter is related with the subject, objective and method of the study.

Private life is explained in detail in the second chapter of the study. Following are explained in this chapter of the study; private life concept, right to privacy, its

scope, legal protection and restrictions ensured to private life, legal extents in the light of the verdicts of European Court of Human Rights. Family life and housing right within the scope of private life are touched on in the following chapter.

Freedom of information that constitutes the main subject of the study is assessed separately in the third chapter and reviewed in detail. Following are explained in this chapter; communication concept, freedom of information and its limits in the European Convention on Human Rights and Turkish Law, scope of freedom of information, monitoring of communication via telecommunication.

General assessments are mentioned in the fourth and final chapter. Problems are exhibited by making a comparison between the legal arrangements available in the Turkish Law and their implementation.

KEY WORDS

Private Life, Right of Privacy, Communication, Freedom of Information, Monitoring of Communication, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL
HAYAT KAPSAMINDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ**

İÇİNDEKİLER

Dış Kapak	
İç Kapak	
Jüri Üyeleri Onay Sayfası	
Teşekkür Sayfası	i
Önsöz.....	ii
Özet ve Anahtar Sözcükler.....	iii
Abstract and Key Words.....	v
İçindekiler.....	vii
Kısaltmalar	xi

BİRİNCİ KESİM

GİRİŞ

1.ÇALIŞMANIN KONUSU, AMACI, ÖNEMİ, YÖNTEMİ	1
1.1.Çalışmanın Konusu.....	1
1.2.Çalışmanın Amacı ve Önemi	3
1.3. Çalışmanın Denencesi.....	5
1.4. Çalışmanın Yöntemi.....	6

İKİNCİ KESİM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

2.ÖZEL HAYAT.....	7
2.1. Özel Hayat Kavramı.....	7
2.2. Özel Hayatın Yasal Korunması.....	10
2.2.1. Uluslararası Sözleşmeler.....	10

2.2.2. Ulusal Düzenlemeler.....	12
2.3.Devletin Olumlu ve Olumsuz Yükümlülükleri.....	14
2.4.Özel Hayatın Sınırları.....	17
2.4.1.Özel Hayatın Gizliliğinin Sağlanması Amacıyla Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	20
2.5.Özel Hayatın Kapsamı.....	21
2.5.1.Maddi ve Manevi Bütünlük.....	22
2.5.2.Kişisel Veri	23
2.5.2.1.Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından.....	25
2.5.2.1.1.Gizlilik.....	26
2.5.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından.....	27
2.5.3.İsim Hakkı	29
2.5.4.Cinsel Tercihler.....	31
2.5.5 Tıbbi Veriler Ve Gizlilik	33
3.AİLE HAYATI.....	35
3.1.Türk Hukukunda Yasal Düzenlemeler.....	35
3.2. Türk Hukukunda Aile Kavramı.....	37
3.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Aile Kavramı.....	38
3.3.1.Evlilik Birliğine Dayalı Aile.....	40
3.3.2.Evlilik Birliğine dayalı Olmayan Aile.....	42
4.KONUT HAKKI.....	43
4.1. Konut Kavramı.....	43
4.2. Yasal Koruma.....	45
4.2.1.Anayasa Bakımından.....	45
4.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından.....	46
4.3.Konutta Arama.....	47
4.4.Kasıtlı Hasara Karşı Koruma.....	49

ÜÇÜNCÜ KESİM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

5.HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	51
5.1. Haberleşme Kavramı.....	51
5.2. Haberleşme Özgürlüğünün Korunması ve Sınırları.....	53
5.2.1.1982 Anayasa'sı Bakımından.....	53
5.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından.....	54
5.2.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından.....	59
5.2.3.1.Haberleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Koşulları.....	59
5.2.3.1.1.Somut olayda AİHS 8/2 kapsamına giren müdahale olup olmadığı.....	60
5.2.3.1.2. Müdahalenin taraf devletlerin hukuk kurallarına uygunluğu.....	60
5.2.3.1.3. Müdahalenin “meşru amaca” yönelik olması.....	62
5.2.3.1.4. Müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olması.....	63
5.2.4.Müdafi İle Haberleşme.....	66
6.TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	70
6.1.İletişim Kavramı	70
6.1.1.İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi.....	72
6.2.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli Amaçlı Denetlenmesi.....	74
6.2.1.Koşulları.....	77

6.2.2.Yetki.....	80
6.2.3.Gizlilik.....	80
6.2.4.İlgiliye Bildirim.....	81
6.2.5.Dolaylı Dinleme.....	81
6.2.6.Müdafî ile İletişimin Denetlenmesi	84
6.3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme (İstihbarî) Amaçlı Denetlenmesi.....	86
6.3.1.Gizlilik.....	91
6.3.2.Yetki.....	92
6.3.3.Dinleyerek İzleme.....	93
6.4.Teknik Araçlarla İzleme.....	95

DÖRDÜNCÜ KESİM

GENEL DEĞERLENDİRME

7.BULGULAR, ÖNERİLER VE SONUÇ.....	99
7.1. Bulgular.....	99
7.2.Öneriler.....	102
7.3.Sonuç.....	103
KAYNAKLAR.....	105

KISALTMALAR

AİHM ve Mahkeme	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS ve Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun
JTGYYK	: 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu
MİT	: 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu
p.	: paragraf
m.	: madde

BİRİNCİ KESİM

GİRİŞ

1.ÇALIŞMANIN KONUSU, AMACI, ÖNEMİ, YÖNTEMİ

Bu bölümde ana hatlarıyla çalışmanın konusu, amacı, önemi ve denencesi açıklanmıştır. Çalışma yapılırken nasıl bir yöntem izlendiği hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

1.1.Çalışmanın Konusu

İnsan hakları çağımızın en önemli değerlerinden biridir. İnsan hak ve özgürlükleri alanında önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin kuramsal alandan uygulama alanına girmesi, böylelikle etkili bir güvence sisteminin oluşturulmasıdır. İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması, İkinci Dünya Savaşına kadar esas itibariyle bir iç hukuk ve anayasa sorunu olarak görülmüştür. Böylece, bu tarihe dek, insan hak ve özgürlüklerinin sadece anayasal güvenceye kavuşturulması için çaba harcanmıştır. Yirminci yüzyılda bu alandaki en önemli gelişme, insan haklarının ulusal hukuk öznesi olması yanında uluslararası hukuk öznesi haline gelmeye başlamasıdır. İnsan hak ve özgürlükleri, ulusal yargı güvencesi yanında, uluslararası yargı güvencesine kavuşmuştur. İkinci Dünya Savaşının doğurduğu acı sonucun, insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür (Özer, 2005: 7).

İkinci Dünya Savaşı sırasında meydana gelen insan hakları ihlallerinin bir sonucu olan Batılı devletler arasındaki arayışlar, ilk olarak 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hazırlanmasına neden

olmuştur (www.barobirlik.com). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesine göre; “Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır” (www.adalet.gov.tr). İçeriği ağırlıklı olarak sivil ve siyasi haklardan oluşan Beyanname, devletlerin eylemlerine ilişkin herhangi bir denetim sistemi içermemekte, sadece “uygun davranma” şeklinde, manevi bir amaca hizmet etmektedir (www.barobirlik.com).

1949 yılında Avrupa'nın kültürel, ekonomik, sosyal ve politik yaşamını ve aynı zamanda insan haklarını, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü geliştirmek, taraf devletler arasında bir denge yaratmak amacıyla oluşturulan Avrupa Konseyinin geçmişte yaşanan ve ciddi etkiler yaratan hak ihlallerine karşı bir mekanizma geliştirme çabaları 4 Kasım 1950 yılında sonuç vermiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzaya açılmıştır. Sözleşme, zaman içinde yapılan protokollerle politik ve sivil hakların yanı sıra sosyal, kültürel ve ekonomik hakları da içine alan uluslararası bir koruma mekanizmasına sahip olmuştur (www.barobirlik.com).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ve Sözleşme) ve protokollarında kabul edilen yükümlülükler uylmasını sağlamak için, devamlı olarak görev yapmak üzere, Yüksek Sözleşmeci taraf sayısına eşit yargıçtan oluşan ve masrafları Avrupa Konseyi tarafından karşılanan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ve Mahkeme) kurulmuştur. Mahkeme'nin yargı yetkisi, kendisine intikal eden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve protokollarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme Sözleşme ve protokollarında koruma altına alınan hakların ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın (Devletin) iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş

kararlarına uymayı taahhüt ederler (www.adalet.gov.tr). Anayasanın 90. maddesi¹ gereği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları iç hukuk hükmünde sayılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden biri olan “özel hayat” kavramı, doğal olarak Türk Hukukunda da yerini bulmuştur. Ülkemizde, tüm toplumu huzursuz eden ve insanların özgür ve rahat bir biçimde görüşmelerini kısıtlayan telefon dinlenmesi ve iletişimin denetlenmesi ile gündeme gelen “özel hayat”, özel hayatın gizliliği, aile hayatı, konut ve haberleşme özgürlüğünü kapsamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, her ne kadar, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü özel hayattan ayrı olarak anılmış ise de, aslında tümü özel hayatın birer parçası olup, özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilmelidir (Eryılmaz, t.y.: 12).

Bu çalışmada özel hayat ve özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğü Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan yasal düzenlemeler, kapsamı ve sınırları hukuki boyutlarıyla ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Özel hayat kapsamında yer alan aile hayatı ve konut hakkı ise bütünlük içerisinde kısaca ele alınmıştır.

1.2.Çalışmanın Amacı ve Önemi

İnsan hakları hukuku alanında uzunca bir süreden beri birbirini bütünleyen iki gelişmeden söz edilmektedir: Özel yaşamın gizliliğinin korunması ve devletlerin

¹ Anayasa 90. madde 5. fıkra “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmündedir.

saydamlaşması. Kişiler için koruma perdeleri sıklaştırılırken, başta devletler olmak üzere tüm kamusal birimlerin işlem ve birikimleri günışığına çıkarılmaktadır (Dinç, 2008: 14).

Günümüzde giderek gelişen teknolojinin yarattığı iletişim olanakları ve bilişim araçlarının, bunları kontrol edenlerin gözetimi altında bulunması, bireylerin haberi olmaksızın kolaylıkla bilgilerine ulaşmayı olanaklı hale getirmiştir. Telekomünikasyon ağı ve bilişim araçlarının, kişilerin farkında olmaksızın bilgilerine ve özellerine kolaylıkla ulaşmaya olanak tanınması özel hayatın sınırlarını zorlamaktadır.

Temel hak ve özgürlükler çerçevesinde, özel ve aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği 1982 Anayasası'nın 20-22 maddelerinde koruma altına alınan haklardandır. Bu haklara, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi istisnai nedenlerle müdahale edilebileceği hükme bağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanununda ise, yasal sınırlamalar daha net biçimde ortaya konularak, ayrıntılı bir şekilde düzenleme yoluna gidilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın gizliliğini düzenleyen 8. maddesinde, özel ve aile hayatı, konut ve haberleşme hakkı temel hak ve özgürlüklerden biri olarak kabul edilmiştir. Söz konusu maddede güvence altına alındıktan sonra, istisnai olarak birtakım sınırlamalar getirilmiş; ancak, hangi şartlarda kamu otoritesinin özel hayata müdahale edebileceği açıkça belirtilmiştir.

Bununla beraber, özellikle yasal olmayan telefon dinleme iddialarının giderek artan yoğunlukta gündeme gelmesi, kamuoyunda ciddi anlamda tedirginlik yaratmaya başlamıştır. Hatta daha da ileri giderek, tüm vatandaşların telefonlarının dinlendiği, her bireyin sürekli izlendiği iddiaları ortaya atılmaya başlanılmıştır.

Haberleşmenin gizliliği, toplum olarak hayatımıza yeni girmeye başlayan kavramdır. Bunun nedeni ise, medyada büyük yer bulan bu konudaki ihlallerin fazlalığı ve devletin en üst makamlarından sokaktaki vatandaşa kadar, çoğu kimsenin şikayet ettiği bir konu haline dönüşmesidir. Çoğu insanın, deyim yerindeyse, telefonunun dinlendiği paranoyasıyla yaşadığı bir ortamda, bu konuya eğilmek aydınlatıcı ve gerekli bir durum olarak değerlendirilmiştir.

Türk Hukukundaki Anayasal ve yasal düzenlemelere karşın, uygulamada birtakım sorunlar, özel yaşamın korunmasında ihlaller yaşanmaktadır. Bu bağlamda, haberleşme özgürlüğünün ağır bir tehdit altında olduğu, sınırlamalara ilişkin alanın giderek genişlediği görülmektedir (Aktan, 2008: 13).

Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda özel hayat ve özel hayat kapsamında haberleşmenin gizliliğinin, hukuki boyutlarıyla ele alınarak kapsamı ve yasal sınırlarının belirlenmesidir.

1.3. Çalışmanın Denencesi

Herhangi bir hakkın yasalarda etkin biçimde korunmakta olması yeterli değildir. Yasal düzenlemelerin uluslar arası standartlara uygun olması, korunması istenilen hakkın korunduğu anlamına gelmemektedir. Uygulamada bu hakkın kullanılmasına olanak sağlanması, bir başka ifadeyle, demokratik hakların kullanılabilmesi gereklidir.

Bu anlamda, özel hayat hakkından ve özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğünden söz edilebilmesi için, “özel hayat bilinci”ne sahip olunması gereklidir. Toplumda genel olarak, özel hayat bilinci yok ise, ihlaller karşısında, hak ihlalinin farkında olunmadığından, hak arama da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, yasalarda özel hayat ve özel hayat kapsamında haberleşme

özgürlüğünün düzenlenmesi ve korunması pratik anlamda, günlük hayatta çok fazla önem taşımayacaktır. Söz konusu farkındalık hem kamu otoritesi hem de vatandaş açısından geçerlidir.

1.4. Çalışmanın Yöntemi

Çalışmada özel hayat ve bu kapsamda haberleşmenin gizliliği temel ilkeler, yasal düzenlemeler ve sınırlamalar ile ortaya konulduktan sonra, özellikle somut olaylardan yola çıkılarak sonuç üretilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda somut olayların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ele alınış biçimiyle sonuca ulaşılmaya çalışılmış; özel hayat ve haberleşmenin gizliliğinin ihlali, AİHS ve Türk Hukukunda hukuka uygunluk bakımından değerlendirilmiştir.

Yapılan çalışmada, yasal düzenlemelerle birlikte somut örneklerle ve büyük ölçüde mahkeme kararlarına dayanılmış ve olaylar hukuki yönüyle tartışılmaya çalışılmıştır. Bu anlamda çalışma, vaka incelemesi biçiminde yapılmıştır.

Çalışma dört kesimden oluşmaktadır. Birinci kesim çalışmanın konusu, amacı, önemi, denencesi ve yöntemi ile ilgilidir. Çalışmanın ikinci kesiminde özel hayat, kavram, kapsam ve sınırları ele alınarak anlatılmış, özel hayat kapsamında aile hayatı ve konut hakkına izleyen bölümlerde kısaca değinilmiştir. Çalışmanın temel konusunu oluşturan haberleşme özgürlüğü ise, üçüncü kesimde ayrı olarak ele alınarak, daha ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Bu kesimde telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi, bir başka ifadeyle telefon dinlenmesi ayrı bir bölümde ele alınmıştır. Dördüncü ve son kesimde ise, genel değerlendirmelere yer verilmiştir.

İKİNCİ KESİM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

2.ÖZEL HAYAT

Bu bölümde özel hayat kavramı, özel hayatı korumak için getirilen yasal ulusal ve uluslararası yasal düzenlemeler, özel hayatın sınırları ve kapsamı açıklanacaktır.

2.1. Özel Hayat Kavramı

Özel hayat, bir kimsenin kamuya mal olmuş hayatının yanında, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi, kamusal hayatında hedef olarak kabul ettiği noktalara ulaşabilmesi ve kendisi için uygun gördüğü yaşam tarzını sürdürebilmesi için, başkalarının denetim ve gözetiminden uzak kendi düşünce ve kanaatleri ile süsleyip şekillendirdiği bir yaşam alanıdır (Eryılmaz, 2003: 65).

Soyaslan (2006: 267) özel hayatı “ kişinin dış dünya ile ilişkisinin algılandığı, bilgi, görgü ve verilerin depolanarak sadece sahibi veya kendisine yakın birkaç kişinin bildiği, insanın orada daha çok özgür olduğu bir hayat” olarak tanımlamaktadır.

Özel hayat hakkı, öğretide her bireyin kendisi, ailesi ve mesleğiyle ilgili başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliği; bireyin üzerinin, eşyasının, iletişiminin, konutunun dokunulmazlığı ve bunlarla ilgili olarak herkese karşı ileri sürülebilen, anayasal güvence altındaki mutlak hak olarak da tanımlanmaktadır (Aktan, 2008: 12).

Özel hayat kavramı, bireylerin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hak olarak da tanımlanmaktadır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, kişinin, özel hayatına ilişkin faaliyetlerini kendisinin bildiği, başkalarının bilmediği, bilmesini istemediği ve başkaları tarafından öğrenildiğinde de kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacak olan bir anlam ifade eder (Şen, 1996:8 ve 13).

Özel hayat, içerisinde kişiye ait maddi ve manevi değerleri barındırır ve özel hayatın korunması ise, bu değerlerin bir başkası tarafından bilinmesi ve müdahale edilmesini yasaklar (Şen, 2010: 57).

Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, bireysel seçimleri, alışkanlıkları, ilgileri, başka kişilerle ilişkileri, belgeleri, yazıları, fotoğrafları, gönderdiği ve kendisine gelen her tür iletiler, sözel veya elektronik araçlar eliyle gerçekleşen konuşma ve haberleşmeleri gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerinin tümü, özel yaşamını oluşturmaktadır (Dinç, 2008: 15).

AİHM , R.Van Osterwijk/Belçika (1 Mart 1979, p. 52) davasında, özel hayatı şu şekilde tanımlamıştır: “Özel hayat, yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup, bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır” (Gölcüklü, Gözübüyük, 2005: 334).

Mahkeme, Costello Roberts/Birleşik Krallık (25 Mart 1993 p.36) davasında özel hayatın bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirtmiştir. Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir. Yani özel hayat, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir (Kilkelly, 2005: 9).

AİHM Huvig/Fransa (24 Nisan 1990, p. 25) davasında hem iş, hem de özel konuşmaların dinlendiği telefon dinleme faaliyetinin özel hayata bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bir başka davada ise, sadece iş faaliyetlerine yönelik bir arama yapıldığında dahi, bu durumun özel hayata müdahale olduğu kabul edilmiştir (Chappell/Birleşik Krallık, 30 Mart 1989, p.26-51).

Aslında, özel hayat kavramı kesin bir tanımı yapılamayacak kadar geniş ve aynı zamanda duruma göre değişkenlik gösteren bir kavramdır. Kamu alanı ile özel alan arasındaki sınır, değişik olaylarda farklı biçimlerde ortaya çıktığından, somut olaya göre belirlenmesi daha uygundur (Dutertre, 2007: 287).

AİHM Niemietz/Almanya (16 Aralık 1992, p.29) davasında bu konuda ayrıntılı açıklamada bulunmuştur. Söz konusu davada başvuru hukuk bürosu, birine hakaret etmiş olan bir kişinin kimliğini belirleyebilecek belgeler bulmak amacıyla savcı ve polis tarafından aranmıştır. AİHM bu davadaki kararı ile özel hayat kavramının ne şekilde yorumlanacağı hususuna da açıklık getirmiştir (Dutertre, 2007: 287):

“Mahkeme, özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün, ne de gerekli olduğunu düşünmektedir. Ancak, bu kavramı bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alan ile kısıtlamak ve bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmak aşırı kısıtlayıcı olur. Özel hayat hakkı, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içermelidir.

Ayrıca insanların bir çoğunun dış dünyayla ilişki kurma fırsatı önemli ölçüde, hatta belki de çoğunlukla iş hayatı sırasında ortaya çıktığına göre, özel hayat kavramından, ilkesel olarak, mesleki veya iş dünyasıyla ilgili faaliyetleri hariç tutmanın bir nedeni yok gibi görünmektedir. Bu bakış açısı, Komisyon tarafından da haklı olarak dikkat çekildiği gibi, bir bireyin faaliyetlerinden hangilerinin meslek veya iş hayatına girdiği, hangilerinin girmediğini açık olarak belirlemenin her zaman mümkün olmaması nedeniyle de desteklenmektedir. Özellikle de serbest çalışan bir kişi söz konusu olduğunda, işleri herhangi bir anda hangi konumda hareket ettiğini belirlemeyi imkansız kılacak derecede kişinin hayatının bir parçası haline gelmiş olabilir.

Bu durumda Devletin yapılmasını önerdiği gibi, şikayette bulunulan önlemin sadece mesleki faaliyetlerle ilgili olduğuna dayanarak 8. madde kapsamından yararlandırmamak eşit olmayan bir muamele doğmasına da neden olabilir. Çünkü, mesleğiyle ilgili olan ve olmayan faaliyetleri birbirinden ayıramayacak kadar iç içe geçmiş olan bir kişi bu korumadan yararlanabilecektir. Aslında Mahkeme bu nedenle böyle ayrımlar belirlememiştir.”

Bireyin yaşantısı üç bölümden oluşmaktadır: ortak hayat, özel hayat ve gizli hayat. Ortak hayat bireyin toplum içindeki yerini, görünen etkinliklerini, başkalarıyla olan genel ilişkilerini kapsar. Özel hayat ise, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşmesi için, dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir ortamdır. Kısaca, kişilerin yalnız yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir. Hayatın gizli yanı ise, bir iç sorgulama bölgesidir ve başkalarını hiçbir şekilde ilgilendirmemektedir. Kişinin yalnız kalma hakkı olarak ta anılan gizli hayatın her türlü etkiden uzak tutulması gerekir (Dinç, 2008: 16).

2.2. Özel Hayatın Yasal Korunması

Bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı ile otoritenin bireyin özel hayatına müdahale etmeye yönelik düzenleme ve uygulamaları, bu alanda gerçekleşen çekişmelerle sürekli karşılaşılmaktadır. Bir taraftan birey, özel hayatının hukuk kuralları ve günlük hayatta sınırsız güvenceye kavuşturulmasını isterken, diğer taraftan da otorite, kamu düzeninin bozulmasını önlemek, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak, düzeni bozan fiil ve faillerini ortaya çıkarabilmek amacıyla bireyin özel hayatına sürekli müdahale etmek ister (Şen, 2010: 11).

Bir ülkede, özel hayata müdahale edilen alanın sınırlarının genişliği, her devletin kendi toplumunu oluşturan insanlarına isteklerini elde etme konusunda tanıdığı özgürlüğün sınırlarının genişliği ile yakından ilgilidir. Devlet, ne kadar kamu menfaatini birey menfaatine göre ikinci planda tutuyor ve kişilerin özel hayatına az müdahale ediyorsa o toplumdaki bireyler o kadar özgürdür (Eryılmaz, t.y.: 12).

2.2.1. Uluslararası Sözleşmeler

İçinde bulunduğumuz elektronik çağda, kendilerine ve mekanlarına bir müdahalede bulunmaksızın, kişilerin konuşmaları dinlenebilmekte, hal ve hareketleri

takip edilebilmektedir. Bu gelişmeler dikkate alındığında, bugün için, kişilere has özel bir hayatın varlığından söz etmek hemen hemen olanaksız olmakla birlikte, birçok uluslararası belge, kişilerin özel hayata duyduğu fiziksel ve psikolojik ihtiyacı dile getirerek, herkese, özel hayatına ve bu hayatın bir parçası olan aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını vermiştir (Eryılmaz, t.y.: 12).

Devletin keyfi müdahalelerine karşı kişilerin özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan temel haklardandır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin¹ 12.maddesine göre;

“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırlamaz.

Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır” (www.adalet.gov.tr).

Uluslararası hukuk bağlamında özel yaşama yönelik en etkili koruma yöntemleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almış bulunmaktadır.² Adı geçen Sözleşmenin 8.maddesinde, özel hayat şu şekilde korumaya alınmıştır:

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” (www.adalet.gov.tr).

¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

² 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan sözleşme 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girdi. Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'te onayladı (Resmi Gazete 9 Mart 1954-8662). Sözleşme metni, 21 Eylül 1970'te yürürlüğe giren 3 no'lu Protokol'un 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 no'lu Protokol'un ve 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 no'lu Protokol'un düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmişti ve ayrıca, yürürlüğe girdiği 21 Eylül 1970'ten bu yana 5. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak Sözleşme'nin bir parçası olan 2 no'lu Protokol'un metnini içermekteydi. Prokokolların getirdiği bütün bu değişikliklerin ve eklemelerin yerini, yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'den itibaren 11 no'lu Protokol aldı. Bu tarihten itibaren 1 Ekim 1994'te yürürlüğe giren 9 no'lu Protokol yürürlükten kaldırıldı.

Maddenin birinci fıkrasında hakkın kapsamı belirlendikten sonra ikinci fıkrada hangi neden ve koşullarla sınırlamalara gidilebileceği açıklanmıştır. Maddede her ne kadar, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü özel hayattan ayrı olarak anılmış ise de, aslında bu üç özgürlük de özel hayatın birer parçası olup, tümü özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. 8.maddede ele alınan ve korunan bu dört hak birbirleri ile bağlantılıdır (Eryılmaz, t.y.: 12). Özel hayat güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tanımladığı diğer haklarla bağlantılı olduğu kadar, 8.maddede korunması öngörülen tüm haklarla da iç içedir (Dinç, 2008: 15).

Özel hayat güvencesi, ortak yaşamdan başlayarak, kişinin gizli yaşamına, yani genelden özele doğru yoğunlaşan bir koruma ağını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Konseyi Danışma Meclisinin 1970 yılında aldığı 23 Ocak günlü ve 428 sayılı ilke kararı ile özel hayat güvencesinin kapsamı genişletilmiş, “ ...özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, temelde özel hayatın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel hayat güvencesi, kişinin kendi özgür çevresini, aile ilişkilerini, tinsel ve özdeksel bütünlüğünü, onurunu ve adını yaralayan açıklamaların yapılmasını, özel fotoğraflarının yayınlanmasını, güvene dayanarak herhangi birine verdiği bilgilerin dışa vurulmasını önlemeyi amaçlar.” denilmiştir (Dinç, 2008: 16).

2.2.2. Ulusal Düzenlemeler

Hayatın gizli alanının değerlendirilmesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8.maddesi, Anayasa'nın 20.maddesi ve Medeni Kanun'un 24. maddesi dikkate alınmalıdır. Anayasa'nın 20.maddesi “Özel Hayatın Gizliliği” başlığı altında “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” ifadesi ile özel hayatı koruma altına almıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, hangi durumlarda müdahale edilebileceği açıklanarak, özel hayatın sınırları belirlenmiştir:

“Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Medeni Kanun 24. madde düzenlemesi kişisel verilerin korunmasında önemli yer tutmaktadır. Buna göre “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kamunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” Kişisel verilerin izinsiz olarak ele geçirilmesi durumunda, bu ihlalin tazmini için Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun ilgili hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (Taşkın Ş, 2008: 90).

Özel hayatın gizliliğinin ihlali 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 134. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Anılan maddeye göre:

“Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.”

Böylece, kişinin özel hayatına, bu kapsama giren aile ve meslek yaşamına, gizlediği, yani başkalarının görmesini ve duymasını istemediği faaliyetlerine, ev hayatına, ailesi ve yakınları ile olan görüşme ve ilişkilerine, görüntüsüne, cinsel hayatına ayrıca bu alanlardaki huzur ve sükununa, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı sürece her ne sebeple olursa olsun, dışarıdan veya bireyin bulunduğu alanlara fiilen veya teknik aletlerle girmek veya ulaşmak suretiyle müdahale edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu madde ile bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı korunmuş olmaktadır (Şen, 2010: 84).

Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır.

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi halinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir¹.

2.3.Devletin Olumlu ve Olumsuz Yükümlülükleri

AİHS 8.madde devletlere olumlu ve olumsuz yükümlülükler getirmektedir. Devletlerin olumsuz yükümlülüğü, egemenliği altındaki bireylerin özel yaşam haklarına saygısızlık etmemektir. Bu nedenle devletler, bireylerin yaşantılarına olabildiğince az karışmalı, kişiliklerini kendilerinin uygun gördükleri biçimde geliştirmelerine olanak tanınmalıdır. Devletler, zorunluluk olmadığı sürece, özel hayat

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 134. maddesinin gerekçesinden.

alanlarıyla iletişime girmemelidir. Kişilerin aile ve özel hayatlarında özgür bırakılmaları yeterli değildir. Devletlerin olumlu görevleri, bireysel hakları korumak için gerekli önlemleri almaktır (Dinç, 2008: 17).

Özel hayata saygı gösterilmesi hakkının varlığından söz etmek için devletin ve organlarının kişilerin bu haklarına keyfi ve kanunsuz olarak müdahale etmemesi, bir başka deyişle olumsuz yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterli değildir. Devletin kişilerin bu haklarına hem kendi organlarının hem de başkalarının gerekli saygıyı göstermesini sağlamak ve keyfi ve kanunsuz müdahalelerini önlemek için gerekli tedbirleri alması, yani olumlu yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir (X ve Y/ Hollanda, 26 Mart 1985, p.23; Marckx/Belçika, 13 Haziran 1979, p.31)

Devletin harekete geçmemesiyle ilgili konularda, plajlara ulaşamadığı için şikayette bulunan özürlü bir kişiyle ilgili Botta/İtalya (24 Şubat 1998, p.32- 35) davasında AİHM, özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri olduğunu hatırlatarak, bireyin çıkarları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiği şeklinde karar vermiştir:

“Bu davada, başvuru devletin yaptığı değil, yapmadığı birşeyden dolayı şikayetçi olmuştur. 8. maddenin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, özel hayata veya aile hayatına etkin biçimde saygı gösterme kapsamında pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını içerebilir. Ancak saygı kavramı tam olarak tanımlanmamıştır. Bu tür yükümlülüklerin olup olmadığını belirlemek için, devletin her halükarda bir takdir hakkı olmasına rağmen, bireyin çıkarları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmalıdır.

Mahkeme, bir başvurucuya uygulanan önlemler ile başvurucunun özel ve/veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bağlar olduğunda, devletin bu tür yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir.

Ancak bu davada Bay Botta'nın ileri sürdüğü hak, yani oturduğu yerden uzak olan bir yerde, tatili sırasında plaja ve denize erişme hakkı, özel plajların eksikliklerini gidermek için devletin alması gereken önlemler ile başvurucunun özel hayatı arasında doğrudan bir bağ kurulamayacak kadar geniş ve kapsamı belirsiz, kişiler arası ilişkilerle ilgilidir. Bu nedenle, 8. madde uygulanamaz.”

Bu bağlamda, kişilerin özel hayatına bir saygı ifadesi olarak herkesin başkalarının özel hayatına saygı göstermesi gerektiğinin belirlenmesi, özel hayata müdahalenin sıkı şartlara bağlanması ve hangi tip fiillerin özel hayata müdahale

sayılacağıının kabul edilmesi yeterli değildir. Bu eylemlerin suç olarak kabul edilmesi ve faillerin cezalandırılması da gerekir. Ceza Hukuku yaptırımlarının sadece varlığı olumlu yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli değildir. Devletin uygulamada bu yaptırımları işletmesi de gerekir. Örneğin, devletin, kişilerin cinsiyetlerini değiştirmelerine müdahale etmemesi özel hayatına saygı göstermesi için yeterli değildir. Bunun yanında, doğum sertifikalarındaki gerekli cinsiyet değişikliğini onaylaması da gerekir (Van Oosterwijk/Belçika, 1979, p.52; B./Fransa, 1991 p. 49-62) (Eryılmaz, t.y.: 20).

Rees/Birleşik Krallık davasında (17 Ekim 1986, p.37), AİHM olumlu ve olumsuz yükümlülükler arasındaki farkı belirlerken, toplumun genel çıkarı ile bireyin çıkarı arasındaki çatışmaya ve bunlar arasında bir denge kurulmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir:

“Olumlu bir yükümlülük olup olmadığını belirlerken, AİHS’nin tamamında olduğu gibi, toplumun genel çıkarı ile bireyin çıkarı arasında, adil bir denge kurulmaya çalışılmasına dikkat edilmelidir. Bu denge kurulurken, 8. madde 2. fıkrada belirtilen amaçlar geçerli olabilir, ancak bu hüküm birinci fıkrada korunan hakka sadece müdahaleler açısından, yani bu haktan doğan olumsuz yükümlülükler açısından yaklaşmaktadır.”

AİHM, Keegan/İrlanda (26 Mayıs 1994, p.49) davasında, devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki ayrımın kesin çizgilerle ayırlamayacağını belirtmiştir:

“Mahkeme, 8. maddenin esas 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 olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir tanım yapmaya uygun değildir. Yine de uygulanacak ilkeler benzerdir. Her iki durumda da, bireyin ve bir bütün olarak toplumun birbiriyle rekabet içinde olan çıkarları arasında adil denge oluşturulması gerektiğine dikkat edilmelidir ve her iki bağlamda da devlet, belirli bir takdir hakkına sahiptir.

Guerra ve diğerleri/İtalya (19 Şubat 1998, p. 57- 60) davasında Mahkeme, Enichem fabrikasından çıkan zehirli atıkların, başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki doğrudan etkisinin, 8. maddenin kapsamı içinde olduğunu belirtmiştir. Başvuruçuların ve ailelerinin, söz konusu fabrikada bir kaza

olması durumunda özellikle zarara uğrama tehlikesi altında olan Manfredonia kasabasında yaşamaya devam etmeleri durumunda, ne tür tehlikelere maruz olduklarını değerlendirmeleri için gerekli bilgilerin başvuruçulara verilmemiş olmasından dolayı, Mahkeme İtalya'nın bu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir.

İç hukuk sisteminde boşanma davasında başvuruçunun adli yardım almasını sağlayan bir sistem olmadığı için ve mahkemeye başvuramaması doğrudan başvuruçunun özel hayatını ve aile hayatını etkilediği için, Mahkeme başvuruçunun 8. madde ihlalinin mağduru olduğu sonucuna ulaşmıştır (Airey/İrlanda, 9 Ekim 1979).

2.4.Özel Hayatın Sınırları

AIHS 8. maddede yer alan özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme özgürlüğü mutlak dokunulmaz bir alan değildir. Bu hakka bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından sınırlama getirmesi, ancak üç koşulu bir arada taşıması şartıyla kabul edilebilir:

1.Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işleminin önlenmesi, kamu sağlığının, kamu ahlakının veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarından birisine hizmet etmesi,

2.Demokratik bir toplumda zorunlu olması

3.İç hukuk kurallarına (yasalara) uygun olması

Bu şartlar oluşmadan, devletin bu hayata müdahalesinin söz konusu olduğu bir toplumda, insanların bağımsız bir varlık olarak tanınıp tanınmadığından ve kendi irade ve tercihleri ile yaşamlarını şekillendirme özgürlüğüne sahip olup olmadığı tartışmalı hale gelir.

Gerek devlet adına hareket eden kişilerce gerekse sıradan kişilerce, kişinin özel hayatına ve bu hayatın birer parçası olan aile hayatına, hayatını devam ettirdiği konutuna ve dış dünya ile iletişiminin kurulmasını sağlayan haberleşmesine müdahale edilmemesi kuraldır.

Ancak, keyfi olmamak şartıyla, kamu görevlilerinin, kanunlarda belirtilen istisnai hallerde, kamu güvenliği, suçun önlenmesi gibi sebeplerle, kanunun yetkilendirdiği kişilerin izinleri ve demokratik toplumun gerekleri doğrultusunda, durumun gerektirdiği ölçüde, özel hayata geçici müdahaleleri kabul edilebilir. Bir başka deyişle, kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini temin etme büyük ölçüde kendi elindedir. Kişiler, başkalarının haklarını çiğneyerek devletin kendi özel hayatına müdahaleyi haklı kılan sebeplere zemin hazırlamadığı ve yaşam tarzını kamuoyuna açmadığı müddetçe hayatının özel alanı varlığını devam ettirecektir (Eryılmaz, t.y.: 12).

AİHM içtihatlarına göre, özel hayata müdahaleye izin veren tedbirin yer aldığı iç hukukun kişilerin tedbirin hangi durumlarda kullanılabileceğini öngörebilmesine olanak sağlaması için, belirli bir derecede netlik içermesi ve erişilebilir olması gereklidir. Bazı kaçınılmaz sebeplerle, her türlü ihtimalin önceden öngörülmesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle yetkililere takdir yetkisi verildiği durumlarda, keyfi müdahalelere karşı, kullanılan takdir yetkisinin denetime ve özellikle yargısal denetime açık olması gerekir.

Ayrıca, özel hayata müdahale teşkil eden işlemle elde edilecek fayda arasında oran bulunmalıdır. Kişilerin özel hayatına müdahaleyi gerektirmeyen veya daha az gerektiren tedbirlerle aynı amaca ulaşılabildiği takdirde orantılılıktan söz edilemez. Orantılılık ilkesi ayrıca, yetkililerin, makul, dikkatli ve iyi niyetli hareket etmelerini ve müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürülen sebeplerin tatmin edici, gerekli ve yeterli olmasını da gerektirir.

Demokratik toplumda zorunlu olmaktan ise, başvuru tedbirin demokratik toplumu açıklayan, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü ilkelerine uygun olmasını

anlamak gerekir. Bu ilkelerin değerini azaltan herhangi bir uygulama demokratik toplum için gerekli değildir.

Demokratik toplum, ayrıca hak ve özgürlüklere karşı gerçekleştirilen her müdahaleye karşı kişilere bir takım usuli güvencelerin de sağlanmasını gerektirir. Alınan bir tedbir, bir ülkenin bir tarafında gerekli olabilirken ülkenin diğer tarafında veya başka bir demokratik ülkede gerekli olmayabilir (Eryılmaz, t.y.: 13).

AİHS 8. maddede yer alan, özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü bağımsız bir karaktere sahiptir ve iç hukuktaki tanımlamalardan farklı bir anlam taşıyor olabilir.

Kişinin bireysel davranışını ilgilendiren kurallar koyduğu her durumda devletin özel hayata müdahalesi vardır. Özel hayattan kast edilen, sadece, kişinin, içinde, kendisinden başka kimsenin olmadığı, gizli, şahsi hayatı veya ailesi ile birlikte paylaştığı aile hayatı değildir. Özel hayat, kişinin dış dünyada sürdürdüğü aktiviteleri, kişilerle kurduğu arkadaşlık ve iş ilişkilerini ve bu aktivite ve ilişkilerin geliştirilmesini de kapsayan geniş bir alandan oluşur. Bu nedenle, bir kişinin kimlerle yazıştığı, kimleri telefonla arayıp neler konuştuğu, ruhsal veya fiziksel ihtiyaçlarını gidermek için nereye gittiği, plajda veya sokakta nasıl giyindiği, çok ciddi bir kamu yararı aksini gerektirmedikçe, denetlenmemesi ve müdahale edilmemesi gereken özel alanın içindedir (Eryılmaz, t.y.: 14).

Kişilerin özel hayatından bahsedebilmek için mülkiyetinin kendisine ait bir yerde bulunuyor olması gerekmez. Kişi, evinde, işyerinde, bir otel odasında, polis karakolunda veya hapisane hücrelerinde de olsa, korunması ve saygı duyulması gereken hayatının özel bir alanı vardır. Bu nedenle, kamu görevlilerinin işyerinde özel hayatı ve özel alanı yok değildir. Çalıştığı işyerindeki bilgisayara devlete veya işverene de ait olsa bilgisayarda kendisine ait özel bir dosya ve yine çalışma masasında kendisine ait bir evrak bulundurabilir (Eryılmaz, t.y.: 15).

2.4.1.Özel Hayatın Gizliliğinin Sağlanması Amacıyla Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Görevleri gereği kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatının sınırları ile sıradan vatandaşların özel hayatları karşılaştırıldığında, kamuya mal olmuş kişilerin özel alanları çok daha sınırlıdır (Eryılmaz,t.y.: 15). Kamu yöneticilerinin özellikle görevleriyle ilgili konularda gizlilik, yerine göre tümüyle kaldırılabilen veya esnek tutulmaktadır. Böyle bir örtüşme özel yaşamın korunması amacını aşmakta, kamu yararı açısından topluma sunulması gereken bilgiler olarak değerlendirilmektedir (Dinç, 2008: 49).

Mahkeme Lingens/Avusturya (8 Temmuz 1986) davasında, Avusturya Başbakanı'nın siyasal nedenlerle eski Nazileri ve SS' leri koruması, onların siyasal yaşamada yer almalarını sağlaması biçimindeki yayınları “siyasal kişilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, olağan yurttaşlara göre çok daha geniş olduğundan, başkalarının kişiliklerini ve ünlerini korumak için alınacak önlemlerin siyasal konuların tartışılmasını önlememesi gerektiği” şeklinde karar vermiştir (Dinç, 2008: 49).

AİHM, Oberschlick (No.1)/Avusturya (23 Mayıs 1991) davasında,

“(…) özelliğiz kişilere göre kamusal kimliği ile hareket eden bir politikacıya yönelik eleştirilerin hoş görülebilir sınırlarının daha geniş olduğunu, politikacıların bilerek ve kaçınılmaz olarak her sözünü ve davranışını basının ve halkın yakın denetimine açmış olduğundan, özellikle eleştiriye elverişli söylemleri nedeniyle, daha da hoşgörülü olmak zorundadır.”

açıklamasını yapmıştır.

Basın müdahalesinin söz konusu olduğu durumların özel hayat kapsamında ortaya çıkıp çıkmayacağını belirlenmesi, söz konusu kişinin ne kadar ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi ve çeşitli ulusal

yöntemlerin etkin ve yeterli telafi etme özelliğine sahip olması gibi konulardan etkilenebilir (Kilkelly, 2005: 13).

Bir yandan basın özgürlüğü, halkın tanınmış kişilerin yaşamlarıyla ilgili olarak bilgi edinme hakkı, diğer yandan özel hayatın korunmasını isteme hakkı arasında bir denge kurulması gereklidir. AİHM, Von Hannover/Almanya davasında (24 Haziran 2004) resmi görevi olan bir siyasetçinin özel yaşamı ile resmi görevi bulunmayan bir bireyin özel hayatı arasında ayırım yapmıştır. Mahkeme'ye göre, demokratik bir toplumda, bir devlet adamı, bir siyasetçi hakkında halkın bilgi edinme hakkı, bazı durumlarda özel hayatı da kapsayabilir. Siyasal, toplumsal tartışmaya katkıda bulunabilir. Oysa resmi bir görevi olmayan bir bireyin özel hayatı kamu çıkarını ilgilendirmez. İkinci olarak, AİHM, Alman mahkemelerinin, özel hayatın sadece ev ya da ev dışında kimsenin bulunmadığı ücra köşelerde söz konusu olabileceği şeklindeki “mekansal izolasyon” kriterini, çok belirsiz, özel hayatı korumak bakımından yetersiz ve daha önceden bilinmesi olanaksız olduğundan reddetmiştir (Türmen, 2008: 17).

Anılan Von Hannover/Almanya davası, ünlü sinema oyuncusu Grace Kelly ile Monaco Prensi 3. Rainer'in kızları Prenses Caroline ve erkek arkadaşının evinin dışında günlük işlerini yaptığı bir sırada izinsiz çekilen fotoğrafların bir Alman bulvar gazetesinde yayınlanması üzerine yapılan başvuru ile ilgilidir. Mahkeme, söz konusu fotoğrafların “...bir grup meraklı okuyucu...” dışında kamuoyunu ilgilendirmediğini özellikle vurgulamıştır. Böylece, ünlülerin özel hayatlarına aşırı ilgi duyan dedikodu meraklısı okurların eğilimlerinin, özel hayat güvencesini kaldıran bir etken olarak yorumlanmasına izin vermemiştir (Dinç, 2008: 49).

2.5.Özel Hayatın Kapsamı

Özel hayat “yabancı ve istenmeyen gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup, bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için

hemcinsleriyle ilişki içine girme ve bunu geliştirme hakkını içerir.”(Bruggemann ve Scheuten/Almanya, 1994).

Özel hayat 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, maddi ve manevi bütünlüğe saygı, kişisel kimlik hakkı, kişisel veya özel alana saygı, cinsel yönelme, kimlik ve ilişkiye saygı, özel hayat ve saldırgan yayınlar, kişisel bilgilerin devlet tarafından toplanması, konut ve çevre, haberleşme ve gizlilik, gözleme ve kapalı devre televizyon, düzenin sağlanması ve delil toplanması, tıbbi bakım ve gizlilik, sağlık bilgilerine erişim, mağdur hakları, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler, homoseksüeller ve partnerleri arasındaki ilişkileri kapsar (www.barobirlik.org.tr)

Bu çerçevede, bağımsız bir varlık olarak kendi kendini yönetme hakkı olduğu kabul edilen bir insanın, özel hayatını, kendi tercihleri ile nasıl şekillendirdiği kural olarak, bir başka kişinin veya devletin ilgi alanını oluşturmaz (Eryılmaz, t.y.: 12).

2.5.1.Maddi ve Manevi Bütünlük

Özel hayat, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü içerir (X ve Y/Hollanda, 1986, p. 22-27). Bununla beraber, kişilerin maddi ve manevi bütünlüğünü olumsuz etkileyen her tedbir özel hayata müdahale niteliği taşımaz. AİHS 8.madde anlamında bir ihlal olup olmadığını alınan tedbirin kişi üzerindeki olumsuz etkisinin ağırlığı belirler (Eryılmaz, t.y.: 14).

Devletin maddi ve manevi bütünlüğün ihlal edilmesine karşı, kişileri koruma yönünde olumlu yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir (Kilkelly, 2005: 43). Mahkeme'nin görüşüne göre, özel hayat bir kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de içerir; AİHS'nin 8.maddesinde sağlanan teminatın asıl amacı, bir bireyin başkalarıyla ilişkiler kurarak gelişimini sağlamaktır (Botta/İtalya, 24 Şubat 1998, p. 32).

Stubbings ve diğeri/Birleşik Krallık (22 Ekim 1996, p.61) davasında, AİHM, bireylerin fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü içeren bir kavram olan özel hayat ile ilgili şikayetlerin, açık bir biçimde 8. madde kapsamına girdiği açıklamasını yapmıştır.

N.F./İtalya (2 Ağustos 2001) davasında, Mason locasına üye olan bazı yargıçlar hakkında disiplin davası başlatılmış ve ilgili tarafların en azından bir kısmının adları basında yayınlanmıştır. AİHM, özel alanın bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü de kapsadığı gözleminde bulunmuştur. Ancak, ifşa edilen bilgilerin kolayca erişilebilirliğine dikkat çekerek, bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşılmıştır :

“Mahkeme, içtihadına göre özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı görüşünde olduğuna dikkat çeker; AİHS 8. maddede verilen teminatın esas amacı, dışarıdan müdahale olmadan, her bireyin diğer insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamaktır. Bu davada başvuru, Mason locası üyesi olduğu hakkında basında yapılan açıklamanın, bu yönde herhangi bir zarara neden olduğunu kanıtlayamamıştır. Ancak, “herkesin üye kayıtlarına bakarak kimin üye olduğunu öğrenebileceğini” kabul etmiştir.”

2.5.2. Kişisel Veri

Türk Hukukunda, kişisel veriden ne anlaşılması gerektiğini belirten bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Avrupa Birliğinin oluşturduğu ve 24.10.1995 tarihinde kabul edilen “Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi” kişisel veriyi tanımlamıştır. Buna göre, kişisel veri bir gerçek kişi hakkındaki olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgidir. Aynı yönergede özel kategorideki verilerin ise, düşünce özgürlüğüne ve kişinin sağlık durumuna ilişkin veriler olduğu belirlenmiştir (Taşkın Ş, 2008: 101).

Kişisel veriden anlaşılması gereken AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, kişinin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar (Gaskin/Birleşik Krallık kararı, 7 Temmuz 1987; Leander/İsveç kararı, 26 Mart 1987), cinsel yaşama ilişkin düzenlemeler ve davranışlar (Dudgeon/Birleşik Krallık kararı, 22 Ekim 1981; Norris/İrlanda kararı, 26 Ekim 1988), kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler (X ve Y/ Hollanda kararı, 21 Mart 1985; Herczegfalvy/Avusturya kararı, 24 Eylül 1992), bireye ait özel yerlerin aranması ve zaptı işlemleri (Chappel/Birleşik Krallık kararı, 30 Mart 1989), telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması (Klass ve diğerleri/Almanya kararı, 6 Eylül 1987), kişinin adı, fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması (Burghartz/ İsviçre kararı, 22 Aralık 1994; Stjerne/Finlandiya kararı, 22 Kasım 1994) gibi konulardır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 335).

Kişiler hakkında bilgi toplama ve bu bilgileri saklama sistemi ile ilgili olan Rotaru/Romanya davasında (4 Mayıs 2000, p. 42-44), Mahkeme, kamuya açık bilgilerin düzenli olarak toplanması ve yetkili makamlar tarafından saklanması özel hayata girdiğini belirtmiştir:

“Hükümet, RIS’nin 19 Aralık 1990 tarihli mektubunun başvuruçunun özel hayatıyla değil, kamu hayatıyla ilgili olduğunu iddia ederek 8. maddenin uygulanamaz olduğunu ileri sürmüştür. Başvuruçucu, siyasi faaliyetlerde bulunmaya ve broşür bastırmaya karar vererek, özel hayatın doğasında olan gizlilik hakkından zımni olarak feragat etmiştir. Polis tarafından sorguya çekilmiş olması ve sabıka kaydı ise kamuya açık bilgilerdir.

Mahkeme, bir bireyin özel hayatına ait bilgilerin gizli bir sicilde saklanması ve bu tür bilgilerin açıklanmasının 8. Madde 1. fıkranın kapsamına girdiğini tekrar beyan eder.

Özel hayata saygı duymak, başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de belirli bir derecede içermelidir; ayrıca meslekle veya işle ilgili faaliyetleri özel hayat kavramının dışında tutmayı gerektiren bir ilkedir söz edilemez.

Ayrıca kamuya açık bilgiler, düzenli olarak toplandığında ve yetkili makamlar tarafında dosyalarda saklandığında da özel hayat kapsamına girebilir. Bu durum, özellikle söz konusu bilgiler kişinin geçmişine aitse daha da geçerlidir.

Bu davada Mahkeme, RIS’nin 19 Aralık 1990 tarihli mektubunda, bir kısmı elli yıldan uzun bir süre önce toplanmış olan, başvuruçunun hayatıyla ve özellikle eğitimi, siyasi faaliyetleri ve sabıka kaydıyla ilgili bazı bilgiler olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme’nin görüşüne göre, bu tür bilgiler düzenli olarak toplandığında ve Devlet’in yetkilileri tarafından dosyada saklandığında, AİHS’nin 8. Madde 1. fıkrası açısından “özel hayat” kapsamına girmektedir. Özellikle bu davada, bilgilerin bir kısmı yanlış olduğu ve başvuruçunun itibarını zedeleyebileceği için, bu durum daha da geçerlidir.

Bu nedenle 8. madde uygulanabilir.”

Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman kişinin özel hayatını ilgilendirir ve 8. madde kapsamına girer. Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren nüfus sayımı (X/Birleşik Krallık, 6 Ekim 1982), polis kayıtları gizli olsa bile, polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi (Leander/İsveç, 26 Mart 1987; Murray/Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994), tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını- ve böylece özel hayatın detaylarını- açıklama zorunluluğu getirmesi, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi kişisel veri niteliğindedir (Kilkelly, 2005: 12).

2.5.2.1.Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından

Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi mümkündür. Ancak, iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması ve hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılması gereklidir. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de, bu anlamda iç beden muayenesi sayılır (CMK m 75).

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulmak kaydıyla, Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir (CMK m 75/1). Hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir (CMK 75/6).

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz (CMK m. 75/5).

Şüpheli ve sanıklar dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ise, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, mağdurun rızası veya Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmek koşuluyla mümkündür. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir (CMK m. 76).

Şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Ancak, alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır (CMK m. 78). Moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hakim karar verebilir (CMK m. 79).

2.5.2.1.1.Gizlilik

Şüpheli veya sanığın veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen kişisel veriler gizlidir. Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine uygun şekilde alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. (CMK m 80).

Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulmak suretiyle fiziki kimlik tespit edilebilir (CMK m 81).

Her iki durumda da, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir (CMK m. 80 ve 81). Yasalara uygun olarak toplanan verilerin, yasalara uygun biçimde ve sürede yok edilmemesi Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanmıştır (TCK m. 138)¹.

AİHM, Amann/İsviçre (16 Şubat 2000) davasında, öncelikle kişilerin özel yaşamlarıyla ilgili bilgilerin toplanıp, depolanmasının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Davada başvuruçunun herhangi bir suç ilişkisi ve hazırlığı içinde bulunmadığı ulusal organlarca benimsendiği halde, amacı ortadan kalktığı için gereksiz duruma düşen bilgilerin ve fişlerin yok edilmeyerek korunması ve açtığı davanın reddedilmesi 8. maddenin ihlali sayılmıştır.

2.5.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa, bir başka ifadeyle hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimselere altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınarak, kişisel verilerin kaydedilmesi koruma altına alınmıştır. Aynı şekilde, kişilerin siyasi, felsefi veya dini

¹ Türk Ceza Kanunu m. 138 “Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimselerin de cezalandırılacağı hükme bağlanarak, özel hayat korunmuştur (TCK m. 135).

Bu maddeden anlaşılması gereken, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bilişim sistemine yüklenmesi olmalıdır (Taşkın Ş, 2008:97). Kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip korunması uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır. Hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar bu şekilde tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlandırılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zarara uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır. Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.

Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal

bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır¹.

“Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanununun 136. maddesi ise “kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü ile özel hayata koruma getirmiştir. Suçun oluşması açısından, kişisel verilerin hukuka uygun veya aykırı şekilde elde edilmesi yönünde bir ayırım yapılmamıştır. Hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır².

Türk Ceza Kanununun 137. maddesi, söz konusu suçların “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle; belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” hükmü ile ağırlaştırmıştır.

2.5.3.İsim Hakkı

Bir kimliğe ve bir isme sahip olma kişiliğin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinin bir yönü olduğundan, isim de özel hayat kavramının içerisinde (Eryılmaz, t.y.: 14).

Mahkeme’ye göre kişinin ismi ve aynı bağlamda soyadı kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araçtır ve özel hayat kapsamı içerisinde. Burghartz/İsviçre (22 Şubat 1994, p.24) davasında başvurucular, İsviçre kanunlarına

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135. maddesinin gerekçesinden.

² 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 136. maddesinin gerekçesinden.

göre evli kadınlar soyadı olarak kocalarının soyadlarını kullandığında, kendi soyadlarını diğer soyadından önce kullanma hakkına sahip olmalarına rağmen, bu hak kendilerine yetkililer tarafından verilmediği için şikayette bulunmuşlardır. Söz konusu davada AİHM, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir:

“...AİHS'nin 8. maddesi isimler hakkında açık hükümler içermemektedir. Bir kişinin adı, kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olarak kişinin özel ve aile hayatı ile ilgilidir. Bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve devletin isimlerin düzenlemesi konusuyla ilgilenmesi, bu konuyu özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmaz, çünkü kamu hukukunun bu boyutu, belli bir derecede, bir kişinin, iş ve ticaret alanı da dahil olmak üzere, başkalarıyla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de içeren özel hayat kavramıyla uyumludur. Bu davada başvurunun, kendisine göre akademik dünyada bilinen soyadını kullanması kariyerini önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle 8. madde uygulanabilir.”

Ancak 8. maddenin soyadlarına uygulanması sınırsız değildir. AİHM, Stjerna/ Finlandiya (25 Kasım 1994, p.38-39) davasında soyadlarının istikrarı konusundaki kamu yararının, başvurunun soyadını değiştirme isteğinden daha önemli olabileceğini belirtmiştir:

“Mahkeme'ye göre, kişinin örneğin soyadının değiştirmesi konusunda bir zorunluluk özel hayata müdahale anlamına gelebilecekken, Fin makamlarının, başvurunun belli bir soyadı almasına izin vermemesi, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına mutlaka müdahale ediliyor anlamına gelmeyebilir.

Finlandiya'da ve diğer Sözleşmeciler Devletler'de kişisel kimlik numaralarının giderek daha çok kullanılmasına rağmen, isimler bireylerin kimliğinin belirlenmesinde önemli bir role sahip olmaya devam etmektedir. Mahkeme, bir kişinin soyadını değiştirmek istemesine neden olabilecek gerçek nedenler olabileceğini kabul etmekle birlikte, kamu yararı gözetilerek bu olanağın yasal olarak sınırlanabileceğini kabul etmektedir; örneğin nüfus bilgilerinin doğru olarak kaydedilebilmesi veya kimlik bilgilerinin ve belirli bir soyadını taşıyanlar arasındaki bağların belirlenebilmesi gerekebilir.

Bu davada AİHM, başvurunun şikayetçi olduğu rahatsızlıkların (İsveççe adının Fince yazılmasında ve okunmasında zorluk yaşanması ve adının aşağılayıcı bir lakaba dönüştürülebilmesi), Fin makamlarının soyadını değiştirmesine izin vermemesi nedeniyle özel hayatına saygı gösterilmediği sonucunu çıkartmaya yeterli olmadığına karar vermiştir. Böylece 8. madde ihlal edilmemiştir

AİHM, Guillot/ Fransa (24 Ekim 1996, p.21-22) davasında, isimlerin de tıpkı soyadları gibi 8. madde ve özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini

belirtmiştir. Söz konusu davada başvurucular, kızlarına “Fleur de Marie” adını vermek istemiş ancak, doğum, ölüm ve evliliklerin sicilini tutan kişi, bu ad aziz isimlerinin olduğu takvimde olmadığı için bu ismi kayda geçirmeyi reddetmiştir. Çocuğun söz konusu ismi günlük hayatında herhangi bir engel olmadan kullanabilmesi ve Fransız adli makamlarının başvurucuların “Fleur-Marie” adını kaydetmelerine izin vermesi karşısında Mahkeme, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir:

“Mahkeme, 8. maddenin ön isimler konusunda açık hükümler içermediğine dikkat çeker. Ancak, bireylerin kimliğinin ailelerinde ve yaşadıkları toplumda belirlenmesini sağladığı için, isimler de tıpkı soyadları gibi özel hayatla ve aile hayatıyla ilgilidir.

Ayrıca bir çocuğun adının ebeveyni tarafından belirlenmesi kişisel ve duygusal bir meseledir ve bu yüzden özel alanın içine girer. Bu nedenle şikayetin konusu, 8. madde kapsamına girer ve zaten bu sorgulanmamıştır.”

Ünal Tekeli/Türkiye (16 Kasım 2004, p. 35) davası, başvuru evli kadının kızlık soyadını eşinin soyadının önüne ekleyebilme hakkı olmasına karşın, tek başına kullanmasının mümkün olamadığı, bir insanın isminin kişiliğinin oluşumunda özel önem taşıdığı, soyadının değişmesiyle geçmişle arasındaki bağların tamamen kopduğu iddiasıyla ilgilidir:

“AİHM’nin başvuranın stajyer bir avukat olarak evlendikten sonra, soyadını değiştirmek zorunda kalmasının daha sonraki mesleki yaşantısını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini belirlemesi gerekli değildir. AİHM, soyadının, mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımladığını tekrar eder. AİHM söz konusu davada başvuranın, özel çevrelerde ve kültürel ya da siyasi etkinliklerde tanındığı kendi soyadı olan Ünal’ı kullanmasına izin verilmemesinin, mesleki olmayan etkinliklerini büyük ölçüde etkilemiş olabileceği kanısındadır. Dolayısıyla başvuran aleyhinde verilen kararlar nedeniyle mağdur olmuştur.”

2.5.4.Cinsel Tercihler

AİHM X. ve Y./Hollanda (26 Mart 1985, p. 22) davasında, özel hayat kavramının, bir kişinin cinsel hayatı dahil maddi ve manevi bütünlüğünü içeren bir kavram olduğunu belirtmiştir. Rızası olan yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel davranışları özel hukuk kapsamında suç sayan kanunların yürürlükte olmaya devam

etmesi, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına sürekli bir müdahaledir (Dudgeon/ Birleşik Krallık, 22 Ekim 1981, p. 60).

Kişinin cinsel hayatı ve cinsel tercihleri özel hayat kapsamı içerisindedir. B./ Fransa davasında (25 Mart 1992, p. 58- 62- 63), transseksüellik konusu ele alınmıştır Resmi belgelerde erkek olarak görünen ve cinsiyetini değiştiremeyen bir transseksüel hakkında 8. maddenin ihlal edildiği görüşü benimsenmiştir. Bu davada AİHM, resmi belgelerde, idari belgelerde hala başvuruçunun ilk cinsiyetinin belirtiliyor olmasının, özel hayatında her gün sorun yaşamasına neden olduğunu kabul etmiştir (Dutertre, 2007: 299) :

“Devlet tarafından Mahkeme’ye sunulan kararlar, cinsiyet değişiminin tanınmamasının, söz konusu kişinin fiziksel görünüşünü daha iyi yansıtacak yeni bir ad seçmesini önlemediğini gerçekten de göstermektedir.

(...)Bu alanda başvuruçunun şikayetçi olduğu rahatsızlıklar, 8. madde kapsamında göz önünde bulundurulacak kadar ciddiyet düzeyine ulaşmaktadır.

(...)Mahkeme, bu davayı Rees ve Cossey davalarından ayrı kılan ve yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı ve başvuruçunun ileri sürdüğü diğer noktaları ele alma gereği olmaksızın, başvuruçunun, genel olarak bakıldığında, her gün özel hayatına saygı gösterilmesiyle bağdaşmayan bir durumda bulunduğu sonucunu ulaşmıştır. Bu nedenle, idarenin takdir hakkı dikkate alınsa bile, kamu yararı ve bireyin çıkarları arasında kurulması gereken adil denge kurulmamıştır ve böylece 8. madde ihlal edilmiştir.

Davalı Devlet, bu durumu düzeltmek için çeşitli yollardan yararlanabilir. Bunlardan hangisinin uygun olduğunu belirtme, Mahkeme’nin görevi değildir.”

Böylece Mahkeme, Sözleşmecî Devleti resmi belgelerde cinsiyet değiştirilmesini kabul etmeye zorlamamaktadır. Ancak Mahkeme söz konusu Devleti, başvuruçunun içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan 8. maddenin ihlalini düzeltmek için kendi seçeceği önlemleri almakla yükümlü tutmaktadır (Dutertre, 2007: 299).

X. Y. ve Z./ Birleşik Krallık davasında (22 Nisan 1997, p. 42- 44- 52), cinsiyetini kadından erkeğe değiştirmiş olan başvuruçunun (X), kimliği belli olmayan bir kişiden alınan spermle yapılan suni döllenme sonucu Y adlı partnerinin sahip olduğu çocuğun babası olarak kaydedilmesine izin verilmemiştir. AİHM, bu davada 8. madde kapsamındaki anlamda “aile hayatı” olduğunu belirledikten sonra, transseksüellere ebeveynlik haklarının verilmesi konusunda üye devletler arasında

ortak bir kural olmadığını ve Devletlere daha geniş bir takdir payı tanınması gerektiğini belirtmiştir (Dutertre, 2007: 300):

“Bu dava, daha önce Mahkeme’ye getirilen transseksüellerle ilgili davalardan farklıdır çünkü burada başvuruçuların şikayeti, ulusal kanunların transseksüelin kimlik değiştirmesini kabul etmesi konusunda hüküm içermemesi değil, bu kişinin çocuğun babası olarak kaydedilmesinin imkansız olması ile ilgilidir; hatta bu nedenle Mahkeme, bu davayı özel hayat değil, aile hayatı kapsamında incelemektedir

Mahkeme geçmiş davalarda, çocuk ile bir aile bağı olduğu durumlarda, devletin bu bağı geliştirilmesine imkan veren bir biçimde davranması gerektiğini ve ya doğumdan itibaren ya da mümkün olan en kısa süre içinde, çocuğun ailesiyle birleşmesini mümkün kılması gerektiğini belirlemiştir. Ancak Mahkeme, şimdiye kadar sadece biyolojik ebeveynler ve çocukları arasındaki aile bağlarını değerlendirmiştir. Ancak Z suni dölleme sonucu doğduğu ve biyolojik anlamda transseksüel olan X ile akraba olmadığı için, bu dava farklı sorular içermektedir.

Sonuç olarak transseksüellik, Sözleşmeciler devletler arasında genel olarak benimsenmiş bir yaklaşım olmadığı ve karmaşık bilimsel, yasal, ahlaki ve toplumsal konular içerdiği için, Mahkeme bu bağlamda 8. maddenin davalı devletin, çocuğun biyolojik babası olmayan bir kişiyi çocuğun babası olarak resmi biçimde tanımak zorunda olduğu sonucu çıkarılacak biçimde yorumlanamayacağı görüşündedir. Ayrıca Birleşik Krallık kanunlarının, X. ve Z. arasındaki ilişkiyi özel bir hukuki yapı içinde tanımaması, 8. madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmediği anlamına gelmemektedir.”

Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık (30 Temmuz 1998, p.60) davasında, “(...) ancak transseksüellik toplum tarafından giderek daha çok kabul görmektedir ve transseksüellerin ameliyat sonrasında karşılaştığı sorunlar giderek daha çok anlaşılmaktadır. Mahkeme, bu davada 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmamış olmakla birlikte, Sözleşmeciler Devletlerin bu konuyu izlemeleri gerektiğini tekrar ifade eder.” açıklamasında bulunulmuştur.

2.5.5. Tıbbi Veriler Ve Gizlilik

Hasta kayıtları gibi sağlıkla ilgili bazı kişisel verilerin, ilgilinin rızası dışında üçüncü kişilere açıklanması, özel hayata müdahale niteliği taşır (M.S./İsveç, 27 Ağustos 1997).

Sözleşme’nin 8. maddesi kişisel bilgilerin korunması açısından da önemlidir. Z./Finlandiya (25 Şubat 1997, p. 95-99) davasında Mahkeme, kişisel bilgilerin açıklanmasının söz konusu olduğu davalarla ilgili değerlendirmesinde kullandığı bazı genel kuralları belirtmiştir. Z./Finlandiya davasında, başvuruçunun kocasıyla ilgili

bir ceza davası için, başvurucudan önceden onay alınmadan hakkındaki gizli tıbbi bilgiler açıklanmıştır. Bu davada ayrıca, başvurucunun tıbbi danışmanları, mahkeme emri gönderilerek tanıklığa zorlanmıştır. Mahkeme, tıbbi verilerin gizli kalmasının gerekliliğini ve özel hayata ait olduğunu belirtmiştir:

“Mahkeme bu bağlamda, şahsi bilgilerin ve özellikle tıbbi verilerin saklanması, AİHS 8. Madde kapsamındaki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından çok önemli olduğunu göz önünde bulunduracaktır. Tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek, AİHS’e taraf olan bütün Sözleşmeciler devletlerin yasal sistemlerinin temel bir prensibidir. Sadece hastanın özel hayatına saygı göstermek değil, hastanın tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güveni de korumak şarttır.

Böyle bir koruma olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar doğru tedavi görmek için ve hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan kişisel veya mahrem bilgileri açıklamaktan cayabilir; bu durum da hem kendi sağlıklarını, hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını tehlikeye atarlar.

Bu nedenle ulusal kanunlar, AİHS 8. maddedeki teminatlarla tutarsız olabilecek biçimde şahsi tıbbi verilerin bildirilmesini veya açıklanmasını önleyecek uygun önlemler içermelidir.

Yukarıdaki konular, bir kişinin HIV enfeksiyon durumuyla ilgili verilerin gizliliğinin korunması açısından özellikle önemlidir. Bu tür bilgilerin açıklanması, kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra sosyal durumunu ve iş durumunu kökten etkileyebilir, adının lekelenmesi veya toplumdaki dışlanması riskini ortaya çıkartabilir. Bu nedenle söz konusu kişiye tanı konmasını veya bu kişinin tedavi edilmesini önleyebilir ve böylece toplumun bu salgını önleme çabalarına zarar verebilir. Bu nedenle, yapılan müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken, bu tür bilgilerin gizliliğinin korunması teraziye ağırlıklı olacaktır. Bu tür müdahaleler, önemli bir kamu yararı olmadığı durumlarda, AİHS 8. madde ile uyumlu olamaz.”

AİHM, paranoyak psikoz hastası bir bireyin akıl sağlığının kontrol edilmesi için zorla bir psikiyatri hastanesine götürülmesinin orantısız olmadığına ve 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Matter/ Slovakya, 5 Temmuz 1999, p. 62).

3.AİLE HAYATI

Bu bölümde Türk Hukukunda ve AİHM kararlarında aile kavramı açıklanmış, Türk Hukukunda ailenin korunması ile ilgili yasal düzenlemelere yer verilmiştir.

3.1.Türk Hukukunda Yasal Düzenlemeler

Özel hayat kapsamında yer alan aile hayatı, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” hükmüyle 1982 Anayasasının 20. maddesi ile koruma altına alınmıştır.

Özel hayat kapsamında yer alan bu korumanın ardından 1982 Anayasasının 41. maddesinde “ailenin korunması” başlıklı özel hüküm getirilmiştir. Buna göre “aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.”

Maddenin birinci fıkrasında “ aile” nin niteliği belirlendikten sonra, ikinci fıkrada devlete olumlu yükümlülükler getiren birtakım görevler sayılmıştır. Buna göre “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” (www.anayasa.gov.tr). Çünkü, bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin ve bu kapsamda aile hayatının korunması için, müdahale etmeme şeklinde beliren olumsuz yükümlülük yeterli değildir; devletin koruma ile ilgili bazı tedbirler alması gereklidir.

Türk Medeni Kanununun “Aile Hukuku” başlığı altında yer alan 118-494 maddeleri ayrıntılı birtakım düzenlemeler getirmiştir. Bu başlık altında aile hukuku ile ilgili nişanlanma, evlenme, boşanma, mal rejimleri, soybağının kurulması, velayet ve vesayet düzenlenmiştir. Medeni Kanun ayrıca, ana ve babayı birbirlerine

sadık kalmak ve yardımcı olmak yükümlülüğü yanında çocukların bakım, eğitim ve gözetiminden de sorumlu tutmuştur.¹ Çocuğun bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderlerin ana baba tarafından karşılanacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır.² Velayet ise, çocuğun adını koyma, çocuğu eğitime ve onun bedensel, ruhsal, zihinsel, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlama ve koruma, dini eğitimini belirlemeyi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.³ Ayrıca, evliliğin devamı süresince, velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılacağı, ana baba evli değilse velayetin anaya ait olacağı hükme bağlanmıştır.⁴ Soybağının çocuk ile ana arasında doğum ile, baba ile çocuk arasında ise ana ile evlilik, tanıma ya da hakim kararıyla kurulacağı hüküm altına alınmıştır.⁵

Aileye verilen önemin bir göstergesi olarak, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁶ ile aile mahkemeleri kurulmuştur. Bu kanunla aile mahkemelerine, mahkemenin gerekli gördüğü durumlarda hazır bulundurulmak üzere, pedagoğ, psikolog ve sosyal çalışmacı atanmıştır.

¹ Türk Medeni Kanunu madde 185 “ (...) Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”

² Türk Medeni Kanunu 327. madde-“ Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. “

³ Türk Medeni Kanunu madde 339 “(...) Çocuğun adını ana ve babası koyar.”

Madde 340 “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.(...)”

Madde 341 “ Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir.(...)”

⁴ Türk Medeni Kanunu madde 336 “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.(...)”

Madde 337 “Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir.”

⁵ Türk Medeni Kanunu madde 282 “ Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.

Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. (...)”

⁶ 9 Ocak 2003 tarih ve 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun”, 18 Ocak 2003 tarih ve 24997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

3.2. Türk Hukukunda Aile Kavramı

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda¹ “aile” kavramı, tanımlanmamış ve aile bireylerinin kimlerden oluştuğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı şekilde, dayanağını Anayasanın 41. maddesinden alan 26 Nisan 2007 tarih ve 5636 sayılı kanunla değişik 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun² “aile” kavramına ilişkin açıklayıcı bir tanım getirmemiştir (www.basbakanlik.gov.tr).

Ailenin Korunmasına Dair Kanun, aile içi şiddeti önlemeye yöneliktir. Aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin korunması amacıyla, şiddet uygulayan aile bireyleri hakkında alınacak tedbirleri düzenlenmiştir. Her ne kadar “aile” tanımı yapılmamış ise de, şiddete maruz kalan bireylerin kimler olabileceği belirtilmiştir. Kanunun 1. maddesine göre;

“Türk Medeni Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir (...)”.

Şiddet söz konusu olduğunda, aile kavramı ana baba ve çocuklar dışında evde yaşayan diğer aile bireylerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

¹ 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilip, 8 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² 14 Ocak 1998 tarihinde kabul edilip 17 Ocak 1998 tarih ve 23233 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, aynı gün yürürlüğe girmiştir.

Aynı şekilde Türk Medeni Kanununda düzenlenen Aile Hukukunda nafaka yükümlülüğü bakımından, ana baba ve çocuklar dışında altsoy, üstsoy ve kardeşler de aile kavramına dahil edilmiştir.¹

Türk Hukukunda aile kavramı ile ilgili sorun, ülkemizde yaygın olan imam nikahlı birliktelikler nedeniyle yaşanmaktadır. Her ne kadar “aile” nin tanımı yapılmamış ise de, Türk Medeni Kanununda “aile” kavramının resmi nikahlı birliktelikleri (evlilik birliği) kapsadığı, Anayasada yer alan temel ilkeler ve Medeni Kanunun genelinden anlaşılmaktadır. Bu konuda Yargıtay’ın farklı kararları olsa bile, örnek oluşturacak bir içtihat birliği henüz sağlanmamıştır (www.yargitay.gov.tr).

3.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Aile Kavramı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında “aile” kavramı daha geniş biçimde yorumlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde aile kavramı, 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 benimsemektedir (Kilkelly, 2005: 14).

AİHM’ e göre aile kavramı evlilik birliği yanında, duruma göre nikahsız olarak birlikte yaşayan kadın ve erkeğin meydana getirdiği fiili birlikteliği de kapsamaktadır. Evlilik dışı doğan çocuk ile anne ve babası arasındaki ilişki, evlat edinilen çocuk ile evlat edinen aile arasındaki ilişki de aile hayatı çerçevesinde

¹ Türk Medeni Kanunu madde 364 “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoy ve altsoy ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.”

değerlendirilir. Büyükanne ve büyükbabalar, yakın akrabalar aralarındaki ilişki yakın olmak şartıyla aile kavramı içinde değerlendirilir. Birlikte yaşama, aile kavramının zorunlu ve vazgeçilmez koşulu değildir. Fakat aile hayatından söz edebilmek için bireyler arasındaki ilişkilerin belirli düzeyde yakınlık ve gerçeklik içermesi gerekir. Bu nedenle durumun gereği yapılan evlilikler aile hayatının getirdiği korumadan yararlanamaz. Ancak, eşler birlikte yaşıyorlarsa yapılan evlilik akdi geçersiz de olsa, aile hayatından söz edilir. Evlilik dışı çocuk, annesi ile birlikte bir aile oluşturur. Baba, başkası ile evli bile olsa, çocuk ile olan ilişkisinin derecesine göre bu ailenin parçası sayılabilir (Eryılmaz, t.y.: 20).

Aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, anne babanın çocuğun nerede yaşayacağına karar verme, terbiye etme, tıbbi tedavi görme hakkına karar verme ve kendi dini inançlarına göre yetiştirme hakkını da içerir.

Eşinsel birliktelikte yapay dölllenme yoluyla çocuk sahibi olunması halinde, eşlere hukuki olarak evlenme olanağı tanınmış olsa bile, çocuk ile eşler arasında aile hayatının varlığından söz edilemez (Kerkhoven/Hollanda, 1996).

Çocuğun, ana babadan alınıp bir koruyucu aile yanına veya yuvaya yerleştirilmesi, boşanma ve aile üyelerinden birisinin cezaevine gönderilmesi veya başka bir surette birlikteliğin sona erdirilmesi aile hayatının sona erdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla, çocuğun anne baba ile yeni durumun özelliklerine göre görüşülmesinin yasaklanması aile hayatına müdahaledir. Ziyaret veya aile üyeleri ile haberleşme noktasında getirilecek aşırı sınırlama bu hakkın ihlalidir (SP, DP ve T/ Birleşik Krallık, 1996) .

Cezaevinde bulunan aile fertlerini ziyarete yönelik sınırlamalar 8. maddeye aykırı değildir. Ancak, devletler, mahkum ve tutukluların daha çabuk rehabilite olmaları için sosyal hayatla, eşleri, çocukları ve arkadaşları ile bağlarını koparmama ve haberleşmeye devam noktasında tutuklu ve mahkumlara yardım etme yükümlülüğü altındadır (Eryılmaz, t.y.: 22).

AİHM kararlarında, aile kavramı gerçeklere dayalıdır. AİHM, K. ve T./Finlandiya (12 Temmuz 2001) davasında, “aile hayatının” varlığının veya yokluğunun yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığına bağlı bir mesele olduğuna dikkat çekmiştir (Dutertre, 2007: 315). Erkek veya kız kardeşlerle ya da büyükanneler ve büyükbabalar ile torunları arasındaki ilişkiler de “aile hayatı” oluşturmaktadır ve bu nedenle 8. maddenin koruması altındadır (Marckx/Belçika ,13 Haziran 1979, p. 45).

AİHM, Marckx/Belçika (13 Haziran 1979, p.31) davasında, 8.maddenin uygulanması açısından meşru veya doğal aile arasında bir ayırım yapmadığını, ayrıca bekar bir kadın ve çocuğunu aile olarak gördüğünü belirtmiştir (Kilkelly, 2005: 15). Mahkeme, evli olmayan anne ve çocuğu arasındaki aile bağının, doğum ve doğum sonucu oluşan biyolojik bağ nedeniyle oluştuğunu belirtmiştir. Aile hayatına saygı, doğum anından itibaren çocuğun ailesine dahil olmasını sağlayan yasal güvencelerin varlığını gerektirir (Kilkelly, 2005: 51). Mahkemeye göre, 8. madde aile hayatını mevcut bir durum olarak korumakta, aile kurma özgürlüğünü içermemektedir (Marckx/Belçika, 13 Haziran 1979).

Mahkeme, evli olmayan ebeveynler ve çocukları arasındaki doğal aile bağlarının normal gelişiminin, söz konusu çocukların yasal ve sosyal olarak ebeveynleri evli olan çocuklarına benzer bir konumda olması gerektiğine karar vermiştir (Johnston/İrlanda, 18 Aralık 1986).

3.3.1.Evlilik Birliğine Dayalı Aile

AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık (28 Mayıs 1985, p. 62) davasında 8. maddenin uygulanmasının ön şartı olarak ailenin var olmasının anlamını açıklamıştır. Bu davada başvurucuların kocalarına, Birleşik Krallık'ta yasalara uygun ve daimi olarak yerleşik olan eşleriyle birlikte ülkede kalmalarına

izin verilmemişti. AİHM, 8. maddenin uygulanabilmesi için, halihazırda evli olan kişilerin aile hayatını esas almıştır (Dutertre, 2007: 315):

“(…) bu, bütün kurulması amaçlanan aile hayatlarının kapsam dışında olduğu anlamına gelmez. Aile kelimesi ne anlama gelirse gelsin, Hükümet’in bahsettiği türden bir aile hayatı henüz tam olarak kurulmamış olsa bile, Bay ve Bayan Abdulaziz ve Bay ve Bayan Balkandali’nin durumunda olduğu gibi, yasal ve gerçek evliliklerden doğan ilişkileri mutlaka içermelidir. Bu tür evlilikler, 8. madde kapsamında öngörülen saygıyı hak edecek kadar yeterli sayılmalıdır.

Ayrıca evli bir çift söz konusu olduğunda, aile hayatı ifadesi normalde bir arada oturmayı içerir. Aile kurma hakkının bir arada yaşam hakkını içermediğini düşünmek neredeyse imkansız olduğu için, bu görüş 12. maddenin varlığıyla desteklenmektedir.”

Berrehab/Hollanda (21 Haziran 1998, p. 21) davasında, 8. maddedeki anlamıyla “aile hayatı” için bir arada oturma her zaman şart olmadığı belirtilmiştir. Bu davada, anne ve babanın artık bir arada oturmadığı çocuklu bir aile vardır:

“Mahkeme, ebeveynler ve reşit olmayan çocuklar arasındaki aile hayatı için, birlikte oturmayı olmazsa olmaz bir şart olarak görmemektedir. Bay ve Bayan Berrehab arasında olan gibi yasal ve gerçek bir evlilikle eşler arasında oluşan ilişkinin, “aile hayatı” olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. 8. maddenin dayanağı olan aile kavramında, böyle bir birliktelikten doğan çocuk ipso jure (kanunen) bu ilişkinin bir parçasıdır; böylece bir çocuk doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı çocuk ve ebeveynleri arasında, ebeveynler bir arada oturmasa bile, aile hayatını oluşturan bir bağ vardır. Daha sonra ortaya çıkan olaylar tabii ki bu bağı bozabilir ama bu davada, böyle bir durum söz konusu değildir.”

Evlilik birlikteliğinden doğan bir çocuk ve ebeveynleri arasındaki aile bağının, sadece istisnai şartlarda bozulabileceği kabul edilmektedir. Her iki ebeveynin de çocuktan ayrı yaşadığı, çocuğun bir başka ülkede yaşadığı Sen/Hollanda (21 Aralık 2001, p. 28) davasında ;

“(…) Mahkeme, bir evlilik birlikteliğinden doğan çocuğun kanunen bu ilişkinin bir parçası olduğunu hatırlatır; böylece bir çocuk doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı, çocuk ve ebeveynleri arasında, ancak daha sonra ortaya çıkan olaylardan dolayı istisnai durumlarda “aile hayatını” oluşturan bir bağ vardır.”

şeklinde karar verilmiştir.

3.3.2.Evlilik Birliğine Dayalı Olmayan Aile

K. ve T./Finlandiya (12 Temmuz 2001, p. 149- 150), davası, biraraya gelmiş çocuklu ailelerle ilgilidir. Bu davada başvuru T., M. adlı çocuğun babası değildir, ancak M.'nin annesi olan K. ile birlikte yaşamaktadır. K. ve T.'nin ilişkisinde J. adlı çocuk doğmuştur. Mahkeme;

“(…) Bu davada, M. isteyerek bir çocuk koruma merkezine verilene ve daha sonra bakımını Devlet üstlenene kadar her iki başvuru da M. ile bir arada oturuyordu. J.'nin doğumundan önce, başvuru ve M. birlikte oluşturdukları hayatı devam ettirmeyi açıkça amaçlayan biçimde bir aile kurmuşlardı. Aynı niyet, yeni doğan bebek J. için de geçerliydi; T., J.'nin doğumundan sonra bir süre J.'ye bakmış, daha sonra da yasal velisi olmuştur. Bu şartlarda Mahkeme, yetkili makamlar müdahale ettiğinde AİHS 8. madde 1. fıkrası kapsamında başvuru arasında bir aile hayatı olduğu ve bu aile hayatının her iki çocuk olan M.'yi ve J.'yi kapsadığı sonucundan başka bir sonuca ulaşamaz. Mahkeme bu yüzden, iki çocukla aralarındaki “aile hayatının” kapsamı açısından, başvuru K. ve T. arasında herhangi bir ayırım yapmayacaktı.” şeklinde karar vermiştir.

Mahkeme'ye göre aile kavramı, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı değildir ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili “aile” bağlarını da kapsayabilir. Böyle bir ilişkiden doğan çocuk, doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı o “aile” biriminin tüm hakları ile bir parçasıdır. Böylece çocuk ve ebeveynleri arasında aile hayatını oluşturan bir bağ vardır (Elsholz/Almanya, 13 Temmuz 2000, p. 43)

Görüldüğü üzere, “aile” kavramından söz edilebilmesi için, resmi nikah koşulu aranmamaktadır. Fiilen bir arada bulunmak yeterli sayılmaktadır.

4.KONUT HAKKI

Bu bölümde konut kavramı açıklanmış, konut hakkına saygı gösterilmesi yükümlülüğü ile ilgili yasal düzenlemeler ve Mahkeme kararlarından örneklere yer verilmiştir.

4.1. Konut Kavramı

AİHS 8. maddeye göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Buna göre, yaşanan bütün yerler konut olabilir. Tatil evleri ve iş yurtları veya diğer geçici uzun süreli konaklama yerleri istisna olabilir (Kilkelly, 2005: 19).

Gillow/Birleşik Krallık (24 Kasım 1986 p. 46) davasında Mahkeme, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri 8. madde kapsamında konut sayabileceklerine karar vermiştir. Bunun nedeni, uzun süre uzak olmalarına rağmen, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu taşınmazla ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmalarıdır (Kilkelly, 2005: 19).

Buckley/Birleşik Krallık (25 Eylül 1996, p.52- 54) davasında AİHM, 8. maddenin yasal olmayan konutlara uygulanmasını incelemiştir. Bu davada çingene kökenli olan başvurucuya, ailesiyle beraber sahip olduğu arazinin üzerindeki karavanda yaşamasını mümkün kılacak olan imar izni verilmemiştir. Mahkeme, konut kavramının yasal konutlarla sınırlı olmadığı şeklinde karar vermiştir:

“Hükümet, başvurucunun 8. madde kapsamındaki haklarının söz konusu olduğuna karşı çıkmıştır. İddialarına göre, sadece kanunlara uygun olarak oluşturulmuş bir konut bu hükmün koruması kapsamına girmektedir.

Başvurucunun ve Komisyon’un beyanlarına göre, 8. maddede kullanılan dilde veya Mahkemenin veya Komisyon’un içtihadında, konut kavramının kanunlara uygun olarak oluşturulmuş konutlarla sınırlı olduğunu gösteren hiçbir şey yoktur.

(...) Mahkeme, başvurucaunun arsayı üzerinde konut kurmak amacıyla aldığına ikna olmuştur. Başvuruca, ailevi nedenlerle 1993'te iki haftalık bir ayrılık dışında 1988'den beri orada neredeyse hiç aralıksız oturmaktadır ve başka bir yerde konutu olduğu veya olmasına niyetlendiği de iddia edilmemiştir. Bu nedenle dava, başvurucaunun konut hakkına saygı gösterilmesiyle ilgilidir.”

Loizidou/Türkiye (18 Aralık 1996, p. 66) davasında AİHM, başvurucaunun bir konut inşa etmeyi düşündüğü ancak üzerinde bina olmayan bir arsanın, 8. maddenin korumasına girip girmediğini incelemiştir. Bu davada, başvurucau kuzey Kıbrıs'taki bir arsanın sahibi olduğunu iddia etmektedir. Bu bölge Türkiye tarafından işgal edilmeden önce, bu arsada biri başvurucaunun ailesinin konutu olacak olan dairelerin inşaatına başlanmıştır. Başvurucauya göre, Türk güçleri başvurucaunun buraya geri dönmesini ve mallarıyla ilgili haklarını kullanmasını geçmişte önlemiştir ve önlemeye devam etmektedir. AİHM konut hakkına saygı yükümlülüğünün ihlal edilmediğini düşünmektedir:

“Mahkeme, başvurucaunun evinin söz konusu arsada olmadığına dikkat çeker. Mahkeme'nin görüşüne göre, 8. maddedeki konut kavramını, ileride oturma amacıyla üzerinde bir ev inşa edilmesi planlanan taşınmazı içerecek biçimde genişletmek bu kavramın anlamını zorlar. Bu terim, bir bireyin büyüdüğü ve ailesinin köklerinin olduğu ama artık oturmadığı, Devlet topraklarının bir parçasını içerecek biçimde de yorumlanamaz.

Bu nedenle, başvurucaunun 8. madde kapsamındaki haklarına müdahale edilmemiştir.”

Konut, kavramı işyerlerini de kapsamaktadır. AİHM, Niemietz/Almanya (16 Aralık 1992, p. 30- 31) davasında, konut kavramını ve bu kavramın işyerlerine uygulanmasını açıklığa kavuşturmuştur:

“Mahkeme, 8. maddenin İngilizce metninde geçen “home” (konut) kelimesinin, Almanya gibi bazı Sözleşmeciler devletlerde işyerlerini de kapsayacak biçimde kabul edildiğine dikkat çeker. Bu yorum, Fransızca metinle tamamen uyumludur çünkü “domicile” kelimesinin çağrıştırdıkları “home” kelimesinden daha fazladır ve örneğin bir kişinin ofisini de içerebilir.

Ayrıca bu bağlamda, meslek veya işle ilgili faaliyetler kişinin özel konutunda yürütülebileceğinden, buna karşın bir ofiste veya ticari kurumda şahsi nitelikte faaliyetlerde de bulunulabileceğinden bu konuda kesin ayrımlar belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle “home” ve “domicile” kelimelerinin dar anlamda yorumlanması, “özel hayat” kavramının dar anlamda yorumlanmasında söz konusu olan gibi eşit olmayan işlemlerin ortaya çıkmasına neden olabilir.

Daha genel olarak, özel hayat ve konut kelimelerini 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, Sözleşmeciler 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 mekânların da dahil olması durumunda, olmamasına kıyasla daha kapsamlı olabilir.”

AİHM Menteş ve diğerleri/Türkiye (28 Kasım 1997 p. 73) davasında, başvuru konutta düzenli olarak kaldığı sürece, söz konusu yerin konutu olarak görülmesi için, başvuru konutunun sahibi olması gerekmediğini veya konuttaki varlığının daimi olması gerekmediğini belirtmiştir:

“Mahkeme, ilk başvuru olan Bayan Azize Menteş ile ikinci ve üçüncü başvurular arasında ayırım yapmaya bir neden görmemektedir. Söz konusu konutun sahibi, büyük olasılıkla kendisi değil de kayınpederi olmasına rağmen, birinci başvuru her yıl köyü ziyaret ettiğinde orada uzun süreler kalmıştır. Güçlü aile bağları ve ikametgahın niteliği düşünüldüğünde, o konutta 25 Haziran 1993'te bulunmasıyla AİHS 8. maddenin teminat altına aldığı korumanın kapsamına girer.”

4.2. Yasal Koruma

Konut hakkına saygı gösterilmesi yükümlülüğü, Türk Hukukunda koruma altına alınan haklardandır.

4.2.1. Anayasa Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde korunan konut hakkı, 1982 Anayasasında güvence altına alınmıştır. Anayasanın “konut dokunulmazlığı” başlığı altındaki, 21. madde hükmüne göre:

“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Özel hayatın gizliliği kapsamında güvence altına alınan konut hakkına müdahale koşulları, aynı maddede belirlenmiştir. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve hakim kararı ile bireyin konutuna girilebilir ve arama yapılabilir.

Konut ile ilgili korumadan faydalanılması için, mülkiyet hakkı sahibi olunması veya kiralık konutta oturulmasının önemi yoktur, her türlü konut bu korumadan yararlanır. Konutun eklentileri de, konut gibi, korumadan yararlanır. Aynı şekilde işyerleri de konut kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Cezaevleri, konut sayılmasa da, buraya yönelik müdahaleler de, özel hayata müdahale oluşturabilir. Konuta yönelik müdahaleler, genellikle göçe zorlama, arama, konutun yakılması ve yıkılması ve konuta girişin engellenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Konuta müdahale açısından tipik örneği, arama oluşturur. Aramanın hangi şartlarda ve ne şekilde yapılacağı ise Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm altına alınmıştır. Konuta ve eklentilerine yönelik saldırılar aynı zamanda 5237 sayılı TCK ile de ceza yaptırımı altına alınmıştır (Tezcan, t.y.: 14)

4.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından

Anayasal güvence altına alınan konut hakkının korunması amacıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 116.maddesinde konuta yapılan saldırılar suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır. “Konut dokunulmazlığının ihlali” başlığı altındaki Türk Ceza Kanunu 116. maddesi hükmü şöyledir:

“(1)Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikayeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3)Evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

(4)Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Konut dokunulmazlığının ihlali suçunun cezalandırılması, mağdurun şikayetine bağlıdır.

Aynı şekilde Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen usullere aykırı olarak arama yapılması halinde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bu durumda haksız arama suçu oluşur ve hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.¹

4.3.Konutta Arama

Arama ve el koymanın hangi koşullarda yapılabileceği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilmiştir. Şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphenin varlığı gereklidir (CMK m.116). Aynı gerekçelerle diğer - şüpheli ya da sanık olmayan – kişiler hakkında da arama yapılabilir. Ancak, bu halde arama yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır (CMK m.117).

Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar dışında, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz (CMK m.118). Bu haller dışında konutta,

¹ Türk Ceza Kanunu madde 120- (1) Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir (CMK m.119).

Camenzind/İsviçre (16 Aralık 1997, p. 45- 47) davası, aramaların konuta saygı gösterilmesi hakkına açıkça müdahale olduğunu göstermektedir. Ancak, belirli suçlar için delil toplamak amacıyla ve kamu yararı gözetilerek, devletin kanunlarının da yeterli ve etkin koruyucu önlemler içermesi ve aramanın da kanunlara uygun olması kaydıyla, durumun özellikleri gözetilerek, aramalar 8. madde 2. fıkraya göre haklı olabilir:

“Sözleşmeli Devletler, belirli suçlar hakkında maddi delil toplamak amacıyla konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemler almayı gerekli bulabilir. Mahkeme, söz konusu önlemleri almak için kullanılan nedenlerin uygun ve yeterli olup olmadığını ve daha önce bahsedilen orantısallık ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirir. İkinci konuda Mahkeme, öncelikle ilgili kanunların ve uygulamanın bireylere “istismara karşı yeterli ve etkin koruyucu önlemler” sağlayıp sağlamadığına bakar; Mahkeme bu konuda Sözleşmeli devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmekle beraber, bu dava gibi yetkililerin ulusal kanunlara göre yargı talimatı olmadan arama emri verebildiği ve arama yapabilmekte olduğu durumlarda daha da titiz davranmaktadır. Bireylerin yetkili makamlarca 8. maddenin teminat altına aldığı haklarına keyfi müdahale etmesine karşı korunabilmesi, yasal bir çerçevenin olmasını ve bu yetkinin sınırlarının çok kesin biçimde belirlenmesini gerektirir. Ayrıca Mahkeme, ele alınan davada yapılan müdahalenin hedefle orantılı olup olmadığını belirlemek için her bir davada geçerli olan özel şartları incelemelidir.

Bu davada, arama Bay Camenzind’in “telgraf ve telefonla haberleşmeyi” düzenleyen (...) ihlal ederek kullandığından şüphelenilen yasa dışı bir telsiz telefona el koymak amacıyla yapılmıştır. (...) Bay Camenzind telefonu kullandığını itiraf etmiştir. Ancak Mahkeme, bu suçla ilgili delilleri elde etmek için suçun maddi unsurunun ele geçirilmesinin ve bunun sonucu olarak arama yapılmasının yetkili makamlar tarafından gerekli görülmesini kabul etmektedir.

(...) Aramanın biçimine gelince Mahkeme, Bay Camenzind’in aramanın tek bir görevli tarafından yapılmasını istediğine dikkat çeker (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Arama, başvurunun yanında ve başvurucuya dava dosyasını incelemesi ve avukatını araması için izin verildikten sonra yapılmıştır. Arama yaklaşık iki saat sürmüş ve bütün ev aranmıştır ancak arama memuru sadece telefonları ve televizyonları kontrol etmiştir; mobilyaları aramamış, belgeleri incelememiş veya herhangi birşeye el koymamıştır.

Mahkeme, İsviçre kanunlarındaki önlemleri ve özellikle de yapılan aramanın sınırlı olduğunu göz önünde bulundurarak, başvurunun konutuna saygı gösterilme hakkına yapılan müdahalenin güdülen amaçla orantılı olarak değerlendirilebileceğine ve bu nedenle 8. maddedeki anlamıyla “demokratik bir toplumda zorunlu” olduğuna karar vermiştir. Böylece bu hüküm ihlal edilmemiştir.”

Mahkeme, McLeod/Birleşik Krallık (23 Eylül 1998, p. 36-57) davasında, bir konuta polis memurlarının girişinin konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu tür bir giriş, amacıyla orantılı ise ve 8. madde 2. fıkrada

belirtilen şartlarda yapıldıysa, yasalara göre haklı olabilir. Bu davada polis, davacının çeşitli eşyalarını geri almak isteyen eski eşine eşlik etmiştir:

“Düzenin bozulması veya suç işlenmesi riski hiç olmadığı veya çok düşük olduğu bariz olduğu için, polis memurları başvurucunun orada olmadığını öğrendikten sonra konutuna girmemeliydi. Bu bağlamda Mahkeme, polis memurlarının bir süre boyunca taşınmazın dışında kalmasının, başvurucunun olmadığı bir ortamda huzurun bozulması olasılığının olmadığı yönündeki inançlarının bir göstergesi olduğuna dikkat çekmektedir. Başvurucu eve döndüğünde bir münakaşa yaşanmış olması, Mahkeme'nin görüşüne göre polis memurlarının taşınmaza girme konusunda haklı olup olmadığının belirlenmesi açısından önemsizdir.

Yukarıdaki nedenlerden dolayı Mahkeme, polis memurlarının kullandığı yöntemlerin izlenen meşru hedefle orantısız olduğuna karar vermiştir. Böylece AİHS 8. Madde ihlal edilmiştir.”

Avukat bürolarının aranabilmesi için mahkeme kararı alınması zorunludur. Arama sadece mahkeme kararında belirtilen olayla ilgili olarak ve Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada mutlaka hazır bulundurulmalıdır (CMK m.130). Bu düzenlemeler, savunma dokunulmazlığı ve müdafinin bağımsızlığı ilkeleri ışığında getirilen hükümlerdir.

4.4.Kasıtlı Hasara Karşı Koruma

8. madde en temel haliyle, bireyin konutuna devlet veya devlet temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar. Mahkeme, Akdivar ve diğerleri/Türkiye (16 Eylül 1996) davasında, güvenlik güçlerinin, davacıların evlerinin yakılmasından ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Evlerin ve içindekilerin kasıtlı olarak yakılmasının, 8. madde kapsamında aile hayatına ve konutuna saygı gösterilmesi hakkına ciddi bir müdahale oluşturduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığı için ve Devlet tarafından bu müdahaleler konusunda herhangi bir açıklama getirilmediği için, Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Kilkelly, 2005:64).

Selçuk ve Asker/Türkiye (20 Nisan 1998, p. 86- 87) davasında, başvuruçular kolluk kuvvetlerinin evlerini ve Bayan Selçuk'un değirmenini yıkmasının ve köylerinden atılmalarının 8. madde ihlalleri olarak incelenmesi gerektiğini iddia etmiştir. AİHM 8. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir:

“Mahkeme, güvenlik güçlerinin başvuruçuların konutlarını ve ev eşyalarını ve kısmen Bayan Selçuk'a ait olan değirmeni kasten yok ederek onları İslamköy'den ayrılmaya zorladığının gerçek olarak belirlendiğini hatırlatır. Bu davranışların, 3. Madde ihlallerine yol açmaya ek olarak, başvuruçuların aile ve özel hayatlarına, konutlarına saygı hakları ile ve mülkiyetlerinin korunmasına saygı haklarına çok ciddi ve haksız müdahaleler oluşturduğu hiç kuşku götürmemektedir.”

Mahkeme'ye göre, konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahildir ve AİHS 8. madde özel hayat ve konutun ses veya rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı koruma da sağlamaktadır (Kilkelly, 2008: 64).

ÜÇÜNCÜ KESİM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

5.HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Özel hayatın gizliliği hakkı ile yakın ilişki içerisinde olan haberleşme özgürlüğü, Anayasada koruma altına alınmış bireysel temel hak ve özgürlüklerdendir. Aynı zamanda uluslararası sözleşmelerde de koruma altına alınmış bir değerdir. Haberleşme özgürlüğü, Anayasanın 22. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde koruma altına alınmış haklardandır (Taşkın M, 2008: 23).

5.1. Haberleşme Kavramı

Özel hayatın bir yönünü oluşturan haberleşme kavramı, her türlü özel nitelikteki haberleşme yol ve araçları aracılığıyla kurulan iletişim anlamına gelmektedir. Haberleşme kavramına, her türlü yazılı veya sözlü gönderi/ileti girmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınmasını kabul etmiştir (Şen, 2010: 57-58).

Haberleşme özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında yakın bir bağ bulunmaktadır (Kaya, 2006: 99). AİHS 8. madde anlamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır (Çoksezen, 2006: 4 ; Kilkelly, 2005: 19).

Haberleşme kavramı, mektup, yazışmalar, telefon görüşmeleri, telgraf, elektronik posta, internet üzerinden yapılan sohbet ya da telefon görüşmelerini kapsar (Taşkın Ş, 2008: 95).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, haberleşme kavramı kapsamına giren her türlü yazılı ve sözlü gönderilerin içine telefon, mektup ve diğer tüm haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşme özgürlüğünün kanunlarla korunması gerektiği yönünde, üye devletlere ait bir yükümlülük öngörmüştür (Tezcan, ve diğ., 2004a: 405).

AIHM kararlarına göre haberleşme kavramı, açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içerdiği gibi, telefonla iletişim ve teleksi de içermektedir (Klass/Almanya, 1978 p. 41 ; Campbell Christie/Birleşik Krallık, 1994). Ayrıca Mahkeme, haberleşme kavramının yorumunun teknolojik gelişmelere ayak uyduracak ve elektronik posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak şekilde, geniş tutma eğilimindedir (Kilkelly, 2005: 19-20).

AIHM, çeşitli kararlarında haberleşmenin kontrol edilmesinin AIHS 8.maddede korunan haklara müdahale olduğunu belirtmiştir. Cezaevinde bulunan tutukluların avukatlarıyla veya AIHS kurumlarıyla haberleşmeleriyle ilgili davalarda sıklıkla bu görüş belirtilmiştir (Dutertre, 2007: 337).

Başvurucunun, avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'yla yaptığı yazışmaların 8. maddeye aykırı olarak cezaevi yetkilileri tarafından açıldığından ve okunduğundan şikayetçi olduğu Campbell/Birleşik Krallık (25 Mart 1992, p.33) davasında AIHM, haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir:

“(....) başvuru, 14 Ocak 1986'da Komisyon'a yaptığı başvurunun başından beri “avukatlarıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'yla yaptığı yazışmalara cezaevi yetkilileri tarafından düzenli olarak müdahale edildiğinden ve yazışmaların açıldığından, okunduğundan, incelendiğinden ve sansürlendiğinden” şikayet etmiştir. Başvuru, avukatı ve Komisyon'la yaptığı temaslarda “bu yazışmaların, cezaevi yetkilileri tarafından okunacağını (....) ve not edileceğini” bildiği için duyduğu rahatsızlığı ifade etmiştir. Mahkeme, hükümetin, cezaevi kurallarına göre, başvuru, Komisyon ile yaptığı yazışmalar hariç, avukatı ile olan yazışmaların incelenebileceğini kabul ettiğine dikkat çeker. Bu şartlarda başvuru, 8. madde kapsamında haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale nedeni ile mağdur durumunda olduğunu iddia edebilir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda belli bazı ölçütler getirerek, bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerektiğini sıkça vurgulamaktadır (Kaya, t.y. : 15)

5.2. Haberleşme Özgürlüğünün Korunması ve Sınırları

Özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğü, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi ile Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınmıştır.

5.2.1.1982 Anayasa'sı Bakımından

1982 Anayasası'nın “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” ana başlığı altındaki “haberleşme hürriyeti” başlıklı 22. maddesinde:

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar

.İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir ”
hükmü yer almaktadır (www.basbakanlik.gov.tr).

Böylece 1982 Anayasa'sı, özel hayat ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğünü güvence altına almış, kamu otoritesinin haberleşme özgürlüğüne ilişkin müdahalelerinin bu sınırlar çerçevesinde ve belirtilen koşulların varlığı halinde, hakim kararı veya onayıyla mümkün olabileceğini öngörmüştür (Şen,2010: 62).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Lüdi/İsviçre davasında özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında kalan haberleşme özgürlüğünün bir türü olan telefon konuşmalarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi 2.fikrasında gösterilen meşru amaçlardan en az birisi yoluyla denetlenmesi, dinlenmesi ve kayda alınmasına istisnai olarak izin veren yasal düzenleme ve uygulamaların hukuka uygun olduğuna karar vermiştir (Lüdi/İsviçre, 15 Haziran 1992).

5.2.2.Türk Ceza Kanunu Bakımından

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “hürriyete karşı suçlar” bölümünde yer alan 124. maddesinde haberleşmenin engellenmesi suç sayılmıştır. Buna göre:

- “(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.
 (2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 (3) Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi halinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur.”

Madde metninde, haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesini suç olarak düzenleyerek, bir anayasal hak olan haberleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır. Burada haberleşme kavramına her türlü araçla yapılan haberleşme girmektedir (Demirağ, 2007: 234).

Maddenin birinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşmenin engellenmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun konusu, belirli kişiler arasındaki haberleşmedir. Haberleşmenin yapıldığı araç önemli değildir. Bu haberleşme, örneğin mektupla veya telefonla yapılabilir. Haberleşmenin engellenmesi, çeşitli suretlerde gerçekleşebilir. Örneğin posta kutusundaki mektupların yırtılması, bir kişiye gönderilen mektupların ilgisine verilmeyip çöp kutusuna atılması, telefon hatlarının kesilmesi, oluşturulan manyetik alanla telefon görüşmelerinin yapılamaz hâle getirilmesi gibi fiiller, söz konusu suçu oluşturur.

Fıkra metninde, haberleşmenin engellenmesinin hukuka aykırı olması özellikle vurgulanmıştır. Bu bakımdan, örneğin cezaevinde cezası infaz edilen bir hükümlünün haberleşmesinde olduğu gibi haberleşme hürriyetine bir kamu görevinin gereği olarak sınırlama getirilmesi hallerinde, fiil hukuka uygun olduğu için, söz konusu suç oluşmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kurumları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise, her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi, keza ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Örneğin bir gazete veya derginin dağıtımının ya da belli bir radyo veya televizyon yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi, bu suçu oluşturur.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için, yayının engellenmesinin hukuka aykırı olması gerektiği fıkra metninde özellikle vurgulanmıştır. Örneğin, bir basın ve yayın aracıyla suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla veya işlenmiş olan bir suç nedeniyle, Anayasa ve kanunlarda belirlenen koşullara ve ayrıca, hukukun genel prensiplerine uygun olarak, koruma veya güvenlik tedbiri uygulanması suretiyle yayının engellenmesi halinde, bu suç oluşmayacaktır¹ (www.adalet.gov.tr).

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun haberleşmenin gizliliğini ihlal başlıklı 132. maddesinde, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suç olarak sayılmış ve yaptırımları belirlenmiştir:

“(1)Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2)Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3)Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4)Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır.”

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 124. maddesinin gerekçesinden.

Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir.

Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlalinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması hâlinde, suçun bu nitelikli hali gerçekleşmektedir.

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belli bir suça ilişkin soruşturma kapsamında Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun olduğu muhakkaktır.

İkinci fıkrada tanımlanan suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Fıkra metninde bu ifşanın hukuka aykırı olması açıkça vurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, henüz soruşturma aşamasında iken, kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması halinde, bu suç oluşacaktır.

Üçüncü fıkrada tanımlanan suçun oluşabilmesi için, ifşanın alenen yapılması gerekir. Bu bakımdan, örneğin kişi kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması hâlinde, bu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları

tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, söz konusu suç oluşacaktır¹ (www.adalet.gov.tr.).

Türk Ceza Kanununun 133. maddesi ise, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması durumunu suç sayarak hükme bağlamıştır:

“(1)Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3)Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolunur.”

Madde metninde, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak tanımlanmaktadır. Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması halinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur. Birinci fıkrada tanımlanan suç, aleni olmayan konuşmanın bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazı ile kayda alınması ile oluşur. Söz konusu suç, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi işleyebilir. Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda alınması, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlanması veya bunları başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Bu

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 132. maddesinin gerekçesinden.

konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir¹ (www.adalet.gov.tr.).

Görüldüğü üzere haberleşmenin gizliliğini ihlal eden failin cezalandırılması hükme bağlanmıştır. Haberleşmenin içeriğinin kaydedilmesi durumunda ise, failin cezası ağırlaştırılmaktadır. Kaydın ne şekilde yapıldığının ise, önemi yoktur; herhangi bir alet veya ses alma cihazı örneğin cep telefonu ya da bilgisayar ile kayıt yapılabilir. Haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde de cezanın arttırılacağı hükme bağlanmıştır. İnternet aracılığı ile yapılan yayınlar da basın ve yayın kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla elektronik posta, internet üzerinden sohbet, internetten telefon görüşmesi gibi yollarla da bu suçun işlenmesi mümkündür (Taşkın Ş, 2008: 93).

Her ne kadar haberleşmenin gizliliği esas olarak ele alınmış ise de, AİHS 8. madde ve Anayasanın 22. maddelerinde de belirtildiği üzere, bazı durumlarda müdahaleye olanak tanınmıştır. Söz konusu durumlar milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden biri ya da birkaçı olabilmektedir. Ancak, bu müdahalenin ne şekilde olacağı, yine yasa ile belirlenmiş olmalıdır.

AİHM, istisnai şartlarda terör suçlarıyla mücadele konusunda haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini kabul etmiştir. Erdem/Almanya (5 Temmuz 2001, p. 64- 66) davası bu konuyla ilgilidir:

“Haberleşmenin, mektupların ve telekomünikasyonun gizliliğine sınır getirilmesini mümkün kılan bir kanunla ilgili, 18 Kasım 1978 tarihli Klass ve diğerleri/ Almanya davasında AİHM terörizmle mücadele konusunda şu ilkeleri belirlemiştir:

“(…).Günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık casusluk biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır; bunun sonucu olarak Devlet, bu tür tehditlere etkin olarak yanıt verebilmek için, kendi yetki alanı içinde çalışan yıkıcı unsurların gizli gözetimini yapabilmelidir. Mahkeme, istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 133. maddesinin gerekçesinden.

gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmek durumundadır.”

Ancak gözaltında olan bir kişi ile yasal temsilcisi arasındaki haberleşmenin gizliliği, yine de bireylerin temel haklarından biridir ve savunmanın haklarını doğrudan etkiler. Bu nedenle, Mahkeme'nin yukarıda da belirttiği gibi, bu prensibin askıya alınmasına istisnai durumlarda izin verilebilir ve bu durum, istismara karşı uygun ve yeterli teminatlarla bir arada düşünülmelidir .”

Ancak, Mahkeme Klass ve diğerleri/Almanya (18 Kasım 1978) davasında, kabul ettiği ilkeleri tekrar ederek, mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu ölçüde, istisnai koşullarda müdahaleye olanak tanımıştır.

5.2.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre;

“Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir ”

Görüldüğü üzere, özel hayat ve aynı kapsam içerisinde değerlendirilen haberleşme özgürlüğü hakkı güvence altına alındıktan sonra, 2. fıkarda bu hakka müdahalenin sınırları belirlenmiştir. AİHM'nin çeşitli kararlarında bu müdahalenin haklı olabilmesi için gerekli şartlar açıklanmıştır.

5.2.3.1.Haberleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Koşulları

AİHM kararlarına göre haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olabilmesi aşağıdaki koşulları birarada bulundurmasına bağlıdır.

5.2.3.1.1.Somut olayda AİHS 8/2 kapsamına giren müdahale olup olmadığı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, somut olaya konu kişi hak ve özgürlükleri ile buna yönelik müdahalenin AİHS'nin kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen ilgili maddesinin kapsamına girip girmediğini incelemekte ve bu konuda bir tespit kararı vermektedir. Kişinin özel hayatının ve bu kapsamda haberleşmenin gizliliği hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişinin evi, işyeri, üzeri veya telefon görüşmelerinin ya da başka birtakım yaşam alan ve faaliyetlerinin 8.madde kapsamına girip girmediğini, bir başka ifadeyle somut olaya konu hukuki yararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki olan protokollerle korunup korunmadığını, buna yönelik müdahalenin olup olmadığını, varsa bunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hakkında karar verecektir, Somut olayda AİHS ve protokolleri kapsamına giren bir kişi hak ve özgürlüğüne müdahalenin varlığını tespit etmediği takdirde, önüne gelen meselede 8. maddenin 2. fıkrasına yönelik ihlalin olmadığına karar verecektir (Şen, 2010: 59).

5.2.3.1.2. Müdahalenin taraf devletlerin hukuk kurallarına uygunluğu

Bir devlet, haberleşme özgürlüğünün denetlenmesine imkan tanıyan sistemi kabul etmişse, bunların kötüye kullanılmasını önlemeye elverişli güvenceleri de düzenlemelidir (Öztürk, 2002: 673). Haberleşme özgürlüğüne müdahale eden tedbirlere başvurmak için gerekli koşullar ayrıntılı olarak düzenlenmeli ve kötüye kullanmalara karşı etkili tedbirler alınmalıdır (Şen, 2010: 60). Bir başka ifadeyle, müdahalenin kanunlara uygun sayılabilmesi için, “yasayla öngörülme” şartı gerçekleşmiş olmalıdır. Yasayla öngörülme şartı;

- a. Tedbirin, iç hukuk düzeninde yasal bir dayanağa sahip olmasını,
- b. İlgililer tarafından söz konusu yasaya ulaşılabilir olmasını,

- c. İlgililerin yasanın etkilerini öngörebilmelerini ve ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketinin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini,
- d. Yasanın, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır olmasını, bu anlamda yasal düzenlemenin yeterince kesin ve kamu otoritesinin keyfi uygulamalarından uzak olmasını gerekli kılmaktadır (Tezcan ve diğ., 2004a: 407).

Mahkeme bir müdahalenin haklı olması için gerekli koşullardan biri olan “yasayla öngörülme” koşulunun anlamını Sunday Times/Birleşik Krallık (No.1) (26 Nisan 1979, p. 47 ve 49) davasında açıklamıştır:

“(…)yasayla öngörülme ifadesinde, yasa kelimesi sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içerir. Buna göre Mahkeme, mahkemeye saygısızlığın içtihat hukukunun bir parçası olup kanunların parçası olmamasına önem vermemektedir. İchtihat hukukunda belirlenen bir kısıtlamanın, sadece kanunlarda yazılı olmadığı için yasayla öngörülme olmadığı iddia etmek, AİHS’yi hazırlayanların amaçlarının aksine olurdu.

(…)Mahkeme’nin görüşüne göre, yasayla öngörülme ifadesinden çıkan iki şart vardır: Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır, bir başka deyişle belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir kural vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse yasa sayılamaz; vatandaş, gerekirse uygun görüş olarak, belirli bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul olacak bir derecede öngörebilmelidir.”

“Yasa” kelimesi ise, sadece yazılı olan değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içermektedir. Yasa, açık, erişilebilir, kesin, net ve öngörülebilir olmalıdır.

AİHM, Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık davasında, kesinlik şartının sınırları olabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, takdir hakkı tanıyan bir yasa, söz konusu takdir hakkının kapsamını belirtmelidir. Ancak AİHM, yasaların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın olanaksızlığını ve kesinliğe ulaşma çabasının aşırı katılık getirebileceği tehlikesini kabul etmiştir (Silver ve diğerleri/ Birleşik Krallık, 25 Mart 1983, p. 88).

Mahkeme, Malone/Birleşik Krallık davasında (2 Ağustos 1984, p.64-68), telefon dinlemeyle ilgili yasal hükümlerin özel hayata müdahaleye izin veren 8. madde 2. fıkraya uygun olması için hangi şartlara uyması gerektiğini net biçimde

belirtmiştir. Söz konusu davada, başvuruçunun 8. madde ile koruma altına alınan haklarına müdahale edildiği belirtildikten sonra davalı devletin başvurduğu kanunun özellikleri açıklanmıştır:

“Başvuruçunun taraflardan biri olduğu bir telefon görüşmesinin, polisin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı’nın verdiği izin sonucu dinlendiği konusunda görüş birliği vardır. Telefon görüşmeleri 8.madde kapsamında “özel hayat” ve “haberleşme” kavramlarına girdiği için kabul edilen müdahale önlemi 8. madde 1. fıkrada kapsamında başvuruçuya sağlanan bir hakkın kullanılmasına “bir kamu otoritesinin müdahalesi” anlamına geliyor demektir. (...)

Temel çekişme konusu, müdahalelerin 8. Madde 2. fıkradaki şartlara göre haklı olup olmadığı, özellikle de söz konusu fıkraya göre “yasayla öngörülmüş” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı konusundadır.

İlk prensip, “yasa” kelimesinin sadece yazılı yasaları değil, yazılı olmayan yasaları da içermesidir. Komisyon, Hükümet ve başvuruçunun bu davaya uygulanabilir olduğunu kabul ettiği ikinci prensip, “söz konusu müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı olmasıdır”. Ancak Mahkeme, bu ifadelerden doğan şartların ulusal hukuka uyumunun ötesine geçtiğini tespit etmişti. (...)

Mahkeme, “yasayla öngörülmüş” ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik değil, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğu ve bu durumun açık bir biçimde AİHS’nin giriş bölümünde de ifade edildiği görüşünü tekrar ifade eder. Böylece bu ifade, 8. Madde’nin amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkrada koruma altına alınan haklara kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı ulusal hukukta yasal koruma önlemleri olması gerektiğini ima eder. Özellikle yürütmenin sahip olduğu bir güç gizli olarak kullanıldığında, keyfiyet riski açıktır. (...) Ancak söz konusu yasa, aile hayatına ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve muhtemelen tehlikeli müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermelidir.”

Söz konusu yasada yetkili makamların karar verebileceği alanların içeriği ve bu müdahaleyi düzenleyen kurallar yeterince açık bir biçimde belirtilmediğinden, AİHM söz konusu yasayı yeterince belirgin bulmamıştır. Böylece, 8. madde 1. fıkranın ihlal edildiğini belirlemek için 2. fıkradaki diğer şartları değerlendirmeye gerek görülmemiştir. Khan/Birleşik Krallık davası (12 Mayıs 2000, p.22-28) ile P.G. ve J.H./Birleşik Krallık davası (25 Eylül 2001, p.35-38) aynı niteliktedir (Dutertre, 2007: 306).

5.2.3.1.3. Müdahalenin “meşru amaca” yönelik olması

Müdahalenin haklı olabilmesi için gerekli diğer şart, müdahalenin AİHS 8.madde 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan (ulusal güvenlik, kamu emniyeti,

ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) birine yönelik olmasıdır Genel kural olarak, bir Devlet'in açıkça kötü niyetli davrandığı durumlar hariç, bu şart ciddi sorunlar yaratmamaktadır (Dutertre, 2007: 344).

Mahkemece, özel hayata ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne müdahalenin ulusal kanuna uygun olduğu tespit edildikten sonra, bu müdahalenin AİHS 8/2 maddesi anlamında meşru bir amacı olup olmadığı değerlendirilmektedir. AİHS 8. madde 2.fıkırdaki yer alan sınırlama sebeplerinin genişliği nedeniyle, ulusal devletlerce ileri sürülen meşru amaçları reddedebilme imkanı şekil olarak pek görünmemektedir. Eğer devlet, korunan hukuki yararlarla ilgili maddede gösterilen sınırlama sebeplerine girmediği anlaşılan yasal düzenleme ve uygulama yapmışsa, bu durumda bireyin hukuki yararına yönelik müdahalenin meşru bir amaca dayanmadığı kabul edilecektir (Şen, 2010: 60).

5.2.3.1.4. Müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olması

Bu ölçütle haberleşme özgürlüğünü sınırlandıracak ulusal düzenlemelerin, sosyal ihtiyaçlara cevap vermesi ve ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantılı olması aranmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haberleşme özgürlüğünün sınırlanamaz bir hak ve özgürlük olmadığını, meşru amaca yönelik olarak orantılı, hakkın özünü zedelemeyen, açıkça öngörülebilir ve ulaşılabilir yasal düzenlemelerle sınırlanabileceğini ortaya koymuştur.

Görüldüğü üzere, birey açısından haberleşme özgürlüğü sınırsız bir hak ve özgürlük değildir. Kamu otoritesi açısından haberleşme özgürlüğü, ancak meşru amaçlarla sınırlı olarak, kötüye kullanımlara yer vermeden ve yeterli güvencelere sahip olan yasal düzenlemelerle sınırlanabilir.

Demokratik bir toplumda duyulan zorunlulukla, kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında “ölçülülük” ilkesine dikkat edilmelidir. Bir başka ifadeyle, somut olayda gerçekten kişi hak ve özgürlüğüne yönelik sınırlama yapılması gereği doğabilir. Bu durumda da, hem sınırlamaya dair hukuk kuralı ve hem de bu kuralın uygulamasında aşırıya gidilmemelidir (Şen, 2010: 61).

Mahkeme, istihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin, sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda Sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir. Mahkeme, benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkin güvencelerin olduğu konusunda tatmin olmalıdır (Kilkelly, 2005: 49-50).

Mahkeme, demokratik bir toplumdan ne anlaşılması gerektiğini Handyside/Birleşik Krallık (7 Aralık 1976) davasında açıklamıştır. Bu davada Mahkeme, “demokratik toplum” dan çoğulculuk, açıklık ve hoşgörünün bulunduğu bir toplumun anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır (Kaya, 2006: 93). Dudgeon/Birleşik Krallık (22 Ekim 1981) davasında ise Mahkeme, demokratik bir toplumun iki özelliğinin hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu belirtmiştir (Gölcüklü, 2005: 118).

“Demokratik bir toplumda zorunlu” terimi, müdahalenin zorunlu ve gerekli olmasını ifade etmekte olup, devletin müdahale için bazı nedenlerinin var olması yeterli değildir (Kilkelly, 2005: 32). Demokratik bir toplumda zorunlu olduğu için yapılan müdahalenin, acil bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi gerekmektedir (Kaya, 2006: 93).

Mahkeme “ zorunlu” olmanın ne anlama geldiği konusunda Handyside/Birleşik Krallık (1976) davasında “ (...) Bu “vazgeçilmez” ile eşanlamlı değildir...” kabul edilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” ifadeleri kadar esnekliği de yoktur (...)” açıklamasını yapmıştır. Olsson/İsveç (1988) davasında ise “ (...) zorunlu kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt

verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir (...) açıklamasıyla konuyu daha detaylı ele almıştır (Kilkelly, 2005: 32).

Müdahalenin “zorunlu” olması, “demokratik bir toplum” bağlamında değerlendirilmelidir. “Demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık (26 Mart 1983 p. 97) davasında ayrıntılı biçimde açıklanmıştır:

“AİHM, “demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesini nasıl anladığını, bu ifadeye dayalı konuların incelenmesinde işlevinin doğasını ve bu işlevleri nasıl gerçekleştireceğini birkaç defa ifade etmiştir. Burada, çeşitli ilkeleri özetlemek yeterlidir:

(a) Zorunlu sıfatı vazgeçilmez kelimesiyle eşanlamlı değildir; “kabul edilebilir”, “sıradan”, “faydalı”, “akla yatkın” veya “uygun” ifadelerindeki gibi bir esnekliğe sahip değildir.

(b) Sözleşmeciler devletler, kısıtlamaların uygulanmasında belirli ancak sınırsız olmayan bir takdir hakkına sahiptir ancak bu kısıtlamanın AİHS’yle uyumlu olup olmadığı konusundaki nihai kararı Mahkeme verir.

(c) “Demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesi, bir müdahalenin AİHS ile uyumlu olabilmesi için, diğer hususların yanı sıra “zorunlu bir toplumsal ihtiyacı” karşılması ve “meşru hedefle orantılı” olması gerektiği anlamına gelmektedir.

(d) AİHS’nin maddelerinde, güvence altına alınan bir hakka istisna getirilebileceğini belirten fıkralar, dar anlamıyla yorumlanmalıdır.”

Demokratik toplumun temel ilkelerinden birinin “hukukun üstünlüğü” olduğu Klas/Almanya (6 Eylül 1978, p. 55) davasında ele alınmıştır. Söz konusu davada “demokratik toplum” kavramından anlaşılması gereken ilkeler konusunda birtakım açıklamalar vardır:

“Demokratik toplumlardaki temel prensiplerden biri, AİHS’nin giriş bölümünde de açık bir biçimde belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukuk üstünlüğünün anlamlarından biri, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı olan yargının etkin denetim mekanizmasına, en azından son çare olarak, tabi olmasıdır.”

Benzer şekilde, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.07.2007 tarih 2007/5.MD-101 Esas 2008/3 sayılı kararında,

“(…) Anayasa’nın 22.maddesi uyarınca kişilere tanınan haberleşme özgürlüğünün gizliliği esastır. Gizlilik kuralı, ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim tarafından askıya alınabilir. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin 8. maddesinde de haberleşme özgürlüğüne müdahalenin belli değerlerin korunması amacıyla ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince 24

Nisan 1990 tarihli Kruslin/Fransa, 20 Nisan 1990 Tarihli Huvig/Fransa, 4 Mayıs 2000 tarihli Rotaru/Romanya, 2 Ağustos 1984 tarihli Malone/Birleşik Krallık ve 6 Ağustos 1978 tarihli Klas ve diğerleri/Almanya davalarında verilen kararlar da bu yöndedir. Bu kararlarda özetle; “Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle, özellikle kesin olan bir kanuna dayanmalıdır. Özellikle kullanılacak teknolojiler devamlı daha sofistike bir hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.” ve “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 korunmayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı gözönünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.” Biçimindeki gerekçelere dayanılmak suretiyle, telefonla yapılan iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması ile bu şekilde elde edilecek delillerin kullanılması konusunda belirleyici sınırlamalar getirilmemiş, buna karşılık iletişimin dinlenmesi tedbirine ilişkin tüm ayrıntıların yasalarda yer alması gerektiği vurgulanmıştır.” ifadesine yer verilmiştir.

5.2.4. Müdafî İle Haberleşme

Bir kimsenin cezaevinde tutuklu olması, özel hayatına ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkını ortadan kaldırmaz. Cezaevinde bulunmanın getirdiği birtakım kısıtlamalar elbette mümkündür. Ancak, savunmanın dokunulmazlığı ve savunma hakkı bakımından, müdafî¹ ile tutuklu veya hükümlünün haberleşmesi, özel hayat ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Campbell/Birleşik Krallık (25 Mart 1992) davasında başvuru, 8. maddeye aykırı olarak, avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’yla yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığından ve okunduğundan şikayetçi olmuştur. AİHM, söz konusu Campbell/ Birleşik Krallık kararında, başvuruçunun avukatıyla yaptığı yazışmaların açılmasının ve okunmasının ve Komisyondan gelen mektupların açılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığına ve bu nedenle 8. madde 2. fıkradaki anlamda “demokratik bir toplumda zorunlu” olmadığına karar vermiştir (Dutertre, 2007: 338).

¹ CMK m.2/c müdafî: şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı

Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olabilmesi, yukarıda belirtilen koşulların (5.2.3.1.haberleşme özgürlüğüne müdahalenin koşulları) bir arada bulunması halinde mümkündür. AİHM, Rinzivillo/İtalya davasında (21 Aralık 2000, p.28) şunları belirtmiştir:

“...Bu tür bir müdahale, “yasayla öngörülmuş” olmadığı ve 2. fıkrada meşru olduğu belirtilen bir veya birkaç hedefe yönelik olmadığı ve ayrıca bu hedeflere ulaşmak “demokratik bir toplumda zorunlu” olmadığı sürece, 8. madde ihlal edilmiş olur.”

Haberleşmenin kontrolü ve ne şekilde uygulanacağı yasal bir hükümle açıkça öngörülmuş olmalıdır. AİHM, haberleşmeye müdahale yetkisi veren yasal metnin yeterince belirgin olması gerektiğini belirtmiştir. Calogero Diana/ İtalya davası (15 Kasım 1996, paragraf 32), cezaların uygulanmasından sorumlu yargıç tarafından tutuklunun mektuplarının kontrol edilmesiyle ilgilidir:

“(...)Takdir yetkisi veren bir kanunun, söz konusu takdirin içeriğini belirtmesi gerekmesine rağmen, çerçevesinin belirlenmesinde mutlak bir kesinliğe ulaşmak olanaksızdır ve böyle bir kesinliğe ulaşma çabasının olası sonucu aşırı katılık olur. Buna karşın, mevcut davada, 354 sayılı Kanun yetkili makamlara takdir yetkisinin kullanımında geniş serbestlik vermektedir; özellikle, alınan önlemin süresi veya hangi nedenlerle alınabileceği belirtilmeden, sadece haberleşmesi kontrol edilebilecek kişiler ve yetkili mahkeme belirtilmektedir. Bu kanunda Bölüm 18’deki boşluklar, Hükümetin iddialarını reddetmeye yetecek ağırlıktadır.

Kısaca İtalya’daki kanun, yetkili makamlara verilen takdir payının içeriğini ve uygulanma biçimini makul bir açıklıkla belirtmemektedir; böylece Bay Diana, hukukun üstün olduğu demokratik toplumlarda vatandaşların hakkı olan asgari koruma düzeyinden faydalanamamıştır. Bu nedenle 8. madde ihlal edilmiştir (...).”

Aynı konudaki Petra/Romanya davasında (23 Eylül 1998, p.37) Mahkeme, kanunun, sadece çok genel ifadelerle, hüküm giymiş tutukluların mektup alma ve gönderme hakkı olduğunu ve hüküm giymiş tutukluların rehabilitasyonu için uygun olmayan her türlü mektup ya da gazete, kitap veya dergiye cezaevi yetkililerinin el koyabileceğini belirtmesi, haberleşmenin kontrolünün, bir yargı makamının kararından bağımsız olarak ve otomatik bir biçimde uygulanması nedeni ile ulusal makamlara geniş serbestlik bırakmış olduğunu belirtmiştir. Aynı sonuca Di Giovine/ İtalya (26 Temmuz 2001, p.25-27) ve Nidbala/Polonya (4 Temmuz 2000, p.78-81) davalarında da ulaşılmıştır (Dutertre, 2007: 339).

Cezaevinde bulunmanın makul şartları düşünülürken, tutuklunun avukatla yaptığı haberleşmenin denetlenmesinin, haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği, ancak bazı zorunlu hallerde, içeriğe bakılmadan sadece kontrol edilebileceği Campbell/Birleşik Krallık (25 Mart 1992, p. 44-48) davasında karara bağlanmıştır:

“...zorunluluk kavramı, müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle izlenen meşru amaçla orantısız olması şartlarının varlığını gerektirir. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığı belirlenirken, devletin takdir hakkı göz önünde bulundurulabilir.

Cezaevinde olmanın doğal ve makul şartları düşünülürken, tutukluların haberleşmesinin belirli bir düzeyde kontrol edilmesi gerektiği ve bunun başlı başına AİHS’yle uyumsuz olmadığı da kabul edilmiştir. Genel olarak bu kontrolün kabul edilebilir düzeyi belirlenirken, mektup yazma ve alma fırsatının, bazen bir tutuklunun dış dünyayla tek bağı olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Bir kişi ile avukatı arasında geçen görüşmenin tam ve serbest biçimde gerçekleşmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Bu nedenle, kural olarak, avukat-müvekkil ilişkisi bu ayrıcalıktan yararlanır. 28 Kasım 1991 tarihli S./İsviçre kararında Mahkeme, tutuklunun cezaevi yetkililerinin duymayacağı biçimde avukatıyla görüşmesinin önemini altını çizmiştir. Bir avukat müvekkiliyle böyle bir denetim olmaksızın görüşemezse ve ondan gizli talimatlar alamazsa, avukat yardımının faydası önemli ölçüde ortadan kalkacaktır; oysa AİHS’nin amacı içerdiği hakları uygulanabilir ve etkin biçimde teminat altına almaktır. Mahkeme’nin görüşüne göre, benzer saptamalar bir tutuklunun planlanan veya halihazırda devam eden bir dava hakkında avukatıyla yaptığı haberleşmeler içinde geçerlidir ve gizlilik ilkesi aynı ölçüde uygulama alanı bulur (...).

Bir avukatın tutukluya gönderdiği bir mektubu, zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkartamayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe varsa, cezaevi yetkilileri açabilir. Ancak mektup, sadece açılmalı ve okunmamalıdır. Mektubun okunmasını önleyen, örneğin mektubun tutuklu önünde açılması gibi uygun teminatlar olmalıdır. Diğer yandan, sadece mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlike altına soktuğu veya başka bir şekilde cezai bir özelliği olduğu konusunda otoritelerin makul sebeplerinin olduğu istisnai durumlarda, bir tutuklunun avukatına gönderdiği ve avukatından gelen mektupların okunmasına izin verilmelidir. Neyin “makul sebep” olduğu mevcut şartlara bağlıdır. Ancak, şüphenin makul olabilmesi için, tarafsız bir gözlemcinin, bu ayrıcalıklı iletişimin istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak olayların veya bilgilerin mevcut olması gerekir.”

Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık (25 Mart 1983, p.103) davasında ise, cezaevi yetkililerinin düzenin korunmasını devam ettirmeleri için, istisnai olarak tutuklu kişilerden birinin mektuplarına el koyulabileceğine karar verilmiştir:

“Bay Cooper’ın 28-31 No.lu mektuplarına, sadece çok uygunsuz dil içerdiğinden değil, aynı zamanda şiddet tehditleri içerdiğinden de el konmuştur. Avukatı, ikinci dayanaktan yola çıkarak Komisyon’un müdahalenin “zorunlu” olduğu yönündeki görüşüne itiraz etmiştir.

Mahkeme, Komisyona katılmaktadır. 28-30 No.lu mektuplar, açık tehditler içermektedir ve 31 No.lu mektup bunların bir devamı olarak görülebilir. Mahkeme’nin kararına göre, yetkililerin bu mektuplara el konulmasının, 8. Madde 2. fıkradaki anlamda “düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için” zorunlu olduğu sonucuna varmaları için yeterli neden bulunmaktadır. “

Mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, bireyin tutuklu olması özel hayat ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Sadece, 8. madde 2. fıkrada belirlenen şartlar oluştuğunda, müdahaleye olanak tanınmaktadır.

6.TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Bu bölümde özel hayat ve bu kapsamda haberleşmenin gizliliği kavramı içerisinde yer alan, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesine istisnai olarak olanak tanıyan yasalar ve aynı doğrultuda mahkeme kararları incelenecektir.

6.1.İletişim Kavramı

İletişim, haber, yazı, resim, ses veya sinyallerin telefon, telgraf, radyo veya benzeri elektromanyetik dalgalarla gönderilmesi veya alınması şeklinde tanımlanmaktadır (Kunter ve diğ., 2006: 701).

Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre iletişim kavramının kapsamına telefon, faks, internet, teleks gibi iletişim araçları ile yapılan haberleşme girmektedir. Ayrıca mobil telefonlar aracılığıyla yapılan iletişim de, bu kapsam içinde yer almaktadır (Özbek, 2006: 422). Şüpheli veya sanığın jetonlu, kartlı veya ankesörlü telefonlar üzerinden kurduğu iletişimin de denetlenmesi mümkündür (Kunter ve diğ., 2006: 699).

İletişimin denetlenmesi ile özel hayata müdahale edildiği ve bu hakkın sınırlandırıldığı tartışmasızdır. Yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun, özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir (Kilkelly, 2005: 14).

Artan teknolojik gelişmeler karşısında suçla ve suçlulukla etkin bir mücadele yürütülebilmesi için, ceza soruşturmasında kullanılan yöntemlerde yeniliğe gitmek

bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bu çerçevede ortaya çıkmış tedbirlerden birisidir (Keklik, t.y.: 1).

Teknolojik ve bilimsel gelişmeler, suçların takibi ve suçluların yakalanmasında yeni kapılar açmakta, bilimsel bulgu ve tekniklerle suçların önlenmesi, takibi ve faillerin yakalanması ve cezalandırılması kolaylaşmaktadır (Bayram, t.y.: 2).

Bireylerin özel hayatı ile temel hak ve hürriyetlere ağır müdahaleler oluşturmalarına rağmen, organize suçla mücadelenin zorluğu, gizli koruma tedbirlerinin ve bu kapsamda iletişimin denetlenmesinin kullanılmasını haklı gösteren bir neden olarak gösterilmektedir (Erdem, 2000: 159).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telefonların gizlice dinlenmesini, büyük suçlar ya da terörizmle mücadele gibi hallerle sınırlı olmak üzere kabul etmektedir. Mahkeme değişik iletişim teknikleri ile dinleme uygulamasının, kamu yetkililerinin modern suç biçimlerine karşı savaşında etkili bir çıkış yolu oluşturduğunu belirtmektedir (Prada Bugallo/İspanya, 18 Şubat 2003). Mahkeme, iletişimin denetlenmesinin bu tür suçlarla mücadelede etkinliğini kabul etmekte ve belirli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla, müdahaleye izin vermektedir. Ancak, bu yetkinin kullanılması sıkı koşullara bağlanmış ve genellikle elde edilen bilgiler delil olarak kullanılmamaktadır (Taşkın M, 2008: 33-34).

İletişimin denetlenmesi, devletlerin, hakları koruma altına alması ve keyfi müdahalelere karşı güvencelerin ortaya konulduğu yasa hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiği sürece, hukuki bir çerçeveye kazanabilir (Akdeniz, 2003: 13).

İletişimin denetlenmesine, öncelikle sabit telefonların dinlenilmesi ile başlanmıştır. Suçla mücadelede bazı başarılı sonuçlar alınmasının ardından, mobil telefonlar da iletişimin denetlenmesi kapsamına alınmıştır. Günümüzde internet üzerinden yapılan yazışmalar ve haberleşmeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir (Taşkın M, 2008: 32).

İletişimin denetlenmesi kararı, kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsar. İster resmi ister özel nitelikli olsun, iletişimin içeriğine ilişkin her türlü haberleşme kayıtları denetlemenin kapsamı içerisinde kalmaktadır. İletişim aracının evde veya işyerinde olması, tedbirin uygulanması açısından bir önem taşımaz. Denetleme kararı evden veya işyerinden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale etme yetkisi de vermektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir (Centel ve Zafer, 2006: 365).

6.1.1.İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesidir (Taşkın M, 2008: 193). Bir diğer ifadeyle, sadece kişinin telekomünikasyon yoluyla kimlerle iletişim kurduğunun belirlenmesi anlamına gelmektedir (Özbek, 2006: 421).

İletişimin dinlenmesi canlı dinlemedir ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin bu konuda yetkili kılınan üçüncü kişi tarafından dinlenmesidir. İletişimin kayda alınması ise, konuşulanların elektronik ortamda bir üçüncü kişi tarafından kayıt cihazı yardımıyla kayıt altına alınmasıdır (Şen, 2010: 82).

İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ise, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ise, iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili

makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleridir.¹

Sinyal bilgileri bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalanması amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde iletişim içeriğine müdahale söz konusu değildir. Zaten bu bilgiler firmalar tarafından faturalama işlemlerinde kullanılmak üzere saklanmaktadır (Şahin, 2006: 381).

AIHM, Malone/Birleşik Krallık davasında (2 Ağustos 1984 p. 83-84), çalıntı mal satın alma suçundan beraat eden başvurusunun telefonunun polis tarafından dinlendiğinin yargılama sırasında ortaya çıkması üzerine telefonlarının dinlenmesinin, mektuplarının izlenmesinin ve telefonunun sayaçlanması, bir başka deyişle iletişimin tespitinin hukuka aykırı olduğunun tespiti için açtığı davanın reddedilmesi üzerine, müdahalenin 8.madde 2. fıkraya göre yasayla öngörölmüş olmadığına ve telefon kayıtlarını izleyerek gözetimin 8. maddede belirtilen hakkı ihlal ettiğine, karar vermiştir:

“Telefon kayıtlarını izleyerek gözetim, bir telefondan aranan numaraları ve yapılan görüşmelerin süresini kaydeden bir cihazın (sayım döküm cihazı) kullanılması demektir.

(...) Hükümetin de belirttiği gibi, bir yazıcının bağlı olduğu döküm cihazı, aboneden doğru ücret alınmasını sağlamak ve şikayetleri veya istismarları araştırmak için, telefon hizmeti sunan bir şirketin kural olarak yasal biçimde edinebileceği bilgileri kaydeder. Bu nedenle telefon kayıtlarının izlenmesi, doğası gereği, bir gerekçesi olmazsa demokratik bir toplumda yasal olmayan ve arzu edilmeyen bir uygulama olan haberleşmenin dinlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Ancak Mahkeme, hangi şartlarda veya amaçla olursa olsun, telefon kayıtlarını izleyerek elde edilen bilgilerin kullanılmasının 8. madde kapsamında sorun yaratamayacağını kabul edemez. Telefon kayıtları, özellikle aranan numaralar gibi, telefonla haberleşmenin önemli bir unsuru olan bilgiler içerir. Bunun sonucu olarak, abonenin rızası olmadan söz konusu bilgilerin polise verilmesi de Mahkeme'nin görüşüne göre 8. madde kapsamında güvence altına alınan hakka yapılan bir müdahaledir.”

¹ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörölen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 4. maddesi

AİHM,P.G. ve J.H./Birleşik Krallık davasında (25 Eylül 2001 p.42-51) ise, benzer bir durumu ele almış ancak yapılan müdahalenin 8. madde 2. fıkranın şartlarına uyan bir kanuna göre yapıldığı sonucuna ulaşmıştır (Dutertre, 2007: 308).

Aynı davada (P.G. ve J.H./Birleşik Krallık,25 Eylül 2001, p. 9-14 ve 35-38) soruşturma sırasında, başvurucunun dairesinde kalan çeşitli kişilerin konuşmalarını kaydetme amacıyla kanepeye gizli dinleme cihazı yerleştirilmesinin, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale olduğuna karar verilmiştir. Bu durumda, müdahalenin 8. madde 2. fıkradaki şartlara uymadığı belirtilmiştir (Dutertre, 2007: 304).

6.2.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli Amaçlı Denetlenmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerle, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması şeklinde tanımlanabilir (Taşkın M, 2008: 74).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi bakımından, müdahalenin ne şekilde olabileceği ayrıntılı bir biçimde hükme bağlanmıştır. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlığını taşıyan 135. maddeye göre:

“Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir,

dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakimın onayına sunar ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.

Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

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 220),
 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.

Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.” (www.basbakanlik.gov.tr).

Klasik posta ve haberleşme dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, internet üzerinden yapılan görüşmeler, kablolu veya kablosuz yolla yapılan görüşme ve konuşmalar, faks vesair dahil olmak üzere CMK 135. madde kapsamındadır.

Dolayısıyla, bireyin internet ortamında yaptığı sesli ve/veya görüntülü görüşmeleri ve elektronik postalarına yapılacak müdahalelerin de “haberleşme özgürlüğü” kapsamında dikkate alınması ve CMK 135. maddede öngörülen şartların bu iletişim türünde de uygulanması gerekmektedir (Şen, 2010: 82). Bununla beraber, iletişim türü sınırlı olmamakla birlikte, telekomünikasyon dışı haberleşme araçları madde kapsamı dışında kalmaktadır (Ünver ve Hakeri, 2006: 171).

Bu maddeye göre, şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi bir suç dolayısıyla soruşturma veya kovuşturmanın başlamış olması ön koşuluna bağlıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ve “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”¹ hükümleri birlikte incelendiğinde şüpheli ve sanık sıfatını taşımayan kişiler tarafından yapılan iletişimin ve iletişim araçlarının denetlenmesi tedbirine doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak başvurmak hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Çünkü bu düzenlemelerde ancak şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği öngörülmüştür. Henüz şüphelinin belli olmadığı hallerde, CMK 135. madde anlamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağı gibi, genel anlamda bir iletişim tespiti kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır. Nitekim, Yargıtay 4.Ceza Dairesinin 29.11.2006 tarih 2006/ 4669 Esas 2006/17007 Karar ve 28.03.2007 tarih 2007/1398 Esas 2007/2879 Karar sayılı kararlarında “...Hakim tarafından iletişimin tespiti tedbiri, şüpheli veya sanık tarafından kullanılan telefonlar hakkında uygulanabilir.” denilerek, 135. maddede sayılan tedbirlere hükmedilebilmesi için kişinin şüpheli veya sanık statüsünde bulunması gerektiğini ortaya koymuştur (Şen, 2010: 87-88).

Bir kişinin şüpheli sıfatını alması için, o kişi hakkında CMK 135. madde 6. fıkrada sayılan suçlardan (katalog suçlar) birisiyle ilgili bir suç isnadının yapılması ve bunun araştırılmasına yönelik bir soruşturma açılması gereklidir. İletişimin

¹ 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

denetlenmesi kararının ancak şüpheli sıfatını taşıyan kişiler hakkında verilebilecek olması, aynı zamanda bu kişilerle ilgili bir soruşturmanın açılmış olmasını da zorunlu kılmaktadır (Taşkın M, 2008: 84).

Yargıtay 4.Ceza Dairesi 06.11.2007 tarih ve 2007/8700 Esas 2007/8903 Karar sayılı kararında,

“(…) Yalnızca şüpheli veya sanıkların iletişimlerinin tespiti, kayda alınması, dinlenilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür. Bir başka anlatımla, şüpheli veya sanık sıfatı bulunmayan kişiler hakkında iletişimin tespiti kararı verilemez. Şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altındaki kişiyi; sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altındaki kişiyi ifade eder.”
diyerek, konuya açıklık getirmiştir.

6.2.1.Koşulları

1.Suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı

Bu koşul ile kast edilen, somut, elle tutulur, olaylara dayanan belirtilerin mevcut bulunmasıdır. Kuvvetli şüphe terimi, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ancak yeterli veya kuvvetli şüphe derecesine ulaşma zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılmalıdır (Kunter ve diğ., 2006b: 724).

2. Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, ikincil ve son çare niteliğinde bir tedbirdir. Kanun koyucu, iletişimin denetlenmesinin kişinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır ve derin bir müdahale olması nedeniyle, suçu ve failini aydınlığa kavuşturmakla görevli ve yetkili makamların kolaya kaçacak şekilde her olayda iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmesini önlemek istemiştir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri, hem uygulanma sırası hem de bu yolla elde edilen bulguların kullanılması bakımından ikincil olma özelliğini taşır. Kanun

koyucu, başka şekilde delil elde etme imkanının kalmaması ve o ana kadar elde edilen bilgi ve bulgular ile de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesinin mümkün olup olmadığının somut olayda incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen kayıtlar tek başına mahkumiyete esas alınamazlar. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması yoluyla elde edilen bilgilere konu olan suçun işlendiğine dair mutlak şekilde, bu tedbirin uygulanmasından önce veya sonra elde edilen somut, inandırıcı ve destekleyici hukuka uygun delillerin varlığı aranmalıdır (Şen, 2010: 106).

3.Telefon konuşmalarının dinlenilmesi ve kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine konu fiilin CMK 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin kapsamına girmesi

İletişimin tespiti dışında kalan tedbirlerin uygulanabileceği suçlar, Ceza Muhakemesi Kanunu 135. madde 6. fıkrada katalog halinde sayılmıştır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), kasten öldürme (madde 81, 82, 83), işkence (madde 94, 95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), parada sahtecilik (madde 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), fuhuş (madde 227, fıkra 3), ihaleye fesat karıştırma (madde 235), rüşvet (madde 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 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

İşlenen suçla verilen zarar ne kadar ağır olursa olsun, yukarıda sayılan CMK 135. maddenin 6. fıkrası dışında suçlarda iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyecektir. Aksi halde, elde edilen telefon konuşmaları dinlemeleri ve kayıtları, hukuka aykırı sayılacak ve yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.06.2006 tarih ve 2006/4.MD-122 Esas 2006/162 sayılı kararında,

“(…) Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135.maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.”

sonucuna varmıştır.

Öte yandan, Yargıtay 5.Ceza Dairesi 03.10.2005 tarihli, 2005/14969 Esas ve 2005/20489 sayılı kararında,

“Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit” yukarıda belirtilen CMK’nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır.”

denilerek, iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için tedbir kararına konu olacak suçun CMK 135/6 maddesi kapsamında olmasının gerekmediği ortaya konulmuştur.

Mahkeme, Prada Bugallo/İspanya (18 Şubat 2003) davasında, uyuşturucu kaçakçılığı suçuyla ilgili yapılan bir soruşturma sırasında soruşturma yargıcının Ceza Usul Kanununun 579/3 fıkrasına göre başvuru tarafından işletilen uyuşturucu kaçakçılığı ağına dahil gerçek ve tüzel kişilerin telefonlarının dinlenmesine dair verdiği karar gereğince başvuru telefonlarının dinlenmesi ve başvuru uyuşturucu kaçakçılığı suçundan 20 yıl hapis cezası ile para cezasına mahkum olması, mahkumiyet kararının başvuru telefonlarının dinlenen telefon görüşme kayıtlarına dayandırılması, başvuru telefonlarının dinlenmesinin hukuka aykırılığı iddiasıyla yaptığı üst başvuruların reddedilmesi, Mahkeme’ye göre bu konuda iç hukukta özellikle Yüksek Mahkeme tarafından iyileştirmeler yapılmış olmasına rağmen telefon dinlemenin tedbirlerinin denetimiyle ilgili Ceza Usul Kanunundaki

koruyucuların Mahkeme'nin aradığı şartları karşılamaması, yani bu tür kararların verilebileceği suçların niteliğinin belirlenmemiş olması, telefon dinlemeye süre koyulmamış olması, dinlenen görüşmeler hakkında rapor hazırlama usulünün belirtilmemiş olması nedeniyle 8. maddenin ihlaline karar vermiştir (www.anadolu.edu.tr).

6.2.2.Yetki

Dinleme ve tespitte hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da, derhal hakim onayına sunulmak kaydıyla dinleme emri verebilir.

İletişimin adli amaçlı denetlenmesinde, bir başka ifadeyle iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması konularında yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibariyle yetkili olan sulh ceza hakimidir (CMK m.162). Kovuşturma aşamasında ise, kovuşturmada görevli ve yetkili mahkeme bu tedbirlere karar verebilir (CMK m.135/1).

6.2.3.Gizlilik

Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturmanın gizliliğini temel ilke olarak benimsemiş (CMK m.157) ve Türk Ceza Kanununda, soruşturmanın gizliliğinin ihlali suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.285). Ayrıca CMK 135. madde gereğince alınan kararların ve yapılan işlemlerin tedbir süresince gizli tutulması kuralı konulmuştur (CMK m.135/5). Bunun yanı sıra, kolluk tarafından savcılık makamına yapılacak talebin de gizli olması gerekmektedir.

Gizliliğin ihlali durumunda, TCK 285. madde (gizliliğin ihlali), TCK 132. madde (haberleşmenin gizliliğini ihlal) ve TCK 258 (göreve ilişkin sırrın

açıklanması) suçlarını düzenleyen maddeleri çerçevesinde cezai sorumluluk doğacaktır (Şen, 2010: 143).

6.2.4.İlgiliye Bildirim

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçlı denetlenmesine yönelik olarak kanuna uygun olarak verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hakim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK m.137/3). 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 (CMK m.137/4).

Böylece, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması nedeniyle özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilen bireylerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Bu sayede iletişiminin denetlendiğinden haberdar olan birey, özel hayatı ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğinden bahisle yasal yollara başvurabilme imkanı bulacaktır (Şen, 2010: 151).

6.2.5.Dolaylı Dinleme

İletişimin tespiti, dinlenilmesi kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı, sadece şüpheli veya sanık hakkında verilebilir. Ancak, şüpheli veya sanıkla görüşmeler yapan üçüncü kişilerin iletişimlerinin dolaylı olarak dinlenmesi ve kaydı söz konusu olabilir (Özbek,2006: 425).

CMK m.135/2 şüpheli ve sanığın üçüncü kişiler ile yaptığı görüşmelerin kayda alınabileceğini, dolayısıyla suça iştirak eden üçüncü kişi varsa, elde edilen kayda bu kişi aleyhine delil olarak kullanılabilirliğini öngörmektedir (Şen, 2010: 100).

Hakkında dinleme kararı bulunmayan kişinin, hakkında bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında dinleme kararı bulunan kişinin telefonunu kullanmak suretiyle bir üçüncü kişi ile yaptığı konuşma kayda alınmış ve bu konuşmada suç unsuruna rastlanmış ise, hukuka uygun delil olarak kabul edilemez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.06.2006 tarih ve 2006/4.MD-122 Esas 2006/162 sayılı kararında,

“Dosyada kanıt olarak kabul edilen telefon konuşma tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi konusunda (...) herhangi bir hüküm bulunmadığına göre, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.(...) Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Yasaya aykırılığı saptanan bu kanıt dışlandığında, dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca bir kanıt bulunmadığı görülmektedir.”

şeklinde karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 16.07.2009 gün 2009/1 (Değişik İşler) Esas ve 2009/1 Karar sayılı kararında, iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında, telefonu dinlenen bir kişinin telefonundan konuşma yapan bir diğer kişinin yaptığı görüşmenin, CMK 135 ve 138 maddelerine uygun nitelik taşımadığından bahisle, tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilemeyeceğine ve bu sebeple Anayasa Mahkemesi üyesi hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir (Şen, 2010: 101- 102).

Haberleşme özgürlüğü kapsamında iletişimin denetlenmesi, birey esas alınmak suretiyle yapılmalıdır. Sadece telefon numarasından hareketle iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz. Esas olan, yasal şartların varlığı halinde, haberleşme özgürlüğünün sahibi olan kişinin iletişiminin denetlenmesidir.

Haberleşme özgürlüğü kişiye aittir, dolayısıyla, telefon hattı esas alınmak suretiyle sınırlandırılması mümkün değildir.

AİHM Lambert/Fransa (24 Ağustos 1998) davasında, Fransa’da telefon dinlemeyi mümkün kılan yasayı da incelemiştir. Bu yasa, telefonu dinlenen kişi için yeterli teminatlar içermekle birlikte, söz konusu hatta konuşma yapan üçüncü taraflar için yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu davada, bir bireyin telefonu dinlenmektedir. Söz konusu telefon dinlendikten ve birkaç konuşma kaydedildikten sonra, telefon hattının sahibi olmayan ve hat sahibini aramış olan başvuru, çalıntı malların kötüye kullanımıyla itham edilmiştir. Bu kişi, daha sonra telefonun dinlenmesinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Bu kişinin temyiz başvuruları, üçüncü kişiye ait telefon hattının hangi şartlarda dinlendiğini eleştirecek bir konumda olmadığı dayanağından yola çıkarak reddedilmiştir. Yargıtay da bu kararı onamıştır. Mahkeme, başvuru hukukun üstünlüğünün gerektirdiği gibi ve söz konusu müdahaleyi demokratik toplumda zorunlu olacak kadar sınırlandırılmasını mümkün kılan etkin bir kontrolden faydalanamadığı düşüncesiyle, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Dutertre, 2007: 307):

“Mahkeme’ye göre, telefon görüşmeleri 8. madde kapsamında özel hayat ve haberleşme kavramlarının kapsamına girdiği için, itiraf edilen dinleme önlemi bu maddenin 1. fıkrasının tarafından başvurucuya sağladığı bir hakkın kullanımına bir kamu otoritesinin müdahalesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, bu telefon dinleme işinin bir üçüncü tarafa ait hatta yapılmış olmasının önemi çok azdır.

(...)Mahkeme, Komisyon gibi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 100. Maddesi ve devamının ve telekomünikasyon mesajlarının gizliliği ile ilgili 10 Temmuz 1991 tarihli ek kanunun, açık ve detaylı kuralları ve yetkili makamlara verilen karar hakkının kapsamını ve kullanım biçimini yeterince açık bir biçimde belirlediğini düşünmektedir.

(...)Ancak kabul etmek uygun olur ki, Yargıtay’ın yürüttüğü mantık, çok sayıda kişinin, yani kendisine ait bir hattan başka bir hat ile telefon görüşmesi yapan kişilerin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu, uygulamada koruma mekanizmasının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir.

Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunun korumasından etkin bir biçimde faydalanamayan başvuru da bu durumdadır. Bu nedenle Komisyon gibi Mahkeme de, başvuru hukukun üstünlüğünün gerektirdiği gibi ve söz konusu müdahaleyi demokratik toplumda zorunlu olacak kadar sınırlandırılmasını mümkün kılan “etkin bir kontrolden faydalanamadığını düşünmektedir.

Bunun sonucu olarak, AİHS’i 8. maddesi ihlal edilmiştir.” (Lambert/ Fransa 24 Ağustos 1998, p. 21, 28 ve 38-41).

Aynı konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007/5.MD-23 Esas 2007/167 Karar sayılı kararında benzer sonuca varmıştır:

“(...) İletişimin tespiti kararı,’e ait cep telefonu için alınmış olup, sanık Hakkında verilmiş herhangi bir iletişimin dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir.(...)Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C.Savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır (...).”

6.2.6.Müdafii ile İletişimin Denetlenmesi

CMK 136. madde özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği kapsamında müvekkil- avukat ilişkisini bu hükmün dışında bırakarak “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Müdafii ile şüpheli arasındaki iletişimin denetlenmesi yasağı getirilmesinin amacı, savunma görevinin layıkıyla yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır. Düzenleme meslek sırrı ve savunma hakkını koruma altına almayı hedeflemektedir (Öztürk ve Erdem, 2007: 608).

Müdafii, savunma dokunulmazlığı, şüpheli ve sanıkla denetim ve izleme olmaksızın görüşme ve yazışma hakkının bir sonucu olarak, şüpheli ve sanıkla olan iletişiminin denetlenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla sınırlanmış gibi görünmektedir. Ancak, maddede açık bir düzenleme olmamasına rağmen, mobil telefonlarla yapılan şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki iletişim, CMK 135/2 madde uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı nedeniyle denetlenemeyecek ve kayda alınamayacaktır (Şen, 2010: 157).

Müdafi ile şüpheli veya sanık arasında kurulan iletişimin “ savunma dokunulmazlığı” ilkesi uyarınca hiçbir denetime tabi olmaması gerekmektedir. Savunma dokunulmazlığı ilkesi ve maddenin getiriliş amacı gözönünde bulundurulduğunda, söz konusu maddenin müdafi ile şüpheli veya sanık arasındaki her türlü telekomünikasyon iletişimin kapsadığının kabulünü gerekli kılmaktadır (Şen, 2010: 158).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kopp/İsviçre (25 Mart 1998) davasında, avukatlık şirketi gibi işyerlerine gelen ve giden telefon haberleşmelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi anlamında “özel hayat” ve “haberleşme” kavramları içinde değerlendirilmesi gerektiğini, bu iletişimin denetlenmesinin doğrudan doğruya hakka müdahale olduğunu, elde edilen bilgilerin kullanım şeklinin veya hiç kullanılmadan imha edilmiş olmasının bunu ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır (Çoksezen, 2006: 11).

AIHM, Kopp/İsviçre (25 Mart 1998, p. 50) davasında ;

“Mahkeme’nin görüşüne göre, örneğin bir avukatlık bürosu gibi işyerlerinden dışarıya veya dışarıdan bu işyerlerine yapılan telefon aramalarındaki görüşmelerin, 8. madde 1. fıkradaki anlamda “özel hayat” ve “haberleşme” kavramlarının kapsamına girebileceği, içtihatla açık bir biçimde görülmektedir. Bu konuda itiraz yapılmamıştır. (...) Kayıtların daha sonra kullanılmasının, bu bulgu üzerinde hiçbir etkisi yoktur.”
açıklamasını yapmıştır.

Aynı kararda (Kopp/İsviçre, 25 Mart 1998) avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin AIHS’ nin 8. maddesinin koruması altında olduğunu, bu iletişimin dinlenmesinin kamusal makamın müdahalesi olarak nitelendirileceğini ve İsviçre iç hukukunda avukatla müvekkili arasındaki iletişime müdahalenin açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmemiş olduğunu, ulusal makamların takdir yetkisinin çerçevesinin ve sınırlarının yeterince belirgin olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir (Tezcan ve diğ., 2004b: 239).

Haberleşmenin, mektupların ve telekomünikasyonun gizliliğine sınır getirilmesini mümkün kılan bir kanunla ilgili olarak, Klass ve diğerleri/Almanya (18 Kasım 1978, p. 48) davasında, gözaltında bulunan kişi ile müdafî arasındaki haberleşmenin, savunma hakkı içinde olduğu ve haberleşmenin gizliliği kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir:

“...Günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık casusluk biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır; bunun sonucu olarak Devlet, bu tür tehditlere etkin olarak yanıt verebilmek için, kendi yetki alanı içinde çalışan yıkıcı unsurların gizli gözetimini yapabilmelidir. Mahkeme, istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmek durumundadır.”

Ancak gözaltında olan bir kişi ile yasal temsilcisi arasındaki haberleşmenin gizliliği, yine de bireylerin temel haklarından biridir ve savunmanın haklarını doğrudan etkiler. Bu nedenle, Mahkeme'nin yukarıda da belirttiği gibi, bu prensibin askıya alınmasına istisnai durumlarda izin verilebilir ve bu durum, istismara karşı uygun ve yeterli teminatlarla bir arada düşünülmelidir.”

6.3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme (İstihbari)

Amaçlı Denetlenmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimden, telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki bilgiler anlaşılmalıdır. Bu bağlamda telefon konuşmaları hiç kuşkusuz önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir (Dinç,2006: 422).

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesinde, adli amaçlı denetlemeden farklı olarak, henüz ortada bir suçun işlendiği iddiası bulunmamakta olup, işlenebilme veya sonuçları ağır olabilecek nitelikteki suçlara geçiş yapılabilme ihtimalinin bulunması söz konusudur (Şen, 2010: 66).

Tüm gelişmiş ülkelerde, anayasal düzeni ve kamu güvenliğini etkileme potansiyeline sahip bazı ağır suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla kolluk kuvvetlerine önleme ya da istihbari amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi yetkisi verildiği görülmektedir (Yenisey, 2000: 118).

Türk Hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, bir başka ifadeyle önleme amaçlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanun, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununa eklenen maddeler ve fıkralar ile yapılmıştır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanuna 16/06/1985 gün ve 3233 sayılı yasa ile eklenen ek 7. maddesine 3/7/2005 gün ve 5397 sayılı kanunun 1 maddesi ile eklenen ek fıkralarla haberleşme özgürlüğüne müdahale koşulları ve usulü belirlenmiştir. Buna göre Polise; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunmak, bu amaçla bilgi toplamak, değerlendirmek, yetkili makamlara veya kullanma alanına ulaştırmak, Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapmak amacıyla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi için hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit etme, dinleme, sinyal bilgileri değerlendirme, kayda alma, bir başka ifadeyle, önleme dinlemesine başvurabilme yetkisi tanınmıştır.¹

¹ PYSK Ek Madde 7 – (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.)

Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 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. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ay geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tesbit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. **(Değişik ikinci cümle: 4/5/2007-5651/12 md.)** Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muafır.⁽¹⁾

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu benzer nitelikte hüküm taşımaktadır. 3/7/2005 gün ve 5397 sayılı kanunun 2.maddesi ile 10/03/1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanununa eklenen ek 5. maddeye göre¹, Jandarma; emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmak amacıyla önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim 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.

¹ JTGYK Ek Madde 5 – (Ek: 3/7/2005 – 5397/2 md.)

Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin 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. Hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hakim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hakim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hakim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yapılır.

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Buna göre kolluk kuvvetleri tarafından iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi yetkisi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları; haksız ekonomik çıkar elde etmek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devlet güvenliği ve anayasal düzen aleyhine işlenebilecek suçlar bakımından başvurulabilecek bir tedbirdir.

Aynı şekilde 1/11/1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesi 03/07/2005 tarih ve 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile eklenen hükümlerle telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi, koşulları ve sınırları belirlemiştir. Bu yasa maddesinde, Milli İstihbarat Teşkilatı; “Bu Kanunun 4¹ üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde² 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, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir” hükmü yer almaktadır.

¹ “Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) 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 Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

² “ Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

6.3.1.Gizlilik

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi kapsamında, PVSK, JTGYK ve MİT Kanununda belirtilen hükümlere göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, adı geçen kanunlarda belirtilen amaçlar dışında, bir başka ifadeyle, soruşturma ve kovuşturmalarda delil olarak kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bilgilerdir. Bu bilgilerin saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine uyulması, bu bilgilerin korunması ve açıklanmaması Devletin sorumluluğu altındadır (Taşkın M, 2008: 219). Bireyin özel hayatı ve bu kapsamda yer alan haberleşme özgürlüğü, ne sebeple olursa olsun, sürekli takip imkanına tabi tutulabilecek kamuya açık alanlardan değildir. Bu anlayışın aksi yönündeki düzenleme ve uygulamalar 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ihlali sayılacaktır. Bu maddeye göre, “ temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” (Şen, 2010: 68).

Her ne kadar iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi sonucu elde edilen bilgi ve kayıtlar delil olarak kullanılamasa da, bireyin özel hayatına yönelik müdahale içerdiğinden son derece sınırlı uygulanmalı, özel hayat yönelik yasal müdahale şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hakim tarafından sıkı bir şekilde denetlenmeli ve bu tür müdahaleler hak ve özgürlüklerin özünü zedeleyecek biçimde uygulanmamalıdır (Şen, 2010: 79).

6.3.2.Yetki

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi adli amaçlı denetlemede olduğu gibi hakim kararıyla mümkün olabilmektedir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı, İstihbarat Daire Başkanı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı tarafından en geç 24 saat içinde yetkili hakim onayına sunulmak koşuluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmektedir.

Yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Tüm bu konularda yetkili ve görevli hakim Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir. Bu kesin kural, telekomünikasyonun önleme amaçlı denetlenmesini düzenleyen 2559 sayılı PVSK, 2803 sayılı JTGYK ve 2937 sayılı MİT Kanununda açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Hiçbir şekilde keyfi, herkesi kapsayacak şekilde, şüpheli bir durum ve olay olmaksızın iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi mümkün değildir. Ancak, iletişimlerinin denetlenmesini gerekli kılabilecek makul şüphelerin oluştuğu, ciddi bilgi ve emarelerin elde edildiği, suç işleyeceklerine dair tereddütlerin oluştuğu ve güçlendiği kişilerin yaptığı iletişim denetlenebilir. Aksi halde, hem Anayasanın koruması altındaki kişi hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmuş olacağı gibi, yapılan bu tür işlem ve faaliyetler hukuka aykırı sayılacaktır (Şen, 2010: 72).

Bu nedenle, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve ülkenin bütününe kapsayacak önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararı, yer itibariyle yetkili olmayan hakim tarafından bu tedbire

başvurulduğu gerekçesiyle, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 04.06.2008 tarih,2008/874 Esas ve 2008/7160 Karar sayılı kararı ile bozulup ortadan kaldırılmıştır. Karara göre özetle;

“Haberleşme özgürlüğü ve önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi hakkındaki yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte dikkate alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, konu ile ilgili yasal düzenlemelerin ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250. madde 1.fıkra hükmüne göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenmesine karar veremeyeceği, yasa koyucunun da amacının bu olduğu açıktır.”

Bu nedenle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir (Şen, 2010: 69).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli ya da önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin işlemler ile yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür.

Kanunlarda belirtilen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

6.3.3.Dinleyerek İzleme

Dinleme ile ilgili sorunlara, telefon dinleme olaylarında oldukça sık rastlanmaktadır. AİHM kararlarına göre, telefon dinlemeye olanak tanıyan bir kanunun varlığı bile, bu olanağı kullanan kişilerin denetimi ile ilgili bir hüküm içermediğinde 8. maddenin ihlali anlamına gelebilir. AİHM, Halford/Birleşik Krallık davasında, (25 Haziran 1997, p.56) Klass/Almanya davasında getirilen çözümlü

hatırlatarak, böyle bir kanunun varlığının bile bir kamu otoritesinin müdahalesi anlamına gelebileceğini belirtmiştir (Dutertre, 2007: 304):

“Mahkeme, Klass ve Diğerleri davasında, başvurucuların haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak izlenmesini mümkün kılan ve başvurucuların kendilerine karşı bu tür uygulamaların yapılıp yapılmadığını bilmesine olanak tanımayan mevzuatın, başvurucuların 8. madde kapsamındaki haklarına müdahale anlamına gelip gelmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, “söz konusu kanunun sadece varlığı bile, bu kanunun uygulanabileceği kişiler için posta ve iletişim hizmetleri kullanıcıları arasında haberleşme özgürlüğüne kaçınılmaz olarak zarar verecek bir izlenme tehdidi içerdiği ve böylelikle başvurucuların aile ve özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi haklarına karşı ‘ kamu otoritesinin bir müdahalesi’ anlamına geldiğine hükmetmişti .”

Halford/Birleşik Krallık davasında (25 Haziran 1997, p.48) ayrıca, başvurucunun iş telefonunun dinlendiği yönünde, sadece makul bir olasılık olmasının, müdahale sayılması için yeterli olduğu belirtilmiştir:

“Mahkeme, bu görüşe katılmaktadır. Bayan Halford’un bürosunda yaptığı telefon görüşmelerinin, polis aleyhine açılan cinsiyete dayalı ayrımcılık davasında savunmada yardımcı olması için Merseyside polisi tarafından dinlendiği yönünde makul bir olasılık olduğu yönünde 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.”

P.G. ve J.H./Birleşik Krallık davasında (25 Eylül 2001, p.62) , halka açık ve özel telefon sistemlerinde yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve özel mekanlarda gizli gözetim cihazlarının kullanılması konusunda açık bir yasal dayanak olmamasının, yasallık şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır:

“Mahkeme, Hükümetin bu önlemin yasal dayanağı olarak polisin delil toplama ve saklama konusundaki genel gücünü ileri sürdüğünü hatırlatır. Polis memurlarının, bir soruşturma sırasında atılan adımlarla ilgili delilleri kayda etmesi, delil toplaması ve saklaması konusunda zımnî yetkilerine başvurmak kabul edilebilir olmakla beraber, özel mülkiyeti aramak veya vücuttan numune almak gibi daha müdahaleci yöntemler için kanunlara dayalı özel veya başka yasal izinler alınması gerektiği bilinir. Mahkeme, halka açık ve özel telefon sistemlerinde yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve özel mekanlarda gizli gözetim cihazlarının kullanılması konusunda açık bir yasal dayanak olmamasının, yasallık şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu durum ile kayıt cihazının, söz konusu bireyin bilgisi veya rızası olmadan, polise ait mekanlarda kullanılması arasında bir maddi fark bulunmamaktadır. Ulusal kanunların, gizli gözetim tekniklerinin kullanılmasında keyfiyet ve istismara karşı koruma sağlaması gerektiği prensibi, bu durumda da aynen geçerlidir. “

6.4. Teknik Araçlarla İzleme

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren, bireyin konutu ve işyeri ile buradaki faaliyetleri ve özgürlüğü, o hak ve özgürlüğe sahip olan bireyin bu alanda serbestçe davranma, takip edilmeksizin ve izlenmeksizin hareket edebilme özgürlüğüne, bu alanların dokunulmazlığına, gizliliğinin korunması hakkına sahip olmasını da gerekli kılar. Bu alanlarda görüşme ve konuşmalar ile telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Haberleşme özgürlüğü, bir koruma tedbiri olarak CMK 135. madde ve korunan hukuki yarar olarak TCK 132. maddesinde düzenlenmiş, bunun dışında kalan bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı kapsamında kalan diğer görüşme, konuşma, toplantı ve davranışları da CMK 140 ile TCK 133 ve 134 maddelerinde güvence altına alınmıştır (Şen, 2010: 84).

Ceza Muhakemesi Kanununun “ teknik araçlarla izleme” başlıklı 140. maddesine göre, bu maddede gösterilen suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka şekilde delil elde edilememesi hallerinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses ve görüntüleri kayıt altına alınabilir. Aynı maddeye göre, bu tedbirin bireyin konutunda uygulanması yasaklanmıştır. Bu maddede gösterilen şartlara uyulmaksızın yapılan izleme, tespit ve kayıt altına alma faaliyetleri ile bireyin konutuna yönelik gerçekleştirilecek teknik araçlarla izleme faaliyetleri ve sonuçları hukuka aykırı sayılacaktır. Kişiler arasında yapılan ve aleni olmayan konuşmalar ile aleni olmayan söyleşiler, bireyin korunması ve başkaları tarafından müdahale edilmemesi gereken özel veya meslek hayatı içinde kalacaktır. Bu alanlarda yapılan özel konuşma ve söyleşiler ile toplantıların, orada bulunmak hakkı olsun veya olmasın bir başkası tarafından izinsiz veya hukuka aykırı olarak dinlenmesi, kayda alınması ve üçüncü kişilerin bilgi ve kullanımına sunulması filleri Türk Ceza Kanununun 133. maddesinde suç sayılmıştır¹ (Şen, 2010: 83 ve 85).

¹ Türk Ceza Kanunu 133. maddesi “Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”

İşyerlerinin içine ve dış kısımlarına, cadde ve sokaklarda güvenliğin sağlanması ve korunması amacıyla konulan kamera sistemleri aracılığıyla yapılan görüntü kayıtları, özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak kabul edilmemelidir. Ülkemizde, birçok ilde “ Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu”, kısa adı ile “MOBESE”, yani kent bilgi ve güvenlik sistemleri devreye sokulmuştur. İdari kolluk tarafından MOBESE, önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde huzur ve güven ortamını korumak, sağlamak, kamu düzenini bozmaya yönelik faaliyetlerin önüne geçmek, daha tehlike aşamasında olup ta, zarar verme ihtimali bulunan fiillerin icrasını durdurmak, bu sistemin kullanıldığı alanlarda hukuk kurallarını ihlal eden ve kamu düzenini bozmaya yönelik davranışlara yönelenleri veya icra edenleri tespit edip, delilleri ile birlikte yakalamak ve/veya bu kişi ve hukuka aykırı eylemler hakkında gerekli yasal işlemlerin yapılmasını sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Bu tür kamera ve sistemlerinin amacı, bireylerin özel hayat faaliyetlerine ilişkin görüntüleri izlemek ve/veya kaydetmek değil, işyerlerinde ve toplumun ortak kullandığı alanlarda güvenliğin sağlanması ve korunmasına yardımcı olmak, ayrıca hukuka aykırılıkların tespiti ve failleri ile delillerinin elde edilmesini sağlamaktır. Bu tür kamera sistemleri sadece suç delili tespiti elde etmek amacıyla konulamaz. Böyle bir faaliyetin söz konusu olması halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesine uyulması gereklidir (Şen, 2010: 85).

Mahkeme’ye göre, sokağa çıktığı zaman bir kimsenin başkaları tarafından görülmesi kaçınılmazdır. Kişinin sokakta yürürken bir başka kişi tarafından görülmesi ile teknolojik araçlarla gözlenmesi veya kayıt yapmadan resminin çekilmesi arasında bir fark yoktur (P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, p. 57). Bununla beraber, kamuya açık bir alanın sistematik ve devamlı olarak kayıt edilmesi halinde veya sorgulanan şüphelilerin seslerinin detaylı analizi için kayıt edilmesi hallerinde

(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolünür.

korunması gereken bir özel hayatın varlığından söz edilir (P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, p.59-60; Peck/Birleşik Krallık p.53-62; Rotaru/Romanya, p.43-44, Amann/İsviçre p.65-67).

AİHM, P.G. ve J.H./Birleşik Krallık davasında (25 Eylül 2001, p. 56-60), kendi içtihadının bir özetini vermiştir. Bu dava, yakalanan kişilerin hem nezarethanedeki, hem de polis tarafından haklarındaki suçlamalar okunurken seslerinin kaydedilmesi ile ilgilidir. Söz konusu kişilere haber verilmeden yapılan bu kayıtlar, apartman dairelerinde yapılmış olan başka kayıtlarla karşılaştırılmak amacıyla hazırlanmıştır. AİHM, başvuru sahiplerinin seslerinin polis hücrelerinde bilgileri dışında kaydedilmesinin 8. maddeyi ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (Dutertre, 2007: 290):

“Özel hayat, kapsamlı bir tanım yapılamayacak kadar genel bir terimdir. Mahkeme, cinsiyet belirleme, isim ve cinsel tercih ve cinsel hayatın, 8. Madde'nin korumasına giren özel alanın önemli unsurları olduğunu daha önce belirtmiştir. 8. madde ayrıca kimlik ve kişisel gelişim hakkını ve başka insanlarla ve dış dünyayla ilişkiler kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da korumaktadır. Mesleki veya işle ilgili faaliyetleri de içerebilir. Bu nedenle, bir bireyin başkalarıyla girdiği etkileşimlerin bir kısmı, kamusal bir bağlamda yapılsa bile, özel hayat kapsamına girebilir.

Bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dahil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da, önemli olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekanın izlenmesi de (örneğin kapalı devre televizyon ile güvenlik görevlilerinin izlemesi) benzer özelliktedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca, özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle güvenlik görevlileri tarafından belirli bir birey hakkında toplanan dosyalar, söz konusu bilgi müdahaleci veya gizli bir yöntemle toplanmamış olsa bile, 8. madde kapsamına girer.

Fotoğraflar söz konusu olduğunda, 8. maddenin sunduğu korumanın içeriğini yetkili makamların keyfi müdahalesine karşı korumak amacıyla Komisyon, ister özel, ister kamusal olaylarla ilgili olsun ve ister sınırlı kullanım amaçlı, ister kamuya açık olsun, fotoğraf çekmenin bir bireyin özel hayatına müdahale olup olmadığını değerlendirmiştir. Komisyon, başvuru sahibinin fotoğraflarının kamuya açık bir yerde yapılan genel bir gösteride çekildiği ve polis dosyalarında saklandığı bir davada, söz konusu fotoğrafın yapılan gösterinin bir kaydı olarak çekildiğine ve saklandığına ve fotoğrafta görülen kişilerin kimliklerini belirlemek için veri işleme yöntemleri kullanılarak herhangi bir şey yapılmadığına ağırlık vererek müdahale olmadığını karar vermiştir.

Mahkeme, telefon konuşmalarının gizli olarak kaydedilmesinin 8. maddede güvence altına alınmış olan özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakları kapsamına girdiğine birden fazla davada karar vermiştir. Genellikle söz konusu kayıtlar, konuşmalarının içeriğinin bir şekilde kullanılması amacıyla yapılırken, Mahkeme ses örneği olarak kullanılmak amacıyla yapılan kayıtların 8. madde kapsamındaki sunulan korumanın dışında kaldığı konusunda ikna

olmamıştır. Çünkü söz konusu kişinin sesinin kalıcı bir kaydı alınmıştır ve bu ses, şahsi veriler açısından ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesi amacıyla analiz edilebilir. Başvurucular, kendilerine suç isnat edildiği sırada, polis memurlarının onları dinlediği bir yerde kendilerine sorulan resmi sorulara yanıt veriyor olmasına rağmen, seslerinin kaydı ve analizi, yine de başvurucular hakkında şahsi veriler olarak değerlendirilmelidir.

Mahkeme, başvurucuların seslerinin suç isnat edilirken ve polis hücresindeyken kaydedilmesinin, AİHS 8. madde 1. fıkrası kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna varmıştır.”

Söz konusu kararda ayrıca özel hayat tüm unsurlarıyla ele alınmıştır. Cinsiyet belirleme, isim, cinsel tercih, kimlik ve kişisel gelişim hakkı, dış dünyayla ilişkiler kurma, mesleki faaliyetler özel hayat kavramı içinde tanımlanmıştır. Bireyin kamuya açık alanda olması kişiyi kaçınılmaz olarak görünür kılmaktadır. Bu nedenle teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekanın izlenmesi (MOBESE) özel hayata müdahale değildir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca, özel hayata müdahale sayılabilmektedir. Telefon konuşmalarının gizli olarak kaydedilmesi özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne müdahaledir. Ses örneği almak amacıyla telefon konuşmalarının kaydedilmesi ise, kişisel veri niteliğinde olup, haberleşme özgürlüğüne ve aynı zamanda özel hayata müdahale olarak değerlendirilmektedir.

DÖRDÜNCÜ KESİM

GENEL DEĞERLENDİRME

7.BULGULAR, ÖNERİLER VE SONUÇ

Temel hak ve özgürlükler çerçevesinde ele alınan özel hayat ve özel hayat kapsamında haberleşmenin gizliliği, yasal sınırları ve kapsamı bakımından yukarıda açıklanmaya çalışıldı.

7.1. Bulgular

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel hayat ve haberleşmeye etkin bir koruma getirmiş bulunmaktadır. Yukarıda yer verilen mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, AIHM bu konuda karar verirken, içtihat haline gelen kendi genel ilkelerine uygun hareket etmekte ve değerlendirmelerini somut olaya göre yapmaktadır. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, her somut olay diğerlerinden farklı özellikler taşır ve mevcut duruma göre karar verilmesi en doğrusudur.

Türk Hukuku açısından bakıldığında, Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen ve koruma altına alan 20.maddesi ve haberleşme özgürlüğünü koruma altına alan 22.maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda getirilen yasal düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi ve Sözleşme'de yer alan temel ilkelere uygun olarak, özel hayatı ve bu kapsamda haberleşmenin gizliliğini korumaya yönelik etkin koruma tedbirleri içermektedir. Bununla beraber hala birtakım yasal boşluklar bulunmaktadır. Bu boşluklar giderildiği takdirde, daha etkin bir koruma sağlanmış olacaktır. Hiç kuşkusuz, asıl önemli olan, yasaların fiilen

uygulanması, bir başka deyişle, yasal düzenlemelerin somut olaylarda özel hayatı ve haberleşmenin gizliliğini korumasına olanak tanınmasıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre, iletişimin denetlenmesinin şüpheli ve sanıkla sınırlı tutulması, sadece katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabilmesi, süre sınırlamasının getirilmiş olması, son çare ilkesinin geçerli olması, ancak hakim tarafından karar verilebilmesi, elde edilen verilerin korunması konusunda gereken önlemlerin alınmış olması, bu bilgilerin kullanılmasıyla ilgili bazı sınırlamaların getirilmiş olması, iletişimi denetlenen ilgili kişiye geri bildirim yapılması, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle müdafiler bakımından iletişimin denetlenmesi yasağının düzenlenmiş olması, iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin tek merkezden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı aracılığıyla gerçekleştirilmesi gibi hususlar mevzuat bazında standartlara uygundur. Somut olaylarda, verilen kararlar ve bu kararların uygulanması sırasında bazı ihlal nitelikli işlemlerin yapılması mümkün olabilmektedir. Ancak, uygulama hatalarını denetleyen ve keyfi uygulamaları cezalandıran bir sistem öngörülmüş bulunmaktadır (Taşkın M, 2008: 291).

Kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını sınırlandıran yasal düzenlemelerin sınırları, kanun koyucu tarafından çok net bir şekilde çizilmelidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu bu açıdan ele alındığında yeterli güvencelere sahiptir ve ilgili tedbire ilişkin koşullar ve sınırlar belirlenmiştir. CMK 135 ve devamı maddelerinde, söz konusu tedbire başvurulması için gerekli koşulların bulunup bulunmadığının tespiti ve denetimi hakim güvencesine bağlanmış, söz konusu tedbirin uygulanacağı suçlar, sınırlı olarak sayılmıştır (Şen, 2010: 263).

İletişimin tespiti, yani kimin kiminle, hangi tarihte, ne kadar süreyle, kaç defa ve nerede görüştüğüne dair bilgilerin elde edilmesinin, tüm suçlar bakımından serbest bırakılması ve belirli suçların “katalog” halinde gösterilmemesi isabetli değildir. Kanun koyucu, iletişimin tespitinde hakim kararının veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranacağını belirtmekle beraber, iletişimin tespiti bakımından suç sınırlaması yapmayarak,

bireyin haberleşme özgürlüğünü geniş ve sürekli uygulanabilecek bir sınırlama ve müdahaleyle karşı karşıya bırakmıştır (Şen, 2010: 109).

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında iletişimin tespitinin de, haberleşme özgürlüğüne müdahale olarak kabul edildiği dikkate alındığında, iletişimin tespiti bakımından haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırlarının geniş tutulması pek uyumlu görünmemektedir.

Özel hayat kapsamında kişisel verilerle ilgili olarak şüpheli veya sanığın veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, kadının muayenesi, moleküler genetik incelemeler ile ilgili düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve hukuka uygun biçimde elde edilen verileri yok etmeme fiilleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ve devamı maddelerinde cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması ise, yerinde bir yaklaşımla şikayete bağlı değildir.

Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması henüz boşluklar bulunan ve düzenlemelerin tam şekillenmediği bir alandır. Bu konudaki “Kişisel Verilerin Korunması Yasa Tasarısı” önemli düzenlemeler içermektedir. Konu ile ilgili uluslar arası sözleşme olan “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” diğer Avrupa Konseyi üyesi ülkelerle birlikte 28.01.1981 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır. Ancak, Sözleşmenin onaylanabilmesi için imzalayan devletin, Sözleşmede öngörülen ilkeler çerçevesine bir uygulama kanununu kabul etmesi gerekmektedir. Kanunun yasalaşmasının gereği, kişisel verilerin yaşamımızın her alanında yaptığımız işlemler nedeniyle bir yerlerde depolanmakta olduğu da gözetildiğinde daha da artmaktadır (Taşkın Ş, 2008 : 91).

Çoğu yerde kullanılan Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) sistemi kamuya açık alandaki düzenlemeleri sadece gözlemlemekle sınırlı kalmamakta, sokaktaki aktiviteler daha sonraki incelemeler için kayıt edilmekte ve

belirli bir süre saklanmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin anladığı anlamda özel hayata bir müdahale söz konusudur ve bu konuda bir yasal düzenlemeye gereksinim vardır. Bu yasal düzenlemenin yeterli derecede detaylı, anlaşılır ve net olması, ayrıca, kanunun bu kayıtların kötüye kullanılmaması için yeterli koruyucu düzenlemeler içermesi gereklidir (Eryılmaz, t.y: 19).

7.2.Öneriler

Haberleşme özgürlüğü sınırsız değildir. Kamu otoritesinin, suçun önlenmesi, işlenmiş olanların da failleriyle birlikte ortaya çıkarılması için kişisel veriler ve özel iletişimden yararlanma ihtiyacı inkar edilemez. Öyleyse, toplum yararı ve kamu düzeninin sağlanması ile kişinin haberleşme özgürlüğünde korunan hukuki yararları arasındaki yarar dengesi tam anlamıyla sağlanmalı, bu tür önemli hak ve özgürlüklere müdahalelerde sadece kamu otoritesinin güçlü kılınması değil, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması esası gözetilmeli, ancak haberleşme özgürlüğünün özünü zedeleyebilecek hukuk kuralları ile uygulamalardan kaçınılmalıdır. İletişimin denetlenmesi tedbiri ve uygulaması karşısında haberleşme özgürlüğü, hiçbir şekilde savunmasız ve gelişigüzel sınırlamalara maruz bırakılmamalıdır (Şen, 2010: 263).

Özel hayatın gizliliğine ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı şekilde yapılan müdahalelere ceza yaptırımları öngörülmüş ise de, cezalar yeterli değildir. Cezaların arttırılması caydırıcılık açısından yerinde olacaktır. Öte yandan failin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmadan haberleşme özgürlüğüne yönelik iddiaların soruşturma ve kovuşturmasının mağdurun şikayetine bağlı tutulması, koruma çemberini daraltmaktadır. Elinde bulundurduğu yetkiyi ve imkanları kullanarak hukuka aykırı şekilde haberleşme özgürlüğünü ihlal eden kamu görevlisinin re'sen (şikayete bağlı olmaksızın) soruşturulması daha uygun olacaktır.

Türk Hukukunda Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) ile ilgili yasal bir düzenleme yapılması gereklidir. Konu ile ilgili yapılacak yasal düzenleme, tutulan kayıtları belirli bir süre saklanmasını öngörmeli bu süreler sonunda kayıtların yok edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Kayıtlar ilin güvenliğinden sorumlu mülki amir olduğu için valilik tarafından saklanmalıdır. Kayıtların polis elinde olmaması kötüye kullanıldığı izlenimini de ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, izlenen caddelerde, herkesin göreceği bir yerde, kayıt yapıldığına dair bir okunaklı bir levha bulundurulması gereğine işaret edilmelidir. İzlenen caddeler, yapılan suç analizlerine göre, en çok suç işlenen yerler olarak belirlenmelidir. Polis tarafından kullanılan bina ve tesisler ile toplumsal olayların gerçekleştiği yerlerde de izleme ve kayıt yapılabileceği belirtilmelidir. İzleme sırasında yasalara aykırı bir fiil veya fail ile ilgili bilgiyi tespit eden görevlilerin, durumu niteliğine göre yetkili makamlara iletmesi gerekmektedir. Üçüncü şahısların ve özel güvenlik kuruluşlarının güvenlik amaçlı elde ettikleri ses ve görüntü sistemlerindeki kaydedilmiş verilere de, daha sonra iade edilmek üzere, suç soruşturması amacı ile, kural olarak sulh ceza hakimi, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısının emri ile kolluk tarafından el konulabilmelidir (Eryılmaz, t.y.: 19).

7.3.Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişi hak ve özgürlükleri bağlamında özel hayat kapsamında haberleşme özgürlüğüne getirmiş olduğu koruma yukarıda açıklandı. Bu haliyle haberleşme özgürlüğü AİHS ve AİHM kararlarında güvence altına alınmış bulunmaktadır.

Türk Hukukunda başta Anayasa olmak üzere ilgili tüm yasalarda getirilen düzenlemeler AİHM kararları ile karşılaştırılmak suretiyle incelendi. Türk Hukuku genel anlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi ve Sözleşme'de yer alan temel ilkelere uygun olarak, özel hayatı ve bu kapsamda haberleşmenin

gizliliğini korumaya yönelik etkin koruma tedbirleri içermektedir. Yukarıda sözü edilen birtakım yasal boşluklar giderildiği takdirde, daha etkin bir koruma sağlanmış olacaktır. Ancak, yasal düzenlemeler ile getirilen güvencelere rağmen, özellikle haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler artan sıklıkta gündeme geldiği görülmektedir. Yasalar, getirilme nedenleri de dikkate alınarak doğru şekilde yorumlanmadıkları takdirde, koruma işlevini yerine getiremezler. Uygulayıcıların son derece dikkatli davranmaları, uygulamada kişi hak ve özgürlükleri kapsamındaki haberleşme özgürlüğünü korumaya yönelik yorum getirmeleri gereklidir.

Öte yandan, toplumsal olarak bakıldığında, toplumumuzda özel hayat bilincinin varlığından söz etmek pek mümkün görünmemektedir. Toplumun büyük bir kesiminde insanlar, merak duygusuyla hep başkalarının hayatlarının içinde var olmak arzulayan bir tablo çizmektedir. Özellikle küçük yerleşim merkezlerinde insanlar birbirleriyle çok yakından ilgili olduklarından, özel hayat artık toplumsal hayata dönüşmüştür. Özel hayat olmayınca, özel hayatın gizliliğinden söz etmek de pek mümkün olmamaktadır. Bu tip müdahaleler teknik anlamda özel hayata müdahale olarak nitelendirilmemekle birlikte- özel hayata müdahale bir kamu otoritesinin müdahalesidir- özel hayat bilincinin olmadığını gösteren örneklerdir.

Mobese sistemlerin kullanılması, yukarıda ilgili bölümlerde açıklanan bazı şartlarda özel hayatın gizliliğinin ihlalidir. Ancak, vatandaşlar açısından bakıldığında konu, sadece suçluların yakalanması olarak düşünülmekte ve çoğu kimseden konuyla ilgili bir şikayet gelmemektedir.

Benzer şekilde, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi yolu ile haberleşmenin gizliliğinin ihlali olan telefon konuşmalarını dinlenmesi ile ilgili olarak, “ telefonda ne konuşuyorum ki, gizli değil, dinlesinler” gibi konuşmalar sıradan vatandaşın sıklıkla yaptığı konuşmalardır. Bu şekilde, özel hayat bilincinin oluşmadığı bir toplumda ise, özel hayatın ve özel hayat kapsamında haberleşmenin gizliliğine ilişkin ihlallerin sıklıkla yaşanması doğaldır. Unutulmamalıdır ki, mevcut yasalarda özel hayat kapsamında haberleşmenin gizliliğinin ihlali ile ilgili suçların takibi, mağdurun, yani suçtan zarar gördüğünü düşünen kişinin şikayetine bağlıdır.

KAYNAKLAR

- AKDENİZ, Yaman (2003), **Beyaz Kitap**, Türk Bilişim Vakfı
- AKTAN, Hamdi Yaver (2008), “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, sayfa 11-13, Ankara, Şen Matbaa
- BAYRAM, Levent (t.y.), “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki yeri”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt 6 (3-4)
- CENTEL, Nur, Hamide Zafer (2006), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 4.Bası, Beta Yayınları
- ÇOKSEZEN, Atakan (2006), **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi**, İstanbul
- DEMİRAĞ, Fahrettin (2007), **Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2.Baskı, Ankara, Şen Matbaa
- DİNÇ, Güney (2006), **Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Şen Matbaa
- DİNÇ, Güney (2008),“Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, sayfa 14- 54, Ankara, Şen Matbaa
- DUTERTRE, Gilles (2007), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Şen Matbaa
- ERDEM, Mustafa Ruhan (2000), “Organize Suçluluk”, **Hukuk Kurultayı 2000** Ankara, Cilt 2,
- ERYILMAZ, M.Bedri (2003), **Türk ve İngiliz Hukuku ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı,
- ERYILMAZ, M.Bedri, (t.y.), ”Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku”,(http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/AIHS_TurkHukuku_mEryilmaz.pdf?) (erişim tarihi: 19 Nisan 2008)
- GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, (2005), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında “Demokratik Toplum Ölçütü**, Prof.Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara

- GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, (2005), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi
- KAYA, Abdulkadir (2006), **Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje yayını
- KAYA, Abdulkadir (t.y.), “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme**”, Yargı Dünyası sayı 129
- KEKLİK, Ramazan (t.y.), “**Ceza yargılamasında İletişimin Denetlenmesi**”, Adalet Dergisi, Sayı 25, sayfa 226- 250
- KİLKELLY, Ursula (2005), **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitabı No:1**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 87, Ankara, Şen Matbaa
- KUNTER Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu (2006a), **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları
- KUNTER Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu (2006b), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınları
- ÖZBEK Veli Özer (2006), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- ÖZER Baki (2005) “**Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları**”, **Özel Güvenlik Temel Eğitim**, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları
- ÖZTÜRK Bahri, Mustafa Ruhan Erdem (2007), **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11.Baskı, Ankara
- ÖZTÜRK Bahri (2002), **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara
- SOYASLAN, Doğan (2006), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi
- ŞAHİN, Cumhur (2006), **Ceza Muhakemesi Şerhi**, Ankara
- ŞEN, Ersan (1996), **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, İstanbul, Kazancı Yayınları
- ŞEN, Ersan (2010), **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, 4.Baskı Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş.

- TAŞKIN, Şaban Cankat (2008), **Bilişim Suçları**, İstanbul, Beta basım A.Ş.
- TAŞKIN, Mustafa (2008), **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, (2004a), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayınevi
- TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, (2004b), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara.
- TEZCAN, Durmuş, (t.y.), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Temel İnsan Hakları**, (http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/AIHS_temel_insan_haklari_Tezcan.pdf?...) (erişim tarihi: 19 Nisan 2008)
- TÜRMEEN, Rıza (2008), "Prenses Caroline ile Zozo Toledo ve Özel Yaşam", **Milliyet**, (2008, 29 Eylül)
- ÜNVER, Yener, Hakan Hakeri (2006), **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Sorularla Hukuk Dizisi 5, Ankara
- YENİSEY, Feridun (2000), **Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar**, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 2, Ankara

İnternet Adresleri

- <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr> (erişim tarihi: 4 Kasım 2009)
- <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (erişim tarihi: 5 Mayıs 2010)
- <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0> (erişim tarihi: 21 Şubat 2010)
- <http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/AIHMpdf?> (erişim tarihi: 19 Haziran 2008)
- <http://www.basbakanlik.gov.tr/mevzuat/Kanunlar.aspx> (erişim tarihi: 5 Ocak 2010)
- <http://www.echr.coe.int>
- <http://www.yargitay.gov.tr>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Başvuru No. 9214/80, **Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık**, 28

Mayıs 1985

Başvuru No. 21893/03, **Akdivar ve diğerleri/Türkiye**, 16 Eylül 1996

Başvuru No.27798/95, **Amann/İsviçre**, 16 Şubat 2000

Başvuru No.13343/87, **B./Fransa**, 25 Mart 1992

Başvuru No.10730/84, **Berrehab/Hollanda**, 21 Haziran 1998

Başvuru No.21439/93, **Botta/İtalya**, 24 Şubat 1998

Başvuru No.20348/92, **Buckley/Birleşik Krallık**, 25 Eylül 1996

Başvuru No. 16213/90, **Burghartz/İsviçre**, 22 Şubat 1994

Başvuru No. 6959/75, **Bruggemann ve Scheuten/Almanya**, 16 Kasım 1994

Başvuru No. 15211/89, **Calogero Diana/İtalya**, 15 Kasım 1996

Başvuru No. 21353/93, **Camenzind/İsviçre**, 16 Aralık 1997

Başvuru No: 21482/93, **Campbell Christie/Birleşik Krallık**, 27 Haziran 1994

Başvuru No. 7819/77 ve 7878/77, **Campbell ve Fell/Birleşik Krallık**, 28 Haziran 1984

Başvuru No. 13590/88, **Campbell/Birleşik Krallık**, 25 Mart 1992

Başvuru No.10461/83, **Chappel/Birleşik Krallık**, 30 Mart 1989

Başvuru No. 13134/87, **Costello Roberts/Birleşik Krallık**, 25 Mart 1993

Başvuru No. 39920/98, **Di Giovine/İtalya**, 26 Temmuz 2001

Başvuru No. 7525/76, **Dudgeon/İngiltere**, 22 Ekim 1981

Başvuru No 25735/94, **Elsholz/Almanya**, 13 Temmuz 2000

Başvuru No.38321/97, **Erdem/Almanya**, 5 Temmuz 2001

Başvuru No. 33274/96, **Foxley/Birleşik Krallık**, 20 Haziran 2000

Başvuru No. 10454/83, **Gaskin/Birleşik Krallık**, 7 Temmuz 1989

Başvuru No. 9063/80, **Gillow/Birleşik Krallık**, 24 Kasım 1986

Başvuru No. 4451/70, **Golder/Birleşik Krallık**, 21 Şubat 1975

Başvuru No.22500/93, **Guillot/Fransa**, 24 Ekim 1996

Başvuru No: 20605/92, **Halford/Birleşik Krallık**, 25 Haziran 1997

Başvuru No. 5493/72, **Handyside/Birleşik Krallık**, 7 Aralık 1976

Başvuru No.10533/83, **Herczegfalvy/Avusturya**, 24 Eylül 1992

- Başvuru No. 11105/84, **Huvig/Fransa**, 24 Nisan 1990.
- Başvuru No. 9697/82, **Johnston/İrlanda**, 18 Aralık 1986
- Başvuru No.25702/94, **K. ve T./Finlandiya**, 12 Temmuz 2001
- Başvuru No.16969/90, **Keegan/İrlanda**, 26 Mayıs 1994
- Başvuru No. 15666/89, **Kerkhoven/Hollanda**, 18 Aralık 1996
- Başvuru No. 35394/97, **Khan/Birleşik Krallık**, 12 Mayıs 2000
- Başvuru No: 5029/71, **Klass ve diğerleri/Almanya**, 6 Eylül 1978
- Başvuru No. 23224/94, **Kopp/İsviçre**, 25 Mart 1998
- Başvuru No. 11801/85, **Kruslin/Fransa**, 24 Nisan 1990
- Başvuru No. 23618/94, **Lambert/Fransa**, 24 Ağustos 1998
- Başvuru No.21627/93, **Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık**, 19 Şubat 1997
- Başvuru No. 9248/81, **Leander/İsveç**, 26 Mart 1987
- Başvuru No. 9815/82, **Lingens/Avusturya**, 8 Temmuz 1986
- Başvuru No. 15318/89, **Loizidou/Türkiye**, 18 Aralık 1996
- Başvuru No. 12433/86, **Ludi/İsviçre**, 15 Haziran 1992
- Başvuru No. 20837/92, **M.S./İsveç**, 27 Ağustos 1997
- Başvuru No. 8691/79, **Malone/Birleşik Krallık**, 2 Ağustos 1984
- Başvuru No. 6833/74, **Marckx/Belçika**, 13 Haziran 1979
- Başvuru No.31534/96, **Matter/Slovakya**, 5 Temmuz 1999
- Başvuru No.24755/94, **McLeod/Birleşik Krallık**, 23 Eylül 1998
- Başvuru No. 23186/94, **Menteş ve diğerleri/Türkiye**, 28 Kasım 1997
- Başvuru No.25498/94, **Messina/İtalya**, 28 Eylül 2000
- Başvuru No. 24755/94, **McLeod/Birleşik Krallık**,23 Eylül 1998
- Başvuru No.14310/88, **Murray/Birleşik Krallık**, 28 Ekim 1994
- Başvuru No. 37119/97, **N.F./İtalya**, 2 Ağustos 2001
- Başvuru No. 27915/95, **Nidbala/Polonya**, 4 Temmuz 2000
- Başvuru No. 10581/83, **Norris/İrlanda**, 26 Ekim 1988
- Başvuru No. 11662/85, **Oberschlick / Avusturya**, 23 Mayıs 1991
- Başvuru No:13710/88, **Niemietz/Almanya**, 16 Aralık 1992
- Başvuru No.11662/85, **Oberschlick (No.1)/Avusturya**, 23 Mayıs 1991
- Başvuru No. 44787/98, **P.G. ve J.H./Birleşik Krallık**, 25 Eylül 2001
- Başvuru No. 37794/97, **Pannullo ve Forte/Fransa**, 30 Ekim 2001

- Başvuru No. 28524/95, **Peers/Yunanistan**, 19 Nisan 2001
- Başvuru No.44647/98, **Peck/Birleşik Krallık**, 28 Ocak 2003
- Başvuru No. 27273/95, **Petra/Romanya**, 23 Eylül 1998
- Başvuru No. 58496/00, **Prada Bugallo/İspanya**, 18 Şubat 2003.
- Başvuru No. 7654/76, **R.Van Osterwijk/Belçika**, 01 Mart 1979.
- Başvuru No. 9532/81, **Rees/Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986
- Başvuru No. 29462/95, **Rehbock/Slovenya**, 28 Kasım 2000
- Başvuru No. 31543/96, **Rinzivillo/İtalya**, 21 Aralık 2000
- Başvuru No. 28341/95, **Rotaru/Romanya**, 4 Mayıs 2000.
- Başvuru No. 23184/94, 23185/94, **Selçuk ve Asker/Türkiye**, 20 Nisan 1998
- Başvuru No. 31465/96, **Sen/Hollanda**, 21 Aralık 2001
- Başvuru no. 22885/93 ve 23390/94, **Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık**, 30 Temmuz 1998
- Başvuru No. 5947/72, **Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık**, 25 Mart 1983
- Başvuru No. 9532/81, **SP, DP ve T/Birleşik Krallık**, 1996
- Başvuru No.18131/91, **Stjerna/Finlandiya**, 25 Kasım 1994
- Başvuru No.22083/93, **Stubbings ve diğerleri/Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1996
- Başvuru No. 6538/74, **Sunday Times (No.1)/Birleşik Krallık**, 26 Nisan 1979
- Başvuru No. 10465/83, **Olsson/İsveç**, 24 Mart 1988
- Başvuru No. 28965/96, **Ünal Tekeli/Türkiye**, 16 Kasım 2004
- Başvuru No. 9072/82, **X/Birleşik Krallık**, 06 Ekim 1982
- Başvuru No. 8978/80, **X. ve Y./Hollanda**, 26 Mart 1985
- Başvuru No. 44558/98, **Valasinas/Litvanya**, 24 Temmuz 2001
- Başvuru No. 50320/00, **Von Hannover/Almanya**, 24 Haziran 2004
- Başvuru No.22009/93, **Z./Finlandiya**, 25 Şubat 1997

