



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

KAYBETTİĞİMİZ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŞKANLARI ANISINA

PANEL

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

AİLE YAŞAMI, KONUT,
HABERLEŞME VE KİŐSEL
VERİLERİN SAKLANMASI

ANKARA / 18 EKİM 2008

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

(AİLE YAŞAMI, KONUT, HABERLEŞME
VE KİŞİSEL VERİLERİN SAKLANMASI)

Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları
Anısına

PANEL

18 Ekim 2008

ANKARA



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 154

Özel Yaşamın Gizliliği Paneli

ISBN: 978-9944-234-66-5

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Ocak 2009, Ankara

Türkiye Barolar Birliği

Oğuzlar Mahallesi

Bariş Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: (312) 286 55 65

web: www.barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

(AİLE YAŞAMI, KONUT, HABERLEŞME
VE KİŞİSEL VERİLERİN SAKLANMASI)

Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları
Anısına

P A N E L

18 Ekim 2008
ANKARA

İÇİNDEKİLER

Av. Özdemir ÖZOK	
<i>Açılış Konuşması</i>	4
Güneş GÜRSELER	
<i>TBB Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri</i>	10
Hamdi Yaver AKTAN	
<i>Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam</i>	11
Güney DİNÇ	
<i>Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam</i>	14
Karkut KANADOĞLU	
<i>Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Özel Yaşam</i>	55
Fatih Selami MAHMUTOĞLU	
<i>Ceza ve Caza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam</i>	100
Tartışma	110

Türkiye Barolar Birliği
ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ
PANELİ

Birinci Gün
18 Ekim 2008

Açılış Konuşması

Av. Güneş GÜRSELER (Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri): Değerli misafirlerimiz, değerli konuşmacılarımız; hoş geldiniz. Türkiye Barolar Birliği adına hepinizi saygıyla selamlıyoruz.

GÜNEŞ
GÜRSELER'İN
KONUŞMASI

Biliyorsunuz, bu toplantı, geçen yıldan bu yana ikincisi yapılan bir toplantı. Kaybettiğimiz, ebediyete intikal eden Birlik başkanlarımızın anısını yaşatmak üzere ekim ayında her yıl bu toplantıları yapma düşüncesindeyiz. Faruk Erem üstadımızı, Kurucu Birlik Başkanımızı ve Teoman Evren üstadımızı ekim ayı içinde kaybetmiştik. Eralp Özgen hocamız daha sonra vefat etti, ama her üçünü de her yıl ekim ayında bu tür etkinliklerle anıyoruz. Bu toplantıların bundan sonra da sürdürülmesi kararı ve dileğindedir.

Bugünkü toplantımıza geçmeden önce, ben her üç değerli başkanımız, değerli büyüğümüzün anısına ve tüm ebediyete intikal eden hukukçular, şehitlerimiz, Büyük Atatürk'ün ruhuna hepinizi 1 dakika saygı duruşuna davet ediyorum.

(Saygı duruşu)

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

Av. Güneş GÜRSELER: Ruhları şâd olsun. Teşekkür ederim.

Bu yılki toplantımızın açılış konuşmasını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Özdemir Özok'u kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Başkanım.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Av. Özdemir ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Teşekkür ederim.

Saygıdeğer konuklar; öncelikle gecikmeden dolayı çok özür diliyorum. Saat yarımında Sevgili Teoman Evren ağabeyimizin mezarı başında bir anma töreni yaptık. Daha sonra Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarımızı Balgat'a bıraktık. Maltepe'den bu yana tam yarım saat-45 dakikadır yoldayız. Hiç sevmediğim, hiç hoşlanmadığım bir şeyle karşı karşıya kaldığım için hepinizden özür diliyorum. Öncelikle onu ifade etmek isterim.

Sayın konuklar, basınımızın seçkin temsilcileri; Türkiye Barolar Birliği'nin kaybettiğimiz önceki dönem başkanları Faruk Erem, Eralp Özgen ve Teoman Evren anısına düzenlediğimiz "Özel Yaşamın Gizliliği" konu başlıklı toplantıya hoş geldiniz. Sizleri saygılarımla selamlıyorum.

Başta Kurucu Başkanımız Faruk Erem olmak üzere, mesleğimiz adına kendilerine çok şey borçlu olduğumuz Eralp Özgen ve Teoman Evren başkanlarımıza bağlılıklarımızı ve şükranlarımızı sunarız. Yaşadığımız sürece kendilerini unutmayacağımızı, bizlere bıraktıkları erdemli ve ilkeli duruşlarını sürdüreceğimizi içtenlikle yinelemek isterim. Hele ülkemizin içinden geçtiği süreçte bu değerli 3 başkanımızı daha büyük bir özlem ve sevgiyle anıyor, bize yaşam kaynağı olan aziz hatıraları önünde saygıyla eğiliyoruz.

Sayın konuklar; ülkemiz, yıllardır bu topraklarda yeşermeye ve filizlenmeye başlayan insanca yaşama istemi, çağdaş, uygar ve aydınlık gelecek düşlerine; barış, huzur ve kardeş-

lik arzusuna; demokratik, laik, hukuk devleti hedefi ve tüm bunların güvencesi olan devrimlere bir türlü ısınamayan bir kesimin amansız direnci ve saldırısıyla karşı karşıyadır. Bunlar, akıl ve bilimi öteleyen, statükoyu korumaya çalışan, ortak moral değerleri alabildiğine istismar eden, her türlü popülist davranışı başarının ve siyasetin anahtarı olarak kabul eden, sadece kendileri için yaşayan ve toplumun her kesiminde bu nitelikleriyle önemli konumlara gelen etkin bir yapıyı ve anlayışı oluşturmaktadırlar.

Son dönemlerde Türk Silahlı Kuvvetleri'ni hedef alan bu yapının ve anlayışın etkin olduğu her kurum süratle yozlaşmakta ve çözülmektedir. Yaşanan tüm olumsuzlukların kaynağını basit ve önyargısız gözlemlerle hemen yanı başınızda görebileceğiniz bu sağlıksız ve hastalıklı yapı oluşturmaktadır. Türkiye, bu yapıdan ve bu yapının temsilcilerinden süratle kurtulmadığı sürece, bölücü terör belası başta olmak üzere, siyasal, sosyal, ekonomik ve toplumsal hiçbir sorununa akılcı, ciddi, kalıcı bir çözüm asla bulamaz. Bunca olumsuzluğa ve saldırıya karşın, barış, huzur ve kardeşliğe inanan, insanca yaşamayı amaç edinen, bu toprakların doğasından ve kültüründen kaynaklanan ırk, din, dil ve mezhep ayrılığını yok sayan büyük bir kesim de, inatla bu değerleri yaşamaya ve yaşatmaya çalışmaktadır. Ülkemizin yaşam sigortası olan bu kesim, barışın, huzurun, kardeşliğin ve geleceğimizin güvencesidir. Kendi işinde gücünde olma yanında, yurt ve ulus sevgisi yüksek olan bu sağlıklı kesimin hoşgörüsü, inancı, direnci ve kararlılığı olmasa, Türkiye çoktan kardeş kavgası başta olmak üzere çok büyük kaoslara ve maceralara sürüklenebilirdi. Çünkü, her kademedeki yönetim zaafı ve ehliyet-sizlik nedeniyle bireysel ve kurumsal büyük yanlışlar yapılmakta, rüşvet, yolsuzluk, usulsüzlük, suiistimal, vurgun ve soygun söylemleri toplumsal dokuyu ağır bir biçimde tahrip etmektedir. Böylesi bir yapıda dürüst, ilkeli, şaibeden uzak, öngörülü, idealist yöneticilere ve toplum liderlerine gereksinim olmasına karşın, bu konularla ilgili olarak yapılan anket çalışmalarının sonucu hiç de iyi bir noktada olmadığını göstermektedir.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Sevgili dostlar, değerli konuklar; güzel ülkemizin masum, mazlum ve idealist büyük çoğunluğu, yaşananları asla, ama asla hak etmemektedir.

Sayın konuklar; küçük bir azınlık tarafından kışkırtılan ve desteklenen etnik kökene dayalı terör eylemleri, yanlış tespit, teşhis ve müdahalelerle daha da azgınlaşmıştır. İç ve dış kimi kesimlerce beslenen, en hafifinden moral anlamında sempatiyle karşılanan bu kanlı eylemler ve eylemciler, sadece güvenlik tedbirleriyle ve askerın, polisin özverili mücadeleleriyle yok edilememektedir. Bunun böyle olduğu, 1984 yılında Eruh baskınından bu yana yaşanan acı deneyimler ve karşılaşılan kötü uygulama ve pratiklerle net bir biçimde anlaşılmıştır. Ancak, yetkililerin bir bölümü, bu acı gerçeği anlamıyor ya da anlamak istemiyorlar; olağanüstü hal yetkileri başta olmak üzere, daha etkili güvenlik tedbirleri alınmasını öneriyorlar. Ülke insanının yüreğini dağlayan ve peş peşe gerçekleştirilen terör olaylarında mevcut meri mevzuat mı yetersiz, yoksa istihbarat çalışmaları başta olmak üzere ciddi ihmal, eksiklikler ve geçmişten günümüze kalan duyarsızlıklar mı önemli?

Bu olaylardan sonra, sınır bölgesindeki filiz gibi gençlerimize mezar olan, kümesi andıran Aktütün Karakolu'yla İstanbul'un göbeğinde, İstinye'deki atom bombasıyla bile etkilenemeyecek kadar koruganlı ABD Konsolosluk Binasını karşılaştırma ihtiyacıru hissettim ve yaşamıru yitiren gençlerimiz adına, ülkem adına utanç duydum. Bizim gencimiz, bizim insanımız, acaba ABD yurttaşı kadar korunmaya değer değil mi? Acaba yönetsel tüm önlemler alınmış olsa, akan kan bu kadar fazla olabilir mi? Bu sorulara üzülerek ifade etmek isterim ki, hiçbir yetkili inandırıcı, kalıcı yanıt verememektedir.

Ülkemizin en sorunlu ve duyarlı bölgesi olan bu bölgede, geçmişten günümüze isyan, ayaklanma ve terör olayları eksik olmamıştır. Osmanlı döneminde de görülen bu hareketler, Cumhuriyet döneminde, 12-18 Eylül 1924 Nasturi ayaklanmasıyla başlamış ve zaman zaman tekrarlanarak 1937-1938 yıllarındaki Tunceli-Dersim tedip hareketine kadar sürmüştür.

Görüldüğü gibi, padişahlık dönemine ve tek parti döneminin sınırsız güç kullanma tekeline ve iktidarına karşı da bu olaylar yaşanmıştır. Bu tarihi deneyim, bize sadece güç kullanmanın ve teröristlerin yok edilmesinin sorunu çözmeye yetmediğini, bunların yanında konunun sosyolojik, toplumsal, insan hakları boyutları bulunduğunu ve eksiksiz demokrasi ve hukuk devleti boyutlarının çok önemli olduğunu, bunların mutlaka, ama mutlaka düşünülmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.

Bu nedenlerle, kurulduğu günden bu yana eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilke ve kavramlarını savunan bir hukuk kurumu olarak, yaşanan acı olayların önlenmesini pozitif, çağdaş hukuk kurallarının engellediğini kabul etmemiz mümkün değildir. Aksine, mevcut defolu demokrasinin eksiklerini giderecek ve eksiksiz demokrasinin yaşama geçmesini sağlayacak, biçimsel hukuk devletini aşan gerçek bir hukuk devletini yaşama geçiren, yasalarda sıralanan insan hakları ve özgürlüklerinin demokratik toplum olanaklarıyla taçlandırıldığı, çağdaş, uygar, aydınlık bir Türkiye'nin tüm sorunların üstesinden gelebileceğine yürekten inanmaktayız. Bu nedenlerle, 1980'lere dönüşü çağrıştıran girişimleri uygun ve ülkemizin demokratik toplum beklentileri yanında, aydınlık yarınları için yerinde bulmadığımızı ifade ederken, yapılan antidemokratik düzenlemelere her boyutunda karşı çıkacağımızı bir kez daha belirtmek isterim.

Şu gerçek kesinlikle akıllardan çıkarılmamalıdır: Eksiksiz demokrasiler ve demokratik toplumlar, demokrasiyi tüm kurum ve kurallarıyla benimsedikleri için, demokratik değerleri dışlayan teröre karşı da demokrasi ve insan hakları sınırları içinde mücadele etmek zorunda ve durumundadırlar. Oysa devletler, demokrasi ve insan haklarından uzaklaştıkça, antidemokratik uygulamalar içine girer ve bir anlamda terörist ve terörizmin istediği tuzağa düşer. Basına yansıdığı kadarıyla konut ve işyerlerinde aramanın yargıç iznine tabi olmaması, gözaltına alma, ifade alma gibi işlemlerin tümünden güvenlik güçlerine bırakılması, gözaltına alma süresinin daha da uzatılması; hepsinden önemlisi, yıllardır mücadele verdiğimiz ve sonunda elde ettiğimiz ve asla vazgeçemeyeceğimiz iddiayla

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

birlikte gözaltına alınan kişilerin sorgulaması sırasında avukat bulundurulmaması, yine aynı şekilde rahmetli Faruk Erem'in yıllardır savunduğu ve mücadelemizin bir parçası olan idam cezasının yeniden getirilmesine ilişkin düşünce ve girişimleri asla kabul etmemekteyiz.

Çağdaş, aydınlık ve uygar Türkiye'nin önemli güvencelerinden olan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yaşadığımız coğrafyadaki önemi ve konumu asla yadsınamaz, tartışmaya dahi açılmaz. Onun çağcıl değerlerle donanımlı sayın mensuplarının demokratik toplum, insan hakları ve hukuk devleti ilke ve kavramlarına olan inançlarının bizden daha eksik olmadığına asla kuşkumuz ve inancımız yoktur.

Sayın konuklar; ülkemizde son günlerde yine kanayan bir yara yeniden kanamaya başlamıştır. Hepinizin bildiği gibi, Metris Cezaevi'nde dövülerek komaya giren ve yaşamını yitiren Engin Ceber adlı vatandaşımızın karşı karşıya kaldığı insanlık dışı uygulama, ülkemizde bir süredir dillendirilmeyen ve sıfır toleransla yaklaşıldığı ileri sürülen işkence iddialarını yeniden gündeme getirmiştir. Devletin koruma ve gözetimi altında olan bir kişinin devlet görevlileri tarafından işkenceye tabi tutularak öldürülmesinin ayıbını bizlere yaşatanları lanetliyorum. Olayı aydınlatan sivil toplum girişimcilerini yürekten kutluyorum. Sayın Adalet Bakanı'nı farklı bir duruş sergilediği için takdir ediyorum. Ancak, tüm bunlara karşın, ülkemizde yeniden yaşam alanı bulan işkence olgusunun oluşmasında gösterilen ihmal ve basiretsizliği de şiddetle kınıyorum.

İster fiziksel, ister ruhsal olsun, göz korkutma, caydırma, intikam alma, cezalandırma veya bilgi toplama aracı olarak bilinçli şekilde insanlara ağır acı çektirmekte kullanılan her türden baskı ve eylemi içeren işkence, bir insanlık suçudur, tüm insanlar tarafından reddedilmelidir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddeleri, işkenceyi en ağır insan hakkı ihlali ve suçu olarak tespit etmiş ve ortaya koymuştur. Bu insanlık dışı suç, 3 ve 4. Cenevre Sözleşmesi ve Birleşmiş

Milletler'in İşkenceye Karşı Sözleşmesi yanında, uluslararası belgelerde de yaptırımlara bağlanmış ve şiddetle kınanmasına karar verilmiştir. Bütün bu hukuki ve yasal düzenlemelere karşın üzümlere ifade etmek isterim ki, her 3 ülkenin 2'sinde işkence yapıldığı resmi kayıtlarla ortaya konulmaktadır.

Ülkemiz bakımından Sayın Adalet Bakanı'nun açıkladığı gibi, 2006 ve 2007 yıllarında değerli konuklar, 10 bin 886 polis ve jandarma, 4 bin 666 kişiye çeşitli işkenceler uyguladıkları iddiasıyla suçlanmışlardır. Çok güzel; ancak, bu güvenlik güçlerinden kimler hakkında soruşturma başlatıldığı, kimler hakkında tutuklama kararı verildiği, kimler hakkında kamu davası açıldığı ve kimlerin bu kamu davası sonucunda mahkûm olduğu konusunda yeterli bilgi, saydamlık ve açıklık yoktur. Tüm bu olumsuzluklar karşısında, sorumlu kişiler hakkında gerekli işlemlerin hızla yapılarak hak ettikleri cezaları alması sağlanmalıdır. Ayrıca saygıdeğer konuklar, Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi ek seçmeli protokol de süratle imzalanarak yaşama geçirilmelidir ki, Türkiye'nin işkenceye karşı verdiği mücadele bütün uluslar tarafından kanıtlanınsın ve kabul edilsin.

Saygıdeğer konuklar; bugün panelimizin konusunu teşkil edecek, uzunca bir süredir ülkemizin gündemini işgal etmesi yanında, tüm toplumu huzursuz eden ve insanların özgür ve rahat bir biçimde görüşmelerini kısıtlayan telefon dinlenmesi ve iletişimin denetlenmesini amaç edinen özel yaşamın gizliliği konu başlıklı panelimize çok yetkin kişiler bilgi verecek ve açıklamalar yapacaktır. Aile yaşamı, konut, haberleşme ve kişisel verilerin korunması alt başlıklarının inceleneceği toplantımızın sonuçlarının kuşkusuz çok büyük yararlar ve katkılar getireceğine inanmaktayım. Hepinizin bildiği gibi, biz bu ve benzeri etkinliklerimizi kitap haline getiriyoruz ve hem burada bizi dinleyen, bu etkinliklerimize katılan değerli konuklara, hem de bizim etkinliğimize katılmayan ilgili kişilere bu kitaplarımızı gönderiyor ve bu güzel fikirlerden; görüşlerden yararlanmalarını sağlıyoruz.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Saygıdeğer konuklar; gerçekten bugün olağanüstü bir gün yaşıyoruz. Biraz önce mezarı başında duygularımızı dile getirdiğimiz Sevgili Teoman Evren Başkanımız ve bundan 3 gün önce yine kaybettiğimiz Sayın Kurucu Başkanımız Faruk Erem ve hakikaten insanlığı, dostluğu, kibarlığı, inceliği hiçbir zaman inkâr edilemeyen Eralp Özgen hocalarımızı ne kadar ansak, ne kadar söylesek, ne kadar anımsasak, asla ve asla onların bize açtıkları aydınlık gelecek için bir şey yapmış olduğumuzu söyleyemeyiz.

Demin Sevgili Teoman ağabeyin kabri başında da söyledim; bazı duygular var ki, bizim lügatimizdeki kelimeler o duyguları ifade etmeye yeterli değil, anlatamıyor. İçimizdeki tüzüntü, içimizdeki sıkıntı, içimizdeki duygular, o kelimelerin basit ve statik yüzüyle ifade edilemiyor. Her üçünün de anlatamayacağım kadar özlemini, anlatamayacağım kadar yokluğunu hissediyorum. Kuşkusuz Teoman Evren'in benim yanımda çok özel bir yeri vardı. Her yerde, her zaman ifade ediyorum: Bugün Özdemir Özok varsa, bunun gururla ifade ederim, Teoman Evren'in bunda büyük katkısı vardır, yattığı yer nur olsun. Her 3 hocama da saygılarımı, sevgilerimi sunuyorum, bağlılıklarımı sunuyorum ve aziz hatıraları önünde eğiliyorum. Geriye kalan ailelerine "of" demeden, mutlu, sağlıklı ömürler ve yaşam diliyorum. Sizlere de bu güzel, bu anlamlı, bizim için çok önemli olan günde bize kaktı verdiğiniz için en derin saygılarımı sunuyorum.

Çok teşekkür ediyorum, sağ olun efendim.

GÜNEŞ
GÜRSELER'İN
KONUŞMASI

Av. Güneş GÜRSELER: Sayın Başkanımıza çok teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklarımız; aramızda Anayasa Mahkemesi önceki Başkanı, değerli büyüğümüz Sayın Yekta Güngör Özden var, Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Kanadoğlu var, Yargıtayımızın şimdiki ve önceki değerli üyeleri var, Askeri Yargıtay'ın önceki başkanı var, baro başkanlarımız var, değerli bilim adamları var, basınımız var.

Hepinize tekrar hoş geldiniz diyoruz ve ben, değerli konuşmacıları davetiyedeki sıraya göre kürsüye davet etmek istiyorum izinleriyle: Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi Sayın Hamdi Yaver Aktan. İzmir Barosu üyelerinden değerli üstadımız Sayın Av. Güney Dinç. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ayrıca İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu. Buyurun.

Değerli panelistlerimize başarılar diliyoruz, kolay gelsin.

Sayın Başkanımızın da biraz önce belirttiği gibi, bu toplantı, daha öncekilerde de olduğu gibi banda alınıyor ve bütün tutanakları kitap halinde yayınlanacak.

Tekrar başarılar diliyor ve 3 değerli başkanımızı rahmetle ve saygıyla bir kez daha anıyoruz.

Hamdi Yaver AKTAN (Oturum Başkanı): Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı, Yargıtayımızın Onursal Sayın Cumhuriyet Başsavcısı, Askeri Yargıtayımızın Onursal Sayın Başkanı, değerli hukukçular, basınımızın seçkin temsilcileri; Barolar Birliğinin önceki başkanlarından Sayın Evren'in anısına ve ebediyete intikal eden diğer sayın başkanların -ki öğrencisi olmaktan mutluluk ve gurur duyduğum başkanların anısına düzenlenen "*Özel Yaşamın Gizliliği*" panelinde oturma başkanlığı yapmak onurunu verdikleri için Sayın Barolar Birliği Başkanı başta olmak üzere, Yönetim Kurulu'na ve tüm üyelerine buradan saygılarımı sunuyorum. Ebediyete göçmüş sayın başkanların anısı önünde saygıyla eğiliyorum.

Panelin yazımında "*Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam*" olarak konuşmacı olarak yazılmış olmama karşın, kısa bir sunuş konuşmasından sonra değerli konuşmacılara söz vereceğiz. Sonunda sorular yanıtlandıktan sonra -ki yazılı olarak soru almak durumundayız, konuşmacılar sunumlarını yaparlarken sorular yazılabilir, hem zamandan da kazanmış oluruz- bittikten sonra, çok kısa olarak şayet söylenmemiş ise,

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

Yargıtay'ın gerek hukuk, gerek ceza dairelerinin ve genel kurulların kararlarından söz edeceğim.

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 sürülebilene, anayasal güvence altındaki mutlak hak olarak tanımlanmaktadır. Diğer taraftan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddeleri bu hakkı koruma altına almakta, bir başka ifadeyle güvenceye bağlamaktadır.

Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığı altında 20-22. maddeleri arasında özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu haklar 13. maddeyle birlikte düşünüldüğünde, düzenleme maddelerinde öngörülen ölçütler, sınırlar içinde ancak yasayla sınırlanabileceklerdir.

Konu, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 133-140. maddeleri arasında doğrudan düzenleme alanı bulmuş ve bir bakıma 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan daha geniş bir kapsamda koruma alanına kavuşmuştur. Diğer taraftan, aynı yasanın 116. maddesindeki konut dokunulmazlığını ihlal, 120. maddesindeki haksız arama, 124. maddesindeki haberleşmenin engellenmesi, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçuyla 239. maddede dolaylı olarak düzenlenmiş. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, hukuka aykırı kanıtlar, duruşmaların aleniliğinin kaldırılması, tarıklıktan çekilme, küçükler için hükmün gizli oturumda açıklanması, vücudun muayenesi ve örnek alınması, arama ve el koymaya ilişkin hükümler ile susma hakkı gibi kurumlarla yargılama sistemi içerisinde koruma sağlanması amaçlanmıştır.

Hemen belirtilmelidir ki, evrensel hukuk ve normlarda bu alan giderek genişlemektedir. Kuşkusuz ki demokratik bir hukuk devletinde sınırlamalar, özgürlükler aleyhine de genişle-

tilemez. Yine üzülererek ifade edilmelidir ki, ülkemiz özgülünde anayasal ve yasal düzenlemelere, ki kişisel kanaatime göre eksikliklere karşın uygulamada -yine üzülererek ifade edeyim, yargı da buna dahil- birtakım sorunlar, özel yaşamı korunmasında, ihlaller yaşanmaktadır. Bu bağlamda, haberleşme özgürlüğünün ağır bir tehdit altında olduğu görülmektedir. Sınırlamalara ilişkin alanın giderek genişletildiği bu arada ve hemen ifade edilmelidir. Yapılmakta olan soruşturmalarda, soruşturma konusu ile ilgili olmayan hususların yargı makamları tarafından dahi -ki görev onlarındır- ayıklanmadığı, müdafii ile yapılan konuşmaların haber bültenlerinin ana haber saatlerine yetiştirilmeye çalışıldığı yine bir gerçektir.

Tüm bu konular, gerek uluslararası belgeler, gerek anayasal düzenlemeler ve spesifik olarak Ceza ve Usul Kanunu'ndaki düzenlemeler, panelimizin konusunu oluşturmaktadır.

Sırasıyla "*Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam*" konulu sunumu İzmir Barosu avukatlarından bu konuda çok yetkin bir hukukçu olduğunu bildiğimiz Av. Güney Dinç yapacaklardır. "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam*" konusu ise, İstanbul Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu ve "*Ceza ve Ceza Yargılama Hukukundaki Özel Yaşam*" konusuyla ilgili, düzenlemelerle ilgili ise yine İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu tarafından yapılacaktır.

Her bir konuşmacının yarım saatlik süresi vardır. İki konuşma arasından sonra bir 15 dakikalık ara verip panelimizi üçüncü konuşmacıyla sürdürüp, soru ve yanıtlar verildikten sonra bitirmiş olacağız.

Tekrar hepinize saygılarımı sunuyorum. İlk konuşmayı yapmak üzere sözü Sayın Dinç'e bırakıyorum.

Av. Güney DİNÇ (İzmir Barosu): Böylesine seçkin izleyenler arasında bulunmaktan, yine seçkin konuşmacılarla birlikte olmaktan büyük mutluluk duyuyorum.

Yitirdiğimiz üç başkanımızın da bende çok önemli yerleri vardır. Faruk Erem üstadımızdan Barolar Birliği nedir, ne işe yarar, neler yapar, bunu öğrenme olanağını buldum. Ayrıca onun çok yakın bir ilgisine de ulaşabildim; 1986 yılında insan hakları alanında bir özel yayınevi eliyle yayınlanan kitabımın önsözünü de Sayın Faruk Erem yazmıştı. Sayın Eralp Özgen'in Barolar Birliği'nin İzmir'deki bir açık alan toplantısında yaptığı konuşması nedeniyle, öğretim üyesi kimliğinin yanı sıra, etkili bir meydan hatibi olduğunu da yakından izlemiş oldum. Teoman Evren kardeşime gelince, onunla hukuk fakültesinde, askerlikte ve Barolar Birliği yönetiminde, arada bir takışsak da, çok güzel günler anıları paylaştık. Elbette onun da çok özel bir yeri oldu yaşamımda. Hepsini saygıyla, sevgiyle anıyorum.

Ben sunuşuma öncelikle şöyle bir başlangıç yapmak istiyorum:

İnsan hakları hukuku alanında uzunca bir süreden beri birbirini bütünleyen iki gelişmeden söz edilmektedir. “Özel yaşamın gizliliğinin korunması” ve “devletlerin saydamlaşması”. Kişiler için koruma perdeleri sıklaştırılırken, başta devletler olmak üzere tüm kamusal birimlerin işlem ve birikimleri günışığına çıkarılmaktadır. Bu süreç, çoğulcu demokrasilerin gereğidir. Ancak Türkiye’de gelişmeler değiştiğimiz yönde

olmamaktadır. Kamusal işlemler örtülüp karartılırken, insanlar saydamlaştırılmaktadır. Böyle bir yönelişin insan hakları hukukunun gereklerine aykırı düştüğünü öncelikle belirtmek durumundayız. Şimdi bu toplantıda özetlemeye çalıştığım görüşlerimi, aşağıda ayrıntılı bir biçimde sunmaktayım

ULUSLARARASI BELGELER BAĞLAMINDA ÖZEL YAŞAM'IN KORUNMASI

Uluslararası hukuk bağlamında özel yaşama yönelik en etkili koruma yöntemleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almış bulunmaktadır. Sunumumuzun temel dayanağını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini aşağıya aktarıyoruz:

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

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlemenin 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."

8. maddenin 1. bendinde hakkın kapsamı belirlenirken, 2. bentte hangi neden ve koşullarla sınırlamalara gidilebileceği açıklanıyor. Maddede, birbirleri ile bağlantılı dört hak korunmaktadır. Özel yaşam, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme güvenceleri... Hiç kuşkusuz bu hakların en önemlisi ve birinci basamağı, "özel yaşam" tanımı içinde yoğunlaşmaktadır. Özel yaşam güvenceleri, Sözleşme'nin tanımladığı diğer haklarla bağlantılı olduğu gibi, 8: maddede korunması öngörülen tüm haklarla da iç içedir. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, bireysel seçimleri, alışkanlıkları, ilgileri, başka kişilerle ilişkileri, belgeleri, yazıları, fotoğrafları, gönderdiği ve kendisine gelen her türlü iletler, sözel veya elektronik araçlar eliyle gerçekleşen konuşma ve haberleşmeleri gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerinin tümü, özel yaşa-

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

masını oluşturmaktadır. Sözünü ettiğimiz hakların bir anlamı olabilmesi için, öncelikle kişinin yaşama hakkına saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bazı koşullarda özel yaşamın gizliliği, ölümden sonra da devam edebilmektedir. Bu, ölen kişilerin yakınlarının özel yaşamlarının korunması açısından zorunludur.

Özel yaşam güvenliği, kişisel haklarla ilişkilendirilebilen ve birbirleriyle bağlantısız gibi görülebilen pek çok konuyu kapsamaktadır. 8. madde, Sözleşme'nin, geleceğe yönelik açılımlarına dayanak oluşturacak bir düzenlemedir. Özel yaşamın önemi arttıkça, toplumsal değişimler bireyler açısından yeni koruma koşullarının saptanmasını gerektirdikçe, AİHM, 8. maddeyi yorumlayan ilkesel kararlarıyla bu boşlukları doldurabilecektir.

Özel yaşamdan ne anlaşılır? Bireyin yaşantısı, genelde üç aşamadan oluşmaktadır. Ortak yaşam, özel yaşam ve gizli yaşam. Ortak yaşam, bireyin toplum içindeki yerini, görünen etkinliklerini, başkalarıyla olan genel ilişkilerini kapsar. Özel yaşam ise, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşmesi için, dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir ortamdır. Bir başka deyişle özel yaşam, bireylerin yalnız yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir. İnsanların bir de gizli yaşamları vardır ki, bu alan, bir iç sorgulama bölgesidir ve başkalarını hiçbir biçimde ilgilendirmemektedir. Kişinin "yalnız kalma hakkı" olarak da anılan gizli yaşamının her türlü el atmanın dışında tutulması gerekir.

Özel yaşam güvencesi, ortak yaşamdan başlayarak, kişinin gizli yaşamına, yani genelden özele doğru, yoğunlaşan bir korunma ağını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin daha 1970 yılında aldığı 23 Ocak günlü ve 428 sayılı ilke kararı ile özel yaşam güvencesinin kapsamı genişletilmiş, "...özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı, temelde, özel yaşamın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel yaşam 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 önlenmeyi amaçlar." denilmiştir. Bu kararda üzerinde durulanlar, genellikle ve derece derece gizli yaşamla ilgili güvencelerdir. Ancak, bireylerin dış dünyaya açıldıkları toplumsal yönleri de, özel yaşam güvencelerinin koruması altındadır.

8. maddede korunan haklar arasında çoğu zaman kalın çizgilerle kesin ayrımlara gidilememektedir. Bunun nedeni, birbirleri ile çok yakın benzerlikler içinde olmalarıdır. Kişiye dönük "...saygı gösterilme hakkı...", bu hakkın yükümlüsünü de belirlemektedir. Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi, 8. madde de, devletlere, olumsuz ve olumlu 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 tanımalıdır. Devletler, zorunluluk olmadığı sürece, özel yaşam alanlarıyla iletişime girmemelidir.

Kişilerin aile ve özel yaşamlarında özgür bırakılmaları yeterli değildir. Devletlerin olumlu görevleri, bireysel hakları korumak için gereken önlemleri almaktır. Nitekim Sözleşme'nin 9. 10. ve 11. maddelerinde tanımlanan özgürlüklerin sınırlandırılmasında olduğu gibi, "*başkalarının kişilik haklarının korunması*" ve "*haberleşmenin gizliliğinin sağlanması*" 8. maddenin 2. bendinde de, kısıtlama nedenleri olarak yer almıştır. Böylece birbirini dengeleyen bir hukuksal yapılanma öngörülmüştür.

AİHM, 8 madde kapsamındaki başvurularda, beş aşamalı bir inceleme uygulamaktadır. Öncelikle, başvurunun yakındığı olayların 8. maddeye girip girmediğine bakılmaktadır. İkinci aşamada, 8. madde ile korunan haklara yönelik bir müdahalenin varlığı araştırılmaktadır. Bu iki konuyu karutlama yükümlülüğü başvurucuya düşmektedir.

8. maddenin 2. bendinde sayılan nedenlerle oluşabilecek müdahalelerin yasal temellerinin bulunması gerekmektedir. Bu açıdan ulusal yasalar önem taşımaktadır. Ancak

Mahkeme'nin 'yasa' kavramını, alışlagelen dar anlamda değil, ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk kuralları olarak algılayıp bu kapsamda yorumladığını bir kez daha anımsatmakta yarar görüyoruz. Kamu yararı amacıyla da olsa, yasal dayanağı bulunmayan işlemler, Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme de, sonraki aşamalara geçmeksizin Sözleşme ihlallerini saptamaktadır.

İşlemin yasa ile öngörülmesi durumunda, 2. bentte yer alan kamu yararına yönelik amaçlarla uyumlu olup olmadığına bakılmaktadır. 2. bentte sayılan olasılıklarla bağlantısı kurulamayan müdahaleler de Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. Belirtilen dört aşamadan da geçen bir kamusal işlemin Sözleşme karşısındaki son denetimi, demokratik toplumların zorunlu kıldığı koşullara uygun olup olmadığıdır. İşlemin hangi toplumsal gereksinimi karşılamaya yönelik olduğu ve bu gereksinimin daha başka yollarla da giderilip giderilemeyeceği incelenen konular arasında yer almaktadır. Uygulanan yöntemler abartılıysa, hakkın özünü yok edecek boyutlarda zedelemişse, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verilebilmektedir.

Konumuz, özel yaşamın korunmasının temel güvenceleri arasında bulunan "*özel yaşamın gizliliğinin korunması*" olduğuna göre, bunları özellikle ülkemizde en fazla çiğnenen güvencelerden başlayarak sunmaya çalışacağız. Açıklamamızda, Mahkeme'nin özel yaşama saygı temelinde geliştirdiği kararlarından bazı örneklerle de değineceğiz.

1. Telefonların Dinlenmesi

Sözleşme, özel yaşam gizliliğine hiç bir koşulda el atılmayacağı gibi mutlak bir koruma getirmemektedir. Bu nedenler kişilerin telefon konuşmalarının 8. maddenin 2. bendindeki nedenlerle de olsa kamu denetimine alınması, aşılması güç, hatta olanaksız sorunlar yaratmıştır. Güçlükler, kişisel dokunulmazlıkların korunması ile kamu yararının gereklerinin dengelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin suç işleme-

sinin önlenmesi veya suç kanıtlarının elde edilmesi için kişinin telefon konuşmalarının dinlenmesi ne kadar sürecek ve kendisine ne zaman bilgi verilecektir? Kişinin izlendiğini öğrenmesi, doğal olarak izlemeyi yararsız duruma düşürecektir. Demek ki, bu koşullarda, kişiye itiraz olanağı bile tanınamayacaktır. Bu konular, üç avukat, bir yargıç ve bir savcının, 1968 yılında Almanya'da yürürlüğe konulan "Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliği'nin Sınırlanması Hakkındaki Yasa"nın Sözleşme'ye aykırı olduğu yolundaki başvuruları nedeniyle kapsamlı bir incelemeden geçirildi.

Başvurucular, devletin bir yasayla denetim önlemleri almasına itiraz etmiyorlardı. Ancak yasanın, yetkilileri, her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamış olmasına, bu tür önlemleri alma yetkisinin verilme biçimine ve uygulanışına karşı mahkeme önünde hak arama olanağının tanınamış olmasına itiraz ediyorlardı. Yakınmacılar, Komisyon'a başvuru yapmadan önce Federal Anayasa Mahkemesi'ne gitmişler, ancak, istemleri reddedilmişti.

AIHM, oldukça çapraşık süreçler öngören Alman yasası hakkında aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

"Mahkeme, bir devletin denetimine aldığı kişinin bilgisi dışında ve itirazı mümkün olmayacak bir biçimde gizli izleme yapması halinde, 8. maddenin büyük ölçüde anlamsız kalabileceğine işaret etmektedir. Bu durumdaki bir kimsenin 8. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalması, hatta bu maddede verilen haktan farkında olmadan hem ulusal düzeyde hem de Sözleşme kurumları önünde herhangi bir hukuki yolu kullanmaktan yoksun bırakılması mümkündür.

...

Mahkeme, bu davanın esası bakımından itiraz konusu yasanın, Federal Almanya'daki herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonunun potansiyel olarak izlenebileceği ve bir boşboğazlık yapılmadıkça veya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararında gösterilen koşullarda bildirimde bulunulmadıkça, kişilerin habersiz kalacağı bir izleme sistemi kurduğunu saptamıştır. Bu çerçevede itiraz konusu yasa

Federal Almanya’da posta ve telekomünikasyon kullanıcıları veya potansiyel kullanıcıları doğrudan etkilemektedir. Bundan başka, temsilcilerin haklı olarak işaret ettikleri gibi, bu izleme tehdidinin kendiliğinden, bütün kullanıcıların veya potansiyel kullanıcıların 8. maddede güvence altına alınan haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmak suretiyle, posta ve telekomünikasyon hizmetleri vasıtasıyla serbest haberleşmeyi sınırladığı ileri sürülebilir.

Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir. İkincisi, son yıllarda Avrupa’da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlere karşı etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme’nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve / veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.

Belirli bir izleme serisinin yöneldiği bir faaliyet veya tehlike, bu önlemlerin durdurulmasından sonra yıllarca hatta on yıllarca sürebilir. Durdurulmuş olan önlemden etkilenmiş olan her bireye sonradan bildirimde bulunmak, izlemeyi harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye sokabilecektir. Dahası, Federal Anayasa Mahkemesi’nin haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir bildirim, istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin muhtemelen belirlenmesine neden olabilecektir. Mahkeme’nin görüşüne göre, itiraz konusu yasadaki kaynaklanan “müdahale” kural olarak Sözleşme’nin 8(2). Fıkrasına göre haklı bulunduğu için bireyin izlenmesi sona erdikten sonra haberdar edilmemesi, bu hükme kendiliğinden aykırı olmaz; çünkü “müdahale”nin etkinliğini sağlayan şey, bireyin haberdar edilmemesidir.

Mahkeme, demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında uzlaşma zemininin Sözleşme sistemine içkin bulunduğu yolundaki Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Sözleşme'nin başlangıcında da belirtildiği gibi, "Temel Özgürlükler... bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayış ve Sözleşmeciler Devletlerin dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabilir". Bunun Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından anlamı şudur: Birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge aranmalıdır.

Bu düşüncelerin ve itiraz konusu yasanın ayrıntılı olarak incelenmesinin ışığında Mahkeme, Alman yasa koyucusunun, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal güvenlik amacıyla suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahale etmeyi düşünmekte haklı olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir." (Klass ve Diğerleri / Almanya, 1978)¹

Böylece AİHM, kararında değindiği tüm sakıncalara karşın, yasayı aynen benimsemiştir. Mahkeme'yi böyle bir değerlendirmeye götüren etken, yukarıdaki gerekçelerle birlikte, yeni yasanın, işlemler sürecinde kişisel hakların korunması açısından her aşamada bazı önemli güvenceler koymasından ileri gelmiştir. Edinilen bilgiler kanıtla dönüştürülmeden önce bir yargıç denetiminden geçirilecek, gerekli olmayanlar da yine yargıcın önerisi doğrultusunda yok edilecektir. Yasanın belirleyici yetkiler tanıdığı üst organ ise, parlamento tarafından görevlendirilen ve yargı yeri niteliği taşımayan bir kuruluş oluyordu. Sonuçta soruşturmacılar, onca denetime karşın özgürce çalışma olanağına kavuşmuş bulunuyordu.

Klass/Almanya kararı, henüz uygulaması olmayan bir yasaya dönük değerlendirmeleri içeriyordu. İngiltere'den ge-

¹ Doğru, Osman.

len bir başvuruda ise, yürütme organının emri ile konuşmaları dinlenen kişinin yakınmaları tartışıldı:

“Başvurucunun bir telefon konuşmasının, polisin istemi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen yazıya dayanılarak izlenmiş olduğu konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Telefon konuşmaları, Sözleşme’nin 8. maddesindeki “özel yaşam” ve “haberleşme” kavranlarının kapsamına girdiğinden kabul edilen izleme işlemi, Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında başvurucunun güvence altına alınmış hakkını kullanmasına “bir kanuı makanu tarafından” müdahale oluşturmuştur.

...

Mahkeme, “hukuka uygun olarak” deyiminin sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığı, ama aynı zamanda, Sözleşme’nin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğu konusundaki görüşünü anmsatır. Buna göre söz konusu deyim, Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında korunmuş olan haklara kanuı makaneları tarafından keyfi müdahalelerde bulunulmasına karşı iç hukukta bir yasal koruma tedbiri bulunmasını gerektirir. 8. maddenin amacı da budur. Özellikle yönetsel bir yetki gizli olarak kullanıldığı takdirde, keyfilik riskinin bulunduğu açıktır. Hiç kuşkusuz, hükümetin de haklı olarak belirttiği gibi, polis soruşturması amacıyla iletilerin izlenmesi bağlanındaki Sözleşme’nin özellikle önceden görübilirlik koşulu, amacı bireylerin davranışları üzerine kısıtlamalar getirmek olan hukuk kurallarıyla aynı nitelikte olamaz. Ayrıca önceden görübilirlik koşulu, bireyin kendisine ait iletileri, yetkililerin izleyeceği zamanı önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlaması anlamına gelemez. Buna rağmen hukuk, kendi düzeni içinde, özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına karşı kanuı makanelarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye başvurmaya yetkili oldukları konusunda vatandaşlara yeterli göstergeleri sunacak açıklıkta olmalıdır.

Soruşturma amacıyla iletilerin izlenmesini düzenleyen İngiliz ve Galler hukukunun mevcut haliyle, en azından bir ölçüde çapraşık ve yoruma açık olduğu gözlenmektedir. Mahkeme, iç hukukun bu tür meselelerinde emredici bir beyanda bulunmaya girişecek olsa, ulu-

sal mahkemelerin yetkisini gasp etmiş olurdu. Ancak Mahkeme'den, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına göre, ilgili iç hukukun, görevli organların bu alandaki yetkilerinin temel unsurlarını nakul bir açıklıkla düzenleyip düzenlemediğine karar vermesi istenmektedir.

İngiltere ve Galler'de polis adına iletilerin izlenmesiyle ilgili ayrıntılı yöntemler mevcut değildir. Dahası yayınlanmış istatistikler, özellikle kamu davasına konu suçların işlenmesinde ve telefon tesisi sayılarındaki artışla karşılaştırıldığında, bu yöntemlerin verilen müzakerelerden beklenen yarara göre oldukça düşük kaldığını göstermektedir. Kamuoyu uygulanabilir düzenlemelerden ve ilkelerden, Birkett Raporu'nun ve White Paper'ın yayınlanması ve sorumlu Bakan'ın Parlamento'daki açıklamaları yoluyla haberdar olmuştur.

Ne var ki, Mahkeme'nin önündeki delillere dayanarak, izleme yetkilerinin hangi unsurlarının hukuk kurallarıyla içselleştirildiğini ve hangi unsurlarının yürütme organının takdirine bırakıldığını anlaşılabilir bir kesinlikte söylemek olanaksızdır. Bu konularda ulusal hukukun belirsiz ve çapraşık olduğu göz önünde bulundurulursa, İngiliz ve Galler Hukuku, kamu organlarının sözü edilen takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılma biçimi anlaşılabilir açıklıkta değildir. Bu çerçevede bireylerin demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğüne göre hak ettikleri en az hukuki koruma sağlanamamıştır." (Malone / İngiltere, 1984)

Görülüyor ki sorunların daha ayrıntılı biçimde saptandığı, yetki ve sorumlulukların dengelendiği, denetim yol ve yöntemlerinin açıklık temelindeki bir yasa ile çözülebildiği koşullarda, AİHM konuya olumlu yönde yaklaşabilecektir.

Buna karşılık uyuşmazlıkların doğduğu tarihlerdeki Fransız hukukunda olduğu gibi telefon dinlemenin bir yasa ile düzenlenmediği koşullarda;

Örneğin muhasebe defterlerinin tutulmasında hile ve yolsuzluk yaptıklarından kuşkulanılan iş adamlarının hazırlık soruşturması aşamasında iki gün süreyle telefonlarının dinlenmesi... (Huvig / Fransa, 1990)

Bir bankacının ölümü nedeniyle yürütülen hazırlık soruşturması sırasında telefonu polis denetimi altındaki kişinin konuştuğu olan başvuru konusunun da konuşmalarının dinlenmesi sonucunda, kendisinin hırsızlık ve adam öldürme suçlarına karıştığı saptanması üzerine yargılanıp ömür boyu hapis cezasına çarptırılması, özel yaşamın gizliliği ilkesinin çiğnenmediği yakınmalarına neden olmuştur. (Kruslin / Fransa, 1991)

AİHM bu başvurularda "yasa ile öngörüülebilir olma" koşulunun yerine getirilip getirilmediğini araştırmıştır. Hükümet'in savunmasında Fransız Ceza Yöntem Yasası'nda böyle bir kuralın bulunduğu, ayrıca aynı konuda yerleşik yargısal içtihatların varlığı üzerinde durulmuştur. Mahkeme, telefonların dinlenmesinin genel nitelikteki yasalara dayanılamayacağını, bu konuda özel hukuksal düzenlemeler gerektiği yolundaki görüşünü yinelemiştir. Mahkeme, Malone kararında belirlediği ölçütler doğrultusunda, dinlemenin nedenlerinin, hangi koşullara dayandırılacağını, yöntem ve sınırlarının ayrıntılı olarak özel bir yasada yer alması gerektiğini vurgulamıştır. Fransa'daki telefon dinleme yönteminin kişisel güvencelerle uyumlu olmaması, hangi tür suçların dinlemeyi gerektirebileceği, dinlenecek kişilerin nitelik ve özellikleri, uygulama süresi gibi başlıca konulardaki boşluklar nedeniyle, hukukun üstünlüğü ilkeleriyle uyumsuz bulunan her iki başvuru konusunun telefon konuşmalarının dinlenmesini, Sözleşme'nin 8.maddesine aykırı bulmuştur.

Hollanda'da eşi cezaevinde tutuklu bulunan bayan S.'nin, kocasına, savunmasını üstlenen avukatının kendisine cinsel tacizde bulunduğunu söylemesi, hukuk dışı yollarla avukatın konuşmalarının banda alınmasına neden olmuştur. Olay şöyle gelişmiştir Tutuklu sanık, eşinin yakınmalarını polise bildirmiştir. Polis de konuyu savcıya aktarmıştır. Savcı, olayı üstleriyle değerlendirdikten sonra polisi, bayan S.'den başvurucuya yönelik bir şikayet dilekçesi alması konusunda görevlendirmiştir. Polis, Bayan S.'nin evine, kendisinin onayı ile telefon konuşmalarını saptayan bir aygıt yerleştirmiştir. Araç, polis örgütünün malı olup, ceza davalarında kanıt olarak kullanılmak üzere telefon konuşmalarını kaydedebilme özelliği-

ni taşımaktadır. Böyle bir düzeneğin kurulması Bayan S'nin oluru ile olmakla birlikte, polisin etkinliği altında gerçekleşmiştir. Polis yetkilileri bu işlem için Savcı'dan izin almışlar, ancak görevli yargıca başvurma gereğini duymamışlardır.

Başvurucu, bayan S'nin evindeki telefonuna kayıt aygıtı yerleştirilmesinin, *"kanu yetkilisi tarafından yapılan bir müdahale"* olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre Bayan S. konuyla ilgili polise başvurmamış, polis ona gelmiştir. Olayın geçtiği dönemde hazırlık soruşturmasında telefon dinlenmesine yasal olanak bulunması nedeniyle yargıç izni alınmaması, yalnızca biçimsel bir eksiklik olarak değerlendirilemeyecektir. Telefona aygıt bağlandığı sırada, gerçek bir soruşturma başlatılmamıştı. Başvurucu, bu durumun açıkça şu anlama geldiğini ileri sürmüştür. Gerek Savcı, gerekse, polis bilinçli olarak yasaya aykırı davranmışlardır. Bayan S.'ye başvuruca telefon ettiği zaman nasıl hareket etmesi gerektiğini öğreten ve aynı zamanda dolu kasetleri telefonda çıkartan ve boş kasetleri yükleyen polis görevlileri olmuştur. Savcı ve polis bütün bu süreç boyunca, başvurucaunun avukat olduğunu biliyorlardı. Böylece savcı ve polis, görevi nedeniyle kendisi de yasal koruma altında bulundurulması gereken bayan S'nin kocasının avukatının, savunmasıyla ilgili olarak yapabileceği telefon konuşmalarını da kaydetme sakıncasını bilerek üstlenmişlerdi.

Hükümet ise savunmasında gerçeği yadsıyarak, olayda kamu otoritesi tarafından yapılan herhangi bir müdahale olmadığını savlamıştır. Polis, bayan S.'ye yalnızca başvurucauya karşı kanıt elde etme yolunu göstererek teknik yardım sunmuştur. Belirli bazı anlarda bayan S. kendi özgür seçimine göre davranmıştır. Bayan S. bir ceza soruşturması bağlamında polis veya adalet organları tarafından değerlendirilecek herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bayan S'nin başvurucauyla yapmış olduğu telefon konuşmalarını belgelemesine engel olacak bir düzenleme yoktur.

AİHM'ye göre öncelikle çözülmesi gereken sorun, başvurucauya yönelik 8. madde kapsamındaki müdahalenin, (baş-

vurucunun bayan S. ile yapmış olduğu telefon görüşmelerinin başvurucuya karşı bir yargılama kanıtı elde edilmesi amacıyla saptanmış olduğunu vurgulayarak) bir “kamu yetkilisi” işlemi olup olmadığının araştırılmasıdır.

“Bayan S.’ye, başvurucuyla yapmış olduğu telefon görüşmelerini kaydetme teklifini götürenin polis olduğu hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Savcıdan alınan bir ön izin ile bayan S.’nin telefonuna kayıt cihazı yerleştirilmiştir. Polisler, başvurucuyla yapmış olduğu telefon söyleşilerinde konuyu başvurucunun cinsel tacizlerine getirmesi doğrultusunda bayan S.’ye öneride bulunmuşlardır. Polisler bayan S.’nin evine gelmişler ve kayıtları almışlardır. Bayan S.’ye başvurucuyu suçun kabulü anlamına gelecek konuşmalara çekerek tuzak kurmasını ve aygıtı çalıştırmalarını istemişlerdir. Polis yetkilileri, savcının izni ile, yapmış oldukları “planın uygulanmasına can alıcı bir katkı sundukları” gibi, dinlemenin başlanmasında da sorumludurlar. Savcı ve polis, resmi görevleri sırasında bunları gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle olayda devletin sorumluluğu bulunmaktadır.

Görülmekte olan davada (A. V. Fransa davasında polis tarafından ceza davasında kanıt toplamak amacıyla bir bireyin kullanılmasında olduğu gibi) Mahkeme, Hükümetin, bayan S.’nin olayların kontrolünü elinde bulundurduğu biçimindeki savunmalarını inandırıcı bulmamıştır. Böyle bir savunmayı kabul etmek, hazırlık soruşturması yetkililerinin özel kişileri kullanarak, Sözleşme’den kaynaklanan sorumluluklarından kaçınmalarına olanak tanınmasıyla aynı anlama gelecektir.

Mahkeme, Bayan S.’nin eğer isteseydi, başvurucudan gelen telefon konuşmalarını her hangi bir kamu yetkilisinin katılımı olmaksızın kendi kullanacağı aygıtla saptayabileceğini ileri süren hükümet görüşlerinin değerlendirilmesini gerekli bulmamıştır. Mahkeme, kamu yetkililerinin olayın içinde bulduklarının kesinlik taşıdığı görüşündedir.

Bu nedenlerle başvurucunun “haberleşme” sine saygı gösterilmesi hakkına, “kamu otoritesi tarafından bir müdahale” vardır, Böyle bir müdahale, “yasaya uygun olarak yapılmıyorsa”, 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen, “meşru amaçlar”dan birisini amaçla-

mıyorsa ve "demokratik bir toplumda gerekli değilse", Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.

Hükümet, yakınılan müdahalenin, sorumlu devlete yüklenilebilir olsa bile, "hukuka uygunluğu" konusunda herhangi bir görüş ileri sürmemiştir. Mahkeme'nin saptamalarına göre ise: Olayın geçtiği dönemde halka açık olmayan telekomünikasyon kanalıyla yapılan bilgi akışının bir kişinin suç işlemiş olabileceği kuşkusu nedeniyle dinlenilmesi için, öncelikle bir hazırlık soruşturmasının başlatılması öngörülmekte, ayrıca yargıç tarafından verilmiş bir karar gerekmektedir (Ceza Usul Yasası, m. 125/f ve 125/g-1.). Her iki koşul da olayımızda yerine getirilmemiştir. Bu nedenlerle müdahale "yasaya uygun olarak" gerçekleştirilmemiştir, Mahkeme için, 8. madde ihlalini tespit etmek yeterlidir. Müdahalenin "meşru bir amaç" taşıyıp taşınamaması veya "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmaması konularının araştırılmasına gerek yoktur." (M.M./Hollanda, 2003)

Başvurucu avukat M. M.'nin savlarına karşı Hollanda Hükümeti'nin savunmaları, bilinçli bir biçimdeki hukuk dışı girişimlerle tertip kokan bu olayda, kamu organlarını tartışmanın dışında bırakmaya yönelikti. Hükümet'in, olayın hukuksal koşulları konusunda söylenecek bir sözünün bulunmaması, böyle bir suskunluğu zorunlu kılmıştı. Mahkeme, yürürlükteki yasaya göre yargıç tarafından verilmiş bir karar olmaksızın avukatın konuşmalarının saptanması karşısında, 8.maddenin 2. bendini tartışmaya gerek görmemiştir. Bu kararın bir başka önemli yanı da, avukatların telefon konuşmalarının yasal korunma altında bulundurulması gerektiğini vurgulamasıdır.²

AİHM'nin telefon dinleme konusunu değerlendirdiği örneklerden birisi de, Türkiye'den gönderilen başvuru üzerine 6 Aralık 2005 günü verdiği karardır. Uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşku edilen kişinin bir başkası ile yaptığı telefon konuşmalarının dökümleri, yargılandığı ve mahkum

² Dutertr, Gilles, AİHM Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayını, 2007, s. 293.

edildiği davada kanıt olarak değerlendirilmiştir. Yakınmacı, telefon konuşmalarının polis tarafından dinlenilmesinin CMUK'nun 91. ve 92. maddelerine dayandırıldığını, ancak anılan maddelerdeki mektup, telgraf ve diğer iletilere el konulmasına ilişkin kuralların, telefonların dinlenilmesine olanak tanımadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, telefonunu dinlenilmesi hakkındaki mahkeme kararının, dinleme başlatıldıktan bir gün sonra alındığını belirtmiştir. Hükümetin yanıtlarında ise, CMUK'nun 91. ve 92. maddelerinin telefonların dinlenilmesine de olanak tanıdığı, dinleme başladıktan bir gün sonra da verilmiş olsa, mahkeme kararının işlemi yasallaştırdığı savunulmuştur.

Mahkeme, geleneksel denetim yöntemi ile öncelikle başvurunun telefon konuşmalarının dinlenilmesinin, haberleşme özgürlüğüne bir müdahale olduğunu saptamıştır. Ardından, müdahaleyi hukuken öngörülebilir kılacak yasal temelleri araştırmıştır. Yalnızca bir yasanın varlığının da tek başına yeterli olamayacağını, bu konudaki düzenlemelerin, telefonların hangi gerekçelerle, nasıl dinlenebileceğini, hukuksal karar süreci ile birlikte ele alan ayrıntılı güvenceleri kapsamaması gerektiği üzerinde durmuştur. Böylece keyfiliğin önlenilebileceğini vurgulamıştır. Oysa başvurunun dinlendiği sırada, Türkiye'de telefon dinlemeye olanak tanıyan bir yasanın bulunmadığını, ancak 2001 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı yasa ile hukuksal anlamda bu yolun açıldığını belirtmiştir. Sonradan alınan mahkeme kararı ile dinlemenin meşrulaştığı yolundaki savunmanın ise, CMUK'nun 91. ve 92. maddelerinde sözü edilen ileti türlerinin telefon dinlemeyi içermemesi nedeniyle, benzetme yoluyla genişletilmiş yorumlara dayandırılan Hükümet'in görüşleri yerinde bulunmamıştır. Mahkeme, yasal dayanağı bulunmayan telefon dinleme işleminin, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. (Mehmet Şirin Ağaoğlu / Türkiye, 2005)³

³ Dinç, Güney, *Sorularla AİHS*, TBB Yayını, 2006, s. 430.

2. Dinleme Yoluyla Edinilen Bilgilere Dayanılarak Kişilerin Fişlenmesi

Telefonların dinlenilmesiyle elde edilen bilgilere dayanarak kişilerin fişlenmeleri, depolanan bu tür bilgilerin, onların, yaşamlarının değişik alanlardaki etkinlikleriyle bağlantılı olarak değerlendirme ölçütleri olarak kullanılmaları, yalnız özel yaşamlarına değil, ekonomik, siyasal ve her türlü kamusal haklarına karşı son derece sakıncalı ve denetimsiz müdahalelere dönüşebilmektedir.

Devletler arasındaki farklı ekonomik ve siyasal sistemler nedeniyle kamplaşmaların yaşandığı dönemde, İsviçre’de gerçekleşen bir telefon dinleme olayı, hukuka aykırılıkların ulaşılabileceği boyutları sergilemesi açısından ilginç bir örnektir. İsviçre’de yaşayan, alım satım işleriyle yaşamını kazanan Amann adındaki başvuru, dergilere verdiği reklamlarla yurtdışından getirdiği kıl dökücü aletleri pazarladığını duyurmuştur. Kendisini telefonla arayan bir bayan, satışa sunulan araçlardan birini satın almak istediğini bildirmiştir. Bu çerçevede birkaç konuşmaları olmuştur. Ancak telefon eden kişi Sovyetler Birliği Büyükelçiliği’nde çalışmaktadır.

Telefon konuşmaları, İsviçre Federal Savcılığı’nca saptanıp, dinlenmiştir. Anlaşıyor ki o sırada Sovyetler Birliği Büyükelçiliği ile yapılan bütün telefon konuşmaları dinlenmektedir. Daha sonra Savcılığın isteği üzerine, Zürih Kantonu Polis Örgütü gizli servisince Amann hakkında soruşturma başlatılmıştır. Savcılık bu soruşturmaya dayanarak, “ulusal güvenlik bakımından sakıncalılar” listesine Amann adına düzenlenmiş bir fiş eklenmiştir. Bu fişte yer alan bilgilere göre Amann, “Rus Büyükeiçliği’yle ilişkide bulunan bir işadamı”dır. Kendisine çeşitli sayılardan oluşan bir numara verilmiştir. Kod numarasını oluşturan sayılara göre Amann, “komünist ülke”, olan “Sovyetler Birliği”, ile “casusluk ilişkileri saptanmış”, “Doğu blokuyla temaslar”ını sürdüren bir güvenilmez kişidir.

Başvurucu, 1981 yılında gerçekleşen bu işlemi, ancak 1990 yılında ve bir rastlantı sonucunda öğrenebilmiştir. Savcılığa bir dilekçe vererek belgeleri görmek isteyen Amann’a kendi-

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

siyle ilgili fişin bir fotokopisi verilmiştir. Ancak fişteki bilgilerden ikisinin üzerleri okunmayacak biçimde karalanmış durumdadır. Amann, hukuka aykırı olarak Savcılık'ça fişlendiği savlarıyla, idari bir dava açarak, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle 5.000 İsviçre Frangı tazminat istemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne kadar giden dava sonucunda, 1995 yılında tebliğ olunan kararlar, davacının kişilik haklarına ciddi bir saldırı olmadığı gerekçesiyle istemleri reddedilmiştir.

AİHM'si ulusal ölçekteki işlemin yasal dayanaklarını araştırmıştır. Olayda uygulanıldığı savunulan hukuksal belgelerin (29 Nisan 1958 günlü Federal Savcılığın Polis Hizmetleri Hakkındaki Federal Konsey Kararnamesi'nin) ve Federal Ceza Usul Yasası'nın, Konfederasyon biçimindeki Devletin iç ve dış güvenliği için bir bilgi soruşturma servisi kurulmasına ilişkin hükümlerinin, hukuk kurallarına ulaşabilme açısından "bilinebilirlik" ölçütüyle değerlendirilemeyecek kadar genel söylemler içerdiği ve telefon konuşmalarının dinlenilmesiyle ilgilendirilen Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66. ve diğer maddelerinde sözü edilen koşullar bakımından da, İsviçre Hükümeti'nin bu koşulların varlığını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır.

İsviçre Hükümeti savunmasında, olayda davacının telefonunun, başka birinin telefonu izlenirken "rastlantı sonucu" dinlemeye alınmış olduğunu ileri sürmüştü de Mahkeme bunu, ihlali ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmemiştir.

Fişlenmeyle ilgili gerekçede Mahkeme öncelikle, kişilerin özel yaşamlarıyla ilgili bilgilerin toplanıp "depolanması"nın AİHS'nin 8. maddesi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Kararda değinilen bir başka değerlendirme de, 8. maddede geçen "özel yaşam" kavramının dar değil, geniş yorumlanması gerektiğidir. Mahkeme'ye göre, olayda, ilgili kişi için tutulan fişe, başka bilgilerin yanı sıra, "Rus Büyükelçiliği'yle ilişkili olan" bir iş adamı olarak yazılmasının, 8. madde açısından "özel yaşam"la ilgili bir müdahale olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Mahkeme, olayda yakınmacının özel yaşamına ilişkin bilgilerin derlenip devlet belgelerine yansıtılmış olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığını belirttikten sonra, bunun özel yaşama bir müdahale olduğunu vurguladı. Mahkeme, müdahalenin ancak "yasaya uygun" olarak yapılması ve Sözleşme'nin 8/2. maddesindeki amaçlardan birinin varlığı durumunda AİHS'ye uygun olabileceğine değindi. Mahkeme, olayı 'demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı' açısından değerlendirirken, fişlemenin ayrıntılı bir yasal dayanağının bulunması gereği üzerinde durdu. İsviçre hukukunda ise kişilerle ilgili bilgilerin toplanması, derlenmesi ve korunması konularında özel ve ayrıntılı düzenlemelerin yer almaması, özellikle Federal Ceza Yöntem Yasası'nın 66. maddesinde, amacı ortadan kaldığı için gereksiz duruma düşen bilgilerin silinmesi öngörüldüğü halde böyle bir işlem yapılmaması yerinde bulunmadı. Davada, başvuruçunun herhangi bir suç ilişkisi ve hazırlığı içinde bulunmadığı ulusal organlarca benimsendiği halde fişlerin silinip yok edilmeden korunması ve açtığı davanın reddedilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulundu. (Amann / İsviçre, 2000)

Mahkemeyi bu değerlendirmeye yönelten nedenler arasında, Avrupa ülkelerinde 1980'li yıllardan başlayarak, özel veya kamusal fişlemelere karşı bireylerin korunmalarını amaçlayan yasaların art arda yürürlüğe girmeleri etkili oldu. Devletler yasalarında, bireylere, kendileri ile ilgili bilgileri öğrenme, bunlara itiraz etme, yanlışları düzeltme, yol ve yöntemlerini saptadılar. Bazı bilgiler için, unutulma süreleri belirlendi. Avrupa ülkelerinin iç hukukunun bu gün ulaştığı aşamanın, genellikle, telefon dinleme ve fişleme konularında AİHM'nin kararlarından daha ileri aşamalarda bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Mahkeme, ulusal yasalarda diğer güvencelerin yer alması ve bunlara uyulması koşuluyla, telefonları dinlendikten sonra hakkında soruşturma açılmasına gerek görülmeyen kişilere, telefonlarının dinlendiğinin bildirilmesi gerekmediği yolun-

daki görüşünü sürdürmektedir. (Greuter / Hollanda,2002, Kabul edilmezlik kararı)⁴

4. Mektupların ve Benzeri İletilerin Korunması

İletişim özgürlüğü konusunda bilinen en eski yöntem kişilerin mektuplaşmalarıdır. Tutuklu sanıkla avukatının yazışmaları, konumuz açısından özellikle önem taşımaktadır. Devletler, çeşitli gerekçeler öne sürerek bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. En önemli gerekçeleri de, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur. Ancak konu her zaman bu kadar açık bir görünüm vermemektedir. Savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla, cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koydukları çok sık görülen olaylardır.

Sözleşme'nin 8. maddesinde geçen 'yazışmalar' sözcüğü, her çeşit ileti ve iletişimi kapsayacak genişlikte yorumlanmıştır. Doğrusu da budur. Kişisel bilgilerin edinilip dışa vurulması da, aynı süreç içinde değerlendirilecektir. 8. madde, bilgi edinmenin içeriğinden çok, özgürlüklerin kullanımı ile bu haklara getirilen sınırlamaların uygulanış yöntemleriyle ilgilenmektedir.

AİHM'nin bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, cezaevinde çıkan olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında hukuk davası açmak, böylece yanlış ifadenin dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu, bu amaçla bir avukatla görüşüp dava açmak üzere yürürlükteki Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde bakanlıktan izin istemiştir. Ancak bakanlık, böyle bir dava açılmasına gerek olmadığı düşüncesi ile hükümlünün avukatla görüşmesine izin vermemiştir.

⁴ Dinç, Güney, *Sorularla AİHS*, TBB Yayını, 2006, s. 434.

AİHM'ne göre, "İçişleri Bakanlığı'nun Golder'in dilekçesini reddetmesi, öncelikle bir avukatla iletişim kurmasını engellemiştir. Bu olay mahkemeye başvurma hakkı ile ilişkilendirilmeksizin, yalnızca haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Golder'e bir avukata danışması için izin verilseydi, yakındığı gardiyana karşı dava açma kararlılığını sürdürüp sürdürmeyeceği bilinemezdi... Ancak bütün bunlara karşın, başvuruçunun açıkça ortaya koyduğu 'iftira nedeniyle dava açma' istemi gerçekleşmemiştir... İçişleri Bakanlığı avukatla ilişki kurulmasını yasaklamakla, açılması düşünülen dava için harekete geçilmesini engellemiş olmaktadır... Hukuksal engellemeler gibi, fiili engellemeler de hukuka aykırı düşebilecektir.

... Başvuruçucu, gardiyana karşı dava açmakla, kendisine karşı yapılan ve hakkında olumsuz sonuçlar doğuran suçlamalardan kurtulmak istemektedir. Açılması tasarlanan dava, cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olayla ilgilidir. Sonuçta bu dava İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve görevi sırasında suçlamalarda bulunan bir cezaevi çalışanına karşı yöneltilenektir. Bu koşullarda Golder, haklı olarak dava açmak üzere bir avukata danışmak istemiştir. Tasarlanan davanın sonuçlarına ilişkin olasılıkları değerlendirmek İçişleri Bakanlığı'nın görevi değildir. İleri sürülebilecek savolar hakkında karar vermek ise, bağımsız ve yansız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı, Golder'in istediği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6/ (1) fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye gidebilme hakkına saygı göstermemiştir."

AİHM, başvuru konusu olayları bir kez de Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirdi:

"Mahkeme, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin 'gerekliliğini' cezaevinde bulunmanın olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örneğin 'düzensizliğin veya suçun önlenmesi' bir hükümlüye, özgür bir kişiden daha geniş müdahale önlemlerinin uygulanmasını haklı kılabilir... Hükümet, Golder'in yakındığı müdahalenin 'gerekli' olduğunu kanıtlamak için, düzensizliğin ve suçun önlenmesini, bir ölçüde de kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisini dikkate

almakla birlikte, 'demokratik bir toplum'da bu müdahalenin nasıl olup ta, Golder'in kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukatla iletişimi kurmasının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır. Mahkeme, Golder'in cezaevi görevlisinin kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyecektir. Açılması düşünülen dava sonuçlarını değerlendirme görevi, İçişleri Bakanlığı'nın işi değildir. Başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak bir avukatın, önüne getirilen dava konusunda karar vermek ise bir mahkememenin görevidir.

Başvurucunun avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme'nin başka bir maddesinde, yani 6. maddede var olan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının 'demokratik bir toplumda' gerekli olduğu kanıtlanamamıştır. Böylece Mahkeme, olayda 8. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır." (Golder / İngiltere, 1979)

Başlangıçta da belirttiğimiz gibi, yazışma dokunulmazlığı temelinde gelişen tartışmanın özü, savunma hakkının ilk adımı olan başvuru ile avukatın iletişim olanakları üzerinde odaklanmıştır. Cezaevindeki başvuru ile avukatın iletişimi kurulamazsa, hak arama sürecinin sonraki aşamalarına geçilemeyecektir. Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği yıllarda yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen işlemlerdi. Golder'in dava açmayı düşündüğü infaz koruma görevlisinin tutumu bir yana bırakılırsa, AİHM İngiltere'deki katı ve insan hakları ile bağdaşmayan cezaevi kurallarını mahkum etmiş bulunuyordu. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle gelişen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurularak, Golder Davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği'ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak üzere bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakan'ndan izin almaları koşulunu kaldırmıştı. Bu değişiklik, cezaevleri müdürleri eliyle bütün tutuklu ve hükümlülere bildirilmişti.

Cezaevleri kurallarında yapıları iyileştirmeler, İngiltere'nin benzer konulardaki davalar nedeniyle tekrar AİHM'nde yargılanmasını önleyemedi. Çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunurlarken değişik amaçlarla farklı yerlere gönderdikleri mektupları alıcılarına ulaşmayan yedi başvuruçunun AİHM'de görülen davaları 1983 yılında sonuçlandı. Davacıardan Silver'in koşulları konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. Başvuruçucu, cezaevindeki yetersizlikler ve bu arada sağlık sorunları ile dış tedavisindeki yakınmaları nedeniyle dava açmak üzere bakanlıktan izin istemiş, ancak kendisine olumlu yanıt verilmemişti.

İngiltere cezaevlerindeki haberleşme ve yazışma koşullarının ayrıntılı olarak incelenip tartışıldığı AİHM kararında, diğer 6 başvuruçucu hakkında Sözleşme'nin 8. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilirken, hukuksal yardım alarak cezaevi yönetimiyle ilgili hukuk davası açma girişiminin önlenmesi nedeniyle, Silver yönünden ayrıca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin de ihlal edildiğine karar verildi. (Silver ve Diğerleri / İngiltere, 1983)

Tutukluların yazışmalarının 8. maddenin korunması altında bulunması, hiç kuşku yok ki, koşulları oluştuğunda aynı maddenin 2. bendindeki kısıtlayıcı önlemlerin de uygulanabileceği anlamını içeriyor. "*Hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, cezaevinde bulundurulma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilecektir.*" (Golder / İngiltere, 1979)

Tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalar, Chambell ve Fell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirildi. Başvuruçunun avukatıyla ve AİHK'yla yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin yakınmaları, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve ölçütlerin belirlenmesine katkıda bulundu. Mahkemeye göre, "... bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsene-

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

bilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır.” Bu durumda bile mektup, gönderildiği kişinin önünde açılmalı; içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgisine verilmelidir.

Mahkeme, ancak çok özel durumlarda tutuklunun avukatıyla yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmektedir. *“Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturması, gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin var olması durumunda,”* bu yola gidilebilecektir.

Davalı Hükümet’in, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel bir koruma sağlanmasının, bu işleyişin kötüye kullanıma olasılığını taşıdığı yolundaki savunması, Mahkeme’ce, *“Avukat müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılabilme olasılığından çok daha önemli olduğu”* görüşüyle yerinde bulunmadı. Savunma hakkına ilişkin birden fazla konunun tartışıldığı dava sonucunda, sanıkla avukatı arasındaki yazışmaların engellenmesi Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendi. (Chambell ve Fell / İngiltere, 1984)

Adli sabıka sicili bir hayli kabarık olan ve cezaevi kurallarına aykırı davranmayı alışkanlık edindiği için hakkında ek yaptırımlar uygulanan başka bir hükümlünün, infaz indirimlerinin bir bölümünün kaldırılması nedeniyle avukatına yazdığı mektuplardan birisi hiç gönderilmemiş, diğer ikisi ise, geç ulaşmıştı. Hükümlünün bir milletvekiline ve öğretim üyesine yazdığı yakınma mektupları da cezaevi idaresince gönderilmemişti.

AİHM bu olayda da *“başvurucunun gönderilmeyen mektupları bakımından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine..”* karar verdi. (Mc Callum / İngiltere, 1990)

Tutuklu sanığa savunmasını üstlenecek avukatın mektubunun verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün çiğnenmesine ilişkin en çarpıcı örnek, Mehmet Durmaz ile Av.

Schönenberger'in birlikte yaptıkları başvuru sonucunda verilen karar oldu.

İsviçre'nin Zürih kantonunda yaşayan M. Durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984'te tutuklanmış, eşinin bulunduğu Av. Schönenberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun görürse savunmasını üstlenebileceğini bildirmişti. Avukat mektubunda soruşturmayla ilgili bazı uyarılarda bulunmuştu. "...Sorgunuz sırasında yanıt vermeme hakkınızın bulunduğunu anımsatmak görevimdir. Ağzınızdan çıkacak her söz, size karşı kanıt olarak kullanılabilir. Susmayı yeğlerseniz, savcılık, kanıt bulup suçluluğunuzu ispat etmek zorunda kalacaktır. Siz açıklama yapmama direnince, olabilir ki savcı, tartışma çıkarıp, tanıkları dinlemek, başka kanıt toplamak ya da yeni bir soruşturma başlatmak gibi nedenlerle tutukluluğunuzu uzatacağını söyleyerek baskı kurmayı deneyebilir. Böyle şeyler olursa aldırmanın. Haklarınızı bilip herhangi bir açıklama yapmamak yararınızaadır..." diyen avukat ayrıca, görev ve başlayabilmek için, iki örneğini eklediği vekaletnameleri imzalayıp, birini savcılığa, ötekini kendisine göndermesini isteyerek, işlemler tamamlanunca, hemen cezaevine geleceğini bildirmişti.

Bölge savcısı, soruşturmanın yürütülmesi açısından sakinliği bulunduğu bu mektuba el koydu. Sanığa, avukatın gönderdiği vekaletname örneklerini de vermedi. Yasaklanan mektup sanki hiç gelmemiş gibi, Durmaz'a bir avukat edinmesini önerdi. Eşinin girişimlerini öğrenemeyen yurttaşımız, Zürih'te tanıdığı tek avukatın J. P. Garbade olduğunu, ancak içinde bulunduğu koşullarda ödeyecek parası olmadığını bildirince, Avukat Garbade, Mahkeme Başkanı'nın kararı ile gideri devletçe karşılanmak üzere Durmaz'ın savunmanlığına atandı.

Soruşturma ve sorgulamalar devam etmiş. Durmaz, güçlük çıkarmadan bütün soruları yanıtlamış. Hakında kamu davası açılmasını gerektirecek kanıtlar bulunamayınca, 37 gün tutuklu kaldıktan sonra, 23 Mart 1984'te salıverilmiş. Boş yere özgürlüğünden yoksun bırakılan Durmaz'a, Bölge

Mahkemesi'nce, 3.565 İsviçre Frangı giderim ödenmesi kararlaştırılmıştı.

Hukuksal tartışma, asıl bu aşamadan sonra başlıyor. Avukat Schönenberger, cezaevine gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün engellendiği, bunun sonucunda Durmaz'ın davasını alamadığı için mesleğini uygulayamadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruyor. Mehmet Durmaz da bir başka dilekçeyle, avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi nedeniyle haber alma özgürlüğüne el atıldığını bildirerek, İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanıyor. Tartışmanın özü, *"Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanıyor. Gerek komisyonda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İsviçre Hükümeti'nin temsilcileri, Av. Schönenberger'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğunu savunuyorlar. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinin 2.bendinde, "... kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi..." amacıyla, bazı koşullarda iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilceği belirtiliyor.*

Komisyon'dan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakınılan uygulama nedeniyle İsviçre organlarınca, AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edildiği yargısına vardı. Kararın gerekçesinde, avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu belirtildi. Sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği vurgulandı. Böylece Durmaz'ın haber alma, iletişim kurma özgürlüğünün engellendiği görüşüne varıldı. İsviçre Hükümeti'nin, Durmaz ve avukatına 9.070 frank ödemesini öngören kararın çarpıcı yanı, temel hak ve özgürlüklere yasalarla getirilecek kısıtlamaların, *"... demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı..."* sınırları aşamayacağı

ilkesini yinelemesiydi. (Schönenberger ve Durmaz / İsviçre, 1998)

Avukatla görüşme hakkının uzantısı olarak ta benimse- nen avukata mektup gönderme olanağının değerlendirildiği davada AİHM, tutuklu sanığın avukatına yazdığı mektupla- rın cezaevi yetkililerince denetlenmesini, özellikle bir mek- tubun avukata ulaşmasının geciktirilmesini, Sözleşme'nin 8. ve 6/3 (c) maddelerinin ihlali olarak niteledi. (Domenichini / İtalya, 1996)

AİHM'nin, Polonya cezaevindeki bir tutuklunun om- budsmana yazdığı mektubun zamanında yerine ulaşmaması nedeniyle verdiği kararda, konuyla ilgili Polonya ulusal hu- kuku değerlendirildi. Mahkeme'ye göre;

"Soruşturması devam eden tutukluların yazışmalarının engel- lenmesi durumunda yasaların etkili bir başvuru yolunu belirleme- miş olması,

Tutukluların mektuplarının soruşturmayı yürüten görevlile- rince yürürlükteki hukuka göre hiç bir neden ve gerekçe olmaksızın her koşulda okunup sansürden geçirilmesi,

Tutukluların farklı kişi ve kurumlara, örneğin ombudsmana gönderdiği mektuplar açısından farklı denetim ölçütlerinin konul- maması,

Uygulanan sansürün içeriğinin ve süresinin belirsizliği,

Kendiliğinden ve ayrımsız olarak yürütülen sansürün nedenle- ri, koşulları ve gerekçeleri konusunda, uygulayıcılara bir açıklama yükümlülüğü bile getirilmemiş olması,"

8. maddenin 2. bendindeki sınırlama koşullarına uygun bulunmadı. (Niedbala / Polonya, 2000)

Mahkeme'nin yukarıda değindiği ölçütler, tutukluların yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine bağlanamaya- cağını bir kez daha gerekçeleriyle açıklıyor.⁵

⁵ Dinç, Güney, AİHS'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayını, 2006, s. 225.

Kişisel iletişim konusundaki yaygın yöntemin mektup ve diğer benzeri gönderiler olmasına karşın, Mahkeme telefon ve teleks yoluyla iletişimi de 8. madde kapsamında değerlendirdi. İleride teknolojik gelişmelere ve ulaşılabilir teknik özelliklerine göre e-mail ve benzeri yöntemleri de 8. madde kapsamında koruyacak kuralların saptanması beklenmelidir. (Halford / İngiltere, 1997)

6. Konuta Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı Bağlamında İşyerlerinin ve Konutların Aranması

Konutlar, öncelikle içinde yaşanılan yerlerdir. Bu bakımdan, kişinin oturduğu yerin sahibi olup olmaması çok fazla önem taşımamaktadır. Mülkiyet konusu, 1 numaralı protokolün 1. maddesinin kapsamına girmektedir. Evlerin, 8. madde bağlamında konut sayılmaları açısından, yapımı ve kullanımı için, yapı ruhsatı, oturma izni, gibi belgelerin edinilmiş bulunması da zorunlu değildir. Ancak bu eksikler, 8. maddenin 2. bendine göre kamusal önlemlerin uygulanmasını gerektirebilir. Diğer alanlarda olduğu gibi, konut konusunda da, Sözleşme'de ve AİHM'nin kararlarında açık bir tanım bulunmamaktadır. Mahkeme, kullanan kişilerin özelliklerini de göz önünde bulundurarak, nerelerin konut sayılabileceğini kararlarında belirtmiştir.

Konut güvenliği konusunda karşılaşılan sorunlar, genellikle, evlerin ve işyerlerinin aranması gibi kamusal karışmalardan ya da kişiler arasındaki hukuksal uyumsuzluklarda ihtiyati tedbir ve haciz gibi yasal işlemlerden kaynaklanabilmektedir. Devletlerin bu alandaki öncelikli ve olumlu yükümlülükleri, kamusal etkinliklerin işleyiş sürecinde konut dokunulmazlığını sağlayacak hukuksal yapılanmayı oluşturmak ve denetlemektir.

Aynı zamanda konut olarak kullanılan işyerinde, geçerli hukuk kuralları doğrultusunda yargı kararına dayanılarak ihtiyati tedbir uygulanmasının, yakınmacı açısından beklene-

bilir olması, işlem sırasında oluşabilecek hukuka aykırılıklara karşı başvuru yöntemlerinin saptanması gibi nedenlerle olayda 8. maddeye aykırılık bulunmamıştır. (Chappell / İngiltere, 1989)

Bir şarapçılık şirketinin müdürü olan başvurucunun çalıştığı işyerinde, konutunda, bayan arkadaşının evinde, kendisiyle ilgilendirilebilen diğer yerlerde Gümrük Yasası'na dayanılarak, polis eşliğinde gümrük görevlileri bir dizi arama yapmışlardır. Aramalar sonucunda çok sayıda belgeye el konulmuştur. Başvurucu yabancı ülkelerle bağlantılı parasal suçlar nedeniyle yargılanmış ve suçlu bulunarak para cezasına çarptırılmıştır. Arama ve belgelerine el konulması işlemlerinin hukuksal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle geçersiz sayılması yolunda ulusal düzeydeki girişimlerinden de bir sonuç alamamıştır.

AİHM'nin bu olayda üzerinde durduğu konu, arama ile ilgili hukuksal düzenlemelerin, uygulamanın kötüye kullanılması durumunda gereken güvenceleri sağlayacak düzeyde olup olmadığıdır. Gümrük görevlilerine, arama ve el koyma konularında çok geniş yetkiler tanınmıştır. Buna karşılık arama, bir yargı kararına dayanmamaktadır. Bu alanda yeni hazırlanan ulusal yasa da henüz yürürlüğe girmemiştir. Özetlenen nedenlerle Mahkeme, başvurucunun özel yaşamına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme haklarına, demokratik toplumda gerekli olmayan ve orantısız bir müdahale yapıldığını kararlaştırmıştır. (Cremiex / Fransa,1993)

1985 yılında Almanya'da Bunte Liste adlı siyasal partinin Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu adına Klaus Wagner adıyla ve posta yoluyla Freising Mahkemesi başkanına gönderilen faks mektubunu izleyen olaylar, Niemietz adlı avukatın bürosunun aranmasına gerekçe gösterildi. Mektupta, çalıştırdığı işçilerin ücretlerinden Kilise Vergisi'ni kesmesine karşın Kilise'ye yattırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yargılandığı davadaki tutumu nedeniyle davaya bakan yargıç eleştiriliyordu. Mektupta, gönderenin adresi olarak yalnız bir posta kutusu numarası vardı. Avukat Niemietz, Bunte Liste'nin il

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

başkanlığını yaptığı halde Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu'nun üyesi değildi. Ancak onların kilisenin gücünü kırmaya yönelen çalışmalarını destekliyordu. Bazı eylemlerine de katılmıştı. 1985 yılı sonuna kadar, Bunte Liste partisi adına gönderilen mektuplar, Av. Niemietz'in ve birlikte çalıştığı arkadaşının bürosuna getiriliyordu.

Münih Mahkemesi, yargıca hakaret suçlaması nedeniyle Klaus Wagner hakkında soruşturma açılması istemiyle savcılığa suç duyurusunda bulundu. Ancak savcılık bildirimleri, bulunmadığı için sarıya tebliğ olunamadı. Niemietz'in iş ortağı da bu konuda bilgi vermekten kaçındı. Soruşturmadaki tıkanıklığı aşmak için Münih Mahkemesi, Wagner hakkındaki bilgilerin elde edilebilmesi ve suç ortaklarının saptanması amacıyla Niemietz'in avukatlık bürosunun aranmasına karar verdi. 13 Kasım 1986 sabahı avukatlık bürosuna gelen savcılık görevlileri ve polis, her iki avukatın da hazır bulunduğu sırada, saat 09.30'da başlayıp 10.30'da bitirdikleri arama sırasında, avukatın müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve altı özel klasörü incelediler. Ayrıca avukatın müvekkillerin adlarının yazılı olduğu rehberde baktılar. Sonuçta arama konusuyla ilgili bir kanıt elde edemedikleri için herhangi bir belgeye el koymadan, tutanak düzenleyip bürodan ayrıldılar Avukat Niemietz, son aşamada Anayasa Mahkemesi'nden de geçen iç hukuk yollarına yönelttiği yakınmalarından bir sonuç alınamayınca, konu AİHM'nin çözümüne sunuldu. Mahkeme, Alman Hükümeti'nin Sözleşme'nin 8. maddesinin konutlarla ilgili olması nedeniyle işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine ilişkin savunmasını, "... olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye yönelik bir müdahalenin varlığı..." nedeniyle yerinde bulmadı. Yerel mahkemenin arama kararındaki "...mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara el konulması..." yolundaki çok geniş yetkilerin "...Alman hukukunun avukat bürolarının aranması sırasında bir gözlemci bulundurulması gibi yöntemsel güvenceler içermemesi nedeniyle" orantısız bulundu. Aranan kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği ta-

şıldığı, bu durumun da Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvuru-
cunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik
toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel ya-
şama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak
nitelendi. (Niemietz / Almanya, 1992)⁶

Davaya konu olaylar, başvuru avukatın mesleki et-
kinlikleri ile doğrudan ilgili bulunmuyor. Ceza yargıcına ha-
karet ettiği gerekçesiyle aranan kişi, avukatın müvekkili de
değil. Kimliği hakkında ayrıntılı bilgiler saptanamayan sanık
ile avukat arasındaki ilişki, ancak aynı siyasal görüşleri pay-
laşmaktan ileri gelen bir dayanışma olabilir. Olayda avukata
yönelik bir suçlama da yok. AİHM, bir mahkeme kararına da-
yalı da olsa, avukatlık bürolarının gelişigüzel aranmayaca-
ğını vurguluyor. Güvenin, gizliliğin öne çıktığı adli birimler
olarak nitelediği avukatlık bürolarının ayrıcalıklı konumunu,
avukatlık mesleğinin özellikleriyle açıklıyor.

Niemietz kararı kimi araştırmacılar tarafından, Mahke-
me'nin işyerlerini de Sözleşme'nin 8. maddesindeki konut
dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlandı. Yu-
karıdaki gerekçeler karşısında şimdilik böyle bir genellemeye
katılma olanağı bulamıyoruz. Avukatlık büroları, özel ya-
şamların tortulandığı alanlardır. Belki zaman içerisinde gizli-
liğin öne çıktığı benzer mesleklerin işyerleri de, Sözleşme'nin
6. maddesiyle bağlantı kurulmaksızın, 8. madde kapsamında
değerlendirilebileceklerdir. Ancak Niemietz kararından yola
çıkarak, Mahkeme'nin bütün işyerlerini konut dokunulmaz-
lığı içinde değerlendireceğini ileri sürmek, şimdilik doğru bir
yönlendirme olmayacaktır.

Mahkeme'nin, işyerlerini Sözleşme'nin 8. maddesi bağ-
lamında ele aldığı ikinci örnekte, yine avukatlık bürosuyla
ilgilidir. Bir suç kovuşturması nedeniyle, savunma hakkının
ve avukatlık mesleğinin gereklerine uygun olarak, ulusal hü-

⁶ Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, İstanbul Barosu, 1999.

kukun öngördüğü güvencelere uyulmak koşuluyla avukatlık bürolarının aranması ve bazı belgelere el konulması olanaklıdır. Ancak bu işlemler, demokratik bir devletin zorunlu koşullarıyla çelişmemelidir. (Roemen ve Schmit / Lüksemburg, 2003)

Avukatlık bürosunun aranması konusundaki bir başvuru da, Türkiye'den geldi. Olağanüstü Hal uygulaması sırasında Diyarbakır Barosu avukatlarından Tahir Elçi ve arkadaşları, ev ve işyerlerinin polis tarafından yetkili yargı yerlerinden izin alınmadan arandığını, aramalar sırasında bir çok belgeye el konulduğunu ileri sürdüler. Tahir Elçi ayrıca, aramaya neden gösterilen suç kovuşturmasıyla ilgisi bulunmayan ve temsil ettiği kişiler adına AİHM'ye yapmış olduğu başvuru dosyalarına da el konulduğundan yakınıyordu. Hükümet'in yanıtlarında ise, Olağanüstü Hal Yasası'na ve CMUK'nun 90. ve 97. maddelerine dayandırılan aramaların, ulusal güvenliği sağlama ve suç işlenmesini önleme amacını taşıdığı için kamu yararına yönelik hukuksal temelleri bulunduğu savunuluyordu.

Mahkeme, başvuruculara ait ev ve işyerlerinin aranmasının, öncelikle onların konutlarına ve iletişim özgürlüklerine saygı gösterilmesi haklarına yapılmış bir müdahale olduğunu belirledi. Ancak, Mahkeme'nin saptamalarına göre, aramalar sırasında başvuruculara ne arandığı bildirilmemiş ve tutanak bile tutulmamıştır. Hükümetin, yasanın olağanüstü hal bölgesi valisine verdiği, gecikmesinde sakınca görülen durumlarda arama yaptırma yetkisine ilişkin olarak ise Mahkeme, valilik tarafından hazırlanmış hiçbir yazılı talimatın dosyada bulunmadığına dikkat çekmiştir. Aramaların çok geniş kapsamlı olduğunu, arama yapanların işlemlerinin hiçbir yargısal organ tarafından denetlenmediğini de gözlemleyen Mahkeme, aramaların yasal bir temeli olmadığı için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verdi. (Elçi ve Diğerleri / Türkiye,2003)

Yetkili mahkeme veya yargıç kararı olmaksızın güvenlik görevlilerinin kendiliklerinden gerçekleştirdikleri konutların ve avukat bürolarının aranmaları karşısında, AİHM'nin daha

başka bir karar vermesi beklenemezdi. Mahkeme, Niemietz kararında olduğu gibi, neyi bulmak istediğini bilmeksizin olası kanıtları elde etmek amacıyla rastgele aramalar yapmanın Sözleşme'ye aykırılığını bir kez daha vurgulamış olmaktadır. Kararın önem taşıyan bir başka boyutu da, yalnız konut dokunulmazlığının değil, iletişim güvenliğinin de korunmasıdır. Mahkeme'yi bu değerlendirmelere yönlendiren temel etken, yukarıda vurguladığımız gibi, aramaların, özellikle güven altında tutulması gereken avukat bürolarında yapılmasıdır.

Buna karşılık başka bir olayda, PKK'ya yardım ve yataklık ettiğiinden kuşkulanan başvuranlardan birisinin evi polis tarafından, CMUK'un 94. maddesine uygun olarak aranmış ve bir arama tutanağı düzenlenerek kendisine de imzalatılmıştır. Bu olayda Mahkeme, aramanın yasal bir temeli bulunduğunu ve 8. maddenin 2. bendinde yer alan meşru amaçlar gözetilerek yapıldığından, orantılı bir işlem olduğunu da gözeterek 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. (Hacı Oğuz ve Baki Oğuz / Türkiye, 2004)⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 24.7.2008 günü açıkladığı André ve Diğerleri / Fransa (no. 18603/03) kararında temsil ettiği şirkete yönelik vergi kaçakçılığı soruşturması sırasında şirketin savunmanlığını yapan avukatların bürosunun aranması sırasında izlenen amaç ile benimsenen yöntem arasında gerekli orantının kurulmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğini, usulsüz aramaya itiraz açısından var olan hukuk yollarının etkisiz bulunması nedeniyle de 6. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.

AIHM kararında özetle:

- Avukat bürolarının aranmasına ilişkin özel bir takım güvencelerin mevzuatta ve uygulamada olması gerektiği,
- Avukat bürolarına ilişkin aramalar açısından yasal mevzuatın çok net ve çok açık, keyfiliği önleyecek şekilde

⁷ Dinç, Güney, *Sorularla AIHS*, TBB Yayını, 2006.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

tanzim düzenlenmiş olması gerektiği, bu ilkelerin arama kararlarının kendisi içinde geçerli olduğu

- Avukatların, müvekkillerinin yapmış olduğu usulsüzlüklere ve hukuka aykırılıklara katıldıklarına ilişkin herhangi bir biçimde suçlama veya soruşturma yoksa bürolarının aranamayacağı;

- Aramanın konusunu oluşturan delillerin başka kaynaklardan (bu zor ve zaman alıcı da olsa) edinilmesinin mümkün olması durumunda avukat bürolarının aranamayacağı, belirtmiştir. Kararda ayrıca, aşağıdaki gerekçeler üzerinde durulmuştur:

“8. madde altında ileri sürülen şikayet açısından Mahkeme bir avukatın bürosunda yapılacak aramalar açısından özel bir takım güvencelerin varlığının temel zorunluluk olduğu düşüncesindedir. Böylesine yöntemler açısından çok kesin bir yasal çerçevenin sağlanması ayrıca can alıcı önemdedir. Mahkeme, Marsilya Baro Başkanı'nın arama sırasında huzurda bulunması nedeniyle arama açısından özel tedbirin sağlanmış olduğunu belirtmektedir. Hal böyle olmakla birlikte arama kararını veren yargıcın huzurda bulunması olgusundan ayrı olarak Baro Başkanı'nın huzurda bulunmasına karşın ileri sürdüğü itirazları söz konusu tüm belgelerin etkin şekilde ifşasını veya el konulmasını önlemek açısından etkili olamamıştır. Buna ek olarak vergi müfettişleri ve polis amirleri arama kararındaki geniş kavramlarla aşırı bir yetkiyle donatılmışlardır. Son olarak Mahkeme temsil ettiği şirkete dair vergi meselelerine ilişkin vergi incelemesinde, vergi müfettişlerinin, salt söz konusu şirketin vergi kaçırma suçunu işlediği şüphesini doğrulayacak belgeleri bulmanın ve gerekli incelemeleri ve kontrolleri yapmanın güç olacağı gerekçesiyle avukatları hedef aldığı, hal böyle olmakla birlikte başvurucu avukatların hiçbir zaman herhangi bir suç işledikleri veya müvekkil şirketlerinin dolandırıcılıklarına katıldıkları iddiasıyla suçlanmadıklarını belirtmektedir. Dolayısıyla Mahkeme arama ve el koyma kararı takip edilen amaçla orantısız olduğunu göz önüne

olarak oy birliğiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.”
(André ve Diğerleri / Fransa, 2008)⁸

7. Özel Yaşamın Gizliliğinin Sağlanması Amacıyla Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

AİHM’de kamuoyunca tanınan kişilerin özel yaşamlarının ayrıntılarının onur kırıcı nitelikte olmaksızın basın yoluyla açıklanması ilk kez Kont ve Kontes Spencer’in İrlanda’ya karşı yaptıkları başvurunun konusu olmuştu. Ancak bu olayda başvurucular iç hukuk yollarını çalıştırmadıkları için Mahkeme olayın özünün araştırılmasına girmemişti.

Mahkeme, bu konudaki görüşünü, ünlü sinema oyuncusu Grace Kelly ile Monako Prensi 3. Rainer’ in kızları Prenses Caroline’in yaptığı başvuru nedeniyle ilk kez ortaya koymuştur. Başvurucunun evinin dışında günlük işlerini yaptığı sırada izinsiz çekilen fotoğrafları bir Alman bulvar gazetesi tarafından yayınlanmıştır. Başvurucu fotoğraflarının daha fazla yayınlanmaması için, Alman Mahkemeleri’nden ihtiyati önlem yoluyla yayın yasağı konulmasını talep etmiştir. Alman Mahkemeleri, başvurucunun toplum içinde “*par excellence*” üst düzey bir konuma sahip olması nedeniyle izni olmaksızın evinin dışında çekilen fotoğraflarının basın yoluyla yayınlanabileceğine ve bu konuda hoşgörülü olması gerektiğine karar vermiştir.

Kararın temyizi aşamasında Federal Mahkeme, olayın iki yönü hakkında farklı iki değerlendirme yapmıştır. Federal Mahkeme, topluma mal olmuş kişilerin evlerinin dışında da özel yaşamlarına saygı duyulması gerektiğini, onların da objektif olarak kendilerini gözlerden uzak tutup yalnız kalmak isteyebileceklerini, kamuya açık alanlarda davranamayacakları kadar özgürce hareket edebilecekleri sınırlı ortamların da bu kavramın içinde bulunduğunu benimsemiştir. Bu kriterle (Mekansal izolasyon kriteri) bağlantılı olarak erkek arkadaşı

⁸ Cengiz, Serkan, bilgilendirme iletisi.

ile birlikte restoranda çekilmiş fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı dava, başvurucunun istemleri doğrultusunda sonuçlanmıştır.

Federal Mahkeme, hukuksal tartışmanın diğer boyutu hakkında kamuoyunun bir prensesin dışarıdaki temsil etkinlikleri konusunda bilgi sahibi olmak isteyeceğini ve bu konunun basın özgürlüğü alanına girdiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvurucu, 'izole olmayan alanlarda' günlük yaşamını göstererek, tek başına veya başkalarıyla birlikte çekilen fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı davayı yitirmiştir. Federal Mahkeme'nin iki boyutlu içtihadı, bu değerlendirmeleri içermektedir.

Prensesin başvurusu üzerine konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi içinde ele alan AIHM, özetle aşağıdaki kararı vermiştir:

"Başvurucunun, yalnız veya birisiyle birlikteyken, günlük yaşamında tamamen kendisini özel etkinliklerine vermişken çekilen fotoğraflarının yayınlanması "özel yaşamı" kavramı çerçevesine girmektedir. Fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar, Monako için herhangi bir resmi işlem yapma yetkisi olmayan ve kamuya mal olmamış prensesin özel yaşamına ilişkin ayrıntılar, bir grup okuyucunun meraklarını gidermek amacıyla basılan bir dergide yayınlanmıştır. Kısaca, söz konusu yayımlar, başvurucunun kamuoyu tarafından bilinmesine karşın, toplumun genel ilgisi ile bağlantılı bir tartışma yaratmamıştır. Malikeme, ayrıca, herkesin, kamuoyu tarafından tanınan birisi dahi olsa, özel yaşamlarının korunması ve sosyal ölçütleri de içerecek biçimde özel yaşamlarına saygı duyulması konusunda meşru bir beklentisi olduğunu vurgular. Söz konusu fotoğraflar, -ki başvurucunun yalnızca özel hayatını içermektedir- başvurucunun izni veya bilgisi olmadan fotoğrafçılar tarafından taciz edilerek çekilmiştir. Ötesinde, teknolojik imkanların bir getirisi olarak, tüm diğer olguların yanında, rahatlıkla çekilebilen fotoğrafların aynı zamanda dağıtımının yapılması karşısında mücadele edilmesi ve özel hayatın korunması bir gereklilik olarak ortadadır. Başvurucunun, eşi benzeri olmayan "par excellence" bir toplumsal özne olmasını tanımlarken, kendisinin gözlerden uzak bir

alandayken eylemin gerçekleşmesi ve ötesinde bunu kanıtlamasına rağmen, yerel mahkemeler, başvurucuya, özel yaşamın korunmasına dayanmasına izin vermemişlerdir. Mahkeme'nin bakış açısıyla, mekansal izolasyon kriterini, ilgili kişinin önceden belirlemesi çok zor ve olanaksızdır. Sözleşme'nin ilgili maddeleri uyarınca kişinin özel hayatını korumada pozitif yükümlülüğü bulunan ve kişinin görüntülerinin kullanılmasını denetleme hakkına sahip devlet, başvurucunun özel hayatı için etkili bir koruma sağlamakta başarısız olmuştur.” (Von Hannover / Almanya, 2004)

Mahkeme, Alman Federal Mahkemesi'nin aksine, olayın her iki boyutunu da birlikte değerlendirmiş, Mönako Prensesi'nin gerek güncel davranışlarının, gerekse erkek arkadaşı ile birlikte olduğu sırada çekilen fotoğraflarının “...bir grup meraklı okuyucu...” dışında kamuoyunu ilgilendirmediğini özellikle vurgulamıştır. Böylece, günümüzde, her ülkede var olan, ünlülerin özel yaşamlarına aşırı ilgi duyan dedikodu meraklısı okurların eğilimlerinin, özel yaşam güvencesini kaldıran bir etken olarak yorumlanmasına izin vermemiştir.

Kamu yöneticilerinin özellikle görevleriyle ilgili konularda ise gizlilik perdesi yerine göre tümüyle kaldırılabilen veya çok gevşek tutulmaktadır. Böyle bir örtüşme özel yaşamın korunması alanını aşmakta, kamu yararı açısından topluma sunulması gereken bilgiler olarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme, Avusturya Başbakanı'nın siyasal nedenlerle eski Nazileri ve SS'leri koruması, onların siyasal yaşamda 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 gerektiğini kararlaştırmıştır... (Lingens / Avusturya, 1986)

Yine Avusturya'dan kaynaklanan başka bir davada Mahkeme, “...Özelliksiz kişilere göre kamusal kimliği ile hareket eden bir politikacıya yönelik eleştirinin hoş görülebilir sınırlarının daha geniş olduğunu, politikacıların bilerek ve kaçınılmaz olarak her sözünü ve davranışını basının ve halkın yakın denetimine açmış ol-

duğundan, özellikle eleştiriye elverişli söylemleri nedeniyle, daha da hoşgörülü olmak zorundadır." demiştir. (Oberschlick I / Avusturya, 1991)

Bask Bölgesi'nin İspanya'dan ayrılmasını savunan siyasi partinin Senatörü Avukat Castells, haftalık bir dergide yayınlanan makalesinde, seçim bölgesinde işlenen faili meçhul cinayetleri, yer, zaman ve ad belirterek bu olayları gerçekleştirenlerin kimlikleri bilindiği halde hala çalıştıkları kamu görevinde kaldıklarını ve koruma altına alındıklarını, olayların ardında Hükümet' in ve iktidardaki siyasi partinin bulunduğu ileri sürmüştü... Düşünceyi açıklama özgürlüğünün önemini, hükümete ve politikacılara yönelik eleştiri sınırının daha geniş olduğunu belirten AİHM, özellikle "...başvurucuya makalede yazdıklarını kanıtlama olanağının tanınmamasını anlatım özgürlüğüne haksız bir müdahale..." olarak nitelemişti. (Castells / İspanya 1992)

İçkili araç kullanmaktan mahkum edildiği halde görevinden ayrılmamakta direnen Belediye Başkanı'nun neden olduğu siyasal tartışmalar sırasında karşı partinin halen görevde bulunan Bölge Hükümeti Başkan Yardımcısı'nun da yaklaşık 20 yıl önce bir kişinin ölümü ve birkaç kişinin yaralanması ile sonuçlanan trafik kazasından mahkumiyetinin bulunduğu ileri sürülmüş, Belediye Başkanı'na yöneltilen eleştirilerin çifte standart oluşturduğu belirtilmiştir.

Günlük gazetede yayınlanan bu yazı nedeniyle konuyu değerlendiren AİHM, başvurucunun amacının hakaret etmek olmadığını, iki partinin karşı karşıya geldikleri olayda, siyasal ahlak konusundaki çelişkili yaklaşımlarını vurgulamak için, geçmişte kalan cezası çekilmiş bir olayı örnek gösterdiğini belirttikten sonra, "*Birbirleriyle yarışan politik güçler olan Halkçı Parti ile Sosyalist Parti arasında siyasal ahlak konusunda çıkan tartışmada, bir politikacının bu türden daha önceki mahkumiyetlerinin sergilenmesinin, üstleneceği siyasal görevler için uygunluğunun değerlendirilmesi açısından önem taşıması nedeniyle, demokratik toplumda gerekli olmayan müdahalenin.*" 10. maddeyi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. (Schwabe / Avusturya, 1992)

Gizliliğin sınırlandırılması, kamu güvenliği, ulusal savunma, devlet sırları, toplum sağlığı, yargısal soruşturmanın gerekliliği, ticari bilgilerin, patent haklarının, özel yaşamların korunması, suçların önlenmesi gibi, çok çeşitli nedenlere dayandırılabilir. ⁹

Günümüzde beklenmedik zamanlarda kameralarla kişilerin görüntülerinin alınması yoluyla istem dışı izlemeler Avrupa Konseyi organlarını da devinime geçiren önemli bir sorun durumuna gelmiştir. Avrupa Konseyi'nin anayasal konular hakkındaki danışma organı olan ve 48 bağımsız uzman üyeden oluşan Viyana Komisyonu, "halka açık/kamusal yerlerin kamera ile izlenmesinin temel özgürlükler açısından bir tehdit olduğu" yolunda görüşler içeren bir rapor yayınlamıştır. Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu 8 Haziran 2007'de, söz konusu uygulamanın özel yaşam ve seyahat özgürlüğü açısından bir tehdit oluşturulduğunu ve bu yolla toplanan bilgilerin kişisel bilgilerin güvenliği açısından bir takım sorunlar içerdiğini belirtmiştir. Komisyon sonuç olarak üye ülkeleri:

"Kamu güvenliği durumunun söz konusu olabileceği durumlarda:

- Söz konusu bölgenin izlendiğini sistenli olarak duyurmaya

- Bu tür izleme aparatların hukuksallığının denetim ve güvence altına alınması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bilgi toplama ve saklamayı düzenleyen diğer uluslararası metinlerle uyumlu olacak bir ulusal organın kurulması gibi önlemleri almaya çağırmıştır." ¹⁰

8. Kişisel Bilgilerin, Sağlık Bilgilerinin Gizliliği

Bireylerin sağlık bilgilerinin korunması da, devletlere iki yönlü yükümlülükler getirmektedir. Birincisi, kişilerin sağlık

⁹ Dinç, Güney, *AİHS'ne Göre, İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri*, İzmir Barosu Yayını, 2005.

¹⁰ (www.venice.coe.int)

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇİN
KONUŞMASI

sorunlarının gizliliğine özen gösterme ve dışa vurulmasını önleme yükümlülüğüdür. Finlandiya'da karı koca AIDS hastalığına yakalanmışlardır. Ulusal yasa bu tür bilgilerin yasaklanmasını ve başkalarına verilmemesini öngörüyor. Ancak, eşlerden birisi hakkında açılan ceza soruşturmasında, her ikisinin de sağlık raporlarına el konularak, kanıt oldukları gerekçesiyle bütün raporlar soruşturma dosyasına konulmuştur. Ceza davası sırasında, hekimlerinin tanıklık yapmaları sağlanmıştır. Yürürlükteki ulusal yasaya göre ise, sağlık belgeleri üzerindeki gizliliğin on yıl sonra kaldırılması öngörülüyordu. AİHM bu olayı özel yaşama saygı hakkının çiğnenmesi olarak nitelemiştir. (Z / Finlandiya, 1997)

Devletlerin bu konudaki pozitif yükümlülüğü ise, kişilerin sağlıklarıyla ilgili sorunlar karşısında, içinde buldukları koşulları değerlendirmelerini sağlayacak bilgi ve belgelerin kamu birimlerinin elinde olması durumunda, bu bilgilerin tümünün ilgili kişiye iletilmesidir. İngiliz Ordusu'nda 1960'lı yıllarda askerliğini yaparken, hardal ve sinir gazlarından korunmak üzere üretilen özel giysilerin geçirgenliğinin saptanması amacıyla denek olarak kullanılan kişinin geçirdiği çok ağır hastalıklara karşın sağlık raporlarına ancak 2005 yılında ulaşabilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelemiştir. (Roche / İngiltere, 2005)

Mahkeme, yalnız sağlık sorunları konusunda değil, kendileriyle ilgili devletin elindeki kişisel bilgilere ulaşma hakkının, konuyla ilgili olabilecek daha başka kişilerin de güvenliğinin sağlanması ve uygulamanın nesnel ölçütlere bağlanması koşuluyla 8. madde kapsamına girdiğini saptayan kararlar vermiştir. (Leander / İsveç, 1987) (Gaskin / İngiltere, 1989)

"Benim annem kimdir?" sorusu Fransa'dan gelen bir dava nedeniyle tartışılmıştır. Mahkeme çözüm bulmakta çok zorlanmıştır. 1965 yılında doğan başvuru, annesi tarafından kamuya ait bir bakım evine bırakılmıştır. Annesi, hiçbir koşulda kimliğinin çocuğuna ve ileride evlatlık olarak verileceği kişilere açıklanmamasını istemiştir. Başvuru, annesinin, kardeşlerinin, ailesinin diğer bireylerin kimliklerini öğren-

mek için çok uğraşmasına karşın, amacına ulaşamamıştır. AİHM, annenin kimliğini gizleme kararlılığı ile başvuru-
nun ailesini tanıma çabaları arasında, iki yetişkini ilgilendiren
bu çok karmaşık konuda, adil dengeleri belirleme yetkisinin
sonuçta ulusal organların takdiri içinde kaldığı görüşüyle, 8.
ve 14. maddelerin çiğnenmediğini kararlaştırmıştır. (Odievre
/ Fransa,2003)

Son Gözlemler

Yakın geçmişte bankaların ve ekonomik yaşamın güven-
liği için insanların fişlenmesiyle başlayan süreç, 11 Eylül olay-
larından sonra, teröre karşı önlem gerekçesiyle parmak izleri-
nin, DNA kotlarının depo edilmesine, telefonların dinlenme-
sine, insanların sürekli gözetim altında tutulmasına kadar çok
geniş alanlara yayılmıştır. Teknolojik alanlardaki gelişmeler
de bu süreci yaygınlaştırmaktadır.

Ekonomik kriz dönemleri insan haklarının uygulanma
alanını daraltmaktadır. Daralma, toplumlara göre farklılıklar
göstermektedir. Avrupa ülkelerinde öncelikle göçmenlerin,
yabancı kökenlilerin, sığınmacıların temel hakları aşama aş-
ma kısıtlanmaktadır. ABD'nde en büyük darbeler, ekonomik
açıdan alt düzeyde bulunanlara, evsizlere (homeless), işsiz-
lere, gettolarda yaşayanlara indirilmektedir. Siyasal iktidar-
larla dinsel inançlar arasında doğrudan bağlar kurulabilen
Türkiye gibi ülkelerde ise, dışlananlar, egemen yöneticilerle
aynı yaklaşımları paylaşmakta isteksiz kalan toplum kesimle-
ri olmaktadır. Yani, çoğulculuğu benimseyenler, demokratlar
ezilmektedir.

Kısaca diyebiliriz ki, birbirini tetikleyen küreselleşmenin,
terörün ve ekonomik krizlerin geliştiği dönemlerde pastanın
küçülmesi, yoksul halk kesimlerinin insan haklarının doğ-
rudan kısıtlanıp çiğnenmesine neden olabilmektedir. Günü-
müzde böylesine olumsuzluklarla yüklü bir sürenin eşğine
gelmiş bulunuyoruz.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

GÜNEY
DİNÇ'İN
KONUŞMASI

Sayın Başkan'ın bize verdiği süreye bağlı kalarak sözlerimi burada sonlandırıyorum. Ancak, gözlediğimiz genel eğilimi bir kez daha vurgulamamız gerekiyor. Yalnız Türkiye'de değil, en demokrat bildiğimiz ülkelerde de, bütün dünyada terör olasılığı, terör korkusu, insan haklarının engellenmesi, özgürlüklerin kısıtlanması için bir gerekçe olarak kullanılmaktadır. Uluslararası toplum bu eğilimini açıkça ortaya koymuştur. Geleceğe dönük olarak da bu doğrultudaki uygulamaların yoğunlaşacağı görülmektedir. Bizler biliyoruz ki, özgürlüklerin kaldırılmasıyla terör önlenemez, Terör ve özgürlükler arasında böyle bağlantılar kurulamaz. Bu tür eğilimlere karşı hukukçular olarak, demokrat kişiler olarak tavır konulması gerektiği düşüncesindeyim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sayın Dinç'e ben de teşekkür ediyorum, zamanı da çok mükemmel bir şekilde aşmadan kullandığını hemen ifade edeyim.

Panelimizin ikinci konuşması, "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam*" başlığı altında, Sayın Kanadoğlu tarafından yapılacaktır.

Buyurun Sayın Kanadoğlu.

**Doç. Dr. Korkut KANADOĞLU (İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi):**

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Benim konumu Başkan aktardı, ama ben bu konu ile sınırlı kalmayacağım. Bunun şöyle bir nedeni var: Konunun kapsamını belirlerken, tam da bu konuyla ilgili dikkat çekici bir mahkeme kararı ile karşılaştım. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 2008 tarihli yeni bir kararı.¹ Sayın Dinç'in aktardığı bütün konuları da aslında içeren, ama konuyu daha farklı bir boyuta getiren önemli bir karar. Ben izninizle bu karardan hareketle bizim anayasamızdaki hükümleri de değerlendirecek bir sunum yapmak istiyorum.

Bu karara konu olan, Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nin Anayasayı Koruma Kanunu. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu Kanun'a ilişkin olarak yapılan anayasa şikayeti üzerine verdiği kararlar, temel hak ve özgürlüklere özel yaşamın gizliliği açısından yeni bir boyut kazandırıyor. *"Bilişim teknolojisi sistemlerinin mahremiyeti ve bütünlüğü hakkı"* diye Türkçeye tercüme edilebilecek bir hak türetiyor Mahkeme. Mahkemenin bu hakkı nereden türettiğini, niçin böyle bir hak türetme gereğini duyduğunu anlatacağım. Ancak bu hakkın

¹ BVerfG, 1BvR370/07 vom 27.2.2008, Absatz - Nr. (1-333), <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227>. Bu kararın önemli gördüğüm bölümlerinin tercümesi, konuşma metninin ardına eklenmiştir.

türetilmesi ihtiyacının niçin doğduğunu anlatmadan önce, kısaca Yasanın içeriğinden söz etmek istiyorum.

Yasada anayasayı koruma makamlarına iki temel önlem alma yetkisi veriliyor. Bu önlemlerden birisi, aslında genel olarak iletişimle, özel olarak da iletişimin gizliliğiyle ilgili olan bir önlem. Bu önlem anayasayı koruma makamlarına internet üzerindeki iletişimin içeriğinden teknik yollarla bilgi edinme olanağı sağlamakta. Bu önleme karşı koruma sağlayan temel hakkın belirlenmesi, çok büyük bir sorun yaratmıyor. Buna göre normalde nasıl mektupla haberleşme ya da telefonla haberleşme yapılabiliyor ve buradaki faaliyetler iletişimin gizliliğinin korunmasına ilişkin temel hak ile korunabiliyorsa, internet üzerinden haberleşmenin de iletişimin gizliliğiyle korunabilmesi mümkündür.

Ancak, yasa ikinci bir önlem alma yetkisi veriyor ki, bu yetki ilginç bir alana ilişkin. Bu alan bilişim teknolojisi sistemlerini kapsıyor. Ben BTS diye kısaltayım, hep söylemekte zorlanıyorum. BTS ile kastedilen de, elektronik verileri saklayan, işleyen ve onları ileten her türlü sistem. Bu sistemler arasında bilgisayar, cep telefonu ve benzer başka birçok araç girebilir. Yasa, bu sistemlere gizli el atmayı öngörüyor. Gizli el atma ne demek? Gizli el atma, BTS'lerin içine sızmayı sağlıyor. Yani, sizin kişisel bilgisayarınıza, örneğin gönderilen bir casus programla sızılabilir, işte söz konusu Yasa da bu sızmaya olanak sağlıyor. İlginçtir, BTS'lere bu şekildeki sızma Alman kamuoyunda "*Federal Trawal*" diye adlandırılıyor.

Anayasayı Koruma Kanunu ile öngörülen bu iki önlem arasındaki fark nasıl belirlenebilir? İkinci sırada aktarılan önlem ilkinden farklı kılan iki önemli noktadan söz edilebilir. Birincisi bu yolla kişinin tüm kişisel verilerini -bunun içine haberleşme ile elde edilen veriler dahil- gözetleme ve onlara el koyma olanağı veriliyor. İkincisi, bu olanağın kullanımı süreklilik unsurunu içeriyor. Bu önlemlerin ortak olan yanı ise, her ikisinin de suçu önleme, suçu izleme ya da gizli servislerin istihbarat önlemi olarak yapılabileceğinin öngörülüyor

olmasıdır. Olayımızda da zaten istihbaratla yetkili Anayasayı Koruma Kurumu'na bu yetki veriliyor.

Söz konusu bu yasanın çıkmasından önceki tarihe kadar, bilgisayar sistemlerinin içine gizlice sızılarak yapılan bu tür gözetlemelere ilişkin tek tük uygulamalar gündeme geliyor. Orada da -Almanya'da- Federal Yüksek Mahkeme'nin, Sayın Dinç'in biraz önce söylediği gibi, bu önleme dayanak oluşturacak yasal bir düzenlemenin olmadığına dair kararı üzerine, bu tür uygulamalara son veriliyor. İlk kez bu Kanunla bu çeşit bir önlem, yasal temele kavuşturuluyor. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de kararında bu yasal temelin anayasa-ya uygunluğunu tartışıyor. Bu tartışmayı ben de bazı değerlendirmelerle size aktarmak istiyorum.

Niçin böyle bir yasal düzenlemeye gerek duyuluyor? Çok açık. Son dönemlerde uluslararası terör özellikle artmaktadır. Teröristler bu doğrultuda kendi irtibatlarını, bağlantılarını kurmak ve sürdürmek için bu tür teknolojik sistemleri; bilişim, iletişim teknolojisi sistemlerini kullanmaktadırlar. Şifrelenmesi ve gizlenmesi halinde bu sistemlerle yapılan iletişim içeriğinin elde edilmesi konusunda büyük sıkıntılar yaşanmaktadır. Bunların klasik soruşturma yöntemleriyle elde edilmesindeki güçlükler, bu tür bir sızma önlemini gerekli kıyor. Bu nedenle belirtilen Yasa ile güvenlik açıklarından yararlanarak, işletme bağlantıları vasıtasıyla kişisel bilgisayarlarla, cep telefonlarına ve diğer BTS'lere sızma yetkisi tanınıyor. Sızmanın avantajları da çok açık ortada. Böylece sisteme bir kez girilmesiyle şifrelerin kırılması da mümkün oluyor. Gizli el atmanın yarattığı diğer avantajlara yeri geldikçe değinilebilir.

Bir de anayasa şikayetine başvuranlardan söz edeyim. Başvuranların kimlikleri de ilginç. Bunlardan birisi bir yazar ve "Stop 1984" adlı bir web sitesi sayfası işletiyor. Buraya aşırı sağcılar da katılıyor, orada sohbe -chat'e- katılıyorlar. Başvurucu da bunları kendi kişisel bilgisayarına kaydediyor. Başvuranlardan ikincisi, bir avukatlık bürosunda çalışıyor ve sığınmacılara danışmanlık hizmeti veriyor. Danışmanlık hiz-

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

meti verdiği sığınmacılardan biri, Anayasa Koruma Kurumu tarafından izlenen -burada öyle yazıyor- Kürdistan İşçi Partisi, yani PKK'nın ileri gelen bir üyesi. Bir diğer başvuran da yine Anayasayı Koruma Kurumu tarafından izlenen, bugün için Almanya'nın siyasal yaşamında önemli bir yer tutan "Die Linke" adlı sol partinin bir üyesi.

Başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, öncelikle "niçin elimizde var olan genel kişilik hakları ve onun farklı görünüşleriyle buradaki özgürlük korunmuyor?" sorusuna yanıt veriyor. Diğer bir söyleyişle, "niçin burada BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğünün sağlanması temel hakkına ihtiyaç var?" sorusuna yanıt veriyor. Bu hakka Alman hukuk çevrelerinde "bilgisayar ya da dijital iletim alanı üzerindeki temel hak" ya da "bilgişim temel hakkı" gibi isimler verildiğini görüyoruz.

Esas olarak Mahkeme, "Ben bu hakkı, yani BTS'ler üzerindeki mahremiyet ve bütünlük hakkını genel kişilik hakkının özel bir görünümü olarak türetiyorum. Bunun kaynağı da benim anayasamın insan onurunun korunması ve kişiliğin geliştirilmesine ilişkin haktan kaynaklanıyor" diyor.

Yeri gelmişken, TC Anayasası'yla da paralellik kurarak vurgulanması gereken asıl nokta, kişilik haklarının tüketici sayımının olanaksız oluşudur. Yani, kişilik hakları, öyle tanımlanarak tüketilecek unsurlardan oluşmuyor. Çünkü kişisel yaşamdaki gelişmeler, buradaki teknolojik gelişmeler, kişiliğin korunması gereken yepyeni görünüşlerini ortaya çıkarıyor.

Bu açıdan TC Anayasası gerek metrine gerekse uygulamasına baktığımızda, bazı değerlendirmelerde bulunulabilir. Buna göre, ilk olarak, Anayasa'nın sistematığı, okuyunca da hemen görüleceği üzere, hatalı olsa gerek. Kişi hak ve ödevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın İkinci Bölümündeki IV. başlık "özel hayatın gizliliği ve korunması"dır. Bu başlık altında 3 madde yer alıyor. Bu 3 maddeden birincisinin adı, yine özel yaşamın gizliliği; gereksiz bir tekrar. Arkasından konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği başlıklı maddeler

geliyor. Kişilik haklarının, Anayasa'nın bu üç maddesinde sayılan haklarla sınırlı olmadığı açıkça ortadadır.

Anayasa metnindeki bu sorun, Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasında da benzer bir biçimde karşımıza çıkıyor. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararda, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda yer alan ve konusu edep dışı hareketlerde bulunanların fotoğraflarının ve parmak izlerinin alınmasına ilişkin bir düzenlemeyi haklı olarak iptal ediyor. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı gerekçeyi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirttiğimiz kararındaki gerekçeyle karşılaştırdığımız zaman bu gerekçenin hatalı, en azından farklı olduğunu söyleyebilirim. Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı gerekçe, aslında kişinin özel yaşamıyla hiç ilgisi olmayan, kişi özgürlüğü ve güvenliği maddesi; Anayasa'nın 19. maddesi. Oradan bir genel hak kategorisi türetiyor bizim Anayasa Mahkememiz. Anayasa'nın 19. maddesinin, insanın dilediği gibi davranabilmesine ilişkin, kişinin kendi verdiği kararlar çerçevesinde davranabilmesine ilişkin kapsayıcı ve kurumsallaşmamış tüm özgürlükleri içine alan bir düzenleme olduğunu belirleyen Anayasa Mahkemesi, söz konusu yasal düzenlemenin, buradaki hakkı ihlal ettiği sonucuna varıyor.

Oysa Anayasa Mahkememiz de, buradaki kişilik unsurlarının korunmasını, insan onuruna; Anayasa'nın Başlangıç bölümü 6. paragrafında yer aldığı gibi, onurlu bir yaşam sürme hakkına ve yine 17. maddesindeki maddi manevi varlığını geliştirme hakkına dayandırabilirdi. Ama bunu yapmıyor. Bu durumda, temel hak korumasını güçlendiren böyle bir yolun kapısının yanlış bir yerden açıldığını söylemek mümkün.

Bizim hukukumuzla ilgili olan bu parantezi kapatıp, yine bu temel hakkın ortaya çıkış ihtiyacının nedenlerini aktarmaya devam edelim. Önce BTS'lerin kullanımının önemine değinmek gerekir. BTS'lere ilişkin temel hakkın farklılığının nereden kaynaklandığını, niçin bu tür bir temel hak türetmek durumunda kaldığını söylerken, Federal Anayasa Mahkemesi bu sistemlerin önemine vurgu yapıyor. Bu BTS'lerin kişile-

rin günlük hayatlarını sürdürmelerinde, sosyal bağlantılarını kurmalarında, mesleki hayatlarını sürdürmelerinde onlara çok büyük kolaylıklar sağladığını, bu sistemlerde bütün verilerini topladıklarını, bunları bir dijital kütüphane olarak kullanabildiklerini, bütün iletişimlerini bu iletişim sistemleri üzerinden kurabildiklerini ifade ediyor.

Ancak, sorun şurada: Tehlike nereden kaynaklanıyor? BTS'lere gizlice el atma şeklindeki bir önlem sadece kişisel verilerin elde edilmesine değil, kişinin bu sistemler içinde yürüttüğü tüm faaliyetlerine ilişkin, günlük yaşamına, kişiliğine ilişkin bütüncül bir profil çizmeye, çıkarmaya olanak tanıyor.

Gelinen aşamada, iletişimin gizliliğiyle BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğü hakkını karşılaştırmak gerekiyor. İletişimin gizliliğinin sağladığı koruma nedir? İletişimin gizliliğinin sağladığı koruma, bilgilerin alıcılara telekomünikasyon araçlarıyla aktarılmasıdır, koruduğu alan budur. Ama bu yine de BTS'lerin mahremiyetini, bütünlüğünü korumaz. Niçin? Çünkü iletişim anlıktır, iletişimin gizliliği, iki kişi arasında içeriği ve koşulları açısından noktasal bir koruma sağlar. Bu koruma hangi aktarım çeşidi (kablo ya da telsiz, analog ya da dijital) ve hangi ifade şekli (söz, resim, ses, işaret ya da diğer veriler) kullanılarak yapılırsa yapılsın, ister telefonda olsun, ister internet üzerinde olsun tüm telekomünikasyonu kapsar. Koşullarını da korur, içeriğin yanında koşullarını da korur. İletişimin koşullarıyla, kim ne zaman yaptı bu iletişimi, hangi sıklıkta yaptı gibi sorulara verilen yanıtlar kastedilmektedir. Ama dediğim gibi, gizlilik süren bir iletişime getirilen korumadır. Sızma halinde ise, süren bir iletişimi aşacak şekilde, o iletişimin verileri de dahil olmak üzere BTS'lerin hafızasındaki tüm verilere el atılabilir. Örneğin bu verilerin haberleşmeye katılanlardan birisi tarafından bilgisayarına kaydedilmesi halinde, iletişimin gizliliği kaydedilmiş bu veriler üzerinde sonradan bir koruma getirmez. Çünkü iletişim orada bitmiştir. Ancak, iletişim içeriğine ilişkin verileri o iletişime katılanlardan birisi bilgisayarına kaydettiği zaman, bunu hangi özgürlükle koruyacağız, sorunu ortaya çıkıyor. Dolayısıyla

böyle bir hakkın (BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğü hakkı) gerekli olduğunu söyleyebiliriz.

Bu hak türetilirken, bir de meydana gelebilecek tehlikenin ağırlığının göz önünde bulundurulması gerekir. Çünkü tek bir iletişimin dinlenmesi ve ona ilişkin verilerin elde edilmesiyle oluşacak zararın ağırlığı, herhalde bütün iletişim ve hatta kişinin bütün kişisel verilerine ilişkin bir sızmanın (göz atmanın) yanında hafif kalacaktır.

Burada konut dokunulmazlığına değinmekte de yarar var. BTS'lere gizlice el atılması halinde, konut dokunulmazlığı bu el atmaya bir koruma getirmez. Niçin? Çünkü konut dokunulmazlığının koruduğu değer, içinde özel yaşamın geliştiği mekândır, alandır. Özel konut yanında, iş ya da ticari alan da bu koruma alanına girer. Konut dokunulmazlığının ihlali, sadece fiziksel olarak o konutun içine girmekle de tükenmez. O konut ya da alandan, herhangi bir yolla, dışarıdan algılanmayacak şekilde özel araçlarla bilgi edinilmesi de aynı şekilde konut dokunulmazlığını ihlal eder. Bu nasıl olabilir? Akustik ya da optik araçlarla konuttan veriler (bilgiler) alınması, konut dokunulmazlığının ihlalinin oluşturur.

Örneğin bilgisayara casus programı yerleştirmek suretiyle sızma yapmak için yetkili makamın çalışanı bir eve girerse, burada konut dokunulmazlığı ihlali vardır. Ama bir kere sızma olduktan sonra, bu sızmaya karşı konut dokunulmazlığı bir koruma sağlamaz, çünkü sızmada konumdan (mekandan) bağımsız olan bir işleyiş var. Niçin? Çünkü kişinin mobil şekilde, bulunduğu ortamdan farklı, yani konuma bağlı olmaksızın, dilediği yerde, nerede olursa olsun, örneğin dizüstü bir bilgisayarla yaptığı iletişim ya da bilgisayarında kayıtlı tüm veriler, bu tür bir casus programla rahatlıkla elde edilebilir. Bu yüzden, konut dokunulmazlığının da BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğünün korunması için gereken yararı sağlamadığını söyleyebiliriz.

Özel yaşam alanlarına ilişkin üçlü bir kategoriden söz edilebilir. Zaten en dış alanda (skalada) hiçbir sorun yok. Şöyle ki, bu en dış alanda özel yaşama ilişkin herhangi bir koruma

söz konusu değil. Ortadaki alan, işte özel alan diyebileceğimiz, özel yaşam alanı diyebileceğimiz alanda kişiye istenmediği bakışlardan uzak kalma güvencesi tanınıyor. Burada, özel yaşam alanının korunması yoluyla da BTS'lere sızma engellenmiş olmayabilir, bu tür bir alan koruması yeterli olmayabilir. Zira BTS'lerin gözetlenmesiyle sadece o bahsettiğimiz alana ilişkin veriler kaydedilmiş olmayabilir. BTS'leri gözetleme yetkisi tanıyan yasalar bu bakımdan da belirli güvenceleri içermelidir. O güvencelerden birisi de, en iç alan, gizli alan, kişiliğin geliştiği çekirdek alana ilişkin hiçbir şekilde veri elde edilemez oluşudur. Alman Anayasa Mahkemesi de "Bu mutlak korumalı alanı güvenceleyen yasal bir düzenleme gerekir" diyor, kararındaki iptal gerekçelerinden birisi de bu. İşte elde edilen veri bu alana ilişkin olabilir. Bu durumda yalnızca özel yaşam alanına ilişkin bir koruma, kişiliğin geliştiği çekirdek alana giren bir müdahale karşısında yetersiz kalır.

Bu ilke telekomünikasyon, yani telefon dinlemeleri için de geçerlidir. Yukarıda bahsettiğimiz gizli alan, hiçbir şekilde veri değerlendirmesine tabi tutulamaz. Elde edilmişse, bu tür verilerin yok edilmesi gerektiğine ilişkin yasal bir düzenleme olmalıdır.

Bu bağlamda bir diğer temel haktan daha söz edilebilir. BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğü hakkını nasıl türetmişse Mahkeme, bu hak da, aynı şekilde genel kişilik hakkından türetilmiş bir hak. Bu hak şöyle ifade edilebilir: kişinin kendi kişisel verilerini açıklama ve kullanılmasını belirleme hakkı. Aslında bu hak bakımından da Türkiye'de eksiklikler göze çarpıyor. Bu hakkı güvence altına almak için zorunlu olan yasal düzenlemeler bu güne değin yapılamamıştır. Sözümlü ettiğim bu hak için bir yasa taslağı var, ancak ne zaman yasalaşacak belli değil. Kişinin kendi bilgilerinin kullanımına karar vermesi ve bu doğrultuda kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin mevcut yasa taslağı da bu tür sorunları çözmede yetersiz kalıyor. Bu konudaki bir yasanın, özel hayata ilişkin olanları da dahil olmak üzere bütün kişisel verileri kapsayacak şekilde olası tüm sorunlara çözüm bulması gerektiğini düşünürsek, mevcut taslağın bu açıdan eksik kalacağı açıktır. Zira

BTS'ler bakımından kişilik haklarını koruyan özel bir yasa da mevcut değildir.

Söz konusu yasanın anayasallığını tartışırken, Mahkeme BTS'lere ilişkin hakkın sınırsız olduğunu da söylemiyor. Hakkın sınırı bakımından demokratik standartlar her yerde aynı; birincisi yasal temel olacak ve bu yasal temel açık, belirgin olacak. Bunu uygulayanların davranışlarının bilinebilir ve yargılanabilir olmasını sağlayacak açıklıkta, belirginlikte yasal temeller olacak. Yasayı somutlaştırma yetkisi, onu uygulayıcıya verildiği anda, o hakkın korunmasında bir ihlal söz konusu olur, o hak ihlal edilmiş olur, bu çok açık. Fakat bu esasa ne kadar uyuluyor? İşte yakın geçmişte Danıştay, CMK'nın öngördüğü dinlemeye ilişkin yönetmeliği yetki unsuru bakımından dayanaktan yoksun olduğu için iptal etti. Uygulamada bu konularda çok duyarlı olduğumuzu söylemek sanırım mümkün değil. O zaman yasal temelin yukarıda belirtilen özellikleri taşıması daha da önem taşıyor.

İkincisi bu sınırlamayı haklı kılan meşru bir neden olacak; bu önlemin alınabilmesine ilişkin meşru neden olacak. Buna ilişkin sınırlama sebepleri var; uluslararası sözleşmelerde var, bizim Anayasamızda da var, Alman Anayasası'nda da var. Ancak önemli olan, bu sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılan sınırlamanın ölçülü olması.

Sınırlamanın demokratik standartlara uygunluğunu sağlayan üçüncü ve en önemli unsur olan ölçülülük ilkesi üç alt elemandan oluşuyor. Bunlardan ilki, elverişlilik. Elverişlilik, esas olarak yasa koyucunun takdirinde, bunun üzerinde fazla durmayalım. Yani, elde edilmek istenen amaca bir katkı yapıyor mu? Yaptığı zaman, burada da yapıyor, elverişlilik açısından bir sorun yok. İkinci aşama, gereklilik. Burada da amaca ulaşmak için daha az bir müdahaleyle aynı etkinlikte ya da daha etkili bir sonuca varmak söz konusu değilse, o zaman bu sınırlama gereklidir. Burada da bir sorun yok bu düzenleme bakımından. Üçüncü alt eleman; dar anlamda ölçülülüğe (orantılılık) geldiğimiz zaman, çok detaylı bir tartım yapıyor. Yani, oradaki sınırlama aracıyla sınırlama aracıyla

elde edilmek istenen amaç arasında bir tartım yapıyor Mahkeme. Bunu yaparken, bu düzenlemenin tüm unsurlarını dikkate alıyor. Olaydaki müdahale niçin ağırdır? Çünkü diyor Mahkeme; *“Burada kişinin, kişisel gelişiminin gerçekleştiği çekirdek alana ilişkin verilerin elde edilmesini engelleyen bir düzenleme yoktur. Bu, yapılan müdahalenin ağırlığını artırır.”*

İlginçtir ki, böylesi büyük bir müdahalenin varlığına rağmen, biz telefon dinlemesi konusunda yargı güvencesini sağlamakla aslında iyi bir yasal zemine sahibiz, ama uygulamada nasıl gerçekleşiyor, bilemiyorum. Almanya’da ilgili yasa, bu yetkiyi o eyaletin yüksek idare makamlarına veriyor. Ancak BTS’lerin gözetlenmesi söz konusu olunca, Alman Anayasa Mahkemesi *“Kişinin özel yaşama ilişkin bu denli önemli etkileri olabilecek bir müdahale için hâkim güvencesi olması gerekir”* diyor.

Kararın bundan sonrası da bence önemli: *“BTS’lerin mahremiyeti ve bütünlüğü hakkına yapılacak bir müdahale için somut olaydan elde edilecek dayanak noktaları olması gerekir. Bu dayanak noktalarının gerçekleşmesi için kişinin belli olması gerekir”*. Yani, *“Burada tehdidi yaratabilecek olan ve BTS’sine sızılacak olan kişinin, gerçek kişinin belirlenebilir olması gerekir”* diyor Mahkeme. *“Kişinin bu konudaki fiili davranışlarının hukuken korunan çok önemli bir değer için oluşturacağı tehdide yönelik fiili, somut, tekil olayda belirlenebilir noktaların olması gerekir”* diyor. Yani, öyle keyfi, kişiyle ilgili olup olmadığı belirlenemez, hatta üçüncü kişileri de içine alacak şekilde bir izlemenin söz konusu olmayacağını söylüyor.

Mahkemeye göre bu şekildeki bir müdahaleyi haklı kılan çok önemli bir hukuki değer olarak öncelikle kişinin vücut, yaşam ve özgürlüğü akla gelmektedir. Bundan başka tehdit edilmesi, devletin varlığı ve temellerine ya da insan varlığının temellerine dokunan kamunun buna benzer çıkarları da çok önemlidir.

Ben kalan son bir dakikada şunu da belirtmek istiyorum: Bütün bu koşullara uyulduğu zaman, ister sızma yoluyla olsun, ister anlık, süren bir iletişimin izlenmesi ile olsun, elde

edilen veriler, özel yaşamın kişiliğin geliştiği gizli alanına ilişkinde mutlaka yok edilmelidir. Bir soruşturma önlemi olarak devlet müdahalesiyle elde edilmesi gerekli olan veriler söz konusu ise, bunların da işlenmesinin belirli bir süreye bağlanması gerekir. Örneğin bu konuda Federal Almanya'daki yasal düzenleme, bu tür verilerin herhalde 6 ay içinde işlenmesini, değerlendirilmesini öngörüyor. İşe yaramayan, konuyla ilgili olmayan, müdahale edilmesi gereği doğmayan üçüncü kişilere ait veriler zaten yok edilecek. Bunların süresini de koymak gerekir, ama benim asıl söylemek istediğim şu: önemli bir hukuki çıkarı korumak için elde edilen verileri de Almanya'daki yasa örneğin "6 ayda işle" diyor, "bunları değerlendir" diyor. Bizde de mahkemenin önüne gelmesine kadarki aşamada, bu tür verilerin elde tutma süresinin 6 ayı aşmayacak biçimde belirlenmesinde büyük yarar var.

Ben son olarak şunu söylemek istiyorum: Bu toplantıya gelmeden önce yaptığım çalışmalarda, okumalarda bu alanın, çok geniş bir alan, üzerinde çalışılması gereken çok zevkli bir alan olduğunu gördüm. Bu özgürlük alanında da yine vatandaşların bilinci ve bu konulardaki duyarlılığı herhalde yasa koyucuyu harekete geçirecektir. Böylece bu alana ilişkin önlemlerin ve bu önlemleri uygulayanların davranışları üzerindeki gözetim artırılabilir ve bu hakkın bihakın korunması sağlanacaktır.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Alman FAYM'nin NRV AKK'daki İletişim Ağları Üzerinden BTS'lere Örtülü Devlet Sızmasına ve İnternetin Aydınlatılmasına İlişkin Hükümlerini Hükümsüz Kıldığı Kararı:

Anayasa (AY) şikayetinin konusu, Kuzey Ren Vestfalya (NRV) Anayasa Koruma Kanununun (AKK), AK makamlarının özellikle bilişim teknolojisi sistemlerinden (BTS) olmak üzere çeşitli veri elde etmesine ve elde edilen bu verilerin kullanımına ilişkin hükümleridir. (1)

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

AY şikayetinin konusunu oluşturan AKK m. 5/2 Nr. 11 AK makamlarını iki tür soruşturma (Ermittlung) önlemi için yetkilendiriyor. Birincisi, internetin gizlice izlenmesi ve diğer aydınlatılması (Aufklaerung), diğeri ise BTS'lere gizlice el atılması (Zugriff). (3)

a. İnternet, bilgisayar ağ sistemlerinin elektronik bağıdır. BTS'lerden oluşur ve kendisi de bir BTS olarak görülebilir. Yasadaki internetin aydınlatılması önleminden anlaşılması gereken, AK makamlarının internet iletişimi içeriğinden bunun için öngörülen teknik yollarla bilgi edinmesidir. Kuzey Ren Vestfalya hükümeti bundan sunucuya yönelik internet aydınlatılması olarak söz ediyor. (4)

Buna karşılık BTS'ye gizlice el atılması ise hedef sistemin güvenlik açıklarının kötüye kullanılması ya da casus program kurulması yoluyla gerçekleşen teknik bir sızma olarak anlaşılmalıdır. Hedef sisteme sızılması, kullanımının izlenmesine veya depolanan verilerin (Speichermedien) gözlemlenmesine ya da hedef sistemin uzaktan yönlendirilmesine olanak verir. NRV Hükümeti bu önlemlerden müşteri odaklı internet aydınlatması olarak söz ediyor. Şüphesiz ele alınan bu hüküm, yalnızca Sunucu-Müşteri-Modell'e yönelik bir ağ işletim yapısı çerçevesindeki önlemlere olanak tanıyacağına dair hiçbir işaret içermiyor. (5)

b. İnternetin gizli aydınlatılmasına yetki veren AKK hükmü (m.5/2, Nr. 11, cümle 1, Alt.1) önce AK makamlarınca genel olarak kolayca ulaşılabilir iletişim içeriklerinden bilgi edinmeyi düzenliyor. Örneğin Web-Browser aracılığıyla World Wide Web'de (Dünyayı Saran Ağ) erişimi güvenlik altına alınmamış bir Web sayfasının çağrılması gibi. Yasa gerekçesine göre AK makamları sahte bir isimle konuşmaya (chat), açık artırmaya ya da takas borsasına katılacak ya da güvenceli bir web sayfasını bulacak bir konuma girebilirler. Buna ilişkin olarak AK makamlarının, örneğin bilgi veren bir kişiden (Informant) ya da Keyloggging denilen yolla elde edilen bir şifre (password) kullanarak bir e-posta kutusuna ya da erişimi koruma altındaki bir web sayfasına girmesi akla gelebilir.

c. AKK'nun m. 5/2, Nr. 11, cümle 1, Alt.2 de, yakın zamanda siyaset ve hukuk biliminde "Online Durchsuchung / Online Überwachung" [iletişim ağları üzerinden yabancı BTS'lere örtülü devlet sızması-el atması. Bir kerelik el atmayı (Durchsuchung) da, geniş bir zamanı kapsayacak şekilde gözetlemeyi (Überwachung) de ifade ediyor. Hem suçluların izlenmesi hem de tehlikenin önlenmesi veya gizli servislerin bilgi edinmesinde kullanılıyor.] kavramları altında yoğun biçimde tartışılmış olan teknik sızma aracıyla BTS'lere gizlice el atma konusu düzenlenmektedir. Az da olsa bu tür önlemler, federal makamlar tarafından yasal yetkilendirme olmaksızın uygulanmıştır. Daha önce "Online araştırma" biçimindeki bu uygulama ve bu uygulamanın başarısı çok az bir kabul görmüştür. Bu tür önlemlerin uygulanması, Federal Yüksek Mahkemenin ceza usul düzeninin bu şekildeki önlemler için şu anda hukuki bir temel içermediğine ilişkin karar almasıyla birlikte geçici olarak sona erdirilmişti.

aa. Denetlenen bu federe kural Alman makamlarını "online" (çevrimiçi) araştırmaya yetkilendiren ilk ve şu ana kadar tek kuraldır. Federal düzeyde hangi makamın hangi koşullarda çevrimiçi araştırmaya yetkili olması gerektiği konusu tartışmalıdır. Özellikle bu günlerde -federal reform çerçevesinde Federal Anayasaya yeni alınan- uluslararası terör tehlikesine karşı koruma görevi (GG m. 73 Nr. 9a) bağlamında federal polisin bu yönde yetkilendirilmesi tartışılmaktadır. (8)

bb. "Çevrimiçi araştırma", özellikle aşırı ve terörist çevrelerden gelen suç faillerinin suç fiillerinin iletişimde, planlaması ve yürütülmesinde BT araçlarını ve özellikle interneti kullanmalarından kaynaklanan soruşturma zorluklarını hesaba katmalıdır. Federal Polis teşkilatı ve AK dairesi başkanları, sözlü duruşmada terörist şiddetin yayılmasında dünya çapında bağlantıların kurulması ve sürdürülmesi için BTS'lerin kullanıldığını ifade etmişlerdir. Özellikle aşırı ya da terörist çevrelerden kişilerin verileri depolaması ve iletişim içeriklerini şifrelemesi ya da gizlemesi halinde; BTS'lere ve ağ üzerinde kayıtlı verilerine el konulması ya da ağa dayalı iletişim gözetlemesi gibi klasik yöntemlerle yapılan soruştur-

ma büyük ölçüde zorlaşmakta ya da tamamen imkansız hale gelebilmektedir. (9)

Bir BTS'ye gizlice el atılması birçok zorluğu beraberinde getirmektedir. Hedef sistemin kullanıcılarının teknik güvenlik önlemi alması ve işletim sistemini düzenli olarak güncelleme- si halinde bu durum özellikle ortaya çıkar.

Sızma başarılırsa, bu soruşturma makamlarına alışıla- geldik soruşturma yöntemlerine göre birçok avantaj sağlar. El atmanın gizliliği nedeniyle ilgili, açıkça yapılan bir konut aramasından farklı olarak geleceğe yönelik olarak önceden uyarılmamış olur. Bilgisayar kullanıcısı verilerini sadece şif- relenmiş biçimde gerçekleştirse de bu tür veriler "çevrimiçi araştırmada" şifresi kırılmış olarak elde edilebilirler. Çünkü bilgisayara sızma, kamu makamlarının, kullanıcının verileri sözü edilen zamanda kullandığı şekilde el atmalarına olanak- lı kılar. Şifreleme tekniğini aşmanın sağladığı yarar, süren internet iletişiminin (Bu iletişim sonucu oluşan veri Türk hu- kukunda "trafik bilgi" olarak kullanılmaktadır.) gözetlenme- si bakımından da anlamlıdır. İletişim şifreli olarak sürdüğü müddetçe -telefon konuşmalarında sıkça olduğu gibi- bu ile- tişim etkili olarak yalnız son telekomünikasyon aracında gö- zetlenebilir. Bilgisayar kullanımının uzun süreli gözetlenme- si, şifreleme teknolojilerinin ve diğer güvenlik önlemlerinin aşılabilmesini sağlar. Böylece şifreler ve diğer bilgilerin oluş- turduğu hızlı veriler ilgilinin kullanım davranışları üzerinden elde edilebilir. Bu tür bilgiler klasik soruşturma yöntemleriyle kolay kolay elde edilemez. (11)

d. AKK, bu önlemleri, kural olarak istihbarata yönelik bil- gi edinme koşullarına bağlamıştır. Buna göre bu şekildeki bil- giler anayasayı koruma için gerekli çabaların ürünü olmalı ve bu bilgiler için gerekli kaynaklardan elde edilmelidir. Önlem- ler mektup, posta ve uzağa gönderimin gizliliğini ihlal edi- yorsa, mektup, posta ve gönderişimin gizliliğinin sınırlandı- rılmasına ilişkin Kanundaki koşullara uyularak yapılmalıdır.

AY şikayetine başvuranlardan biri gazeteci ve bir çevri- miçi yayında yazıyor. Mesleki faaliyeti sırasında anayasaya

düşman kişi ve örgütler tarafından işletilen internet sitelerini ziyaret ediyor. Bunun dışında verilerin hukuken korunmasına ilişkin faaliyetlere katılıyor ve diğerleriyle <http://www.stop1984.com> adlı bir web sayfası işletiyor. Bu web sayfasına bağlı olarak sohbet (chat) katılma olanağı doğuyor ve bu olaktan radikal sağcılar da yararlanıyor. Bu kişiler hakkındaki bilgileri AY şikayetine başvuran kişi kendi özel ya da mesleki bilgisayarının hafızasına (sabit diskinde) yüklüyor.

AY şikayetine diğer başvuran NRV anayasa koruma makamınca izlenen DIE LINKE (sol) partisinin NRV eyaletinde aktif bir üyesidir. Siyasi faaliyetleri için internete bağlı bilgisayarını kullanmaktadır.

Diğer iki AY şikayetçisi ise bir avukatlık bürosunda çalışmaktadırlar. Biri, avukat olarak sığınma başvurusunda bulunanlara danışmanlık yapıyor ve bunlardan biri de NRV AK makamlarının gözlemi altında olan Kürt İşçi Partisi'nin (PKK) önde gelen bir üyesidir. Bu kişiler de hem evlerinde hem de işyerlerinde internete bağlı olan bilgisayar ağ işleticisini kullanmaktadırlar.

AKK m. 5/2 Nr.11'e karşı olan AY şikayetlerinde, şikayetçiler AY m. 1/1, 10/1 ve 13/1'e bağlı olarak AY m. 2/1'in ihlal edildiğini ileri sürüyorlar.

BTS'lere gizli el atmayı düzenleyen AKK m. 5/2 Nr.11 (2. alternatif) genel kişilik haklarının özel bir görünümü olan BTS'lerinin mahremiyeti (Vertraulichkeit) ve bütünlüğünün (Integrität) sağlanması temel hakkını ihlal etmektedir. (166)

BTS'lere müdahalelere karşı korumayı, özellikle AY m. 10 (haberleşmenin gizliliği) ve m. 13 (konut dokunulmazlığı) ve ayrıca bireyin kendi kişisel bilgilerinin açıklanması ve kullanımını belirleme hakkı (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) gibi diğer temel haklar sağlayamadığında, bu koruma genel kişilik hakkının bu görünümü tarafından sağlanır. Mevcut müdahaleler anayasal açıdan meşru değildir: (AKK m. 5/2 Nr. 11) Normun açıklığı ilkesine aykırıdır; ölçülülük ilkesinin gerekleri yerine getirilmemiştir ve norm özel yaşa-

mın biçimlendiği çekirdek alanın korunması için yeterli önlemi içermemektedir.

1. AKK m. 5/2 Nr.11 (2. alternatif) genel kişilik hakkının özel bir görünümü olarak BTS'lerin mahremiyet ve bütünlüğü temel hakkına müdahalelere yetkili kılmaktadır; bu hak, genel kişilik hakkının, kendi kişisel bilgilerinin açıklanması ve kullanılmasını belirleme hakkı ve ayrıca AY m. 10 ve 13'deki temel hak güvenceleri gibi diğer somutlaşmalarına, bu hakların yeterince ya da hiç koruma sağlayamaması halinde, ek olarak ortaya çıkar. (168)

a. Genel kişilik hakkı, AY'nın özel özgürlük güvencelerinin konusu olmayan, fakat kişilik için kurucu anlamıyla bunların gerisinde durmayan kişilik unsurlarını güvence altına alır. Bu şekilde boşluk dolduran bir güvenceye özellikle bilimsel teknik gelişmenin ve değişen yaşam ilişkilerinin ortaya çıkarabildiği yeni tür tehlikelere karşı koyabilmek için ihtiyaç vardır. Kişilik hakkının çeşitli görünüşlerinin somut hukusal koruma isteği, her şeyden önce kişiliğin uğradığı tehlikenin çeşidine göre belirlenir.

b. BT'nin kullanımı kişilik ve bireyin gelişimi için önceden görülmeyen yeni bir anlam kazanmıştır. Modern BT bireye yeni olanaklar açarken, yeni tür kişilik tehlikelerine neden olmaktadır.

aa. BT'nin yakın zamandaki gelişimi, BTS'lerin gündelik olmasına ve kullanımının çoğu kişinin yaşamını yürütebilmesi için merkezi bir anlam taşımasına yol açmıştır. (171)

Bu öncelikle, Almanya'da çoğu ailenin sahip olduğu bilgisayarlar için geçerlidir. Bu makinelerin iş yetenekleri, bilgisayar ve bağlı olduğu ağ üzerindeki veri kayıt kapasitesi kadar artmaktadır. Bugünkü kişisel bilgisayarlar çok sayıda farklı amaç için kullanılabilir; kişisel ve mesleki faaliyetlerin yürütülmesi ve arşivinde, dijital kütüphane olarak ya da çok çeşitli sohbet aracı olarak. Buna uygun olarak bilgisayarın kişiliğin gelişimindeki anlamı büyük ölçüde artmıştır.

bb. BTS'lerin gördüğü işin ve bunun kişiliğin gelişimi için taşıdığı anlam, bu tür sistemlerin birbiriyle bağlanması durumunda daha da artmaktadır. Bu özellikle internetin halkın büyük çoğunluğunca artan şekilde kullanılmasıyla çok daha fazla yaygınlaşmaktadır.

BTS'lerin ağ bağlantısı, görevlerin bu sistemler arasında bölünmesine ve gücünü artırmaya olanak sağlamaktadır. Böylece tek bir kişi tarafından ağ sistemine aktarılan veriler değerlendirilebilir ve sistem belirli tepkilere sebep olabilir. Bu şekilde tek bir sistemin işlev çevresi genişleyebilir. (175)

Elektronik veri işleme ağlarının karmaşık bir birliği olarak internet, bu ağa bağlı bir veri işleme aleti kullanıcılarına, ağa bağlı diğer aletin alınmaya hazır tuttuğu çok sayıdaki bilgiye el atabilme kapısını açtığı gibi bunun yanında ona çok sayıda aktif sosyal bağlantılar kurabileceği ve sürdürebileceği yeni iletişim hizmetleri de sunmaktadır. Teknik birbirine yaklaşma etkisi, uzaktan haberleşmenin alışlageldik biçimlerinin en geniş ölçüde internet üzerinde toplanmasına yol açmaktadır. (176)

cc. Ağ bağlantılı BTS'lerin artan yaygınlığı birey için kişiliğinin gelişiminde yeni olanaklar kadar kişilik tehlikeleri de yaratmaktadır. (177)

1. Bu tehlikeler, bilgisayar gibi karmaşık BTS'lerin kullanım olanakları bakımından bütünüyle bilgilerin üretilmesi, yayılması ve depolanmasıyla bağlantılı geniş bir spektrum açmasından kaynaklanır. Burada sadece kullanıcının bilinçli olarak koyduğu ve depoladığı veriler söz konusu değildir. Veri işleme süreci çerçevesinde BTS'ler, kullanıcı tarafından depolanan veriler gibi kendi davranışı ve özellikleri bakımından değerlendirilebilecek çok sayıda başka veriyi kendiliğinden üretir. Sonuç olarak bilgisayarda kayıtlı verilerde ve ağ üzerinde kayıtlı verilerde kullanıcının kişisel ilişkileri, sosyal bağlantıları ve yaptığı faaliyetleriyle ilgili veriler bulunabilir. Bu veriler üçüncü kişiler tarafından elde edilir ve değerlendirilirse kullanıcının kişiliği üzerinde bir profil oluşumunu olanaklı kılacak geniş bir çıkarımda bulunulabilir.

2. Ağ haline gelmiş, özellikle internete bağlanmış sistemlerde bu tehlikeler çeşitli bakımlardan derinleşir. Kullanım olanaklarının ağa bağlı olarak genişlemesi, tek başına duran bir sisteme göre çok çeşitli ve sayıda bilginin elde edilmesi, işlenmesi ve depolanmasına yol açar. Burada söz konusu olan ağ, iletişimle ilgili veriler ve iletişimin içeriğidir. Ağdaki kullanıcının davranışları hakkındaki verilerin depolanması ve değerlendirilmesi, onun kişiliği üzerinde geniş bir bilginin elde edilmesini sağlar.

Sistemin ağ haline gelmesi, her şeyden önce üçüncü kişilere sistem üzerinde bulunan verileri edinme ve yönlendirme için kullanılabileceği el atma olanaklarını açar. Tek bir kişi böyle bir el atmaya hemen hemen hiç yapamaz ve böyle bir el atmaya karşı çok sınırlı olarak korunabilir. BTS'lerin ulaştığı yüksek karmaşıklık derecesi, etkili bir sosyal veya teknik korumayı güçleştirmektedir ve en azından ortalama kullanıcıdan beklentileri aşmaktadır. Kaldı ki, teknik koruma çok masraflı ve korunan sistemin işlev kaybına sebep olabilmektedir. Hassas verilerin şifrelenmesi ya da gizlenmesi gibi kişinin kendi aldığı koruma önlemleri, üçüncü kişi üzerine verilerin kaydedildiği sisteme sızmayı bir kez başardı mı, çoğunlukla etkisiz kalmaktadır. (180)

c. BTS'lerin kullanımının kişiliğin gelişimi için taşıdığı anlam ve bu kullanıma bağlı olan kişilik tehlikeleri, temel haklar açısından önemli bir koruma ihtiyacı doğurur. Birey, engellenmemiş kişisel gelişimini haklı kılan beklentileri bakımından devletin bu sistemlerin mahremiyet ve bütünlüğüne saygı duymasına muhtaçtır. AY m. 10 ve 13'ün sağladığı temel hak koruması ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) içtihadıyla daha önce geliştirilen genel kişilik hakkının görünümüleri, BT'nin gelişiminden oluşan koruma ihtiyacını tam olarak giderememektedir. (181)

aa. AY m. 10/1'e göre iletişimin gizliliğinin sağlanması, bilgilerin bireysel alıcılara telekomünikasyon araçları yardımıyla maddi olmayan aktarımını korumakta, fakat BTS'lerinin mahremiyet ve bütünlüğünü korumamaktadır.

1. AY m. 10/1 koruması, hangi aktarım çeşidi (kablo ya da telsiz, analog ya da dijital) ve hangi ifade şekli (söz, resim, ses, işaret ya da diğer veriler) kullanılarak yapılırsa yapılsın tüm telekomünikasyonu kapsar. Telekomünikasyon gizliliğinin koruma alanı internetin sağladığı haberleşme hizmetlerini de içerir. Hem de sadece telekomünikasyon içeriğinden bilgi edinmeyi değil, koşullarını da korur. Özellikle hangi kişiler ve iletişim kurumları arasında, ne zaman ve hangi sıklıkta iletişim trafiği gerçekleştiği ya da gerçekleştirilmeye çalışıldığı bu koşullar kapsamındadır. (183)

Yetkilendirme, içeriği ve koşulları bilgisayar ağında süren bir iletişimden elde edilen ve bununla ilgili verilerin değerlendirilmesi yoluyla alınan bir devlet önlemiyle sınırlı olduğu sürece, müdahale AY m. 10/1'e göre ölçülür. Bu temel hakkın koruma alanı, önlemin teknik olarak aktarım aşamasında mı, iletişimin son aracında mı alındığıyla bağlı değildir. Bu durum, son aracın, birçok kullanım çeşidi arasında iletişimin de yer aldığı ağa bağlı karmaşık bir BTS olması halinde de geçerlidir.

2. AY m. 10/1'in temel hak koruması, haberleşme sürecinin sona ermesi sonrasında telekomünikasyonun haberleşmeye katılanın egemenlik alanında depolanan içerik ve koşullarını kapsamaz. Daha sonra bu tür veriler bakımından iletişimin gizliliği tarafından korunması gereken uzak mekanlar arası haberleşmeye özgü tehlikeler varlığını sürdürmez.

3. Bir kamu makamu bir BTS'nin kullanımını bu şekilde gözetler ve sistemin ağ üzerinde kayıtlı verilerini araştırırsa, iletişimin gizliliği ile sağlanan korumadan söz edilemez. Elde edilen verilerin değerlendirecek makama aktarılmasında bir telekomünikasyon ağından yararlanılıyorsa, süren bir iletişimin dışında kalan içerik ve koşulların kaydedilmesi bakımından AY m. 10/1'in ihlali yoktur.

4. Bir BTS'ye gizlice al atma, AY m. 10/1'in el atmaya karşı korumadığı verilerin elde edilmesine yarıyorsa, genel kişilik hakkının bir görünümü olan BTS'lerin mahremiyeti ve

bütünlüğünün korunmasıyla doldurulması gereken bir boşluk doğar. (187)

Karmaşık bir BTS'ye iletişimin gözetlenmesi amacıyla teknik olarak sızılıyorsa, bu sızmayla sistemi tümüyle yoklamak için önemli bir engel aşılmış olur. Böylece ortaya çıkan tehlike, süren bir iletişimin sadece gözetlenmesiyle ortaya çıkacak tehlikeyi aşar. Özellikle kişisel bilgisayara yüklenen, sistemin iletişim amaçlı kullanımıyla ilgisi olmayan verilerin de bilgisine ulaşılabilir.

Sonuç olarak ilgili için -geleneksel ağa dayalı iletişim gözetlemesinden farklı olarak- daima iletişimin içeriği ve koşullarını aşan kişilik için önem taşıyan bilgilerin elde edilmesi rizikosu ortaya çıkar. Kişiliğe bu şekilde özel olarak verilen zararlar AY m. 10/1'le tam ya da yeterince giderilemez. (189)

Buna karşılık AY m. 10/1, gözetleme devam eden bir telekomünikasyon sürecine ait verilerle sınırlıysa, bu konudaki bir gözetleme kararı verilmesindeki tek temel hak ölçütüdür.

bb. AY m. 13 ile sağlanan konut dokunulmazlığı garantisi de bireye insan onuru ve kişiliğin gelişimine sağladığı yarar açısından temel bir yaşam alanını güvenceler, fakat BTS'lere karşı el atmalarda koruma boşlukları bırakır. (191)

Bu temel hakkın koruduğu değer, içinde özel yaşamın geliştiği mekansal alandır. Özel konut yanında iş ve ticaret alanı da AY m. 13'ün koruma alanına girer. Buradaki temel hak koruması, konuta maddi olarak girilmesiyle tükenmez. Kamu makamlarının, korunan alanın dışarısından doğal yollarla algılanamayacak konut içindeki olayları özel yardımcı araçlarla gözleyebilmelerini sağlayan önlemleri de AY m. 13'ün ihlali anlamına gelir. Buna oturma alanının akustik ve optik gözetlenmesi yanında elektromanyetik akımların ölçülmesi de girer -ki bununla ev içindeki BTS'nin kullanımı gözetlenebilir. Bu offline (çevrimdışı) çalışan bir sistemle de ilgili olabilir. (192)

Bunun dışında bir BTS'ye gizli teknik el atmayla bağlantılı olan bir kamusal önlem; örneğin soruşturma makamının bir çalışanın konut olarak korunan bir alana orada bulunan

BTS'yi fiziki olarak yönlendirmek için girmesi, AY m. 13/1 çerçevesinde ele alınabilir. AY m. 13/1'in diğer bir uygulama alanı, bir ev içinde bulunan BTS'ye ev içindeki belirli bazı olayların gözetlenmesi için sisteme bağlı bir kamera ya da mikrofon kullanılarak sızılmasıdır.

Buna karşın AY m. 13, bireye BTS'ye sızmalara karşı, bu sistem evinde de bulunsa, genel, müdahale türlerinden bağımsız bir koruma sağlamaz. Çünkü ihlal konumdan bağımsız olarak gerçekleşebilir ve böylelikle alana bağlı koruma, BTS'ye özgü tehlikenin giderilmesini sağlayamaz. Sızma, ilgili bilgisayarın bir ağ işletimine bağlantısından yararlanılarak yapılıyorsa, konutun sınırlarıyla elde edilecek özel alana dokunulmamış olur. Sistemin bulunduğu yer çoğu halde soruşturma önlemi için değer taşımaz ve makamlar için belirlenebilir değildir. Bu özellikle laptop, Personal Digital Assistants (PDAs) ve cep telefonu gibi mobil BTS'ler için geçerlidir. (194)

Kaldı ki, AY m. 13, bir evde bulunan BTS'nin kendi hafızasında ya da ağ üzerinde kayıtlı ve ancak bu sisteme sızılmasıyla elde edilmesi olası verileri korumaz. (195)

cc. FAYM'nin daha önceki içtihadıyla tanınan genel kişilik hakkının görünümleri, özellikle özel alanın korunmasına ilişkin güvenceler ve kendi kişisel bilgilerini açıklama ve kullanımını belirleme hakkı da bir BTS kullanıcısının özel koruma ihtiyacını yeterli ölçüde karşılamaz.

1. Özel alanın korunması görünümündeki genel kişilik hakkı bireye, ilke olarak istenmeyen bakışlardan uzak kalması gereken mekansal ve konusal olarak belirli bir alanı güvenceler. BTS kullanıcısının koruma ihtiyacı sadece kendi özel alanına dahil olan verilerle sınırlı değildir. Böyle bir dahil oluş, sıklıkla verilerin oluştuğu ve diğer verilerle bağlantısının kurulduğu bağlamla ilişkilidir. Sonuç olarak sisteme sızılmasıyla zorunlu olarak yalnızca özel veriler elde edilmiş olmayabilir. El atma tüm veriler üzerinde gerçekleştiğinden, sistemin kullanıcısı hakkında geniş bir resim elde edilebilir. (197)

2. Kişisel verilerin kullanımını belirleme hakkı, özel alan korumasını aşar. Bu hak bireye esas olarak kendi kişisel verilerini açıklama ve kullanılmasını belirleme yetkisi verir. Davranış özgürlüğü ve özel hayatın korunmasının yanındadır ve bu korumayı kişilik tehlikesi aşamasında başlatacak şekilde genişletir. Kişisel bilgiler ilgilinin ne göz ardı edebileceği ne de önleyebileceği şekilde kullanılıyorsa, bu tür bir tehlike durumu, belirli bir hukuki çıkarım somut tehdidi olarak ön plana çıkar. (198)

Kendi bilgilerinin kullanımını belirleme hakkı ile korunan kişilik tehlikeleri, devletin ve özel aktörlerin yarattığı tehlikeler olarak ön plana çıkar.

Kendi bilgilerinin kullanımını belirleme hakkı ile korunan kişilik tehlikeleri, devletin ve özel aktörlerin kişisel verileri elde etmeleri, işlemeleri ve kullanmalarına yönelik çeşitli olanaklarından kaynaklanır. Her şeyden önce elektronik veri işleme yoluyla bu tür bilgilerden yeni bilgiler elde edilebilir ve böylece hem ilgilinin temel hak koruması altındaki gizli kalması gereken çıkarlarının zarar görebileceği hem de davranış özgürlüğüne karşı ihlalleri beraberinde getirebileceği sonuçlar doğabilir.

Bununla birlikte kendi kişisel bilgilerinin kullanımının belirlenmesi hakkı, bireyin kendi kişisel gelişimine yönelik olarak BTS'lere ihtiyaç duymasından ve sisteme kişisel veriler yükleyerek ya da kullanımı yoluyla zorunlu olarak aktarmasından kaynaklanan kişilik tehlikelerini tamamen hesaba katmaz. Böyle bir sisteme el atan üçüncü bir kişi, diğer bir veri elde etme ve işleme önlemine gerek duymaksızın potansiyel olarak aşırı büyük ve güçlü bir veri varlığı elde edebilir. Böyle bir el atma, ilgilinin kişiliği için, kendi kişisel bilgilerinin kullanımını belirleme hakkının koruduğu tek bir veri elde etmeden çok daha ağırdır. (200)

c. Bireyin kişiliğini geliştirmek için BTS kullanımına ihtiyaç duymasından kaynaklanacak kişilik tehlikelerine karşı yeteri kadar bir koruma olmadıkça, genel kişilik hakkı, koruma ihtiyacının giderilmesinde boşluk doldurucu işlevi kap-

samında bugüne kadar tanınmış görünümleri dışında kalan BTS'lerin mahremiyet ve bütünlüğünün sağlanmasını da hesaba katmalıdır. Bu hak da kişisel bilgilerinin kullanımını belirleme hakkı gibi AY m. 1/1'e (insan onurunun dokunulmazlığı) bağlantılı olarak AY m. 2/1'den (kişiliği serbestçe geliştirme hakkı) kaynaklanmaktadır ve temel hak sahibinin kişisel ve özel yaşam alanını, BTS'lere tümüyle el atıldığında ve tek bir iletişim sürecine ya da kaydedilmiş tek veriye ilişkin olmadıkça BT alanındaki kamusal el atmalara karşı korur. (201)

aa. Kişisel verileri üreten, işleyen veya depolayan her BTS, bağımsız kişilik haklarıyla sağlanan özel bir korumaya ihtiyaç duymaz. Bu tür bir sistem teknik yapısı gereği sadece ilgilinin belirli bir yaşam alanıyla söz konusu zaman ve konuyla ilgili noktasal verileri içermesi halinde -örneğin ev tekniğinin ağa bağlı olmayan elektronik yönetim tesisatı- mevcut veri varlığına yönelik kamusal bir el atma nitelik olarak diğer veri elde etmelerden ayrılmaz. Böyle bir durumda ilgilinin gizli kalması gereken çıkarlarının korunması için kişisel bilgilerinin kullanımını belirleme hakkının sağladığı koruma yeterli olacaktır.

Buna karşılık BTS'lerinin mahremiyet ve bütünlüğünün sağlanmasına yönelik temel hakkın kullanılması için şu durumun gerçekleşmesi gerekir. Müdahale yetkisi, ilgilinin tek başına ya da teknik ağ bağlantısı içerisindeki kişisel verilerini belirli bir kapsam ve çeşitlilikte içeren bir sistemi kapsmalıdır. Ayrıca bu sisteme el atılmasıyla kişinin yaşamının biçimlendiği en önemli bölümlerine bir bakış ya da kişiliğini güçlü bir şekilde ifade eden bir resim elde edilebilmesi gerekir. Böyle bir olanak sabit kurulmuş ya da mobil çalışan bir kişisel bilgisayara el atılması halinde gerçekleşir. Bu özel temel hak koruması, geniş bir işlevi olan ve kişiyle ilgili çok sayıda bilgiyi kapsayan ve saklayabilen cep telefonu veya elektronik takvim üzerinde de geçerlidir. (203)

bb. BTS'lerin mahremiyet ve bütünlüğünü sağlayan temel hak, öncelikle kullanıcının bir BTS tarafından üretilmiş,

işlenmiş ve depolanmış verilerinin gizli kalmasındaki çıkarı korur. Üçüncü kişi tarafından sistemin gücü, işlevi ve hafıza içeriğini kullanabilecek şekilde el atılarak, BTS'nin korunan bütünlüğüne dokunulursa, bu temel hakka müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir -ki sonrasında sistemin yoklanması, gözetlenmesi ve yönlendirilmesi için teknik engeller aşılmış olsun. (204)

1. Burada ele alınan görünümüyle genel kişilik hakkı, sistemde bulunan verilerin tamamı ya da önemli bir kısmına göz atılabilmesini sağlayacak şekilde gizlice el atılmasına karşı korur. Temel hak koruması hem bilgisayarın hafızasında tutulan hem de geçici ya da sürekli olarak sistemin ağ üzerindeki hafızasına kaydedilmiş verilerini kapsar. Bu temel hak, verilerin belirli araçlarla elde edilmesine karşı korur. Bu araçlar gerçi teknik olarak ilgili BTS'nin veri işleme sürecinden bağımsızdır, fakat konusu bu veri işleme sürecidir. Bir bilgisayarda yapılan işlemleri, basılan tuşları şifreleyip sizin mail'inize daha önceden belirlediğiniz zaman aralıklarıyla rapor edilmesinde (keylogging) veya ekran ya da klavyenin elektromanyetik dalgalarının ölçülmesinde bu araç vardır.

2. Mahremiyet ve bütünlük beklentisinin temel hak koruması, BTS'lere el atmanın kolay ya da büyük çabalarla mümkün olmasından bağımsız olarak bulunur. Temel hak olarak tanınan mahremiyet ve bütünlük beklentisi sadece, ilgilinin BTS'yi kendisine ait BTS olarak kullanması ve bu nedenle koşullara göre ilgilinin yalnız veya kullanıma yetkili kişilerle birlikte BTS üzerinde kendisi belirleyici olacak şekilde hakim olması halinde vardır. Kendine ait BTS'nin kullanımı, diğerlerinin hakimiyetinde olan BTS'ler üzerinden gerçekleşiyorsa, kullanıcının koruması bunları da kapsar.

BTS'lerinin mahremiyet ve bütünlüğüne ilişkin temel hak sınırsız değildir. Hem önleyici amaçlarla hem de suç takibinde yapılan müdahaleler haklı bir nedene dayanır. Birey, burada sadece hakkının anayasaya uygun yasal bir temele dayanan sınırlamalarını kabul etmek zorundadır. AK makamlarının

burada denetlenen önleyici tedbir alma yetkileri bakımından bu eksiktir. (207)

a. Denetlenen norm, açıklık ve belirlilik ilkesine uygun değildir.

aa. Belirlilik ilkesi genel kişilik hakkının çeşitli görünümüleri bakımından temelini hukuk devleti ilkesinde bulur. Bu ilke, demokratik meşruluğa sahip parlamenter yasakoyucunun temel hakka müdahale ve bunun kapsamı hakkında kendisinin karar vermesini, hükümet ve idarenin yasada yöneten ve sınırlayan davranış ölçütlerini bulabilmesini ve mahkemelerin hukuki denetimi yapabilmesini garantilemelidir. Normun açıklık ve belirliliği ilgilinin hukuki durumu kavramasını ve kendisini olası önlemlere hazırlamasını güvence altına almalıdır. Yasakoyucu müdahalenin nedeni, amacı ve sınırını yeterince alanına özgü, kesin ve açık tespit etmelidir. (209)

Yerine getirdiği göreve göre yasakoyucu müdahale koşullarını kurala bağlamada çeşitli olanaklara sahiptir. Belirlilik ilkesinin gerekleri bu kural koyma olanaklarına da yöneliktir. Yasakoyucu belirsiz hukuki kavramlar kullanırsa, oluşan belirsizlik, kuralla yetkilendirilen kamu makamının davranışının öngörülebilirliği ve yargılanabilirliğini tehlikeye düşürecek boyuta gelir.

bb. Bu ölçülere göre AKK m. 5/2 Nr. 11 (2. alt), normun belirliliği ve açıklığı ilkelerine, düzenlenen önlemin maddi koşulları yasadan tam olarak elde edilemediği için aykırıdır. (211)

1. Önlemin koşulları, iki norma atıfla belirlenmektedir. Birine göre, istihbarat araçlarının kullanımı, bu şekilde AK bakımından önemli bilgiler elde edilebilecekse, geçerlidir. Diğerinde ise önlem mektup, posta ve gönderişimin gizliliğini ihlal ediyorsa ya da türü ve ağırlığı bakımından böyle bir ihlale denk geliyorsa, AY m. 10'a ilişkin Kanunun (Haberleşmenin Gizliliğinin Sınırlanması Hakkında Kanun) sert koşullarına atıf yapıyor.

2. AKK m. 5/2 Nr. 11, 2. cümle, AY m. 10'a ilişkin Kanuna yaptığı atıf için önlemin AY m. 10'u ihlal etmesini araması, normun belirginliği ve açıklığı ilkesiyle bağdaşmaz. AK makamlarının soruşturma önlemlerinin hangi hakka müdahale oluşturduğu sorusunun cevabı, karmaşık yorum ve değerlendirmeleri gerektirir. Bunlara öncelikle ve ilk aşamada yasakoyucu dayanmalıdır. Yasakoyucu ilgili temel hakla sadece maddi bir ilişki kurarak bu hakkın içeriğinin doldurulması ve gerçekleştirilmesine ilişkin kararı normu uygulayan idareye bırakırsa, ilgili temel hakkı uygun yasal önlemlerle somutlaştırma görevini yerine getirmiş olmaz. Bu tür "tamamlanarak geçerlilik kazanacak" bir düzenleme tekniği, belirlilik ilkesi için yeterli değildir. (213)

Önlemin haberleşmenin gizliliğini koruyan AY m. 10'a yapılan bir müdahaleyle "tür ve ağırlık"ta eşit olmasına dair AY m. 10'a ilişkin Kanuna yapılan atıf, açıklık ilkesinin ihlali derinleştirmektedir. Bununla, kurala bağlanan müdahalenin maddi koşulları, bu müdahale ile belirli bir hakkın ihlali olarak görülen bir önlem arasındaki karşılaştırmaya bağlı kılınmaktadır. AKK böyle bir karşılaştırma için yeterli ölçüt içermemektedir.

a. AKK m. 5/2, Nr. 11, 1. cümle, ölçülülük ilkesini de korumamaktadır. Bu ilke, bir temel hak müdahalesinin meşru bir amaca hizmet etmesini ve aracın bu amaca elverişli, gerekli ve orantılı olmasını ister. (218)

aa. Ele alınan normda öngörülen veri elde etme, AK makamlarının AKK m. 3/1'deki görevlerini yerine getirmelerini sağlar ve ön planda somut tehlikelere maruz kalan özgürlükçü demokratik temel düzenin güvenliğine, federasyon ve eyaletlerin varlığına hizmet eder. AKK gerekçesine göre bu kanunun kabulüyle AK makamları eliyle yeni, özellikle internet iletişimine bağlı tehlikeler bakımından terörizmle etkili bir mücadele amaçlanmıştır. Ancak yeni kuralın uygulama alanı ne açık ne de terörizmle mücadelenin sistematik bağının bir sonucu olarak sınırlanmıştır. Tüm uygulanma alanları için kural bir meşruluğa gerek duyar. (219)

Kapsamlı bir barış ve düzen olarak devletin güvenliği ve devlet tarafından sağlanması gereken vücudu, yaşamı ve özgürlüğü için tehlikelere karşı halkın güvenliği, diğer yüksek değerli çıkarlarla aynı derecede duran anayasal değerlerdir. Koruma yükümlülüğü, dayanağını hem AY md 2/2, 1. cümle (kişi özgürlüğünün ihlal edilmezliği) hem de AY m. 1/1, cümle 2 (devletin insan onurunu koruma yükümlülüğü) de bulur. Devlet terörist ya da diğer çabalarla oluşacak tehlikelere karşı gelerek anayasal görevini yerine getirir. Elektronik veya dijital iletişim araçlarının artan kullanımı ve tüm yaşam alanlarına girmesi, AK makamlarının görevlerini etkin olarak yerine getirmesini zorlaştırmaktadır. Modern enformasyon teknolojisi radikal ve terörist çabalara, suç fiillerinin planlanması, hazırlanması ve de uygulanmasında olduğu gibi bağlantılarının hazırlanması ve korunmasında da sayısız olanak sunmaktadır. Yasakoyucunun BT araçlarını kamusal soruşturmalar için yararlanılır hale getiren önlemleri, özellikle geleneksel iletişim biçimlerinin elektronik haber akışına dönüşümü ve belgelerin şifrelenmesi ve gizlenmesi nedeniyle görülmektedir.

bb. BTS'lere el atma bu amaçlara hizmet ediyorsa elverişlidir. AK makamları bu yöntemle tehdit durumlarını aydınlatma olanaklarını genişletmektedir. Elverişliliğe karar vermede yasakoyucuya geniş bir değerlendirme alanı verilmiştir. Bu hareket alanının burada aşıldığı söylenemez. (221)

cc. BTS'lere gizlice el atma, gereklilik ilkesini de ihlal etmez. Bu tür sistemler üzerindeki verileri elde etmek için ilgiliye daha az zarar verecek, fakat daha etkili bir yol olmadığının kabulü açısından yasakoyucunun takdir yetkisi vardır. (224)

İlke olarak gerçi –AKK'nda öngörülme- amaç sistemin açıkça araştırılması, gizli el atma karşısında daha yumuşak bir araç olarak görülmelidir. AK makamlarının görev durumu çerçevesinde bir BTS'nin ağ üzerindeki hafızası üzerinde kaydedilmiş belgelerin –şifrelenmiş verileri de kapsar şekilde- kapsamlı olarak gözlenmesi, uzun bir zaman süresince değişikliklerin izlenmesi veya sistemin kullanımının kapsamlı olarak gözetlenmesini gerektiren yeterli neden varsa, bu bilgi

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

alma amacına ulaşmak için daha yumuşak araçlar öngörülemez. Aynıısı internet iletişiminin şifrelenmiş içeriğine yapılan el atmada da geçerlidir, meğerki bu el atmanın aktarım hattı üzerinden yapılması başarısız olsun.

dd. AKK m. 5/2, 1. cümle 2. alt. dar anlamda ölçülülük ilkesine aykırıdır. (226)

Bu ilke, müdahalenin ağırlığının, tartımda, onu haklı kılan nedenlerin ağırlığıyla oransız durmamasını gerektirir. Yasakoyucu, temel hakka müdahaleyle zedelenen bireysel çıkar ile müdahalenin hizmet ettiği genel çıkar arasında uygun bir denge kurmalıdır. Bu ölçü bakımından denetim, buradan kaynaklanan temel hak ihlalinin gerçekleşen menfaate göre daha ağır gelmesi durumunda aracın genel çıkarların yerine getirilmesinde kullanılamamasına yol açabilir.

AKK m. 5/2 Nr. 11, 1. cümle bu ilkenin gereklerini sağlamaz. Bu kuralda öngörülen önlemler, düzenlenen müdahale sebebinden kaynaklanan kamusal soruşturma çıkarı ile orantısız bir ilişki içinde bulunan yoğun temel hak müdahaleleri olarak etki gösterir. Kaldı ki, ilgilinin temel haklarla korunan çıkarlarının hesaba katılması için tamamlayıcı anayasal ölçütlere gerek vardır; burada bunlar da eksiktir. (228)

1. AKK m. 5/2, Nr. 11 cümle 1, 2. alt. yüksek yoğunlukta temel hak müdahalelerine yetki vermektedir. (229)

a. Karmaşık bir BTS'den devletin veri elde etmesi, ilgilinin kişiliğinin araştırılması için önemli bir potansiyel gösterir. Bu, bu tür sistemlerin ağ üzerinde kayıtlı verilere el koyma veya fotokopisinin alınması gibi tek kerelik ve söz konusu zaman ve konuyla ilgili noktasal el atmalar için de geçerlidir. (230)

aa. Bir BTS'ye bu şekildeki gizli bir el atma kamusal makamlara, geleneksel bilgi kaynaklarını kapsam ve çeşitlilikte çok aşacak genişlikte bir veri varlığına giriş kapısını açar. Bu, karmaşık BTS'lerin sunduğu ve kişisel verilerin üretilmesi, işlenmesi ve depolanmasıyla bağlı olan çok sayıda farklı kullanma olanağından ortaya çıkar. Bu tür araçlar özellikle bu-

günlük kullanım biçimlerine göre tipik şekilde bilinçli olarak özel metin, resim veya ses belgeleri şeklindeki yüksek oranda duyarlılığa sahip kişisel verilerin depolanmasında kullanılmaktadır. Üzerinde tasarruf edilebilecek veri varlığı, ilgilinin kişisel ilişkileri ve yaşamını sürdürmesi, çeşitli iletişim yollarıyla yürüttüğü özel ve mesleki yazışmalar ya da günlük benzeri kişisel notları hakkında detaylı bilgileri içerebilir. (231)

Bu şekildeki detaylı bir veri varlığına devletin el atması, toplu bir bakışla, ilgilinin kişiliği üzerinde geniş bir çıkarsamadan, davranış veya iletişim profillerinin oluşturulmasına kadar varabilecek yakın rizikolarla bağlıdır. (232)

bb. İlgilinin üçüncü kişiyle iletişimi hakkında bilgi veren veriler elde edildiği sürece temel hak müdahalesinin yoğunluğu, vatandaşın -genel yarar bulunan- gözlenmeyen bir uzak iletişime katılma olanağının sınırlandırılmasına göre daha çok artar. Bu tür verilerin elde edilmesi, gözetlenme korkusu duyulmaksızın yapılabilecek bir bireysel iletişimi engelleyebileceği için doğrudan vatandaşın özgürlüğüne zarar verir. Kaldı ki, bu tür veri edinme, amaç kişinin iletişim ortağı olan üçüncü bir kişinin zorunlu olarak kaydedildiği ve bu kişide bu tür bir el atmanın koşullarının oluşmadığı varsayıldığında müdahalenin ağırlığını artıran dikkat çekici sapmalar da gösterir. (233)

b. Temel hak müdahalesinin ağırlığı, gizli teknik bir sızmanın, sistemin kullanımının uzun süreli gözetlenmesine ve uygun verilerin sürekli kaydedilmesine imkan vermesi halinde özel bir artış gösterir.

aa. Bu şekildeki bir el atmayla elde edilebilecek veri varlığının kapsamı ve çeşitliliği, tek seferlik ve söz konusu zaman ve konuyla ilgili noktasal bir veri edinmeden çok daha büyüktür. El atma, sadece bilgisayar hafızasında tutulan gelip geçici verileri ya da geçici bir süre için amaç sistemin ağ üzerindeki hafızasında kaydedilen verileri tasarruf edilebilir kılar. Ayrıca bu müdahale ilgilinin tüm internet iletişimini uzun bir süre izleme olanağı verecektir. Bunun dışında amaç sistem, el

atmanın üzerinden yapıldığı yerel bir ağ işletmesine bağlı ise soruşturma önleminde sapma artacaktır. (235)

Gelip geçici (kısa) ya da geçici bir süre için hafızaya kaydedilen veriler, ilgilinin kişiliği için özel bir önem taşır ve özellikle hassas diğer verilere el atmayı mümkün kılarlar. Bu, web tarayıcı gibi hizmet programları tarafından kaydedilen ve değerlendirmesi bu tür programların kullanımı hakkında anahtarları ve bununla dolaylı olarak ilgilinin ilgileri ve iletişim alışkanlıklarını mümkün kılan Cache speicher için ya da ilgiliye teknik olarak korunan içeriklere girişi kendi sistemi veya ağ üzerinden gerçekleştiren şifreler için de geçerlidir. Bunun dışında ele alınan normun gerçekleştirdiği internet iletişiminin uzun süreli gözetlenmesi, iletişim içeriklerinin ve koşullarının bir kerelik elde edilmesi karşısında çok daha yoğun bir müdahaledir. Son olarak kurala bağlanan müdahalenin, şifreleme teknolojisinin kullanımını arkadan dolanmayı amaçladığına ve buna elverişli olduğuna dikkat edilmelidir. Bu şekilde ilgilinin kendisi tarafından istenmeyen veri el atmalarına karşı kendi koruma önlemleri boşa gitmektedir. İletişimsel kendini korumanın bu şekilde zedelenmesi temel hak ihlalinin ağırlığını artırır. (236)

Davranış ve iletişim profilinin oluşturulması rizikosunu, uzun süre hedef sistemin kullanımının kapsamlı olarak gözetlenebilmesi olanağıyla daha da yükselmektedir. Makamlar bu şekilde kişisel ilişkileri ve ilgilinin iletişim davranışını geniş biçimde araştırabilirler. Kişisel verilerin bu şekilde kapsamlı elde edilmesi özel yüksek yoğunluklu bir temel hak ihlali olarak görülmelidir.

bb. Kurala bağlanan el atmanın ihlal yoğunluğu, gizliliğiyle de belirlenir. Bir hukuk devletinde kamusal müdahale önlemlerinin gizliliği istisnadır ve özel bir nedeni gerektirir. İlgili kendisine yük getiren bir devlet önleminde bu önlemin yerine getirilmesinden önce bilgi sahibi olursa, önceden kendi çıkarlarını kollayabilir. İlk, ilgili yargısal hukuksal koruma talep ederek bu önleme karşı hukuki olarak tedbir alabilir. İkinci olarak, ilgilinin, açık olarak yürütülen veri elde edilme-

sinde, fiilen soruşturmanın gidişatını kendi davranışıyla etkileme olanağı vardır. Etkileme şansının olmaması temel hak ihlalinin ağırlığını güçlendirir.

cc. Müdahalenin ağırlığı, nihayetinde el atma sonucu el atılan telekomünikasyon aracının bütünlüğü bakımından doğacak tehlikelerle de belirlenir. (239)

Sözlü duruşmada dinlenen uzmanlar, müdahale ile telekomünikasyon aracı üzerinde zararların ortaya çıkmasının mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre işletim sistemiyle karşılıklı etkileşim veri kaybına yol açabilecektir. Kaldı ki, sızma sonucu salt okuyan bir el atma söz konusu değildir. El atma programını olası kötüye kullanan hem el atan makam hem de üçüncü bir kişi müdahale edilen telekomünikasyon aracına sızma nedeniyle veri varlığını (tabanı) yanlışlıkla ya da amaçlı bir yönlendirmeye yok edebilir, değiştirebilir veya yeniden kaydedebilir. Bu ilgiliye çeşitli şekillerde soruşturma ile ilgili ya da ilgisiz zarar verir.

Kullanılan sızma tekniğine göre sızma, kamunun bir önleminin orantılılık denetiminde dikkate alınması gereken başka zararlara da neden olabilir. Sızma yazılımının, kesinlikle yararlı bir program biçiminde ilgilinin eline geçmesi halinde, onun bu programı sonuçta kendi sistemleri de aynı şekilde zarar görecektir olan üçüncü kişilere göndermesi olanaksız değildir. Sızma için işletim sisteminin o ana değin bilinmeyen güvenlik boşlukları kullanılırsa, başarılı bir el atmadaki ile BTS'lerin olabildiğince geniş güvenliğe sahip olmasındaki kamusal çıkarlar arasında bir çatışma çıkar. Sonuç olarak soruşturma makamları, bu tür güvenlik boşluklarının doldurulması için diğer mercilerin harekete geçirilmesi ya da bu boşlukların bilinmeden kalması için etkin biçimde etki göstermezlerse bir tehlike doğar. Bu çatışma, devletin bilişim teknolojilerinin olabildiğince yüksek güvenliği için çaba gösterdiğine dair güvene zarar verebilir.

2. BTS'ye gizli el atmadaki temel hak müdahalesi, öncelikli amaç çerçevesinde yoğunluk bakımından ancak belirli olgular, somut bir olayda çok önemli bir hukuki çıkarı tehdit

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

eden bir tehlikeyi işaret ediyorsa ve bu tehlikenin yakın bir gelecekte gerçekleşmesi henüz yeterli bir olasılıkla belirlenmiyorsa oranlılık ilkesine uygundur. Ek olarak bu şekil bir müdahaleye yetki veren yasa, ilgili için temel hak korumasını uygun usuli önlemlerle güvence altına almalıdır. (242)

a. Devletin hukuki çıkarları koruma yükümlülüğü ile bireyin anayasa tarafından güvence altına alınan haklarını kullanmadaki çıkarı arasındaki gerilim ilişkisinde çatışan çıkarları soyut biçimde dengeye getirmek yasakoyucunun görevine girer. Bu, belirli yoğun temel hak müdahalelerinin yalnızca belirli hukuki çıkarların korunması için ve belirli bir şüphe ve tehlike derecesinden itibaren öngörülmesine yol açar. Devletin diğer hukuki çıkarları koruma yükümlülüğü de sınırını, oransız bir temel hak müdahalesi yasağında bulur.

b. Bir temel hak müdahalesi, yasayla düzenlenen sınırlama nedenin yeterli ağırlığı yoksa ölçüsüz olabilir. İlgili yasa belirli tehlikelerin önlenmesine hizmet ettiği sürece sınırlama nedeninin ağırlığı için ölçü, söz konusu düzenlemenin ilgili olduğu korunan çıkarların tehlike derecesi ve türüdür. (244)

Korunan çıkarlar kurala bağlanan türde temel hak müdahalelerini haklı kılmak için yeterince ağırlığa sahipse, ölçülülük ilkesi müdahalenin unsurları bakımından anayasal gereklerin gerekçesini oluşturur. Yasakoyucu, bir yandan temel hakka verilen zararın türü ve yoğunluğu ile diğer yandan müdahaleyi haklı kılan maddi unsurlar arasındaki dengeyi korumalıdır. Olasılık derecesindeki gereklilikler ve tahminlerin fiili temeli, temel hak sınırlamasının tür ve ağırlığıyla oranlı bir ilişki içinde durmalıdır. En ağır tehdit oluşturan hukuki bir çıkar küçülmesinde bile yeterli gerçekleşme olasılığından vazgeçilemez. Ağır bir temel hak müdahalesinin koşulu olarak kabullerin ve sonuç çıkarımların, fiili noktalar da somut hatlarla çizilmiş bir çıkış noktasının olması güvence altına alınmalıdır. (245)

c. Ölçülülük ilkesi BTS'lere gizli el atma yetkisi veren yasal düzenlemeye, müdahale sebebinde bulunan özel ge-

rekler ölçüsünde sınırlar koymalıdır. Bu sınırlar burada AK makamlarının AKK m. 1'e göre görevleri çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. (246)

aa. Bu şekildeki bir müdahale ancak müdahale yetkisinin müdahaleyi çok önemli bir hukuki çıkar için somut bir tehlikenin fiili dayanak noktalarının varlığıyla bağlı kılması halinde öngörülebilir. Öncelikle kişinin vücut, yaşam ve özgürlüğü çok önemlidir. Bundan başka tehdit edilmesi, devletin varlığı ve temellerine ya da insan varlığının temellerine dokunan kamunun buna benzer çıkarları da çok önemlidir. Bu varlığı güvenceye alan kamu hizmeti gören kurumların büyük kısmının işlev görebilmesi de bunlar arasında sayılır. (247)

Varlıksal bir tehdit durumunun olmadığı bireyin ya da kamunun diğer çıkarlarının korunmasına, -burada olduğu gibi- soruşturma makamları eliyle ilgili kişinin aşırı bir gözetlemeye maruz bırakıldığı bir kamusal önlem ilke olarak uygun değildir. Bu tür hukuki çıkarların korunmasında devlet kendisini, korunan alanda devlete uygulanabilir haklar veren diğer soruşturma önlemleriyle sınırlamalıdır.

bb. Yasal yetki temeli, el atmanın koşulu olarak ayrıca normların koruduğu yeterli öneme sahip çıkarlar için somut bir tehlikenin fiili dayanak noktaları içermesini öngörür. (249)

Fiili dayanak noktası gereği, tahminlerin ya da genel deneyim cümlelerinin tek başına el atmayı haklı kılmaya yeterli olmamasına yol açar. Çoğu kez bir tehlike tahmini taşıyan belirli olguların tespiti gerekir.

Bu tahmin, somut bir tehlikenin oluşumuyla ilgili olmalıdır. Bu, tekil bir olayda öngörülebilir bir zamanda devletin müdahalesi olmaksızın normun koruduğu çıkar için bir zararın belirli kişilerce meydana getirileceğinin yeterli olasılıkla var olduğu bir durumdur. Somut tehlike üç ölçütle belirlenir: tekil olay, tehlikenin zarara dönüşeceği zamansal yakınlık ve meydana getiren olarak gerçek kişilerle ilişki. Henüz yeterli

bir olasılıkla tehlikenin yakın gelecekte gerçekleşeceği belirlenemese de BTS'lere burada karara konu el atılması, belirli olguların çok önemli bir hukuki çıkar için tekil olayda tehdit edici bir tehlikeyi işaret etmesi koşuluyla haklı kılınabilir. Olgular, ilk olarak en azından somutlaştırılabilir ve zaman olarak öngörülebilir olaylar hakkında, ikinci olarak ise kimlikleri en azından gözetleme önleminin kendisine karşı kullanılmasını ve kendisiyle sınırlandırılmasını sağlayacak kadar çok belirgin olan belli kişiler hakkında bir kanıt (kıyas) izin vermelidir. (251)

Buna karşı BTS'lere gizli el atmadaki temel hakka müdahalenin ağırlığı, fiili müdahale sebebi normun koruduğu hukuki çıkarlar için detayda henüz öngörülemeyen somut tehlikeler ortaya koyamıyorsa, yeterli ölçüde hesaba katılmamıştır. (252)

Fiili müdahale sebeplerinin düzenlenmesine ilişkin anayasal gerekler, BTS'lere gizli el atma halinde önleyici amaçlı tüm müdahale yetkilerinde dikkate alınmalıdır. Müdahale ile verilen zarar tüm bu hallerde ilgililer için eşit olduğundan, uyacakları gerekler bakımından örneğin polis makamları ile AK makamları gibi diğer önleyici görevler verilen makamlar arasında bir farklılık olmaz. Polis ve AK makamlarının farklı görev ve yetkilerle donatılmaları ve sonuçta farklı müdahale derinliğine sahip önlemler alabilmeleri, BTS'lere gizli el atmanın ağırlığı için ilke olarak bir önem taşımaz. (254)

Gerçi önleyici görevleri olan farklı makamların yetkileri arasında farklılıklar olabilir. Böylece özel amaçlar federal gizli servisin yaptığı stratejik telekomünikasyon gözetlemesi alanında müdahale koşullarının polis ve ceza usul hukukunda farklı belirlenmesini haklı kılar. Soruşturma önlemleri için koşullar da hangi makamın hangi amaca göre davrandığına göre farklı düzenlenebilir. Bu şekilde AK makamlarının anayasaya düşman çabaların aydınlatılmasına yönelik özel görev konumu somut tehlikenin başlangıcında hesaba katılır. Böylece AK makamlarının -en azından hala- meşru zeminde AKK'nun koruduğu çıkara karşı mücadele eden gruplar hakkında bil-

gi edinmek için istihbarat araçları kullanmaları ilke olarak anayasal açıdan doğrudur. Bu tür araçların kullanımında bu şekildeki çabalar için daima gerekli fiili dayanak noktalarını aşan somut şüphe unsurlarını aramak gerekmez. (255)

Yasakoyucu güvenlik makamlarının tek tek yetkilerinin düzenlenmesinde ölçülülük ilkesinden kaynaklanan anayasal gereklere uymalıdır. Buna göre bu tür makamlar belirli yoğun temel hak müdahaleleri için ancak müdahale sebebinin düzenlenmesine ilişkin yüksek düzeydeki taleplerin korunması halinde yetkilendirilebilir. Müdahale sebebi için bu alanda çalışan makamlara özel yasal ölçütler geliştirilmesinin mümkün olmaması, burada var olan türden bir müdahale için fiili koşulları yumuşatmakta anayasal açıdan kabul edilebilir bir gerekçe olamaz.

d. BTS'lere gizli bir el atmaya yetki verilmesi, ilgilinin çıkarlarının usul hukuku bakımından korunabilmesi için uygun yasal önlemlere bağlanmalıdır. Bir norm, -burada olduğu gibi- özel yaşamın özellikle korunan alanlarına dokunuyor ya da özellikle yüksek bir müdahale yoğunluğu gösteren devletin gizli soruşturmalarını öngörüyorsa, müdahalenin ağırlığı uygun usuli önlemlerle dikkate alınmalıdır. Özellikle el atma ilke olarak hakim kararı kaydına bağlanmalıdır. (257)

aa. Böyle bir kayıt, planlanan gizli bir soruşturma önleminin, bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından yapılacak önleyici bir denetimine olanak verir. Bu tür denetim etkin bir temel hak korumasının anlamlı bir unsuru olabilir. Gerçi bu kayıt, belirsiz düzenlenen veya çok düşük tutulan müdahale eşiğindeki eksikliği dengelemeye uygun değildir, çünkü bağımsız denetim makamı da yalnızca kurala bağlanmış olan müdahale koşullarına uyulduğunu güvence altına alabilecektir. Fakat bu makam, gizli soruşturma önlemi kararının ilgilinin çıkarlarını yeterince dikkate aldığını, ilgilinin kendi çıkarını önlemin gizliliği nedeniyle önceden gerçekleştiremediği hallerde garanti altına alır. Bu bakımdan denetim, ilgilinin idari usuldeki çıkarlarının "dengeleyici temsiline" hizmet eder. (258)

bb. Gizli soruşturma önlemi ağır bir temel hak müdahalesi etkisi gösteriyorsa, bağımsız bir makam eliyle yapılan önleyici denetim anayasal bir gerekliliktir, çünkü aksi takdirde ilgili korumasız kalır. Yasakoyucuya denetimin ayrıntılarının düzenlenmesinde, kontrol eden yer hakkındaki kararda ve uygulanan usulde ilke olarak hareket alanı verilmiştir. BTS'lere gizli el atma gibi yüksek ağırlıktaki temel hak müdahalelerinde bu hareket alanı, tedbirin esas olarak yargıç kararı kaydına bağlanacağı şekilde küçülür. Yargıç, kendi kişisel ve maddi bağımsızlığı ve sadece kanuna bağlılığı nedeniyle tekil olayda ilgilinin haklarını en iyi ve güvenli bir şekilde koruyabilir. Her halde yargıçların öngörülen tedbirlerin hukuka uygunluğunu denetlemesi ve gerekçeleri yazılı olarak tespit etmesi gerekir. (259)

Yasakoyucu diğer bir makam, bağımsızlık ve tarafsızlık için bir hakim gibi eşit garanti veriyorsa, denetim açısından o makamı görevlendirebilir.

Tedbirin bunun için uygun tarafsız yerlerce önceden denetimi gereğinden, gecikmede tehlike gibi acil durumlarda, tarafsız yerlerce buna bağlı bir üst denetim sağlanması halinde istisna öngörülebilir. Acil hallerin kabulü için fiili ve hukuki koşullar için de anayasal gerekler vardır. (261)

3. Ele alınan norm bu ölçütlere göre anayasal gerekleri karşılamıyor. (262)

a. AKK m. 5/2'ye göre AK makamları eliyle istihbarat araçlarının kullanımı için koşul sadece anayasa düşmanı çabalar hakkında bu şekilde bilgi edinilebileceğinin kabulü için fiili dayanak noktalarıdır. Bu hem müdahale için fiili koşullar bakımından hem de korunan hukuki çıkarın ağırlığı bakımından yeterli maddi müdahale eşiği değildir. Ayrıca bağımsız bir makam eliyle yapılacak bir ön denetim öngörülmediğinden anayasal açıdan gereken usuli güvence eksiktir. (263)

b. AKK m. 5/2 Nr. 11, cümle 1, 2. alt. BTS'lere gizli el atmayı, koşulları AY m. 10'a ilişkin Kanun'un 3/1. maddesinde düzenlenen telekomünikasyonun gözetlenmesiyle sınırla-

namıştır, aksine bu şekildeki bir al atma ilke olarak ulaşılabilen tüm verilerin kazanılmasına olanak tanımaktadır.

aa. AY m.10'a ilişkin Kanunun 3/1. maddesine göre bir gözetleme önlemi, herhangi bir kişinin normda düzenlenen katalogda yer alan bir suçu planlaması, işlemesi ya da işlemiş olmasına ilişkin şüphe için fiili dayanak noktaları varsa, yasaldır. Bu katalogda yer alan tüm suçlar, AKK m. 5/2'deki önlemler için gerekçe oluşturmaz. İlişki kurulan normların tümünde somut olayda müdahalenin yukarıda belirtilen çok önemli bir hukuki çıkarın korunmasına hizmet etmesi sağlanamaz. (266)

AY m.10'a ilişkin Kanun'un 3/1. maddesine göre bir gözetleme önlemine, bir kişinin, amacı ve faaliyetleri anayasanın korunması çıkarına karşı yönelmiş suçların işlenmesi olan bir örgütün üyesi olduğu şüphesi için fiili dayanak noktalarının varlığı halinde karar verilir. Suçların sadece genel olarak belirtilmesi, çok önemli olmayan hukuki çıkarların korunması için müdahale edilebilmesine olanak tanıyacak genişlikte bir yorum riskine açıktır. Kaldı ki, bu hükme göre AY m.10'a ilişkin Kanun'un 3/1. maddesinin müdahale unsurlarının gerçekleştiği her olayda, çok önemli bir hukuki çıkar için somut olayda bu kişi ya da örgütün yarattığı bir tehdit tehlikesi için yeterli dayanak noktalarının olması zorunlu değildir.

bb. AKK m. 5/2, AY m. 10'a ilişkin Kanuna yapılan atıfla BTS'lere yapılan gizli el atmaların önleyici denetiminde anayasal gerekleri karşılamamaktadır. (268)

AY m. 10'a ilişkin Kanun'un 10. maddesi AK makamlarının talebi üzerine yetkili en yüksek eyalet makamı tarafından önceden verilen bir gözetleme kararını öngörmektedir. Bu usul, AY m. 1/1'le bağlantılı m. 2/1'in gerekli kıldığı önleyici denetim için yeterli değildir. Kanun ne bir hakim kaydını ne de eşit değerdeki bir denetim mekanizmasını düzenlemektedir. En yüksek eyalet makamının, yargıçtan farklı olarak, yetki alanının kapsamı nedeniyle anayasanın korunmasına yönelik istihbarat tedbirlerinin yürütülmesinde kendine özgü çıkar-

ları olabilir. Bu makam bir yargıç gibi denetimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı için karşılaştırılabilir bir garanti sunmaz. (269)

c. Son olarak mutlak korumalı özel yaşamın şekillendiği çekirdek alana AKK m. 5/2, Nr. 11, 1. cümle 1.alt. göre alınacak önlemlerle yapılacak müdahalelerden kaçınmak için yeterli yasal tedbirler eksiktir.

aa. Kamu makamlarının gizli gözetleme önlemleri, korunması insan onuruna saygıdan kaynaklanan özel yaşamın biçimlenmesine ilişkin dokunulmaz çekirdek alanı korumalıdır. Sadece kamunun önemli çıkarları bu alana müdahaleyi haklı kılmaz. Özel yaşamın şekillendiği çekirdek alandaki kişiliğin gelişimi, hisler, duygular gibi üst seviyede iç süreçler kadar düşünceler, görüşler ve iz bırakan olayların da korkusuzca ifade edilmesi olanağını içerir. (271)

BTS'lere gizli el atma çerçevesinde oluşan tehlike, kamu makamlarının çekirdek alana giren kişisel verileri elde etmesidir. Öyle ki ilgili, söz konusu sistemleri ileri derecede kişisel veriler; günlük şeklindeki yazılar ya da özel film ya da ses kayıtları kaydetmek için kullanılabilir. Bu veriler mutlak korumadan yararlanmalıdır. Diğer yandan sistem iletişim amacına hizmet ettiği sürece, çekirdek alana giren verilerin aktarılmasında da kullanılabilir. Bu sadece telefon konuşmaları için değil, E-mail veya internetin sağladığı diğer uziletirim araçları için de geçerlidir. Mutlak korumalı veriler, süren internet iletişiminin gözetlenmesi ya da amaç sistemin kullanılmasının bütünüyle gözetlenmesindeki gibi ağ üzerinde kayıtlı verilerin izlenmesine ilişkin farklı şekildeki el atmalarla elde edilebilir. (272)

bb. İlgilinin BTS'sine gizli el atma gerekiyorsa, özel yaşamın biçimlendiği çekirdek alanı koruyacak özel yasal önlemlere ihtiyaç duyulur. (273)

Vatandaşlar kendi kişisel işlerinin idaresi ve ilişkide oldukları dar çevreyle telekomünikasyonlarında yüksek derecedeki kişisel alanda kendilerine gelişim olanakları sunan BTS'lerini artan biçimde kullanmaktadırlar. Bu nedenle, amaç

sistemde bulunan verileri kapsamlı olarak elde edebilmeyi sağlayan BTS'lere gizlice el atma gibi bir soruşturma önlemi, diğer gözetleme önlemleri -(Global Positioning System'ler) Küresel Konumlandırma Sistemleri gibi- karşısında yüksek derecede kişisel içerikteki verilerin elde edilmesi konusunda daha büyük bir tehlike yaratıyor. (274)

El atmanın gizliliği nedeniyle ilgilinin kendiliğinden soruşturma önleminin öncesi ya da sonrasında soruşturan kamusal makamın özel yaşamın biçimlendiği çekirdek alana saygı göstermesini sağlama olanağı yoktur. Bütünü etkileyen bu denetim kaybı, çekirdek alan ihlali tehlikesini uygun usuli tedbirlerle önleyecek özel düzenlemelerle karşılanmalıdır.

cc. Çekirdek alanın korunmasının somut olarak belirlenmesindeki anayasal gereklilik, bilgi elde etme şekli ve elde edilen bilgiye göre farklı olabilir. (276)

Özel yaşamın biçimlendiği çekirdek alana dokunması olası gözetleme önlemlerine ilişkin yasal yetki, çekirdek alanla ilgili verilerin elde edilemeyeceğini olabildiğince geniş şekilde garanti etmelidir. -BTS'lerine gizli el atmada olduğu gibi- edinilen bilgilerin önceden çekirdek alanla ilgisinin değerlendirilmesi pratik olarak imkansız olduğundan, değerlendirme aşamasında yeterli koruma sağlanmalıdır. Özellikle çekirdek alana ilişkin elde edilen veriler gecikmeksizin silinmeli ve kullanımı yasaklanmalıdır.

1. BTS'lere gizli el atma çerçevesinde, veri elde edilmesi teknik nedenlerle otomatik olarak gerçekleşmektedir. Otomatikleşme kişinin elde etmesine göre elde edilen verilerin çekirdek alanla ilgili olup olmadığının fark edilmesini güçleştirir. Kişisel verilerin çekirdek alan için önemini belirlenmesine yönelik teknik arama mekanizmaları, uzmanlara göre etkili bir çekirdek alan koruması için yeterli değildir. (278)

dd. Anayasayı Koruma Kanunu çekirdek alanı koruyucu gerekli hükümleri içermemektedir. Kanun'un 5/2. maddesinin Nr. 11, 2 cümlesinin AY'nun 10. maddesine ilişkin Kanun'a atıf yapması, bu Kanunun belirsizliği nedeniyle farklı bir so-

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

nuç yaratmaz. Bu Kanun da özel yaşamın biçimlenmesine ilişkin çekirdek alanın korunması için herhangi bir hüküm içermez. (284)

Aynı Kanun'un 4/1. maddesi de KRV hükümetinin görüşünün aksine kullanılamaz, m. 5/2 Nr 11, 2. cümleye atıf geniş bir yorumla bu maddeyi de kapsar biçimde yorumlansa da. Kanun'un 4/1. maddesi yalnızca hiç ya da artık ihtiyaç duyulmayan verilerin yok edilmesini düzenliyor ve bununla gereklilik (zorunluluk) ilkesini yerine getiriyor. Bu hüküm buna karşın hiçbir şekilde çekirdek alanla ilgili olabilecek verilerin elde edilmesi, gözden geçirilmesi ve silinmesine ilişkin ölçütlere yer vermemektedir. Zorunluluk ilkesi ile özel yaşamın şekillendiği çekirdek alanın anayasal açıdan gerekli olan korunması eşit tutulamaz. Çekirdek alan, zorunluluk ilkesinin kullanımı ile zımni olarak gerçekleştirilmesinde olduğu gibi karşılıklı soruşturma çıkarlarıyla nispileştirilmeye elverişli değildir. (285)

d. BT sistemlerinin mahremiyeti ve bütünlüğünün korunması olarak beliren genel kişilik hakkının ihlali, AKK'nun 5/2. maddesinin Nr. 11 2. cümlesinin hükümsüzlüğüne yol açar.

e. Bu nedenle bu normun yetkili kıldığı önlemlerin ayrıca diğer temel hakları ve AY m. 19/1'deki ilkeyi ihlal edip etmediğinin denetimine gerek kalmamıştır. (287)

II.

İnternetin gizli olarak açığa çıkarılmasına (aydınlatılması-bilgi alınma) yetki veren AKK m. 5/2, Nr. 11, 1. cümle, AY m. 10/1 ile güvence altına alınan iletişimin gizliliğini ihlal eder. Bu norma göre alınacak önlemler bazı hallerde bu özgürlüğe anayasal dayanağı olmayan müdahalelere yol açabilir (1). AY m. 19/1, 2. cümleyi de ihlal eder (2). Anayasaya aykırılık normun hükümsüzlüğüne yol açar (3). Anayasayı koruma makamları temel hak ihlali olarak görülmediği sürece internet aydınlatılmasına dair önlemler alabilirler (4). (288)

1. AKK m. 5/2, Nr.11, 1.cümlede düzenlenen internetten gizlice bilgi alma, AK makamlarının internet iletişimi içeriğinden bunun için teknik olarak öngörülen yollarla bilgi almasını sağlayan önlemleri kapsar. Örneğin Web-Browser aracılığıyla World Wide Web'de Web sayfasının çağrılmasıyla. Bu bazı hallerde iletişimin gizliliğine müdahale edebilir. Böyle bir müdahale anayasal açıdan meşru değildir. (289)

a. AY m. 10/1'in koruma alanı, internete bağlı BT sistemleriyle yürütülen uzak mesafeli haberleşmeyi kapsar. Daha doğrusu bu temel hak sadece bireyin katıldığı uzak mesafe bir haberleşmenin üçüncü kişiler tarafından bilinmediği hakkındaki güveni korur. Buna karşılık haberleşen tarafların karşılıklı güveni temel hak korumasının konusunu oluşturmaz. Devletin soruşturma önleminde temel neden, telekomünikasyona yetkisiz bir el atma değil de, haberleşen taraflarda kişisel güven kaybı ise AY m. 10/1'in ihlali söz konusu değildir. Telekomünikasyon içeriğinin devlet tarafından alınması, kamu makamının haberleşmenin tarafı olmaksızın telekomünikasyon ilişkisini dışarıdan izlemesi halinde ancak telekomünikasyonun gizliliğiyle ilişkilendirilir. Kamu makamı kendisi bir temel hak sahibiyle telekomünikasyon bağlantısı kuruyorsa, bu temel hak bir koruma sağlamaz. (290)

Kamu makamı, internetin haberleşme hizmetleri üzerinden yürütülen uzak mesafe haberleşme içeriğinden bunun için teknik olarak öngörülen yollarla bilgi ediniyorsa, burada AY m. 10/1'e müdahale ancak kamu makamı haberleşmeye katılanlar tarafından yetkilendirilmediyse vardır. Çünkü telekomünikasyonun gizliliği haberleşmeye katılanların karşılıklı kişisel güvenlerini korumaz. Haberleşmeye katılanlardan biri kendi isteğiyle bu el atmaya olanak tanır, artık kamu makamı haberleşme içeriğini elde etmeye yetkili olur.

İnternette gizlice bilgi alma, AK makamları haberleşmeye katılanların isteği dışında ve karşısında elde ettiği giriş anahtarından yararlanarak girişin güvencelendiği haberleşme içeriğini izlerse, AY m. 10/1 kapsamına girer. E-Mail posta kutusuna girmek için ya da kapalı bir sohbete ulaşmak için

Keylogging aracılığıyla elde edilen parola kullanılıyorsa, bu durum gerçekleşmiştir.

Buna karşılık bir kapalı sohbet katılımcısı AK makamı adına davranan bir kişiye kendi isteğiyle girişe yetkili kılınırsa ve makam bu girişi kullanırsa AY m. 10/1'e müdahale söz konusu olmaz. Makamlar, açık tartışma alanları ya da girişin engellenmediği web sayfalarında olduğu gibi genel olarak erişime açık içeriği elde ederse, bu telekomünikasyonun gizliliğine müdahaleden ayrılır.

b. AKK m. 5/2 Nr. 11. 1. cümle, AY m. 10/1'e müdahaleye anayasal haklılık kazandırmaz. Bu kural bu tür müdahalelere yetki için anayasal gerekleri karşılamamaktadır. (294)

aa. Normun açıklığı ve belirginliği ilkesine uyulmuyor, müdahale koşulları yeterince kesin düzenlenmemiş. (295)

bb. Söz konusu kural, AY m. 10/1'le ölçüldüğünde dar anlamda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz. (296)

Telekomünikasyonun gizliliğine müdahale ağır çeker. Söz konusu norm temelinde AK makamları haberleşmenin, hassas nitelikte ve ilgilinin kişisel iş ve alışkanlıklarına göz atmaya izin veren içeriğine el atabileceklerdir. İlgili, sadece gözetleme önlemine fırsat veren kişi değildir. Bilgiler önlemin yöneldiği kişinin haberleşme hareketi üzerinden olabileceği gibi haberleşme ortağı üzerinden de elde edildiğinden, müdahale belirli bir yayılma genişliği gösterebilir. El atmanın gizliliği müdahalenin yoğunluğunu artırır. Kanunda müdahale koşullarının geniş bir şekilde kaleme alınması yüzünden müdahale sebebi için sorumlu olmayan kişilerin de gözlenebilmesine olanak tanımaktadır.

Bu şekildeki ağır bir temel hak müdahalesi, anayasayı koruma amacının ağırlığına dikkat edilerek en azından nitelikli maddi müdahale eşiklerini gerekli kılmaktadır. Somut tehlike halinde bile hukuksal çıkarın göreceği olası zararın ağırlığı ve üçüncü kişilere karşı saygının dikkate alınması gerekir. Bu ölçüde geniş müdahale yetkisi ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz.

cc. AKK özel yaşamın şekillendiği çekirdek alanın korunması önlemleri içermemektedir.

Böyle düzenlemeler, kamusal makamlar telekomünikasyon içeriğini elde etmeye AY m. 10/1'e müdahale edecek şekilde yetkilendirilmişse gereklidir. (299)

2. Alıntı ilkesi (Zitiergebot) ihlal edilmiştir. AY m. 19/1 gereği kanun sınırlandıracağı temel hakkı belirtmelidir. Alıntı ilkesi, uyarı ve hatırlatma işlevi görür. Yasa metninde müdahalenin belirtilmesiyle, yasakoyucunun bilinçli olduğu ve ilgili temel hak üzerindeki etkilerini dikkate aldığı müdahaleleri öngörmesi garanti altına alınır. Açıkça belirtme, amaçlanan temel hak müdahalesinin gerekliliği ve ölçüsünün kamusal tartışmada açığa çıkmasını kolaylaştırır. (300)

3. AY m. 10/1 ve m. 19/1'e aykırılık AKK md 5/2'yi hükümsüz kılar. (303)

4. Yetkinin hükümsüzlüğü, temel haklar ihlal edilmedikçe, makamların internetin aydınlatılmasına ilişkin önlemler almasının engellenmesine yol açmaz. (304)

İnternetin gizlice aydınlatılması, AY m. 10/1 kapsamına girmedikçe, her zaman genel kişilik haklarının ihlalini oluşturmaz.

a. Genel kişilik hakkıyla güvence altına alınan BTS'lerin mahremiyeti ve bütünlüğü internet aydınlatılması önlemleriyle ilgili değildir, çünkü AKK m. 5/2 Nr. 11 1. cümle, sistemin sahibinin örneğin ağ sunucusu işleticisinin internet iletişimi için öngördüğü verilerin teknik olarak bunun için öngörülen yollarla elde edilmesiyle sınırlıdır. Bu tür veri elde edilmesi için ilgili sistemini teknik olarak kendisi açmıştır. Bu verilere gelinmeyeceğine güvenemez. (306)

b. Kuralda genel kişilik hakkının bir görünümü olan kişisel bilgilerinin açıklanması ve kullanımını belirleme hakkı da ihlal edilmemiştir. (307)

aa. Kamuya açık bilgi alma devlete yasaklanmamıştır. Bu şekilde somut olayda kişisel bilgiler elde edilmiş olsa da, bu

geçerlidir. Kamu makamları internette ulaşılabilen herkese ya da en azından sınırlı olmayan bir çevreye yönelik haberleşme içeriğini elde etmiş olmaları halinde de genel kişilik hakkının ihlali söz konusu olmaz. Örneğin kamu makamlarının, world wide web'de genel ulaşımına açık web sayfası çağırması, her ilgiliye açık duran mailingliste'ye abone olması ya da açık sohbeti izlemesi gibi. (308)

Genel erişime açık içeriğin ayrılması yoluyla kazanılan bilgiler bir amaçla bir araya toplanır, kaydedilir ve diğer verilerden yararlanarak değerlendirilir ve buradan ilgilinin kişiliği için özel bir tehlike durumu çıkıyorsa, kendi bilişimsel davranış biçimini belirleme hakkının ihlali söz konusu olabilir. Buna dayanak olacak bir yetkilendirme gerekir.

bb. Kamusal makamın bir temel hak sahibiyle sahte bir haberleşme ilişkisine girmesi ve başka türlü elde edilemeyecek kişisel verileri elde etmek için iletişim ortağının kimliği ve motivasyonuna ilişkin korumaya değer güvenini kötüye kullanırsa, bilişimsel davranış biçimini tayin hakkı da ihlal edilmiş sayılmaz. (310)

Buna göre saf bir internet aydınlatması, kural olarak bir temel hak ihlali etkisi göstermez. İnternetin iletişim hizmetleri geniş bir çevrede iletişime katılanın iletişim partnerinin (arkadaşının) kimliği ve doğruluğuna güveninin, bunun için hiçbir şekilde denetim mekanizmaları olmadığından, korumaya değer olmadığı bir çerçevede iletişim ilişkilerinin kurulmasını sağlar. Belirli kişiler -aşağı yukarı bir tartışma forumuna katılanlar çerçevesinde- uzunca bir süreyi aşacak biçimde iletişime katılsalar ve bu şekilde elektronik bir topluluk oluştursalar bile bu durum geçerlidir. Böyle bir iletişim ilişkisi içinde her katılımcı, ortağının kimliğini tanımadığının ve ona ilişkin bilgilerin hiçbir şekilde denetlenemeyeceğinin bilincindedir. Kamusal bir makamla iletişim içinde olmadığına dair güven, sonuç olarak korumaya değer değildir. (311)

Oturum Başkanı: Sayın konuklar; bu konunun kitabının yazılmasını biz Sayın Kanadoğlu'ndan bekliyoruz. Gerçekten çok ilginç, çok aydınlatıcıydı. Hazır başlamuşken, gelecekte ki-

tabı beklemek hakkımız olduğunu düşünüyorum, yoğun işle-
rinin olduğunu da bilmeme karşın, çok teşekkür ediyoruz.

Formatta kısa bir değişiklik yapıyorum Oturum Başkanı
olarak. Teorik çerçevenin tamamlanması için Sayın Prof. Dr.
Fatih Selami Mahmutoğlu da sunumunu yaptıktan sonra bir
ara vermeyi düşünüyorum. Hoşgörünüze ve sözüme karşın
anlayışınıza şimdiden teşekkür ediyorum.

Buyurun Sayın Mahmutoğlu.

KORKUT
KANADOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):

Değerli konuklar, konuşmama başlamadan önce hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bu anlamlı günde bizleri davet ettiği için Türkiye Barolar Birliği'ne çok teşekkür ediyorum. Bu vesile ile aramızdan ayrılan değerli başkanlara da rahmet diliyorum.

Bizde bir söz vardır; '*sona kalmak, dona kalmaktır.*' diye. Bu durum bazen iyi, bazen kötüdür. Umarım bu dezavantajı avantajla çevirerek ana fikrimi ortaya koyacağım.

Temel bir insan hakkı olan özel hayat, ilk planda bireyin başkaları ile paylaşmak istemediği, yalnız kalmak istediği sınırlı bir alanı ifade etmekle birlikte, buna aile hayatı, konut, çevre koşulları ve iletişimin de dahil edilmesiyle, oldukça geniş bir kavram olarak karşımıza çıkar. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, ilgileri, bireysel seçimleri, alışkanlıkları gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerin tümü, özel yaşamı oluşturmaktadır.¹ Özellikle belirtmek gerekirse, teknolojinin gelişmesiyle beraber kişisel verilere ulaşabilmenin oldukça kolaylaşması olgusu karşısında, konunun önemi daha da artmıştır.

Doğaldır ki, kapsam bu denli geniş olunca, konunun hem özel hukuk hem de kamu hukuku boyutuyla ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, özel hayatın korunması ne şekil-

¹ Dinç Güney, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Sorularla Hukuk Dizisi 4, Türkiye Barolar Birliği yayını, 2006, s. 381.

de düzenlenmelidir, hangi tür yaptırımlarla karşılanmalıdır, mevcut saldırılar ne şekilde engellenmelidir biçimindeki sorularında farklı disiplinler dikkate alınarak cevaplandırılması kaçınılmazdır.

Hatırlatmak gerekirse, özel hayat kavramı Anglo-Amerikan hukukunda XIX. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Bu yıllarda, topluma mal olmuş kişilere ya da politik şahsiyetlere karşı basın gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında bu hakkın desteklenmesi ve kabul edilmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra pek çok eyalet gerek çıkardıkları yasalar gerekse mahkeme kararları ile hakkı tanıma yoluna gitmişlerdir. İngiltere’de ise bu süreç daha geç olmuştur. Aynı şekilde Almanya 1940 ve 1950’lerde mahkeme kararları ile açıkça bu hakkı tanımaya başlarken, Fransa yasal düzenlemesini ancak 1970’te yapabilmıştır.²

Konuyu biraz açacak olursak, bilindiği üzere, insan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü bulunmaktadır.³ Hayatın genel yönü; kişinin herkese açık olan aleni davranışlarıdır. Bu sebeple konumuzun dışında kalmaktadır. Hayatın özel yönü ise; özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere iki ayrı bölüme ayrılmaktadır. Hayatın gizli alanı kişinin inançları, cinsel yaşamı, vicdani kanaati gibi kendisine özgü dünyası olup müdahalelere karşı etkili bir korumanın konusunu oluşturur. Özel hayatı ise; daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içerir ve yine müdahalelere karşı koruma altında olmakla birlikte bu kuru-

² Barendt, Eric M., “The Right To The Protection Of Privacy”, Conferance On Freedom Of Expression And The Right To Privacy, Strasbourg, 23 September 1999. Aktaran Hanımeli Çağan, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136.zip> (çevrimiçi) 06.10.2008

³ Bireyin yaşantısı bakımından bu alanlara ortak yaşamı da dahil eden bir kaynak olarak bkz. Dinç Güney, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Sorularla Hukuk Dizisi 4, Türkiye Barolar Birliği yayını, 2006.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

FATİH SELAMİ
MAHMUTOĞLU'NUN
KONUŞMASI

ma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek bir konumdadır.⁴

İşte hayatın özel yönü kapsamında özel hayat;⁵ başkası tarafından bilinmemesini arzu ettiğimiz alandır. Burası, yukarıda da değindiğimiz gibi, bazen aile bireyleri içerisindeki bir çerçeveyi ifade edebileceği gibi, bir arkadaş çerçevesindeki bir grubu ya da sadece kendimizi de ifade edebilir.

Özel hayatın gizliliği hakkının iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, bireyler bu hakla, yönetimin sebepsiz arama ve alıkoyma faaliyetlerine karşı korunurlar.⁶ Özel hayatın gizliliği hakkının ikinci yönü, bu hakkın, diğer kişilerin müdahalelerine karşı korunmasını içerir. Buna göre, vatandaşların özel hayatı kamu araştırmasına konu olamaz.⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne baktığımızda ise, 8. maddede özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve garanti altına

⁴ Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 182. Aktaran Hanımeli Çağan, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136.zip> (çevrimiçi) 06.10.2008

⁵ Özel hayatın sınırlarının belirlenmesine ilişkin olarak bkz. Yazıcıoğlu İrem, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 23.

⁶ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta ABD sistemine bakacak olursak ABD Anayasasının dördüncü düzenlemesi (Fourth Amendment of the US Constitution) tarafından teminat altına alındığını görebiliriz. Can Mustafa, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, e-akademi Aylık Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm> (çevrimiçi) 06.10.2008

⁷ Bu husus ABD eyaletlerinin çoğunda daha da genişletilmiştir. Özel hayatın gizliliği konusuna ABD hukukunda, bireysel haklar içerisinde en önemli hak nazarıyla bakılmakta, mahkeme kararlarında ve bu konuda yapılacak düzenlemelerde, bu hakkı genişletici yorumlar ve düzenlemeler yapılmaktadır. Can Mustafa, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, e-akademi Aylık Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm> (çevrimiçi) 06.10.2008

alınmaktadır.⁸ Ancak koruma altına alınan bu dört kavramın anlamı çok da belirgin değildir.⁹ Bu nedenle AİHM, maddenin uygulanmasında önüne gelen her olayda, söz konusu olayın özelliklerini değerlendirip günün gerçekleri ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak maddeyle korunmakta olan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır.¹⁰

Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere AİHS m.8'de kişinin özel hayatı, aile hayatı, haberleşme ve meskeni koruma altına alınmıştır.¹¹ Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları iç içe geçmiş bulduklarından bunlardan biri hakkındaki hususlar ötekiler konusunda da geçerlidir. Örneğin, şu sıralar gündemimizde de oldukça yer alan telefon konuşmalarının dinlenmesi¹² ve konutta arama yapılıp burada bulunan kağıtlara el konulması, haberleşmenin gizliliğinin

⁸ Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancaktar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 281.

⁹ Özdemir, Kenan, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği*, www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515 (çevrimiçi) 04.10.2008

¹⁰ Gözübüyük Şeref, Gölcüklü, Feyyaz, *AİHS ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 4. basım, Turhan Yay., Ankara 2003, s. 330-331.

¹¹ Bu bakımdan gerek AİHS md.8'in hangi güvenceleri içerdiği ve nasıl bir koruma yöntemini öngördüğü, gerek basının ünlü kişilerin yaşamlarını özgürce sergileyip sergileyemeyeceği, ailenin ne olduğu ve nasıl korunduğu, konuta saygı gösterilmesi hakkının boyutları, devletlerin haber alma görevlilerinin telefon dinleme, mektupları ve benzer iletileri açıp okumakta özgür olup olmadıklarının tespitine ilişkin AİHM kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. Dinç, Güney, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Sorularla Hukuk Dizisi 4, Türkiye Barolar Birliği yayını, 2006, s. 381-430.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoglu, Fatih Selami, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi Tebliğleri-2 23-28 Ekim 2007 Antalya/Alanya*, s. 405-418; Sözüer, Adem, *Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi*, *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LV S:3 Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, İstanbul 1997.

ve konut dokunulmazlığının ihlallerini oluşturmasının yanında özel hayata müdahale kapsamına da girmektedir. Zaten bu nedenle de AİHM 8. maddeye ilişkin bir başvuru ile karşı karşıya kaldığı zaman şikayeti alt unsurlara bakmaksızın özel hayata müdahale üst başlığı altında incelemeye tabi tutmaktadır.¹³

Özel hayat kavramını inceleyebilmemiz için öncelikle Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin 23.01.1970 tarihli kararına değinmemiz gerekmektedir. Çünkü bu karar, özel hayatın gizliliği ve korunmasına bir tanım getirerek daha sonraki pek çok karara yol gösterici olmuştur. Bu karara göre özel hayata saygı, kişinin yaşantısını istediği biçimde ve dış müdahalelerin en aza indirildiği bir şekilde sürdürebilmesidir. Bu hakkın kapsamına, kişinin özel hayatı, aile hayatı, ev yaşantısı, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel fotoğraflarının izinsiz yayınlanmaması, hukuka aykırı bir biçimde dinlemeye maruz kalmaması ve gözetlenmemesi, özel yazışmalarından gizlice yararlanılmaması ve gizli olarak elde ettiği bilgilerin yayınlanmaması gibi haklar girmektedir.

Özel hayatın içinde yer alan unsurlardan birinin aile hayatı olduğunu belirtmiştik. Aile yaşamında kilit ilişki, karı-koca ilişkisidir. Fakat Strasbourg organları içtihatlarında, nikahlı kadın-erkek birlikteliği olan hukuki -de jure- ailenin yanı sıra, nikahsız olarak beraberce yaşayan kadın ve erkeğin vücuda getirdiği -de facto- birliği de 'aile yaşamı' kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesi, gelecek için tasarlanan bir aile hayatını da tamamen dışlamaz.¹⁴ Bu nedenle nişanlılık da, niyetin samimiyeti veya ilişkilerin kurulması için yeterli kanıt ile güçlendirilmişse aile hayatının ortaya çıkmasını sağlayabilmektedir. Buna karşılık,

¹³ Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz, AİHS ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 4. basım, Turhan Yay., Ankara 2003, s. 331

¹⁴ Case of Marckx v. Belgium için bkz. <http://www.unhcr.org/refworld/type,CASELAW,,BEL,3ae6b7014,0.html> (Çevrimiçi) 2.12.2008

kağıt üzerinde kalan evlilikler de AİHS m. 8 kapsamı dışında bırakılabilmektedir.¹⁵

Aile hayatına ilişkin olarak son yıllarda, eşcinseller arasındaki hukuki birliktelik statüsünün tanınmasıyla beraber homoseksüel partnerin, kişinin ailesinin bir parçası olabileceğine de değinilmektedir.¹⁶

Özel hayatın diğer bir unsurlarından bir diğeri olan konut kavramının içeriğine baktığımızda ise AİHM'in, Niemietz-Almanya davasında¹⁷ görüldüğü gibi, kişinin bürosunun da konut bünyesine dahil edildiğini görmekteyiz. Gillow-Birleşik Krallık davasında da,¹⁸ 18 yıldır sahip oldukları evde filen hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri konutu sayabilecekleri yönünde karar verilmiştir. Kişinin konutu bağlamında konuta saygı hakkı da dahil edilmektedir. Bir çingenenin kendisine ait arsa üzerinde bulunan karavanda yaşama istemini konu alan Buckley-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, başvurucunun söz konusu alanda yaşamasını mümkün kılacak imar izninin verilmemesini kişinin bu hakka müdahale olarak değerlendirmiştir.¹⁹

Koku, gürültü gibi çevresel faktörler de AİHS m. 8 kapsamında özel yaşam hakkını ihlal edebilmektedir.²⁰

Değinmiş olduğumuz bazı kararlarda dahi görüldüğü üzere özel hayata ilişkin kategoriler, sınırlar içine sokulmamacak kadar geniş bir alana yayılmıştır. AİHM, kavramı sadece

¹⁵ Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, *Feyyaz, AİHS ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 4. basım, Turhan Yay., Ankara 2003, s. 336

¹⁶ Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, *Feyyaz, AİHS ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 4. basım, Turhan Yay., Ankara 2003, s. 339

¹⁷ http://www.bagger-tranberg.dk/EU-ret/Filer_homepage/Niemietz_vs_Germany.pdf (Çevrimiçi) 2.12.2008

¹⁸ <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/c4a943a53ef323c5c125663b0037f05c/66073080a2283a31c1256640004c2353?OpenDocument> (Çevrimiçi) 30.11.2008

¹⁹ <http://www.minelres.lv/coe/court/Buckley.htm> (Çevrimiçi) 30.11.2008

²⁰ http://www.ruidos.org/Noise/ECHR_941209.html (Çevrimiçi) 30.11.2008

bir kişinin iç dairesi şeklinde tanımlamak suretiyle sınırlar çizmenin çok kısıtlayıcı olduğunu düşünmektedir.²¹

Türkiye'nin Avrupa Birliği'yle ilgili hukuk süreci,²² mevzuatına da etki etmiştir.2001 yılından bu yana konuyla ilgili, başta Anayasamız olmak üzere tüm mevzuatımızda çeşitli değişikliklerin yapıldığını görmekteyiz. Bunlar, yasal güvencelerimizin tedbir hukuku anlamında daha somut verilerle alınmasına ilişkindir.

Özellikle iç hukukumuzda yapılan bu yenilikler sonucu Anayasa ve çeşitli kanunlarda özel hayata dair hükümler görülebilmekteyiz. 1982 Anayasası'nın ikinci kısmının dördüncü bölümünde '*Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*' üst başlığı altında düzenlenen 20 ve 22. maddelerinde, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmayacağı, keza herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve bu hürriyetin gizliliğinin esas olduğu, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı, haberleşmesinin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu ilkenin ihlali halinde, yani özel hayatın gizliliği ihlal edilirse fiil artık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılacaktır. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın 20. maddesinin yaptırımı artık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndadır.

²¹ Olley Katherine, AİHS 8. madde, [www.barobirlik.org.tr/ihep/egitim-ler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitim-ler/E2/Kate(8).tur.doc) (Çevrimiçi) 05.10.2008

²² Yazıcıoğlu İrem, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.

Bu bağlamda, ceza hukuku alanına baktığımızda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel hayata ilişkin ideal düzenlemelerin yer aldığını söyleyebilme imkânımız yoktu. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 195 ve devamı maddelerinde '*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*' adı altında özel yaşam ve haberleşme dokunulmazlığına ilişkin anayasal güvenceye aykırılık yaptırıma bağlanmış bulunmaktaydı.²³ Ancak 765 sayılı TCK'daki bu düzenlemenin başlığı, amacı tam olarak açıklamıyordu.

Yeni kanunumuza baktığımızda ise, dokuzuncu bölümünde "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar.*" görmektediriz. Bu bölümde ETCK'dan farklı olarak bazı yeni suç tiplerine yer vererek ETCK'nun eksikliklerini gidermeye çalışılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, ikinci kısım, dokuzuncu bölümünde 132 ile 140. maddeler arasında '*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*' düzenlenmiştir. Özellikle AİHS ve AİHM içtihatları göz önünde bulundurularak özel hayatın korunmasına ilişkin eksiklikler giderilmiştir. Yeni TCK'da '*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal*' (m.132) , '*Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması*' (m.133) , '*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal*' (m.134) , '*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*' (m.135) , '*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*' (m.136) , '*Verileri Yok Etmeme*' (m.138) suçları yer almaktadır. Bunun yanı sıra 137. maddede tüm bu suç tipleri için nitelikli haller belirtilmiştir. 139. maddede ise '*Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç*' dile getirdiğimiz diğer tüm suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düzenlenmiştir. Son olarak tüzel kişilerin sorumluluğu m. 140'ta açıklanmıştır.²⁴

²³ Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. baskı, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 484.

²⁴ 5237 sayılı TCK'da yer alan çeşitli düzenlemeler de özel hayata ilişkin ana hükümlerin yanında ele alınabilir. Bu bağlamda; MADDE 120- Haksız arama, MADDE 123- Kişilerin huzur ve sükununu bozma, MADDE 125- Hakaret, MADDE 243- Bilişim sistemine girme, MADDE 244- Siste-

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

FATİH SELAMİ
MAHMUTOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Ceza yargılaması alanında ise,5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edebilecek yeni koruma tedbirleri ve yeni hükümler getirilmiştir. Kanunda sırasıyla,şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması,diger kişilerin beden muayenesi ve moleküler genetik incelemelerin CMK'nın 75-82.maddeleri arasında düzenlenmiştir.İkinci olarak CMK'da ayrı bölümler halinde 116-134 maddeler arasında *arama ve el koyma*,135-138. maddeler arasında *telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi* ve son olarak 139 ve 140.maddelerde de sırasıyla *gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme* konuları düzenlenmiştir.Kanun koyucu bu düzenlemelerle aslında insan vücuduna yapılabilecek her türlü müdahalede onun onunun dikkate alınması gerektiğini, yargıç kararı olmaksızın şüpheli veya sanığın vücudundan kan, idrar vs. örneğinin alınamayacağını, hatta yargıç kararına rağmen eğer o kişinin sağlığına zarar veriliyorsa, bu işlemleri hiçbir surette yapılamayacağını ve kesinlikle bu verilerin hiçbir biçimde kullanılmayacağını düzenlemiştir.

Ayrıca Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ve Bilgi Edinme Kanunu da '*Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı*'na yer vermiştir. Türk Medeni Kanunu ise 24. maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği ve kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının, daha üstün nitelikte olan özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmak suretiyle özel hayatın gizliliğine yapılacak saldırılar bu şekilde koruma altına alınmıştır.

Belirttiğimiz tüm bu başlıkların merkezinde de konumuzun temel dayanağı olan özel yaşam ve özel yaşam hakkı yer almaktadır. Kişi, demokratik bir toplumda yalnız kalabilme

mi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, MADDE 287-Genital muayene, gibi düzenlemeler dikkati çekmektedir.

hakkı kapsamında örneğin dinlenme, resim yapma, fotoğraf çekme, hatta dostlarıyla, çevresiyle telefonda müstehcen konuşabilme gibi haklara sahip olmalıdır. Bunlar modern bir toplumda bireylerin mutlaka yararlanması gereken olanaklar olmalıdır.

Herkesin aleni yaşantısının yanında, kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi ve uygun gördüğü şekilde yaşayabilmesi için başkasının denetim ve gözetiminden uzak, kendi tarzına göre yaşayabildiği bir özel hayatı olmalıdır. Aksi halde George Orwell'in meşhur 1984'ündeki Büyük Birader'in toplumundan farkımız kalmayacaktır. Bu nedenle, insanın var olabilmesi ve gelişmesi için son derece önemli olan özel hayat, dış etkilerden korunmak zorundadır. Bu da ancak hukukun sunduğu güvenli ortamda gerçekleşebilecek ve devamı sağlanabilecektir.

Son olarak, Türkiye Barolar Birliği'ne bu anlamlı günde bizleri davet ettiği için teşekkür eder, dinleyicilerimize de saygılar sunarım.

Oturum Başkanı: Sayın Mahmutoğlu; sona kalmanın hiçbir dezavantaj olmadığını hepimiz farkındayız, çok teşekkür ediyoruz. İnsana bazen fantezi gibi gelecek, *"acaba özel yaşamımız alanına koku da mı girmeliydi"* den hareketle, bu hafta içinde anekdot olarak söyleyeceğim, başımdan geçen bir olay. Yargıtay üyesi arkadaşlarımızla bir yemeğe giderken, ani bastıran bir yağmurdan güçlükle korunduk. Ancak, bir anda Ankara neredeyse sel oldu. Güvenpark'tan karşıya, Milli Piyanogo İdaresi'nin bulunduğu binaya geçerken, ayaklarımıza su dolmadan geçebilme imkânını ararken, bir yurttaşımız şunu söyledi: *"Asfaltınız hayırlı olsun diye yazıyorlar, ama çok kötü kokular geliyor. Asfalt hayırlı olsun, ama geçecek yerimiz de yok."* Sanıyorum bu altyapı konuları da bu özel yaşama Hocamızın sunumundan sonra girdiğini bir kez daha görüyoruz, belki bugüne kadar farkında değildik. Sayın Mahmutoğlu'na gerçekten teşekkür ediyoruz.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

Bu arada konuşmacılarımızdan Sayın Güney, "acaba soruları da 10'ar dakikayla sınırlayıp yanıtlama süresini bu şekilde kullandıktan sonra, zaten kokteyliniz vardır, tümüyle panelimizi bitirsek" diye bir öneri getirdiler. Acaba sizler buna katılır mısınız?

Sorularınızı bekliyoruz. Teşekkür ediyoruz.

Sorular gelene kadar, ben soru sahiplerine yönelteyim: Av. Ali Rıza Özdil Beyin sorusunu Sayın Güney Dinç'e vereyim. Bu soruyu da birlikte kendileri okursa, zamandan kazanmış oluruz.

Buyurun Sayın Güney.

GÜNEY
DİNÇ'İN
KONUŞMASI

Av. Güney DİNÇ: Sayın meslektaşımız şunu soruyor: "Daha ziyade cezaevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülerle ilgili mektup ve benzeri haberleşmeleri dile getirdiniz. Aynı durum askeri mekanizmada vardır. Gerek askeri okullarda ve gerekse kışlada mektup denetimi vardır, buna değinmediniz. Bu uygulamaya onay vermek midir? Saygılarımla" diyor sayın meslektaşımız.

Efendim, ilkesel açıdan hiç bir fark yoktur. Kışladaki askerler tutuklu veya hükümlü de değildirler. Hükümlünün ve tutuklunun içinde bulunduğu özgürlük kısıtlamaları, askerler için geçerli değildir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin askerlerle ilgili vermiş olduğu birkaç kararı var. Mahkeme askerlerle ilgili şöyle bir saptama yapıyor: "Askerlerle ilgili mesleğin gerekleri nedeniyle belli kısıtlamalar yapılabilir. Ancak, bu kısıtlamalar, amacının ötesinde kullanılamaz ve hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde değerlendirilemez." Ben, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlüler yönünden hukuka aykırı bulduğu uygulamaları askerler için serbest bırakılacağı düşüncesinde değilim, böyle bir şey olmaz. Çünkü cezaevlerinde gerçekten daha yoğun bir kısıtlama var, askerdeki kısıtlama ise sınırlıdır. Askerde mesleğin gereği bir takım disiplin kuralları söz konusu olabiliyor, bunlara mahkeme de onay veriyor. Ancak, benim cezaevleri için söylediğim mahkemenin eleştirileri, el-

bette Askeri yerler için de geçerlidir, yani askerin de mektubu okunamaz, otomatik biçimde ve sürekli denetim altında tutulamaz, kural budur.

Bu sorunuzu askerlerle ilgili mektup iletişimi konusunda verilen bir kararla yanıtlamaya çalışacağım.

Yedek subaylığını yapan kişinin bir arkadaşı ile elden komutanına gönderdiği mektup, askerlikle ilgili bazı uygulamaları sert bir dille eleştirdiği için silahlı kuvvetlere hakaret olarak nitelenmiş ve askeri mahkemede yargılanan başvuru mahkum edilmişti. AİHM, olayın, düşüncenin açıklanmasıyla ilgili bölümünü, aşağıya aktardığımız gerekçelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olarak nitelemiştir:

"10. maddenin uygulanması kışının kapısında durmaz. Bu madde Sözleşmeciler Devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla beraber, Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, silahlı kuvvetlerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek olanaksızdır. Bu nedenle askeri disipline yönelik gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmeciler Devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler. Ancak, düşüncelerin ifadesi bir kurum olarak ordunun kendisine yönelmiş olsa bile, ulusal makamlara, ifade özgürlüğünü etkisiz kılmak amacıyla bu tür kurallara dayanma imkanı verilemez.

Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak Mahkeme söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev bağlamında dile getirilmiş olduğunu not eder. Mektup başvuru tarafından yayınlanmamış veya bir kopyasının bir subaya verilmesinin dışında daha geniş bir kitleye dağıtılmamış ve başka kimselerin de bu mektubu bildiği iddia edilmemiştir. Mektupta, gönderilen kişiye veya başka bir kimseye yönelik herhangi bir hakaret de yer almamıştır. Bu durumu karşısında Mahkeme, mektubun askeri disiplin üzerinde sahip olabileceği etkinin önemsiz olduğunu kabul eder.

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

Buna göre Mahkeme, başvuruçunun suçlanmasının ve mahkum edilmesinin, 10. maddenin ikinci fıkrası anlamında "demokratik bir toplumda gerekliliği" bakımından haklı görülemeyeceğini kabul eder. Bu nedenle 10. madde ihlal edilmiştir."

Mahkeme'nin (Grigoriades / Yunanistan, 1997) kararının en çarpıcı yanı olan "10. maddenin uygulanması kışlanın kapısında durmaz." Tümcesi, kanımca sorunuza açıklıkla yanıtlanmaktadır.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Bir soru bana yöneltilmiş, Sayın Av. Ahmet Çortoğlu tarafından: "Türk Yargıtayı, herhangi bir kararında iletişimin tespitini ya da takibini talep eden cumhuriyet savcılığı talebini ve doğrultusunda verilen dinleme kararını verildiği tarihi itibarıyla gereklilik ölçütü bağlamında gerekli olup olmadığını tespit eden bir inceleme yaparak kararı geçirdi mi, inceledi mi?" şeklinde.

4422 sayılı Kanun'dan önce Yargıtay'ın genel uygulaması, ses bantlarının yan delil olmadan geçerli olamayacağı şeklindedeydi. Aslında 1971 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararla başlamıştı bu konu. Daha sonra mahkeme kararı olmaksızın dinlemeler geçersiz kılındı. 8. Ceza Dairesi'nin çok örnek verilen 9.6.1999 tarihli ve 9538 sayılı bir kararında, polislin duyum üzerine saruğun haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın, özel hayatta müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin hükme esas alınmasını Ceza Muhakemesi Kanunu'nun değişik 254. maddesine aykırı bularak, toplu silah kaçakçılığından elde edilen somut fiziki kanıtlara itibar edilerek eylemin bireysel silah ticareti olduğuna hükmedilmiş Daire bu konudaki delilleri kabul etmemişti.

Daha sonraki süreçte bilindiği üzere, 4422 sayılı Kanun çıktı. Koşulları o yasada ve yönetmeliğinde getirilmişti. Bu yasanın kaldırılmasından sonra Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve müteakip maddelerinde konu düzenlendi. Bir suç şüphesi olacak, kuvvetli kuşku, belirti olacak ve başka yöntemler-

le de kanıt elde edilemeyecek. 4422 sayılı Kanun da katalogu aynı yasada düzenlenmişti, çok sınırlı olarak düzenleme vardı. Çok ilginçtir, 313. madde, Türk Ceza Kanunu'nun dinlemeye elverişli bir suç olmamasına karşın, onun bağlı maddesi 314. madde, 15. maddede, 4422 sayılı Kanun'da düzenlendiği için, dinlemeye elverişli haldeydi. Böyle birtakım çelişkili durumlar da vardı.

Ancak, o günden bu yana gerek 4422, gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan sonra Yargıtay'ın bu konuda bir kararı bulunmamaktadır. Sadece tesadüfi delillerle ilgilidir, daha önce *"Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arama ve el koymaya ilişkin 100. maddesi, kıyas yoluyla acaba tesadüfi deliller kavramında kullanılabilir mi?"* şeklinde öğretilerde zaman zaman söylenen görüşler, yine öğretilerde de *"bu iletişimi kapsamaz"* şeklinde de karşılanmaktaydı. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, özellikle 4 tane kararda, 2005 ve 2008 yılının Ocak ayına kadar verilen 4 kararda hep tesadüfi delilleri inceledi. Dinleme kararlarının dinlendiği tarihi itibarıyla koşulları taşıyıp taşımadığı hiçbir kararda tartışılmadı bilebildiğim kadarıyla, diğer dairelerin kararlarını da izlediğim ölçüde.

Bizim dairemiz, 8. Ceza Dairesinde bu konu tartışılmadı. Yani, bir kişi suç şüphesi altında mıdır ve başka yöntemlerle kanıt elde edilebilirlik imkânı bulunmamakta mıdır; bu konular tartışılmadı, sadece tesadüfi deliller tartışıldı. Tesadüfi delillerde oldukça ileri bir noktaya gelindiğini ifade edebilirim. Kesinlikle katalog suç dışında kanıt varsa, kanıt elde edilmişse, *"geçerli"* olamayacağını; yine tesadüfi deliller hakkında telefon dinleme kararı olmayan kişinin dinleme kararı olan kişiyle yaptığı görüşmenin birincisinin soruşturma başlangıcına esas olacağını, ama devamında da tekrar dinlenmiş ise bunun geçerli olamayacağını, anında cumhuriyet savcılığına bildirilip dinleme kararı alınması gerektiğini dolaylı olarak ifade etmiştir. Bu şekilde, bu yönde bir istikra var. Diğer tarafta, belirttiğim gibi karar bulunmamaktadır.

Şimdilik bu kadar söyleyebilirim.

TARTIŞMA

Bu arada ben, izninizle gerek medeni yargılama, gerek ceza muhakemesiyle ilgili kararları, özellikle medeni yargılamayı ifade etmek istiyorum. 4. Hukuk Dairesi, istikrarlı bir şekilde gizli ses kaydı ya da görüntü kaydının alınması hallerinde, "hakkı" dahi olsa, bir kanıtlama aracı amacıyla dahi yapmış olsa, bu amaç dışında kullanılması halinde tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun da bu yönde aynı kararı mevcuttur. En son kararı, benim görebildiğim, 2008 yılının Şubat ayında verilen 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, "*Davaya konu edilen ses kayıtlarının yasadışı yollarla, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan, özel yaşamıyla ilgili sırların dışarıya yansıtılması, kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Şu durumu karşısında, davalının eyleminin kişilik haklarına saldırı olduğu ve tazminatı gerektirdiği.*" biçimindedir. Burada bir tek "kamu yararı bulunmayan" ibaresi vardır. "Acaba kamu yararı bulunduğu ne olabilecektir?" sorusu akla gelebilir. Yazımdan mı kaynaklanıyor, yoksa olaya spesifik olarak bir değer izafe edildiğinden midir, onu bilemeyeceğim.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nde özellikle üçüncü şahısların elde ettikleri ses kayıtlarının delil değeri olup olamayacağı tartışılmıştır Fazilet Partisi davasında. Çünkü "*Birtakım görüşler de vardır, soruşturma organları doğruluk, dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük de onlara aittir, üçüncü şahısların elde edecekleri kanıtlar kullanılabilir*" şeklinde bir görüş. Anayasa Mahkemesi'ne sunulan bilirkişi raporunda da bu vardır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bunun geçerli olamayacağını, üçüncü şahıslardan da alınsa, parti kapatma davasında bunun geçerli olamayacağına karar vermiştir.

İlginç olan taraf şudur: Anayasa Mahkemesindeki parti kapatma davaları, Sayın Kanadoğlu'nun olduğu yerde benim herhalde söz söylemem "*abes*" kaçmayacaksa, bir ceza devası değildir, nevi şahsına münhasır bir davadır, Anayasa Mahkemesi'nin 2 tane kararı bu şekildedir. Ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanması, partinin güvencesi yönündedir, örgütlenme özgürlüğüne verilen değer olarak anlamak ge-

rekir. Burada dahi kullanulamayacağı, Anayasa Mahkemesi kararıyla belirtilmiştir, karara bağlanmıştır. İlginç olan nokta şudur: Anayasa Mahkemesi kararında, partinin savunmasını yapan bugünün Sayın Bakanı Cemil Çiçek, *"eğer bu konuşma kabul edilirse, -'ki parti başkanıyla bir milletvekilinin araç telefonundan yaptığı konuşmaydı'- hukuk özelleştirilmiş olur"* diye savunma yapmıştı. Gerçekten de hukuk özelleştirilmiş olurdu.

Ancak, şunu da ifade etmek durumundayım: Geçtiğimiz aylarda ya da 2008 yılı içinde çeşitli zamanlarda You Tube'a düşen birtakım özel konuşmalar, *"ortam kaydı"* deniliyor, doğruluğu da kuşkuludur -ki değişik meslek mensuplarının konuşmalarıydı. Yanlış hatırlamıyorsam, aynı Sayın Bakan, *"mağdur olanlar yargıya gidebilirler"* sözünü kullanmıştı. Bu, şu demektir: *"Önce konuşmanızı kabul edin, ondan sonra gidin."* Bunun sonuçlarının ne kadar ağır olacağını ve hukuk devletiyle bağdaşıp bağdaşmayacağını sizlere söylememe sanıyorum gerek yoktur. Hukukun özelleştirilmesi, Tahsin Yücel'in romanında, *"Apartman"* romanında olabilir belki, keyifle okuyabiliriz bunu.

Diğer taraftan, ceza soruşturmalarında gerekli konuşmalar mevcut ise, herhalde iddianameden sonra, açıklandıktan ya da kabul edildikten sonra aleniyet kazanacaktır. Gerekli olmayan konuşmaların kamuoyuna yansıtılması ve çok vahimi, iddianameye yazılması, bu konuşmaların doğru olması -ki doğruluğundan kuşku yok- yazarları herhalde hiçbir şekilde medeni ve cezai sorumluluktan kurtarmamalıdır. Hatta teorik olarak Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin 2. fıkrasına muhalefet edeceği gerekçede olmamakla birlikte, Barolar Birliği'nin yayınladığı Hakan Hakeri'nin kitabında vardır, sayfasını dahi söyleyebilirim, çünkü gelirken çalışmıştım, 207 ve müteakip sayfalarında. Bu konuda vahim sonuçlar doğurabilecek davranışlardan öncelikle yargı mensuplarının kaçınmalarını dilerim, ama sürdürülmesi halinde de herhalde bunların yasal olarak sorulması, bütün yurttaşların ve mağdur olanların da hakkıdır, hukuk devletinin gereği de budur.

TARTIŞMA

Bir soru daha, Av. Prof. Dr. Mehmet Kocaoğlu'dan: "Sayın Başkan; özel yaşamın gizliliği ve daha doğrusu yaşamın konumu, Anayasa ve uluslararası belgelerde garanti altına alınmıştır. Anayasa ve bu belgelere, hukuka önce yargıçların uyması Anayasanın bağlayıcı hükmü olduğu halde, reform yasalarına rağmen halen birçok yargıç ve ağır ceza mahkemeleri dahi, klasik ve basmakalıp gerekçelerle, yani gerekçe yazmadan habire tutukluluğa devam etmektedirler. Sonunda beraat ederse durum ne olacak? 57728 sayılı Kanun'la getirilen, 900 YTL'ye mahkûm edilen sanık, 4 ay tutuklu kaldığında, infaz tutukluluk nedeniyle tamamlamışsa, CMK 2001'den yararlanamaz noktasına getirmişse, anlattıklarınıza katılmakla birlikte, bu nazari anlatımlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının anlamı kalıyor mu?"

Soru bana sorulmuş, ama çok daha ayrıntılı bu konuda sunum yapmış olan Sayın Mahmutoğlu'na soruyu yöneltiyorum.

Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU: Türk yargılaması, aslında tutuklamaya alternatif olabilecek, sözgelimi yurtdışı yasakları, belli bir güvenceyle bırakmak gibi, diğer önlemlerin varlığını da bilmesine rağmen, tutukluluk önlemine gereğinden fazla başvurmaktadır. Kanaatimizce gereksiz tutuklamalar, tutuklama önleminin amacını yitirmesine sebep olmaktadır. Bu şekilde uzatılan tutukluluk süreleri nedeniyle yargı kararlarına gerek olmaksızın direk ceza infazı evresine gelmekte, tutukluluk bir tedbir olmaktan çıkarak adeta kendisi hüküm neticesiymiş gibi bir durum yaratılmaktadır. Bu nedenle, delili toplayıp kişinin ifadesini de aldıktan sonra kişide kaçma tehlikesi bakımından da bir şey görmüyorsak, tutuklamak yerine başka önlemlerle dışarıda olmasını sağlamamızda hem usul ekonomisi hem de insan hakları açısından yarar vardır. Son olarak, açılan davalardaki beraat kararlarına da baktığımızda, dile getirdiğimiz durumun ne denli doğru olduğu ortaya çıkmaktadır.

Oturum Başkanı: Sayın Mahmutoğlu, size yöneltilmiş bir soru daha var. Bendeki soru da, *“Bazı mesleklere hâkimlik, savcılık, kaymakamlık alımlarında mülakat aşamalarından önce adayların telefonlarının güvenlik talimatı gerekçesiyle dinlendiği bilinmektedir.”* Böyle bir dinleme olup olmadığını bilemiyorum. Bu bağlamda Sayın Mustafa Kemal Çiçek’in bir sorusu vardır, bunu da ben size yöneltiyorum.

Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU: Hiç tereddüt etmeden söylemeliyiz ki bu tip durumlar hukuka aykırıdır.

Başka bir değerli genç kardeşimiz de diyor ki, *“Terörle mücadele konusundan söz ettiniz. Yaptığım araştırmalara göre, Türkiye 2003, hatta 2001’den beri terörle mücadele politikasında geriye çekilmiş görünmektedir.”* Soru, politik yönü olan zor bir soru. Üzülerek söylemeliyiz ki bir meselenin 24 sene sürmesi düşündürücü bir durumdur Türkiye, bu meseleyi kendine yakışır şekilde çözecektir. Sosyolojik açıdan da bakmaya çalışırsak, baskının, zulmün olduğu yerlere göç olmaz. Ancak baktığımızda Doğu’dan Batı’ya devamlı bir göç olgusuyla karşılaşmaktayız. Sırf bu olgu bile ferahlatıcıdır. Terörle mücadele zor bir iştir; ama devlet hiçbir zaman öfkeyle hareket edemez, akl-ı selimi korumak durumundadır. Çözümü hukuk devleti sıfatımız sayesinde bulacağımıza inanıyoruz.

Oturum Başkanı: Gerçekten devlet öfkeyle hareket edemez, geçmişe dönük birtakım düşüncelerle de yola çıkıp he saplaşma içine de girmemelidir, hukuk devletinin gereği budur. Hocamız çok güzel ifade ettiler.

Sayın Güney, çok kısa bir soru-yanıt bağlamında bir söz istediler, konuşmalarından sonra panelimizi bitireceğiz.

Av. Güney DİNÇ: Efendim, benim söylemek istediğim şudur: Özel yaşama dönük bilgilerin elde edilmesinin kolaylaştığı bir çağda yaşıyoruz. Birkaç gün önce Sayın Yargıtay Başkanımız da elektronik gelişmeler karşısında insanların korunması gerektiğini söyledi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle uydular aracılığıyla fotoğrafların alınması

TARTIŞMA

gibi gelişmeler karşısında, insanların özel yaşamının hukuk yoluyla korunmasını öngörmektedir. Burada karşımıza çıkan asıl sorun elde edilen bilgilerin nasıl kullanılıp, korunacağıdır. Kişilerin özel yaşamları, kişilik hakları bu bilgileri elinde bulunduran kamu organlarına karşı nasıl güvence altında tutulacaktır? Sayın Kanadoğlu kardeşimin söylediği kararın özü de buydu. Bu günün en önemli konusu, edinilen bilgilerin gereksiz kullanılmaması, kişilik haklarına zarar verecek biçimde kullanılmaması ve güvenceli bir denetim yönteminin oluşturulmasıdır. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar, değerli hukukçular; panelimiz burada bitmiştir. Barolar Birliği'ne tekrar teşekkür ediyorum. Ortak paydalarımızın, ortak paydanın genişlemesi için acılar yaşanmadan paydaların gelişmesi dileğiyle hepimize saygılar sunuyor, sabrınıza teşekkür ediyorum. Sayın konuşmacılara da teşekkür ediyorum.



8.00 TL

Bariş Manço Caddesi 1366. Sokak No: 3 06520 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 292 59 00 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr • e-posta: yayin@barobirlik.org.tr