

**KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

MURAT DURMUŞ

**ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI VE BU ÇERÇEVEDE
İSTİHBARAT FAALİYETLERİ**

Yüksek Lisans Tezi

TEZ YÖNETİCİSİ

YRD.DOÇ.DR.TAYFUN AKSOYAK

KIRIKKALE – 2006

ÖZET

Bu çalışmada “özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde istihbarat faaliyetleri” incelenecektir. Öncelikle “özel hayat” kavramı, doktrin, ulusal ve uluslar arası mevzuat ve nihayet konuyla ilgili ulusal ve uluslar arası yargı kararları ışığında ortaya konulduktan sonra, istihbarat kavramının genel çerçevesi çizilerek, ulusal güvenlik içindeki yeri ve fonksiyonu araştırılacak ve özel hayata müdahaleyi gerektiren istihbarat faaliyetleri yasal dayanak, hakkın özü, mevzuat ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

İstihbarat kavramının genişliği ve çok da net bir şekilde belli olmayışı, konunun zorlaştırıcı yanlarından birisidir. Bu çalışmada, istihbarat faaliyetleri olarak devlet birimleri tarafından yürütülen ve kamu gücü kullanılarak yapılan faaliyetler ele alınacak, özel şahıs ve kurumlar tarafından yapılan benzer faaliyetler konumuzun dışında tutulacaktır.

İstihbarat kavramının genişliği yanında, bu ad altında yürütülen faaliyetlerin çeşitliliği de dikkate alındığında, teknik olarak bu ad altında yürütülen ve ancak özel hayata müdahaleyi gerektirmeyen faaliyetler de çalışmamızın dışında tutulmuştur. Örneğin, günümüzde istihbaratın büyük bölümünü teşkil eden ve istihbarat terminolojisinde “açık kaynak istihbaratı” adı verilen faaliyetler incelememizin dışındadır. Çalışmamızda daha çok, istihbarat faaliyetleri kapsamında, özel hayata en fazla müdahaleyi gerektiren, “iletişimin izlenmesi ve tespiti”, “gizli izleme”, “gizli görevli kullanma” ve “teknik araçlarla takip” adı altında yürütülen ve mevzuatta da bu adlar altında düzenlenmiş olan hususları ele alacağız.

Bu arada yeni çıkarılan 5271 sayılı CMK ile 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’la getirilen, hem ceza muhakeme tedbiri olarak ve hem de önleyici istihbarat olarak yapılacak istihbarat faaliyetleriyle ilgili düzenlemeler irdelenecektir.

Son bölümde ise, ülkemizde istihbarat hukukunun son yapılan düzenlemeler dahil genel durumu değerlendirilerek, ulusal güvenliğin vaz geçilmezi olan istihbaratın elde edilmesi, üretimi ve kullanımı ile ilgili ihtiyaç olduğu düşünülen hukuksal düzenlemelerle ilgili çözüm önerileri, hukuk devleti ve özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

ABSTRACT

In this research intelligence operations within the boundaries of protecting private life rights are examined. Private life concept is examined with respect to doctrine, national and international law and law practices by defining intelligence operations which may violate private life rights in terms of its role and function within the national security, legal framework and law practices.

The wide and vague definition of intelligence concept is the main obstacle in the study. In this study, only national intelligence operations performed by government agencies are considered and similar activities conducted by private and other agencies are excluded.

Within the broad definition of intelligence, those operations which do not interfere with private life are also excluded. In that respect, open intelligence operations which entail significant part of the intelligence operations are discarded from the study. However, interfering private communication, secret chase, secret agent operations and technical intelligence operations will be explored with related law practices and legal justifications.

In addition to them, new laws cited as 5271 and 5397 will be examined with respect to their impacts on intelligence operations.

In the last chapter, the latest developments in the intelligence related laws are discussed. Because of the importance of intelligence for the national security, suggestions for the required legal solutions for gathering and using intelligence are made by considering state of law and private life rights.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI VE BU ÇERÇEVEDE İSTİHBARAT FAALİYETLERİ

YEMİN METNİ	I
ÖZET	II
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALARXIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI

1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI	6
I. Genel Olarak	6
II. Özel Hayat Kavramının Çerçevesi	6
A. Etimoloji	6
B. Kavram Olarak Özel Hayat	7
III. Türk Hukuk Sisteminde Özel Hayata Saygı Hakkı	11
A. Anayasalarımızda Özel Hayatın Korunması	11
B. Diğer Kanunlarda Özel Hayat	13

2. BİR "İNSAN HAKKI" OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI	14
I. İnsan Hakları Kavramında Yeni Yaklaşımlar	14
II. Genel İnsan Hakkı Sistematiği İçinde Özel Hayatın korunması Hakkı.....	16
III. Uluslar Arası Belgelerde Özel Hayatın Korunması Hakkı.....	18
A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	18
B. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi	19
C. Kuzey Ülkesi Hukukçuları Kongresi	19
D. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi	20

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİHBARAT FAALİYETLERİNİN HUKUKSAL BOYUTU

1. İSTİHBARAT FAALİYETLERİ VE DEVLET FONKSİYONLARI ARASINDAKİ YERİ	22
I. Genel Olarak İstihbarat Kavramı	22
A. Etimoloji Tanımı ve Kökenleri.....	22
B. İstihbarat Kavramı.....	24
II. Bir Devlet Fonksiyonu Olarak İstihbarat	27
A. Devletin Güvenlik Sağlama Fonksiyonu.....	27
B. İstihbarat Faaliyetlerinin Özellikleri.....	30
1. Devlet Birimleri Tarafından İfa Edilmesi	30
2. Kamu Görevlileri Tarafından yürütülmesi.....	30

3. Gizlilik	31
4. Yasal Bir Dayanağa İstinaden Yürütülmesi	32
5. İstihbarat Faaliyetleri Başlıca İki Ana Grupta Toplanır	32
a. Adli ve Kolluk Amaçlı Yapılan İstihbarat	32
b. Ulusal Güvenlik Amaçlı Yapılan İstihbarat	32
2. İSTİHBARAT FAALİYETLERİNİN HUKUKSAL ZEMİNİ	33
I. Hukuk Devletinde İstihbarat Faaliyetleri	33
II. Ülkemizde Yasal ve Kurumsal Anlamda İstihbarat	35
A. Yasal Anlamda İstihbarat	35
1. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilat Kanunu	35
2. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu	39
3. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu	40
4. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	41
B. Kurumsal Anlamda İstihbarat	44
1. Dışişleri Bakanlığı	44
2. İçişleri Bakanlığı	45
3. Genelkurmay Başkanlığı ve TSK	46

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHBARAT FAALİYETLERİ VE ÖZEL HAYATA MÜDAHALE

1. ÖZEL HAYATA MÜDAHALE BAKIMINDAN İSTİHBARAT FAALİYETLERİ	48
--	----

I. Genel Olarak	48
II. Özel Hayat Müdahale Gerektirmeyen İstihbarat Faaliyetleri.....	48
A. Genel Olarak.....	48
B. Açık Kaynaklardan Elde Edilen Bilgi, Belge ve Haberler.....	49
C. Belli Şartlar Altında ve Münhasıran Ulaşılabilen Bilgi ve Belgeler	49
III. Özel Hayata Müdahale Gerektiren İstihbarat Faaliyetleri	50
A. Genel (Genel Özellikleri).....	50
B. Kolluk-Ceza Muhakeme Hukuku Kapsamında Gizli Tedbirlere Müracaat	52
C. Milli Güvenlik Amaçlı İstihbarat Faaliyetleri Kapsamında Gizli Tedbirlere Müracaat.....	54
2. ÖZEL HAYATA MÜDAHALENİN HUKUKSAL ZEMİNİ.....	55
I. Genel Olarak	55
II. Özel Hayata Müdahale Gerektiren Faaliyetlerin Biçimsel (Şekilsel) Koşulları	56
C. Karar Verme Yetkisi	56
D. Kararın Şekil ve İçeriği.....	58
E. Kararın Yerine Getirilmesi.....	60
F. Tedbirin Süresi Sona Ermesi ve Verilerin Yok Edilmesi.....	61
III. Özel Hayata Müdahale Gerektiren Faaliyetlerin Maddi Koşulları	64
A. Amaç.....	64
B. Suç ve Suç Şüphesi.....	66
C. İkinci Derecede Uygulanabilirlik	68
IV. Tedbirin Sonuçları Bakımından Kişiler.....	69
V. Elde Edilen Bilgilerin Kullanımı ve Hukuki Değeri.....	70
A. İstihbarat Amaçlı Bilgi ve Belgelerin Kullanımı	70

B. Önleyici Kolluk Amaçlı Bilgilerin Kullanımı	71
C. Ceza Soruşturması Amaçlı Bilgilerin Kullanımı	71
VI. Tesadüfen Ele Geçirilen Delillerin Değerlendirilmesi	72
3. ÖZEL HAYATA MÜDAHALE GEREKTİREN İSTİHBARAT TEKNİKLERİ.....	74
I. Gizli Görevli	74
A. Kavram	74
B. Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk hukukunda Durum.....	76
C. Gizli Görevli Benzeri Diğer Kavramlar	80
1. Bilgi Veren	80
2. Haber Elemanı	80
3. Muhbir	82
4. Güvenilir Kişi	82
5. Gizli Soruşturma Yapan Resmi Görevliler (Memurlar).....	84
6. Kışkırtıcı Ajan (Ajan Provokatör)	84
7. Yer Altı Ajanı	85
8. Kamu Tanığı.....	85
II. İletişimin İzlenmesi-Kontrolü	85
A. Kavram, Terim	85
B. Karşılaştırmalı Hukukta Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesinin Kısa Değerlendirmesi	89
1. Suç Bakımından	89
2. Kararı Verecek Makam.....	90
C. Türk Hukukunda Durum.....	91
D. İletişimin Denetlenmesinde Yeni Dönem ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu	94
1. Maddi Koşullar	95

a. Suç ve Suç Şüphesi.....	95
aa. Suç	95
bb. Suç Şüphesi.....	96
b. İkinci Derecede Uygulanabilirlik.....	96
c. Tedbirin Uygulanacağı Kişiler.....	97
2. Biçimsel Koşullar.....	98
a. Tedbire Karar Verme Yetkisi ve Kararın İçeriği	98
aa. Karar Verme Yetkisi.....	98
bb. Kararının Şekil ve İçeriği.....	100
b. Kararın Yerine Getirilmesi	101
3. Tedbir Kararının Sonuçları	101
a. Tedbirin Sona Ermesi	101
b. Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması ve Yok Edilmesi.....	102
4. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	103
F. Tedbirin Denetimi.....	105
G. İletişimin Denetlenmesi Bakımından CMK ve 5397 Sayılı Yasa İle Yapılan Eklèmelerin Karşılaştırılması	106
III. Teknik Araçlarla İzleme.....	108
A. Kavram	108
B. Karşılaştırmalı Hukukta Teknik İzleme.....	109
C. Türk Hukukunda Durum.....	110
4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE ÖZEL HAYATA MÜDAHALENİN KOŞULLARI.....	111
I. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması.....	111
A. Yasal Dayanak.....	114

B. Oranlilik	115
C. Belirlilik ve Normun Açikligi	116
II. Özel Hayatin Sınırlandırılmasının Sınırları.....	116
A. Genel Olarak	116
B. İnsan Onuru ve Değeri.....	117
III. AİHM'nin AİHS'nin 8.Maddesi İle İlgili Uygulamaları	118
A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	118
B. Mahkemenin 8.Maddeye Yaklaşımı	119
C. Şikayetin Niteliği ve Devletin Yükümlülüğünün İrdelenmesi	120
1. Mahkemeye Göre Özel Hayatin Anlam ve Kapsamı	120
2. Mahkemeye Göre Aile Hayatının Anlam ve Kapsamı,	122
3. Mahkemeye Göre Konutun Anlam ve Kapsamı.....	123
4. Mahkemeye Göre Haberleşmenin Anlam ve Kapsamı	123
D. Özel Hayata Yönelik Müdahalenin İrdelenmesi	124
1. Müdahalenin Tespiti	124
2. Müdahalenin Sözleşmeye Uygunluk Nedenleri	126
3. Müdahalenin Meşru Bir Amacının Olup Olmadığının Araştırılması.....	130
E. Madde Kapsamında İstihbarat Faaliyetleri İle İlgili Mahkeme Yaklaşımı....	131
1. Özel Hayat ve Haberleşme.....	133
2. Gizli Gözetimle İlgili Mahkeme Kararları	134
IV. Özel Hayata Müdahaleye Yönelik Kontrol ve Denetim Mekanizmaları	135
A. Yargısal Denetim	135
1. Türk Hukukunda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar	135
2. Özel Hayata Müdahale ve Ulusal Yargı Kararları	138
B. İç ve Olağan Denetim	143

C. Meclis Denetimi	144
V. Dünyada Yeni Anlayışlar ve Yeni Riskler	145
A.Genel Olarak	145
B. Bilişim Teknolojisinin Riskleri	146
C. Bir Başka Tehlike: Küresel Gözetim	148
SONUÇ	151
KAYNAKÇA	158

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AD	:	Adalet Dergisi
agm	:	Adı Geçen Makale
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	:	Anayasa
AYYD	:	Anayasa Yargısı Dergisi
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
C	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
CIA	:	Central Intelligence Agency (Merkezi Haber Alma Teşkilatı)
ÇASÖMK	:	Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
DİB	:	Dış İşleri Bakanlığı
DD	:	Danıştay Dergisi
DEÜHFY	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

DEÜY	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları
FBI	:	Federal Bureau of Investigation (Federal Soruşturma Bürosu)
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HAD	:	Hukuk Araştırmaları Dergisi
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İstanbul BD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İÜAFD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzmir BD	:	İzmir Barosu Dergisi
m	:	Madde
MİT	:	Milli İstihbarat Teşkilatı
Manisa BD	:	Manisa Barosu Dergisi
MBD	:	Mülkiyeler Birliği Dergisi
MK	:	Medeni Kanun
M.S.	:	Milattan Sonra
no	:	Numara
PVSK	:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	:	Resmi Gazete
s	:	Sayfa
S	:	Sayı
SÜHFD	:	Selçuk Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi
T.C.	:	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri
vd : ve devamı
YD : Yargıtay Dergisi
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
Y : Yıl

GİRİŞ

Devletin işlevi ile devlet yurttaş ilişkisi, yüzlerce yıldır sorgulanan ancak cevabı bulunamayan bir husustur. Yüzyıllar öncesinden Aristoteles, yurttaş, “yönetime etkili ve bilinçli bir tarzda katılan birey” olarak tanımlamaktadır. Devlet-yurttaş ilişkisinin ortaya konulmasıyla devletin ve yurttaşın karşılıklı ödev ve yetkileri belirlenmiş olacaktır. Artık, hak temelli yurttaşlık anlayışı ile topluluk temelli yurttaşlık anlayışı arasında nasıl bir tercih yapılacağı demokrasilerin önündeki temel sorunlardan birisidir.¹ Bir başka ifade ile yurttaşların oluşturduğu “topluluğu” merkeze alan ve onun ihtiyaçlarını karşılayan bir anlayış ile her biri hak sahibi bireyler olan “yurttaş”ların hak ve özgürlüklerini merkeze alan anlayış arasındaki tercih, devletlerin demokrasi tercihini de ortaya koymaktadır.

Geçmişteki “devlet merkezli” yönetim anlayışı yerine, günümüzde insanın merkeze alındığı bir yönetim anlayışı yaygınlaşmaktadır. Devlet anlayışındaki değişiklikler vatandaşın, kişinin amaç araç ikilemindeki konumlarını da değiştirmektedir. Dile getirildiği şekilde devleti vatandaşına karşı koruyan anlayış demokratikleşmeyle birlikte değişmekte ve artık vatandaş devleti karşı koruyan anlayış egemen olmaktadır. Bunun en güzel örneğini ülkemizde, ceza kanunundaki son yapılan değişiklik oluşturmaktadır. Eski ceza kanununda birinci bölümde devlete karşı cürümler yer alırken, yeni ceza kanununda kişiye karşı cürümler birinci bölümde yer almaktadır. Bu ise bize en azından ceza hukuku sistematığı bakımından birey-kişi yönünden bir “yenilik” ya da “gelişme” olduğunu göstermektedir.

Devlete yüklenen pek çok görev ve fonksiyonun yanında kuşkusuz en önemlisi güvenliği sağlama, bir başka deyişle güvenlik fonksiyonudur. Liberalleşmeyle birlikte devletin diğer alanlardan (ekonomi, üretim, hatta eğitim gibi) çekilmesi sonucu yalnızca belirli fonksiyon alanlarını kendisine amaç olarak belirlediği görülmektedir. Bunların içinde en başta geleni ise güvenliktir. Güvenlik kavramının gerek kendi içeriğindeki, gerekse çerçevesindeki

¹ Üstel, Fusun, Yurttaşlık ve Demokrasi, Dost Yayınevi, Ankara 1999, s.48

belirsizlik, günümüzün en popüler ve söylendiği gibi en önemli gelişmesi olan insan hakları idesinin özündeki insanın sahip olduğu hakların da sınırını belirsiz kılmaktadır.² Başka bir ifadeyle, günümüzde devletlerin güvenlik anlayışlarıyla insan hakları için belirledikleri sınırlar, büyük ölçüde ters orantılı bir görünüm sergilemektedir. Aslında bu yüz yıllardır da böyle olmuştur: örneğin insanlar sürekli olarak özgürlükleri ile güvenlikleri arasında bir tercih yapmak zorunda kalmışlardır. Bu tercihi de büyük ölçüde güvenlikten yana kullanılmıştır.

İnsan hakları düşüncesindeki gelişme, bugün artık insan hakları normlarının pozitif hukuk normlarının öncülleri olmalarını sağlamaktadır. Öyle ki insan hakları normları ile önce uluslararası insan hakları belgeleri oluşturulmakta ve daha sonra ulusal hukuk normları bu belgelerle bir şekilde uyumlu hale getirilmektedir. Artık günümüzde insan hakları sözleşmelerinin anayasaya üstünlüğü konusu tartışılmaktadır.

Gerek insan hakları nazariyesinde ve gerekse Ulusal ya da uluslararası belgelerde korunan en önemli insan haklarından birisi de “özel hayatın korunması” hakkıdır.

Devletin güvenlik sağlama fonksiyonu -özelliği itibarıyla- diğer devlet fonksiyonlarına nazaran çok daha fazla özel hayata müdahaleyi gerektirmektedir. Bu bakımdan sürekli bir mücadele içinde olduğu görünümü oluşturan istihbarat faaliyetleri ve özellikle de gizli izleme ve gizli dinleme faaliyetleri ile özel hayatın korunması hakkının sınırlarının çok iyi bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Hukuk devletinde devletin her türlü faaliyetinin hukuk kurallarına bağlılığı ve bunların yargısal denetimi ile devletin, güvenliği sağlamak için yürüttüğü istihbarat faaliyetlerini aynı ortak paydada birleştirmenin iki temel koşulu vardır:

² **Kuçuradi**, İoanna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/diger.htm>> (erişim tarihi: 13.2.2006)

1. İstihbarat faaliyetlerinin yasal dayanaklarının pozitif hukuk normları olarak çok iyi bir şekilde düzenlenmesi,

2. Bu normların uygulayıcılar tarafından doğru uygulanmasıdır.

Elbette devlet, güvenlik fonksiyonu çerçevesinde istihbarat faaliyetleri yürütecek ve bu arada gizli izleme ve gizli dinleme gibi özellik arz eden faaliyetler de yapacak ama diğer yandan en temel insan hakkı olarak özel hayatın korunması hakkını da sağlayacaktır.

Güvenlik hakkı aynı zamanda temel bir insan hakkıdır. Buradaki hak, bireysel anlamda bir hakkı ifade etse de devlet boyutunda ele alınan güvenlikten bireysel güvenliği soyutlamak imkansızdır. Güvenlik hakkı bir temel haktır. Bu özelliği itibarıyla diğer temel haklarda olduğu gibi kendisinden yoksunluk bütün haklara karşı bir tehdit oluşturur.³ Güvenlik ve varlığını sürdürme bütün öteki hakların kullanılması için mutlaka sağlanması gerekli bir haktır.⁴ Bu itibarla aslında iki insan hakkının, güvenlik ve özel hayatın korunması haklarının sınırlarını, ilişkilerini ve her ikisi bakımından devletin sorumluluklarını ortaya koymak çok büyük önem taşımaktadır. Çalışma konumuzun özünü de bu nokta teşkil etmektedir. Çalışmamızda, devletlerin, güvenlikleri için mutlak bir ihtiyaç olan istihbaratı elde etmek için yaptıkları faaliyetleri, yine devletlerin mutlak görevi olan insan haklarını ve bu arada özel hayatı koruma yükümlülükleri çerçevesinde ele alacağız.

Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinde ABD de yapılan eylemlerden sonra, başta ABD ve Avrupa devletleri olmak üzere bütün dünyada güvenlik kaygılarıyla hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı uygulamalar başlatılmıştır.

11 Eylül 2001'den sonra, Avrupa Birliğinin ve ABD'nin istihbarata olan yaklaşımı değişmiş ve bu alanda yeni düzenlemelere gidilmiştir. Nitekim,

³ **Shue**, Henry, "Temel Hakların Evrenselliği", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslar Arası Semineri, Yayın Haz. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996, s.25 vd

⁴ **Shue**, s.26

ABD'de yürürlüğe konulan kanun (Us Code Collection Title 50>Chapter 36>Subchapter 1>Sec1802) elektronik dinleme yapma yetkisini vermektedir. İngiltere'de 2000 yılında yürürlüğe giren iki ayrı kanun istihbarat dinlemeleri konusunu düzenlemiştir (Regulation Of Investigatory Powers Act 2000, Interception Of Communications Act.). Bu konudaki önemli düzenlemelerden biri de Avusturya'da yürürlüğe konulan Önleme Kolluğu Kanunu'dur (SicherheitspolizeiG). Almanya 26 Haziran 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren kanun, (Zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-Post und Fernmeldegeheimnisses), Alman Anayasası'nın 10 uncu maddesinde yer alan "haberleşme özgürlüğü" nün nasıl kısıtlanacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Fransa ise "Telekomünikasyon Yolu ile Yapılan Haberleşmenin Mahremiyetine İlişkin" 10 Temmuz 1991 tarihli ve 91-646 sayılı Kanunu yürürlüğe koymuştur. Bu Kanun; milli güvenliği, Fransa'nın bilimsel ve ekonomik varlığını, terörizmi, örgütlü suçluluğu ve benzeri çabaları ortaya çıkarmak amacı ile telekomünikasyon vasıtası ile yapılan haberleşmeye, istisnai olarak müdahale yetkisi vermektedir.⁵

Avrupa Parlamentosunun 2001/2098(I INI) sayılı raporunda; "Bir devlet kural olarak, ülke içindeki yasal düzen ortamının devamlılığının ve ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile dinleme faaliyetleri yürütebilir. Organize suçların ve terörizme yönelik faaliyetlerin eyleme dönüşmeden belirlenebilmesi amacıyla ulusal kanunlar, devlet birimlerini, kişi ve gruplar hakkında bilgi toplayabilmesi hususunda yetkili kılar. Konuya ilişkin veriler ise ülkenin istihbarat servisi tarafından toplanır ve analiz edilir." denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlere saygı prensibi çerçevesinde hazırlanan ulusal kanunlar ile telekomünikasyonun denetlenmesine cevaz verilmektedir.⁶

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri Mary Robinson da "Güçlü güvenlik kaygıları nedeniyle tüm ülkeler terörizme karşı işbirliği yapmalı, ancak bu durum, insan haklarının göz ardı edilmesi için uygun bir ortam da yaratmamalıdır" demek suretiyle endişesini dile getirmiştir.

⁵ 5397 Sayılı kanunun genel gerekçesinden.

⁶ 5397 Sayılı kanunun genel gerekçesinden.

Masum insanları korkutarak yıldırmaayı amaçlayan kör terörle yapılan mücadele gerekçe gösterilerek, her ne sebeple olursa olsun devredilemeyen ve vazgeçilemeyen "insanın insan olmasından" kaynaklanan haklarının özüne dokunulmamalıdır. Amerikan İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, 11 Eylül günü yayınladığı bildiride, olayı şiddetle kınarken şöyle demektedir: "şurası açıktır ki, artan güvenlik kaygıları önünde medeni haklar ve insan hakları, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde, ağır bir tehdit altına girecektir. Biz, bu barbarca saldırının temel özgürlüklere zarar vermesine engel olmaya kararlıyız. Dünya güvenlik ve istikrarı, bugün, her günden daha fazla, adaletin ilerlemesine, insanlık onuruna ve hukukun üstünlüğünün dünyanın her köşesinde güçlenmesine bağlıdır." ⁷

⁷ **Kaboğlu**, İbrahim, "İnsan Hakları ve Güvenlik" , Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, <http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/makaleler/kaboglu_guvenlik.aspx> (Erişim Tarihi: 27.4.2005)

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI

1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

I. Genel Olarak

Özel hayatın korunması hakkı, bir “insan hakkı” olarak evrensel, bölgesel ve ulusal belgelerde yerini alırken, bu hakkın “nesnesi”ni (ve aynı zamanda “öznesini”) teşkil eden “özel hayat” kavramının belirsizliği ya da sınırlarının çok iyi ortaya konulamaması, hakkın koruma alanını da belirsiz kılmaktadır. Bu bakımdan özel hayatın korunması hakkını anlayabilmek ve ortaya koyabilmek için öncelikle özel hayat kavramının ve çerçevesinin ortaya konulması ve daha sonra da belgelerde bu kavramın ne şekilde yer aldığı gösterilmesi gerekmektedir. Koruma sınırları belgeler ve yasa metinlerinde çizilmiş olsa da ortaya çıkan her tek durum için, koruma alanıyla ilgili belirsizlikler ulusal ve uluslar arası yargı yerleri tarafından doldurulmaktadır. Bu bakımdan özel hayatın korunması için ulusal ve uluslar arası yargı kararları ile belirlenmiş olan kriterler büyük önem taşımaktadır.

II. Özel Hayat Kavramının Çerçevesi

A. Etimoloji

“Özel hayat” kavramının ifadesinde kullanılan “özel” sıfatı, Türkçe’de kullanımına uygun olarak, önüne geldiği kelimeye, genel olmayan, resmi olmayan, kişiye mahsus... olan anlamını katmaktadır. Türk Dil Kurumu’nun Türkçe Sözlüğü’nde, “özel” kelimesi şu şekilde tarif edilmektedir: *Yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan; bir kişiyi ilgilendiren veya kişiye ait olan,*

*hususî, zatî; devlete değil, kişiye ait olan, hususî, resmî karşıtı. Yine buna bağlı olarak, “özel hayat” ise; Kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam. şeklinde yerini almaktadır.*⁸

İngilizcede “private life” kelimeleri de Türkçe’deki özel hayat anlamına benzer bir anlamı karşılamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin resmi dili İngilizce ve Fransızca’dır. Sözleşmenin orijinal metninde bu kavram, “Protection of Privacy and Family Life” terimiyle ifade edilmiştir.⁹

B. Kavram Olarak Özel Hayat

İster teolojik bir yaklaşımla “yaratılmışların en şerefli olarak insan” olsun; ister pozitif yaklaşımla “en değerli varlık olarak insan” olsun, insanın maddi ve manevi bir varlığı olduğu ve bunun korunması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. Çünkü insan değerli bir varlıktır. Bu değerine uygun muamele görmeyi hak etmektedir. İnsan, sürdürdüğü hayatın bir bölümünü diğer insanlarla birlikte yaşarken bir bölümünü de çok daha az sayıda insanla paylaşmakta ve diğer insanların müdahalesinden korunmasını istemektedir.

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve özgürlükler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu küçük dünyası ne kadar geniş ise ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir¹⁰.

İnsan hayatının iki temel yönü vardır. Bunlar; hayatın genel yönü ve özel yönüdür. Hayatın genel yönü, kişinin herkese açık olan aleni davranışlarıdır ve konumuzun dışında kalmaktadır. Hayatın özel yönü ise; özel hayat ve hayatın

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<http://www.tdk.gov.tr>> (Erişim Tarihi 13/2/2006)

⁹ Sözleşme’nin orijinal metni için Bkz. Council of Europe, European Convention on Human Rights – As Amended By Protocol No.11, European Treaty Series, No.5, Strasbourg.

¹⁰ Öztürk, Bahri/ Erdem Ruhan/ Özbek V. Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2000, s.138.

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 koruma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek bir konumdadır¹¹.

insanın sosyal bir yaratık olduğu ve bu nedenle yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan hayatının esas itibariyle iki yönünün bulunduğu söylenebilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de "özel hayat" ve "hayatın gizli alanı" olmak üzere ikiye ayrılır.

Hayatın genel yanının, bir gizliliği bulunmadığından, gizlilik bakımından korunmayı gerektirir bir yönü yoktur. Örneğin, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nispi olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır. Meselâ bireyin, suç teşkil etmemek şartıyla, cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir. Bugün Batı'da, cinsel hayata ilişkin suçların aydınlatılmasında dahi, tanık veya sanığa insan haysiyetiyle bağdaşmayan soruların sorulamayacağı kabul edilmektedir. Aynı esas Batı'nın değerlerini ve hukuk düzenini benimsemiş bulunan ülkemiz için de geçerlidir. Bilindiği gibi, olayla ilgisi bulunmayan soruların sorulması, delillerin toplanması Ceza Muhakemesi Hukuku esaslarına aykırı olduğu için zaten mümkün değildir. Burada söz konusu olan, olayla ilgisi bulunduğu halde sorulması veya toplanması insan haysiyetine aykırı bulunan sorular ve delillerdir. İnsanın dinî inancı, belli konuda ne düşündüğü vs. hayatın gizli alanı içinde kalır. Anayasa m. 24 de, "... kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve

¹¹ Öztürk/Erdem/Özbek s.140

kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz..."; m.25 de, "... kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz...." denilmek suretiyle bu husus dile getirilmiştir.¹²

Özel yaşamın dokunulmaz alanını belirleme konusunda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen ve Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen kuşak/alan teorisinden yararlanılmaktadır. Teori, yaşamın, mutlak olarak korunan gizli alanı, devlet müdahalelerine esas itibariyle açık olan özel alanı ve korunmaya değer bir yanı bulunmayan sosyal alanı arasında bir ayrıma gitmektedir.¹³ Doktrinde kabul gören ve Kuşak Teorisi (ya da Alanlar Teorisi) denilen üçlü ayrıma göre özel hayat alanı; *ortak alan*, *özel alan* ve *gizli alan* olarak sınıflandırılmaktadır. Bu şekilde hayat alanları ayrımı, kişiliğin hukuken korunması gereken bölümünü gösterdiği için yerindedir. Bu ayrımda özel ve gizli alanlar korunan kişilik alanları olmaktadır.¹⁴

Ortak alan, herkesin görüp bilebileceği bir şekilde kamuoyunun önünde meydana gelen olaylardan oluşmaktadır. Zaten insanlar günlük davranış ve işlerinin pek çoğunun kamuoyunun önünde yapmaktadır. Ayrıca dikkat çekmek gibi bir amaçla yapılan davranışların da bu ortak alanda veya çoğunlukla özel alan içinde kişinin rızası ile izlenebileceğini ifade edebiliriz. Kişilerin genel olarak ortak alandaki yaşantısında bir gizlilik yoktur.

Özel alan veya özel hayat alanı ise daha çok, ilgili kişiler yani yakın akraba ve arkadaşlarla paylaşılan yer ve zamanı ifade etmektedir. Bu alanda yapılan hareketlerin zaman zaman kamusal yerlerde olması mümkündür. Fakat bu özel alan kavramı ve bu alanda yapılan davranış bütününe korumaya engel değildir. Çünkü Kişilerin belli bir zaman önce yaşadıkları olaylar bir süre sonra özel alan içinde değerlendirilebilir.

¹² **Öztürk**, "Bahri Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/113.doc> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

¹³ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.87

¹⁴ **Öztürk**, Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, S.42, Nisan 1992, s.5; **Öztürk**, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) Ankara 1991,s.78

Özel yaşam, kimlik hakkını da içerir, nedensiz ve açık rıza olmaksızın, gerçek adını, adresini, yaşını, ailevi durumunu, boş zamanlarından yararlanma biçimini, malvarlığını ve günlük alışkanlıklarını açıklamama esastır. Aynı şekilde konut ve aile mahremiyeti, sağlığa, birlikte ve duygusal yaşama ilişkin gizlilik hakkı güvence altına alınır. Bunlara “görüntü” (imaj) hakkı da eklenebilir.¹⁵

Gizli alan daha önce de belirtildiği gibi kimsenin bilmesi istenmeyen ve gerekmeyen gizli olay, bilgi ve belgelerden oluşmaktadır. Özellikle kişinin sağlık durumu, aile mahremiyeti, özel yazışmaları ve psikolojik durumunu gösterir olaylar bu alan içinde anılmaktadır. Zaten gizlilik kavramı ya da ilkesi de; “...üçüncü kişilerin ilgi alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel ve ailevi hayat alanına dışarıdan müdahaleye (dış ve yabancı girişe) karşı mahremiyeti”ni korunmasıdır.

Kişilerin özel hayatı ve hayatındaki gizlilikler kavram olarak birbirinden ayrılmakla beraber birçok hallerde bu iki kavramın birbirine karıştığı görülmektedir. Çünkü her ikisinin de hukuka aykırı olarak öğrenilmesi ve açıklanması genel anlamda kişilik haklarının ihlali niteliğini de alacaktır. Özel hayatın korunması hakkının alanı, korunması araçları ve genel ilkeleri özellikle sınırlamalar bu özgürlüğün hukuki yapısının karmaşıklığını göstermektedir.

Kişilerin özel hayat ve gizliliklerinin ihlal edilmesi; hem bu alanın araştırılması hem de burada öğrenilen bilgi ve belgelerin açıklanması şeklinde olmaktadır. Yani sadece bu özel alana müdahale bile hangi niyetle olursa olsun tecavüz kabul edilecektir.

Gizli yaşam alanında insan, kişiliğini geliştirebilmek için yalnız kalarak çeşitli faaliyetlerde bulunmak imkanına kavuşacaktır. Kişinin “Yalnız kalma hakkı” ihlal edilecek olursa, kişiliğin gelişmediği ve düşüncel yeteneklerin ortadan kalkacağı görülecektir. Günümüzde gizlilik ve yalnız kalma hakkı uygar

¹⁵ **Kaboğlu**, İbrahim,Ö, Özgürlükler Hukuku, İstanbul,1993 s.19

insanlar tarafından yaygın bir şekilde kabul edilen ve oldukça değer verilen bir hak olarak benimsenmiştir.¹⁶

III. Türk Hukuk Sisteminde Özel Hayata Saygı Hakkı

Kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı, temel haklarının en önemlilerinden birisidir. Bu hakların korunması başta Anayasamız olmak üzere yasalarımızla güvence altına alınmıştır.¹⁷ Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir Anayasa hukuku ilkesidir.¹⁸

A. Anayasalarımızda Özel Hayatın Korunması

1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda¹⁹ özel hayatın gizliliğini koruyan bir madde yer almış değildir²⁰. Ancak aynı Anayasa "Türklerin Hukuku Ammesi" başlığı taşıyan beşinci fasılda konut dokunulmazlığını (madde 71 ve 76) kişi dokunulmazlığını(madde 70) ve muhabere gizliliğini (madde 81) güvence altına almıştır.²¹

¹⁶ Demirtaş, Erkan, "AİHS'nin 8.Maddesi İle İlgili Yargı Kararları" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası, <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

¹⁷ Gökçen, Ahmet, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada El Koyma", DEÜHFY. No 49, Ankara,1994

¹⁸ Özbudun, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara,1977,s.266

¹⁹ Yasa No: 4695 – Kabul Tarihi: 10/1/1945 Resmi Gazete: 15/1/1945 – 5905 Düstur: T. 5, C. 26, s. 170

²⁰ Anayasa metinleri için Bkz. Gözübüyük,Şeref/Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1985 s.109 vd.

²¹ 1924 Anayasasının özel hayatın korunması bakımından önem taşıyan bölümleri şu şekildedir:

Madde 71 – Cana, mala, ırza, konuta hiçbir türlü dokunulamaz.

Madde 72 – Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulmaz.

Madde 76 – Kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz.

Madde 81 – Postalara verilen kağıtlar, mektuplar ve her türlü emanetler yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz.

1961 tarihli Anayasa²²; özel hayatın gizliliği hakkını Türkiye’de ilk defa öngören Anayasa olduğu gibi dünyada da bu hakka yer veren ilk Anayasalardan biri olmuştur.

1961 Anayasası’nın içinde temel hak ve özgürlüklerin son derece geniş bir şekilde yer alması, anayasalarda hak ve hürriyetlerin sadece ana hatlarıyla ve ana prensipleriyle yer almasının Anayasa tekniği bakımından daha uygun olduğundan eleştirilere uğramış olsa da bu, 1961 Anayasası’nın bir “tepki Anayasası” olmasına bağlanmaktadır. Anayasanın “ *Kişinin hak ve Ödevleri*” başlıklı 2. bölümünde yer alan 14. madde kişinin kişiliğini maddi ve manevi bakımdan geliştirme hakkına sahip olduğunu 15. madde özel hayatın gizliliğinin dokunulmaz olduğunu, 16. madde konutun dokunulmaz olduğunu, 17. madde haberleşmenin gizli olduğunu belirtilmekteydi.²³

1982 Anayasası temel hak ve özgürlükler bakımından 1961 Anayasa’sından daha kısıtlayıcı bir görünüm sergilemektedir. 1961 Anayasa’sından farklı olarak, 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlükler ödev ve sorumluluklarla birlikte ifade edilmektedir.

²² Yasa No: 334– Kabul Tarihi: 9/7/1961RG. Yayımlı Tarihi: 20/7/1961 – RG. No.: 10859 Düstur: T. 4, C. 1, s. 2930; Anayasa metni için Bkz. **Gözübüyük/Kili**, s.169

²³1961 Anayasasının ikinci bölümünde yer alan “kişinin hak ve özgürlükleri şu şekildedir:

II. Özel Hayatın Korunması,

a) Özel Hayatın Gizliliği

Madde 15- (20.9.1971-1488) (2) Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adlî kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

b) Konut Dokunulmazlığı

Madde 16- Konuta dokunulamaz.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.

c) Haberleşme Hürriyeti

Madde 17- Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.

Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.

1982 Anayasası da 1961 Anayasasının 14,15,16 ve 17. maddelerindeki içerdiği hususları bazı farklılıklarla tekrarlamaktadır. 1982 Anayasasının “*Temel Hak ve Ödevler*” başlıklı 2.kısımının “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” adlı 2.bölümünde yer alan 17. madde 1.fıkrası “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme” 20. maddesi “özel hayatın gizliliği”, 21. maddede “konut dokunulmazlığı” hakkını 22. madde ise “haberleşme özgürlüğü”nü düzenlemektedir.

1982 Anayasasına 2001 tarihinde yapılan değişiklikle, söz konusu haklara getirilecek istisnalar düzenlenmiştir. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden birine bağlı olarak ve sayılan şartlar altında söz konusu hakka dokunulabileceği hususu yer almaktadır.²⁴

B. Diğer Kanunlarda Özel Hayat

Özel hayat anayasalar dışında, diğer kanunlarımızda da çeşitli şekillerde düzenlenmiştir.

Basın Kanunlarında özel hayata yönelik müdahaleleri önleyici düzenlemeler yapılmıştır. 1931 tarihli Matbuat Kanununun 29. maddesine göre; Fertlerin şahsi veya ailevi hayatı hususiyetleri ima tariki ile dahi olsa her ne vesile ile olursa olsun neşredenler” cezalandırılmaktadır.

²⁴ Avrupa Birliği (AB)’ne üyelik sürecinde mevzuatımızın AB mevzuatına uyumlu hale getirmek üzere mevcut yasalarımızda bugüne kadar bir çok yeni düzenlemeler ve eklemeler yapılmıştır. Bu uyum yasaları çerçevesinde ilk olarak 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanunla T.C. Anayasasının 20, 21 ve 22. maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğüne sağlanan güvenceler artırılmıştır. Bu değişiklikten sonra Anayasa’nın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesi: “ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (3. cümle mülga :3/10/2001-4709/5 md.) (Değişik:3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

1994 yılında 5680 sayılı Basın Kanununda 6334 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu yeniden "rıza hilafına hususi veya ailevi ahvalin teşhir olunması (madde1/3) fiili suç haline getirilmiştir.

Ayrıca Basın Ahlak Yasası, Basın Konseyi, Basın Meslek İlkelerinde, Basın İlan Kurumu Kanununda da özel hayata saygı hakkı ile düzenlemeler mevcuttur.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunlarında özel hayata saygı hakkı ile ilgili düzenlemeler Özel Hukuk kurumları içerisinde değerlendirilmiştir. Türk Ceza Kanununun da tamamı ile yetersiz olarak 2.Kitap 2.Bap 5.faslında (Madde 195-200) "sırrın masumiyeti aleyhinde cürümler" kenar başlığı altında kısmen irdelenmiştir.²⁵

2 BİR "İNSAN HAKKI" OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI

I. İnsan Hakları Kavramında Yeni Yaklaşımlar

İnsan hakları kavramı çağımızın en popüler kavramlarından kuşkusuz biridir. Tanımı ve içeriği bakımından –doktrin ve uygulamada- henüz bir uzlaşma olduğunu söylemek son derece güç gözükmektedir. İnsan haklarının kökeni ve hukukla olan ilişkisi insan haklarıyla korunmak istenen hakların belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Doğal hukuk-pozitif hukuk ilişkisinde olduğu gibi insan hakları-hukuk(pozitif hukuk) ilişkisi de pozitif hukukla korunan insan haklarının ortaya konulabilmesi bakımından önem taşımaktadır. "İnsan hakları" olarak değerlendirilen ve pozitif hukuk düzeni tarafından korunan, başka bir deyişle hukuk normları içinde düzenlenmiş bir takım hak ve özgürlüklerin, "yasalaştırılma" süreci, hukuk-insan hakları ilişkisi bakımından iki farklı yaklaşım sergilemektedir: birincisi insan haklarının pozitif hukuk normları ile belirlenmiş haklar olduğu iken; diğeri ise hukuk normlarının öncülleri olarak insan haklarını

²⁵ **Kolukısa**,Yunus, Nadi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığı Altında Özel Hayatın Korunması", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası, <<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=1075>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

ele almaktadır.²⁶ Hali hazırda, dünyada egemen olan anlayışın birinci yaklaşım olduğu görülmektedir. Ne var ki bu, insan haklarını “bir takım haklar” boyutuna indirgemekten kaynaklanan bir “yanılsama”dır. Bugün yaygın bir şekilde kabul edildiği gibi insan hakları hukuk değildir; sadece hukukun türetileceği öncüllerdir; farklı gerçeklik koşullarında adaleti gerçekleştirecek hukukun öncülleridir. Bu da şu demektir: yasalar açık kavranılmış insan hakları normlarına dayanarak oluşturulursa, yani insan haklarının talep ettiği muamele güvence altına alınırsa, kişiler insan türüne özgü bazı olanakları gerçekleştirebilirler.²⁷

Eğer insan haklarını, “insanın doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez...” haklar olarak tanımlayacak olursak, bu durumda insan hakları bakımından hiçbir sorunun olmadığını da söylemek gerekir; eğer insan, doğuştan bu haklara sahipse, sahip olduğu haklar bakımından bir sorunun olmaması da gerekir. Ama ne yazık ki insan, bu hakların çok azına sahip ve ancak bu haklar pozitif hukuk normları ile korunduğu kadarıyla sahip olabilmektedir.

Oysa insanın değeri ve onurunu başlangıç olarak ele aldığımızda insanın bu haklara layık olduğu ve bunları talep ettiği sonucuna ulaşırız ki bu durumda da insan hakları hukuk ilişkisini farklı bir boyuta taşımak gerekir. Bu durumda hukuk normlarının insan haklarından, insan hakları normlarından türetilmesi gerekir. Başka bir ifade ile insan hakları normlarının hukukun öncülleri olması gerekir.²⁸

İkinci ve bizce de doğru olan yaklaşıma göre insan hakları, insanın bazı olanaklarının —değerini bildiğimiz bazı olanakların— gerçekleştirilebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler getiren ilkeler olarak karşımıza çıkıyor. İnsan haklarıyla dile getirilmek istenen, en temelde şudur: ancak bu koşullar varsa, kişiler normal olarak (ve istisnalar her zaman olabilir), insanın olanaklarını ve bu arada etik olanaklarını gerçekleştirebilirler.

²⁶ **Kuçuradi**, İoanna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası<<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

²⁷ **Kuçuradi**, agm

²⁸ **Kuçuradi**, agm

İnsanın değeri derken kastedilen, insanın, cins olarak insanın, diğer varlıklarla (insan olmayan her şeyle) ilgisi bakımından özel durumu ve bu özel durumundan dolayı, kişilerin insanlar arası ilişkide sahip olduğu bazı haklar, başka bir deyişle varlıktaki özel yeridir. Dünyaya gelen her kişinin yaşama, beslenme, eğitime hakkı, dokunulmazlığı, kısaca çeşitli uluslar arası bildirilerde ve Anayasalarda bir çoğu, “insan hakları” adı altında toplanan –ama her gün binlerce defa çiğnenen-haklar, temellerini insanın değerinde bulurlar.²⁹ İnsanın değeri, diğer canlılar arasında özel yeri olarak anlaşılması gerekir. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklardır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünleri olarak görünür. Bu özellikler, insanı diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ve olanaklar “insanın değerini” ya da “onurunu” oluşturur.³⁰

II. Genel İnsan Hakkı Sistematiği İçinde Özel Hayatın Korunması Hakkı

İnsan haklarının genel sistematiği içinde “özel hayatın korunması hakkı”nı, “kişilik hakları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Kişilik, kişiyi ve kişi olma sebebi ile sahip olunan hakların tamamını ifade eder. Kişilik hakları ise kişinin bu sıfatı nedeniyle sahip olduğu haklardır. Kişinin varlığı, bedensel bütünlüğü, sağlığı gibi maddi değerleri ile; şerefi, haysiyeti, itibarı, özel hayatı ve sırları, mesleki ve ticari değerleri, ismi, görüntüsü ile bunlar üzerindeki hakları gibi manevi değerlerinin tümü kişilik haklarını ifade eder.³¹

Kişilik haklarının temel haklar içinde özel bir yeri vardır. Genel insan hakları mantığı çerçevesinde, temel haklar da denilen bu haklarda bir öncelik, sonralık ilişkisi olmamakla birlikte, bir şekilde bu hakları çeliştiği durumlarda kişilik haklarına öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.³²

²⁹ **Kuçuradi**, İoanna, “Felsefe ve İnsan Hakları”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayın Hazırlayan İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1996, s.49 vd.

³⁰ **Kuçuradi** agm

³¹ **Çeçen Anıl**, İnsan Hakları, Ankara, 1995 s.48; **Şen**, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, İstanbul 1996, s. 11-15

³² **Akıllıoğlu**, Tekin, İnsan Hakları, Ankara, 1995,s.142.

Özel hayat hakkı, kişiliğin temelini ve özünü oluşturmaktadır. Çağdaş hukuk sistemlerinin en temel özelliklerinden birisi de insana, kişiliğini serbestçe gerçekleştirebilmesi için, kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği, korunmuş, özerk bir alanın sağlanmasıdır.

Hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek değil, bunları uygulamada gerçekleştirmektir. Bir devlet, insan haklarını uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir.³³

Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Oranlilik ilkesi, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi Hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makûl bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlilik (ölçülülük) ilkesi denir.³⁴

İnsan hakları ile korunmak istenen değerlerin aslında insanın değeri ve onuru olduğunu yukarıda belirtmiştik. İnsanın "değeri ve onuru" nun korunmasının temel koşulu da insanın kişiliğinin ve kişiliğinin de nüvesini teşkil eden özel hayatının korunmasını çok sıkı güvencelerle sağlanması ile mümkün olabilir. *Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin* 1. maddesinde "Bütün insanlar haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar" denilirken, dile getirilmeye niyetlenen bu olsa gerek. Bu madde, uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde bulunan insan hakları anlayışını dile getiren tek maddedir.³⁵

³³ **Öztürk**, "Bahri Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/113.doc>> (Erişim Tarihi:12/12/2006)

³⁴ **Öztürk**, agm

³⁵ **Kuçuradi**, İoanna, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası, < <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>> (Erişim Tarihi:12/12/2005)

III. Uluslar Arası Belgelerde Özel Hayatın Korunması Hakkı

Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden başka diğer evrensel ya da bölgesel haklar bildireleriyle de tanınmıştır. İnsan hakları kavramının doğuşunun zirvesinde 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gösterilebilir. Bu bildirgenin 12. maddesinde özel hayata, aile hayatına, konutuna ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. Yine 1948 tarihli Amerikan Kişi hak ve Ödevleri Bildirisinin V. Maddesi, 1969 tarihli Amerika İnsan hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, 1981 tarihli İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 18.maddesi ile son olarak Kişisel ve Siyasal haklara Dair Uluslar Arası Sözleşmenin 17. maddesi aynı hakkı düzenleyen başka belgelerdir. Ancak bu belgelerin hiç birisi bu alanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sağlamaya çalıştığı koruma sistemine yaklaşmamıştır³⁶

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Tarihsel açıdan bakıldığında, uluslar arası alanda, özel hayat hakkı bir insan hakkı olarak ilk kez 10 Aralık 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile kabul edilmiştir.³⁷

İnsan haklarının uluslar arası belgelerde yer almasının başlangıcını, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi teşkil eder. Bildirge, "Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A(III) sayılı Kararı"yla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁶ Hanımeli, Çağan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası

<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/>> (Erişim Tarihi:10/11/2005)

³⁷ Sencer, s.48.

Bildirgenin birinci maddesinde; “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.*” İfadesine yer verilirken, üçüncü maddede, “*Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.*” denilmek suretiyle yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği hakları aynı madde içinde sayılarak, aslında bizim de konumuzu teşkil eden güvenlik içinde olma hakkı ile kişi hak ve özgürlükleri arasındaki denge de vurgulanmış olmaktadır.

Bildirgedeki maddelerden, özel hayatın korunmasında dayanak teşkil eden ve bu yönüyle de insan hakları belgelerindeki en önemli gelişmeyi teşkil eden madde kuşkusuz bildirgenin 12. maddesidir. Maddede, “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır...*” ifadeleriyle özel hayatın korunmasının yasalarla güvence altına alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

B. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe giren medeni ve siyasi haklar sözleşmesi’nde de “özel hayatın korunması bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin 17.maddesinde, özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme güvence altına alınarak, kişinin şeref ve haysiyeti de korunmuştur. Aynı şekilde madde içeriğinde, bu hakka yönelik müdahalelere karşı herkesin kanun tarafından korunmaya hakkı olduğu belirtilmiştir.³⁸

C. Kuzey Ülkesi Hukukçuları Kongresi

Uluslar Arası Adalet Komisyonu’nun 2 Kasım 1969 tarihinde Stockholm’de düzenlediği, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkesi Hukukçuları Kongresi”nde “özel hayat” konusu ilk kez uluslar arası bir hukuk kongresinde ele alınarak incelenmiştir. Kongrede özel hayata saygı gösterilmesi hakkının çerçevesi çizilerek içeriği ortaya konulmuştur. Kongrede özel hayat hakkı şu şekilde tanımlanmıştır: “özel hayata saygı

³⁸ Bkz. Sözleşme Metni İçin: **Sencer**, s.14 vd.

gösterilmesi hakkı, kişinin, en ufak dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi hakkıdır.” Bu tanımın içeriği ve koruma alanları olarak da; kişinin aranması, konut dokunulmazlığı, tıbbi araştırmalar, kişi hakkında zor duruma düşürücü açıklamalar, haberleşme özgürlüğü, gözetleme ve dinleme sistemlerine karşı korunma, banda alma, fotoğraf ve film görüntülerinin alınması, basın ve kitle iletişim araçları tarafından taciz edilme sayılmıştır. Sınırlamalar konusunda ise AİHS’ne atıf yapılarak buradaki sınırlama şartlarının sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.³⁹

C. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa

Sözleşmesi

Sözleşme 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanmış ve 59. maddeye uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Türkiye’nin ihtirazi kaydı şöyledir:”İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarihi ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez.” Sözleşmeyi yeniden düzenleyen 11 Numaralı Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 4. maddeye uygun olarak 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 11 Numaralı Ek Protokolü 11 Mayıs 1994 tarihinde imzalamış ve 14 Mayıs 1997 tarihinde onaylamıştır. 4255 Sayılı Onay Kanunu 22 Mayıs 1997 gün ve 22996 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

Avrupa insan hakları sözleşmesinin birinci bölümünde hak ve özgürlükler sayılmıştır. 8. maddede “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” hakkı yer almıştır:

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

³⁹ Donay, Süheyl, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkesi Hukukçularının Kongresi”, Onar Armağanı, İÜHFİM, C.39,(1/4), 1974, s.439 vd.

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

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİHBARAT FAALİYETLERİNİN HUKUKSAL BOYUTU

1.İSTİHBARAT FAALİYETLERİ VE DEVLET FONKSİYONLARI ARASINDAKİ YERİ

I. Genel Olarak İstihbarat Kavramı

A. Etimoloji Tanımı ve Kökenleri

İstihbarat Arapça kökenli bir kelime olup, haber üretme, bilgi toplama, haber alma; yeni öğrenilen bilgiler, haberler, haber elde etme anlamına gelmektedir.⁴⁰

Türkçe'de "İstihbarat" dediğimiz kelime ve olgu aynı anlama gelen biraz daha dilimize uygun olan haber alma fiilinin aynısıdır. Her iki deyimde de haber kelimesi esastır ve Arapça kökenlidir.

İstihbarat, günün şartlarına uygun olarak geliştirilen çok yönlü bir kavramdır. Muhtelif kitap ve sözlüklerde, istihbarat, "akıl, zekâ, anlayış, malûmat, haber, bilgi, vukuf, işitilen haberler, muteber olan havadis, duyulan şeyler, toplanan haberler, alınan haberler, bilgi toplama, haber alma" olarak tarif edilmektedir.⁴¹

Haber; birisine veya birilerine gelen bilgi, bir olayın kısa veya uzun anlatımı, bilinmeyen bir hususun açıklanması, başka bir yerde olup bitenin

⁴⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü <<http://www.tdk.gov.tr>> (Erişim Tarihi 13/2/2006)

⁴¹ MİT Müsteşarlığı Resmi İnternet Sitesi <<http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>>(Erişim Tarihi: 13/2/2006)

nakledilmesi, bilinmesi veya öğrenilmesi gibi çok yönlü anlamlar içeren bir kelimedir.⁴²

Türkçe’de haber kelimesi ile vurgulanan bir çok eylem ve işlem söz konusudur. Haber veren, haberci, haber getiren, haber götüren, haberleri izlemek, haber kaynağı, haber olmak, haber sızdırmak, haberleri araştırmak gibi deyimler bazı örneklerdir. Batı dillerinden bir kısmında “İstihbarat” kelimesinin karşılığı “Intelligence” kelimesidir ve zeka, akıl, bilgi gibi anlamlara gelmektedir. Kelime çoğunlukla İngilizce lisanındaki ülkelerde kullanılır (ABD de CIA Central Intelligence Agency; İngiltere de Military Intelligence: MI)

Almanca’da ise “Nachrichten” yani tamamen “haberler” kelimesi kullanılır.(Nachrichten Dienst: İstihbarat Teşkilatı)

Fransızca’da “renseignement” kelimesinin bu alanda yerleştiğini görüyoruz. Bu kelimedede “işaret, aydınlatma, öğretme, öğrenme” gibi anlamlara geliyor. (Service De Reinsegnemet: İstihbarat Teşkilatı veya Servisi)

Ruslarda ve bazı Slav Ülkelerinde “güvenlik” kelimesi bu alanda anahtar durumundadır (ünlü eski KGB:Komtet Gosudarstvennoy Bezopasnosti: devlet Güvenlik Komitesi). Bir ara Sovyet Rusya kontrolü ve etkisindeki –Komünist-Doğu Almanya ise “aydınlanma, keşif” anlamına gelen “aufklärung” kelimesini istihbarat anlamında kullanmaktaydı (HVA: Hauptverwaltung Auf Klärung: İstihbarat Ana Bölümü). Ama bu da Devlet Güvenlik Bakanlığı (Ministerium Fur Staatssicherheit) –Stasi- bünyesindeydi.

Dünyada çok ünlü olan İsrail İstihbarat Teşkilatı MOSSAD, ismini hayli uzun bir tanımlamanın baş harflerinden almıştır: Haber Alma ve Özel Görevler Enstitüsü (Ha –Mossad Le- Modiin Ule Tafkidim Meyuhadim). Bu isimdeki “özel görevler” sözleri, biraz da olsa bir ipucu olarak, bu teşkilatın eylemci ve aktif

⁴² **Girgin**,Kemal, Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye, Okumuş Adam Yayınları,İstanbul,2003, s.122 vd.

karakterini gösterdiği kanısındayız. (İsrail’de bu en son isimden öncede “Enstitü” kelimesini içeren teşkilatlanmalar olmuştur).⁴³

B. İstihbarat Kavramı

İstihbarat kavramı, istihbarat kelimesinin, kelime olarak karşılıdığı ve günlük dilde -çoğunlukla- kullanıldığı anlamın dışında bir içerik taşımaktadır. Günlük dilde, hayatın hemen her alanında kullanılan istihbarat kelimesine yüklenen anlam, genellikle, ihtiyaç duyulan bir konu hakkındaki gizli veya özellik arzeden “bilgiye ulaşma” olarak karşılığını bulmaktadır. Örneğin bir banka, kredi vereceği müşterisinin mali durumu hakkında bilgi sahibi olmak istemesinden dolayı, bu işleri yapacak bir birim buldurmak ve çeşitli faaliyetler yapmak zorundadır. Benzer şekilde gazetelerin çeşitli “haberler”e ulaşmaları da özel bir birim ve özel birtakım faaliyetleri gerekli kılmaktadır. İşte bütün bu faaliyetlere “istihbarat” adı verilmekte bu faaliyetleri yürüten birimlere de istihbarat bölümü, birimi, şefliği gibi adlar verilmektedir. Ancak bizim kullandığımız anlamda istihbarat bundan farklıdır. Her şeyden önce istihbarat adı altında yürütülen faaliyetlerin “devlet birimleri” tarafından ve “kamu güç ve otoritesi” kullanılarak yapılması gerekir.

İstihbarat kavramı en yalın tanımı ile, bu işi yapmak üzere, kurulmuş ve yetkilendirilmiş devlet birimleri tarafından yürütülen, ülkenin iç ve dış güvenliğinin sağlanabilmesi için “bilinmesi gerekli” bilgilerin elde edilmesi sürecidir.

İlk insanla birlikte, insanlar, diğer insanlar ve olaylar hakkında bilgi sahibi olma ihtiyacı duymaya başlamışlardır. Bunun sebebini, çeşitli korku ve kaygıların yanında, geleceğe yönelik bir takım beklentiler de oluşturmaktadır.

Tarihte çok eski devirlerden beri, neredeyse ilk insan ilişkilerinden itibaren, bir insanın veya grubun diğerleri hakkında veya ihtiyacı olan yiyecek imkanları ile su kaynakları durumu üzerinde bilgi edinme, keşifte bulunma

⁴³ Girgin, s.125

eylemleri gittikçe genişleyerek artmıştır. Daha sonraları, bu küçücük insan topluluklarının büyümesi kabileler ve devletçikler halinde organize olmaları, savaşmaları, çeşitli alanlardaki ön bilgilenme, karşı tarafı izleyerek bilinçlenme ve önlemler arama, politika ve tutum belirleme zorunluluğu, teşkilatlanma ve uzmanlaşmayı da beraberinde getirmiştir.⁴⁴ Haber alma, önceden bilgi edinme, keşif yapma ile gözleme ve ona göre davranma olgusu uzun yüzyıllar en çok savaşlar ve askerlik alanında geçerli ve etkili bulunduğundan, bu işlere de askerler önem vermiş ve ilgilenmişlerdir. Bu tür faaliyetlerin belirli bir disiplin, feragat, gizlilik ve sebat gerektirmesi de askerlerin niteliklerine uygun düşmüştür.

İnsanlar ve insan toplulukları özellikle ve öncelikle kendilerine yönelik tehdit ve tehlikelerden haberdar olmak istemektedirler. Bunun için, tehdit ve tehlikeye yönelik bilgilerin doğru ve en önemlisi zamanında elde edilmesi gerekmektedir.

İstihbarat bir süreçtir. Bu süreç, ihtiyaç duyulan bilgilerin tespitinden başlayıp, bunların açık ve kapalı kaynaklardan⁴⁵ temin edilesi, değerlendirilmesi ve çıkan sonuçların ilgili birimlere (kullanıcılara) ulaştırılması ile devam etmektedir.

İstihbarat faaliyeti kesintisiz süren bir çalışmadır ve bu faaliyet, bütün istihbarat kuruluşları tarafından bir “çark”a benzetilir. Çarkın birinci safhasında, devletin Millî Güvenlik Politikaları doğrultusunda istihbarat ihtiyaçları tespit edilir ve operasyon birimlerine iletilir. İkinci safhada, operasyon birimleri, belirli plânlar doğrultusunda açık ve kapalı kaynaklardan haberleri toplar ve değerlendirme ünitesine aktarır. Üçüncü safhada, operasyon birimlerinden ve servis dışı kurumlardan gelen haber, bilgi ve belgeler değerlendirme ünitesinde analize tâbi tutularak işlenir ve istihbarat niteliği kazanan raporlar yayınlanır. Yani, kullanılmak üzere, zamanında ve süratle ilgili kuruma ulaştırılır. Dördüncü

⁴⁴ Girgin, s.128vd.

⁴⁵ İstihbarat terminolojisinde, “açık kaynak”, herkese açık olan, insanların günlük hayatlarında rahatlıkla ulaşabilecekleri haber ve bilgilerin bulunduğu “kaynakları”; kapalı kaynak ise, taşıdığı bilgi ve haberlere ulaşmak için özel bir takım çabaların gerektiği, herkese açık olmayan, sıradan insanların ulaşamadığı “kaynakları” ifade etmektedir.

safhada ise, ilgili kurumlar yalnız bu istihbaratı kullanmakla kalmazlar, sürekli olarak gözden geçirilen ve değerlendirilen öncelikler çerçevesinde yeni istihbarat ihtiyaçlarını tespit ederler.⁴⁶

Ülkemizde, Devletin "İstihbarat" amacıyla kurulmuş temel teşkilatı olan Milli İstihbarat Teşkilatı, -teknik olarak- istihbaratı şu şekilde tanımlamaktadır: *"...teknik olarak kullandığımız İstihbarat kelimesinin, kapsamı biraz daha değişiktir. "İstihbarat, haberlerin (ham bilgilerin) işlenmesi (tasnif, kıymetlendirme, yorum) sonucu üretilen bir ürün veya bilgidir." Başka bir ifadeyle, istihbarat tekniği teşkilât ve faaliyet itibarıyla, mevcut olması lâzım gelen organları ve konuları içine alır. Bu sebeple, istihbarat (intelligence), plânlama, araştırma, deliller toplama, çeşitli aklî ve tecrübî ilmî metodlar ile onları değerlendirip bir sonuç istihsal edip, kullanma faaliyetlerini içine alan bir manaya sahip bulunmaktadır."*⁴⁷

İstihbaratın çeşitli şekillerde ve çok sayıda tasnifi yapılmaktadır. Örneğin, kaynaklarına göre, seviyelerine göre, kullanıcı makamlara göre, oluşturulma yöntemlerine göre, kullanılan vasıtalarla göre ve nihayet konularına göre istihbaratın sınıflandırılması yapılmaktadır. Ancak biz burada başlı başına istihbarat konusunu irdelemeyeceğimizden konumuz bakımından ayrıntı olan bu hususlar üzerinde durulmayacaktır. Ne şekilde tasnif edilirse edilsin ve adına ne ad verilirse verilsin devletin bu faaliyetleri yürütmek üzere yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiş birimlerince ifa edilen istihbarat faaliyetleri "özel hayatın korunması hakkı" çerçevesinde irdelenecektir.

⁴⁶ MİT Müsteşarlığı Resmi İnternet Sitesi <<http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>>(Erişim Tarihi: 13/2/2006)

⁴⁷ MİT Müsteşarlığı Resmi İnternet Sitesi <<http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>>(Erişim Tarihi: 13/2/2006)

II. Bir Devlet Fonksiyonu Olarak İstihbarat

A. Devletin Güvenlik Sağlama Fonksiyonu

Devletler de bir bakıma insanlar gibidir. Öncelikle, var olmak için korunma ihtiyacı içindedirler. Siyaset dilinde buna “güvenlik ihtiyacı” adı verilmektedir. Bunun karşılanması organize bir toplum olan devletle, halkın ihtiyaçları için oluşmuş düzenin herkesi kapsayan şemsiye konumundaki kamu yönetiminin birinci ve baş görevidir. Diğer bir söylemle, halkın üzerinde yaşadığı toprak olan yurdun korunması, güvenliğinin sağlanması devletin yükümlülüğündedir. Devletler bu temel görevini, silahlı ve silahsız organlarıyla yerine getirirler.⁴⁸

Devletlerin güvenliklerini sağlama ihtiyacının kaynağını kendilerine yönelmiş bir “tehdit” teşkil eder. Devletler için tehdit tanımı yapmak gerekirse, tehdit; Bir kişi grup veya devlet tarafından bir ülkenin toprak bütünlüğüne anayasal sistemine, ulusuna vatandaşına ve taşıdığı değerlere yönelik, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel, psikolojik ve askeri olarak; arzu edilen, planlanan veya uygulanan yok edici, yıkıcı, kısmen veya tamamen bölücü, zorla veya hile yoluyla değiştirici her türlü davranış, düşünce ve eylemlerin bütünüdür.⁴⁹ Tehdit iç ve dış tehdit olarak tasnif edilmektedir. İç tehdit, “Devletin anayasal düzeni, ülkenin bölünmez bütünlüğü ile milletin refahına yönelik örgütlü suç ve şiddet hareketlerini de kapsayan bir tehlike algılaması”; dış tehdit, “diğer bir ülkenin veya uluslararası terör örgütlerinin niyetlerinin, olanak ve yetenekleri ile hareketlerinin, asimetrik tehdidi de kapsayan değerlendirilmesine dayanan tehlike algılaması” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ Girgin, s.92 vd.

⁴⁹ Demir, Faruk, Milli Güvenlik Siyaseti, Yüksek Strateji Merkezi, Ankara Tarihsiz, s. 75

⁵⁰ Bkz. Geniş bilgi için: Milli Güvenlik Kurulu Resmi İnternet Sitesi, <<http://www.mgk.gov.tr/sss.html>> (Erişim Tarihi: 15/10/2005)

İnsanlık tarihinin başlangıcından bu yana var olan istihbarat faaliyetleri, geçmişte olduğu gibi günümüzde de devletlerin geleceğinde rol oynayan önemli ve öncelikli faktörlerden biridir. Çünkü bu faaliyet, hedef⁵¹ ve hedef olması muhtemel kişi, grup, örgüt veya devletlerin imkân ve kabiliyetlerini ortaya çıkarmak, muhtemel hareket tarzlarını önceden tespit etmek için yürütülür.⁵²

Güvenlik hakkı aynı zamanda temel bir insan hakkıdır. Buradaki hak, bireysel anlamda bir hakkı ifade etse de devlet boyutunda ele alınan güvenlikten bireysel güvenliği soyutlamak imkansızdır. Güvenlik hakkı bir temel haktır. Bu özelliği itibarıyla diğer temel haklarda olduğu gibi kendisinden yoksunluk bütün haklara karşı bir tehdit oluşturur.⁵³ Bu itibarla aslında iki insan hakkının, güvenlik ve özel hayatın korunması haklarının sınırlarını, ilişkilerini ve her ikisi bakımından devletin sorumluluklarını ortaya koymak çok büyük önem taşımaktadır.

Devlette silahlı olarak güvenliği sağlayan unsurlar, başta silahlı kuvvetler (askeri unsurlar) olmak üzere, emniyet güçleri (Polis ve Jandarma) ile diğer kanunlarca yetkilendirilmiş personeldir. (Mesela Gümrük Muhafaza Teşkilatı, Orman Koruyucuları v.s. gibi)

Devletin güvenlik sağlama görevinin planlanmasının genel çizgileri ve esasları bu amaçla öngörülmüş kuruluşlarca ele alınarak saptanır ve bu yöntem hemen hemen her devlette birbirine benzer. Bu fonksiyonu yerine getiren organ en üst düzeydeki sivil ve askeri yetkililerin bir arada toplandıkları ve konuları görüştüğü kurullardır.

Günümüzde devletler iç ve dış güvenliklerini sağlamak maksadıyla, kendilerine yönelmiş tehdit ve tehlikelerden haberdar olmak için istihbarat yapmaktadırlar. İstihbarat güvenliğin temel girdilerinden ve vazgeçilmezlerinden

⁵¹ Hedef kavramı, iç ve dış güvenlik faaliyetleri kapsamında tehdit olarak görülen kişi, örgüt ve devleti kapsar.

⁵² MİT Müsteşarlığı Resmi İnternet Sitesi <<http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>>(Erişim Tarihi: 13/2/2006)

⁵³ **Shue**, Henry, "Temel Hakların Evrenselliği", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslar Arası Semineri, Yayına Haz. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996, s.30

birisidir. Kişi hak ve özgürlüklerinin, insan haklarının yükselen değer olduğu çağımızda ne yazık ki insanların güvenlik konusunda ortaya çıkan kaygıları, özgürlük kaygılarının önüne geçmiştir. 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'ye yönelik eylemleri insan hakları alanında sadece ABD'de değil ama bütün dünyada yeni bir sayfa açılmasına neden olmuştur. 11 Eylül'den önce terör lokal ve münferitti, etnik veya dinsel sorunlar ile ortaya çıkmakta idi. 11 Eylül'den sonra ise küreselleşerek herkesi tehdit eder hale gelmiştir. ABD'deki bu saldırıları, dünyanın diğer ülkelerindeki saldırılar da izleyince devletler insan haklarını bir tarafa bırakıp, güvenlikleriyle ilgilenmeye başlamışlardır. Terör amacına ulaşmış ve insanlık korku ve telaşa kapılarak, güvenlik-hak ve özgürlükler arasındaki denge güvenlik lehine bozulmuştur.

Terör tanımı konusunda uzlaşmayan dünya devletlerinin, terör algılamaları ve bunun sonucunda yaptıkları uygulamalarda tam bir çifte standart içinde oldukları görülmektedir.

Terör eylemcilerini, çoğu zaman gerilla, özgürlük savaşçısı gibi, yapılan eylemleri legalize edici niteliklemlerle anan Avrupa devletleri, hedefte kendi ülkeleri olunca son derece acımasız ve insan hak ve özgürlüklerinden uzak muameleler yapmaktan geri durmamaktadır.⁵⁴

Dünya'da terörü destekleyen ve barındıran ülkelere karşı genel savaş haline varmayan müdahaleler yapılarak, ekonomik yardım veya yaptırımlarla bu grupların kökü kazınmaya çalışılmaktadır. Göz ardı edilen ise terörün gelişmiş ülkelerin ekonomik varlıklarını sömürüp kendilerine aktardıkları geri kalmış ülkelerde barındığı ve uyuşturucu ticareti, silah ticareti gibi yollarla da finansmanını sağladığıdır.

⁵⁴ Örneğin, İngiltere'de şu günlerde, terörle mücadele kanunu gündemdedir. Gözaltı süresinin 3 ay mı yoksa -biraz tadil edilerek- 28 gün mü olacağı tartışılmaktadır. Görüldüğü gibi güvenlik-özgürlük ikileminde tercih açık şekilde güvenlikten yana kullanılmaktadır.

Hukuk devletinde güvenlik kuvvetlerinin hukuk kurallarına bağılı olarak görevlerini ifa etmeleri ve bu bağlamda özel hayatın gizliliğinin sağlanması ile güvenlik arasında denge korunmalıdır.⁵⁵

B. İstihbarat Faaliyetlerinin Özellikleri

İstihbaratın, çeşitli kriterlere göre yapılmış çok çeşitli sınıflandırmaları yapılmakla birlikte “oluşturulma süreci” bakımından benzer özellikleri taşıdığı görülmektedir.⁵⁶ Modern dönemde de daha önceki dönemlerde de devlete yüklenen görevler ve devletin fonksiyonları bağlamında ifa edilen faaliyetler içinde büyük ölçüde “özel hayatı” konu edinmesi bakımından istihbarat faaliyetleri önem taşımaktadır.

1. Devlet Birimleri Tarafından İfa Edilmesi

İstihbarat kavramı, günümüzde gazetecilikten finans-bankacılık sektörüne kadar uzanan geniş bir yelpazede kullanılan bir terim haline gelmiştir. Artık özel sektör de kendi faaliyet alanıyla ilgili çalışmalara dayanak teşkil etmek bakımından bir takım bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Bu bilgileri elde etmek için yürütülen faaliyetler de istihbarat olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki burada konu edilen “istihbarat” faaliyeti bir devlet fonksiyonu olarak ve kamu gücü kullanılarak yürütülen istihbarat faaliyetleridir. Dolayısıyla istihbarat faaliyetleri devlet organları-birimleri tarafından yürütülen faaliyetlerdir. Bu özellikleri itibarı ile de diğer devlet faaliyetlerinin yürütülmesindeki esaslara bağılıdır.

⁵⁵ **Taşkın**, Mustafa, Türk Hukukunda Mafya ve Kara Para İle Mücadele, Yargı Yayınevi, Ankara, 2004 , s. 84

⁵⁶ İstihbaratın çok farklı şekillerde ve farklı adlar altında sınıflandırıldığı görülmektedir. İstihbaratın tasnifinde, seviyesi, kaynakları, oluşturulma yöntemleri, kullanıcıları, kullanılma zamanları...gibi çeşitli kriterler baz alınarak sınıflandırılması yapılmaktadır. Bunlardan en yaygın olanı “oluşturulma yöntemleri” ne göre yapılan tasniftir. Bu tasnif yönteminde istihbarat oluşturulurken uygulanan metod ve yöntemler dikkate alınmaktadır. Oluşturulma yöntemlerine göre bugün dünyada çeşitli askeri ve sivil kurumlarca kullanılan başlıca beş çeşit istihbarat olduğu görülmektedir. Bunlar;

- OSINT-Open Source Intelligence (Açık Kaynak İstihbaratı);
- COMINT-Communications Intelligence (Haberleşme İstihbaratı);
- ELINT-Elektronik Intelligence (Elektronik İstihbaratı);
- SIGINT-Signal Intelligence (Sinyal İstihbaratı);
- HUMINT-Human Intelligence (İnsana Dayanan İstihbarat) dır.

2. Kamu Görevlileri Tarafından Yürütülmesi

Bir devlet fonksiyonu olan güvenliğin sağlanması, yukarıda da değinildiği üzere istihbarat elde edilmesini, istihbarat faaliyetlerinin yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Yani istihbarat bir devlet fonksiyonu olması nedeniyle kurumsal olarak mutlaka devlet kurumları tarafından ifa edilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile bu kurumların devlet kurumu olması, bu faaliyetleri yürüten görevlilerin de kamu görevlisi olması sonucunu beraberinde getirmektedir. Ancak uygulamada son derece problemlili olan bu husus, bu güne değin çok tartışılan konulardan biri olmuştur. İstihbarat örgütleri yaptıkları bütün faaliyetleri kendi elemanları vasıtasıyla mı yapıyorlar yoksa başka elemanlar da kullanıyorlar mı? İfade edildiği gibi kamusal bir faaliyet olan istihbarat faaliyetlerinde sivil şahıslar kullanılsa bile, yürütülen faaliyetin özelliğinden kaynaklanan faktörlerden dolayı şu veya bu şekilde istihbarat sürecinin bütün aşamalarında yer almış herkes “kamu görevlisi” görünümüne bürünmektedir. Örneğin 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’un 2.maddesinin (e) fıkrasında nakdi tazminat ödenecekler arasında “Güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen kamu görevlileri ve siviller” de sayılmaktadır. ÇASÖMK da tanımlanan muhbir kavramı da bu bağlamda ele alınmalıdır.⁵⁷ Ne var ki ÇASÖMK nu yürürlükten kaldıran CMK da muhbir tanımını karşılayacak böyle bir tanım ve düzenleme bulunmamaktadır.

3. Gizlilik

İstihbarat faaliyetleri doğası gereği, diğer devlet faaliyetlerine göre büyük ölçüde gizli olarak yürütülür. Bunun sonucu, diğer faaliyetler gibi herkesin gözü önünde yürütülen faaliyetler olmaması nedeniyle kişi hak ve özgürlüklerine getirdiği sınırlama ve engellemeler daha fazla olabilmektedir.

⁵⁷ ÇASÖMK’ (Mülga) nun 4. maddesinde Muhbir, “Suçlar veya suçların failleri, iz, eser, emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişiler” olarak tanımlanmaktadır. (4422 sayılı ÇASÖMK, 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 18/1d maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Resmi Gazete Tarihi 31/03/2005 Resmi Gazete Numarası: 25772)

4. Yasal Dayanak

Hukuk devletinin temel özelliği, devletin her türlü işlem ve eyleminin yasal bir dayanağı olmasıdır. Devlet birimleri tarafından ifa edilen ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine çok yoğun bir müdahaleyi gerektiren istihbarat faaliyetlerinin de yasal dayanaklarının olması hukuk devletinin bir sonucudur. Zaten temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ancak “yasal bir düzenleme” ile mümkün olabileceği gerçeği yanında istihbarat faaliyetlerinin mutlaka yasa ile düzenlenmiş olması bir zorunluluktur. Bu husus yasal düzenlemelerin yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da istikrar bulmuştur.

5. İstihbarat Faaliyetleri Başlıca İki Ana Grupta Toplanır

a. Adli ve Kolluk Amaçlı Yapılan İstihbarat

Adli ve kolluk amaçlı olarak yapılan istihbarat daha çok bir “ceza muhakemesi tedbiri” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle ceza muhakemesi kanunlarında yer bulmakta ve bu usul ve esaslar dairesinde yapılmaktadır. Daha çok kolluk organları tarafından yürütülür ve mutlaka faaliyetin başlangıcından sonuna kadar adli bir merciin (mahkeme, hakim veya savcı) takip ve kontrolünde ifa edilir. Uygulamada karşımıza daha çok organize suçlulukla mücadele kapsamında uygulanan bir tedbir olarak çıkmaktadır.

b. Ulusal Güvenlik Amaçlı Yapılan İstihbarat

Adli ve kolluk amaçlı yapılan istihbarattan çok daha geniş kapsamlıdır. Bu amaç için özel olarak kurulmuş “istihbarat birimleri” tarafından yürütülür. Bu kapsamdaki istihbarat faaliyetleri büyük ölçüde istihbarat birimlerinin kendi inisiyatifleri ile yürütülür ve başkaca bir birimin ve adli merciin izin ve kontrolüne gerek yoktur.

2. İSTİHBARAT FAALİYETLERİNİN HUKUKSAL ZEMİNİ

I. Hukuk Devletinde İstihbarat Faaliyetleri

Hukuk devleti çağdaş demokrasilerde devletin belirleyici niteliğidir. Hukuk devleti, kişilerin devlet gücü karşısında korunmaları ihtiyacından doğmuştur; amacı ise, devlet gücünün baskı yönetimine ve kaba kuvvete dönüşmesini önlemektir. Bu nedenle hukuk devleti kavramı, devlet gücünün kötüye kullanılması olasılığına karşı alınması gereken önlemlerin tümünü içerir.⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında hukuk devleti şu şekilde tanımlanmaktadır: “hukuk devletin temel ögesi, tüm devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve tüm faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir... Devletin tüm organlarının yaptığı işlemlerin geçerliliği, hukuk devleti ilkesine uygunluğuna bağlıdır.”⁵⁹

İstihbarat faaliyetlerinin hukuk devleti çerçevesinde kalabilmesi için, diğer devlet fonksiyonlarına göre kişi hak ve özgürlükleriyle, temel haklarla bir başka ifade ile insan haklarına müdahale bakımından dikkatle yürütülmesi gerekir. İster kolluk-ceza muhakeme tedbiri olarak yürütülen istihbarat faaliyetleri olsun, isterse ulusal güvenlik çerçevesinde yürütülenler olsun, İstihbarat faaliyetleri için her şeyden önce yasadan kaynaklanan çok açık bir yetkilendirmenin söz konusu olması gerekir. Bu yetkilendirmenin, hem “konu” hem de “kurum” bakımından olması gerekir. Daha sonra ise yapılan faaliyetlerinin “yargısal denetimi”nin sağlanması bir zorunluluktur.

⁵⁸ **Sezer**, A.Necdet, “Anayasa Yargısı,” Anayasa Mahkemesinin 38.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2000, s.4

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi Kararları E.1963/124, K.1963/243, AMKD, S.1,s422-439;E.1976/1, K.1976/28, AMKD, S.14, s.189

Yukarıda da değinildiği üzere, hukuk devletinin temel özelliği devletin kendi yaptığı eylem ve işlemlerde de hukuk kurallarına bağlı olmasıdır. Devletin yürüttüğü diğer faaliyetlere nazaran-özelliklerine binaen- çok daha fazla titizlikle yürütülmesi gerekli olan istihbarat faaliyetlerinin yasal dayanağının çok iyi düzenlenmesi gerekir.

İstihbarat faaliyetleri kapsamında yapılan faaliyetler, ister ceza muhakemesi tedbiri olsun, ister önleme amaçlı istihbarat olsun ve isterse ulusal güvenlik amaçlı istihbarat olsun “oluşturulma süreci”nde ve kullanım sürecinde tamamen farklı usul ve esaslara bağlıdır. Ülkemizde, son yapılan düzenlemelerle (5397 sayılı kanun ve CMK) bunların içiçe girdiği ve bir bakıma da karıştığı düşünülmektedir. Aslında bu karışıklık, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK)’na 1983 yılında eklenen ek 7. madde ile başlamıştır. Kolluk birimlerinin (polisin) asli görevi güvenlik, dirlik, esenlik ve genel sağlık öğelerinden oluşan kamu düzenini korumak ve sağlamaktır. Oysa kanunun ek 7. maddesine göre, *“Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”* Bu maddeyle, polise ülke genelinde -kolluk görevleriyle sınırlı olmamak üzere- istihbarat yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin bilgi toplamak için gizli soruşturma tedbirlerine de başvurmayı gerektirmediği görüşü dile getirilse de buna katılmak mümkün değildir. Zira yasa maddesi son derece açık ve net bir yetki vermektedir. Bu yetkinin kullanılması için başkaca bir koşulun gerçekleşmesi aranmayacaktır.⁶⁰ Ne var ki, yasayla polise kolluk sınırlarının çok ötesinde bir istihbarat yapma yetkisi verilirken bunu, devletin genel güvenlik yapısı içinde uygun bir yere oturtmak mümkün olamamaktadır. Çünkü devlet, ulusal güvenliğini çeşitli organları vasıtasıyla sağlamak üzere yapılanmış ve bu organları arasında görev dağılımı yapmıştır. Bu arada ulusal güvenlik için gerekli olan, ihtiyaç duyulan istihbarat faaliyetlerini yürütmek üzere istihbarat

⁶⁰ Bkz. Karşı görüş; **Erdem**, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 308

birimleri kurmuştur.⁶¹ Kolluk faaliyetlerini yürütmek üzere de kolluk birimleri kurmuştur.⁶² Polis, jandarma ve sahil güvenlik, kolluk faaliyetlerini yürütmek üzere kurulmuş temel organlardır.

Devlet fonksiyonlarını yerine getirmek üzere kurulmuş organlar arasında görev dağılımı, yetki ve sorumlulukların belirlenmesinde her birime kendi görev alanı ile ilgili olanlar verilmez ise devlette kargaşa ortaya çıkabilecektir. Bunun tipik örneğini PVSK'na ek 7. madde ile polise verilen istihbarat yetkisinde görmek mümkündür. Devletin istihbarat yapmak üzere kurulmuş bir organı varken bu yetkiyi “özel düzenlemeler”le diğer birimlere teşmil etmek ancak siyasi amaç ve saiklerle açıklanabilecek bir husustur.⁶³

II. Ülkemizde Yasal ve Kurumsal Anlamda İstihbarat

A. Yasal Anlamda İstihbarat

1. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilat Kanunu

Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilat Kanunu devlet istihbarat hizmetlerinin düzenlendiği temel kanundur.⁶⁴ “Devlet istihbaratı” veya “milli istihbarat”, kavramlarının “genel istihbarat sistematığı” içindeki yeri nedir? Söz konusu Kanun, devlet istihbaratını düzenlediğinden kanundaki tanımlar bu konuda bize bir yol gösterecektir. Kanun'un, Milli İstihbarat Teşkilatının (MİT) görevlerinin belirtildiği, 4.maddesinin (a) fıkrası şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak.”

⁶¹ 2937 sayılı yasa ile Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı **Milli Güvenlik İstihbaratı**'nı yapmakla görevlendirilmiştir.

⁶² Burada konumuzun dışında olduğu için, genel kolluk-özel kolluk ayrımı ve kolluk görevlerinin ayrıntılarına değinilmeyecektir.

⁶³ Bkz. Aynı yönde Erdem, s. 308

⁶⁴ Kanun Numarası : 2937 Kabul Tarihi : 1/11/1983 Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 3/11/1983 Sayı : 18210 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 22 Sayfa : 830

O halde buradan, mili istihbarat, mili güvenlik istihbaratı, devlet istihbaratı kavramlarının içeriklerinin hepsinin aynı olduğu ve kavram olarak aynı anlamı karşıladığı sonucu çıkarılabilir. Buradaki tanıma göre, Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında yapılan istihbarattır.

“Mili İstihbarat” kavramı için MİT tarafından yapılan tanım şu şekildedir: “Millî İstihbarat kastedildiği zaman, devletin Millî Güvenlik Politikası'nı yürütmek için yurt içinde ve yurt dışında sekiz ana konunun, yani askerî, siyasî, ekonomik, sosyal, coğrafi, biyografik, ulaştırma ve muhabere, ilmî ve teknik istihbarat ile Kontr Terör ve Kontr Espiyonaj çalışmalarının bütünlüğü ve merkezî istihbarat üretimi anlaşılmalıdır.” Bu noktadan hareketle, devlet istihbaratı ise şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Devlet İstihbaratı, devletin bütünlüğünü, rejimin emniyetini sağlamak için, millî politika ile tespit edilen millî hedefleri elde etmek üzere devlet organlarının yaptığı istihbaratın tümüdür. Başka bir ifadeyle, Millî Güvenlik Politikaları'nın oluşturulması için gerekli bilgileri sağlayan ve ilgili bütün devlet istihbarat kuruluşlarının işbirliği ve koordinasyonu ile üretilen istihbarattır.”*⁶⁵

Buradan iki sonuç çıkarmamız gerekecektir: birincisi milli güvenlik istihbaratının içeriğinin ne olduğu, diğeri ise mili güvenlik istihbaratının devlet çapında yapılmasından Milli İstihbarat Teşkilatı'nın görevli ve yetkili olduğudur.

Kanununda, istihbarat faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından önem taşıyan bir başka düzenleme ise MİT dışındaki diğerk kamu kurum ve kuruluşlarına yüklediği ödev ve sorumluluklardır. Kanunun 5. maddesi şu şekildedir: “Bakanlıklar ve diğerk kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:

⁶⁵ Bkz. geniş bilgi için: <http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>

a) Kendi konularında;

1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,

2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,

3. İstihbarata karşı koymak.

b) Elde ettikleri milli güvenliğe ilişkin haber ve istihbaratı anında MİT'e ulaştırmak.

MİT mensuplarına hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.

Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yukarıda belirtilen görev ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle ilgili koordinasyonun sağlanması ve istihbarat çalışmalarının yöneltilmesinde, temel görüşleri oluşturmak üzere, MİT Müsteşarının Başkanlığında Milli İstihbarat Koordinasyon Kurulu (MİKK) kurulmuştur.

Kurul, üç ayda bir; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri veya Yardımcısı, Genelkurmay İstihbarat Başkanı veya Yardımcısı, bakanlıkların müsteşarları, kurum ve kuruluşların yetkili amirleri, MİT'in ilgili başkanları ile MİT Müsteşarının çağıracağı diğer kamu görevlilerinin iştirakiyle toplanır.”

Kanunun 5. maddesinden çıkarılabilecek sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür: her şeyden önce devlet çapında yapılacak istihbarat faaliyetlerinin tamamı, hangi bakanlık, kurum ya da kuruluş tarafından yapılırsa yapılsın, mutlaka MİT'in kontrol ve denetiminde yapılacaktır. Devlet-milli güvenlik istihbaratı konusunda asli sorumlu mercii MİT'tir. Diğer kurumların milli güvenlik istihbaratına ilişkin yürütecekleri faaliyetler bu kanun kapsamında ve MİT idaresinde yürütülecektir. Bu hususu burada vurgulamamızdaki sebep, sonraki bölümlerde konuyla ilgili diğer yasaların incelenmesinde görüleceği üzere, bu

yasalarla MİT dışındaki birimlere de yetki verilmiştir. Bu durum devlet-millî güvenlik istihbaratı anlamında bir çelişki meydana getirmektedir.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'na 5397 Sayılı Kanunla⁶⁶ eklenen ek fıkra ile MİT Müsteşarlığı'na, kamu kurum ve kuruluşlarının yönetici ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu görevlileriyle istihbarat ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurma, bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek yetkisi⁶⁷; ek fıkra ile, belirtilen şartlar altında "hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir." İfadesi ile özel olarak telekomünikasyon yoluyla yapılacak iletişimin "kontrol" edilebileceği belirtilmektedir.⁶⁸

⁶⁶ 3/7/2005 tarihli – 5397 Sayılı Kanun

⁶⁷ **Madde 6 – (Değişik fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.)** Millî İstihbarat Teşkilatı;

a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevchi, istihbarat ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

⁶⁸ **(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.)** Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

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

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu

2. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu⁶⁹ polisin vazife ve yetkilerinin belirlendiği temel kanundur. Kanunda, genel olarak polisin görevleri, yetki ve sorumlulukları ile bunların yerine getirilmesinde uyulacak usul ve esaslar düzenlenmiştir. Konumuzun dışında olduğu için burada üzerinde durulmayacaktır. Söz konusu kanunun bizi ilgilendiren yönü, istihbarat faaliyetleri kapsamında verilen yetki ve görevlerdir. Kanunun istihbaratla ilgili en önemli maddesi, yasa metnine 1985 yılında 3233 sayılı kanunla eklenen Ek-7.maddesidir. Bu madde ile polise, spesifik olarak “istihbarat” yapma yetkisi verilmiştir.⁷⁰ Polis, bu madde ile “ülke seviyesinde” ve Anayasa düzenine, genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, istihbarat faaliyetleri yapma yetkisi ile teçhiz edilmiştir. Polise sağlanan bu istihbarat yetkisi, 5397 sayılı kanunla eklenen⁷¹ ek fıkra ile istihbarat faaliyetleri kapsamında, spesifik olarak, telekomünikasyon yoluyla

süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

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

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

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

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

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

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

⁶⁹ Kanun Numarası : 2559 Kabul Tarihi : 4/7/1934 yayımlandığı R. Gazete : Tarih : 14/7/1934 Sayı : 2751 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 3 Cilt : 15 Sayfa : 575

⁷⁰ **Ek Madde 7 – (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.)**

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

⁷¹ **(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.)**

yapılan iletişimin, tespiti ve dinlenebilmesi ile sinyal bilgileri kayda alınıp, değerlendirilebilmesi imkanı ile pekiştirilmiştir.⁷²

5397 sayılı kanunla getirilen düzenleme ile polise, daha önce sahip olmadığı bir yetki de verilmektedir. Kolluk görevi ifa eden polis, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeyi “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” mahkeme ya da hakim kararı olmaksızın kontrol edebilecektir. Türk hukuk sisteminde ilk kez kolluk görevi ifa eden bir birime böyle bir yetki verilmektedir. Benzer şekilde hakim kararı ile teknik araçlarla takip yapabilmek imkanı da polise verilmektedir.

3. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Jandarmanın görev alanının, yetki, görev ve sorumluluklarının belirlendiği, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu paralelinde hazırlanmış bir kanundur.⁷³ Bu kanunda, Jandarmanın yetki ve görevleri, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda belirlenen polisin yetki ve sorumluluklarına paralel düzenlenmiştir. Ne var ki istihbarat yetkisi bakımından PVSK nun ek 7. maddesindeki benzer bir düzenleme Jandarma kanununda bulunmamaktadır. Pek çok konuda PVSK na atıfta bulunularak yetkilendirilen Jandarma için PVSK EK-7 . maddesinin geçerli olup olmadığı, başka bir ifade ile ek 7. maddede polise verilen ülke genelinde istihbarat yapma yetkisinin Jandarma için de geçerli olup olmadığı konusu tam olarak açık değildir. Kolluk faaliyetlerini iki temel unsuru olan polis ve

⁷² (Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

⁷³ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Kanun Numarası: 2803 Kabul Tarihi: 10/3/1983 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 12/3/1983 Sayı: 17985 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt : 22 Sayfa : 215

Jandarmanın yetki, görev ve sorumluluklarında da paralellik olması “kolluk” faaliyetlerinin doğasına uygun düşmektedir. Ancak istihbarat gibi özel hayata , temel hak ve özgürlüklere son derece ağır müdahale gerektiren bir faaliyet alanıyla ilgili, verilen yetkinin geniş yorumlanması hukukun özüne uygun düşmemektedir. Yasa koyucu, böyle bir yetkilendirme iradesi göstermiş olsaydı bunu somut ve tereddüte mahal bırakmayacak şekilde düzenlemesi beklenirdi. Nitekim 5397 sayılı kanunla, açık bir şekilde, Jandarmaya (PVSK ek-7 benzeri) görevlerini yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere istihbarat faaliyetlerinde bulunma yetkisi getirilmiştir.⁷⁴ Ancak burada farklı olarak, polise “ülke genelinde” tanınan istihbarat yapma yetkisi, Jandarma için “kendi görev alanı” ile sınırlı tutulmuştur.

4. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle ülkemizde, istihbarat faaliyetlerine dayanak teşkil eden yasalarda, ilgili birimlere verilen yetkilerin, özellikle “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin” tespiti ve denetlenmesi ile “teknik araçlarla izleme” konularında “somut olarak” bir kez daha yetkilendirilmeleri ve yetki sınırlarının genişletilmesi sağlanmıştır. Bir kez daha denilmesindeki sebep, istihbarat faaliyetleri kapsamında bu tür faaliyetlerin (iletişimin denetlenmesi ve gizli görevli kullanılması) bu yasadan önce de mutlaka “yasal dayanakları” ile yapılıyor olmasıdır. Zira 2005 yılında çıkarılan bu yasaya kadar geçen sürede bu ihtiyacın bir şekilde karşılandığı bir gerçektir.

⁷⁴ **Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu** (Kanun Numarası : 2803, Kabul Tarihi: 10/3/1983, Yayımlandığı R. Gazete: Tarih :12/3/1983 Sayı : 17985 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 22 Sayfa : 215) Ek Madde 5 – (Ek: 3/7/2005 – 5397/2 m.) şu şekildedir: “Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. “

5397 Sayılı Kanunla getirilen en temel değişiklik “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin” -istihbarat maksatlı- denetlenmesi, için yeni usul ve esaslar getirmesidir.

5397 sayılı kanunun getirdiği yenilikleri, ilgili yasalar incelenirken değinildiğinden bir kez daha üzerinde durulmayacaktır. Ancak kanunla getirilen en önemli değişiklik, öncelikle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde tamamen yeni usul ve esaslar getirilmiş olmasıdır. Buna göre, dinleme ve diğer işlemler, yeni ihdas edilen bir birim tarafından yapılacaktır. Bu birim, Telekomünikasyon Başkanlığı bünyesinde oluşturulacak olan “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı”dır. Söz konusu Başkanlığın kurum başkanına doğrudan bağlı olacağı, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulacağı” yeni düzenlemede yer alan hususlardır.⁷⁵

Gerek CMK m.135 ve gerekse 5397 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler kapsamında yapılacak dinlemelerin, tek bir merkezden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yapılması esası getirilmiştir. Gerçekten çok fazla sayıdaki merkezden ve kurum tarafından yapılan dinleme faaliyetlerinin tek merkezde toplanması hukuk devleti ve temel hak ve özgürlüklerin gereklerine son derece uygun olacağı bir gerçektir. Ancak bu Başkanlığın kuruluş ve bağlantıları konusunda aynı şeyleri söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Her şeyden önce Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın atanması ve kuruluş bağlantısı tamamen “idari bir yapı”

⁷⁵Kanunda yer alan düzenleme şu şekildedir: “Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır.”

oluşturmaktadır. Yasaya göre, Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanacaktır. İdari bir makam olan telekomünikasyon kurumu başkanının büyük ölçüde “yargısal olması gerekli bir süreçte” yer almasını anlamak güçtür. Hem İletişim Başkanının doğrudan kendisine bağlı oluşu ve hem de atanmasında teklifte bulunma yetkisine sahip oluşu, dinleme faaliyetlerinde yargısal, hukuki ve istihbarat görevleriyle ilgili hiçbir yetki, görev ve sorumluluğu olmayan bir makamın bu yetkilerle teçhiz edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, Telekomünikasyon Kurumu Başkanı, Telekomünikasyon İletişim Başkanı olarak bir savcıcı Başbakanlığa önermiştir.⁷⁶ Bunun yerine söz konusu işlevi yerine getirecek birimin “yargısal süreç” içinde yer alan bir birime, örneğin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı olmasının hukuk devletinin gereklerine daha uygun olacağı ortadadır.

Bir başka eksik husus, Başkanlığın faaliyetlerinin kurum içi ve dışı denetimlerinin ne şekilde olacağı hususunun Kanunda düzenlenmemiş olmasıdır. Burada da oluşturulacak bir denetleme birimi tarafından gerekli denetimin yapılarak, başkanlık faaliyetlerinin takip ve kontrolü sağlanabilecektir. Ancak bu hususun 10.11.2005 tarihli “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*”te düzenlendiği görülmektedir. Bu yönetmeliğin 24.maddesine göre, Başkanlığın faaliyetlerinin Başbakan’ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından denetleneceği esasa bağlanmıştır.⁷⁷ Ancak bunun özel bir görevlendirme olduğu, rutin ve olağan bir

⁷⁶ Telekomünikasyon Kurumu Resmi İnternet Sayfası
<http://www.tk.gov.tr/Kurum_Hakkında/Tarihce.htm>

⁷⁷ **Madde 24-** Başkanlığın Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle ilgili denetimi, Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Emniyet Genel Müdürlüğü’nün Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Jandarma Genel Komutanlığının Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimi; sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

denetim mekanizmasının yönetmelikle de sağlanmadığı görülmektedir. Öngörülen denetim mekanizmasının harekete geçmesi ancak başbakanın herhangi bir şekilde buna ihtiyaç duyması ile olabilecektir. Burada, idari-siyasi nitelik taşımayan ve olağan bir denetim sürecinin oluşturulması hukuka daha uygun olacaktır.

B. Kurumsal Anlamda İstihbarat

1. Dışişleri Bakanlığı

Dışişleri bakanlığının görev ve yetkileri 4009 sayılı “Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir⁷⁸. Yasa metninde Dışişleri Bakanlığı’na verilmiş “özel” bir istihbarat yetki ve görevi bulunmamaktadır. Ancak, 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 2.maddesinin (e) fıkrası gereği, “Diğer bakanlık ve kuruluşların dış politikayı etkileyen faaliyet ve temaslarının devletin dış politikasına uygunluğunu sağlamak, bu kuruluşların uluslar arası kuruluşlar ve yabancı kamu ve özel kuruluşlarıyla kendi görev alanlarına giren temaslarının koordinasyonunu sağlamak ve bunlara katılmak” görevi Dışişleri Bakanlığınca verilmiş bir görevdir. Bu bağlamda yurtdışında yapılacak istihbarat faaliyetlerinin veya dış politikayı etkileyecek istihbarat faaliyetlerinin Dış İşleri Bakanlığının kontrolünde olması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir.

⁷⁸ Kanun Numarası: 4009 Kabul Tarihi: 24/06/1994 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 06/07/1994 Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 21982

2. İçişleri Bakanlığı

3152 Sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1.maddesinde, kanunun amacı, "yurdun iç güvenliğinin ve asayişinin sağlanması, kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması, mülki idare bölümlerinin kurulması, kaldırılması ve düzenlenmesi ile ilgili çalışmaların yapılması, mahalli idarelerin yönlendirilmesi, kaçakçılığın men ve takibi, yurt sathında sivil savunma, nüfus ve vatandaşlık hizmetlerinin yürütülmesi için İçişleri Bakanlığı'nın kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemek" olarak belirlenmiştir.⁷⁹ Buradan da anlaşılacağı üzere iç güvenliğin ve asayişin sağlanmasından İçişleri Bakanlığı sorumludur. Bu görevleri Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşları vasıtasıyla yerine getirmekle birlikte⁸⁰, genel olarak asayiş ve güvenlikten sorumlu bir bakanlığın görevini yapmasını sağlayacak kendine doğrudan bağlı müstakil bir istihbarat birimine ihtiyaç duyması da son derece doğaldır. Nitekim İçişleri Bakanlığı'nın birimleri arasında "Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı" da bulunmaktadır.

⁷⁹ Kanun Numarası : 3152 Kabul Tarihi : 14/2/1985 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih : 23/2/1985 Sayı : 18675 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 24 Sayfa : 239

⁸⁰ 3152 Sayılı Kanunda, İçişleri Bakanlığı'nın görevleri olarak şunlar belirlenmiştir:"Madde 2 – İçişleri Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak,

b) Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak,

c) Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek,

d) Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak,

e) Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek,

f) Yurdun iç politikasına, il ve ilçelerin genel ve özel durumları ile ilgili değerlendirmeler yapmak ve Bakanlar Kuruluna tekliflerde bulunmak,

g) Ülkenin idari bölümlere ayrılması, il ve ilçelerin genel idarelerini, mahalli idareleri ve bunların merkezi idare ile olan alakası ve münasebetlerini düzenlemek,

h) Yurt sathında sivil savunma hizmetlerini yürütmek ve koordinasyonu sağlamak,

i) Nüfus ve vatandaşlık hizmetlerini yürütmek,

j) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak."

3. Genelkurmay Başkanlığı ve TSK

Ulusal güvenliğin temel taşı olan Silahlı Kuvvetler, devletin bekası⁸¹, milli hedeflerini⁸² ve milli güvenliğini⁸³ sağlayabilmek için kullanacağı milli güç unsurlarının⁸⁴ temelini teşkil eder. Devletin milli güvenlik sistemi içinde çok önemli bir yer tutan silahlı kuvvetlerin işlevini yerine getirebilmesi için “istihbarat” faaliyetlerini de yürütmesi gerekecektir. Nitekim 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Dair Kanununda⁸⁵ Genelkurmay Başkanının, “barışta ve savaşta Silahlı Kuvvetlerin Komutanı” olduğu ifade edildikten sonra m.2 de Genelkurmay Başkanının görevi belirlenmiştir. Buna göre, “Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasında; personel, istihbarat, hareket, teşkilat, eğitim, öğretim ve lojistik hizmetlerine ait ilke ve öncelikler ile ana programlarını tespit eder, ... İstihbarat, hareket, teşkilat, eğitim, öğretim ve tedarik dışındaki lojistik hizmetlerin Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşlar ile uygulanmasını sağlar.” Buradan da anlaşılacağı üzere “istihbarat” silahlı kuvvetlerin görevini yerine getirmesinde ana girdilerden birisidir. Bu nedenle silahlı kuvvetler ülke güvenliği ile ilgili kendisine verilen görevi⁸⁶ yerine getirebilmek için ihtiyaç duyacağı istihbaratı da -doğal olarak- yapacaktır. Ancak Silahlı Kuvvetlerin

⁸¹ **Beka**, Bir devletin toprak bütünlüğünü, ahdi hukukunu ve anayasal düzenini iç ve dış tehditlere karşı koruması suretiyle hayatîyetini devam ettirmesidir.

⁸² **Milli Hedef**, Elde edilmesi halinde milli menfaatlere ulaşmayı sağlayan sonuçlardır.

⁸³ **Milli Güvenlik**; Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasıdır.

⁸⁴ **Milli güç**, “Bir devletin milli menfaatlerini sağlamak ve milli hedeflerini elde etmek için kullanabileceği ekonomik, askeri, siyasi, insan gücü, coğrafi, sosyo-kültürel, psiko-sosyal ve bilimsel-teknolojik gibi güçlerden oluşan maddi ve manevi unsurların toplamı” olarak tanımlanmaktadır.

⁸⁵ Kanun Numarası : 1324 Kabul Tarihi : 31/7/1970 Yayımlandığı R. Gazete : Tarih : 7/8/1970 Sayı : 13572 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 9 Sayfa : 2751

⁸⁶ 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Madde 35’de Silahlı Kuvvetlerin vazifesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır.”

Benzer ifadeler ABD askerlerinin yemin metninde yer alır:

“I, do solemnly swear (or affirm) that I will support and defend the Constitution of the United States against all enemies, foreign and domestic....” (Ben, iç ve dış bütün düşmanlara karşı ABD Anayasası’nı koruyacağıma ve kollayacağıma bütün kalbimle yemin ederim...); nakleden, Özdemir İnce, Hürriyet Gazetesi 16 Ekim 2005

yürüteceği istihbarat faaliyetlerinin içeriği, çerçevesi, sınırları vb. konularının düzenlendiği bir “yasa” metni bulunmamaktadır.

Silahlı Kuvvetlerin görevini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu istihbaratı üretebilmesi özel hayta müdahaleyi gerektiriyorsa bunun yasa ile açıkça düzenlenmesi ve ilgili birimlerin yetkilendirilmesi gerekecektir. Bu arada diğer ülkelerde silahlı kuvvetlerin istihbarat faaliyetlerinin yasa ile düzenlendiğini de görmek mümkündür. Örneğin Almanya’da 13 Ağustos 1968 tarihli “Mektup, Posta ve Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesine Dair Kanun” (G-10 Gesetz) un 1. maddesine göre “Federal Almanya’nın özgürlükçü demokratik temel düzenini tehdit eden tehlikeleri önlemek veya devletin güvenliğini sağlamak amacıyla, Alman Anayasasını Koruma Teşkilatı, Alman Ordusu Güvenlik Birimi ve Alman Gizli Haber Alma Teşkilatı kişilerin özel haberleşmesini denetleyebilecektir.”⁸⁷ Buradan da görüleceği üzere alman ordusuna kişilerin özel haberleşmesine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı oluşturulmuştur.

⁸⁷ **Sözür**, Adem, “Türkiyede ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Faks ve Faks Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFİM, Türkan Rado Armağanı, C.LV, S.3, 1993, s.255-271

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİHBARAT FAALİYETLERİ VE ÖZEL HAYATA MÜDAHALE

1. ÖZEL HAYATA MÜDAHALE BAKIMINDAN İSTİHBARAT FAALİYETLERİ

I. Genel Olarak

İstihbarat kavramının genişliğine ve bu kapsamda yürütülen faaliyetlerin çeşitliliğine önceki bölümlerde değinilmişti. Yürütülen her türlü istihbarat faaliyeti mutlaka “özel hayata”, “temel hak ve özgürlüklere” müdahale sonucunu getirmeyecektir. Teknik bakımdan “istihbarat” olarak değerlendirilen, pek çok faaliyet her gün, her an -günlük hayatın olağan seyri içinde- gördüğümüz ve fakat farkında olmadığımız pek çok kişi ve olay, konunun uzmanları için bir istihbarat malzemesidir. Ama bazı kaynaklara ulaşabilmek için gizli ve özel bir takım faaliyetler yürütmek gerekir.

II. Özel Hayat Müdahale Gerektirmeyen İstihbarat Faaliyetleri

A. Genel Olarak

İstihbarat yapmakla görevlendirilmiş birimler görevlerini yerine getirirken çoğu zaman gizli, örtülü kapaklı olarak faaliyet göstermezler. Örneğin, bir şahıs hakkında yapılacak araştırmalar kapsamında işe sabıka kaydının ilgi mercilerden araştırılmasıyla başlanması bunun bir örneğidir. Herhangi bir işe girerken istenen “sabıka kaydı” da aynı türden bilgileri içerir.

Bazı yasal düzenlemeler de bir takım kişisel bilgi ve verilerin açık sayılabilecek bir ortamda bulundurulmasına yol açabilmektedir. Örneğin, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu, kimlik bilgilerinin, belirli merkezlerde

toplanmasına ve buradan istenildiğinde ulaşılabilmesine imkan sağlamaktadır.⁸⁸

Benzer durum tapu kayıtlarının incelenmesi, nüfus-aile kayıtlarının çıkarılması da aynı sonuçları doğuracaktır.

Bu gibi durumlarda, yürütölen faaliyetlerin temel hak ve özgürlöklere ve bu arada özel hayata müdahale de çok sınırlı olmakta veya hiç olmamaktadır.

B. Açık Kaynaklardan Elde Edilen Bilgi Belge ve Haberler

İstihbarat terminolojisinde açık kaynak, herkes tarafından bir şekilde ulaşılabilen, gündelik hayatın içinde her an görölebilen bilgi ve haberlerdir. Bunlar bir gazete, dergi, televizyon, radyo haberi olabileceği gibi herkesin gözü önünde meydana gelmiş bir olay da olabilir. İşte bütün bu haber ve bilgilerin istihbarat tekniği bakımından bir takım işleme tabi tutulup, bunların istihbarat dönüştürölmeleri ile kullanıcılara hazır bir ürün ortaya çıkmaktadır.

C. Belli Şartlar Altında ve Münhasıran Ulaşılabilen Bilgi ve Belgeler

Bu tür bilgi ve belgeler aslında belirli ortamlarda çeşitli şekillerde bulunan bilgi ve belgelerdir. Örneğin tapu kayıtları, nüfus ve vergi kayıtları bu kapsamda değerlendirilebilecek bilgi ve belgeleri içerir. Bu bilgi ve belgeler bir yerde muhafaza edilir, ancak bunlara belirli şartlarda ve belirli şahıslarca ulaşılabilir. Şahıslar kendileriyle ilgi bu tür bilgilerin ve kayıtların tutulduğunu bilirler. Fakat bu kayıtlara ulaşmak her isteyen için mümkün değildir. Bu kapsamdaki bilgi ve belgeler açık kaynak olarak ifade edilen kaynaktakiler kadar aleni ve ulaşılması kolay değildir. Ancak tamamen de kapalı ve gizli değildir. İstihbarat birimleri bunlara doğrudan veya dolaylı olarak ulaşabilirler. Söz konusu bilgi ve belgelere ulaşmak için gizli yöntemlerin kullanılmasına gerek yoktur.

⁸⁸ Kanun Numarası : 1774 Kabul Tarihi : 26/6/1973 Yayımlandığı R.Gazete: Tarih : 1/7/1973 Sayı : 14591 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 12 Sayfa : 2547

III. Özel Hayata Müdahale Gerektiren İstihbarat Faaliyetleri

A. Genel Özellikleri

İster kolluk maksatlı olsun ister ulusal güvenlik amaçlı olsun özel hayata müdahaleyi gerektiren istihbarat faaliyetlerinin ilk temel özelliği bu faaliyetlerin mutlaka gizli olarak yürütülmesidir. Hatta, ceza muhakemesi kapsamında ve bir soruşturma tedbiri olarak uygulanan bu kapsamdaki uygulamalar “gizli soruşturma tedbirleri” olarak adlandırılmaktadır.

Bu tür faaliyetler teknik donanım ve konusunda uzman personel gerektirir.

Kolluk veya ulusal güvenlik maksatlarından hangi maksatla yapılırsa yapılsın uygulama yöntemleri hemen hemen birbirine benzemektedir. Ancak, yöntemlerin teknik olarak uygulanması birbirine benzemekle birlikte uygulanacak usul ve esaslar tamamen farklıdır.

Kolluk amacıyla yapılan faaliyetler mutlaka suç veya muhtemel suçla irtibatlı kişi ve olaylara yönelik olarak yapılırlar. Bu yüzden de mutlaka “ceza muhakemesi” sürecinin içinde yer alan usul ve esaslar çerçevesinde ve ceza muhakeme mevzuatı kapsamında yürütülmek zorundadır.

Burada biz teknik olarak gizli istihbarat faaliyetlerini incelerken, yapılan faaliyetin adlandırılmasını veya teknik tasnifini dikkate alarak inceleyecek, fakat uygulanacak usul ve esasları ise amaca, uygulayacak birime göre farklılık gösteren uygulama esaslarına ise ayrıca değinilecektir.

Adına ister gizli soruşturma tedbirleri densin, ister gizli istihbarat faaliyetleri densin, kullanılan belli başlı yöntemler; gizli izleme, iletişimin kontrolü-dinlenmesi ve gizli görevli kullanma; ya da bunların çeşitli kombinasyonlarıdır.

Kolluk–ceza usul tedbiri olarak yürütülen faaliyetlerle ilgili millî güvenlik amaçlı yürütülen faaliyetlerde teknik olarak uygulama yöntemleri aynı olmakla birlikte, başlangıcından sonuç elde edilinceye kadar ve nihayet elde edilen “ürün”e yapılacak işlem ve bunun doğuracağı hukuki sonuç birbirinden çok farklıdır. Örneğin, Her iki alanda, tedbirin hukuka aykırılığı durumunda başvurulacak hukuki çareler birbirinden önemli ölçüde farklı olduğu gibi, kolluğun savcılığın emri altında olup olmaması bakımından da ayırım önem taşımaktadır. Nitekim, CMK’da kamu görevlilerinin adli görevlerinin ihmal ve kötüye kullanımında, cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılacağı hususu yer almaktadır. Madde 160/5 de, “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.*” Başka bir anlatımla kolluğun suçu, önleme veya ceza koğuşturması görevini yerine getirirken işlemiş olması, bu suçtan dolayı hangi muhakeme kurallarının uygulanacağını belirlemek açısından da önem taşımaktadır.⁸⁹

Kolluğun önleyici faaliyetleri, hukuki değerlerin ihlalini engellemeye hizmet ederken; ceza koğuşturması, faaliyeti, devletin ceza verme yetkisinin gerçekleşmesini sağlar ve bu nedenle de zaten ortaya çıkmış olan hukuki değere yönelik ihlale bir tepkidir. Ceza koğuşturması ve önleme faaliyetlerinin bazı durumlarda çakışması, suçun bir hukuki değer için aynı zamanda tehlike doğurmasından ileri gelir. Bunun için başvuru işlemler aynı da olsa, amaç birbirinden tamamen farklıdır.⁹⁰

Ancak her iki amaç için yapılan istihbarat faaliyetleri çoğu kez birleşmektedir. Bunu, en belirgin olarak organize suçlulukla mücadele ve iç güvenlik amaçlı istihbarat faaliyetlerinde görmekteyiz. Burada, devletin ulusal güvenliği söz konusu olduğu için “istihbarat birimler” tarafından; bir suç oluştuğu

⁸⁹ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 305

⁹⁰ **Erdem**, s. 305

için ceza muhakemesi tedbiri olarak “kolluk birimleri” tarafından ve yine önleyici maksatlı olarak istihbarat veya kolluk birimleri tarafından “istihbarat faaliyetleri” yürütülecektir. Aynı birim tarafından ama farklı amaçlarla yapılan istihbarat faaliyetleri ile farklı birimlerin istihbarat faaliyetleri çakışabilecektir.

B. Kolluk-Ceza Muhakeme Hukuku Kapsamında Gizli Tedbirlere Müracaat

Bir suçun işlenip işlenmediği; işlenmişse, bunun kim tarafından işlenmiş olduğu ve müeyyidesinin ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla, kural olarak, CMK'ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete ceza muhakemesi, bununla ilgilenen hukuk dalına da Ceza Muhakemesi Hukuku denir.

Ceza Muhakemesi Hukuku konusunda terim birliği yoktur. Örneğin bazı yazarlar Ceza Yargılama Hukuku hatta bazıları da Soruşturma Hukuku başlığını kullanabilmektedir.

Ceza muhakemesinin amacı, maddî gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu yapılırken insanlık onuru, hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulacaktır. Maddî gerçek, her ne pahasına olursa olsun araştırılıp bulunmalıdır diye bir ilke hiçbir hukuk devletinde yoktur. Bu nedenle, ceza muhakemesinin amacı insan hakları ihlallerine yol açmadan maddî gerçeğin araştırılıp bulunması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukukî barışın sağlanmasıdır.⁹¹

Ceza muhakemesinin yürüyüşünü veya verilmiş hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla hukuken öngörülmüş tedbirlere doktrin ve uygulamada, “usul tedbirleri”, “ceza yargılaması önlemleri”, “zorlayıcı tedbir”, ve “koruma tedbiri” gibi çeşitli terimler kullanılmaktadır.

⁹¹ Öztürk, “Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/113.doc>> (Erişim Tarihi: 5/11/2005)

Bu kapsamda uygulanacak tedbirlerin başlangıç noktasını bir suç veya suç şüphesi teşkil eder. Tamamen adli bir süreçtir. Bu nedenle adli mercilerin inisiyatifleri ile yürütülür. Uygulanmaları ile ilgili kararlar için yargısal bir sürecin başlatılması gerekir. Bu faaliyetler sonucu elde edilen veriler ceza muhakemesi sürecinin bir “girdisini” oluşturacaktır.

İster önleme amaçlı yapılsın ister ceza muhakeme tedbiri kapsamında yapılsın kolluk tarafından yapılan istihbarat faaliyetlerinin genel emniyet ve asayiş çerçevesinde “konusu”nu vatandaşlar ve iç olaylar teşkil eder.

Ceza muhakemesinde Soruşturma: *“Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”* ifade etmektedir.⁹² Bu madde anlamında soruşturma, kamu davası açmak veya açmamak konusunda savcılığın bir karar verebilmesi için bilgi toplaması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan soruşturma yerine, bilgi toplamadan söz edilmesinde bir sakınca yoktur. Yapılan soruşturmanın gizli olması ile ise, bilgi toplamanın özel bir biçimi anlatılmak istenir. Buradaki anlamda gizli deyim, açık deyimden karşıtıdır. Buna göre gizli soruşturma, gizli yollarla bilgi elde etmeye yönelik faaliyetleri içermektedir. Bu tür faaliyetlerin amacı, yapılan işlemlerin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle, muhatap kişiden bilgi elde edilmesini sağlamaktır.⁹³

Ceza muhakemesinde soruşturma organları⁹⁴, amaca ulaşabilmek için değişik yöntemlerden yararlanabilmektedir. Elbette ki, söz konusu tedbirlerin, yalnızca gizli olduğu biçimindeki bir nitelendirme, bu tedbirlerin özelliklerini bütünüyle ortaya koyamamaktadır. Burada deyim yerinde ise, istihbarat

⁹² CMK madde 2/1(e)

⁹³ **Erdem**, s.15

⁹⁴ CMK 162. madde gerekçesine göre, “soruşturmanın Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılması ve kolluğun yardımından yararlanılması esastır. Ancak soruşturma işlemleri kişi özgürlüklerine ve özel hayata müdahaleyi gerektirdiğinde hâkime başvurulması esastır. Cumhuriyet savcısı bir araştırma işleminin hâkim tarafından yapılmasının zorunlu olduğunu da takdir edebilir. Sorgu hâkimi bulunmayan sistemlerde bu husus zorunluluk da arz edebilir. Cumhuriyet savcısı ancak hâkim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemine gerek görürse, bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine başvuracaktır. Böyle bir hâlde hâkim önce istenen işlemin kanuna uygun olup olmadığını inceleyecektir; uygun ise olumlu kararı vermekle beraber gereğini yerine getirecektir. Böylece madde soruşturma işlemlerinde hâkim kararına bağlı olanların ne suretle yerine getirilebileceğini saptamış bulunmaktadır.”

kurumları için klasik olan yöntemlerden ceza koğuşturması amacıyla yararlanılması söz konusudur.⁹⁵

C. Milli Güvenlik Amaçlı İstihbarat Faaliyetleri Kapsamında Gizli Tedbirlere Müracaat

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nda, Milli Güvenlik, "*devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletler arası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*" olarak tanımlanmaktadır.⁹⁶ Milli güvenlik, geniş kapsamlı bir kavram olduğu gibi bu amaçla yapılan bütün faaliyetler de geniş kapsamlıdır. Bu nedenle milli güvenlik amaçlı yapılan istihbaratın kapsamı çok daha geniştir.

Bu kapsamda yapılacak istihbarat faaliyetleri için devletin bu maksatla görevlendirdiği özel istihbarat birimleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, istihbarat faaliyetlerinin "konusu"nun da bu birimler belirlemektedir. Adli bir süreç olabilir de ama çoğunlukla olmayabilir de. Bu faaliyetler neticesinde bazen yargısal bir sonuç (casusluk vb.gibi), bazen siyasi bir sonuç, bazen diplomatik bir sonuç (persona non grata)⁹⁷, bazen de askeri bir sonuç çıkabilir.

Milli güvenlik amaçlı istihbarat faaliyetlerinin konusunu, milli güvenliğin sağlanması çerçevesinde dış ya da iç "tehdit veya tehlikeler" meydana getirir.

⁹⁵ Cumhuriyet Savcısının soruşturma yaparken yararlanacağı adli kolluk, CMK m 164. de şu şekilde tanımlanmıştır: "(1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.

(3) Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir."

⁹⁶ Kanun Numarası: 2945, Kabul Tarihi:9/11/1983, Resmi Gazete Tarihi:11/11/1983, Sayı:18218

⁹⁷ Ülkelerin istihbarat servisleri elemanları, diğer ülkelerdeki faaliyetlerini bazen, "diplomatik" bir görevli kimliği ile yürütmektedirler. Buldukları ülkede yaptıkları faaliyetler "diplomatik" ilişkiler çerçevesini zorlamakta ve hatta aşmaktadır. Bu durumda kabul eden devlet, rahatsız olmakta ve söz konusu görevlileri "istenmeyen şahıs" (persona non grata) ilan edebilmektedir.

2. ÖZEL HAYATA MÜDAHALENİN HUKUKSAL ZEMİNİ

I. Genel Olarak

İstihbarat amaçlı faaliyetlerin, temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturdukları, bir gerçektir. Gizli yürütülmeleri bakımından bireysel anlamda hak arama veya uğranılan zararların telafisi bağlamında sınırlı bir çerçevede içinde kalınması nedeniyle, bu faaliyetlerle ilgili düzenlemelerin son derece dikkatli yapılması gerekir. Her şeyden önce temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesini haklı kılacak veya en azından, elde edilecek faydanın ortaya çıkacak zarardan daha fazla olmasını sağlayacak koşulların bulunması gerekecektir. Bunun için, temel hak ve özgürlüklere son derece ağır bir müdahale gerektiren istihbarat faaliyetlerinin yasal dayanakları ve çerçevesi düzenlenirken, devletin istihbarat faaliyetlerinden beklediği faydayı sağlayacak bu arada meydana getireceği zararı da en aza indirecek şekilde hareket edilmelidir.

Çalışmamızın bu bölümünde, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri de dikkate alarak istihbarat faaliyetlerinin hangi koşullara bağlı olarak uygulanacağını ortaya koyacağız.

Daha önceki bölümlerde de değinildiği üzere, bizim bu çalışmada istihbarat faaliyeti olarak anladığımız, kamu gücü kullanılarak, bu maksatla kurulmuş ve görevlendirilmiş birimlerce ve kamu görevlilerince ifa edilen, gizli yürütülen ve özel hayata müdahaleyi gerektiren faaliyetlerdir.

Bu kapsamdaki faaliyetler, yapıldıkları amaca ve yapan birime göre farklı, farklı adlandırılabilirler, “özel hayata müdahale” bakımından aynı sonucu doğurmaktadırlar. Bunları ister ceza muhakemesi kapsamında “gizli soruşturma tedbiri” olarak adlandıralım, ister ulusal güvenlik kapsamında yapılan “istihbarat” olarak adlandıralım ve isterse kolluk faaliyetleri içerisinde “önleme amaçlı istihbarat” olarak adlandıralım, kişiler üzerinde doğurduğu sonuç aynıdır. Örneğin, “telefon dinlemesi”ne muhatap olmuş bir kişi için, dinleme sürecinin, kişi üzerinde özel hayatına müdahale olarak doğuracağı sonuç bakımından, dinlemenin ne maksatla yapıldığının hiçbir önemi yoktur.

Bu bilgiler ışığında, -kim tarafından ve ne maksatla yapıldığı göz ardı edilmek üzere- özel hayata müdahale gerektiren istihbarat faaliyetlerinin ortaya çıkabileceği başlıca şekilleri “**telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin izlenmesi**”, “**gizli izleme ve teknik takip**” ve “**gizli görevli kullanma**” ile bunların değişik görünüşleri ve kombinasyonlarından ibaret olduğu söylenebilir.

İstihbarat faaliyetlerinin yapıldığı maksat ve yapan birim de belirleyici olmakla birlikte bu kapsamda yürütülen bütün faaliyetler için hem karşılaştırmalı hukukta ve hem de milli hukukumuzda “özel” usul ve esaslar konulmuştur.

II. Özel Hayata Müdahale Gerektiren Faaliyetlerin Biçimsel(Şekli) Koşulları

A. Karar Verme Yetkisi

İstihbarat faaliyetleri, en başta gizli olarak yürütüldükleri ve diğer münhasır özellikleri gereği, temel hak ve özgürlüklere ve özellikle de “özel hayata” ağır bir müdahale oluşturmaları nedeniyle, bu tedbirlere karar verme yetkisi de “özel” bir organa bırakılmıştır. Aslında burada, amaç ve organa göre bir ayırım yapmak gerekecektir. Ceza muhakemesi tedbiri olarak yürütülecek gizli tedbirler ile önleyici ya da ulusal güvenlik amaçlı istihbarat faaliyetleri kapsamında yürütülecek gizli faaliyetlere karar verme yetkisinin farklı organlarda olduğu görülmektedir.

Ceza muhakemesi kapsamında yapılacak gizli faaliyetler, ceza muhakemesini düzenleyen yasalarda yer almıştır ve bu yasalarda karar vermeye yetkili organlar da belirlenmiştir. Tedbirin ağırlığı karşısında karar verme yetkisi gerek karşılaştırmalı hukukta ve gerekse milli hukukumuzda prensip olarak “hakim”e verilmiştir. Gecikmesinde sakınca olan haller gibi istisnai durumlarda bu yetki, başka birimlere örneğin savcıya bırakılmış olmakla birlikte, bu durumda da kararın en kısa sürede hakim onayına sunulması şartı getirilmiştir.⁹⁸

⁹⁸ Geniş bilgi için Bkz. **Erdem**, s.334 vd.

Ulusal güvenlik amaçlı yapılacak İstihbarat faaliyetlerinde ise konunun bir adli işlem olmaması sebebiyle adli mercile dışında da gizli faaliyetlerin yürütülmesine karar verilebildiği görülmektedir. Ne var ki özellikle karşılaştırmalı hukuk bakımından konuyu incelemek son derece zor gözükmemektedir. Zira, bu tür faaliyetler çoğunlukla bir çerçeve veya dayanak yasa kapsamında genel hatlarıyla düzenlenmekte ve ayrıntıları gizli düzenleyici işlemlerle düzenlenmektedir. Aslında hukuk ve insan hakları normlarının getirdiği temel ilke, özel hayata, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ancak yasa ile belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde olması gerektiği yönündedir.⁹⁹

Burada ülkemiz açısından ortaya çıkan yeni bir durumu da belirtmek gerekir. 4422 sayılı ÇASÖMK da, iletişimin tespiti ve denetlenmesi ile ilgili taleplerin, öncelikle ilgili DGM savcısı tarafından “gerekli koşulların varlığı saptandıktan sonra” hakime başvurulacağı hususu yer almıştır.¹⁰⁰ Öyle ki Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, kolluk tarafından doğrudan hakimden talepte bulunulamayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu karara göre, “iletişimin dinlenmesi veya tespiti” ile ilgili olarak hakim kararı alınıp alınmamasının değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcısına ait bir yetki ve görevdir. Kollukça Cumhuriyet Savcısından bu konuda bir istemde bulunulduğunda, Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda iletişimin dinlenmesi ve tespitine gerek duyulduğunda hakimden karar istenecektir”.¹⁰¹

⁹⁹ Örneğin, Anayasa m.13 Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlandırılması; AİHS m. 8 Özel Hayatın Korunması Hakkı. AİHM’nin kararları, “gizli mevzuat” şeklindeki düzenlemelerle özel hayata müdahale edilemeyeceği yönündedir. Bkz. Andersson/İsveç (25.02.1992) kararı.

¹⁰⁰ 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (mülga) Madde 8: “İletişimin dinlenmesi veya tespiti hakkındaki talep, Kanunun 2 nci maddesindeki koşulların varlığı halinde kolluk tarafından bu Yönetmeliğin 9ncü maddesine göre düzenlenir ve yazılı olarak yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısına iletilir. Bu talep yerel Cumhuriyet savcısına da, yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcısına göndermesi için yapılabilir. Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcısı gerekli koşulların varlığını saptadığında, ilgili Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimine, gerekli kararı vermesi için başvurur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da dinleme veya tespiti karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısınca verilen bu kararlar 24 saat içinde mutlaka hakime karar vermesi için sunulur. Bu sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir, Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur.”

¹⁰¹ Yargıtay 8. CD. Esas No:2000/27613 Karar No:2000/21500 Tarih:21.12.2000, YKD, Ağustos 2001

5271 sayılı CMK ise bu konuda bir sınırlama olmadığından kolluk tarafından doğrudan hakimden talepte bulunulabileceği düşünülmektedir.

B. Kararın Şekil ve İçeriği

Karşılaştırmalı hukuk ve ulusal hukukta kararın şekil ve içeriğine bakıldığında, belli ölçüde bir standartlığın sağlandığı görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, kararın yazılı olarak verilmesi ve kararda, kendisine suç isnat edilen sanığın adı ve adresine ve tedbire başvurma nedenine ilişkin yeterli bilgi verilmesi aranmaktadır. Ayrıca Alman Ceza Usul Kanununa göre, tedbirin türü, kapsamı ve süresi de somut olarak belirlenmeli ve olabildiğince sınırlandırılmalıdır. Bundan başka özellikle uzakla haberleşmenin denetlenmesi ve teknik araç kullanma tedbirlerinde yalnızca gizli dinlemenin mi söz konusu olacağı; yoksa ayrıca kayıt da yapılıp yapılmayacağı yeterli bir biçimde belirlenmelidir.¹⁰² Almanya'da olduğu gibi, diğer ülkelerde de, tedbire ilişkin kararın, yazılı olması aranmaktadır. Kararın içeriği ve biçimi bakımından aranan koşullar da aynıdır; ilgilinin kimliği, tedbirin süresi, kapsamı, türü ve nedeni tam olarak gösterilmelidir.

Ülkemizde de karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere paralel olarak kararda bulunacak hususlar CMK m 135 de belirlenmiştir. CMK m.135/3 e göre, “Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.”

İletişimin denetimine yönelik kararın mutlaka somut ve münhasır bir olaya yönelmiş olması gerektiğini de vurgulamak gerekir. Ülkemiz açısından önem taşıyan boyutu bir skandal olarak gündeme gelen, genel bir dinleme iznine dayanarak pek çok telefonun dinlemeye alınmış olmasıdır.¹⁰³ 4422 sayılı

¹⁰² Erdem, s. 340

¹⁰³ Konu, kamuoyu gündemini de meşgul etmiş, yazılı ve görsel basında geniş şekilde yer bulmuştur. Örneğin, bir gazetede çıkan haber şu şekildedir: “...MİT Müsteşarı, soru önergesine verdiği yanıtta, telefonların, Milli Güvenlik İstihbaratının oluşturulması görevini yerine getirmek için Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen kararla izlendiğini belirtirken, kurumun aynı

ÇASÖMK çerçevesinde Mahkemelerce verilen genel içerikli yetkiler de dikkat çekicidir. Nitekim Ankara 2 nolu DGM Yedek Hakimliğince İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine verdiği her türlü haberleşmenin denetlenmesine olanak sağlayan 30.12.1994 tarihli kararı şöyledir: *“Anayasanın 143. maddesi gereğince devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, hür demokretik düzeni ve nitelikleri anayasada belirtilen cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli kılınan DGM'lerin 01.05.1984 tarihinden bu yana görevlerini icra ettiği, emniyet genel müdürlüğünün anayasal devlet düzenini korumak ve kollamakla ve bu düzen aleyhine terörist faaliyetlerle organize suç ve uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadele... Organize suç örgütleriyle mücadele... bakımından telefon santral ve detay bantlarının PTT ve özel telefon şirketlerinden alınıp incelenmesi... bakımından emniyet genel müdürlüğüne müsaade olunmasına karar verildi.*¹⁰⁴ Benzer şekilde Ankara DGM Yedek Hakimliğinin 20 Ocak 1995 tarihinde verdiği karar da aynı paraleldedir.¹⁰⁵ Daha sonra, emniyet genel müdürlüğünce vaki olan aynı yöndeki talep üzerine DGM C.savcılığınca 1995 tarihli kararın süreklilik arzettiğinden bahisle ayrıca bir karara gerek olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir.¹⁰⁶ Ancak daha sonra 10 Nisan 1997 de kurul halinde verdiği kararda bu uygulamadan dönülmüştür. Bu kararda özet olarak, dinleme taleplerinin “somut olay”a dayanılarak istenilmesi gerektiği, genel bir yetki verildiğinde vatandaşların tüm telefon görüşmelerinin hakim kararına gerek kalmadan istenildiği gibi dinlenebileceği ve kayda alınabileceği; bu tür dinlemelerin denetlenemeyeceği ve keyfi uygulamalara yol açabileceği; bu tür dinlemelerin vatandaşların haberleşme özgürlüğünü telafisi olmayacak şekilde tahrip edebileceği; bu yöndeki Mahkeme kararlarının anayasa değişikliği ile

yöndeki talebini hukuki bulmayıp reddeden Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi kararına değinmedi. MİT ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün, nisan ve mayısta Türkiye genelinde cep telefonları, sabit telefonlarla gerçekleştirilen görüşmeler, internet haberleşmelerinin dökümünü almak için 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nden talepte bulunduğu ortaya çıkmıştı. Mahkeme mayısta gelen talebi, hukuki bulmayarak reddetmişti. Ancak her iki kurumun daha sonra Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurarak istedikleri biçimde izin aldıkları belirlenmişti...” Milliyet 1/9/2005

¹⁰⁴ **Bildirici**, Faruk, Gizli Kulaklar Ülkesi, 2.Baskı, İstanbul, 1998, s. 337 vd.

¹⁰⁵ **Bildirici**, 340 vd.

¹⁰⁶ **Erdem**, Mustafa, R./**Özbek**, Veli Ö, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, DEÜ Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 267 vd.

verilmesi mümkün olmayan genel bir yetkinin kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁷

Kamuoyu gündemine gelen telefon dinlemesi olayı ile ilgili olarak mecliste verilen soru önergesine, verilen cevapta, “telefonların, milli güvenlik istihbaratının oluşturulması görevini yerine getirmek için Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen kararlar izlendiği belirtilirken, aynı yöndeki talebi hukuki bulmayıp reddeden Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi kararına değinilmemesi dikkat çekicidir.¹⁰⁸

C. Kararın Yerine Getirilmesi

Gizli soruşturma tedbirlerinde diğer soruşturma tedbirlerinde olduğu gibi, öncelikle savcılık ve soruşturmada savcının yardımcısı sıfatı ile kolluk birimleri icracı organlardır. Bu konuda, ülkemizde 5271 sayılı CMK ile 5397 sayılı, bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanunla getirilen düzenlemelerle kararın ne şekilde yerine getirileceği ortaya konulmuştur. CMK m 137/1de “Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi” nin ilgili mercilerden isteyebileceği¹⁰⁹; 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeler ile gerek 5397 sayılı kanunla getirilen düzenlemeler kapsamında ve gerekse CMK 135 kapsamında yapılacak telefon dinlemeleri için tek merkezden yapılma şartı getirilmiştir. Bu maksatla yapılan düzenleme şu şekildedir: “*Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür.*”

¹⁰⁷ **Bildirici** s.347 vd.

¹⁰⁸ MİT ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün, Nisan ve Mayıs'ta Türkiye genelinde cep telefonları ve sabit telefonlarla gerçekleştirilen görüşmeler ile internet haberleşmelerinin dökümünü almak için Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nden talepte bulunduğu ortaya çıkmıştı. Mahkeme Mayıs'ta gelen talebi, hukuki bulmayarak reddetmişti. Ancak her iki kurumun daha sonra Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurarak istedikleri biçimde izin aldıkları belirlenmişti. (Milliyet 1/9/2005)

¹⁰⁹ CMK 137/1 şu şekildedir: “135 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.”

D. Tedbirin Süresi Sona Ermesi Ve Verilerin Yok Edilmesi

Gizli soruşturma tedbirlerinin süresinin tedbirden beklenen faydayı sağlayacak kadar uzun, ve ancak “oranlılık ilkesi” gereği tedbirin sağlayacağı fayda ile meydana getireceği hak ihlali arasında oranı koruyacak şekilde makul bir süre olmalıdır. Bu nedenle gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse milli hukukumuzda gizli tedbirler bir süreye bağlanmıştır. Örneğin Avusturya ceza muhakeme kanunu uyarınca optik ve akustik gözetleme tedbirine, amaca ulaşmak için gerekli olduğu ana kadar ve fakat her halde azami bir ay süreyle karar verilebilir.¹¹⁰ Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere paralel olarak iç hukukumuzda da gizli soruşturma tedbirleri süreye bağlanmıştır. 5271 sayılı CMK ya göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.¹¹¹ Benzer şekilde Teknik araçlarla izleme kararının en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.¹¹² 5397 sayılı kanunla getirilen düzenlemeye göre, “tedbir kararları, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.”¹¹³

Gizli tedbirler sonucu elde edilen belge ve bilgilerin yok edilmesi tartışmalı bir konudur. Her şeyden önce hukuka aykırı olarak elde edilen belge ve bilgilerin yok edilmesi bakımından bir tereddüt yoktur. Muhakeme sürecinde delil olarak kullanılan bilgilerin muhakeme süreci sonunda yok edilmesi gerektiği karşılaştırmalı hukukta benimsenmiştir. Örneğin, İsviçre’de, güvenilir kişi görevlendirme sonucu elde edilen şüpheli olmayan kişilere ilişkin bilgilerin, artık gerekli değilse ve fakat her halde en geç muhakemenin kesin hükümlerle sonuçlanması ile birlikte yok edileceği öngörülmüştür. Yine Avusturya CMUK §149g VI uyarınca, savcının veya sanığın talebi üzerine veya resen ceza

¹¹⁰ Erdem s.345

¹¹¹ CMK m.135/3

¹¹² CMK m.140/3

¹¹³ 5397 SK m.3

muhakemesi için önemli olmayan veya delil olarak kullanılamayacak olan görüntü ve yazılı kayıtlar yok edilir. Avusturya CMUK, bu konuda talepte bulunma hakkını tedbirden etkilenen üçüncü kişilere de tanımıştır.¹¹⁴

CMK ya göre, Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin amaç dışı kullanılmasını önlemek için, tedbirin uygulanmasından sonra, artık gerek duyulmayan ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu elde edilmiş olan bilgilerin yok edilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak karşılaştırmalı hukukta AİHM'nin *Kruslin/Huvig kararının* da etkisiyle *tedbire artık gerek kalmadığı takdirde* elde edilen bilgilerin yok edilmesi yükümlülüğüne yer verilmektedir. Söz gelimi Alman CMK § 100b, ceza koşturması için artık gerekli değilse, tedbire başvurulması sonucu elde edilen bilgilerin *yok edilmesi yükümlülüğü* öngörmektedir. CMK m. 137/3 c. 2'de tedbir uygulanması sonucu elde edilen bilgilerin *savcının denetimi altında* yok edileceği öngörülmüş ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, "*tedbire son verilmesi*" koşuluna bağlanmıştır. Tedbire son verilmesi "*koşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi*" veya "*hakim onayının alınmaması*" koşuluna bağlı tutulmuştur. Bunun dışındaki durumlarda yok etme yükümlülüğünün olmadığı söylenebilir. Örneğin, sanık hakkında açılan kamu davası sonucunda *beraat kararı verilmesi* durumunda yok etme yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı sonucuna varılabilir.¹¹⁵

Hukuk devletinin temel koşulu olan idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine bağlı ve açık olması ilkesi gereği, temel hak ve özgürlüklere ve özellikle özel hayata son derece ağır bir müdahale oluşturan gizli tedbirlerin sonucunun ilgiliye haber verilmesi gerekir. İlgiliye haber verilmesi konusunun karşılaştırmalı hukukta gizli tedbirlerin diğer unsurları gibi düzenlenmediği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Klass ve diğerleri* kararında¹¹⁶, 8.madde ile amaçlanan korumanın sağlanabilmesi için ilgiliye haber verilmesinin önemi vurgulanmıştır. Ancak ilgiliye haber verilmesi, gerek kamu yararı gerekse -bazı ülkelerde bilinçli bir tercihin sonucu olarak- suçların

¹¹⁴ Erdem, s. 348

¹¹⁵ Erdem, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası

<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

¹¹⁶ AİHS *Klass ve Diğerleri Kararı*

aydınlatılmasının etkinliğini tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle bu tür bir yükümlülük öngörülmemiştir.¹¹⁷ Öncelikle tedbire ceza muhakemesi kapsamında müracaat edildiği durumlarda soruşturma dosyasının incelenmesi çerçevesinde tedbirle ilgili kişilerin tedbirin uygulanmasına yönelik bilgilere ulaşabilmesi gerekir. Elbette bu, tedbirden beklenen faydayı bir başka ifade ile soruşturmanın amacını ortadan kaldıracak mahiyette olmamalıdır. Örneğin, Avusturya CMUK § 149g III göre, “savcıya ve sanığa bütün kayıtları inceleme olanağı verilir. Gerektiğinde, Mahkeme, muhakeme için önemli olmayan kayıtların bir bölümünün sanık tarafından incelenmesini engelleyebilir. Ancak kayıtların son soruşturma sırasında kullanılması durumunda bu sınırlama geçerli değildir”.¹¹⁸

Tedbirin sona ermesi ile birlikte elde edilen bilgilerin muhakeme sürecinde, kullanımının tamamlanması ile birlikte, ilgililere haber verilmesi bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca tedbirlerin uygulanması ile ilgili olarak “çeşitli mercilere” rapor verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, İngiltere, Birleşik Amerika, Avusturya ve İsviçre’nin bazı kantonlarında yasal düzenleme ile, genel bir rapor verme yükümlülüğü öngörülmektedir. İngiltere’de bu amaçla oluşturulan komisyon, her yıl tedbirle ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlar, tedbirin önemi, sayısı konusunda bilgi içeren kapsamlı bir rapor hazırlamaktadır. Bu rapor başbakana ve daha sınırlı bir kapsamda parlamentoya sunulmaktadır. İsviçre’nin bazı kantonlarında, tedbirin türü ve sayısı hakkında yıllık rapor verme yükümlülüğü söz konusudur; hatta bazı kantonlarda, yasal bir dayanağı olmamasına rağmen, ayrıca adli mercilerin hesap raporlarında bu tür bilgiler yayınlanmaktadır. Özellikle Birleşik Amerika’da konuya ilişkin kanun, kapsamlı bir haber verme sistemi öngörmektedir; bu her somut olayda karar veren hâkim nezdinde başlamakta; genel savcılığın yıllık raporlarında gösterilmekte ve Mahkeme başkanı tarafından hazırlanan bir rapor ayrıca kongreye sunulmaktadır. Amerika’da bu yöndeki düzenlemelerde dikkati çeken nokta, yalnızca sayı ve raporların içerik olarak mükemmelliği değil, aynı

¹¹⁷ Erdem s.354

¹¹⁸ Erdem s.355

zamanda tedbirlerin muhakeme hukuku bakımından sonucunun kapsamlı bir biçimde analiz edilmesidir.¹¹⁹

Ülkemizde de başta Anayasa olmak üzere hukuk devletinin gereği olarak getirilen hukuki koruma garantisinin gerçekleşebilmesi için tedbirin uygulanmasından sonra ilgiliye haber verilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim CMK'nın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesiyle ilgili bölümlerinde "Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir" ifadesi ile tedbirin yok edilmesinden sonra ilgiliye haber verilmesi yükümlülüğünün getirilmesidir. Burada dikkat çekici husus, yalnızca kayıtların yok edilmesi halinde, yani "kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde," ilgiliye haber verilmesinin söz konusu olmasıdır.

Tedbirden ilgiliye haber verilmesi yükümlülüğü, yalnızca ceza muhakemesi kapsamında uygulanan tedbirlerle ilgili olarak söz konusu olabilmekte, önleme veya ulusal güvenlik amaçlı istihbarat kapsamında yapılacak faaliyetlerde böyle bir imkanı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM'nin kararlarında AİHS'nin 8. maddesi ile sağlanan güvencenin sağlanabilmesi için ne maksatla yapılırsa yapılsın gizli koruma tedbirlerinin mutlaka ilgililere bildirilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

III. Özel Hayata Müdahale Gerektiren Faaliyetlerin Maddi Koşullar

A. Amaç

Gizli soruşturma tedbirlerine, başlıca iki amaç için başvurulabilmektedir: ilki önleyici veya ortaya çıkarıcı-bastırıcı anlamda suça yönelmiş olarak yapılan gizli soruşturma tedbirleri; diğeri ise suçtan ziyade ulusal güvenliğe yönelmiş tehdit ve tehlikelere yönelik yürütülen istihbarat faaliyetleridir.

¹¹⁹ Erdem s. 356

Suça yönelik olarak yapılan gizli tedbirler, suç işlenmişse suçu ve suçluyu ortaya çıkarmak; ortada henüz işlenmiş bir suç yok ise, suç işlenmesine önleyici tedbirler getirmek amacıyla yapılır.

Ulusal güvenlik amaçlı olarak yapılan gizli istihbarat faaliyetlerinin esas amacı ülkenin milli güvenliğine yönelmiş tehdit ve tehlikeleri ortaya çıkararak bu konuda tedbir alacak birimlerin kullanımına sunmaktır.

Her iki farklı amaç için yapılan istihbarat faaliyetlerinin sonucunda elde edilen bilgilerden, elde edildiği amacın dışında kullanılıp, kullanılmayacağı hususu doktrinde ve uygulamada tartışılan bir konudur. Amaca bağlılık ilkesi gereği, verilerin hangi amaç için elde edilmiş ise bu amaç için kullanılabilmesi gerekir.

Ceza muhakemesi anlamında tedbirlere delil elde etmek amacıyla halen bir suçun soruşturulması amacıyla başvurulabilir.¹²⁰ Bu nedenle ceza muhakemesi anlamında bir tedbirin suç öncesi araştırmalar bakımından kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır. Ancak uygulamada suçun önlenmesi ve delil etme amacına yönelik yürütülen faaliyetleri bir birinden ayırmak son derece zordur. Ülkemizde, son yapılan düzenlemelerle kolluk birimlerine açıkça “önleyici istihbarat” yetkisi verilmiş olması ve adli zabıta görevini de mevcut kolluk birimlerinin yürütmesi nedeniyle önleyici ve delil elde etme amacına yönelik yapılan faaliyetleri birbirinden ayırmak iyice zorlaşmıştır.

Ulusal güvenlik amaçlı istihbarat faaliyetleri kapsamında elde edilen verilerin kullanım alanı, ilk gruptakiler kadar belirgin ve açık değildir. Ülkemizde, farklı amaçlar için yapılan istihbarat faaliyetleri birbirine karışmış durumdadır. Örneğin, PVSK'nun ek 7 maddesi ile polise ülke genelinde istihbarat yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin içinde özel hayata müdahaleyi gerektiren faaliyetlerin yapılabileceği de doğal olarak anlaşılmaktadır. Bazı yazarlar, “bu yetkinin bilgi toplamak için gizli soruşturma tedbirlerine de başvurmayı

¹²⁰ Erdem s. 302

gerektirmediği” görüşündedirler.¹²¹ Ancak, bu durumda PVSK’na 5397 sayılı yasa ile spesifik olarak iletişimin kontrolü, gizli görevli kullanma gibi gizli tedbirleri kullanma yetkisi verilinceye kadar geçen süre zarfında, polisin hiçbir gizli tedbire başvuramaması gerekirdi. Ama biz biliyoruz ki polis gizli soruşturma tedbirlerini pek çok kez ulanmıştır. Ne var ki istihbarat faaliyetlerini yürütmek üzere birden fazla kuruluşun yetkili kılınmasının arkasında başkaca sebepler aramak gerekecektir.¹²²

B. Suç ve Suç Şüphesi

Önleyici ya da ceza soruşturması kapsamında delil elde etmeye matuf olarak yapılan gizli soruşturma tedbirlerine müracaat edilebilmesi için, temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturmaları nedeniyle bütün suçlar bakımından müracaat edilememesi modern hukuk anlayışına uygun düşecektir. Nitekim aşağı yukarı bütün batı Avrupa ülkelerinde bu tedbire başvurmak için *belirli suç grupları* veya *filin ağırlığı* veya *işlenme biçimi* bakımından belirli koşullar aranmak suretiyle bu gereklilik göz önünde bulundurulmaktadır¹²³. Karşılaştırmalı hukukta gizli soruşturma tedbirlerine başvurulabilecek suçlar bakımından üç farklı yöntem belirlendiği görülmektedir. Bunlardan birincisi suçların ismen sayılarak belirlendiği “katalog yöntemi” dir. Bu yöntem Almanya ve Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanmaktadır. İkincisi suçların cezalandırılabilirlikleri bakımından mutlak cezalandırılma şartının getirilmesidir. Avusturya ve Fransa’da kullanılan bir diğer çözüm modelinde, tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından mutlak cezalandırılabilirlik sınırı getirilmektedir. Örneğin Avusturya’da teknik araçlarla optik ve akustik gözetleme ve otomasyona dayalı veri karşılaştırma tedbirine, on yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürümün aydınlatılması veya Avusturya CK § 278a uyarınca bir suç örgütü bünyesinde işlenen veya planlanan bir suçun aydınlatılması veya önlenmesi amacıyla başvurulabilmektedir.¹²⁴ Son olarak, İngiltere ve İsviçre’de geçerli olan model, suçun ağırlığı ölçütünden hareket etmektedir. Örneğin

¹²¹ Bkz **Erdem** s. 308 vd.

¹²² aynı yönde **Erdem** s. 308

¹²³ Bkz. **Erdem** s.308 vd.

¹²⁴ **Erdem** s. 308

güvenilir kişi görevlendirilmesini düzenleyen İsviçre CMUK § 100f II uyarınca tedbire konu olan suçun ağır olması aranmış, suçun bir cürüm olması veya organize suçlulukla ilişkili olduğunu gösteren tutanak noktalarının mevcut bulunmasının, suçun ağır sayılması sonucuna yol açacağı öngörülmüştür.¹²⁵

Ülkemizde gizli soruşturma tedbirleri ve istihbarat faaliyetlerinin düzenlendiği CMK ve 5397 sayılı kanunla getirilen düzenlemeler çerçevesinde “katalog yöntemi” benimsenmiştir. CMK 135/6 da iletişimin izlenmesi, tespiti ve kayda alınmasında tedbirin uygulanabileceği suçlar sayılmıştır.¹²⁶

Aynı şekilde, kanunun 139/7 de gizli soruşturma tedbirinin uygulanabileceği suçlar sayılmıştır.¹²⁷ Teknik araçlarla izleme yapılabilecek suçlar da 140/1 de sayılmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta tedbirlere başvurulabilmesi için hangi düzeyde bir şüphenin varlığının gerekli olduğu konusunda iki farklı uygulamanın olduğu görülmektedir. Bazı ülkelerde tedbirin uygulanması için şüphe derecesi için özel bir düzey gerekli görülebilmekteyken, bazı ülkelerde de özel bir şüphe düzeyinin bulunması şartı getirilmiştir. Nitekim Alman CMK § 100a’da, bu tedbire başvurmak için *belirli olguların katalogda yer alan bir suçun işlendiği şüphesine dayanak*

¹²⁵ Erdem s. 308

¹²⁶ CMK 135/6 a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),3. İşkence (madde 94, 95),4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),7. Parada sahtecilik (madde 197),8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 9. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 10. Rüşvet (madde 252),11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),12. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),13. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

¹²⁷ Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315). b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

oluşturması aranmaktadır.¹²⁸ CMK’da söz konusu tedbirler için “kuvvetli şüphe” nin bulunması bir ön koşul olarak yer almıştır.

5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerde, CMK ya atıfta bulunularak tedbirlerin, “CMK nın 250nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla” uygulanabileceği belirtilmiştir.

Ulusal güvenlik amaçlı İstihbarat faaliyetlerinde, çoğu zaman ortada bir suç olmadığı için, istihbarat faaliyetlerinin konusunu milli güvenliği oluşturan unsurlara yönelik tehdit ve tehlikeler oluşturur. Dolayısı ile burada bir “suç şüphesi”nden de söz etmek mümkün olmayacaktır. Suç kavramına göre daha az belirgin olan “ulusal güvenliğe yönelik tehdit ve tehlikeler”in varlığının tespiti ile bunlara yönelik yürütülecek istihbarat faaliyetleri de daha karmaşık olacaktır.

C. İkinci Derecede Uygulanabilirlik

Oranlılık ilkesi gereği, başkaca bir delil elde etme yöntemi ile amaca ulaşılabilmesinin mümkün olduğu durumlarda gizli soruşturma tedbirlerine başvurulamayacaktır. Oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimi olarak ikinci derecede uygulanabilirlik koşulu öngörülmektedir. Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder ve oranlılık ilkesi dışında bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin maddi bir koşulu olarak ortaya çıkar. İlke, aynı suçu aydınlatmak üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise onun seçilmesini gerektirir.¹²⁹ ÇASÖMK m. 2/3’de, “başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise” bu tedbire başvurulamayacağı öngörülmüşken, CMK m. 135/1’de, bu tedbire başvurmak için “*başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması*” koşulu getirilerek ikinci derecede uygulanabilirliği vurgulanmıştır.

¹²⁸ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası

<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

¹²⁹ **Erdem** s. 320

IV. Tedbirin Sonuçları Bakımından Kişiler

Gizli soruşturma tedbirlerinin konusunu teşkil eden, bir başka ifade ile gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına neden olan eylemlerle ilgili kişiler bakımından üç grup olduğunu söylemek mümkündür. İlk grupta yer alan tedbire konu olan eylemi yapan ve bu itibarla da tedbir kararında adı geçen kişilerdir. Bunlar sanık veya şüphelilerdir. İkinci grupta, fail veya şüpheli ile ilişki içinde olan ve doğal olarak sanık ve şüpheliye yönelik tedbirlerinden etkilenen şahıslardır. Son olarak, sanık veya şüpheli olmayan ve bunlarla bir ilişkisi de bulunmadığı halde tedbirle ilgili uygulamalara tesadüfen konu olan kişilerdir.

Gizli soruşturma tedbirlerinin ortak bir özelliği de, etkisinin koğuşturulan suçla ilgili olmayan üçüncü kişilere kadar uzanabilmesidir. Bu, söz konusu tedbirlerin doğasından ileri gelen ve kaçınılmaz olarak ortaya çıkan bir durumdur. Konuyla ilgili düzenleme getiren ülkelerden örneğin Almanya'da, üçüncü kişiler açısından da düzenlemeye yer verilmektedir. Ancak üçüncü kişiler hakkında tedbire başvurulabilmesi için, somut olgulara dayanan bir şüphe bulunan bir veya birden fazla kişi hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmış olmalıdır. Aksi takdirde, yukarıda açıkladığımız üzere, söz konusu tedbirlere başvurmak için aranan başlangıç şüphesinin bulunması zorunluluğuna aykırı davranılmış olur. Öte yandan üçüncü kişilere karşı tedbirin uygulanması için daha ağır koşullar aranmalıdır; çünkü bu kişilerin katlanma yükümlülüğü, hakkında koğuştırma yapılan sanığa göre daha azdır. Demek oluyor ki, üçüncü kişilerin tedbirle ilgili olması, örneğin fotoğraf çekilmesi sırasında caddedeki yayalar veya herkese açık olmayan konuşmaların gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesinde konuşmanın karşı tarafı gibi, tedbire başvurulmasına engel oluşturmaz. Aksi takdirde tedbir önemli ölçüde etkinliğini yitirir.¹³⁰

Tedbirin uygulanmasıyla ilgili kişiler bakımından karşılaştırmalı hukukta ve milli hukukumuzda, kişiler yönünden bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bunlar genellikle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar, müdafiler ve avukat, noter, ekonomi danışmanı, psikiyatr gibi meslek gruplarıdır. Avusturya CMK § 149d I bent 3b, müdafii,

¹³⁰ Erdem s. 327vd.

avukat, noter, ekonomi danışmanı, psikiyatr, psikoterapist, psikolog gibi meslek alanlarında görev yapanlar bakımından tedbire başvurulmasını engelleyen bir düzenleme içermektedir. Alman CMK § 100d III de, konut içerisinde yapılan herkese açık olmayan konuşmaların gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesi açısından (Alman CMK § 100c I no.3) meslek gereği tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler bakımından (Alman CMK § 53 I) bir delil elde etme yasağı getirilmiştir.¹³¹

Ülkemizde de bu paralelde CMK 136/1 de iletişimin denetlenmesi bakımından müdafii yönünden bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.*”

Aynı şekilde CMK 135/2 de “ Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.” İfadesiyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar bakımından iletişimin kayda alınamayacağı esası getirilmiştir. Buradan, iletişimin kayda alınması dışında diğer uygulamaların örneğin, iletişimin dinlenebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Eğer yasa koyucu tanıklıktan çekinebilecekler bakımından, tıpkı müdafilerde olduğu gibi tam bir sınırlama getirmek isteseydi bunu 135. maddenin söz konusu kişiler bakımından uygulanamayacağını belirtmek suretiyle pekiştirirdi.

V. Elde Edilen Bilgilerin Kullanımı ve Hukuki Değeri

A. İstihbarat Amaçlı Bilgi ve Belgelerin Kullanımı

Ulusal güvenlik amaçlı elde edilen bilgilerin kullanımı, daha önce de izah edildiği üzere “istihbarat çarkı” olarak adlandırılan istihbarat sürecinde, dağıtım ve kullanım aşamasında ilgili birimlerce bilgilerin kullanılması şeklinde olmaktadır. İstihbarat birimlerince gizli yöntemler kullanılarak elde edilen “ham”

¹³¹ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

bilgiler bir takım işlemlerden geçirilerek “istihbarat” haline getirilir. Bu bilgiler devlet mekanizmaları içinde kullanıcı birimlere aktarılır. Bu bilgilerin ceza muhakemesi sürecine her zaman konu olduklarını söylemek mümkün değildir. Bu durumda söz konusu bilgilerin “hukuki değeri” de olmayacaktır.

B. Önleyici Kolluk Amaçlı Bilgilerin Kullanımı

Önleyici amaçlı istihbarat faaliyetleri, adından da anlaşılacağı gibi henüz ortaya çıkmadan suçları önlemeyi amaçlayan faaliyetlerdir. Bu kapsamda elde edilen bilgiler ceza hukuku anlamında bir delil niteliği taşır. Dolayısı ile elde edilen bilgiler tamamen ceza muhakeme hukuku delil sistemi içinde değerlendirilir. Burada soruşturma tedbirlerinden farklı olan nokta ceza soruşturma tedbirlerinin suç veya suç şüphesi durumunda uygulanırken, önleyici tedbirlerde ise henüz bir suçun olmamasıdır. Ortada henüz suç bulunmadan yapılan faaliyetler sonucunda elde edilen bilgiler ancak bir suç hakkında “şüphe” veya “belirti” niteliği taşıması durumunda ceza muhakemesi sürecine katılabilmektedir. Önleyici amaçlı istihbarat faaliyetleri 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerle kolluk ve istihbarat organlarına verilen yetkiler dahilinde yapılabilmektedir.

C. Ceza Soruşturması Amaçlı Bilgilerin Kullanımı

Ceza soruşturması kapsamında yapılan gizli soruşturma tedbirleri ceza usul kanunları çerçevesindeki usul ve esaslarla yürütülmektedir. Bu bakımdan tamamen ceza muhakemesi kanunları çerçevesinde elde edilip, kullanılabilir.

Gizli soruşturma tedbirlerine başvurmak suretiyle elde edilen bilgiler, esas itibarıyla kayıtların keşif konusu olarak ele alınması, tutanakların okunması veya tedbiri uygulayan, örneğin dinlemeyi yapan kolluk görevlisinin tanık olarak dinlenmesi suretiyle değerlendirilmektedir.¹³²

Ancak, bu yolla elde edilen deliller, her zaman için diğer delillerde olduğu kadar açık olmayabilir. Gizli tedbirlerin özelliğinden kaynaklanan sebeplerden

¹³² Erdem s. 360 vd.

dolayı tek yanlı ve hatalı ve sanık açısından delilin bu yönlerden kusurlu olduğunu ortaya koymak oldukça güçtür. Bunun yanında ses ve görüntü kopukluklarından kaynaklanan anlam sapmaları da olabilir. Gizli soruşturmanın verdiği irade, değişik nedenlerle her zaman gerçeğe uygunluk taşımayabilir. Ne var ki bu tür tehlikeler, söz konusu tedbirlerin başlı başına reddedilmesini gerektirmez. Eğer elde edilen delile yönelik bu tür bir iddia varsa, kayıtların keşif veya bilirkişi incelemesi yoluyla değerlendirilmesi mümkündür.¹³³

VI. Tesadüfen Ele Geçirilen Delillerin Değerlendirilmesi

Tesadüfen ele geçirilen deliller, soruşturulan suçla doğrudan bir ilişkisi olmamakla birlikte başka bir suçun işlendiğini gösteren delillerdir. Bir suçla ilgili herhangi bir delil ele geçirildiği zaman buna yapılacak işlem ceza muhakemesi çerçevesinde soruşturmayı veya kovuşturmayı genişletmek veya yeni bir soruşturma başlatmak şeklinde olacaktır. Ancak gizli soruşturma tedbirleri ile delil elde etme sürecinin diğer delil elde etme yöntemlerine göre özel bir takım usul ve esaslara bağlı olması nedeniyle ve çoğunlukla belirlenmiş kişi ve olaylara yönelik olarak uygulanabildiğinden, gizli tedbirler ile tesadüfen elde edilen bilgilerin-delillerin diğer alelade deliller gibi kullanılabilmesi mümkün olmayacaktır. Her şeyden önce delilin işaret ettiği suçun gizli tedbirlere müracaat etmeyi haklı kılacak bir suç olması gerekir. Bunun için, gizli tedbirlerle delil elde etmede, suç bakımından yapılan sınırlamalar çerçevesinde tesadüfen elde edilen delillerin kullanımı söz konusu olabilecektir. Örneğin Alman Federal Mahkemesinin konuyla ilgili kararında, koğuşturma konusu suç nedeniyle tedbire karar vermek zaten hukuka aykırı değilse, Alman CMUK § 100a'daki katalogda yer verilen aynı sanığın işlediği bir başka suç hakkında tesadüfen ele geçen bilgiler sınırsız olarak değerlendirilebileceği; buna karşılık işlenen suç katalogda öngörülmeleyen bir suç ise, bu suçla ilgili olarak tesadüfen ele geçen bilgilerin, katalogda öngörülen suçla bağlantı içinde bulunması koşuluyla değerlendirilebileceği, eğer böyle bir bağlantı yoksa, başka bir suç hakkında elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.¹³⁴ Benzer şekilde sanık dışında bir başka kişinin işlediği suçlarla ilgili tesadüfen ele

¹³³ Erdem s.361

¹³⁴ Erdem s. 362

geçirilen bilgilerin kullanımı da suçun yer alıp almaması durumuna göre değerlendirilebileceğini karara bağlamıştır. Bir başka ifade ile tesadüfen elde edilen bu bilgilerin, hakkında koğuşturma yapılmayan bir üçüncü kişinin işlediği suçun aydınlatılmasında kullanılabilmesi, tedbire karar verilmesi için gerekli bütün koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.¹³⁵

Ülkemizde CMK'dan önce gizli tedbirlerin düzenlendiği ÇASÖMK'te, tedbirin uygulanması sırasında bir başka suçla ilgili olarak elde edilmiş olan bilgilerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemişti. Ancak CMK'nın 138. maddesinde "Tesadüfen elde edilen deliller" konusu düzenlenmiştir. Buna göre, "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir." yasa metninden de anlaşılacağı gibi bu kapsamda tesadüfen ele geçirilen deliller, ancak 135.maddenin 6.fıkrasında sayılan suçlar bakımından delil olarak kullanılabilir. Burada bir başka konu ise kişi bakımından tesadüfen ele geçirilen delillerin ne şekilde kullanılabilirliğinin açık olmamasıdır. Kanunda her ne kadar, sadece suçlar bakımından bir tasnif yapılmış ise de uygulamanın suçla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgisi olan kişiler bakımından da söz konusu olması gerekir. CMK m.135/6 da sayılan suçlar dışında delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır.

¹³⁵ Erdem s. 363

3. ÖZEL HAYATA MÜDAHALE GEREKTİREN İSTİHBARAT TEKNİKLERİ

I. Gizli görevli

A. Kavram

İstihbarat faaliyetleri içinde özel hayata müdahale bakımından en önemli olanlarından bir tanesi de “gizli görevli” kullanılmasıdır. Gizli görevli kavramı uygulamada değişik şekillerde ifade edilmektedir. Doktrin ve uygulamada bu kavramı ifade edebilmek için “gizli soruşturmacı”, “gizli ajan”, “gizli görevli” gibi terimler kullanılmaktadır.¹³⁶

Burada “gizli soruşturmacı” teriminin ceza muhakemesi-kolluk kapsamında yürütülen istihbarat faaliyetleri için kullanılması; buna karşılık “gizli görevli” teriminin ise önleyici-milli güvenlik amaçlı istihbarat faaliyetleri için kullanılması daha uygun olacaktır. Çünkü “soruşturma” kavramı daha çok bir “ceza muhakemesi” terimi olarak kullanılmaktadır.

Ceza muhakemesinde soruşturma, “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*” ifade etmektedir.¹³⁷

Bu madde anlamında soruşturma, kamu davası açmak veya açmamak konusunda savcılığın bir karar verebilmesi için bilgi toplaması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan soruşturma yerine, bilgi toplamadan söz edilmesinde bir sakınca yoktur. Yapılan soruşturmanın gizli olması ile ise, bilgi toplamanın özel bir biçimi anlatılmak istenir. Buradaki anlamda gizli deyimini, açık deyiminin karşıtıdır. Buna göre gizli soruşturma, gizli yollarla bilgi elde etmeye yönelik faaliyetleri içermektedir. Bu tür faaliyetlerin amacı, bu amaca dayalı olarak

¹³⁶ **Özbek**, Veli Özer, Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin yayınevi, Ankara 2003, s21 vd.

¹³⁷ CMK madde 2/1(e)

yapılan işlemlerin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle, muhatap kişiden bilgi elde edilmesini sağlamaktır.¹³⁸

Ceza koğuşturma organları, bu amaca ulaşabilmek için değişik yöntemlerden yararlanabilmektedir. Elbette ki, söz konusu tedbirlerin, yalnızca gizli olduğu biçimindeki bir nitelendirme, bu tedbirlerin özelliklerini bütünüyle ortaya koyamamaktadır. Burada deyim yerinde ise, istihbarat kurumları için klasik olan yöntemlerden ceza koğuşturması amacıyla yararlanılması söz konusudur. Aşağıda bu amaçla başvurulabilecek tedbirler hakkında bilgi verilecektir.

Gizli görevli-gizli soruşturmacı hemen, hemen bütün dünya ülkelerinde uygulanan bir tedbir, bir yöntemdir. Ancak bunun bir ceza muhakemesi tedbiri olarak mı, yoksa önleyici-millî güvenlik amaçlı olarak uygulamalara cevaz verdiği üzerinde durulmayacaktır. Zira dünyadaki bütün ülkelerde ulusal güvenlik amaçlı istihbarat yapan servisler için, genel bir “çerçeve yasa” çıkarılmakta, uygulama ayrıntıları ise gizli yönetmelikler veya diğer düzenleyici işlemlerle düzenlenmektedir. Bu bakımdan gizli düzenlemelerdeki ayrıntıları incelemek mümkün olamayacağından, daha çok ceza muhakemesi kapsamında getirilen bir tedbir olarak ele alınacaktır. Ancak bunların önleyici ve millî güvenlik amaçlı istihbarat uygulamalarına da dayanak teşkil edebilmesi çok doğaldır.

Gizli görevli-gizli soruşturmacı kavramlarına doktrin ve uygulamada yüklenen anlam üzerinde kesin bir uzlaşma bulunmamaktadır. Ancak gizli görevli-gizli soruşturmacının genel çerçevesinin çizilebildiği söylenebilir. Gizli görevlinin ilk koşulu, mutlaka kamu görevlisi-memur olmasıdır. Bilgi veren, güvenilir şahıs gibi benzer faaliyetlerden ayıran en önemli özelliği, bunların aksine gizli görevlinin “memur” olmasıdır.

İkinci olarak gizli görevliye verilen “uydurma kimlik”tir. Gizli görevli, yürüteceği gizli faaliyetleri bu kimliği ile yürütecektir. Gizli görevliler, uydurma

¹³⁸ Erdem s. 48

kimlik altında hukuki işlem ve eylemlerde bulunabilir; bu çerçevede ticaretle uğraşabilir, firma kurabilir, davacı ve davalı olabilirler. Uydurma kimliğin içerdiği bilgiler, ada, uyrukluğa, adrese, ailevi ve kişisel durumlara, meslek ve fonksiyona ilişkin olabilir.¹³⁹ Gizli görevlinin uydurma kimlikle yapacağı hukuki işlemlerin geçerliliği doktrinde tartışmalı bir husustur. Ancak gizli görevliden beklenen görevler ve kullanılma amaçları bunların, her türlü resmi, ticari ve hukuki işlemi yapabilmesi gerekecektir.

Son olarak, gizli görevli bu görevi uzun bir süre yapmak görevlendirilmektedir. Aksi takdirde gizli görevlinin diğer soruşturmacılardan ve diğer soruşturma tedbirlerinden bir farkı kalmayacak ve işlevini yerine getirmesi de mümkün olmayabilecektir.¹⁴⁰

Tedbire özellik kazandıran, onu diğer tedbirlerden ayıran şey “gizliliği”dir. Gizlilik, açıklığın karşıtıdır. Mevcut soruşturma organları zaten bu vasıflarıyla soruşturma yapabilirler. Ancak, gizli soruşturmacı gizli soruşturma tedbirlerinin bir parçası olarak gizli bir şekilde veri, bilgi ve delil etmeyi amaçlar. Aslında burada yapılan, gizli görevlinin başka bir kimlik altında soruşturma makamları adına ilgilileri gözetlemesi ve delil elde etmesidir. Bu durumda bilgi temin edilmesinin amacı, şekli ve tarzı arasındaki farkı ortaya çıkar. Burada ağırlık noktası, bilgi elde etmenin tarzında olup, bu, gizli soruşturma bağlamında, doğrudan ve münhasıran yanıltma ve/veya aldatma suretiyle gerçekleşir.¹⁴¹

B. Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Durum

Almanya’da yasal tanıma göre, “gizli soruşturmacı, kendisine sürekli olarak verilen ve uydurma bir kimlik altında uzun süreli soruşturma yapan ve kolluk hizmetine dahil bir memurdur”. Bu tanım çerçevesinde gizli soruşturmacının unsurları, memur olarak kolluğa dahil olması, görev süresinin uzunluğu ve uydurma kimliktir.

¹³⁹ Erdem s.87

¹⁴⁰ Özbek, s.3 vd.

¹⁴¹ Özbek, s.30

Bu kavrama ilk olarak, 1999 yılında yürürlüğe giren ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun¹⁴² ile yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda¹⁴³ “gizli görevli” terimine yer verilmiştir.¹⁴⁴

Yasada gizli görevli terimi kullanılmakla birlikte tanımı yapılmamıştır. “gizli görevli” nin tanımı 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te yapılmıştır. Anılan yönetmelik gizli görevliyi “*gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi*” olarak tanımlanmaktadır.

Alman Ceza Usul Kanunu’nda ise gizli soruşturmacı, kendilerine sürekli olarak verilmiş bulunan uydurma bir kimlik altında soruşturma yapan polis memuru” olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda Alman hukukunda gizli soruşturmacıyı diğer benzer tedbirlerden ayıran en belirgin özellikler: görevlinin bir polis memuru olması, uzun süreli olarak görevlendirilmesi ve uydurma kimlik kullanması olduğu söylenmektedir.¹⁴⁵

Gizli görevli kullanılması tedbirini diğer soruşturma tedbirlerinden ayırmada yararlanılabilecek iki temel ölçütün ön plana çıktığı görülmektedir: gizli görevliye yeni bir kimliğin verilmesi ve uzun süreli olarak görevlendirilmesidir.¹⁴⁶ Başka bir ifade ile gizli görevli olağan ve normal çabalarla anlaşılamayacak bir

¹⁴² 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 18/1d maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.(Resmi Gazete Tarihi 31/03/2005 Resmi Gazete Numarası 25772)

¹⁴³ 4422 Sayılı Kanunun (mülga) Madde 5 - Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşılması halinde, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir. Gizli görevli gerektiğinde örgüt içine de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür. Gizli görevli, 1 inci maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir. Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli görevini yerine getirirken suç işleyemez. Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur.

¹⁴⁴ Özbek s. 30

¹⁴⁵ Özbek s.22

¹⁴⁶ Özbek s.23

“kamufraj”a sahip olmaktadır. Bu yönüyle de özel yaşam hakkını ihlal etmesi diğer tedbirlerden çok daha fazla olabilmektedir.

Dikkat çekici bir husus ise tanımlarda gizli soruşturmacının mutlaka “kamu görevlisi” olmasının bir zorunluluk olarak yer almasıdır. Kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Burada kamu görevlisi olarak anlaşılan görevli mutlaka “memur” mudur? Bu durumda memurlar dışında hiç kimsenin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilememesi gerekecektir. Bu nedenle “Kamu görevlisi” kavramının içeriğine de bakmak faydalı olacaktır. Doktrinde ağırlıklı olarak kamu görevlisi ile ifade edilenin çoğunlukla bir memur olduğu anlaşılacakla birlikte kamu görevlisi kavramının daha geniş olduğu, memur kavramının bunun içinde yer aldığı, dolayısı ile her kamu görevlisinin mutlaka memur olmayabileceği görüşü de bulunmaktadır.¹⁴⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ise bu husus “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” başlığı altında 139.maddede düzenlenmiştir. Katalog yöntemi ile belirlenen suçlar bakımından uygulanabilecek bir yöntem olarak yasada yerini almıştır. Gizli soruşturmacının kullanılabileceği suçlar kanununun 139/7. maddesinde belirtilmiştir.

Buna göre;

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

¹⁴⁷ Özbek s.28

c) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.*” da gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir.

Yasada gizli soruşturmacının çerçevesi şu şekilde çizilmiştir. Öncelikle bu yöntemin uygulanabilmesi için “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi” şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Karar verme yetkisine sahip merci olarak “hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı” olarak belirtilmiştir.

Gizli soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceği ve bu kimlikle hukuki işlemler yapabileceği de yasada düzenlenmiştir. Eğer bir zorunluluk hasıl olursa “Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.”

Gizli soruşturmacının mutlaka bir “kamu görevlisi” olması zorunluluğu 5271 sayılı yasada da yerini almıştır.

Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

Yasada Gizli Soruşturmacının görevi “faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak” olarak yer almaktadır.

Gizli Soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağı da yasada yer alan hususlardır.

Yasada soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerle ilgili olarak münhasır bir kullanım alanı belirlenerek “görevlendirildiği

ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacağı” güvence altına alınmaktadır.

C. Gizli Görevli Benzeri Diğer Kavramlar

1. Bilgi Veren

Bilgi veren, koğuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen, veya tahmin edilen yerlerde bulunup da, kural olarak belli bir menfaat karşılığında işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bazı bilgileri koğuşturma makamlarına aktaran kişilere bilgi veren (informant) denir.¹⁴⁸

İnformant genellikle suçlu ortamdan gelen ve belirli bir olayda güvenilirlik vaat etmesi karşılığı bilgi veren kişidir. İnformant kullanmanın amacı delil elde etmektir. Burada yalnızca belirli bir olay için kolluğa bilgi veren kişi informanttır. Görüldüğü gibi, güvenilir kişi ile İnformant arasındaki fark hakkında bilgi verilen olayın sayısına dayandırılmaktadır.¹⁴⁹

Bilgi veren, insanlarla ilişki içinde olması kolay olan ortamlarda, dikkat çekmeyecek bir tarzda bulunan kişilerden seçilir. Bu nedenle, daha çok garson, seyyar satıcı vb. meslek gruplarından bu maksatla faydalanılır.

2. Haber Elemanı

Bilgi veren kavramının ulusal güvenlik amaçlı yapılan istihbarat terminolojisindeki karşılığı tam olarak “haber elemanı”dır. Haber elemanı, istihbarat servislerince, amaç doğrultusunda kullanılabileceği hususunda bir kanaat oluşan ve az çok bir eğitimden geçirilen, çeşitli motiflerle (maddi, manevi) yönlendirilebilen; istenilen, ihtiyaç duyulan veya faydalı olacak bilgi ve belgeleri, muhatap olmakla görevlendirildiği kişiye ulaştıran kişileri ifade eden bir kavramdır. Haber elemanının benzer uygulamalardan en önemli farklı, temininden, yönlendirilip kullanılmasına kadar bütün aşamalarda çok daha

¹⁴⁸ Özbek s.31

¹⁴⁹ Erdem s.83

teknik ve uzmanlık gerektirmesidir. Diğer yöntemler daha çok ceza muhakemesi kapsamında, ülke içinde ve vatandaşlarla ilgili kullanılırken, haber elemanı, yabancılarla ilgili olarak kullanılabilir.

Haber elemanı, bir başka haber elemanı tarafından yönetilip yönlendirilebildiği gibi, doğrudan servis elemanlarınca da yönetilebilirler. Gizli görevli-soruşturmacıdan farklı olarak haber elemanları münhasıran bir olay veya şahıs-şahıslar üzerine yönelebileceği gibi çoğunlukla spesifik olmayan ama ilgili alanlar perspektifinde bir hareket serbestisi içerisinde görev yaparlar.

Haber elemanları, bilgi verenler aksine bu işi yalnızca menfaat karşılığı yapmazlar. Haber elemanları maddi menfaatler karşılığı bu işi yapabilecekleri gibi, çoğunlukla siyasi ideolojik, dinsel, milli amillerden de hareket ederek bunu kendilerine bir görev addedebilirler.

Haber elemanları mutlaka böyle bir işi yaptıklarının farkındadırlar ve bu konuda kendilerine resmi bir belge imzalatılır. Haber elemanları uzunca bir süre bu işe yatkınlıkları, güvenilirlikleri bakımından takip edilirler. Daha sonra haklarında gerekli inceleme ve araştırmalar yapılır ve nihayet kendilerine görev tevdi edilir.

Haber elemanı, başta gizli görevli olmak üzere benzer kavramlardan farklıdır. Haber elemanının niteliği konusunda hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Haber elemanı herhangi bir suç örgütüne mensup bir suçlu, bir sanık olabileceği gibi konumu ve statüsü itibarıyla ulaşabileceği hedef¹⁵⁰ dikkate alınarak belirlenen bir şahıs olabilir. Haber elemanı bazen, hedefle ilgili bir alanda görev yapan bir görevli de olabilir. Haber elemanı bazen toplumda çok önemli mevkiler ve sosyal statüler işgal eden ve bu itibarla “toplum önderi” olarak adlandırılan şahıslar da olabilir.

¹⁵⁰ Burada, hedef kavramı iç ve dış güvelliğe yönelik tehdit ve tehlikeleri içeren ve bu yönüyle istihbarat faaliyetinin konusunu teşkil eden olgu olarak kullanılmaktadır.

3. Muhbir

Muhbir kelime anlamıyla ihbarda bulunan, bir olayı bildiren kişi anlamına gelmektedir. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹⁵¹ 4.maddesinde Muhbir, “*Suçlar veya suçların failleri, iz, eser, emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişiler*” olarak tanımlanmıştır.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 7. maddesinde kanun kapsamında koruma altına alınacaklar arasında muhbir de sayılmıştır.

Muhbir ile bilgi veren birbirine çok benzemekle birlikte, ayrıldıkları temel nokta, muhbirin biraz daha tesadüfi oluşu ve daha amatör oluşudur. Her ikisi bazan çakışabilir. Bilgi veren sıfatı muhbirle birleşebilir; ancak her bilgi veren aynı zamanda muhbir de olmak zorunda değildir.¹⁵²

Gizli görevli-gizli soruşturmacıdan farklı olarak, muhbir, bir memur (bu maksatla görevlendirilmiş bir memur) değildir.

4. Güvenilir Kişi

Bilgi veren ve gizli görevli-soruşturmacıdan belirli noktalarda ayrılan güvenilir kişi-adam kavramının en belirgin özelliği, süre bakımından belirli bir süreye bağlı olmaması ve resmi bir sıfat taşımaması, bir başka ifade ile memur olmamasıdır.

Güvenilir kişi, koğuşurma organlarına dahil olmayan, kollukla uzun süreli güvenlik vaat etmesi karşılığı sıkı bir ilişki içinde bulunan ve değişik

¹⁵¹ Yönetmeliğin dayanak Kanunu 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 23/03/2005 kabul tarihli, 31/03/2005 tarih ve 25772 mükerrer sayılı R.G.de yayımlanan 5220 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"un 17. maddesi ile, 01/04/2005 tarihinden geçerli olmak üzere (5328 sayılı kanunla yürürlük tarihi 01/06/2005 olarak değiştirilmiştir.) yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵² Özbek s.32

motivasyonlarla koşuşturma organlarını suçların aydınlatılmasında destekleyen ve esas itibariyle kimliği gizli tutulan kişidir. Bunlar kolluğa dahil polis memurları değil, genellikle bizzat suçlu çevreye ait kişiler olmaktadır. Özenle seçilmiş olmaları ve yönetiminin profesyonelliği bakımından aralarındaki benzerliğe rağmen gizli soruşturmacı, güvenilir kişiden farklı olarak, özel donanım ve eğitimle suçlulukla mücadele için özel bir biçimde yetiştirilen bir polis memuru olduğu halde, güvenilir kişiler kolluğun gönüllü işbirlikçisidir. Genel olarak suçlu ortama dahil olan güvenilir kişinin gizli soruşturmacıya göre, faaliyetinin zaman bakımından bir sınırlamaya bağlı olmaması, uydurma kimliğin oluşturulmasına gerek bulunmaması ve teşhis rizikosunun azlığı nedeniyle bazı avantajları bulunmaktadır.¹⁵³

Doktrinde güvenilir adam ve bilgi veren benzer kavramlar olarak nitelense de güvenilir adam zaman, zaman gizli soruşturma faaliyetinde de bulunan bir tür “özel bilgi veren” gibidir.¹⁵⁴ Güvenilir adam, bilgi verenden farklı olarak suç örgütü içinde de yer alabilir. Bu nedenle güvenilir adam sıfatı sanık sıfatı ile birleşebilir.

Güvenilir adam suç örgütü içine farklı bir kimlikle girerek delil toplayan ve suç önlenmesini engellemeye çalışan gizli soruşturmacı-görevliden bu itibarla farklıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacı ile güvenilir kişinin birbirinden ayırt edilmesinde ölçüt, bilgi veren kişinin statüsüdür. Buna göre, gizli soruşturmacı, kolluğa dahil bir polis memuru olduğu halde; İformant ve güvenilir kişi açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Öte yandan güvenilir kişinin koşuşturma organlarına verdiği desteğin ölçü ve niteliği de ayırım konusunda önem taşır. Güvenilir kişinin yalnızca koşuşturma organlarına bilgi vermesinde durum budur.¹⁵⁵

¹⁵³ Erdem s. 83

¹⁵⁴ Özbek s.35

¹⁵⁵ Erdem s. 83 vd.

5. Gizli Soruşturma Yapan Resmi Görevliler (Memurlar)

Bunlar gizli görevli-soruşturmacı olmamakla birlikte gizli soruşturma yapan görevlilerdir. Gizli görevlilerden en önemli farkları uydurma kimlik taşımamalarıdır. Bu tür memurlar yaptıkları faaliyet sırasında kimliklerini gizlemekte iseler de uydurma kimlikleri bulunmamaktadır. Ancak bunlar yürüttükleri faaliyetlerin özelliğinden dolayı faaliyet yapacakları çevreye uyum sağlamak, güvenliklerini sağlamak maksadıyla kimliklerini gizli tutmaktadırlar. Ancak uygulamada bu görevlilerinde zaman, zaman kimliğini değiştirdikleri de görülmektedir. Ancak bu durumda gizli soruşturmacıdan ayrımı zorlaşmaktadır. Resmi görevli bu kimliğini sadece sanığa karşı kullanıyorsa, gizli soruşturma yapan polis; bu kimliği diğer şahıslara yönelik olarak da kullanıyor ve hukuki işlemler yapılıyor ise gizli görevli olacaktır.¹⁵⁶

6. Kışkırtıcı Ajan (Ajan Provokatör)

Yıllardır tartışmalı bir konu olan ajan provokatör kavramını ifade etmek için doktrin ve uygulamada kışkırtıcı ajan, tahrikçi, tahrikçi, ajan terimleri de kullanılmıştır.¹⁵⁷ Aslında kavram olarak son derece açıktır. Bir başka ifade ile kışkırtıcı ajan terimi ile anlatılan, ilgili devlet birimlerinin koruması altında, diğer kişileri ve örgütleri suç işlemeye yönelten kişidir.

Kışkırtıcı ajan, kural olarak gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi olabilir.¹⁵⁸ Ajan provokatörün gizli görevliden en önemli farkı, ajan provokatörün çoğu zaman azmettiren, teşvik eden konumunda olması ve bu yönüyle cezalandırılabilir olmasıdır. Hiçbir hukuk sisteminde insanları suç işlemeye teşvik eden ve hatta zorlayan bir müessesenin yer alması düşünülemez. Bu olsa,olsa illegal bir yöntem olarak istihbarat servisleri tarafından kullanılmakla birlikte hiçbir zaman sorumluluklarının bulunmadığı “fail-i meçhul”lerdir.

¹⁵⁶ Özbek s.39

¹⁵⁷ Özbek s. 41

¹⁵⁸ Erdem s. 85

7. Yer Altı Ajanı

Birleşik Amerika'da uygulama alanı bulan Undercover agent (yeraltı ajanı), koğuşturmaya ilişkin somut bir talimat almaksızın suçlu ortama sokulan, orada serbestçe hareket eden ve gerektiğinde suç da işleyebilen uzun süreli gizlice soruşturma yapan bir polis memurudur.¹⁵⁹

Gizli soruşturmacıdan en önemli farkı, gizli soruşturmacının belirli bir konu üzerine ve belirli bir süre yönelmiş olmasıdır. Yer altı ajanı somut bir soruşturma emri almaksızın büyük bir hareket serbestisi içinde uzun süre yer altı örgütlerinde görev yapar ve bu örgütün işlediği suçlara da iştirak edebilir.

Kışkırtıcı ajan gibi, yeraltı ajanı da hukuk devleti sınırları içinde kabul edilebilecek bir uygulama değildir.

8. Kamu Tanığı

Kamu tanığı kamuoyunda daha çok pişmanlık yasası olarak adlandırılan ve bazı suçları affederek veya cezalarını azaltarak terör örgütlerine yönelik bilgi edinmeyi amaçlayan uygulamalardır. Burada örgütün çökertilmesine katkı sağlayacak önemli bilgileri ilgili devlet birimlerine veren örgüt mensuplarının cezalarının hafifletilmesi ve bir takım tanık koruma programları ile hayatlarının güvence altına alınmasıdır.

II. İletişimin İzlenmesi-Kontrolü

A. Kavram ve Terim:

İletişim-haberleşme (*communication*) kelimesi Latince bir kelime olan *communis* yani *ortak* kelimesinden gelmektedir.¹⁶⁰ Çeşitli tanımları olmakla birlikte iletişimin tanımını şu şekilde yapmak mümkündür: “bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller aracılığı ile kişiler veya gruplar arasında değiş-tokuş edildiği bir süreçtir.” İletişim, kaynak, alıcı ve mesaj olmak üzere üç öğeden

¹⁵⁹ Erdem s. 84

¹⁶⁰ İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 4.Baskı, İstanbul,1998 s.3

oluşur.¹⁶¹ Anlaşılacağı üzere iletişim, mesajın kaynaktan, alıcıya bir şekilde ulaştırılmasıdır. İletişimin denetlenmesi ve kontrolü de iletişim sürecindeki bu üç öğeden biri olan mesaja müdahale ile olmaktadır.

Ülkemizde ve dünyada kavram ve terim olarak çok da üzerinde uzlaşma sağlanmış olmamakla birlikte, kavram olarak daha anlaşılır olan “iletişimin denetlenmesi-izlenmesi”ni terim olarak netleştirmek daha zor gözükmemektedir. Bazı yazarlar “telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi” terimini kullanırken¹⁶², bazı yazarlar, “haberleşme araçlarının dinlenmeye alınması”¹⁶³, “uzakla haberleşmenin kontrol edilmesi”¹⁶⁴ terimlerini kullanmaktadır. Yine benzer şekilde bir grup yazar ise “telefon, faks, teleks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi” terimini kullanmaktadır.¹⁶⁵ Doktrinde kavram karşılığı bu şekilde terimleştirilirken yasal düzenlemelerde ise biraz daha farklı bir terim kullanılmaktadır.

Bu konuda ülkemizdeki yasal düzenlemelerde farklı terimler kullanılmıştır. İlk olarak, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 2. maddesinde kullanılan “iletişimin dinlenmesi veya tespiti” terimidir. Ancak 5271 sayılı (yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu’nun beşinci bölümünde kavram, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Yasanın 135. maddesinde “iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması” terimi kullanılmıştır. Aynı şekilde Polis, Jandarma ve MİT’in görev ve yetkileriyle ilgili kanunlara eklenen fıkralar ile iletişimin denetlenmesi konusunda spesifik yetki veren 5397 sayılı yasada “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim” terimi kullanılmıştır.

¹⁶¹ İçel s.4

¹⁶² Tosun, Öztekin, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinlenmesi”, İÜHF, C.41,1976,s.85 vd.

¹⁶³ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 1995, s.349

¹⁶⁴ Yurtcan, Erdener,/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, İstanbul,1997, s. 258

¹⁶⁵ Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), DEÜHFY. No 49, Ankara,1994, s. 188; Sözüer, Adem, Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Faks ve Faks Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHF 1997, Türkan Rado’ya Armağan, C.LV;S.3, s.64

Yukarıda izah edilen, gerek doktrindeki, gerekse mevzuattaki terimler farklılık gösterse de kavram olarak aynı anlamı karşıladığı, en azından uygulamada aynı anlamı taşıdığı bir gerçektir. Bu bakımdan terimi dar anlama yol açacak şekilde sınırlamadan ifade etmek en doğru yaklaşım olacaktır. Örneğin 5271 sayılı yasada bölüm başında “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” terimi içinde yer alan “telekomünikasyon” ifadesinin terimin karşıladığı anlamı daraltmaması gerekir. Uygulamada bu kavram çoğunlukla “telefon haberleşmesi”ne indirgenmektedir. Bu durumda telefon dışında yapılan iletişim, söz gelimi, internet iletişimi ne olacak? Burada biz “iletişimin denetlenmesi” terimini genel ve kapsayıcı bir terim olarak kullanmayı uygun buluyoruz. Haber ve iletişim kelimeleri kavram ve terim olarak örtüşmemektedir. Zira iletişim “bir takım iletilerin karşı tarafa ulaştırılması süreci” dir. Bu nedenle telekomünikasyon terimini geniş anlamda kullanmak daha uygun olacaktır. Nitekim Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’te¹⁶⁶, Telekomünikasyon, “*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımdan hareketle, iletişimin izlenmesi ve kontrolünü şu şekilde tanımlamak mümkündür: her türlü verinin¹⁶⁷ herhangi bir şekilde (kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektro mekanik) gönderici tarafından, alıcıya iletilmesi sürecinin herhangi bir aşamasında veya tamamında, gönderici ve alıcının (veya herhangi birisinin) bilgisi ve iradesi dışında, söz konusu iletişimin içeriği, tarafları vb. hakkında bilgi elde etmeye yönelik faaliyetlerdir.

¹⁶⁶ Yayımlandığı Resmi Gazete Sayı: 25365; Tarih: 06 Şubat 2004

¹⁶⁷ aynı yönetmelikte kişisel veri, bilgi şu şekilde tanımlanmaktadır: “Tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi”

Bir başka ifadeyle, Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini kapsamına almaktadır.¹⁶⁸

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve kontrolü ne şekilde olabilir? Yukarıdaki tanımlardan hareketle, telekomünikasyonun bütün şekilleri için farklı tarz ve yöntemler uygulanması gerekir.

Telekomünikasyon kavramının içeriğinin genişliği yanında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim kapsamında en belirgin olarak karşımıza telefonla yapılan iletişim ve bunun dinlenmesi ve kontrol edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi ve kontrolü kapsamında ilk akla gelen ve en çok uygulanan telefon dinlemesidir. Özellikle mobil telefonların da yaygınlaşarak günlük hayatın her alanına girmiş olması, telefon dinlenerek bilgi toplanmasını daha da cazip ve önemli hale getirmiştir.

Aslında gerek mobil gerekse sabit telefonların istihbarat amaçlı kullanımı yalnızca telefon konuşmalarının dinlenmesi ve tespiti ile sınırlı olmamaktadır. Gelişen teknoloji ile birlikte özellikle mobil telefonlar iletişimin kontrolü dışında tamamen farklı bir kavram olan “teknik takip” amaçlı da kullanılabilir. Örneğin cep telefonlarının bir “coğrafi yer bildirim aracı” olarak kullanılması günümüzde özellikle kriminal amaçlar için sıklıkla kullanılmaktadır. Pek çok suçlunun yerlerinin, taşıdıkları cep telefonları aracılığı ile tespit edildiği bir vakıadır. Benzer şekilde cep telefonlarının teknik anlamda birer “göndermeç”; yani buldukları ortamdaki sesleri gönderen bir cihaz olduğu da bilinen bir gerçektir. Telefon kapalıyken bile, bulunduğu ortamdaki konuşmaları uygun teknik donanımlarla dinlemek mümkündür.

¹⁶⁸ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

Telekomünikasyon¹⁶⁹ yoluyla yapılan iletişimin diğer türleri üzerinde de takip ve kontrol yapılabilmektedir. Kanımızca, günümüzde telefon iletişiminden sonra iletişimin kontrolüne en fazla konu olan, elektronik iletişim, daha somut ifade ile bilgisayar ile internet üzerinden yapılan iletişimdir. Terör örgütlerinin bile tercih ettiği bir haberleşme şekli olan internet üzerinden haberleşmenin kontrolü de telefon dinlemesinden çok farklı değildir.

Benzer şekilde sadece iletişimin denetlenmesi değil, iletişimle ilgili diğer bilgilerin kontrolünün de haberleşme özgürlüğü kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin hangi numaralarla, ne zaman ve ne kadar süre haberleşme yapıldığını içeren bilgi bu kapsamda değerlendirilmelidir. İletişimin içeriğine girmeksizin, söz gelimi görüşülen numaraların tespiti türünden bilgilerin elde edilmesinin, haberleşmenin gizliliğini ihlal etmediği şeklinde görüşe katılmak imkan dahilinde değildir.¹⁷⁰ Hatta, bize göre cep telefonun hafızasında kayıtlı telefon numaraları da özel hayat kapsamında değerlendirilmeli ve bunlara ulaşılması “iletişimin denetlenmesi”ndeki prosedüre bağlı olmalıdır.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesinin Kısa Değerlendirmesi

1. Suç Bakımından

İletişin denetlenmesi bakımından ülke uygulamalarına bakıldığında, hangi durumlarda söz konusu uygulamanın yapılabileceği konusunda suçun niteliğinden hareketle ortaya çıkan üç durum olduğu söylenebilir.¹⁷¹ Bunlar, a.belirli suçları içine alan bir suç kataloğu oluşturup bu fiillere göre, b. Failin işlediği suç dikkate alınarak, verilmesi imkan dahilinde olan cezaya göre, c. Fiilin ağırlığına bakılarak haberleşme araçlarının kontrolü.

¹⁶⁹Telekomünikasyon: Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması (Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 10.11.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25989)

¹⁷⁰ Bkz karşı görüş için, **Gökçen** s.201

¹⁷¹ **Gökçen** s.208

Suç kataloğu modelinde, haberleşme araçlarının denetimi, kanunda tek, tek belirtilen suçlar açısından mümkündür. Söz konusu suçlardan meydana gelen listeye “suç kataloğu” adı verilmektedir.

İşlenen suçun çarptırılması muhtemel Cezaya göre yapılan düzenlemede ise belli bir limitin üzerindeki cezayı gerektiren suçlarda haberleşme araçlarının denetlenmesi mümkündür. Örneğin Avusturya’da bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza alma ihtimali olan ve kasden işlenen suçlar bakımından kontrol mümkündür. Fransa’da en az iki yıl hürriyeti bağlayıcı ceza alma ihtimali olan cürüm ve cünhalar söz konusu olduğunda denetleme mümkün olabilmektedir.¹⁷²

Üçüncü model ise koğuşturulan fiilin belirli bir ağırlıkta olması kriteri İngiltere ve İsviçre’de uygulanmaktadır. Çok da açık olmayan bu kriterin uygulanması belirsiz oluşu nedeniyle eleştirilmektedir. İngiltere de koğuşturulan fiilin “belirli ağırlıkta olması”nın ne anlama geldiği açıklanmıştır. Buna göre, koğuşturulan fiilin üç yıldan fazla ceza almasının muhtemel olması veya çok sayıda kişinin katılımıyla müşterek bir amaç için işlenmiş olması ya da fiilin büyük bir kazanç elde etmek için şiddet kullanarak ika edilmiş olması gerekmektedir.¹⁷³

İletişimin denetlenmesinde bir başka yöntem olarak hem suça verilebilecek cezanın özelliği hem de suçun niteliğinin dikkate alındığı “karma” bir yöntem uygulanmaktadır. Bu yöntemde öncelikle suç için belirlenmiş bir ceza sınırının yanı sıra suçların da Katalog yöntemiyle tek, tek belirlendiğini görmekteyiz.

2. Kararı Verecek Makam

Kişilerin hak ve özgürlüğüne ağır bir müdahale getirmesi bakımından tedbire karar verme yetkisi konusunda karşılaştırmalı hukukta, hemen bütün ülkelerde “özel yetki kuralları”nın öngörüldüğü anlaşılmaktadır.¹⁷⁴İletişimin

¹⁷² Gökçen s. 201

¹⁷³ Gökçen, s. 203

¹⁷⁴ Erdem/Özbek s. 284

denetlenmesine karar verecek makam bakımından üç farklı sistemin bulunduğu söylenebilir.¹⁷⁵ İlk olarak denetleme kararının idari bir makam tarafından, örneğin savcı tarafından verildiği “idari yetki sistemi”, ikincisi bu yetkinin adliye mensuplarına¹⁷⁶ örneğin hakime ait olduğu “adli yetki sistemi”, son olarak da denetleme kararını kural olarak hakimin verdiği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da karar vermeye yetkili olduğu “karma yetki sistemi”.

Almanya, Avusturya, İsviçre ve Fransa’da tedbire karar verme yetkisi hakime tanınmakla birlikte bu konuda önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Almanya’da bu yetki hazırlık soruşturmasında görev almamış bir sulh ceza hakimine aitken, Avusturya’da üç hakimden oluşan bir hakimler kurulu tarafından tedbir kararı verilmektedir.¹⁷⁷ İsviçre ve Fransa’da bu yetki sorgu hakimine tanınmışken, İngiltere’de ise idari mercilere, bu konuyla görevlendirilmiş bir bakana bırakılmıştır.

C. Türk Hukukunda Durum

Ülkemizde öteden beri, insanların sürekli bir “dinlenme” korkusu” içinde oldukları, bunda da çok haksız olmadıkları medyada yer alan haberlerden anlaşılmaktadır. Öyle bir hale gelmiştir ki devlet kurumları bile dinlenmekten şikayet eder olmuştur. Aslında güvenlikten sorumlu bir kurumun, güvenlikten sorumlu başka bir kurumun muhaberesini izlemesi konuyla ilgili bir takım problemlerin olduğunu göstermektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁵ **Gökçen** s. 204 vd.

¹⁷⁶ “adli” merci olarak kastedilen, yargılama sürecinde karar mercii durumunda bulunan mahkeme veya hakimdir.

¹⁷⁷ **Erdem/Özbek** s. 285vd.

¹⁷⁸ Kamuoyunda “Sarmusak hadisesi” olarak bilinen olay: Deniz Kuvvetleri Karargahında askerliğini yapmakta olan Onbaşı Kadir Sarmusak, Batı Calisma Grubu (BCG) ile ilgili gizli belgeleri, Emniyet Genel Müdürlüğü’ne sızdırmakla suçlanıyordu. Dönemin istihbarat Daire Başkanvekili Bulent Orakoglu’na, BCG’nin çalışma raporlarını goturdugu öne sürülen Sarmusak, icisleri Bakanı Meral Aksener tarafından göreve getirilen Orakoglu’yla Niğde’de tanıştığını ifade etmiş, belgeleri ise sızdırmadığını, Orakoglu’nun isteği üzerine kendisine getirdiğini ve içeriklerini bilmediğini öne sürmüştü. <<http://www.milliyet.com.tr/1997/10/03/t/haber/sarmu.html>> (Erişim Tarihi: 10/11/2005)

Benzer şekilde, üst düzey bürokrat ve yargı mensuplarının telefonlarının dinlendiği ve bu nedenle açtıkları tazminat davasını da kazanmışlardır.¹⁷⁹

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahaleye yasal dayanak teşkil eden düzenlemeler bakımından hangi amaçla yapıldığı noktasından hareketle- ikili bir ayrıma gitmek faydalı olacaktır. İstihbarat- ulusal güvenlik amaçlı olarak veya kolluk amaçlı, ceza muhakemesi tedbiri olarak yapılan iletişimin kontrolü faaliyetlerinin yasal dayanakları da farklı bir gelişim süreci izlemiştir.

Türkiye’de ceza muhakemesi tedbiri olarak haberleşmenin denetlenmesi ilk kez CMUK’un¹⁸⁰ postada el koymaya ilişkin hükümleri çerçevesinde 91.madde kapsamında “sair mersule” kavramı içerisinde yapılmıştır. CMUK’nun 91.maddesine göre; “*sanığa gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir. Sanık tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılın ve tahkikat noktai nazarından münderecatının ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar ve sair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir.*”

Ancak mersule kavramı içinde telefon görüşmesinin ele alınıp alınamayacağı konusunda yazarlar farklı görüşlere sahiptir. En azından, son teknolojik gelişmelere kadar telefon görüşmeleri “sair mersule “içerisinde ele alınırken,¹⁸¹ bazıları buna şüpheyle yaklaşmış ve yeni yasal düzenlemelerin

¹⁷⁹Yasadışı dinleme nedeniyle birçok dava açıldı. Bunlardan öne çıkanlardan birisi de eski Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı Naci Ünver’in resmi telefonunun dinlenmesiydi. Ünver, İçişleri Bakanlığı aleyhine dava açtı. İçişleri Bakanlığı’nın mahkemeye gönderdiği savunma, idarenin telefon dinlemeye bakışını da gözler önüne serdi. Bakanlık, yalnızca Yargıtay’ın değil, başka önemli kişi ve kurumların da telefonlarının dinlendiğini belirterek olası bir tazminatın yeni tazminat istemlerine neden olacağını savunarak davanın reddini istedi. Mahkeme, İçişleri Bakanlığı’na, Naci Ünver’e 7.5 milyar lira tazminat ödemeye mahkûm etti. Yargıda nüfuz kullanarak davaları etkilemeye çalışıldığına ilişkin Neşter-2 soruşturmasının telefon dinlemesine Yargıtay üyeleri de takıldı. Yüksek yargıçların durumunu değerlendirmek üzere toplanan Yargıtay 1.Başkanlık Divanı, Yargıtay üyelerinin dinlenmesi için bir izin isteminin bulunmadığına, yasa uyarınca izin alınması gerektiğine işaret ederek, yasal olmayan yollardan elde edilen delilin ceza yargılamasında kanıt olarak kabul edilemeyeceğine oybirliğiyle karar verdi. <http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/08/26.htm> (Erişim Tarihi: 10/10/2005)

¹⁸⁰ CMUK, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG. Tarih 31/03/2005, sayı 25772) un 18/1(a) maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸¹ **Kunter**, Nurullah Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1974, s. 256,

zorunluluğuna dikkat çekmiştir.¹⁸² Ancak yeni dönemde telefon haberleşmesini (telekomünikasyon yoluyla yapılan diğer haberleşmeleri de), CMUK ta geçen “sair mersule” içinde değerlendirmek mümkün olmamıştır.¹⁸³

CMUK’ta özel olarak düzenlememekle birlikte, kanunun özü itibarıyla “haberleşme”nin bir ceza muhakemesi tedbiri olarak denetlenmesine cevaz verdiği; bu nedenle teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni haberleşme biçimleri için de dayanak teşkil edeceği düşüncesinden hareketle, hakim kararı ile CMUK kapsamında telefon konuşmaları denetlenmiştir.

Ülkemizde, haberleşmenin denetlenmesi CMUK’un 91.maddesi kapsamında yapılırken, bu konudaki tereddütlerin veya uygulama belirsizliklerinin giderilmesi maksadıyla, 1999 yılında çıkarılan 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu¹⁸⁴ ile getirilen düzenleme konuyla ilgili yeni bir dönem açmıştır. ÇASÖMK m. 2, iletişimin dinlenmesi ve tespiti başlığı altında söz konusu tedbiri düzenlemektedir. Buna göre, “*bu kanunda öngörülen suçlan işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusunu altında bulunan kimselerin kollandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alman veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir*”.

Burada ilk dikkati çeken nokta, karşılaştırmalı hukuktaki eğilime de uygun olarak, tedbirin yalnızca telefon dinleme ile sınırlı olmaması, bunun yanında faks, bilgisayar gibi yazılı ve sözlü iletişimin de denetleme kapsamına alınmış olmasıdır.¹⁸⁵

¹⁸² **Özbudun**, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara,1977 s.289

¹⁸³ **Erdem/Özbek** s. 254 vd.

¹⁸⁴ 23/03/2005 kabul tarihli, 31/03/2005 tarih ve 25772 mükerrer sayılı R.G.de yayımlanan 5220 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 17. maddesi ile , 01/04/2005 tarihinden geçerli olmak üzere (5328 sayılı kanunla yürürlük tarihi 01/06/2005 olarak değiştirilmiştir.) yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸⁵ **Erdem** s. 85 vd.

D. İletişimin Denetlenmesinde Yeni Dönem ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine, ceza muhakemesi dışında *önleyici* amaçla ve *istihbarat amacıyla* da başvurulabilmektedir. CMK'da söz konusu tedbirin uygulanması, "*bir suç dolayısıyla*" ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, *delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun koğuşturmasıyla* sınırlı olduğu söylenebilir. Böylece söz konusu tedbirin *bastırıcı* niteliği açığa kavuşturulmuş; bunun dışındaki bir amaçla tedbire başvurma olanağı ortadan kaldırılmıştır.¹⁸⁶

Öte yandan bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılması olanaksızdır ("*amaca bağlılık ilkesi*"). Bu tedbire başvurmak suretiyle elde edilen bilgilerden, bir başka suçun aydınlatılması amacıyla yararlanılıp yararlanılamayacağı *tesadüfen ele geçen delillerin değerlendirilmesi* başlığı altında aşağıda ayrıca açıklanacaktır.

5271 sayılı CMK'da "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" 5. bölümde düzenlenmiştir.

Kanunun **135.**maddesinin 1.fıkrası şu şekildedir: "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet*

¹⁸⁶ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

savcısı tarafından derhâl kaldırılır.” Maddenin diğer fıkralarında ise iletişimin denetlenmesinin ayrıntıları yer almıştır.

Şimdi CMK'daki “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi”nin uygulanmasındaki ayrıntılara bakalım.

1. Maddi Koşullar

a. Suç ve Suç Şüphesi

aa. Suç

Telekomünikasyon yoluyla yapılacak iletişimin denetlenmesinin suç bakımından uygulanmasında bütün suçlar bakımından değil ancak, suçun belli bir ağırlıkta olması ve belli niteliklerde olması koşulu karşılaştırmalı hukukta da kabul edilen bir husustur. 5271 sayılı CMK'da da tedbire bütün suçlar bakımından değil ancak, kanunda sayılan suçlar bakımından başvurulabilmesi sağlanmıştır. Bir başka ifade ile yasa “katalog” yöntemi ile belirlenen suçlar için iletişimin denetlenmesini olanaklı hale getirmiştir. İletişimin denetlenmesinin hangi suçlar bakımından kullanılabilceği, 135.maddenin 6. fıkrasında sayılmıştır.¹⁸⁷ Tedbire başvurulabilmesinin ilk koşulu, suçun bu katalogda sayılan suçlardan biri olmasıdır.

CMK m. 135/6'da sayılan suçlara *teşebbüs* ve *iştirak* söz konusu olduğunda da, bunlar suçun özel bir görünüş biçimi olduğu için, tedbirin uygulanması bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması veya iştirak halinde işlenmesi

¹⁸⁷ 135/6) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),3. İşkence (madde 94, 95),4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),7. Parada sahtecilik (madde 197),8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),9. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 10. Rüşvet (madde 252), 11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),12. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),13. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

önem taşımaz. Bununla birlikte her halde bu suçların hazırlık aşamasında anılan tedbire başvurulması olanaksızdır.¹⁸⁸

bb. Suç Şüphesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için hangi şüphe derecesinin aranacağı konusunda karşılaştırmalı hukuk, iki ayrı çözüm modeli sunmaktadır. Bazı kanunlar, bu tedbir için aranan şüphe derecesi konusunda özel bir gereklilik öngörmemekte iken, bazı kanunlar hangi şüphe derecesinin aranacağını ayrıca belirtme yoluna gitmektedirler.¹⁸⁹

5271 sayılı CMK'da ancak "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda" bu tedbire başvurulabileceği belirtilmektedir. Buradaki "kuvvetli şüphe" deyimini ile somut bir hareket noktası olmadan tedbire başvurulamayacağı anlaşılmaktadır.

b. İkinci Derecede Uygulanabilirlik

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin diğer delil elde etme yöntemlerine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin ağırlığından dolayı, başkaca bir yöntemle delil elde edilerek sonuca ulaşılabilir olması halinde bu tedbire başvurulamayacaktır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirin haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle, oranlılık ilkesinin somut bir görünümü olarak *ikinci derecede uygulanabilirlik* koşuluna yer verilmektedir. Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder ve aynı suçu aydınlatmak üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise onun seçilmesini gerektirir. Nitekim CMK m. 135/1'de, bu tedbire başvurmak için "*başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması*" koşuluna yer verilmek suretiyle bu tedbirin diğer tedbirlere göre ikincil olduğu vurgulanmak istenmiştir.

¹⁸⁸ Erdem agm

¹⁸⁹ Erdem agm

c. Tedbirin Uygulanacağı Kişiler

Kanunda, tedbirin uygulanabileceği şahıslar olarak “şüpheli” veya “sanık” belirtilmiştir.¹⁹⁰ Tedbir suçla ilgili olduğundan muhakemenin bütün aşamalarında uygulanabilecektir. Ancak bunun için her hal ve şartta şüpheli ve sanık sıfatlarının devam etmesi gerekir. Nitekim kanunun 137/3 maddesi gereği “...şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi...” halinde tedbire son verileceği belirtilmektedir.

Yasada, bir yenilik olarak, tanıklıktan çekinebilecekler bakımından bir istisna getirilmiştir. Madde 135/2 gereği “şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.”

Bu tedbir, konuşmanın karşı tarafı örneğinde olduğu gibi, etkisini kaçınılmaz olarak, koğuşturulan suçla ilgili olmayan üçüncü kişiler üzerinde de gösterir. Bu durum tedbire başvurulmasını engellemez ise de, bunun için somut olgulara dayanan bir şüphe bulunan bir veya birden fazla kişi hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmış olmalıdır.

Müdafinin bürosunun aranması hususu Kanunun 136/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz. Burada ayırt edici husus müdafinin bürosunun, bu kanun kapsamında yalnızca şüpheli veya sanığa yüklenen suçlar nedeniyle tedbirin uygulanamayacak olmasıdır. Yoksa kendisinin şüpheli veya sanık olduğu durumlar için 136/1 maddenin uygulanma olanağı yoktur.

¹⁹⁰ 5271 Sayılı Kanun m. 135/1 “... Şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir...” şeklindedir.

2. Biçimsel Koşullar

a. Tedbire Karar Verme Yetkisi ve Kararın İçeriği

aa. Karar Verme Yetkisi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine karar verecek makam bakımından ülke örneklerinde genellikle üçlü bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Birinci grupta kararın “idari bir mercii” tarafından verildiği “idari yetki sistemi” mevcut iken, diğer grupta ise kararın adli bir mercii tarafından verildiği “adli yetki sistemi” uygulanmaktadır. Son olarak kararın kural olarak Mahkeme-hakim tarafından verildiği, gecikmesinde sakınca olan hallerde idari makamların da yetkili olduğu “karma sistem”dir.¹⁹¹

Ancak iletişimin denetlenmesine bir ceza muhakemesi tedbiri olarak başvurulması durumunda karar vermeye yetkili merci olarak mutlaka bir adli merciin hakim veya hakimler kurulunun yetkili olması ceza muhakemesinin gereklerine uygun düşecektir.

Almanya’da ve Avusturya’da da tedbire karar verme yetkisi, hazırlık soruşturmasının yönetimini üstlenmiş olmayan üç hakimden oluşan bir hakimler kuruluna tanınmıştır. Buna karşılık Fransa’da tedbire sorgu hakimi karar verme yetkisine sahiptir. Birleşik Amerika’da, gizli dinleme’ tedbirlerine hâkim tarafından karar verilmektedir; acele durumlarda, savcılığa da karar verme yetkisi tanınmış ise de, kırk sekiz saat içinde hâkim tarafından incelenmesi üzerine, duruma göre, tedbire ilişkin kararın onaylanması veya tedbirin kaldırılması yoluna gidilebilmektedir. İngiltere’de özellikle de tarihsel nedenlerden dolayı tedbire karar verme yetkisi bir bakana tanınmıştır. Kural olarak bu, içişleri bakanıdır; gecikmede tehlike durumunda yetkili bakanın yüksek derecedeki memuru da, bakanın sözlü olarak yetkilendirmesi üzerine

¹⁹¹ Erdem/Özbek s. 284 vd.

tedbire karar verebilmektedir; ancak bu durumda kararın sonradan bakanın onayına sunulması aranmıştır.¹⁹²

5271 sayılı yasada Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi hakime tanınmıştır. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde savcıya da yetki verilmiş olmakla birlikte, savcının bu kararının derhal hakimin onayına sunulacağı hususu yasada yer almıştır. Yasanın.135/2 maddesi şu şekildedir: “*hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.*” Burada asıl olan tedbir kararının hakim tarafından verilmesidir. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde bu yetki cumhuriyet savcısına tanınmıştır. Bu durumda savcının kararının “derhal” hakimin onayına sunması gerekecektir. Hakimin konuyla ilgili kararını yirmi dört saat içinde vermesi de yasada yer almıştır.

CMK m. 135/1 c.3’de “*sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır*” denilmiş, ancak bu süre içinde elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusuna açık bir yanıt verilmemiştir. Tedbire başvurulması için gerekli koşulların mevcut olmadığı veya bu süre içinde ortadan kalktığı gerekçesiyle savcı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmaması veya sunulmuş olmakla birlikte hakim tarafından onaylanmaması durumunda, aksi yönde yapılacak bir yorum, zaman içinde hakim onayı zorunluluğunun dolaşılması sonucuna yol açacağından, bu süre içinde elde edilmiş olan bilgilerin delil olarak değerlendirilmemesi hukuka ve yasaya uygun olacaktır.¹⁹³

¹⁹² Erdem s. vd.121

¹⁹³ Erdem, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

bb. Tedbir Kararının Şekil ve İçeriği

İletişimin denetlenmesinin özel hayata ağır bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle tedbirle ilgili kararın kişi, süre, kapsam vb konularda son derece ayrıntılı olması, istismar ve maksatlı kullanımlara yol açmayacak içeriğe sahip olması gerekir. Nitekim CMK m. 135/3 c.1’de “*kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti olanak veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir*” ifadesiyle verilecek kararın şekil ve içeriği ortaya konulmuştur.

Buna göre, kararda ilk olarak sanık veya şüpheliye yüklenen “suç” yer alacak ki bu CMK m.135/6 da sayılan suçlardan biri olacaktır. Hakkında tedbir kararının uygulanacağı kişi, yani sanık veya şüpheli hakkındaki kimlik bilgileri yer alacaktır.

Kararda yer alacak bir diğer husus ise iletişim aracının somutlaştırılmış bilgileri ile ilgili bilgilerdir. Burada iletişim araçları kavramı içerisine hangi tür araçların girdiği veya girebileceğine bakılacak olursa, başta telefon olmak üzere, ses, görüntü, data vb veriyi iletmekte kullanılan her türlü cihazın konu olabileceği görülmektedir. Dolayısıyla kararda, icra organları için, bu cihazlara yönelik kimlik bilgilerinin açık şekilde yer alması gerekecektir. Bu bilgiler cihazların özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Örneğin bir telefon için telefon numarası olurken, bilgisayar vasıtasıyla yapılacak iletişim için bilgisayar kimlik numarası (IP) olacaktır.

Kararda tedbirin türü de kararda yer alacak hususlardandır. Tedbirin türü ile kastedilen, iletişimin türü ve iletişimde kullanılan araçlara göre farklılık arz eden, uygulama tarzlarıdır. Örneğin telefon konuşmaları için dinleme, kayda alma, görüşmelerle ilgili kayıtların tespiti şeklinde olabilecektir.

Son olarak tedbir kararının uygulama süresi de kararda yer alacaktır. Bu süre için yasada üst sınır belirlenerek, Tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği ve bu sürenin en fazla bir defa daha uzatılabileceği, yasanın gereğidir.

b. Kararın Yerine Getirilmesi

Gerek 5271 sayılı CMK da gerekse bundan önceki yasalarda (CMUK ve ÇASÖMK) telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin koğuşturma organları tarafından yerine getirileceğı hususu düzenlenmiştir. Nitekim CMK m.137/1 uyarınca “C. Savcısı veya görevlendireceğı adlî kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirelmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir” denilmektedir. 3/7/2005 tarihli 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılması Hakkında Kanun ile durum tamamen değışmiş ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde yeni bir dönem açılmıştır. Her şeyden önce hangi merci ve hangi amaçla olursa olsun telekomünikasyon yoluyla yapılan her türlü iletişimin denetlenmesi talebi, bu maksatla ihdas edilmiş özel bir birim tarafından, "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" mağrifetiyle yerine getirilecektir. Anılan başkanlık telekomünikasyon kuruluna bağılı olarak görev yapacak ve burada MİT, jandarma ve polis temsilcileri de bulunacaktır.¹⁹⁴

3. Tedbir Kararının Sonuçları

a.Tedbirin Sona Ermesi

İletişimin denetlenmesi kararı mutlaka bir süreye bağılı olarak verilebilecektir.¹⁹⁵ Bu nedenle sürenin dolması ile birlikte tedbir sona erdirilecektir. Ancak bazı durumlarda süre dolmadan da tedbire son verilebilir. Örneğın, tedbirden beklenen amaca daha kısa bir sürede ulaşılması veya tedbir kararında yer alan

¹⁹⁴ 5397 Sayılı Kanun m.1: "...Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağılı 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir..."

¹⁹⁵ CMK'nun süreyle ilgili 135/3. maddesi şu şekildedir: "Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğı, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir." Ancak, CMK'da, üç aylık sürenin, hangi andan itibaren başlayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sürenin kararın verildiğı andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.

kişinin veya iletişim vasıtasının ortadan kalkması gibi nedenlerden dolayı tedbirin konusuz kalması durumlarında artık tedbirin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez. Gerçekten eğer henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise, tedbirin uygulanmasına derhal son verilebilmesi gerekir. Söz gelimi tedbire başvurulmasını gerektiren suçun, CMK m. 135/6'da sayılan suçlardan birisinin olmadığına anlaşılması, başka yolla da tedbirden beklenen sonuca ulaşılabilmek olanağının ortaya çıkması, şüpheli veya sanığın suçu işlediği veya iştirak ettiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması tedbirin gecikmeksizin sona erdirilmesini gerektirir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, kanunda öngörülen koşulların sonradan ortadan kalkması veya suçun aydınlatılması için tedbire artık gerek duyulmaması durumunda tedbire son verilmesi doğrultusunda hükümlere yer verilmektedir.¹⁹⁶

b. Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması ve Yok Edilmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasıyla elde edilen bilgiler, yargılama sürecinde çoğunlukla bir "delil" olarak kullanılacaktır.

CMK 137/3 nci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

Hukuksal korunma güvencesinin (Any. m. 36) etkili olarak gerçekleşmesi, tedbirin uygulanmasından sonra ilgiliye, hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten çoğu açık biçimde uygulanan geleneksel

¹⁹⁶ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

koruma tedbirlerinden farklı olarak, bu tedbire ilişkin karar ve işlemler gizli yürütüldüğü için, ilgili, tedbirin uygulanmasından önce veya uygulandığı sırada hakkında böyle bir tedbire başvurulduğunu bilememekte; bu durum, onun hukuksal korunma güvencesinden de fiilen yararlanamaması sonucuna yol açmaktadır. İlk bakışta telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi denetlenen kişiye hakkında tedbir uygulandığından bilgi verilmesinin tedbirin gizli olma niteliğiyle bağdaşmadığı izlenimi uyandırabilir. Nitekim CMK m. 135/5'te, "*bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur*" denilmektedir. Burada ise, sanığın muhakemenin gidişine aktif olarak etkide bulunma olanağına sahip olması zorunluluğunun bir sonucu olarak *tedbirin uygulanmasından sonra* olabildiğince erken ve kapsamlı olarak ilgiliye hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesi söz konusudur. Öyle ki, yalnızca şüpheli veya sanığa değil, haberleşmenin karşı tarafı örneğinde olduğu gibi, tedbirle ilgili olan *üçüncü kişilere de*, bu kişiler biliniyor ve soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecekse, bilgi verilmesi gerekir.¹⁹⁷

CMK, 137. maddenin 4. fıkrasına göre "Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir."

4. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen ele geçirilen deliller konusu CMK m.138/1 ve 2 de düzenlenmiştir. Buna göre, "Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir." İlk bölümde soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan delillere ne gibi işlem yapılacağı izah edilmiştir. Bunun muhatabı herhalde bu işlemi yapan birimin görevlileri olması gerekecektir. Bu görevliler, 5397 sayılı yasayla iletişimin denetimi ile ilgili yapacak olan yeni ihdas edilmiş olan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"nın ilgili görevlileri olacaktır.

¹⁹⁷ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

Tesadüfen ele geçen delillerden anlaşılması gereken, yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillerdir. Tedbire başvurulması sonucu başka bir suçla ilgili olarak tesadüfen elde edilen bu bilgilerin ayırım yapılmaksızın delil olarak değerlendirilmesine olanak sağlanacak olursa, hakkında tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan suçların aydınlatılması amacıyla tedbirin kötüye kullanılmasına açık kapı bırakılmış olur ve bu tedbirin ancak katalogda tek tek sayılmak suretiyle gösterilen belirli ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanabileceği yönündeki güvencenin anlamı kalmaz. İşte bu yüzden karşılaştırmalı hukukta, tedbirin uygulanması sırasında bir başka suçla ilgili olarak elde edilmiş olan bilgilerin delil olarak kullanılmasına ancak sınırlı bir çerçevede olanak tanınmaktadır. Sözgelimi Alman CMK § 100b V uyarınca uzakla haberleşmenin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, bir başka ceza muhakemesinde, § 100a'da öngörülen suçlardan birisinin aydınlatılması amacıyla delil olarak değerlendirilebilmektedir.

ÇASÖMK'te, tedbirin uygulanması sırasında bir başka suçla ilgili olarak elde edilmiş olan bilgilerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildi. Buna karşılık CMK m. 138/2, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak CMK m. 135/6'da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda; bu delil muhafaza altına alınacağından ve durumun C. Savcılığına derhal bildirileceğinden söz etmektedir. Böylece CMK, tesadüfen elde edilen bilgilerin, bu bilgiler eğer yine CMK m. 135/6'da sayılan suçlardan birisine ilişkin ise, ancak bu takdirde delil olarak değerlendirilebilmesine olanak sağlamaktadır. Her ne kadar hükümde, açıkça CMK m. 135/6'da sayılanlar dışında kalan suçlar açısından bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de; CMK m. 138/2'deki düzenlemeden, tesadüfen elde edilmiş olan bilgilerden, bu suçların aydınlatılması amacıyla

yararlanılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar bazı yazarlar Ancak öğretide bazı yazarlar, bu bilgilerden katalogda sayılan suçlar dışında kalan suçların aydınlatılması amacıyla *delil olarak* değil, ancak yol *gösterici* olarak yararlanılabileceği söylemekte ise de¹⁹⁸; bazı yazarlara göre böyle bir anlayış, tedbirin, hakkında tedbir uygulanabilecek bir suçtan dolayı uydurma bir soruşturma başlatmak suretiyle, tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan bir suçun aydınlatılması amacıyla kötüye kullanılmasına açık kapı bırakmakta ve bu nedenle de söz konusu tedbirin uygulama alanını, ancak belirli ağırlıktaki suçlarla sınırlı tutmakla izlenen amaçla bağdaşmamaktadır. Bu yüzden bu bilgilerden, CMK m. 135/6 dışında kalan suçların aydınlatılması bakımından yalnızca delil olarak değil, aynı zamanda yol gösterici olarak da yararlanılamaması gerekir.¹⁹⁹

F. Tedbirin Denetimi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, uygulama aşamalarının yargısal veya yargı dışı denetimini üç aşamada değerlendirmek gerekir. Zira tedbirin uygulanması üç aşamada gerçekleşmektedir: tedbire karar verilmesi, kararın uygulanması ve nihayet elde edilen delillerin kullanılması ve/veya ilgiliye haber verilmesi aşamaları.

İlk önce tedbir kararının verildiği aşamada, tedbirin uygulanacağı şahıs veya şahısların böyle bir uygulamadan haberdar olamayacakları için ceza muhakemesi ceza muhakemesinde koruma tedbirlerine karşı gidilebilecek denetim muhakemesi yolları olan itiraz ve temyize bu tedbir için gidilebilmesi imkan dahilinde gözükmemektedir.

Teknik olarak işlemin yapıldığı aşamada ise, benzer şekilde faaliyetin gizli yürütülmesi nedeniyle ilgilinin haberdar olması mümkün olamayacağı için, ilgiliden kaynaklanan bir denetleme mekanizmasının harekete geçmesi imkan dahilinde gözükmemektedir. Ancak, bu aşamada idari bir denetleme mekanizmasından söz

¹⁹⁸ Bkz. Erdem, s. 363 vd.

¹⁹⁹ **Erdem**, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

edilebilir. 5397 sayılı yasa ile kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından tek merkezden yürütülecek olan denetleme faaliyetlerinin, bu birimin faaliyetlerinin denetlenmesi ile ilgili düzenlemeler kapsamında ancak idari bir denetlemeye bağlı olabileceği düşünülmektedir.

Tedbirin uygulanmasıyla ilgili yargısal süreç en belirgin şekilde, son aşamada, yani elde edilen delillerin muhakeme sürecinde kullanılması ya da yasada belirtilen nedenlerle kullanılmıyor veya tedbire son verilmiş ise ilgiliye haber verilmesi aşamasında olmaktadır. Ancak işlem tamamlandı için, işlemin uygulanmasına yönelik bir yaptırım sağlamak doğal olarak mümkün olmayacaktır. Burada ancak, usulsüz işlem yapan kamu görevlilerinin cezalandırılmasına ve uğranılan zararlarla ilgili tazminat talebine yönelik yargısal bir süreç olabilir. Ne var ki koruma tedbirleriyle ilgili tazminat taleplerine yönelik düzenlemelerin yapıldığı CMK m. 141 de koruma tedbirleriyle ilgili maddi ve manevi tazminatların ödeneceğinin belirtildiği, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanmasına yönelik yapılan listede, hukuka aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yer almamıştır. Bu durumda söz konusu madde kapsamında, hukuka aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile ilgili bir tazminat uygulaması mümkün olmayacaktır. Elbette hukuk devletinin vaz geçilmez olan, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetimi çerçevesinde, hukuka aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenen kişiler, temel hak ve özgürlüklerine yönelik bu ağır ihlale karşı elbette, idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallar çerçevesinde tazminat taleplerinde bulunabilecektir.

G. İletişimin Denetlenmesi Bakımından CMK ve 5397 Sayılı Yasa İle Yapılan Eklemelerin Karşılaştırılması

Her iki yasada iletişimin denetlenmesinde belirlenen usul ve esasların farklı olduğu görülmektedir. Her iki yasanın temel farkı, CMK'nın doğal olarak ceza muhakemesi tedbirlerini düzenlemiş olması, buna karşın 5397 sayılı yasanın önleyici ve ulusal güvenlik amaçlı tedbirleri düzenlemiş olmasıdır. Dolayısı ile aradaki fark, önleme-ulusal güvenlik amaçlı istihbarat ile ceza

muhakemesi amaçlı gizli tedbirlerin uygulanmasındaki farkı da ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Farkları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespitinde, 5271 sayılı CMK da gecikmesinde sakınca olan hallerde karar verme yetkisi c.savcısında iken(md.135/1), 5397 sayılı bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanunla bu yetkinin kullanımı, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesine eklenen fıkra ile Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa eklenen madde ile Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle ve 2937 sayılı kanunun 6. Maddesine eklenen fıkra ile MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle mümkün olabilmektedir.

2. Tedbir kararı 5271 sayılı CMK' ya göre en çok üç ay için verilir bu süre bir defa daha uzatılabilirken, 5397 sayılı kanunla yapılan düzenlemede ise kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

3. Her iki düzenleme arasındaki bir diğer fark ise, 135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir. 5397de Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine

ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tesbit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

4. CMK da yetkili hakim sulh ceza hakimi iken 5397 de Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza Mahkemesinin üyesidir.

5. Hakimden karar isteme yetkisi bakımından CMK'da C. Savcısı (daha önceki ÇASÖMK da olduğu gibi), 5397 de Yetkili ve görevli hâkim, kolluk bakımından talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza Mahkemesinin üyesidir. MİT bakımından, yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza Mahkemesinin üyesidir.

III. Teknik araçlarla izleme

A. Kavram

Teknik araçtan kastedilen, ses ve görüntü takibinde kolaylık sağlayan, araç kullanılmaksızın ses ve görüntü takibinin mümkün olmadığı durumlarda buna imkan sağlayan ve her geçen gün teknolojinin gelişmesi ile değişiklik görsel teknoloji ürünü cihazlardır. Günümüzde uzak mesafelerdeki ses ve görüntüleri izlemeye yarayan cihazların ilgili birimlerce kullanıldığı bilinmektedir. Örneğin, gece görüş imkanı sağlayan kameralar, fotoğraf makineleri bulunmaktadır.

Gözetleme, konutun dışından, örneğin gizli mikrofon gibi teknik araçlarla, fakat aynı zamanda ses dalgalarının yol açtığı cam titreşimlerini kaydeden ve bunu konuşmaya dönüştürebilen akustik aletler veya dalga taşıyıcılarının yardımıyla konutun(kapalı mekanın) dışından yapılabilmekte; bu durumda konuşmanın dışarıdan dinlenmesine pencerenin kapatılması suretiyle de engel

olunamamaktadır. Öte yandan bizzat konut içinde de, akustik amaçlı örneğin minyatür gizli dinleyiciler, minyatür mikrofonlar yerleştirilebilmektedir.²⁰⁰

Teknik araçlarla izlemede ses ve görüntü izlemesine göre iki çeşit cihazların kullanıldığı görülmektedir: teknik araçların bir kısmı **optik**, bir kısmı ise **akustik** gözetlemeye yaramaktadır. Hatta her ikisi açısından ek bir fonksiyon olarak ses ve görüntüyü kaydetmeden de söz edebiliriz. Ayrıca bazı teknik araçlar ses veya görüntüyü kaydederken; bazıları da yalnızca aktarmakla sınırlı bir fonksiyona sahiptir. Kullanılan aracın teknik kapasitesine göre, değişik seçenek ve kombinasyon olanakları ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan teknik araçlar, kullanıldıkları yere göre de ikiye ayrılabilir: Bazı teknik araçlar, konutun dışarıdan gözetlenmesi amacıyla kullanılırken; bazı teknik araçlar da, bizzat konut(kapalı mekan) içine yerleştirilmektedir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Teknik İzleme

Alman hukukunda çok açık düzenlemeler bulunmamakla birlikte, dışarıdan akustik/optik araçlar kullanmak suretiyle, konutlar otel odaları ve halka açık toplantılar gözetlemeye alındığı gibi; içeriden ses kaydeden cihazlar, foto kameralar ve gizli dinleyici gibi teknik araçlardan da yararlanılmaktadır.²⁰¹ . Alman CMUK § 100c, gizlice fotoğraf ve film çekilmesine (§ 100c I no. Ia)208; çekim amaçlı olmayan örneğin yer belirleyici gibi sinyal göndericilerin kullanılmasına (§ 100c I no. Ib) ve konut sayılan yerler dışında halka açık olmayan konuşmaların gizlice dinlenmesine ve kaydedilmesine (§ 100c I no. 2) ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Koşullar, müdahalenin yoğunluğuna göre aşamalı olarak belirlenmiştir.²⁰² Ancak, konut içerisinde yapılan konuşmalar teknik araçlarla dinlenememektedir.

İsviçre'de 1979 yılında yürürlüğe giren ceza kanununa göre, hâkim kararıyla, teknik araç kullanma durumu için bir hukuka uygunluk nedeni

²⁰⁰ Erdem s.61

²⁰¹ Erdem s.62

²⁰² Erdem s. 63

öngörülmektedir. Ağırlığı veya özelliği, teknik araç kullanılmasını zorunlu kılan bir suçun koğuşturulması amacıyla, tedbire karar verilebilir. İsviçre’de aşığı yukarı bütün kantonlar, tedbirle ilgili düzenleme yapma yoluna gitmiş olup, tedbire karar veren hâkim için ilgiliye sonradan haber verme yükümlülüğü getirilmiştir.²⁰³

İngiltere’de 1997 tarihli Polis Kanunu ile optik ve akustik gözetleme tedbiri yasal düzenlemeye kavuşturulmuş, ancak tedbire karar verme yetkisinin, hâkime değil, hükümete ait olduğu öngörülmüştür.²⁰⁴

C. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda teknik araçla izleme, açık olarak ilk kez ÇASOMK da düzenlenmiştir. Madde 3’e göre *”bu Kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgah, işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri, teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir.”*

5271 sayılı CMK da ise bu konu daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Teknik izlemenin düzenlendiği 140. madde şu şekildedir: *“Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüpheli sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.”* ÇASOMK den farklı olarak, CMK’da teknik araçlarla izleme yapılabilecek yerler arasında mesken sayılmamış, böylece teknik izleme sadece kamuya açık yerler ile işyerlerinde olmak üzere sınırlı tutulmuştur.

²⁰³ Erdem s.68

²⁰⁴ Erdem s.68

4. ÖZEL HAYATA MÜDAHALENİN KOŞULLARI

I. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Çağımızın yükselen değeri olarak insan haklarının ya da bir başka ifadesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya bunlara müdahale de en az hakların korunması kadar problemlili bir alandır. Temel hak ve özgürlüklerdeki gelişmelerin yanında klasik “müdahale anlayışları” da yetersiz hale gelmiştir. Müdahale anlayışı, modern temel hak ve özgürlük anlayışına uygun olarak fiili müdahaleleri de içerecek biçimde genişletilmiştir. Bu durumda biraz da “pragmatik” bir yaklaşımla, sonuca yönelik bir etkiye sahip olsun veya olmasın, belirli bir amaca dayansın veya dayanmasın, bir zorlama içersin veya içermesin, dolaylı ve doğrudan, hukuki veya fiili, temel hak ve özgürlüğün koruma alanına giren bir davranışta bulunmayı olanaksız kılan her türlü devlet işlemi müdahale kavramına girmektedir. Başka bir anlatımla burada önemli olan, yönetimin işlemlerinin biçimi değil, daha çok onların hangi etkiye sahip olduklarıdır. Yeter ki bu etki, kamu otoritesinin nedensel ve ona atfedilebilir bir işleminden kaynaklanmış olsun.²⁰⁵

Özel hayatın Türk hukuk sistemi içinde –diğer insan haklarında olduğu gibi- korunduğu en üst norm Anayasadır. Hukukumuzda bireysel hayatın korunması kavramına ilk olarak 1961 Anayasasının 15 ilâ 17. maddelerinde yer verilmiştir. 1982 Anayasası’nda da “Özel hayatın gizliliği ve korunması” kenar başlığı altında 20 ilâ 22. maddelerde bu konu düzenlenmiştir.

Avrupa birliği ile bütünleşme sürecinde yapılan yasal düzenlemeler çerçevesinde anayasada yapılan değişikliklerle özel hayatın sınırlandırılmasına yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu konuda ilk olarak yapılan 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliktir.²⁰⁶ Anayasada yapılan değişiklikle, 13. maddedeki temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmış ve temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın

²⁰⁵ Erdem s.63

²⁰⁶ Söz konusu Kanun 17/10/2001 tarihli ve 24556 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

“yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlanabileceği kabul edilmiştir.

Yine bu değişlikle, Anayasanın özel hayatın gizliliği ve korunmasıyla ilgili 20 ilâ 22. maddelerinde yapılan yeni dzenlemeyle, Kişilerin üstlerinin veya özel eşyalarının aranması ile haberleşme hürriyetine yapılacak müdahalelerin *“millî güvenlik, kamu dzenini, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak”*; ve *“usulüne göre verilmiş hâkim kararı”*, bu olmadığı zaman ise sayılan sebeplere bağlı olarak *“gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri”* ile mümkün olabileceği; *“hâkimin, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı”* hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi 1971 yılında vermiş olduğu kararda ses bantlarının kayıtlarının başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça tek başlarına bir isnada tek başına delil olarak değerlendirilmesinin hukuk devletinde dđřünölemeyeceđi yönünde karar vermiştir.²⁰⁷

Anayasa Mahkemesi'nin daha sonraki bir kararında ise öğreti ve uygulamada doğruluğu her zaman kontrol edilebilen video bantlar yasa dışı yollarla elde edilmediği sürece, yargıda kanıt olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, video bantları, yasa dışı yollarla sağlanmadığı ve konuşmalarında görüntü ve içerik bakımından bunları yaptığı iddia edilen kişilere ait olduğu dosyada bulunan belgeler ve bilirkişilerce yapılan çözümlerle sabit olduğundan video bantlar delil olarak kabul edilmiştir.²⁰⁸

Anayasa Mahkemesi, özel hayata müdahale sonucu doğuracak yasal dzenlemeler bakımından, ceza muhakemesi kanunundaki dzenlemelerin

²⁰⁷ AYM'nin 17.9.1971 tarih ve 1971/41-67 Sayılı kararı (RG 14073)

²⁰⁸ AYM'nin 16.1.1998 tarih ve Esas Sayısı : 1997/1 (Siyasî Parti Kapatma) Karar Sayısı : 1998/1 sayılı kararı

Anayasanın 20. maddesine aykırılık oluşturmayacağı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre: “*Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak Anayasa'nın 20. maddesinde getirilmiş bulunan dokunulmazlık ilkesine, adli soruşturma ve kovuşturmanın gerekleri bir istisna teşkil etmektedir. Bu husus 20. maddenin içerdiği açık özel bir sınırlama nedenidir. Adli soruşturma ya da kovuşturmanın gerektirmesi halinde özel hayatın gizliliğine dokunulabilecektir.*”²⁰⁹

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'ne göre özel hayata müdahaleyi gerektiren yasal düzenlemelerin Anayasa ile güvence altına alınmış “özel hayat” kapsamındaki hakların korunmasına yönelik bir ihlal oluşturmamaktadır.

Uyum sürecinde yasalarımızda yapılan değişiklikler Medeni Kanunla devam etmiştir. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu kabul edilmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹⁰.

Kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin hukuksal zemini anlamında asıl önemli değişiklikler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²¹¹ ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu²¹² ile yapılmıştır. Kanunun 132–140 maddelerinde “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” düzenlenerek özel hayata yönelik hukuk dışı müdahaleler yaptırıma bağlanmıştır.

Kolluk- ceza muhakemesi kapsamında bir delil elde etme yöntemi olarak veya devlet güvenliği kapsamında istihbarat amaçlı bilgi elde etmek maksadıyla özel hayata müdahaleyi gerektiren faaliyetlerin hukuk devleti sınırları içinde kabul edilebilmesi için hukuk devletinde belirlenmiş olan müdahale şartlarına uygun yürütülmesi gerekir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan

²⁰⁹ Bkz. Karar metni için: Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi:

<<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-08.htm>> (Erişim Tarihi: 17/12/2005)

²¹⁰ Kanun Numarası: 4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 8/12/2001, Sayı : 4607 Yayımlandığı Düstur: Tertip, 5 Cilt, 41

²¹¹ Kanun Numarası : 5237 Kabul Tarihi : 26/9/2004 Yayımlandığı R. Gazete : Tarih : 12/10/2004 Sayı : 25611 Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 43

²¹² 1/12/2004 tarihli Kanununun, 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihi 11/5/2005 tarihli ve 5349 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle “1 Haziran 2005” olarak değiştirilmiştir.

uzakla haberleşmenin denetlenmesi, teknik araç kullanma, kayıt ve verilerin incelenmesi ve nihayet gizli görevli kullanma tedbirinin yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklere hangi koşullar altında müdahale edilebileceği yönünde bir değerlendirme yapılmasının gereksiz olduğu ileri sürülebilse de özellikle son yapılan düzenlemelerle birlikte temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi açısından aranan koşullara ne dereceye kadar uygunluk taşıdığına görülebilmesi bakımından özel hayata müdahaleni koşullarını incelemek gerekecektir.

A. Yasal Dayanak

Özel hayata müdahale gerektirecek faaliyetlerin mutlaka yasal bir dayanağının bulunması gerekir. Bu husus hem doktrin ve karşılaştırmalı hukukta ve hem de AİHM kararlarında kabul görmektedir.

Anayasa'mızda temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ancak yasal bir dayanakla olabileceği hususu tereddütsüz bir şekilde yer almıştır²¹³. Ancak burada bir hususu da belirtmek gerekir: önceki bölümlerde de değinildiği gibi istihbarat faaliyeti olarak adlandırılan veya istihbarat birimlerince yürütülen bütün faaliyetler özel hayata müdahale sonucunu doğurmayacağı için bu kapsamdaki bütün faaliyetler için yasal dayanaktan da söz edilmesi gerekmeyecektir.

Yasal dayanağın, biçimsel anlamda bir "yasa" niteliği taşımasının yanı sıra aynı zamanda fonksiyonel anlamda da bir yasal dayanak niteliğini taşıması gerekir.

Yasal dayanak olarak, mutlaka yasama organından ve bu amaca matuf olarak çıkarılmış; açık ve özel yetki veren bir yasanın varlığı zorunludur. Bunun dışında, kolluğa "genel yetki" veren yasalar çerçevesinde özel hayata müdahale niteliği taşıyan faaliyetlerin yapılması mümkün olamayacaktır. Örneğin, PVSK nun ek-7.maddesinde polise verilen genel anlamdaki istihbarat yetkisine

²¹³ Anayasa m.13

dayanılarak özel hayata müdahaleyi sağlayan bir yetki normu olarak anlaşılacaktır.²¹⁴

Delil elde etmeye yönelik diğer tedbirlerin benzetme-kıyas yoluyla özel hayata müdahale niteliğindeki uygulamalara dayanak teşkil ettirilmesi de özel hayata müdahale için uygun değildir. Aynı paralelde örf ve adet hukuku da bu kapsamdaki faaliyetle için kullanılmayacaktır. Benzere şekilde yasa niteliği taşımayan iç genelgelerle de özel hayata müdahale gerektiren istihbarat faaliyetlerinin yapılamayacağı ortadadır.

B. Oranlilik

Oranlilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ile amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü araçlara başvurulması gerektiği anlamını taşımakta ve böylece bir anayasal çerçeve elde etmektedir.²¹⁵

Oranlilik ilkesinin gereği olarak kullanılan yöntemlerin bu yöntemlerin kullanılmasıyla elde edilecek hukuki faydayı sağlamaya elverişli olması gerekir. Bir başka ifade ile özel hayata müdahale sonucunu doğuracak faaliyetlerle istenilen delillerin elde edilebilmesi gerekir.

Doktrinde “gereklilik” olarak adlandırılan ilkeye göre, özel hayata müdahaleyi gerektirmeyen veya daha az bir müdahaleyi gerektiren bir başka yöntemle amaca ulaşamaması durumunda bu tür faaliyetlerin yapılabilmesi gerekir.

Ölçülülük, bir başka ifade ile oranlilik ilkesi devlet ve bireyin çatışan menfaatleri arasında bir dengeyi sağlamayı amaçlar. Temel hak ve özgürlüklerin koruma alanına, gizli soruşturma tedbirlerine başvurmak suretiyle müdahalede bulunulabilmesi için, daha üstün değerdeki bir hukuki yararı koruma amacının söz konusu olması gerekir.²¹⁶

²¹⁴ Bkz. **Erdem** s.190

²¹⁵ **Erdem** s.190

²¹⁶ **Erdem** s.218

C. Belirlilik ve Normun Açıklığı

Bireyin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleler, müdahalenin kapsam ve koşullarını açıkça ve bütün bireyler için teşhis edilebilir biçimde ortaya koyan anayasaya uygun yasal bir dayanağı gerekli kılar. Ancak bu tür bir hukuki dayanak, belirlilik ve normun açıklığı ilkesine uygunluk gösterir.²¹⁷

II. Özel Hayatın Sınırlandırılmasının Sınırları

A. Genel Olarak

Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın sınırı olarak temel hakkın "özü" ne dokunulamayacağı hususu yer almıştır. Ancak her şeyden önce temel hakkın "özü" olarak anlatılan kavramın ne olduğunun belirsizliği yanında bu dokunulmazlığın mutlak bir dokunulmazlık mı yoksa nispi bir dokunulmazlık mı olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Özel hayatın "giz" alanı olarak adlandırılan ve bireylerin hayatlarında dokunulmaz bir alanı teşkil eden bir yaşam alanı bulunmaktadır. Hiçbir şekilde bu giz alanına dokunulamaması gerekir. Dolayısıyla bu giz alanına müdahale etmeye imkan sağlayan düzenlemeleri hukuk devleti sınırları içinde kabul etmek mümkün değildir.

Özel yaşamın dokunulmaz alanını belirleme konusunda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen ve Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen kuşak/alan teorisinden yararlanılmaktadır. Bilindiği gibi, teori, yaşamın, mutlak olarak korunan gizli alanı, devlet müdahalelerine esas itibarıyla açık olan özel alanı ve korunmaya değer bir yanı bulunmayan sosyal alanı arasında bir ayırımı gitmektedir.²¹⁸ Bu anlamda "giz" alanı içinde yer aldığı konusunda kuşku bulunmayan konuta yönelik faaliyetleri de bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

²¹⁷ Erdem s.227

²¹⁸ Erdem s.232

Nitekim ÇASÖMK'nun konut içinde teknik araç kullanmaya imkan tanıyan 3. maddesi, Anayasanın 20. maddesi bağlamında bazı yazarlar²¹⁹ tarafından tereddütle karşılanırken söz konusu yasayı yürürlükten kaldıran 5271 sayılı CMK da konut teknik araçlarla izleme yapılabilecek yerler arasında sayılmamış ve böylece hukuka uygun bir düzenleme yapılmıştır.

B. İnsan Onuru ve Değeri

İnsanın değeri ve onuru, insana yönelik her türlü eylem ve davranışın dayanacağı son noktadır. Hukuksal korumalar, ülkeden ülkeye değişmekte ve en önemlisi pozitif hukuk kurallarının her zaman için bütün boşlukları dolduracak şekilde düzenlemediği bir gerçektir. Bu durumda insanı koruyacak zırh insanın onur ve değerinin dokunulmazlığı olacaktır. Bir başka ifade ile insanın onuru ve değerinin anlam ve içeriği, özel hayatın sınırlandırılmasının da sınırını teşkil etmektedir.

İnsanın değeri ve onuru derken kastedilen, cins olarak insanın, diğer varlıklarla ilgisi bakımından özel durumu ve özel durumundan dolayı kişilerin insanlar arası ilişkilerde sahip olduğu bazı haklar, bir başka deyişle insanın varlıktaki özel yeridir.²²⁰

Özel hayata yönelik müdahalelerin yasal çerçeveleri oluşturulurken insanın onuru ve değeri bir çekirdek alan olarak belirlenmeli ve hiçbir durumda bu alana müdahale edilememelidir.

İnsan onuru'nun hangi şart ve durumda bulunulursa bulunsun mutlak koruma altında olması gerekir.

²¹⁹ geniş bilgi için Bkz. **Erdem** s.235 vd.

²²⁰ **Kuçuradi**, İoanna, "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayın Hazırlayan İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1996, s.40

III. AİHM'nin AİHS'nin 8. Maddesi İle İlgili Uygulamaları

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmış olan haklardan birine yönelik ihlal iddiasının önüne gelmesi ile harekete geçer ve muayyen bir süreç dahilinde bunu inceleyerek sonuçlandırır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1959 yılında Avrupa Konseyi (Council of Europe) bünyesinde kurulmuştur. Merkezi Strasbourg'da bulunan Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde insan hakları ihlallerine ilişkin davalara bakar. Bunun yanı sıra Mahkeme, Sözleşme ve ilgili protokoller üzerinde öneri niteliğinde görüş bildirir. Mahkeme'de Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleriyle eşit sayıda yargıç bulunmaktadır. Altı yıl için seçilen yargıçlar herhangi bir üye ülkeyi temsil etmezler, bu nedenle bir ülkeden birden fazla sayıda yargıç görev yapabilir.

Ülkeler ya da bazı durumlarda şahıslar, bir üye ülkenin insan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açabilirler. Mahkeme nezdinde dava açabilmek için ulusal düzeydeki bütün yasal yolların tüketilmesi ve ulusal Mahkemenin aldığı kararın üzerinden en çok altı ay geçmiş olması gereklidir. Yakın bir geçmişe dek dava başvuruları, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na iletilmekteydi. Komisyon başvuruyu inceleyerek kabul edilip edilmeyeceğine karar vermekte, başvurunun kabul edilmesi durumunda Komisyon tarafından hazırlanan rapor üzerine Mahkeme'de dava açılmaktaydı. Ancak 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokol, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Mahkemesini birleştiren tek bir yapı oluşturarak, bu sistemi önemli ölçüde değiştirmiştir.

Günümüzde Mahkeme dört ayrı bölümden meydana gelmekte, her bölümün içerisinde ise üç yargıçtan oluşan Komiteler ile yedi yargıçtan oluşan Mahkemeler (Chambers) bulunmaktadır. Yeni sistemde başvurular bölümlerden birine iletilmekte, burada bir raportör tarafından yapılan inceleme sonucu, bir Komite ya da doğrudan bir Mahkeme tarafından ele alınıp alınamayacaklarına

karar verilmektedir. Komiteler, daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun üstlendiği başvuruları inceleme görevini gerçekleştirmektedir. Komitelere iletilen başvurular, incelenmelerini takiben gerekli görüldüğü takdirde bir Mahkeme'ye iletilmektedir. Mahkeme'de görülen dava sonucunda oy çokluğuyla karar alınmaktadır. Üye ülke, alınan karara itiraz etmek için onyediyar yargıçtan oluşan Yüksek Mahkeme'ye (Grand Chamber) üç ay içinde başvurma hakkına sahiptir. Yüksek Mahkeme'nin aldığı karar nihaidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları üye ülkeler üzerinde bağlayıcıdır. Dava sonucunda bir üye ülkenin insan haklarını ihlal ettiği kararı alınırsa, bu ülkeye ihlale son vermesi ve zararı telafi edici önlemler alması için uyarıda bulunulur, gerektiği takdirde zararın tazminine yönelik para cezası belirlenir.

B. Mahkemenin 8. Maddeye Yaklaşımı

AİHS'nin 8. maddesinin iki bölümden oluştuğu üzerinde durulmuştu. Mahkeme 8. madde kapsamında önüne gelen bir davayı bu maddenin iki aşamasında değerlendirdiği görülmektedir. Öncelikle, Mahkeme 1.fıkra kapsamında bir şikayet olup, olmadığını incelemektedir. Eğer şikayet bu kapsama giriyor ise, bu durumda, Devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda **pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve** söz konusu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği irdelenir.

Daha sonra ikinci fıkranın test edilmesi aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada, öncelikle 8. madde kapsamında korunan haklara bir müdahalenin olup olmadığı incelenir. Eğer müdahale olmuş ise, bu müdahale **kanunlara uygun** mu; **meşru bir amacı** var mı ve demokratik **bir toplumda söz konusu müdahale gerekli** mi? sorularının cevaplarının arandığı bir test uygulanır. Şimdi Mahkemenin bu yöndeki ihlal iddialarında işlettiği süreci inceleyeceğiz.

- Şikayet, 8. Madde 1. fıkrada korunan hakların birinin **kapsamına** giriyor mu?

- Giriyorsa, Devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda **pozitif yükümlülüğü** var mı ve söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş mi?

C. Şikayetin Niteliği ve Devletin Yükümlülüğünün İrdelenmesi

Mahkeme öncelikle, önüne gelen şikayetin sözleşmenin 8. maddesinde korunmakta olan bir hakkın ihlali çerçevesinde olup olmadığını araştırır. Bir başka ifade ile şikayet 8. maddede korunan özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşme kişisel haklarından birini veya birden fazlasını ilgilendirmelidir.

8. maddenin 1.fıkrasında korunan dört kavramın tam anlamıyla açık olmadığı gibi Mahkeme de bu kavramların net bir tanımını yapmaktan kaçınarak davanın genel durumuna göre karar vermektedir.²²¹ Bu kavramların son derece dinamik olduğu, ve birbiriyle bağlantılı ve bazıları birbiriyle çakışan çok farklı konuları içermeye potansiyeline sahip olduğu gerçeği yanında, Mahkemenin söz konusu dört kavram konusunda yaklaşımı şu şekildedir:

1. Mahkemeye Göre Özel Hayatın Anlam ve Kapsamı,

Mahkeme, kararlarında özel hayatın sınırlarının bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu vurgulamıştır.²²² Mahkemenin özel hayat kavramının içerik ve sınırlarının belirlenmesi bakımından verdiği 1992 tarihli kararı bu bakımdan bize bir fikir vermektedir. Bu karar göre: *“..[özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.”*²²³

²²¹ **Kilkelly**, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Ankara 2003, s.9

²²² Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar.

²²³ Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

Mahkemeye göre, içeriği ne olursa olsun Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir.²²⁴

Mahkemenin, özel hayatın haberleşme boyutu ile ilgili verdiği dikkat çekici kararlar şu şekildedir:²²⁵

- *A-Fransa*²²⁶ davasında hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, **bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını** belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir.

- *Halford-Birleşik Krallık*²²⁷ davasında, bu hakkın kapsamına, **amacı iş ya da özel olsun**, bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur.

- Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullandığı durumda, söz konusu görüşme diğer kullanıcıların da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve **özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir.**²²⁸

Mahkeme kişisel veriler konusunda, birey hakkında rızası olmaksızın bilgi toplanmasını her zaman 8.madde 1. fıkra kapsamında değerlendirerek bunu özel hayata müdahale olarak nitelendirmiştir.²²⁹ Bu konudaki örneklerden bazıları:

²²⁴ **Kilkelly** s.10

²²⁵ **Kilkelly** s.11

²²⁶ A-Fransa davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

²²⁷ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

²²⁸ Appl. No. 21353/93, 27 Şubat 1985.

²²⁹ **Kilkelly**. s.12

Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi **nüfus sayımı**²³⁰;

- Polis kayıtları gizli olsa bile²³¹, polis tarafından **parmak izi, fotoğraf** ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi;²³²
- **Tıbbi verilerin** toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması;²³³
- Vergi makamlarının **kişisel harcamaların** detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi;²³⁴

2. Mahkemeye Göre Aile Hayatının Anlam ve Kapsamı,

Mahkemeye göre aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir. Ancak 8. Madde evlenerek veya çocuk sahibi olma fırsatını elde ederek aile kurma hakkını içermemektedir.²³⁵

Mahkeme kural olarak, her bir davadaki bilgilere dayanarak aile hayatının var olup olmadığına karar verir; bu konuda uygulanan genel prensip, ilgili taraflar arasında **yakın kişisel bağlar** olup olmadığıdır. Mahkeme'nin her bir davayı ayrı değerlendiren yaklaşımı aile hayatını oluşturan ve oluşturmeyen ilişkileri saymanın her zaman mümkün olmadığı anlamına gelse bile, giderek daha çok sayıda ilişki 8. Madde'nin otomatik koruması kapsamına girmektedir.²³⁶

²³⁰ Appl. No.9072/82, X-Birleşik Krallık davası, 6 Ekim 1982, 30 DR 229.

²³¹ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

²³² Murray-Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar.

²³³ Appl. No. 14661/81, 9 Temmuz 1991, 71 DR 141.

²³⁴ Appl. No. 9804/82, 7 Aralık 1982, 31 DR 231.

²³⁵ AİHM'nin 12. Maddesi evlenme ve aile kurma hakkını teminat altına almaktadır.

²³⁶ **Kilkelly**. s.17

3. Mahkemeye Göre Konutun Anlam ve Kapsamı

Genel olarak 8. Madde'deki anlamına göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir; bu nedenle 8. Madde 1. fıkradaki anlama göre **yaşanan bütün yerler konut olabilir**. Tatil evleri ve iş yurtları veya diğer geçici uzun süreli konaklama yerleri istisna olabilir.²³⁷

Mahkeme bir gayri menkulün maliki durumunda olan kişilerin **gayri menkulle ilişkilerini**, konutları sayılabilecek düzeyde **devam ettirmiş olmalarını buranın konut olarak değerlendirilebilmesi için yeterli kabul etmiştir**.²³⁸

İşyeri-konut ayrımının her zaman için kesin hatlarıyla yapılması mümkün olmadığından Mahkeme, 1992'de, 8. Madde kapsamında, konut kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir. *Niemietz-Almanya*²³⁹ davasında Mahkeme, konutun örneğin meslek sahibi bir kişinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiştir.²⁴⁰

4. Mahkemeye Göre Haberleşmenin Anlam ve Kapsamı

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, **kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır**.²⁴¹ Haberleşme kavramını oluşturan öğelerin teknoloji ile birlikte değişmesi nedeniyle Mahkeme de bu kavrama telefonla iletişimi²⁴² ve teleksi²⁴³ de katmıştır. elbette haberleşme, günümüzde yalnızca posta yoluyla gönderilen malzemeleri, telefonu ve teleteksi kapsamamaktadır. Mahkeme, bu **kavramın yorumunun da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak** ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapılacağı

²³⁷ *Kilkelly* s.19

²³⁸ Gillow-Birleşik Krallık davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar.

²³⁹ Gillow-Birleşik Krallık davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar.

²⁴⁰ *Kilkelly* s.19

²⁴¹ *Kilkely* s.19

²⁴² Klass-Almanya davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

²⁴³ Appl. No. 21482/93, Campbell Christie-Birleşik Krallık, 27 Haziran 1994, DR 78A, s. 119.

tahmin edilmektedir. Ancak uygun koruma düzeyi, söz konusu haberleşme yöntemine göre değişebilir.²⁴⁴

Madde'nin sunduğu koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu yüzden devlet, örneğin **suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin** 8.Madde 1.fıkranın kapsamına girmediğini iddia edemez.²⁴⁵ *Halford-Birleşik Krallık*²⁴⁶ davasında, **iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin** ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir.²⁴⁷

Haberleşme **kavramının yorumunun da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak** ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapılacağı tahmin edilmektedir. Ancak uygun koruma düzeyi, söz konusu haberleşme yöntemine göre değişebilir.

D. Özel Hayata Yönelik Müdahalenin İrdelenmesi

1. Müdahalenin Tespiti

Yukarıda da izah edildiği üzere Mahkeme, önüne gelen şikayetle ilgili olarak öncelikle 8.madde kapsamında bir müdahale olup olmadığını incelemektedir.

Müdahale olduğunu kanıtlamak davacının sorumluluğudur. Örneğin *Campbell-Birleşik Krallık*²⁴⁸ davasında hükümet, başvuruda bulunan tutuklu herhangi bir mektubunun açılmış olduğunu gösteremediğinden, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği iddiasını kanıtlayamadığı görüşünü ileri sürmüştür. Ancak özellikle davacı ve avukatının dikkati çekildiği üzere, mevcut cezaevi uygulaması mektupların açılmasına ve okunmasına izin verdiği için Mahkeme, Sözleşme kapsamında bir müdahale olduğu sonucunu

²⁴⁴ **Kilkelly** s.20

²⁴⁵ A-Fransa davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

²⁴⁶ Halford-Birleşik Krallık davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

²⁴⁷ **Kilkelly** s.20

²⁴⁸ Campbell-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

ulaşmıştır. Bu tür durumlarda davacı, 8. Madde kapsamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği için mağdur durumda olduğunu iddia edebilir. Böylece davacının müdahaleyi oluşturan maddi hasarın kesinliğini kanıtlamadığı durumlarda, söz konusu **müdahalenin gerçekleşmiş olma olasılığını gösterebilmesi yeterli olacaktır.**²⁴⁹

Ancak özellikle gizli soruşturma tedbirleriyle, istihbarat faaliyetleri çerçevesinde kişilerin özel hayatlarına yapılan müdahalelerin davacılar tarafından ispatlanmasının güçlüğü karşısında Mahkeme, daha farklı bir yaklaşım sergilemektedir.

Gizli yürütülen faaliyetlerin özelliği gereği bunlara muhatap olanlar tarafından bilinmesi her zaman için mümkün olmayacaktır. Bazıları bu durumdan şüphelenebilir ancak ellerinde yeterli kanıt olmayabilir. Mahkeme bazı durumlarda, bu konudaki kanunların varlığının, 8.Madde kapsamında, kişilerin özel hayatına ve haberleşmesine müdahale olduğunu iddia etmesine neden olabilir. Bu iddia, ancak bazı şartlarda başarıya ulaşabilir.

- *Klass-Almanya*²⁵⁰ davasında Mahkeme, bireyin söz konusu önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, **sırf gizli önlemler** veya gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeniyle, **ihlale mağdur olduğunu** iddia edebileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu durumun **sadece belirli şartlar altında** gerçekleşebileceğini açıkça ifade etmiştir. İlgili şartlar, çığnendiği iddia edilen Sözleşme'den kaynaklanan hakka, itiraz edilen önlemlerin gizlilik özelliğine ve davacı ile söz konusu önlemler arasındaki bağa göre belirlenecektir.

- *Malone-Birleşik Krallık*²⁵¹ davasında, davacının telefonunun gerçekten dinlenip dinlenmediği konusunda bir anlaşmazlık Mahkeme'ye getirilmiştir. Hükümet, bir telefon görüşmesine polis tarafından müdahale edildiğini kabul etmek dışında, söz konusu kişinin telefon görüşmelerine ve

²⁴⁹ **Kilkelly** s.23

²⁵⁰ *Klass-Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

²⁵¹ *Malone-Birleşik Krallık*, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

mektuplarına başka zamanlarda da müdahale edilip edilmediğini, edildiyse ne derecede müdahale edildiğini açıklamayı kabul etmemiştir. Ancak şu durum kabul edilmiştir:”Söz konusu kişi, çalıntı malları aldığından şüphelenildiği için, posta ve telefon müdahalelerinin yapılma olasılığı olanların oluşturduğu sınıfın bir üyesidir.”²⁵²

Mahkeme sonuç olarak, “bu kişiye karşı gerçekten alınan önlemlerden ayrı olarak”, haberleşmenin gizli gözetimine izin veren ve gözetimi mümkün kılan kanunların ve uygulamaların olmasının başlı başına, davacının 8. Madde kapsamındaki haklarını kullanmasına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir.²⁵³

2. Müdahalenin Sözleşmeye Uygunluk Nedenleri

Sözleşmenin 8.maddesinin 2.fıkrasında, 1.fıkroda koruma altına alınan hakların hangi koşullarda müdahaleye konu olacağı yer almıştır. Buna göre, hakkın sınırlaması ancak “yasa” ile öngörülmüş olması durumunda mümkün olabilecektir. Bu nedenle, Mahkeme bu aşamada, Müdahalenin *kanunlara uygun ve meşru bir amacının olup olmadığını araştırdıktan sonra böyle bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını* incelemektedir.

8. Madde’den kaynaklanan haklara müdahale eden bir önlem, sadece kanunlara uyulan durumlarda bu hükme uygun olabilir. Şikayet edilen önlem kanuna uygunluk şartına uymuyorsa, 8. Madde’nin yi ihlali söz konusu olacaktır.²⁵⁴

Şikayet edilen müdahalenin “kanunlara uygun” olması için, **yasal bir dayanağı** olmalıdır ve söz konusu kanun, **yeterince kesin** olmalı ve kamu otoritelerinin **keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem** içermelidir.²⁵⁵

²⁵² Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

²⁵³ Kikelly s.24

²⁵⁴ Kikelly s.25

²⁵⁵ Kikelly s.25

Yasalarla özel olarak yetki verilmemiş ve idari uygulamalarla veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunludur. Ne kadar sıkı uyulursa uyulsun, idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır.

- Mahkeme, *Malone-Birleşik Krallık*²⁵⁶ davasında telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. O dönemde telefonların dinlenmesi, detayları yayınlanmamış olan idari uygulamalarla özel olarak yasalarla verilmiş yetki olmadan düzenleniyordu. Mahkeme, **kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirtmiştir**: bu bir idari uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi, bu da 8. Madde'nin ihlali anlamına geliyordu.

- Daha yakın zamanda Mahkeme, *Khan-Birleşik Krallık*²⁵⁷ davasında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı için ve söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İç İşleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği için, Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. Madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir.²⁵⁸

Mahkemeye göre “yasaya uygunluk” şartının karşılanması için, söz konusu kanun, ilgili kişiler tarafından **ulaşılabilir olmalı** ve **gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmelidir**.²⁵⁹ Buna **tahmin edilebilirlik** şartı denir ve takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi

²⁵⁶ Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

²⁵⁷ Khan-Birleşik Krallık davası, 12 Mayıs 2000 tarihli karar.

²⁵⁸ **Kilkelly** s.25

²⁵⁹ Andersson-İsveç davası, 25 Şubat 1992 tarihli karar.

bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanun 8. Madde ile tutarsız olmaz.²⁶⁰

Tahmin edilebilirlik şartı açısından, gizli gözetim konusundaki kanunların her zaman için ilgililer tarafından açık olduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme, tahmin edilebilirlik açısından Sözleşme'nin gerektirdiği şartları, *Malone-Birleşik Krallık* davasında şu şekilde belirtmiştir: "*Haberleşmenin polis soruşturması amacıyla izlendiği özel durumlarda, ilgili yasanın kişinin davranışına sınır getirmeyi amaçladığı alanlarla bütünüyle aynı olamaz. Özellikle, tahmin edilebilirlik şartı, bir bireyin yetkililerin haberleşmesine ne zaman müdahale edeceğini tahmin edip ona göre davranışını ayarlayabilmesi anlamına gelemez.*"²⁶¹

Aynı şekilde *Leander-İsveç*²⁶² davasında Mahkeme, bir kişinin gizli polis biriminin tam olarak ne tür kontroller yapabileceğini tahmin edebilme iddiasında olamayacağını belirtmiştir. Ancak Mahkeme'nin ifade ettiği gibi, genel olarak vatandaşlara uygulanabilen bir sistemde: "*kanunlar, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açıkça ifade edilmelidir.*"²⁶³

Mahkeme telefon dinlenmesiyle ilgili uygulamalar için bu tür faaliyetlerin özel hayata ağır müdahale teşkil etmelerinden dolayı, bu nedenle kesin bir kanuna dayanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Fransa aleyhine açılan *Kruslin*²⁶⁴ ve *Huvig*²⁶⁵ davalarında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız kanununun, 8. Madde 2. fıkradaki tahmin edilebilirlik şartına uyup uymadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Alınan karara göre: *telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle*

²⁶⁰ Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

²⁶¹ **Kilkelly** s.27

²⁶² Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

²⁶³ **Kilkelly** s.27

²⁶⁴ Kruslin-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

²⁶⁵ Huvig-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle özellikle kesin olan bir “kanuna” dayanmalıdır. Özellikle kullanılabilecek teknolojiler devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.

Mahkeme'nin bu bağlamdaki görüşüne göre, (yazılı olan ve olmayan) Fransız kanunları: *“Kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum söz konusu dönemde daha da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında vatandaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır”*²⁶⁶

*Rotaru-Romanya*²⁶⁷ davasında davacı, Romen İstihbarat Teşkilatı'nın (RIT), kendisi hakkında yanlış ve küçük düşürücü olduğunu iddia ettiği bilgiler içeren kişisel bir dosyaya sahip olduğundan şikayet etmiştir. Buradaki temel konu, bu müdahaleye izin veren kanunun davacı tarafından erişilebilir ve sonuçlarının tahmin edilebilir olup olmadığıdır. Mahkeme öncelikle, **yürütmenin bir yetkisini gizli kullanıldığı durumlarda keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olduğuna** dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca şöyle demiştir: *“gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.”*²⁶⁸

*Rotaru-Romanya*²⁶⁹ kararında Mahkeme, ulusal kanunlarda, ulusal güvenlik amaçlı bilgilerin toplanmasına dayanak teşkil eden kanunlardan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasının sınırlarının da belirlenmiş olması

²⁶⁶ Kilkelly s.17

²⁶⁷ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

²⁶⁸ Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar, para. 67 ve Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

²⁶⁹ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu yetkilerin kullanımı konusunda sınır belirleyen herhangi bir hüküm bulunmadığını gözlemlemiştir.

Mahkeme, sınırlama konusunda şu hususların yer alması gerektiğini karara bağlamıştır:

- Ne tür bilgilerin kaydedilebileceği,
- Hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gözetim önlemlerinin alınabileceği insan kategorileri,
- Bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceği veya
- İzlenecek prosedür.
- Ne kadar eski bilgilerin saklanacağı veya bu bilgilerin ne süreyle saklanacağı.
- Tedbirlerin uygulanmasından sonra işleyecek bir denetim mekanizmasının varlığı.²⁷⁰

3. Müdahalenin Meşru Bir Amacının Olup Olmadığının Araştırılması

Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin 8. Madde 2. fıkra kapsamında meşru bir amacı olup olmadığı sorusunu ele alır. 8. Madde 2. fıkrada, bir devletin bu konuda başvurabileceği amaçların listesi vardır. Örneğin, Devlet aşağıdaki konuları ileri sürebilir:

- Bireyler hakkında bilgi toplama ve saklama “ulusal güvenlik amacına yöneliktir”;

²⁷⁰ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

- Tutukluların yazışmalarına müdahale etmenin amacı “toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini” önlemeyi amaçlar;
- Çocukları istismar gördükleri bir evden almak veya bir tarafa vesayet vermeyi reddetmek veya temasa izin vermemekte amaç “sağlığın veya ahlakın” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunmasıdır.
- İhraç veya sınır dışı etme emri vermede amaç “ülkenin ekonomik refahını” korumaktır.

Müdahalenin amacını veya **amaçlarını belirlemek, iddiaya yanıt veren Devletin sorumluluğudur** ve müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, Devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabildiği anlamına gelmektedir. Davacının genellikle Devletin ileri sürdüğü nedenin müdahalenin “gerçek” nedeni olmadığını iddia etmesine rağmen, Mahkeme bu iddiayı kolaylıkla kabul etmemektedir. Hatta Mahkeme’nin Devletin attığı adımların nedeni olarak ileri sürdüğü amaçlara pek az dikkat ettiği ve genellikle ileri sürülen amaçları (sağlığın ve ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) tek bir başlık altında topladığı söylenebilir.²⁷¹ Yani birçok davada Mahkeme, devletlerin **uygun bir amaca yönelik hareket** etmiş olduğunu kabul eder; davacının itiraz ettiği durumlarda bile, belirlenen meşru amacı veya amaçları neredeyse hiç reddetmemiştir.

E. Madde Kapsamında İstihbarat Faaliyetleri İle İlgili Mahkeme Yaklaşımı

Kişisel bilgilere ulaşım bakımından Mahkeme, -daha önceki bölümlerde bizim de yaptığımız, amaçlarına göre istihbarat tasnifine benzer şekilde- ikili bir tasnife gitmiştir. Buna göre, polis tarafından suçun önlenmesi ve belirlenmesi amacıyla toplanan ve saklanan bilgiler ve ulusal güvenliğin korunması amacıyla güvenlik güçleri tarafından tutulan dosyalar.²⁷²

²⁷¹ Open Door Counseling-İrlanda davası, 29 Ekim 1992 tarihli karar.

²⁷² **Kilkelly** s.19

Kişilerin, fotoğraflarının çekilmesi bakımından Mahkeme, bu işlemin aleni bir ortamda olması, kullanım alanının sınırlılığı gibi bir takım kriterlerle davayı irdelenmiştir. Örneğin bir gösteriye katılan kişinin fotoğrafının çekilerek buradan teşhis edilmesini sözleşmeye aykırı bulmamıştır.

*Friedl-Avusturya*²⁷³ davası, davacının katıldığı bir gösteri sırasında ve gösteri sonrasında Viyana polis otoritelerinin fotoğraf çekmesi konusundadır. Polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel verileri kaydetmiş ve söz konusu gösterilerle ilgili idari bir dosyada saklamıştır. Ancak Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamış ve kararı için şu üç nedeni ileri sürmüştür: fotoğraf çekme işlemi davacının evine girip evinde olmadığı için **“iç alanına” bir müdahale olmamıştır**; fotoğraflar, davacının kendi isteğiyle katıldığı bir **kamu olayına**, yani kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı bir gösteriye aittir; Fotoğraflar, **konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması göz önünde bulundurularak**, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir.²⁷⁴

Mahkeme, ulusal güvenlik amaçlı olarak kişisel verilere erişim konusunda da yasal düzenlemeye şart görmüştür. Devletlerin yetkililere kamunun ulaşmadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir.²⁷⁵

Ayrıca ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılması da kabul edilebilir bir uygulamadır. Söz konusu istisnai şartları ve özel görevleri tanımlamak Devletin sorumluluğundadır. Ancak Mahkeme bu tür davalarda, **istismara karşı yeterli ve etkin teminatların** olduğu konusunda tatmin olması gerektiğini de belirtmiştir. “Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli gözetim sistemi, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar verebileceği, hatta demokrasiyi yok edebileceği” riski göz önünde bulundurularak, teminatların gerekli olduğunu

²⁷³ Friedl-Avusturya davası, 19 Mayıs 1994 tarihli karar.

²⁷⁴ **Kilkelly** s.21

²⁷⁵ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

belirtmiştir.²⁷⁶ Bu nedenle Devletler, **Devletin gücünü istismar etmesini** ve 8. Madde haklarının ihlal edilmesini **önlemek için asgari koruma standartlarını** belirleyen gerekli çerçeveyi oluşturmalıdır.²⁷⁷

1. Özel Hayat ve Haberleşme

Özel haberleşmeye yönelik müdahaleleri Mahkeme, genellikle 8.madde kapsamında korunan haklardan özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi haklarını ihlal ettiği görüşündedir.

Tutukluların haberleşmelerini 8.madde kapsamında korunan haklar bağlamında değerlendirilmesinde, hüküm giymiş bir tutuklunun haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale etme “gereğinin”, tutuklu olma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilmesi gerektiği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak olgular temelinde, bir tutuklunun avukatıyla haberleşmesini önleyen kararın 8. Madde’yi ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁷⁸

Mahkemeye göre, Sözleşme kapsamında **bir tutuklu ve avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma**, bir avukatın bir tutukluya yazdığı mektubun durumda yetkililer tarafından ancak *mektubun içinde, normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe olması durumunda*²⁷⁹ açılabilceği anlamına gelmektedir.²⁸⁰ Mahkeme, *Campbell* davasında sadece **istisnai durumlarda** ve özellikle yalnız yetkililerin, *mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başka şekillerde suç teşkil etmesi sonucu, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa.*²⁸¹ **İzin verilebileceğini** belirtilmiştir.

²⁷⁶ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

²⁷⁷ **Kilkelly** s. 37

²⁷⁸ **Kilkelly** s. 38

²⁷⁹ Campbell-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

²⁸⁰ **Kilkelly** s.39

²⁸¹ Campbell-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

2. Gizli Gözetimle İlgili Mahkeme Kararları

Mahkeme, istihbarat birimlerinin demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin **sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda** Sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir. Bu konuda Mahkeme, demokratik toplumların çok sofistike casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini, bunun sonucu olarak da Devletin bu tür tehditlere etkin bir biçimde karşı çıkabilmek için, kendi yargı alanı içinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğinden etkilenmiştir. Bu nedenle, Mahkemeye göre, : *posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olması, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabilir.*²⁸²

Mahkeme istihbarat amaçlı gizli faaliyetlerin yürütülmesinde de Devletin diğer konulardaki gizli faaliyetlerine benzer şekilde **Mahkeme, benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin istismarına karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olmalıdır.**²⁸³ *Örneğin olası önlemlerin doğası, içeriği ve süresi, bu tür önlemlerin alınması talimatını vermek için gerekli dayanaklar, bu tür önlemlere izin verme, önlemleri uygulama ve denetleme yetkisine sahip olan yetkililer, ve ulusal kanunlarda belirtilen çareler.*²⁸⁴

Bu konuda Mahkemenin Klass-Almanya davasında verdiği karar dikkat çekicidir. Mahkeme, demokratik düzeni korumak amacıyla ihtiyaç duyulan istihbaratın elde edilebilmesi amacıyla gizli faaliyetlerin yürütülebileceğini, ancak, bu tür faaliyetlerin, sözleşmede belirtilen hakkın sınırlama koşullarına uyması gerektiği görüşündedir. Bu noktada Mahkeme, yapılan uygulamanın istismarının önlenmesi bakımından bir denetim mekanizmasının bulunmasını

²⁸² **Kilkelly** s.39

²⁸³ **Kilkelly** s.38

²⁸⁴ Klass-Almanya davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

gerekli görmüştür. **Denetim mekanizmasının prensip olarak “yargı mercii”** olması gerektiği vurgulanmakla beraber **bunun dışında başka birimlerce de yapılabileceği** kabul edilmiştir. Mahkeme *Klass-Almanya*²⁸⁵ davasında, düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek ve ulusal güvenliği korumak amacıyla mektupların açılmasına ve telefonların dinlenmesine yetki veren Alman kanunlarının, olası istismara karşı yeterli önlemler içermediği için davacının 8. Madde 1. fıkra kapsamında haklarını ihlal edip etmediği konusunda incelemiştir. Mahkeme, ne tür bir korumanın gerektiği konusunda, **prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının** arzu edilir olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak denetim amaçlı kontrol yetkisi Mahkemelere değil de bir Parlamenter Kurul’a ve Kurul tarafından atanan G10 Komisyonu adı verilen bir organa verilmiş olmasına rağmen, Mahkeme, Alman sistemini onaylamıştır. Bu kararın nedeni, **her iki organın da** gözetimi yapan yetkililerden **bağımsız** olduğu ve **etkin ve sürekli kontrol edebilmeye yeterli güce** sahip olduğu konusunda Mahkeme’nin tatmin olmuş olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme, casusluk ve gözetim konusundaki teknik gelişmelere ve Avrupa’da terörizmde görülen gelişmelere dikkat çekerek, gizli gözetimi kontrol etmek için benimsenen Alman sisteminin Sözleşme’nin 8. Madde şartlarına uyduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁸⁶

IV. Özel Hayata Müdahaleye Yönelik Kontrol ve Denetim Mekanizmaları

A. Yargısal Denetim

1. Türk Hukukunda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Yeni TCK’da son derece isabetli olarak “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” ayrı bir suç kategorisi olarak 132-140 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

²⁸⁵ Klass-Almanya davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

²⁸⁶ **Kilkelly** s.39

132. madde haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik suçların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada, kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir. Bu maddeye göre: “haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”(132/1).

Elbette burada, daha önceki bölümlerde üzerinde ayrıntılarıyla durulan, Anayasanın ve diğer mevzuatın özel hayatın sınırlandırılmasına cevaz verdiği durumlar bu madde kapsamında bir suç teşkil etmeyecektir.

Burada, yeri gelmişken dikkat çekici bir hususu da vurgulamak gerekecektir. Haberleşmenin ihlali suçunun oluşması için haberleşmenin niteliği ve ne şekilde yapıldığının önemi bulunmadığı üzerinde durulmuştu. Günümüzde, teknolojinin gelişmesiyle birlikte haberleşmenin nitelik ve vasfı da değişiklik göstermektedir. Artık klasik haberleşmelerin yerine, elektronik haberleşmeler, bir başka deyişle internet üzerinden yapılan haberleşmeler oluşturmaktadır. Dolayısı ile haberleşmeye yönelik müdahale de vasıf ve mahiyet değiştirmektedir. Örneğin, elektronik posta (e-mail) ve benzeri şekilde yapılan haberleşmelerin kontrolü de farklılık göstermektedir. Bu konuda ortaya çıkan güncel gelişmeler insanların hiç de güvenli bir haberleşme imkanına sahip olmadıklarını ortaya koymaktadır. Magazin nitelikli bir skandalda “Messenger” adı verilen internet üzerinden yapılan haberleşme kayıtlarının hizmet sağlayıcı şirketler tarafından muhafaza edildiği anlaşılmaktadır.²⁸⁷ Benzer bir durum da bir siyasi parti liderinin Avrupa birliği Türkiye temsilcisine ait elektronik mektupları basına açıklamasıyla ortaya çıkmıştı.²⁸⁸

²⁸⁷ Özer, Ersan “Messenger Skandalı” Akşam Gazetesi, 12/10/2005

²⁸⁸ Bkz. Geniş bilgi ve “hacker”ile söyleşi için, <<http://www.gercek hayat.com/dusuncealemi/>>

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. İfşa etmek, sözlük anlamıyla, gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek, afişe etmek, reklam etmek.²⁸⁹ Bu itibarla, kişiler arasındaki haberleşme (mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yolu ile yapılan) içeriklerinin, hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçun konusudur. Medya organları vasıtasıyla veya başka bir suretle haberleşme içeriklerinin duyurulması açığa çıkarılması ile suç ortaya çıkar. 4.fıkra da ifşanın basın yayın yoluyla yapılması halinde ağırlaştırılacağı hususu yer almıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Burada kişi haberleşmenin bir tarafı olmakla birlikte, karşı tarafın bilgisi ve iradesi hilafına bunun açıklanmasının cezalandırılması düzenlenmiştir.

133. madde de kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması cezalandırılmaktadır. Burada temel şart konuşmaların aleni olmamasıdır. Bir başka ifade ile suçun oluşması için konuşmanın aleniyet kespetedecek bir irade ile yapılmamış olması gerekir. Konuşmanın yapıldığı ortamın, aleni veya özel olması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

134.maddede ise özel hayatın ihlaline yönelik saldırıları cezalandırılmaktadır. Buna göre, “Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz”.2.fıkra da ise Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa edilmesinin cezalandırılması öngörülmektedir.

135–138 maddelerde kişisel verilere yönelik hukuka aykırı müdahalelerin cezalandırılması öngörülmektedir ki bu günümüzün teknolojik ortamında son derece isabetli bir düzenleme olmuştur. Bu gün artık her ortamda kişisel

²⁸⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü <<http://www.tdk.gov.tr>> (Erişim Tarihi 13/2/2006)

bilgilerin bir vesile ile elde edilmesi mümkün olabilmektedir. Ne var ki bunun takip ve kontrolünün son derece zor olduğu da ortadadır. Burada kişisel verilerin hukuka uygun elde edilip edilmemesinin önemi olmadığı gibi bunları ilgisiz kişilere bir şekilde ulaştırmak, suçu oluşturur.

2. Özel Hayata Müdahale ve Ulusal Yargı Kararları

Yargıtay 8 CD,9.6.1999,9021/9538 Esas ve Karar sayılı kararında haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen bilgilerin “Soruşturma ve Kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı” ilkesi öngörülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin hükme dayanak alınamayacağına karar vermiştir.²⁹⁰

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 11.12.2000 gün ve 2000/205651-20678 sayılı kararında, danışmanlık bürosu kurarak kendilerine müracaat eden kişilerin bildirdikleri kişileri izleyen, yasal olmayan yollarla telefonlarını dinleyen ve kaydeden sanıkların eylemlerinin Anayasanın 20. ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın ve haberleşmenin (ve TCK.nun hükmünün) ihlali niteliğinde olduğuna, sanıkların cürüm işlemek için suç örgütü oluşturduklarına karar verilmiştir.

Yargıtay’ın 8 CD,9.6.1999,9021/9538 Esas ve Karar sayılı kararında haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen bilgilerin “Soruşturma ve Kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı” ilkesi öngörülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin yasal değişikliği esprisine uygun olarak hükme dayanak alınamayacağına karar verdiği gibi, bildiri hükümde en belirleyici kanıt olarak kabul edilen ve tanık olarak dinlenilmiş olan Av. N.D’nin kimliğine ilişkin bilgilerin

²⁹⁰Yargıtay 8.CD, E.9.6.1999 ve K.9021/9538 sayılı kararı

duruşma tutanağına geçirilmemesi ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunun hatırlatılmaması suretiyle ve kolluktaki zora dayalı ikrar nedeniyle kurulan CMUK 135/a ve 254/2'ye aykırı hükmü bozmuştur.

Yüksek Yargıtay'ın Birinci Başkanlar Kurulunun 2004 Yılında iletişimin denetlenmesi ve delil yasakları bakımından ve tedbirin üçüncü kişiler yönünden doğuracağı sonuçlar bakımından vermiş olduğu karar son derece önemlidir²⁹¹. Bu karar, Türk yargı sisteminin, özel hayata müdahale, iletişimin denetlenmesi, delil yasakları konusundaki yaklaşımının bir özeti niteliği taşıması bakımından dikkate değerdir. **Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 2004 / 96 Sayılı Kararı** şu şekildedir: "*Yargıtay Yasasının 10.maddesi gereğince 29.06.2004 tarihinde toplanan Kurulumuzca; 29.01.2004 gün ve 12 sayılı karar uyarınca görevlendirilen 10.Ceza Dairesi Başkanı Şener GÜNGÖR tarafından Yargıtay üyeleri M.E.G., H.D. , K. T., M.D., S.Ç. , F. U., C. A. ve Y.E.S. haklarında yapılan ilk soruşturma sonunda düzenlenen rapor ile ekindeki tüm bilgi ve belgeler okunup incelendi, gereği görüldü: Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca "Çıkar amaçlı suç örgütü oluşturmak ve örgüt adına faaliyette bulunmak.." suçlarından 2004/93 sayılı iddianame ile haklarında dava açılan sanıklar H.D. ve arkadaşlarının, mahkemelerde görülmekte ya da Yargıtay'ca incelenmekte olan bazı davalarda lehe sonuç almak amacıyla bazı Yargıtay üyeleri ile yakın ilişki kurdukları, onların ad ve nüfuzunu kullanarak ilgilendikleri dava ve işlere bakan yargıçlar üzerinde etkili olmaya çalıştıkları savının temel dayanağını bu sanıkların dinlenen telefon konuşmaları oluşturmaktadır. Nitekim, H.E. ve arkadaşlarının yargıç kararıyla dinlenmeye alınan telefonları ile yaptıkları konuşmalarda bazı Yargıtay üyelerinin adının geçmesi ve olayın basında "NEŞTER-2 OPERASYONU" adıyla kamuoyuna duyurulması üzerine durum DGM Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Adalet Bakanlığı aracılığıyla Yargıtay Birinci Başkanlığına iletilmiştir. Gelişen bu durum karşısında gerçeğin ortaya çıkması ve zanlıların telefon görüşmelerinde adı geçen Yargıtay üyeleri ile tüm Yargıtay'ın töhmet altında kalmaması açısından konunun soruşturulmasına karar verilmiştir. Haklarında soruşturma açılan Yargıtay üyeleriyle ilgili olarak düzenlenen raporda yazılı*

²⁹¹ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 2004 / 96 Sayılı Kararı

soruşturma maddelerine geçmeden önce gerek Ankara DGM Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan gönderilen gerekse soruşturma sırasında toplanan bilgi ve belgelerin özellikle isnatların temel dayanağını oluşturan telefon ses kayıtları ve iletişim tespit tutanaklarının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesinin buna göre yapılması; konunun, açıklığa kavuşturulması açısından yararlı olacaktır. T.C. Anayasasının 20.maddesinin birinci fıkrasında herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 22. maddesinin 1. fıkrasında da 'Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır' hükümleri yer almakta, anılan maddelerin diğer fıkralarında ise bu hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve ne suretle sınırlandırılabilceği belirtilmiş bulunmaktadır. 1954 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin onaylayıp kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 maddesinde, "1. Herkes özel ve 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 işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." denilmektedir. T.C.Anayasasının "Milletlerarası Anlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90.maddesinin son fıkrasında 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." Hükmü öngörülmüş iken, 22 Mayıs 2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı Yasanın 7.maddesi İle Anayasanın anılan maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere İlişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası anlaşma hükümleri esas alınır" kuralına yer verilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 3842 sayılı Yasayla eklenen 135/A maddesi 'İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat

edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.' hükmünü içermektedir. Yine aynı Yasanın 254.maddesine 3844 sayılı Yasayla eklenen ikinci fıkra 'Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz' kuralını öngörmektedir. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç örgütleri ile Mücadele Kanununun 2.maddesinde 'Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır. Dinleme veya tespitte veya kayıtların incelenmesine hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmidört saat içinde hakim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır...' hükmü yer almakta, anılan yasanın 3.maddesinde 'gizli izleme' ve 4. maddesinde de 'kayıt ve verilerin incelenmesi' hususlarına yer verilmiş bulunmaktadır. Somut olayda, Ankara DGM Cumhuriyet Başsavcılığınca sorgulanıp haklarında dava açılmış olan sanıklar H.E. ve arkadaşlarının telefonlarının dinlenmesine 4422 sayılı Yasanın 2. ve 4. maddeleri uyarınca hakimlikçe karar verilmiş ise de bu kişilerin telefon görüşmelerinde adları geçen Yargıtay üyeleri M.E.G., H.D. , K. T., M.D., S.Ç. haklarında telefonlarının dinlenmesi konusunda ilgili merciice alınmış bir karar bulunmamaktadır. Telefon görüşmelerinin ve konuşmalardaki sözlerin adı geçen Yargıtay üyeleri açısından yasal kanıt niteliği taşıyabilmesi için öncelikle 2797 sayılı Yargıtay Yasasının 46.maddeci uyarınca Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun bu dinlemeye izin vermiş olması gerekir. 4422 sayılı Yasa hükümleri gereğince yöntemine uygun biçimde telefonlarının dinlenmesine karar verilen kişilerle herhangi bir nedenle telefon görüşmesi yapan ve ancak anılan yasa bağlamında haklarında dinleme kararı bulunmayanların bu görüşmede sarf ettikleri sözlerin aleyhlerine kanıt olarak kullanılması 'özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme

hakki' ile 'haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği' esasına aykırılık oluşturur ki, bu da yukarıda açıklanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukuk kurallarına göre yasa dışı yollarla elde edilmiş bulgular kapsamında olduğundan yasal kanıt sayılamaz. Aksi takdirde 'dolaylı dinleme' olarak tanımlanabilecek fiili bir durumla karşı karşıya kalınır ki hukuk kurallarının öngörmediği hatta açıkça yasakladığı bir hususun "'yasaya karşı hile' yöntemiyle aşılması sonucunu doğurur. Dinlemenin, hakkında dinleme kararı bulunan dışındaki kişileri etkileyebilmesi için, hakkında dinleme kararı olan kişinin '...üçüncü kişinin haberleşme aracını kullandığı ya da bunların bu konuda 'aracılık' ettiklerine ilişkin maddi olguların bulunması şarttır". (Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku 9. baskı, Ekim-2002, s,569). Yasa sözcükleriyle güç kazanmış olan "özel ve aile yaşamının ve haberleşmenin gizliliği" kuralının dolaylı yoldan çiğnenmesi anlamını taşıyan böyle bir uygulamanın çağdaş hukuk düzeninde benimsenip uygulanmasına olanak yoktur. Yasal olmayan kanıttan yola çıkarak elde edilen bulgular da buna bağlı olarak "yasal kanıt" olma niteliğini taşımayacaktır. Diğer bir deyişle, hukukun uygulanmasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üstüne meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğine göre son delilin de değerlendirme dışı delil olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır. (Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 9.Baskı, Ekim 2002, s 571) Ayrıca, haklarında soruşturma yapılan kişiler yönünden yöntemine uygun dinleme kararı olmadıkça bunların karşı tarafın dinlemeye alınan telefonlarında sarf ettiği sözler özgür iradeye dayanan ifade sayılamayacağı cihetle CMUK. 135/a maddesi hükmü karşısında "yasak sorgu" yöntemiyle aılınan ifade kapsamında bulunduğundan , - kişinin rızası olsa bile - yasal kanıt olarak kabul edilemez. Bu cümleden olarak, hayatın gizli alanı ihlal edilerek bir kanıt elde edilmiş ise bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun, bu kanıt ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz. Zira, hayatın gizli alanı bir delili elde etme yasağı teşkil eder (Bahri OZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara-1995, s.116 vd.)Özel hayat, diğer insanlarla, ve dış dünyayla ile ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir. Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması, özel hayatın kapsamına girmektedir (Ursula KİLKELLY, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları; No.1, s. 9,11).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Halford-Birleşik Krallık davasına ilişkin 25 Haziran 1997 tarihli kararında, amacı iş ya da özel olsun bütün telefon, görüşmeleri ile iş telefonlarının kullanılmasını bu hakkın kapsamında kabul etmiştir. (Aynı kaynak s.11). Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 gün ve 2/2 sayılı kararında "Çağdaş hukuk sistemlerinde gerek kişilerin özel hayatlarına yasa dışı olarak müdahale edilmesi gerekse bu yoldan elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınması genellikle hukuka aykırı hatta bazı örneklerde suç sayılmaktadır. Örneğin 1914 yılındaki Weeks v.United States kararından beri yasa dışı yoldan elde edilen delillerin yargılamalarda kullanılmasını Anayasanın 1781 tarihli Dördüncü Değişikliği'nde güvence altına alınmış olan özel hayatın korunması kuralına aykırı saymaktadır (exclusinaryrule) ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına göre, bu "geçersizlik kuralı" (veya Türkçe literatürdeki adıyla "delil yasağı") içtihadi yolla tesis edilen anayasal bir ilkedir ve böyle bir güvencenin olmaması halinde, yurttaşlar konutlarına ve mahremiyetlerine (yapılacak) keyfi tecavüzlere karşı tamamen korumasız kalırlar. Oysa bu tür koruma kişi haklarının vazgeçilmez (asli) bir unsurunu oluşturur " denilmektedir. (Resmi Gazete, 5 Ocak 2002 gün ve 24631 mükerrer sayı, s.215) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.04.2003 gün ve 9-30/98 sayılı kararında "telefon konuşmalarının dinlenilmesi için usulüne uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı da dosyada bulunmamaktadır. Ceza Yargılama Usulü Yasası'nın 254. maddesinin açık hükmü uyarınca hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan kanıtlar hükme esas olamaz " görüşüne yer verilmiş bulunmaktadır. Sonuç olarak; Özel ve aile yaşamının gizli alanı çiğnenerek, haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi göz ardı edilerek yasak yöntemlerle elde edilen bulgular yasal kanıt sayılamaz ve ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz."

B. İç ve Olağan Denetim

AİHM, denetimin prensipte, "yargı denetimi" olmasının arzu edilir olduğunu vurguladıktan sonra, idari bir organ tarafından yapılan denetim ve kontrollerin de yeterli olduğuna karar vermiştir. Ancak burada, denetim

birimlerinin işlemi yapanlardan bağımsız ve sürekli kontrol edebilmeye yeterli güce sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁹²

Ülkemizde, iç denetim konusunda en belirgin örnek “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*” te düzenlenmiştir. Buna göre, “yönetmelikle ilgili faaliyetlerle ilgili olarak”, Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon; Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon ile bunlara ilave olarak sıralı amirler tarafından denetim ve kontrol yapılabilecektir. Bütün bunlardan başka, *Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın* Yönetmelikte yer alan faaliyetlerle ilgili denetimi, Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılacaktır.

C. Meclis Denetimi

Meclis denetimi, idarenin “yargı dışı” yollardan denetimi kapsamında, siyasi denetim yöntemi olması hasebiyle, idarece yürütülen istihbarat faaliyetlerinin de doğal olarak, denetlenme mekanizmalarından birini oluşturur. Meclis daha çok araştırma ve inceleme komisyonları oluşturarak bu fonksiyonunu yerine getirmektedir. Konumuzla ilgisi bakımından, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun usulsüz telefon dinleme konusunu araştırmak üzere, 14 Haziran 2001 tarihinde kurulan “Alt Komisyon”un çalışmaları meclis denetiminin tipik örneğini teşkil etmektedir. Alt komisyon üyeleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve MİT Müsteşarlığı yetkililerini ziyaret ederek konuyla ilgili bilgi, görüş ve önerilerini almıştır. Raporunda, görüşmelerin neticesinde elde edilen bilgi ve kanaatler özetlendikten sonra, konuyla ilgili yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu dile getirilmektedir.²⁹³

²⁹² Klass-Almanya davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar

²⁹³ Bkz. Raporun tam metni için: <www.tbmm.gov.tr>

V. Dünyada Yeni Anlayışlar ve Yeni Riskler

A. Genel Olarak

11 Eylül eylemlerinden sonra, başta ABD olmak üzere bütün ülkelerde terörle mücadele çerçevesinde, mevcut yasal düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Güvenlik-özgürlük ikilemindeki “denge” güvenlik lehine bozulmaya başlamıştır. Bunun en tipik örneğini terörle mücadele kanunlarında yapılan değişikliklerde görmekteyiz. Yeni yasalar risk gruplarının ortadan kaldırılmasını sağlamak maksadıyla önleyici bir eylem geliştirmek maksadıyla, virtüel (gelecekte, muhtemel) suça yönelmektedir. Artık suç edimine karşı tepki eyleminin yerini “önceden müdahaleci” bir eylem tarzı almıştır.²⁹⁴ Bu yeni kanunların temel ve benzer özelliği ise genellemeleri, bir başka deyişle önleyici yönünün ağır basması nedeniyle sadece suç ve suçluya yönelmeyerek toplumun tamamının eylemlerini konu edinmiş olmasıdır. Terör örgütlerinin iletişim sağlamada klasik yöntemler yerine farklı yöntemleri ve özellikle de interneti kullanmalarının anlaşılması ile internete yönelik tedbirlerin arttığı gözlemlenmektedir. Örneğin Avrupa Parlamentosu’nun, verilerin elde edilmesiyle ilgili verdiği yetki²⁹⁵, özel hayat üzerinde genel bir denetimin kapısını da açık bırakmaktadır.

ABD de 11 Eylül’den hemen sonra çıkarılan yasalarla özellikle bilişim sistemlerinin güvenlik güçlerince kontrolü kolaylaştırılmıştır. ABD de, FBI tarafından geliştirilen yeni bir sistem, diğer sistemlerden farklı olarak elektronik postaların ve hatta bağlantı verilerinin toplanmasını sağlamaktadır. 11 Eylül olaylarından önce bu sistem sadece bir hakimin verdiği ön şart sonrasında uygulanabiliyordu. 13 Eylül 2001’de, Senato’da ivedilikle oylanan “Combatting

²⁹⁴ **Paye**, Jean, Claud, “Terörle Mücadele ve Özel Hayatın Denetimi,” CANASUT sayı 1 çev.Elif Sinirlioğlu (Mai ve Küreselleşme Karşıtı Çalışma Grubu)

²⁹⁵ Verilerin edinilmesi için yetki veren Avrupa Parlamentosu’nun son oylaması, önceden ENFOPOL ve (90’ların başından bu yana Birlik üyesi ülkelerin İçişleri Bakanlarını, üye ülkelerin uzmanları olmaksızın bir araya getiren) TREVI grubu tarafından zaten ifade edilen bir dizi polisiye talebi sonuçlandırmıştır. Aralık 1991’de TREVI grubu, FBI’ın talebi üzerine organize suçlar ve terörle mücadele çalışmalarını koordine etme perspektifiyle toplanmış ve daha o zamandan şu kararı almıştı: “Hukuki ve teknik gelişmenin sonuçları ve telekomünikasyon alanında piyasanın gelişimi üzerine, bu gelişimin önüne geçmenin farklı olasılıklarını da gözeterek bir çalışma başlatılmalıdır” (bkz., Journal Officiel des Communautés européennes, n° C 329/1, 4/11/1996).

Terrorist Act” (Terörle Mücadele Yasası) çerçevesinde güvenlik servisleri yukarıda belirtilen zorunluluktan muaf tutuldular.²⁹⁶

ABD’de, İnternetin gözetimi tam olarak “Patriot Act” (vatanseverlik yasası) ile yasallaştırıldı; bununla birlikte FBI, Carnivore sistemiyle bir servis sağlayıcısının ağına bağlanarak elektronik postaları izleme ve yabancı güçlerle bağlantılı şüpheli kişilerin internette gezindiği ağları an be an izleme yetkisini edindi. Bu bağlanma işleminin yapılması için özel bir hukuki onay yeterli görülmektedir. İstihbarat teşkilatlarının (CIA, Ulusal Güvenlik Dairesi, Amerika Göç ve Vatandaşlık Servisi ile diğer sivil ve askeri gizli servisler) kendi aralarında bilgi alışverişi ve karşılaştırma yapabilmesi için basitleştirilmiş prosedürler uygulamaya kondu ve yeni haklar tanındı. Bu düzenlemeler ayrıca “önceden müdahaleci” bir tarzda bilgi toplanmasını da yetkilendirmektedir. Bu tür araştırmalar herhangi bir hukuki müdahaleye tabi olmaksızın ve hedeflenen kişinin haberi olmadan gerçekleştirilebilir. Bu tür araştırmaların bu şekilde yasallaştırılmasıyla, aynı verilerin bu kişilerin takip edilmesini gerektiren her durumda nihai olarak yeniden kullanılması sağlanmaktadır. Terörle mücadele adı altında uygulanan bu tetkiklerle ilişkili olarak yeni düzenlemeler, dinleme üzerindeki adli denetimi hafifletmekte, hatta çoğunlukla kaldırmaktadır.²⁹⁷

B. Bilişim Teknolojisinin Riskleri

Konumuz özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde istihbarat faaliyetleri olmakla, özel hayata müdahale gerektiren istihbarat faaliyetleri ve bunun hukuksal boyutu incelenmişti. Burada dikkatten kaçırılmaması gereken nokta, belirlenmiş kurallar altında yapılan faaliyetlerin (müdahalelerin) yanında bir o kadar da kontrol dışı ve bilinmeyen müdahalelerin varlığıdır. Bu gün küresel izleme ağından söz edilirken bunun ne anlama geldiği ve özel hayatımıza ne şekilde müdahale oluşturduğu tam olarak bilinmemektedir. Ya da elektronik postalarımızın kimler tarafından kontrol edildiği veya internete girdiğimizde bilgisayarımızın belleğinde bulunan bilgilerimizin kimler tarafından kopyalandığını da bilmemekteyiz. Aslında günümüz insanı boynunda elektronik

²⁹⁶ Paye, agm

²⁹⁷ Paye, agm

bir boyundurukla dolaşan mahkumlara benzemektedir. Çünkü taşıdığı cep telefonu ile an be an nerede olduğu -on metreye kadar doğrulukta- takip edilebilmekte, kullandığı kredi ve ATM kartları ile işlem ve coğrafi mevkileri tespit edilebilmektedir. İşin ilginç tarafı bütün bunlar için hiç kimsenin kimseden izin almasına da gerek yoktur.

Bilişim teknolojisi insanlığa sınırsız imkanlar getirirken, diğer yandan da insanları bir anlamda boyunduruğu altına almaktadır. Bugün, günlük hayatın her alanına giren internet ve bilgisayar kişisel olduğu kadar kurumsal ve hatta ulusal güvenlik nitelikli bilgilerin barındığı bir depo ve iletişim aracı durumundadır. İletişim ve bilgi depolamasında sağladıkları faydanın ve sınırsız olanakların yanında bunların güvenli olup olmadıkları son derece şüphelidir.

E-devlet uygulamaları, faydaları sebebiyle, kamuoyunca olumlu karşılanmasına rağmen, devletin, vatandaşların tüm bilgilerini dijital ortamlarda sakladığı bilgilerle gözetlemesi tedirginlik yaratmaktadır. Bu bilgiler muazzam bir güç ve fırsat, öte taraftan dehşet verici bir tehlike olarak karşımızda durmaktadır. Günümüze kadar telefon, faks gibi iletişim araçlarıyla yapılan haberleşmeler de, kişisel gizlilik açısından suiistimallere uğramış ve insanları mağdur etmiş olsa da, internet ve bağlı teknolojiler üzerinde toplanan verilerin kapsamı, sıklığı ve işlenmesinin kolaylığı, insanı sadece bir veri öznesi olarak değerlendiren erklere çok büyük bir imkan vermektedir. Bu durum bilim-kurgu filmlerinde ele alınan karanlık senaryoları andırmaktadır.²⁹⁸

Bu gün istihbarat servisleri son derece gelişmiş korsan yazılımlarla akıl almaz bilgilere ulaşabilmektedir. Bunlarda en dikkat çekici olanlardan birisi de Promistir. Promis, başlı başına bir istihbarat silahıdır. Uluslararası sürüklenme, (arama, tarama, bilgi toplama, izleme, bulma, vb) işlemleri, hedef bilgisayardaki yazılımların zayıf noktalarından girerek ve kendisini de gizleyerek yapılmaktadır. Promis örnekleme taraması için çok uygun bir yazılımdır. Hedefin belli olmadığı zamanlarda veya bulunamadığı durumlarda, örneklem bir kitle, programa verilmekte ve nitelikler sıralandıktan sonra araştırma yaptırılabilir.

²⁹⁸Şen, Bilal, "Elektronik Gözetim"

<http://www.icisleri.gov.tr/strateji/makale/elektronik_gozetim.htm> (Erişim Tarihi:5/11/2005)

Yazılım, benzerlikleri ve farklılıkları araştırarak elde edilen verileri kullanıcısının önüne koyabilmektedir. Dünyadaki mevcut bilgi bankalarının elden geçirilmesi, bu esnek ve çok yönlü program için çok kolaydır. Bu bilgisayar programı sayesinde, tüm dünyada hedef kişi ve kurumların mahrem bilgileri toplanarak, tüm dünyayı gizlice gözetimi altına almakta ve elde ettiği bilgilerle stratejilerine yön verilebilmektedir.²⁹⁹

Örneğin İnternet üzerinden yapılan iletişimin kimler tarafından ve ne şekilde kontrol edildiği belirsizdir.

C. Bir Başka Tehlike: Küresel Gözetim

Küresel gözetim denince bu konuya biraz ilgi duyan herkesin aklına gelen ilk terim “echelon”dur. Dünyadaki bütün telefon, faks, telsiz, SMS ve elektronik posta iletişimini dinleyen dev bir kulak: Echelon. Amerika Birleşik Devletleri'nin sürekli inkar ettiği Echelon'un varlığı resmi olarak ilk kez, 23 Mayıs 1999'da Avustralya, Canberra'daki Savunma Sinyalleri Müdürlüğü (DSD) Başkanı Martin Brady'nin yaptığı açıklamayla kabul edildi. Brady, ülkesinin 50 yıldır varolan ve gizlenen küresel bir elektronik izleme sisteminin parçası olduğunu kabul eden ilk kişi oldu. Bu gelişme, üye ülkeleri en çok da ABD ve İngiltere'yi rahatsız etti. Sisteme 5 ülke üye idi ve diğer üyeler, Yeni Zelanda ve Kanada idi. Ayrıca, çeşitli müttefik ülkelerde de Echelon'un üsleri bulunuyordu.³⁰⁰

Dünya genelindeki çeşitli üsler ve uzayda dönüp duran casus uydular marifetiyle gözetleme ve dinleme işlevini yürüten Echelon'un başında ABD ve İngiltere bulunuyor.³⁰¹ “Global bir network sistemi” olarak tanımlanan 'ECHELON', telefonların yanısıra teleks, faks ve internette 'hedef sözcükleri' tarayabiliyor. Milyonlarca mesaj arasından aranan sözcüklerin kullanıldığı elektronik mesajları tespit edebiliyor. 'ECHELON sözlüğü'nde bulunan hedef sözcükleri tarayan bilgisayarlar, aynı anda gelen mesajları sıraya koyarak

²⁹⁹ Şen agm

³⁰⁰ Bkz. Echelon dizi yazısı için: <<http://www.yenisafak.com.tr/diziler/echelon/>>

³⁰¹ Bkz. Geniş bilgi için

<<http://www.byte.com.tr/makaleler/default.asp/Gorev/MakaleGoster/Makale/43/Sayfa/164>>

taramayı sürdürebiliyor. 'ECHELON' haberleşme ağı, Kuzey Amerika'da üç, İngiltere'de iki, Almanya, Japonya ve Yeni Zelanda'da birer, Avustralya'da iki üsden oluşuyor. Eskiden tüm dünyaya yayılan yüzlerce üsden yapılan dünyayı dinleme faaliyeti, artık sadece 10 üs ile dünyanın etrafında dönen yüzlerce uyduların ortak faaliyetiyle sürdürülüyor. Çeşitli ülkelerin haberleşme uyduları da ECHELON'un hedefleri arasında yer alıyor.³⁰²

1982 yılında eski NSA direktörü William Studeman'ın verdiği bilgiye göre tek bir istihbarat toplama sistemi, yarım saat içinde 1 milyondan fazla girdi sağlayabiliyor. Filtreler, bunların 6500'ü dışındakileri atıyor. Bunlardan 1000 kadarı, bir sonraki kademeye iletmeye değer bulunuyor. Analistler bunların içinden normal olarak 10 tanesini seçiyor ve bunlardan yalnızca bir tanesi sonunda bir rapor haline geliyor. Haritalarda tüm dünyayı ince bir ağ gibi ören bu dev elektronik istihbarat ağı içinde Echelon'un 1970'li yıllarda ortaya çıktığı ve iletişimin büyük ölçüde haberleşme uyduları aracılığıyla yapılmaya başlamasıyla birlikte öneminin giderek arttığı sanılıyor.³⁰³

Echelon'la ilgili bu bilgileri genişletmek mümkün. Ancak konumuzu doğrudan ilgilendirmediği için olayın teknik boyutu üzerinde daha fazla durmayacağız.

Ancak bütün bunlardan konumuzla ilgili bir kaç ipucu ortaya koymak gerekecektir. Her şeyden önce özel hayatın ve bu bağlamda haberleşmenin korunması bir insan hakkıdır. Çeşitli sebeplerle bu hakkın ne şekilde ihlal edilebileceği ulusal ve uluslar arası norm ve yargı kararlarıyla ortaya konulmuştur. Bu tür olaylarda bakılan, ihlallerin belirlenen kurallar çerçevesinde olup olmadığı olmuştur. Dolayısı ile incelenen, somut olarak elde bulunan, tarafları belli, mağdurları belli olaylar olmaktadır.

Bizim burada dikkat çekmek istediğimiz husus şudur: bilinen ve şikayete konu olan ihlallerin yanında, bunun binlerce katı ihlal her saniye olmakta ve bundan kimsenin –en azından mağdurların-haberi olmamaktadır.

³⁰² Bkz. <<http://gsu.linux.org.tr/kripto-tr/echelon.html>>

³⁰³ Echelon yazı dizisi: <<http://www.yenisafak.com.tr/diziler/echelon/echelon2.html>>

Bilgisayarlarda kullandığımız programların teknik özellikleri hakkında hiç bir zaman tam bilgi sahibi olmak mümkün değildir. Örneğin bilgisayarınızı “update” ederken, bilgisayar belleğinde bulunan hangi bilgilerin nerelere iletildiğini bilmemekteyiz.

Bilgisayar üzerinden haberleşirken (chat, e-mail, Messenger... gibi) bunların nerelerde depolandığı konusunda da çok fazla bilgi sahibi olunamamaktadır. İnternette nerelere ne zaman girildiği de gizli kapaklı bir konu değildir.

Uydulardan nasıl fotoğraf ve görüntülerin elde edildiği de “konunun mağdurları” bakımından bilinmeyen bir konudur. Bu gün bilgisayar yaygınlaşıyor, internet yaygınlaşıyor. Aslında yaygınlaştırılıyor. Çeşitli yazılım şirketleri okullarda vs. internet ve bilgisayar kullanımına parasal katkılar sağlıyorlar. Çok geniş kapasiteli elektronik posta adresleri ücretsiz olarak veriliyor. Bunun hizmet veya reklam amacının ötesinde kitlelerin daha iyi kontrol edilebilmesini de sağlayacağı bir gerçektir. E-devlet projelerine de bu gözle bakmak çok şüpheli bir yaklaşım olmayacaktır.

Sonuç olarak dinleme, gözetleme, teknik takip gibi özel hayata müdahale eden bilgi toplama yöntemleri konusunda –mağdur olarak- bilinmeyenler bilinenlerden daha fazladır. Asıl tehlike bilinmeyen, kimin tarafından ve ne şekilde yapıldığı bilinmeyen müdahalelerdir.

SONUÇ

Hukuk devletinin vaz geçilmezi ve temel unsuru, devletin her türlü eylem ve işleminin hukuk kuralına uymasudur. Özellikle kişilerin özel alanına müdahaleyi gerektiren eylem ve işlemlerin yasal dayanaklarının çok iyi oluşturulması gerekmektedir. Bu bakımdan yapılan yasal düzenlemeleri olumlu bir gelişme olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Olumlu gelişmelerin en başında yeni TCK da özel hayata karşı suçlar bölümünün düzenlenmiş olmasıdır.

Diğer yandan uygulamada karışıklıklara yol açabilecek ve uygulayıcılara zorluk çıkarabilecek hususların olduğu da bir gerçektir. Benzer şekilde özel hayatın korunması hakkı bakımından ortaya çıkabilecek mağduriyetlerin giderilebilmesi için konuyla ilgili düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gereken bölümlerinin olduğu düşünülmektedir.

İstihbarat faaliyetlerinin amaç bakımından tasnifindeki duruma bakıldığında, önceki bölümlerde de değinildiği üzere istihbarat başlıca iki amaçla yapılmaktadır: ulusal güvenliğin sağlanması, suçların önlenmesi ve suçlulukla mücadele. Bunun ne önemi var diye düşünüldüğünde verilecek cevap birincisinin yani ulusal güvenliğin sağlanması maksadıyla yapılan istihbaratın oluşturulmasıyla, suçlulukla mücadele ve suçluların yakalanması maksadıyla yapılan istihbaratın oluşturulmasında farklı hukuki prosedürün izleniyor olmasıdır. Şöyle ki suçlulukla mücadele ve suçluların yakalanması kapsamında yapılan istihbarat faaliyetleri ceza usul hukuku sürecine göre olmaktadır. Ülkemizdeki duruma bakacak olursak haberleşmenin denetlenmesi ve gizli görevli kullanılması CMK dan önce 4422 sayılı ÇASÖMK ve CMK hükümleri çerçevesinde yapılmaktaydı. Buna göre hakim kararı ile, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile iletişim denetlenebilmekte, gizli izleme yapılabilmekteydi. Ancak yeni CMK'nın uygulama kanunu ile her iki yasa da yürürlükten kaldırılmış konu yeni CMK da 130-135nci maddelerde düzenlenmiştir. Konunun ayrıntıları önceki bölümlerde

ele alınmıştır. Ne var ki burada yine ayrıntısına yukarıda değinilen 5397 sayılı yasada getirilen düzenlemelerle bir “çakışma” olduğu düşünülmektedir. Zira 5397 de “önleyici kolluk” kapsamında yapılacak istihbarat için tamamen farklı bir prosedürle ve farklı bir süreçle istihbarat(iletişimin tespiti ve denetlenmesi) yapılabilmektedir.³⁰⁴ Burada bir karışıklığın olduğu düşünülmektedir. Her ne şekilde ve surette olursa olsun, kolluk maksadıyla; suçlulukla mücadele ve suçluların yakalanması maksadıyla yapılacak istihbarat faaliyetlerinin mutlaka ceza muhakemesi usul ve yöntemleri dairesinde yapılması hukukun gereğine daha uygun düşecektir. 5397 ile kişilerin özgürlükleri aleyhine bir düzenleme yapılarak kolluk birimlerine özel hayata müdahaleyi gerektirecek yetkiler tanınmıştır. “Gecikmesinde sakınca bulunma hali” gibi tanımının son derece belirsiz durumlarda kolluk tarafından iletişimin tespitine karar verilebilmektedir. Her ne kadar bu kararın, 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı hususu yer alsada hukuk devleti için kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından 24 saatin az bir süre olmadığı da bir gerçektir. 24 saatin, ne zaman başlayacağı da tıpkı 4422 sayılı ÇASÖMK da olduğu gibi³⁰⁵ yasada belirtilmemiş. Bu sürenin, kararın verildiği andan mı yoksa tedbir uygulamanın başladığı andan itibaren mi başlayacağına yasada açık olarak yer alması belirsizliliği giderecektir.

Bir başka problemlili konu ise bir kez hakim onayına sunulan kolluk kararının reddedilmesi durumunda, bunun kolluk tarafından tekrarlanıp tekrarlanamayacağı hususunda bir düzenlemenin, en azından ne kadarlık bir süre içerisinde aynı şahıs hakkında kollukça tedbir kararı verilemeyeceği hususunda bir düzenlemenin olmayışıdır. Benzer şekilde hakimden kararı isteme yetkisini de kolluk makamlarında oluşu ceza soruşturmasını yürüten C. Savcılarının by-pas edilmelerine yol açan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu bakımdan 5397 önleyici kolluk amaçlı istihbarat bakımından hukuk devletinde kişilerin hak ve özgürlüğü bakımından bir iyileşmeden çok bir sınırlama getirdiği düşünülmektedir.

³⁰⁴ 5397 Sayılı Kanun genel gerekçesinden.

³⁰⁵ Bkz. aynı doğrultuda, **Erdem/ s. 285**

5397sayılı Kanun, bir taraftan önleyici kolluk maksatlı istihbarat istihsalı bakımından hukuk devletinde kişilerin hak ve özgürlüğünü kısıtlayıcı düzenlemeler yaparken, diğer yandan Milli Güvenlik İstihbaratı bakımından da kısıtlamalar getirmiştir. Milli güvenlik istihbaratını oluşturmaktan sorumlu MİT birimlerinin, iletişimi kontrol edebilmesi de son derece zor ve çok da açık olmayan bir prosedüre bağlanmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan veya bulunmayan hallerde yetkili ve görevli hakim talepte bulunan birimin bulunduğu yerde bulunan TCK ya göre kurulmuş özel yetkili ağır ceza mahkemesinin üyesi olduğu yasa da yer almıştır. Ancak pratikte bunun uygulanmasının ne kadar zor olduğunu görmek için konunun uzmanı olmaya gerek yok. İşlem tek merkezden yapılırken kararı isteyen yer başka, kararı veren yer başka, işlemi yapan yer başka olabilecektir. Binlerce kilometrelik bir “işlem git-geli” olacak ve bunun sonunda ancak istihbarat faaliyeti yapılabilecektir. Bu durum ise beklenen pratik faydayı sağlamaktan uzaktır.

Ülkemizde, istihbaratın temel yasal dayanağını teşkil eden 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT kanununda “Devlet-Milli Güvenlik İstihbaratı” noktasında düzenlemeler yapılarak bu konudaki yetki MİT müsteşarlığına verilmiştir. Bu kanun devlet istihbaratının temel organlarını ve işleyişini ortaya koymaktadır. Aslında, bize göre, 1999 tarihli Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu çıkmadan önce ve başkaca bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın devlet-milli güvenlik amaçlı istihbaratın oluşturulması için iletişimin denetlenmesi-gizli görevli kullanımı, gizli izleme, teknik takip dahil her türlü yöntemin kullanılabileceği nitekim böyle de yapıldığı konusunda bir şüphe yoktur. Burada yalnızca uygulamanın ayrıntılarının düzenleneceği yönetmelik/iç yönetmeliklerin yeterliliği tartışılabilir. Ama şu ortadadır ki 2937 sayılı kanun devlet-milli güvenlik istihbaratının oluşturulmasında başta MİT olmak üzere diğer kurum ve bakanlıklara da gerekli yetkiyi vermekteydi. Vermeye de devam etmektedir. Ancak, özellikle 5397 sayılı yasa ile ilk kez kolluğa spesifik olarak önleyici nitelikte, bir başka ifade ile ceza muhakemesi süreci dışında dinleme ve takip yetkisi verilmiştir.

5397 sayılı kanunla yapılan ilave ile MİT'e diğer kuruluşlarla ilişki kurma ve buralarda istihbarat amaçlı faydalanma yetkisi verilmektedir.³⁰⁶ Oysa bu kanun olmadan önce MİT'in görevlerini yapabilmesi için çok doğal olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilişki kurabildiği de bir gerçektir. Zira aksini düşünmek bu kanuna kadar MİT in görevini yapamadığı sonucunu doğurur. 2937 Sayılı Kanunun 5. maddesinin bu yetkiyi verdiği, ilave bir düzenlemenin ayrıntı ve tekrarlama teşkil ettiği düşünülmektedir.

Burada dikkat çekici bir husus ise kolluğa yetki verilirken kolluk birimleri arasında bir ayrıma gidilmiş olmasıdır. Yasa ile PVSK'na yapılan ilave ile polise ülke genelinde yetki tanınırken, bir başka kolluk birimi olan Jandarmaya tanınan yetki kendi görev alanı ile sınırlandırılmıştır. Jandarma ve polisin görev alanlarına coğrafi boyutta bakıldığında, jandarmanın ülke coğrafyasının yüzde doksanından biraz fazla, polisin ise yüzde onu civarında bir alana sahip olduğu görülmektedir³⁰⁷. Bu durumda polise, jandarmanın görev alanına müdahale edecek bir yetki, üstelik kendi görev alanınının 9 katı büyüklüğünde bir yetki verilirken, jandarmadan bu yetkinin "esirgenmesi"ni devletin fonksiyonları çerçevesinde, kolluğun vazifesine, suçlulukla mücadeleye ve kamu yararına uygun bulmak imkan dahilinde gözükmemektedir.

5397 sayılı yasa ile jandarmaya verilen "yetkiler" konusunda, TBMM komisyon raporlarındaki muhalefet şerhleri de ilgi çekicidir. Bunlarda genel olarak, "Avrupa Birliğine katılım süreci üyelik müzakerelerinde, bu yasal düzenlemeyle getirilen Jandarmaya istihbarat yapma yetkisi ciddi bir itiraz

³⁰⁶ 5397 sayılı kanunun madde gerekçesinde düzenleme şu şekilde izah edilmiştir: "2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile Milli İstihbarat Teşkilatının; kamu kurum ve kuruluşlarının yönetici ve istihbarattan sorumlu kişileri ile ilişki kurmaya ve kurum ve kuruluşların arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden, kendi görev sahasına giren konularda yararlanmaya ve bunlarla irtibat kurmaya yetkili olduğu hükme bağlanmış olup, madde ile, telekomünikasyon hizmetleri gibi stratejik önemi haiz bazı kamu hizmetlerinin özelleştirme kapsamında özel teşebbüslere bırakılması neticesinde ve ayrıca ülkemizde gerçekleşen hızlı teknolojik gelişmeler çerçevesinde, 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine "kamu hizmeti veren kuruluşlar" ibareleri dahil edilmiştir."

³⁰⁷ Jandarmanın sorumluluk alanı Türkiye yüzölçümünün % 91'ini kapsamaktadır. Bkz. < <http://www.jandarma.tsk.mil.tr/redirect.htm?url=/genel/goreviic.htm> >

konusu olarak önümüze konulabilecektir”³⁰⁸; ve Jandarmanın sivil güçlerde bulunması gereken (siyasî) istihbarat faaliyeti yetkisiyle donatılması büyük bir çelişkidir...”³⁰⁹ şeklinde yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir.

Devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesindeki kriter sivil-asker ayrımı yerine etkinliğin demokratik hukuk devleti çerçevesinde sağlanması olması gerekir. Burada dikkate alınması gerekli husus, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ülke güvenliği arasında dengenin sağlanarak her iki kavram ile korunan menfaatlerin azami düzeyde sağlanması olmalıdır. Kaldı ki ülke

³⁰⁸ Kastamonu Milletvekili Sinan Özkan'ın muhalefet şerhinin bir bölümü şu şekildedir: “...Ancak 2 nci madde kapsamında Jandarma Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanuna bir ek madde eklemek suretiyle, Jandarmanın kendi sorumluluk sahasında istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmesi imkânını getirmiştir. Hemen önümüzdeki süreçte 3 Ekim 2005'te başlaması kuvvetle muhtemel Avrupa Birliğine katılım süreci üyelik müzakerelerinde bu yasal düzenlemeyle getirilen Jandarmaya istihbarat yapma yetkisi ciddi bir itiraz konusu olarak önümüze konulabilecektir. Nitekim 2004 yılı ilerleme raporu; “Ordu üzerinde sivil denetimin eksikliği endişeye neden olmaktadır. Millî Güvenlik Kurulu aracılığıyla ordunun siyasî yaşamda oynadığı önemli rol bu hususu yansıtmaktadır” demek suretiyle askerî otoritenin siyasî hayata müdahalesini temel bir eleştiri konusu yapmıştır. Bu düzenlemenin 2 nci maddesi ile Silâhlı Kuvvetlerle organik bağları olan, rütbe-terfi işe alma, sicil vb. konularda tamamen Silâhlı Kuvvetlerin belirlediği esaslara göre iş ve işlemleri yürüten Jandarmaya bir yönüyle siyasî bir vazife olan istihbarî faaliyette bulunma görev ve yetkisi verilmektedir. Şayet ülke şartları değerlendirildiğinde kırsal kesimde asayiş ve güvenlik hizmetlerini yürüten Jandarma teşkilâtımızın istihbarat yapma zorunluluğu vazgeçilmez bir zaruret olarak değerlendiriliyorsa, bu teşkilâtımız bir yönüyle siyasî olan bu faaliyeti yerine getirebilmesi için AB üyesi ülkelerde olduğu gibi her yönüyle (rütbe-terfi, maaş, personel istihdamı, sicil vs.) sivil otoriteye bağlı hale getirilmeli, ondan sonra bu yetki ve görevi kendi bölgesinde kullanmalı, hatta emniyet teşkilâtı ile tek bir güvenlik birimi gibi (sadece sorumluluk sahaları farklı olan) görev ve sorumluluklarını yerine getirmesi sağlanmalıdır...”

³⁰⁹İstanbul Milletvekili Recep Koral'ın muhalefet şerhi: “... İçişleri Komisyonunda yapılan görüşmelerde ise Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanununa ek madde eklenmek sureti ile telekomünikasyon yoluyla dinlemenin de dışında Jandarmaya sivil toplumla ilgili istihbarat yetkisi getirilmektedir.

Temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı olarak getirilen bu düzenlemenin AB ile bütünleşme yolunda olan ve demokratikleşmede büyük açılımlar yapılan bir dönemde olmasının sivilleşmenin önüne bir önemli engel daha koyduğunu düşünüyorum.

Sadece dinleme konusunda dahi rahatsızlık verecek derecede yetki kargaşası devam ederken istihbarat hizmetlerinde de aynı yetkinin iki kurumumuz tarafından kullanılması yeni bir yetki kargaşasına yol açacağı tabiidir.

Sivillerin sadece terör mücadelesi gerekçesiyle dahi militer güçlerle karşı karşıya getirilemeyeceği AB'nin 6.10.2004 tarihli raporunda belirtilmekte olduğu da göz önüne alınır ise terör suçları dışında tüm istihbarat, dinleme, izleme faaliyetlerinin Jandarma kanununa görev olarak getirilmesi kabul edilemez bir çelişkidir.

Polisin bulunmadığı alanda adli ve idari görev yapması gereken Jandarmanın sivil güçlerde bulunması gereken (siyasî) istihbarat faaliyeti yetkisiyle donatılması büyük bir çelişkidir...”

güvenliği konusunda bir kolluk birimi olan jandarma bir tarafa, Silahlı Kuvvetlerin bütün unsurlarından istifade edilmektedir.³¹⁰

Düzenlemelerde kişi bakımından uygulamanın sınırlarının da belirsiz olduğu görülmektedir. 5397 sayılı yasada önleme maksatlı istihbarat oluşturmak üzere yapılacak dinlemelerin konusunu teşkil eden “kişi” bakımından bir belirsizlik mevcuttur. Şöyle ki: hakim dışında dinlemeye karar verecek makam devlet görevlilerinin devlet göreviyle ilgili görüşmelerini de dinlemeye alabilecekler mi? Ya da üst düzey devlet görevlilerinin, bakanların, yüksek yargı mensuplarının, vb. haberleşmeleri de dinlenebilecek midir? Yasanın mevcut haliyle buna hayır demek mümkün değildir. Ancak ülkemiz geçmişte bunun çok acı deneyimlerini yaşadığını da hatırdan çıkarmamak gerekir. Medyada Telekulak skandalı olarak adlandırılan ve Yargıtay daire başkanından güvenlik birimlerinin üst düzey görevlilerine kadar pek çok kişinin telefonlarının dinlendiğini de bilmekteyiz.³¹¹

Sonuç olarak, özel hayatı en fazla tehdit eden devlet faaliyetleri olarak istihbarat üretiminin yasal dayanaklarının, güvenlik-özgürlük(insan hakları) ikileminde dengenin sağlanarak düzenlenmesi gerekir.

Hukuk devletinde esas olan devletin her türlü eylem ve işleminin hukuk kurallarına bağlı olması ve bunun yargısal denetimidir. Gizli faaliyetlerin yürütülmesinde “hukuk devleti” bağlamında en problemlili konu, faaliyetlerin idari denetim ve kontrolü ile yargısal denetimdir. Söz konusu denetim mekanizmalarının işleyebilmesi, büyük ölçüde bu faaliyetlerin konusunu oluşturan veya mağdurları olan kişilerin, bu durumlarını öğrenmelerine bağlıdır. Bu anlamda bilgilenmenin faaliyetlerden önce olmasının imkan dahilinde olamayacağı düşünüldüğünde, bunun ancak faaliyetten sonra olması beklenebilir. Nasıl bir sonuç çıkarsa çıksın, işlem yargısal veya istihbari

³¹⁰ 1585 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu m.1 “Memleketin umumi emniyet ve asayiş işlerinden Dahiliye Vekili mesuldür Dahiliye Vekili bu işleri, kendi kanunları dairesinde hareket eden Emniyet Umum Müdürlüğü ile Umum Jandarma Komutanlığı ve icabında diğer bütün zabıta teşkilatı vasıtasile ifa ve lüzum halinde İcra Vekilleri Heyeti kararile ordu kuvvetlerinden istifade eder.”

³¹¹ Örneğin, Yargıtay 8.Ceza Dairesi Başkanı Naci Ünver'in telefonlarının dinlenmesi.

bakımdan tamamlandıktan sonra mutlaka ilgiliye haber verilmesinin sağlanması mutlak bir zorunluluktur.

İnsan haklarını ve özel hayatı korumak devletin temel görevidir. Ancak unutmamak gerekir ki devleti korumak, insanların can ve mal güvenliğini sağlamak da devletin asli görevidir. Bugün Avrupa devletleri ve ABD başta olmak üzere, bütün devletler kendi güvenlikleri, vatandaşlarının can ve mal emniyeti söz konusu olduğu zaman, savundukları insan haklarını hemen unutabilmekte ve güvenlikleri için çok sıkı tedbirleri uygulamaya geçirebilmektedir. Bunun tipik örneğini terörle mücadele kanunlarında görmek mümkündür.

Bir takım konjonktürel akımların etkisine kapılarak devleti, kendi bekasını, anayasal çerçevesini, üniter yapısını korumaktan aciz hale getirmek, vatandaşların ve devletin faydasına olan bir şey olmasa gerek. Özel hayatın ve insan haklarının korunmasının temel koşulu, bunu sağlayacak güçlü bir devlettir.

KAYNAKÇA

A. KİTAPLAR

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1995

Akmanlar, Bülent, "Avrupa Konseyi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi", YD,C.8,S.4 Y.1988

Avcı, Gültekin, İstihbarat Teknikleri, Timaş Yayınları, İstanbul 2004

Bildirici, Faruk, Gizli Kulaklar Ülkesi, İletişim Yayınevi,, İstanbul,2002

Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995

Demir, Faruk, Milli Güvenlik Siyaseti Stratejik Öneriler, Yüksek Strateji Merkezi, Ankara,Tarihsiz

Donay, Süheyl, "Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkesi Hukukçularının Kongresi", Onar Armağanı, İÜHFM, C.39,(1/4), 1974

Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt:II, Legal yayıncılık, İstanbul, 2004

Erdem, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001,

Erdem, Mustafa, R./**Özbek**, Veli Ö, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000 s, DEÜ Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000

Girgin, Kemal, Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul, 2003

Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), DEÜHFY. No 49, Ankara,1994

Gözübüyük, Şeref/ **Kili**, Suna, Türk Anayasa Metinleri, AÜSBF Yayınları No.496,1982

İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 4.Baskı, İstanbul,1998

İmre, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının Ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”,İÜHFM.Y.:1976, C.:XXXIX,S.1-4

Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Ankara 2003

Köroğlu, Hasan,Örgütlü Suçluluk Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele ve Cürüm İşlemek İçin İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001

Kuçuradi, İoanna/**Peker**, Bülent,(Yayıma Hazırlayanlar), Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama Ve Araştırma Merkezi UNESCO İnsan Hakları İçin Felsefe Kürsüsü, Ankara 1999

Kuçuradi, İoanna, (Yayıma Hazırlayan), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1996

Kunter,Nurullah/**Yenisey**,Feridun,Arama Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001

Kunter, Nurullah Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, , İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1974

Özbek, Veli Özer, Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003,

Özbudun, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977

Özek, Çetin, “Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, Değişen Dünyada İnsan,” Hukuk ve Devlet , Edip Çelik’e Armağan, Engin Yayınevi, İstanbul, 1995

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) Ankara 1991

Öztürk, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama,” Manisa barosu dergisi, S.42, Nisan 1992

Öztürk, Bahri/**Erdem** Ruhan/**Özbek** V, Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2000

Sencer, Muzaffer, Belgelerle İnsan Hakları, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1988

Sezer, A.Necdet, “Anayasa Yargısı,” Anayasa Mahkemesinin 38.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 2000

Shue, Henry, “Temel Hakların Evrenselliği”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslar Arası Semineri, Yayına Haz. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996

Sözüer, Adem, “Türkiyede ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Faks ve Faks Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFM, Türkan Rado Armağanı, C.LV, S.3

Şen, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, İstanbul 1996

Taşkın, Mustafa, Türk Hukukunda Mafya ve Kara Para İle Mücadele, Yargı Yayınevi, Ankara, 2004

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004

Tosun, Öztekin, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinlenmesi”, İÜHFM, C.41, 1976, s.85 vd.

Üstel, Füsun, Yurttaşlık ve Demokrasi, Dost Yayınevi, Ankara 1999, s.48 (Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler.)

Yenisey, Feridun, “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri” AB Hukuk Kurultayı 2000, C.2 2000

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 1995

Yurtcan, Erdener/**Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 1997

Yurtcan, Erdener, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı,” Nurullah Kunter Armağanı, İÜHF, İstanbul, 1998

B. MAKALELER

Erdem, Mustafa Ruhan, "[Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm)" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>> (Erişim Tarihi:5/12/2005)

Erdem, Mustafa, Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>> (Erişim Tarihi 5/9/2005)

Hanımeli, Çağan "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>>(Erişim Tarihi: 13/2/2006)

Kaboğlu, İbrahim, Ö. "İnsan Hakları ve Güvenlik" Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma Ve Uygulama Merkezi, http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/makaleler/kaboğlu_guvenlik.aspx erişim tarihi (Erişim Tarihi: 27/4/2005)

Kolukisa, Yunus, Nadi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Korunması", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası, <<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=1075>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

Kuçuradi, İoanna, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları" Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

Özdemir, Kenan Kanunlar Bireysel Hayatın Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi) Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>> (Erişim Tarihi: 13/2/2006)

Özer, Adil "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi M.8 ve İç Hukukumuzun Arama ve İletişimin İzlenmesine İlişkin Hükümleri", Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>> (Erişim Tarihi:5/11/2005)

Öztürk, Bahri, “Ceza Muhakemesi Kanunu” Adalet Bakanlığı Bilgi Bankası
<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>> (Erişim Tarihi:5/12/2005)

Paye, Jean, Claud, “Terörle Mücadele ve Özel Hayatın Denetimi,”CANASUT
S.1 çev. Elif Sinirlioğlu, Mai ve Küreselleşme Karşıtı Çalışma Grubu,
<<http://www.antimai.org/bs/elifconatus.htm>> (Erişim Tarihi: 19/2/2006)

Şen, Bilal, “Elektronik Gözetim” Çağın Polisi Dergisi
<http://www.icisleri.gov.tr/strateji/makale/elektronik_gozetim.htm> (Erişim
Tarihi:5/11/2005)

C. İNTERNET SİTELERİ

<http://www.byte.com.tr/makaleler/default.asp/Gorev/MakaleGoster/Makale/43/>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>

<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=1075>

<http://www.mit.gov.tr/t-istihbarat.html>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/>

<http://gsu.linux.org.tr/kripto-tr/echelon.html>

http://www.yetkin.com.tr/Yargi/k_32709/k_2_334.htm

<http://www.echr.coe.int/echr>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>

<http://www.byte.com.tr/makaleler/default.asp/Gorev/MakaleGoster/Makale/43/>

<http://www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK/SOZBUL.ASP?kelime=istihbarat>

www.tbmm.gov.tr