

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
VE TÜRK HUKUKUNDA
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ
KORUNMASI BAĞLAMINDA
TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Bülent AĞKOÇ
2501010227

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul 2010



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501010227** numaralı **BÜLENT AĞKOÇ'un** hazırladığı **"AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU'NDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUNMASI BAĞLAMINDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ"** konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA-TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **28.12.2010 SALI** günü saat **11:00** 'da yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULU** ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.ADEM SÖZÜER	Kabul	[Signature]
PROF.DR.FÜSUN SOKULLU AKINCI	Kabul	[Signature]
PROF.DR. AYDIN GÜLAN	Kabul	[Signature]
PROF.DR.FATİH. S. MAHMUTOĞLU	Kabul	[Signature]
DOÇ.DR.ALİ KEMAL YILDIZ	Kabul	[Signature]

Adres: Besim Ömerpaşa Caddesi Kaptan-ı Derya Sokağı 34452 Beyazıt/İstanbul
Tel: 0212 440 00 00 / 14219-14220-14221-14222-14226-14227-14243
Fax: 0212 440 03 40 e-mail: sbe@istanbul.edu.tr

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUNMASI BAĞLAMINDA
TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

Bülent AĞKOÇ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Aydın Gülan

ÖZ

Ceza soruşturmasında delil elde etmeye yönelik özel bir koruma tedbiri olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi özel hayata saygı hakkının sınırlarından birisini teşkil etmektedir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135 ilâ 138. maddelerinde düzenlenmiş ve 135. maddenin gerekçesinde bu hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına uygun olduğu belirtilmiştir.

Bundan dolayı, bu tezde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda özel hayata saygı hakkının korunması bağlamında incelenmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Özel hayat, telekomünikasyon, denetleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

**INTERCEPTION OF TELECOMMUNICATIONS
IN THE CONTEXT OF
THE PROTECTION OF THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE
IN EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
AND TURKISH LAW**

Bülent AĞKOÇ

Istanbul University Institute of Social Sciences

Master Thesis

Adviser: Prof. Dr. Aydın Gülan

ABSTRACT

Interception of telecommunications, which is a particular protection measure to take evidences at criminal investigations, is one of the restrictions of the right to respect for private life. Interception of telecommunications has been regulated by the articles 135 to 138 of Criminal Procedure Code. In the rationale of article 135, it has been stated that these provisions are consistent with the European Convention on Human Rights and jurisdictions of European Court of Human Rights.

Consequently, in this thesis the provisions of Criminal Procedure Code relating to interception of telecommunications has been examined in the context of the protection of the right to respect for private life by European Convention on Human Rights and Turkish Law.

KEY WORDS

Private life, telecommunication, interception, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

ÖNSÖZ

Tez çalışmamı hazırladığım süreçte karşılaştığım sorunları aşmamda karşılığı ödenmez yardımlarını ve desteğini benden esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Aydın Gülan'a,

İdari konularda yardım ve ilgisini gördüğüm Enstitümüz müdür yardımcısı Doç. Dr. Mahmut Ak'a,

Kaynaklara ulaşmamı olanaklı hale getiren sevgili kardeşlerim Murat Haktanır ve Ahmet Yağlı'ya teşekkürü borç bilirim.

Çalışmamın her aşamasında maddi ve manevi desteklerini benden esirgemeyen, kendilerinden ayrı geçirdiğim zamanlarda bana anlayış göstererek tezin tamamlanmasını mümkün kılan sevgili eşim Pınar ile canımın içi oğlum Mehmet Efe'ye şükran ve sevgilerimi sunuyorum.

Bülent AĞKOÇ

Kastamonu, 2010

İÇİNDEKİLER

Öz ve Anahtar Sözcükler	III
Abstract and Key Words	IV
Önsöz	V
İçindekiler.....	VI
Kısaltmalar	XV
Giriş.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

1. Özel Hayat Kavramı.....	4
1.1. Genel Olarak	4
1.2. Özel Hayat Kavramı	4
1.2.1. Sözlük Anlamı.....	4
1.2.1. Hukuksal Tanımı	6
1.2.1. Hukuksal Özelliği.....	8
1.3. Bireyin Hayat Alanları	9
1.3.1. Genel Olarak	9
1.3.2. Gizli Alan.....	11
1.3.3. Özel Alan	11
1.3.4. Kamusal Alan.....	12
1.3.5. Meslek Hayatı	13
2. Özel Hayatın Korunmasının Tarihsel Boyutu	15
2.1. Tarihsel Gelişimi.....	15
2.2. Kurumsallaşması.....	21
2.3. Uluslararası Sözleşmelerle Korunması	22
2.3.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	22

2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	25
2.3.3. Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	27
2.4. Türk Hukukunda Korunması	29
2.4.1. 1961 Anayasası Öncesi Dönem.....	29
2.4.2. 1961 Anayasası Dönemi	32
2.4.3. 1982 Anayasasının Birinci Dönemi.....	34
3. Özel Hayata Saygı Hakkının Esası	36
3.1. Özel Hayata Saygı Hakkının Konusu.....	36
3.1.1. Genel Olarak	36
3.1.2. Kişilik Hakkı	37
3.1.3. Özel Hayat Alanları.....	42
3.1.3.1. Özel Hayat.....	42
3.1.3.2. Aile Hayatı	45
3.1.3.3. Konut.....	48
3.1.3.4. Haberleşme.....	49
3.2. Özel Hayata Saygı Hakkının Söjeleri.....	51
3.3. Özel Hayata Saygı Hakkının Sınırları.....	52
3.4. Özel Hayata Saygı Hakkının Doğurduğu Yükümlölükler.....	54
3.4.1. Genel Olarak	54
3.4.2. Negatif Yükümlölükler	56
3.4.3. Pozitif Yükümlölükler	57
3.5. Özel Hayata Saygı Hakkının Niteliği.....	60
3.5.1. Genel Olarak	60
3.5.2. Hukuksal Niteliği	60
3.5.2.1. Özel Hukukta.....	60
3.5.2.2. Kamu Hukukunda.....	61
3.5.2.3. Doktrinde.....	62
3.5.3. Sosyal Niteliği.....	65
3.6. Kavram Sorunu	68

İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE
ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

1. Özel Hayata Saygı Hakkının Hukuksal Dayanağı.....	70
1.1. Genel Olarak AİHS'nin 8. Maddesi.....	70
1.2. AİHS'nin 8. Maddesinin Özellikleri	71
1.2.1. Sağladığı Güvencenin İkincilliği.....	71
1.2.2. İç Hukukta Doğrudan Uygulanabilme.....	73
1.3. AİHS'nin 8. Maddesinin Uygulama İlkeleri	75
1.3.1. Yorum İlkeleri.....	75
1.3.1.1. Genel Olarak.....	75
1.3.1.2. Sözleşmenin Niteliğine Göre Yorum.....	76
1.3.1.3. Sözleşmenin Konusuna Göre Yorum	77
1.3.1.4. Dinamik ve Evrimci Yorum.....	79
1.3.1.5. Geniş Yorum	81
1.3.1.6. Kavramların Otonomluğu	82
1.3.2. Özel Hayat Kavramının Niteliği	84
1.3.3. Muhakeme Yöntemi	87
2. Özel Hayata Saygı Hakkının Norm Alanı.....	89
2.1. Genel Olarak	89
2.2. Özel Hayata Saygı.....	89
2.2.1. Özel Hayat Kavramı	89
2.2.2. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük	93
2.2.3. Fiziksel ve Sosyal Kimlik	94
2.2.4. Kişisel Bilgiler.....	102
2.2.5. Değerlendirme.....	104
2.3. Aile Hayatına Saygı	107
2.3.1. Aile Kavramı	107
2.3.2. Çiftler.....	108

2.3.3. Çocuklar.....	109
2.3.4. Diğer İlişkiler	111
2.3.5. Değerlendirme.....	112
2.4. Konuta Saygı.....	114
2.4.1. Konut Kavramı	114
2.4.2. Kapsamı	115
2.4.3. Değerlendirme.....	119
2.5. Haberleşmeye Saygı.....	120
2.5.1. Haberleşme Kavramı	120
2.5.2. Sözleşme Organlarının Yaklaşımı.....	121
2.6. Özel Hayata Saygı Hakkının Sûjeleri.....	127
2.6.1. Gerçek Kişiler	127
2.6.2. Yabancılar	128
2.6.3. Tüzel Kişiliği Bulunmayan Organizasyonlar.....	129
2.6.4. Tüzel Kişiler.....	129
3. Özel Hayatın Korunması ve Devletin Yükümlülükleri.....	130
3.1. Genel Olarak	130
3.2. Negatif Yükümlülükler.....	130
3.3. Pozitif Yükümlülükler	132
3.3.1. Tanımı.....	132
3.3.2. Tarihsel Gelişimi	133
3.3.3. Temellendirilmesi.....	134
3.3.4. Amacı.....	136
3.3.5. Kapsamı	137
3.3.6. Sınırı	142
3.4. Değerlendirme.....	144
4. Özel Hayata Saygı Hakkının Koruma Alanı	146
4.1. Genel Olarak	146
4.2. İstisna Hükümünün Niteliği.....	147
4.3. Yasayla Öngörölme.....	148

4.3.1. Genel Olarak	148
4.3.2. Maddi Boyutları	153
4.3.2.1. Yasanın Yeterli Belirlilikte Olması	153
4.3.2.2. Yasanın Kötüye Kullanmalara Karşı Etkin ve Yeterli Güvenceler Öngörmesi.....	156
4.3.3. Şekli Boyutu: Yasanın Kolayca Ulaşılabilir Olması	161
4.3.4. Yasa Kavramının Kapsamı	162
4.4. Demokratik Toplumda Gereklik	165
4.4.1. Genel Olarak	165
4.4.2. Demokratik Toplum Kavramı	166
4.4.3. Amaca Yönelik Koşul: Belirli Bir Meşru Amaca Yönelik Olma	168
4.4.4. İçeriğe Yönelik Koşul: Orantılılık İlkesi	172
4.4.4.1. Genel Olarak.....	172
4.4.4.2. Gereklik.....	174
4.4.4.3. Ölçülülük.....	177
4.4.4.4. Elverişlilik	184
4.5. Devletin Takdir Yetkisi	186
4.6. Sınırlama Yetkisinin Sınırları	190
4.6.1. Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı	190
4.6.2. Öngörülen Sınırlama Amacına Uygun Uygulama Zorunluluğu	192

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA

ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUNMASI

1. Genel Olarak	193
2. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Korunması	193
2.1. Genel Olarak	193
2.2. Özel Hayatın İçeriği	195
2.2.1. Özel Hayat ve Aile Hayatı	195
2.2.2. Konut	196

2.2.3. Haberleşme.....	197
2.3. Devletin Yükümlülükleri.....	199
2.3.1. Devletin Negatif Yükümlülüğü.....	199
2.3.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğü	199
2.4. Özel Hayatın Sınırlanması.....	201
2.4.1. Genel Olarak	201
2.4.2. Sınırlama Sebepleri	201
2.4.3. Sınırlamaya Hakim Olan İlkeler	204
2.4.3.1. Genel Olarak.....	204
2.4.3.2. Sınırlamanın Yasallığı İlkesi	205
2.4.3.3. Öze Dokunma Yasağı	205
2.4.3.4. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk İlkesi	206
2.4.3.5. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk İlkesi.....	206
2.4.3.6. Ölçülülük İlkesi	207
2.4.4. Kötüye Kullanma Yasağı.....	207
3. Türk Ceza Kanununda Özel Hayatın Korunması	208
3.1. Genel Olarak	208
3.2. Şerefın Korunması-Hakaret Suçu	209
3.3. Özel Hayatın Korunması	210
3.3.1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları.....	210
3.3.2. Kişisel Verilerin Gizliliğini İhlal Suçları.....	212
3.4. Kişi Dokunulmazlığının Korunması	213
3.4.1. Haksız Arama Suçu	213
3.4.2. Huzur ve Sükûnu Bozma Suçu.....	214
3.4.3. Haksız Genital Muayene Suçu	214
3.5. Konut ve İşyerinin Korunması.....	215
3.6. Haberleşmenin Korunması	216
3.6.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları	216
3.6.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Gizliliğini İhlal Suçları	217
4. Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Korunması.....	218

4.1. Genel Olarak	218
4.2. Muayene	219
4.3. Arama ve Elkoyma.....	221
4.4. İletişimin Denetlenmesi.....	226
4.5. Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme	227
5. Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması.....	229
5.1. Türk Medeni Kanunu	229
5.2. Borçlar Kanunu	231
6. Özel Kanunlarda Özel Hayatın Korunması.....	232
6.1. Basın Kanunu.....	232
6.2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu	233
6.3. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu	233
6.4. Bilgi Edinme Kanunu	234
7. AİHS'nin Türk Hukukundaki Yeri	235

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN

TÜRK HUKUKUNDAKİ HUKUKSAL GÖRÜNÜMÜ

1. İletişimin Denetlenmesinin Tarihsel Gelişimi.....	239
1.1. Adli Denetleme Bakımından	239
1.1.1. Adli-Koruyucu Denetleme Kavramı	239
1.1.2. 4422 Sayılı Yasa Öncesi Dönem.....	239
1.1.3. 4422 Sayılı Yasa Dönemi	242
1.2. Önleyici Denetleme Bakımından	244
1.2.1. Önleyici Denetleme Kavramı.....	244
1.2.2. 2559, 2803 ve 2937 Sayılı Yasalar.....	245
2. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi	250
2.1. Kavramlar	250

2.1.1. Genel Olarak	250
2.1.2. Telekomünikasyon	252
2.1.3. İletişim	255
2.1.4. Denetim.....	257
2.1.4.1. Genel Olarak.....	257
2.1.4.2. İletişimin Dinlenmesi.....	257
2.1.4.3. İletişimin Kayda Alınması	259
2.1.4.4. İletişimin Tespiti.....	264
2.1.4.5. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi.....	277
2.1.4.6. Mobil Telefonun Yerin Belirlenmesi.....	283
2.2. Hukuksal Niteliği	294
3. İletişimin Denetlenmesinin Usulü	296
3.1. Denetim Kararı Verme Yetkisi	296
3.1.1. Genel Olarak	296
3.1.2. Soruşturma Aşamasında	297
3.1.2.1. Hâkim Kararı.....	297
3.1.2.2. Cumhuriyet Savcısı Kararı.....	300
3.1.3. Kovuşturma Aşamasında	304
3.1.4. Mağdurun Rızası	306
3.1.5. Değerlendirme.....	308
3.2. Kararın Usulü, Şekli ve İçeriği	310
3.2.1. Cumhuriyet Savcısının Talebi.....	310
3.2.2. Kararın Şekli	312
3.2.3. Kararın İçeriği	313
3.3. Tedbirin Yerine Getirilmesi.....	315
3.4. Tedbirin Süresi.....	318
3.5. Tedbire Son Verilmesi.....	322
3.6. Kayıtların Korunması ve İmhası.....	324
3.7. İlgiliye Bilgi Verilmesi-Etkili Başvurma Hakkı	329
4. İletişimin Denetlenmesinin Koşulları	331

4.1. Tedbirin Amacı	331
4.2. Tedbire Konu Araçlar.....	335
4.3. Tedbire Tabi Kişiler	339
4.4. Tedbire Konu Suçlar	347
4.5. Tedbire Konu Yerler	351
4.6. Tedbirin Uygulanacağı Şüphe.....	352
4.7. Orantılılık İlkesi	355
5. İletişimin Denetlenmesiyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	359
5.1. Genel Olarak	359
5.2. Hukuka Aykırı Deliller	363
5.3. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	367
5.4. Önleme Amaçlı Denetim Sonucu Elde Edilen Deliller.....	369
6. İletişimin Denetlenmesine Karşı Öngörülen Güvenceler.....	370
6.1. Genel Olarak	370
6.2. Tedbirin Hukuksal Denetimi	371
6.3. Negatif Yükümlülükler.....	373
6.4. Pozitif Yükümlülükler	374
6.4.1. Cezai Yaptırımlar	374
6.4.2. Zararın Tazmini.....	376
Sonuç.....	379
Kaynakça.....	383

KISALTMALAR

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.k.	: Aynı karar
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz. / bkz.	: Bakınız / bakınız
bs.	: basım
C. / c.	: Cilt / cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırmamız
K.g. / k.g.	: Karşı görüş / karşı görüş
KSHİUS	: Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
MBD	: Mülkiyeliler Birliği Dergisi
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
MÜHFHA	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFY	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TODAİ	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
V.	: Volume
Y.	: Yıl
Yay. Haz.	: Yayına Hazırlayan
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ceza muhakemesinin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak uygulanan gizli bir koruma tedbiridir. Özellikle organize suçluluğun, örgütlü suçların ve terör suçlarının demokratik sisteme ve insan haklarına karşı oluşturduğu tehditler günümüzde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ceza muhakemesinde uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer yandan bu tedbirlerin kişilerin özel hayatını yoğun bir şekilde ihlal eden mahiyette olmaları, bu tedbirlere ilişkin yasal düzenlemelerin tarafı olduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası olan AİHS ile Anayasada öngörülen güvencelere uygun olmalarını insan haklarının etkin bir şekilde korunması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından önemli bir konu haline getirmektedir.

Ceza muhakemesinde gizli bir koruma tedbiri olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun 135 ilâ 138. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'nun 135. maddesinin gerekçesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin AİHS'ne ve AİHM'nin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilerek, yasanın 135 ilâ 138. maddeleriyle hukukumuzdaki bu önemli boşluğun AİHS'ne ve AİHM'nin kararlarına uygun olarak doldurulduğu ileri sürülmüştür. Tezin amacı CMK'nun 135. maddesi gerekçesinde ileri sürülen bu savın haklılığını araştırmaktır.

Tezin amacının gerçekleştirilebilmesi için öncelikle bu tedbirlerin demokratik bir toplumda gerekliliğini ve haklılığını belirleyen bireysel değerlerin incelenmesi gerekir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin amacı genel olarak suç delillerinin elde edilerek ceza muhakemesinin etkin bir şekilde yürütülmesini, dolayısıyla suçların cezasız kalmamasını ve bu yolla insan haklarının, ulusal güvenliğin korunması, suç ve düzensizliğin önlenmesidir. Dolayısıyla tedbirlerin korumayı amaçladığı yararlarla yarışan bireysel yarar özel hayata saygı hakkı olmaktadır. Bu tedbirlerin meşruiyetinin değerlendirilmesi ise özel hayata saygı hakkının kişiler için öneminin ve kapsamının ele alınmasını

gerektirir. Özel hayata saygı hakkının AİHS ve Anayasa açısından ele alınması için ise öncelikle kavramsal, tarihsel ve teorik temelini ortaya konulması zorunludur. Bu sebeple tezin ilk bölümünde özel hayata saygı hakkının kavramsal, tarihsel ve teorik temeli ele alınmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi özellikle bireyin iletişiminin gizliliğine müdahale teşkil etmekle birlikte, durumun özelliklerine göre bireyin özel hayatına, aile hayatına ve konutuna da müdahale teşkil edebilmektedir. Bu sebeple teze hem genel olarak özel hayata saygı hakkının ele alınmasıyla başlanmış, hem de tez konusu özel hayata saygı hakkının spesifik bir yönünü oluşturan haberleşmeye saygı hakkıyla sınırlanmayıp özel hayata saygı hakkının tüm unsurları yönünden ele alınmıştır.

CMK'nun gerekçesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin hazırlanmasında AİHS ile AİHM'nin kararlarının ölçü alındığı belirtildiğinden, tezin amacının gerçekleştirilebilmesi için ele alınması gereken ikinci konu özel hayata saygı hakkının AİHS ile bu sözleşmeyi yorumlayan AİHM kararlarındaki görünümü olmalıdır. Dolayısıyla ikinci bölümde ise bu konuya yer verilmiştir. AİHM özel hayata saygı hakkıyla ilgili bireysel başvurularda özel hayata saygı hakkını alt unsurlarına ayırmadan genel olarak özel hayata saygı hakkı başlığı altında ele almaktadır. Diğer yandan özel hayata saygı hakkının Sözleşme sistemindeki yeri ve önemi ancak özel hayata saygı hakkının bütün unsurlarının birlikte ele alınması halinde ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple tezde konu sadece haberleşmeye saygı konusuyla sınırlanmayarak, genel olarak Sözleşmenin 8. maddesi yönünden ele alınmaktadır.

AİHS taraf devletlerde insan haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için asgari standartları ortaya koyan bir hukuksal belge niteliğindedir. Bu sebeple iç hukukun bir temel hakkı Sözleşmeden daha güçlü bir şekilde güvenceye alması söz konusu olabilir. AİHS temel hakların etkin ve etkili bir şekilde korunması sağlamayı amaçlayan bir sözleşme olduğundan, iç hukukun temel hakkı AİHS'nden daha güçlü bir şekilde koruduğu durumlarda taraf devletin Sözleşmeye bağlılığını iç hukuka bağlılığı sağlamaktadır. Bu sebeple tezin amacına ulaşabilmek için konunun iç hukukumuz açısından ele alınması da zorunludur. Bu sebeple üçüncü bölüm özel

hayata saygı hakkının iç hukukumuzdaki görünümüne ayrılmıştır. İlk iki bölümde elde edilen veriler ışığında iç hukukumuzun değerlendirilmesine olanak sağlamak için özel hayata saygı hakkının iç hukukumuzdaki görünümüne üçüncü bölümde yer verilmiştir.

Dördüncü bölümde ise ilk üç bölümde elde edilen veriler ışığında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ele alınarak tezin amacı gerçekleştirilmeye çalışılacak ve CMK'nun gerekçesinde ileri sürülen savın haklı olup olmadığı araştırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, tezimizin konusu CMK'nda düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ile sınırlıdır. İletişimin önleme amaçlı ve istihbarat amaçlı denetlenmesi tez konumuzun dışındadır. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi kavramı ceza muhakemesi hukukuna özgü koruma tedbirini ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bununla birlikte tezimizle bağlantılı olduğu düşünülen ölçüde idari nitelikteki önleme amaçlı ve istihbarat amaçlı tedbirlere de değinilecektir.

Tezimizin konusunu teşkil eden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, kavram olarak iletişimin denetlenmesine yönelik tedbirlerinin tümünü bir arada ifade eden genel kavramdır. Bu sebeple bu tezde genel olarak iletişimin denetlenmesi ifade edilmek istendiğinde zaman zaman *telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi* kavramıyla eşanlamda olmak üzere *iletişimin denetlenmesi* kavramı da kullanılacaktır. İletişimin denetlenmesi kapsamındaki spesifik bir tedbir ifade edilmek istendiğinde ise spesifik tedbirin kendi ismi kullanılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

1. Özel Hayat Kavramı

1.1. Genel Olarak

Özel hayat kavramı günlük hayatta insanın mahremiyet duygusuyla bağlantılı sosyolojik bir kavram olarak kullanılmaktadır. Hukuksal bir kavram olarak ise özel hayat kavramı sosyolojik anlamıyla ilişkili olmakla birlikte sosyolojik anlamıyla özdeş anlama sahip olmayan, özel hayatın hukuksal yönünü ifade eden bir kavramdır. Bu sebeple insanın özel hayatını koruyan özel hayata saygı hakkının incelenmesine özel hayat kavramının ele alınmasıyla başlanabilir. Özel hayat kavramının ele alınması ise sözlük anlamından başlayarak hukuksal tanımının, hukuksal özelliğinin ve bireyin hayat alanlarının gözden geçirilmesini gerektirir.

1.2. Özel Hayat Kavramı

1.2.1. Sözlük Anlamı

Sözlük anlamıyla *özel* sözcüğü, “yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan; bir kişiyi ilgilendiren veya kişiye ait olan, hususi, zati”¹, “tek bir şeye, bir amaca veya kimseye has olan, ayırt edici; umumi ve müşterek olmayan, şahsi, zati, hususi”²; özel hayat kavramı, “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı”³; mahremiyet sözcüğü ise “gizli olma durumu, gizlilik”⁴, “gizli, herkese açılmayan ve söylenmeyen şey, sır; herkesçe bilinmemesi gereken niteliğe sahip olma durumu, gizlilik, bir şeyin gizli tarafı”⁵ anlamına gelmektedir.

¹ *Türkçe Sözlük*, 2 c., 9. bs., Ankara, Türk Dil Kurumu, 1998, C. II, s. 1744-1745.

² *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, 4 c., 4. bs., İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı, 2004, C. III, s. 2240.

³ *Türkçe Sözlük*, s. 1745.

⁴ *A.e.*, s. 1487.

⁵ *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, s. 1882.

Görüldüğü üzere sözlük anlamları itibariyle, özel sözcüğü bireyselliği ve kişiselliği; özel hayat sözcüğü kişiye özgülüğü; mahremiyet sözcüğü ise gizliliği esas almaktadır. Yaşantının kişiye özgülüğü, insanın yaşam tarzını, tutum ve davranışlarını belirleyebilmesini de ifade eder. Bu sebeple kişinin tercihlerde bulunması, dolayısıyla irade serbestliği ve bağımsızlığı da özel hayat kavramı kapsamındadır. Sözlük anlamı bakımından özel hayat kavramını kişinin tercihleri doğrultusunda oluşturduğu kişisel hayatının bütünü olarak tanımlamak mümkündür.

Özel hayat kavramı irade özgürlüğünü de kapsadığından, başkaları tarafından müdahale edilememesi, kişinin yaşantısı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, bu sebeple yaşantısının mahrem içeriğini belirleyebilmesi de özel hayatın bir yönüdür. Dolayısıyla insanın yaşantısının gizliliği evleviyetle özel hayat kavramının kapsamında olup özel hayat kavramının sözlük anlamının sadece bir yönünü oluşturmaktadır.

Özel hayat kavramı, kişinin kendine ait tutum ve davranışlarını da içerdiğinden, özel hayatın kişisel değer olduğu da özel hayat kavramının sözlük anlamından çıkmaktadır. Özel hayatın kişisel değer olması, bireyin hayatının hangi yönlerinin toplumun bilgisinden uzak kalması gerektiğine kendi içinden karar verebilmesi anlamına gelir. Bu değer toplum açısından görünümü, kişinin hayatının hangi yönlerinin kendisine kapalı olduğu yönünde toplumda oluşan kanaattir. Özel hayat kavramı bu açıdan bakıldığında da ahlaki değerlerin bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla sözlük anlamı bakımından özel hayat kavramı aynı zamanda farklı kültürlerle bağlı olarak değişen göreceli bir kavram olmaktadır⁶.

Özel hayat kavramının sözlük anlamı, hukuksal anlamı hakkında bir ölçüye kadar izlenim oluşturmakta ve hukuksal kapsamının belirlenmesinde başlangıç düşünceleri oluşturmaktadır. Ancak ilkel bir kavram olması sebebiyle de doğal olarak özel hayat kavramının hukuksal anlamını bütünüyle ifade edebilme yeteneğinden uzaktır.

⁶ Blanca Rodríguez Ruiz, **Privacy in Telecommunication: A European and An American Approach**, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 39-40.

1.2.1. Hukuksal Tanımı

Özel hayat kavramı, sözcük anlamıyla kişinin tercihleri doğrultusunda oluşturduğu kişisel hayatının bütününe ifade ettiğinden, kişinin yaşantısının, tutum ve davranışlarının tüketici bir şekilde sayılması mümkün değildir. Hayat da dinamik yapısıyla özel hayat kavramının içeriğini zaman içerisinde değiştirmekte ve zenginleştirmektedir. Bu sebeple özel hayat kavramı içeriği bakımından zengin, çerçevesi ve kapsamı mutlak bir kesinlikle belirlenemeyecek bir kavramdır. Bu özelliğinden dolayı özel hayat kavramının yapılmış mutlak ve kesin bir tanımı bulunmadığı gibi, bu türden bir tanımın yapılması da imkânsızdır.

Nitekim uluslararası belgelerde ve Anayasalarda özel hayat kavramının hukuksal tanımını veren bir norm bulunmamaktadır. Tanım yapmak bir yönüyle kavramın kapsam ve içeriğinin statikleştirilmesine yol açtığından, hukuk metnlerinin tanım yapmaması özel hayat kavramının içeriğini somut hukuksal olayın özelliklerine ve değişen şartlara göre, olaysal tabanda ve geliştirici yorumla belirlemeye imkân tanımak amacını taşımaktadır. Dolayısıyla özel hayat kavramının durağan ve sabit bir tanımının yapılması çabası bir yönüyle de özel hayat kavramının değişen şartlara ve ihtiyaçlara göre yorumlanmasına engel olacağı için yanlış bir tutum olacaktır⁷.

Teknolojik gelişmenin seyriyle orantılı olarak bireylerin maruz kaldıkları müdahalelerin artması ve yeni boyutlar kazanması bireylerin etkin bir şekilde korunmasını önemli bir ihtiyaç haline getirdiğinden, özel hayat kavramının değişen şartlara göre yorumlanması bireysel korunmayı azami ölçüde gerçekleştirmek açısından zorunludur⁸. Buna karşın özel hayat kavramının bilimsel tanımının yapılması özel hayat kavramının yorumlanması, hukuksal içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesinde rol oynar ve özel hayat kavramının hukuksal çerçevesinin belirlenmesinde düşünsel verileri sağlar.

⁷ Ruiz, **a.g.e.**, s. 17; Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 2. bs., Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003, s. 14-15; Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bs., Ankara, Turhan, 2002, s. 331; *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 41; *Airey-İrlanda* Davası, 09.10.1979, § 26.

⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2001, s. 483; Ruiz, **a.g.e.**, s. 2-3.

Doktrinde özel hayat kavramının, “herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan, kişiye ait hususlar” ve “kişinin gizli tutmakta çıkarının bulunduğu hususlar”⁹; “kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri tarafları”¹⁰; “özel yaşamın düzenini ve bu yaşama kimlerin ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini bireyin kendi kendisine saptaması” ve “başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içerisinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi”¹¹; “bireyin yalnızca kendine özel olan ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümüleri”¹²; “insanın ailevi, kişisel hayatı; iç hayatı, manevi hayatı, kapalı kapısının arkasında yaşarken idame ettiği hayat”¹³; “kişinin hukuk tarafından korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi ve güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam görünümülerinden meydana gelen kişisel varlık”¹⁴; “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar”¹⁵; “başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken giz alanları”¹⁶; “kişinin yalnız ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alanı”¹⁷, “bireyin toplumdan çekilme ve gizli kalma konusunda hayatı üzerindeki denetimi”¹⁸ şeklinde yapılmış tanımları bulunmaktadır.

Özel hayat kavramının bir diğer tanımı da Uluslararası Adalet Komisyonu tarafından 1967 yılında İsveç’te organize edilen Kuzey Ülkeleri Hukukçuları

⁹ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, İÜHFY, 1978, s. 259.

¹⁰ Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku**, Birinci Yarım, İstanbul, 1978, s. 133’ten aktaran: Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, Kazancı, 1996, s. 5 ve 6.

¹¹ Oya Araslı, “**Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası’nda Düzenlenişi**”, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s. 6 ve 43.

¹² Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Der, 1982, s. 127.

¹³ Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, SÜHFY, 1991, s. 9.

¹⁴ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, 2. bs., Ankara, AÜHFY, 1993, s. 81.

¹⁵ Şen, a.g.e., s. 7.

¹⁶ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 416.

¹⁷ İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge, 2002, s. 291.

¹⁸ Ruiz, a.g.e., s. 44.

Kongresi tarafından yapılmıştır. Bu Kongrede özel hayat, “*kişi için en küçük bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını sürdürebilme hakkı*” olarak tanımlanmıştır¹⁹.

Avrupa Konseyi de 23.01.1970 tarihli kararında İHEB’nin 12. maddesini esas alarak özel hayat kavramını, “*bir kişinin özellikle yaşantısına asgari karışmalarla istediği gibi sürdürebilme serbestliği*” şeklinde tanımlamıştır.²⁰

Bu tanımlardan hareketle özel hayatın, bireyin başkaları tarafından müdahale edilmesine ve bilinmesine olanak tanımadığı, kişisel ve kendine özgülediği değer ve varlıklar bütününden oluşan, mutlak hâkimiyeti ve tasarrufu altında bulunan ve her hangi bir şekilde müdahale edilmesi mümkün olmayan güvenlik duygusu içerisinde sürdüğü bağımsız yaşam şekli olduğunu söylemek mümkündür.

1.2.1. Hukuksal Özelliği

Özel hayat kavramı hukuksal bir kavram olarak genel itibariyle, bireyin gizli tutarak herkesin bilmesine izin vermediği, sadece kendi hâkimiyeti ve tasarrufu altında bulunan ve herhangi bir şekilde müdahale edilmesi mümkün olmayan, kişisel ve bireye özgü, bireysel ve sosyal hayat görünümlerinden oluşan öz varlık ve değerler bütününe ifade eden bir kavramdır. Bireyin özel hayatı kapsamında bireyin hayatına ait özel birçok unsur yer alır. Dolayısıyla özel hayat kavramı, bireyin özel hayatının spesifik yönlerini bütünüyle kapsamına alan, kapsadığı değerleri bir arada genel olarak ifade eden bir *üst kavram*dir.

Bu sebeple uluslararası sözleşmeler ile Anayasalarda genellikle özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme özel hayata saygı hakkının unsurları olarak belirtilirler. AİHS’nin 8’inci maddesi ile 1982 Türk Anayasasının 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının unsurları olarak da özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme gösterilmiştir. Ne var ki, özel hayata saygı hakkını düzenleyen metinlerde özel hayata saygı hakkının unsurları olarak aile hayatı, konut ve haberleşmenin sayılması, özel hayata saygı hakkının sadece bu unsurlardan

¹⁹ Süheyl Donay, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi”, **İÜHFİM**, C. XXXIX, S. 1-4, 1976, s. 439.

²⁰ Öztekin Tosun, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFİM**, C. XLI, 1976, s. 382.

oluştugu anlamını taşımaz. Gerçekten özel hayata saygı hakkının unsurları olarak sayılan aile yaşamı, konut ve haberleşme özel hayatı bütünüyle kapsayıcı nitelikte olmayan, esasen özel hayatın spesifik görünüş şekillerindendir. Özel hayatın dışı yansıma şekillerinden olan bu unsurlar, özel hayatın özellikli ve hayati alanlarından olmaları sebebiyle özel önemlerine binaen özel hayat kavramının ardı sıra ayrıca belirtilmektedirler. Dolayısıyla aile yaşamı, konut ve haberleşme özel hayatın tüm zemin ve boyutlarını tüketici bir şekilde belirtmezler.

Nitekim örneğin İHEB'nin 12. maddesinde bireyin şerefi ve itibarı da özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmenin yanı sıra özel hayatın bir unsuru olarak mahremiyet hakkı kapsamında belirtilmiştir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının unsurlarının tahdidi olarak sayılması mümkün olmadığından, özel hayata saygı hakkının ilk unsuru olan *özel hayat* kavramı bireyin özel hayatını genel olarak kapsayan *çerçeve bir kavram* niteliğine sahiptir. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkının esasını bireyin özel hayatı kapsamında yer alan değerlerinin tümünü ifade eden özel hayata saygı gösterilmesi oluşturur.

Özel hayat kavramının çerçeve bir kavram olması, bireyin özel yaşantısının hem konu hem de mekân bakımından kapsamını tayin eder. Diğer yandan özel hayat kavramının çerçeve kavram olması özel hayat kavramının içeriğinin yorum yoluyla genişletilebilir ve zenginleştirilebilir mahiyette olduğu anlamına da gelir.

1.3. Bireyin Hayat Alanları

1.3.1. Genel Olarak

İnsan hayatının bireysel ve toplumsal olmak üzere iki yönü bulunur. İnsan yaşamı bir yönüyle herkese açık, toplumsal hayata katılma duygusunu; bir yönüyle de topluma kapalı, kendine özgü özel ve gizli alanında yaşama arzusunu içerir²¹. İnsan yaşamının bu iki yönlü yapısı, bireyin hayatının genel ve özel olmak üzere iki boyutu bulunduğu anlamına gelir. İnsan hayatının genel boyutu herkese açık olan toplumsal olarak bilinebilen ve görülebilen yönlerinden; özel boyutu ise bireyin topluma açık olmayan, diğer insanların bilmesine ve görmesine kapalı yönlerinden

²¹ Arash, a.g.e., s. 8.

oluşur. Bu sebeple özel hayat kavramı, bireyin yaşamının bu iki yönünün sınırını belirleyen, bireyin genel hayat alanından ayrıştırılmış alanını ifade eder²².

Alman yazar *Heinrich Hubmann*'ın *üç alan teorisi* ve Alman Federal Mahkemesi ile Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarından hareketle bireyin özel hayatının ve dolayısıyla özel hayata saygı hakkının koruduğu hayat alanının belirlenebilmesi amacıyla bireyin yaşam çevresi doktrinde sınıflandırılmakta, *gizli (sır) alan*, *özel alan* ve *kamusal (ortak) alan* şeklinde aşamalı olarak üçlü ayrıma tabi tutularak incelenmektedir²³. Hukukun bireyin genel hayat alanından ayrıştırıp koruma altına aldığı alanı ifade eden özel hayat, büyük bir çember içerisindeki küçük bir çembere benzetilerek, gizli alan küçük çemberin içi, özel alan büyük çemberin içi, kamusal alan ise çemberlerin dışında kalan alan olarak ele alınmaktadır²⁴.

Bireyin yaşam çevresinin doktrin tarafından gizli-sır alan, özel alan ve ortak-kamusal alan şeklinde aşamalı olarak üçlü ayrıma tabi tutularak sınıflandırılması açık bir şekilde dayanağını pozitif hukuktan almaz. Pozitif hukukun bireyin genel hayatı içerisinde özel hayat şeklinde bir kategori oluşturması sebebiyle, bu ayrım bireyin özel hayatının ve dolayısıyla özel hayata saygı hakkının koruduğu hayat alanının tespitini sağlamaya yönelik olarak yapılan spekülatif, teorik bir ayrımdır. Oysaki gerçeklikte, bireyin bu yaşam alanlarının birbiriyle sınırlarının fiilen mutlak olarak ayırt edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu alanlar birbirleriyle bağlantılı alanlar olup, bu alanların sınırları duruma göre daralma ya da genişleme gösterir.

Bir bilginin hayat alanlarından hangisinde yer alacağını kural olarak hak sahibi bireyin hukuka uygun iradesi belirler. Dolayısıyla birey kendisine ait

²² Çetin Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul, Alfa, 1999, s. 245-246.

²³ Ruiz, *a.g.e.*, s. 50-51; Özek, *Basın Hukuku*, s. 260; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 31-32; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, Beta, 2001, s. 60-61; Sultan Üzeltürk, *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul, Beta, 2004, s. 3; Danışman, *a.g.e.*, s. 8. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, üç alan teorisi, kişisel bilgilerin ifşa edilmeksizin depolanması, açıklanmaksızın basit kişisel bilgilerin sistematik olarak toplanması durumunda yetersiz koruma sağladığı gerekçesiyle kişinin kamusal alanında oluşan bilgileriyle ilgili açıklamaların hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğine yönelik düşüncesi yönünden ve kişinin hayat alanlarının kapsamının kesin bir şekilde saptanmasının olanaksız olması sebebiyle yapay bir teori olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Ruiz, *a.g.e.*, s. 51; Helvacı, *a.g.e.*, s. 61.

²⁴ Arash, *a.g.e.*, s. 1; Üzeltürk, *a.g.e.*, s. 3.

bilgilerde tasarruf hakkına dayanarak hukuka aykırı olmamak kaydıyla kendisine ait bilgilerin hayatının hangi alanında bulunacağını serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Özel hayata saygı hakkı bireyin bu belirlemesini esas alarak bireysel bilgileri korur. Ancak bireyin kendisine ait bilgilerin hayatının hangi alanında yer aldığını hukuka aykırı bir şekilde belirlemesine olanak yoktur. Örneğin birey açık bir şekilde ortak alana ait bir bilgisinin özel hayatı ya da gizli hayatı kapsamında bulunduğunu ileri süremez.

1.3.2. Gizli Alan

Kişinin *gizli alanı*, kişinin başkalarından gizli tutarak kendisine saklamak istediği, tercihlerine ve rızasına bağlı olarak dilediği ölçüde sadece güven duyduğu kişilerin bilmesine olanak tanıdığı, gizli tutmakta çıkarının bulunduğu, kişinin rızası olmadan girilemeyen yaşamıyla ilgili davranışlardan, ilişkilerden ve olaylardan meydana gelen yaşam alanıdır. Bu sebeple kişinin yaşamının sır niteliği taşıyan yönleri gizli alanda yer alır. Dolayısıyla gizli alan bireyin toplumdan çekildiği, yalnız kalma hakkının gerçekleştiği alandır. Birey mental bütünlüğünü büyük oranda gizli alanı üzerine inşa eder. Bu sebeple bireyin gizli alanının varlığı bireyin kişiliğinin korunması ve gelişimi için hayati önemi haiz bir gereksinimdir. Özel hayata saygı hakkıyla kişinin bu alanı mutlak olarak korunmaktadır.²⁵

1.3.3. Özel Alan

Kişinin *özel alanı*, bireyin sadece yakın çevresiyle paylaştığı, dolayısıyla ancak yakın çevresi tarafından bilinebilen, yakın çevresi dışında kalan kişilerce bilinmesini istemediği yaşam olaylarını kapsayan yaşam alanıdır. Bu sebeple kişinin özel alanı, kişinin başka bireylerle bir arada bulunması nedeniyle oluşan olanaklar sayesinde başka bireyler tarafından bilinebilen bilgilerini kapsar. Kişinin özellikle aile, iş ve dost çevresi gibi yakın çevresi tarafından bilinebilen davranışları kişinin

²⁵ Ruiz, **a.g.e.**, s. 50; Özek, **a.g.e.**, s. 258; Şen, **a.g.e.**, s. 6 ve 229; Danışman, **a.g.e.**, s. 8; Özel, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Helvacı, **a.g.e.**, s. 62.

özel alanının kapsamına girer. Kişinin özel alanı da özel hayata saygı hakkının kapsamında korunmaktadır.²⁶

1.3.4. Kamusal Alan

Kamusal alan, kişinin topluma açık yerlerde ve toplumsal ilişkiler içerisinde toplumun bilgisine açık olarak gerçekleşen, başkalarınca görülebilir ve öğrenilebilir nitelikte, kişinin gizleme gereği duymadığı yaşam görünümünü içeren, herkesle paylaştığı alanıdır²⁷. Kamusal alan kural olarak bireyin özel hayat alanının dış çeperini oluşturur. Bu sebeple kamusal alan kavramı, özel hayat kavramını çevreleyen bir kavramdır. Kamusal alan açısından bakıldığında özel hayat, bireyin kamusal alan kapsamında olmayan, başkalarının bilgisinden sakındığı, toplumdan uzak tuttuğu hayat görünümünden oluşur.

Kişinin kamusal alandaki faaliyetlerinin gizli bir yönü bulunmadığından, kural olarak kamusal alan özel hayat kavramının hukuksal çerçevesinin dışında kalır ve özel hayata saygı hakkının korunmasından yararlanamaz. Dolayısıyla kişinin bu alanında oluşan bilgileriyle ilgili açıklamalar da hukuka aykırılık teşkil etmez.²⁸

Toplumlar ve toplumsal ilişkiler kamusal alan üzerinde temellenir. Toplumun var olabilmesinin zorunlu zeminini kamusal hayat ve kamusal ilişkiler oluşturur. Bu açıdan bakıldığında toplum, bireylerin karşılıklı ilişkilerinin meydana getirdiği kamusal alanların toplamı niteliğindedir.²⁹ İnsan toplumdan yalıtılmış bir varlık olmadığından, özel hayat kavramının kapsamını bireyin toplumdan ayrı sürdürdüğü yaşantısı ile sınırlandırmak mümkün değildir. Birey toplumsal hayata karışarak sürdürdüğü yaşantısının belli alanlarında da mahremiyet ihtiyacı hisseder. Dolayısıyla bireyin kamusal alanda gerçekleşen yaşamı kapsamında olan, makul olarak mahremiyet beklentisi taşıdığı ilişkileri ile yaşantısı da özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sebeple bireyin kamusal alanda gerçekleşen ve

²⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 50; Özek, **a.g.e.**, s. 258; Şen, **a.g.e.**, s. 6; Danışman, **a.g.e.**, s. 8; Özel, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Helvacı, **a.g.e.**, s. 62.

²⁷ Ruiz, **a.g.e.**, s. 28; Özek, **a.g.e.**, s. 258.

²⁸ Özek, **a.g.e.**, s. 258; Şen, **a.g.e.**, s. 213; Danışman, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Özel, **a.g.e.**, s. 31; Helvacı, **a.g.e.**, s. 62.

²⁹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 28-29.

mahremiyet beklentisi içerisinde olduğu yaşantısı salt kamusal alanda gerçekleşmesi sebebiyle toplum tarafından öğrenilebilir, izlenebilir nitelikte değildir. Kamusal alan bu özelliği sebebiyle mutlak olarak özel hayat kavramı kapsamı dışında olmayıp, özel hayatın uzantısı olduğu ölçüde kamusal alan da özel hayata dahildir.

Nitekim günümüzde doktrinde ve özellikle AİHM içtihatlarında bireyin kamusal alanda geçen yaşantısının genel görünümü özel hayat kavramı kapsamında kabul edilmektedir. AİHM bireyin kamusal alanda gerçekleşen yaşantısına ilişkin bilgilerin sistematik olarak toplanmasını ve dosyalar halinde muhafaza edilmesini özel hayata saygı hakkına müdahale olarak deėerlendirmektedir³⁰. Dolayısıyla bir bireyin kamusal hayatında gerçekleşen yaşantısına ilişkin bir takım bilgilerin kamuya aktarılmasında kamu yararı bulunsa bile, bilgilenme hakkı bireyin kamusal alandaki yaşantısının genel sistematikiini öğrenebilme hakkını içermez.

Ayrıca bireyin kamusal alanda gerçekleşen hayatının herkese açık olması, bireyin kamusal alanda gerçekleşen hayatının yayımlanabilmesini, teşhir edilmesini olanaklı kılmaz³¹. Çünkü bireyin görüntüsü, sesi kişilik hakkının bir parçası olduğu gibi, bireyin tanınmama, bilinmeme, anonim kalma hakları da kişilik hakkının ve dolayısıyla özel hayatının bir parasıdır³².

1.3.5. Meslek Hayatı

Kişinin meslek hayatı büyük ölçüde, kişinin hayatının mesleki ve ekonomik boyutuna, bu sebeple kişinin ekonomik varlığını sürdürme hakkına dayanır. Kişinin ekonomik varlığını sürdürme hakkının pozitif hukukumuzdaki dayanağı Anayasanın 17. ve 48. maddeleridir. Meslek hayatı, kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile çalışma özgürlüğünün bir parçasıdır. Dolayısıyla bireyin meslek edinmesi, mesleğini sürdürmesi de temel haklardandır. Kişinin meslek hayatının, temel hak olma özelliğinden dolayı ayrı bir hak kategorisi olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir³³.

³⁰ *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 43-44.

³¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 62.

³² Ruiz, **a.g.e.**, s. 26.

³³ Özel, **a.g.e.**, s. 34.

Bireyin diğ er insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme olanağına kavuştuğı önemli yaşam çevresinden birisi olan meslek hayatı hem kamusal hayat hem de özel hayat kavramıyla bağlantılı bir kavramdır. Meslek hayatı bireyin bir taraftan kamuya açık bir faaliyet alanını, bir taraftan da özel hayatının bir parçasını oluşturur. Meslek hayatı özel hayatın parçası olması ölçüsünde kamusal hayatın bir parçası olmaktan uzaklaşır ve başka bireylerce görülebilir ve bilinebilir nitelikte olmaktan  ıkar³⁴. Diğ er yandan meslek hayatı bireyin özel hayatı ölçüsünde kamuya kapalı bir yaşam çevresi de değildir. Dolayısıyla meslek hayatı mutlak olarak bireyin ne özel hayat alanında ne de kamuya açık hayat alanında yer alır.

Kişinin ortak hayat alanında geçen hayatı kural olarak kamuya açık iken, aynı durumun kişinin meslek hayatı için de geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Meslek hayatı, bireyin bu hayatını birlikte sürdürdüğü arkadaşları ile iş çevresine açık, bu çevrenin dışında kalan kişilere büyük oranda kapalıdır. Bu sebeple hayat alanları bakımından karma özellikler gösteren meslek hayatı da, bireyin toplum içindeki saygınlığı ve yeriyle baėlantılı³⁵ ve kişinin kişilik hakkına, mesleki ve ticari sırlarına iliřkin³⁶ olduğ  ölçüde özel hayat kavramını çevreleyen kavramlardan birisidir.

Bireylerin büyük bir çoğunluğunun yaşamlarının önemli bir kısmını sürdükleri parçasını meslek hayatı oluşturduğundan, bireylerin sosyal ilişkilerini kurma olanağına özellikle iş hayatı sürecinde elde etmeleri kaçınılmazdır. Bu sebeple A HM, bireyin sosyal ilişkilerini oluşturma hakkı dolayısıyla bireyin meslek hayatından kaynaklanan ilişkilerini özel hayat kavramı kapsamında kabul etmektedir³⁷.

³⁴ şen, **a.g.e.**, s. 216.

³⁵ özel, **a.g.e.**, s. 34.

³⁶ **A.e.**, s. 35.

³⁷ A HM birçok kararında bireyin sosyal ilişkilerini oluşturma hakkı özel hayat kavramı kapsamında olduğundan, meslek hayatından kaynaklanan ilişkilerinin bireyin özel hayatı kapsamında yer aldığını vurgulamıştır. Bkz: *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, ř 22; *Burghartz- svi re Davası*, 22.02.1994, ř 24; *Amann- svi re Davası*, 16.02.2000, ř 65; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, ř 56; *Mikulic-Hrvatistan Davası*, 07.02.2002, ř 53; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, ř 61; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, ř 57; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, ř 57; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, ř 66.

2. Özel Hayatın Korunmasının Tarihsel Boyutu

2.1. Tarihsel Gelişimi

İnsanın, özellikle hayatının cinsel, psikolojik ve duygusal yönlerinden oluşan, başkalarından gizlediği ve başkalarıyla paylaşmak istemediği bir hayat alanı oluşturma gereksinimi insanlık tarihi kadar eski bir insancıl duygudan kaynaklanmaktadır. İnsanın bu insancıl duygusu, insanoğlunun kendisini insan kılan anlayışa ulaşmasıyla eşzamanlı olarak ortaya çıkan mahremiyet duygusudur.³⁸ İnsanın akıl sahibi, düşünen ve idrak eden bir varlık olarak düşünce ve duyguları yoluyla oluşturduğu mahremiyet duygusu, insanı hayatının bazı yönlerini diğer insanların göremeyecekleri bir şekilde yaşama, diğer insanlardan gizleme gereksinimine yol açmıştır. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkının insanlık tarafından en erken zamanlarda idrak edilen, *en eski insan hakkı* olduğu söylenebilir.

Mahremiyet duygusuyla ortaya çıkan özel hayat anlayışı her ne kadar eskiyse de, ilkel dönem toplumlarında bireyin mahremiyeti bireysel, ahlaki ve sosyal bir değer olarak mevcut, fakat hukuken koruma altına alınmamış bir değer durumundadır. Hukuk tarihsel gelişimi içerisinde bireyi öncelikle maddi varlığı yönünden korumaya çalışmış, bireyin manevi varlığının korunması daha sonra gerçekleşmiştir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkı insanın fiziksel varlığını koruyan haklara nazaran insan hakları alanına daha sonradan katılmış bir hak niteliğindedir³⁹. Mülkiyet hakkıyla yakın ilişkisi dolayısıyla özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan konut dokunulmazlığı da özel hayatın diğer unsurlarından önce hukuki düzenlemelere konu olmuştur.

Her ne kadar bütün insanlara tanınmaması sebebiyle gerçek anlamda insan hakları anlayışı olarak değerlendirilmeleri mümkün değilse de, geniş bağlam içinde düşünüldüğünde insan hak ve özgürlüklerinin geçmişi Eski Yunan ve Roma kültürüne kadar dayandırılabilir⁴⁰. İlkel dönemlerde hukukun ilgilendiği konu esas itibarıyla insan yaşamına ve mülkiyetine yönelik müdahaleleri önlemektir. Bu

³⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 1.

³⁹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁰ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 489; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 4; Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku: Ders Notları**, İstanbul, Değişim, 2004, s. 11.

kapsamda bireyin fiziksel şiddete karşı korunmasını yaşama hakkı, özgürlüğünün sınırlanmamasını özgürlük hakkı, mallarının ve toprağının korunmasını ise mülkiyet hakkı temin etmeye çalışmıştır⁴¹. Bireyin yaşamının, özgürlüğünün ve mülkiyetinin korunması gerekliliğinin yanı sıra, bireyin manevi dünyası ve duyguları bakımından da korunmasının gerekliliği ancak ilerleyen zamanlarda ortaya çıkmıştır. Bu gelişme sayesinde, yaşama hakkı bireyi şiddete karşı koruyarak bireyin yaşama sevincini, yalnız kalabilme ayrıcalığını korumaya; özgürlük hakkı özgürlüğüyle beraber bireyin geniş sivil haklarının güvence altına alınmasına; mülkiyet hakkı da maddi varlıklarıyla beraber bireyin manevi varlıklarının korunmasına yönelmiştir.⁴²

Özel hayata saygı hakkının korunmasının tarihsel gelişimi insan haklarının gelişimini izleyen bir ilerlemeye sahiptir. *Rönesans*'la başlayan *hümanizm* akımı statü temelli geleneksel toplumu sarsarak bireyi ön plana çıkarmış, birey toplumdan bağımsız bir değer olarak kabul edilmeye başlanmış, kişinin varlığının ve değerinin toplum içindeki yeri ve rolüyle tanımlanması yerini kişinin özerkliğiyle tanımlanmasına bırakmıştır⁴³. Bu anlayış değişikliği devlete bakışı da değiştirmiş, devlet bireyin hizmetinde, bireysel gelişimi sağlamak ve güvence altına almakla görevli bir kurum olarak görülmeye başlanmıştır⁴⁴.

17. yüzyıla gelindiğinde Batıda modern çağın başlamasıyla ortaya çıkan modern devlet, bir yandan insan onurunu koruyan geleneksel mekanizmaları yok ederken, diğer yandan da insan onuruna ciddi tehditler oluşturan yeni kurum ve uygulamaları oluşturmuş, bu tehditler ise insan onurunun korunmasını, insanca bir yaşam düzeninin inşasını gündeme getirmiştir. Büyük ölçüde aristokrasi ve burjuvazi arasındaki çatışma sonucunda gerçekleştirilen 17. yüzyıl İngiliz ve 18. yüzyıl Fransız ve Amerikan Devrimlerinin etkisiyle özgürlük ve eşitlik kavramları ortaya çıkmış; *bireysel haklar doktrini*, *doğal hukuk doktrini* ve *toplum sözleşmesi doktrini*ne dayalı olarak özellikle bireyin iktidar ve diğer bireyler karşısında güvenliğini ve özerkliğini sağlayan, yaşanan siyasal ve toplumsal değişimlere karşı koruma mekanizmalarını

⁴¹ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 5.

⁴² **A.e.**

⁴³ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan - Levent Korkut, Ankara, Yetkin, 1995, s. 31, 85.

⁴⁴ Donnelly, **a.g.e.**, s. 78; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 14 vd.

içeren birinci kuşak haklar oluşmuş⁴⁵; insanın sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan kimi hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara dokunulamayacağı yolundaki düşünce sistemi meydana getirilmiştir⁴⁶.

Devlete karşı bireyin temel hak ve özgürlüklerini belirleyerek siyasal meşruluğun hakim ilkelerini değiştiren, bireye siyasal otoritenin dokunamayacağı temel bir özgürlük alanı sağlayan, kişinin kendisini geliştirmesini içeren temel haklar 1776 yılında ilan edilen Amerikan *Virginia Haklar Bildirisi*⁴⁷ ve 1789 yılında ilan edilen Fransız *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*⁴⁸ ile ifade edilmiştir⁴⁹. Ancak özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına bu bildirimlerde açıkça yer verilmeyerek dönemsel şartlar sonucunda sosyal ve siyasal ihtiyaçların gerektirdiği haklara öncelik tanınmıştır.

Avrupa’da özel hayatın korunmasına ilişkin ilk düşünceler *Fransa*’da 18. yüzyıl sonuna ve özellikle devrim dönemine dayanmaktadır. Bu düşüncelerin hareket noktasını posta servisleri aracılığı ile taşınan özel mektupların korunmasına duyulan ihtiyaç oluşturmuştur. Postayla ulaştırılan özel mektupların gizliliği konusu İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin hazırlık çalışmaları sırasında gündeme gelmiş, ancak kabul edilen nihai metinde bu konuya yer verilmemiştir. Bildiride özel mektupların gizliliğine yer verilmemiş olmasını bu hakkın Bildirinin 11. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesine bağlamak mümkündür. Gerçekten haberleşmenin gizliliği temel hak olarak ilk ortaya çıktığı dönemlerde özel hayatın bir unsuru olarak ele alınmayıp, kanaat ve ifade özgürlüğünün posta yoluyla gerçekleştirilmesi kapsamında ele alınmıştır. Özel mektupların gizliliğinin korunması

⁴⁵ Donnelly, **a.g.e.**, s. 12, 58, 79; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 41; Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, Ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi, 2000, s. 21-22, 27; Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, 13. bs., Ankara, İmaj, 2007, s. 43; İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar**, 3. bs., İstanbul, Legal, 2006, s. 211-212; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 29-30; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16, 25-26.

⁴⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 208.

⁴⁷ Bildiri için bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 60-62.

⁴⁸ Bildiri için bkz.: **A.e.**, s. 72-74.

⁴⁹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin, 2000, s. 207; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 45.

Bildirinin ilan edilmesinden bir yıl sonra 1790 yılında Fransız Ulusal Meclisi tarafından açıkça kabul edilmiştir⁵⁰.

Almanya'da da 18. yüzyılın başında posta haberleşmesinin gizliliğinin korunması sosyal bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış ve bu konuya ilişkin ilk düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Posta haberleşmesinin gizliliği Anayasal bir hak olarak *Almanya*'da ilk defa, 1831 yılında kabul edilen Hesse Anayasasının 38. maddesi ile “*mektupların gizliliği*” başlığı altında düzenlenmiş; posta görevlilerinin her türlü posta haberleşmesinin gizliliğine saygı göstermesi öngörülmüştür. Aynı hakka 1849 ve 1850 Anayasalarında da yer verilmiş, bu hakkın sadece mektupları değil, her türlü posta gönderilerini kapsadığı kabul edilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte bu düzenlemelerin ortak noktası, bu hakların sadece posta görevlilerini muhatap alan bir hak olarak öngörülmesi ve genel olarak kamu makamlarına yönelik bir hak olmamalarıdır. *Almanya*'da hem posta görevlilerini hem devleti muhatap alan kapsamda özel haberleşmenin gizliliğine ilk defa 1919 Weimar Anayasasının 117. maddesinde “*posta hizmetlerinin gizliliği*” başlığı altında yer verilmiş, nihayet haberleşmenin gizliliği her türlü iletişimi kapsayan bir hak olarak 1949 *Almanya* Anayasasının 10. maddesinde düzenlenmiştir.⁵¹

Aynı dönemlerde 1831 yılında yapılan *Belçika* Anayasasının 22. maddesinde özel mektupların gizliliğinin, 1868 yılında yapılan *Lüksemburg* Anayasasının 28. maddesinde ise mektupların ve telgraf görüşmelerinin gizliliğinin korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.⁵²

Hukuki bir düşünce olarak özel hayata saygı hakkının bağımsız ve kendine özgü bir hak olarak kabul edilip korunması düşüncesi ilk defa *Amerika Birleşik Devletlerinde* 19. yüzyılın sonlarına ve özellikle ilki avukat, ikincisi hâkim olan *Samuel D. Warren* ve *Louis D. Brandeis* tarafından kaleme alınan, günümüzde Amerikan hukuk literatüründe bir klasik olarak kabul edilen “*The Right to Privacy*”⁵³ isimli 1890 yılında yayımlanan makaleye dayandırılmaktadır.⁵⁴ Bu

⁵⁰ Ruiz, *a.g.e.*, s. 64, 67.

⁵¹ *A.e.*, s. 64-66.

⁵² *A.e.*, s. 22, dipnot 1.

⁵³ Bu makale için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ssrn.com>, 22 Mart 2009.

makaleyle fikri ve sanatsal mülkiyetin hukuken korunmakta olması sebebiyle geniş anlamda özel hayatın da hukuken korunmaya alınmış olduğu, dolayısıyla özel hayatın da başlı başına korunması gerekli sosyal bir yarar olarak kabul edilmesi gerektiği ilk defa açıkça ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte bu makalede özel hayatın korunmasına ilişkin düşünceler, basının bireylerin özel hayatını gittikçe artan oranda ihlal etmesi nedeniyle özel hayatın basına karşı korunmasını gerçekleştirebilmek amacıyla yönelik olarak ileri sürülmüş, özel hayat kavramı özel bir anlamda kullanılarak *yalnız bırakılma hakkı (the right to be let alone)* olarak tanımlanmıştır. Yalnız bırakılma hakkı, bireyin sanatsal çalışmalarının, özel evrakının, görüntüsünün, sesinin, bireyin kişiliğini ilgilendiren diğer unsurlarının yayınlanması ve çoğaltılmasının engellenmesine, bireyin özellikle duygu, düşünce ve heyecanlarını içeren ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik bir hak olarak ele alınmıştır.

Bu makale başlangıçta yasama ve yargı organlarını etkilememiş sadece özel hayat kavramına yazarların ilgisini çekmiştir. Bu makale ancak ilerleyen yıllarda Federal Yüksek Mahkemenin özel hayata saygı hakkının içeriğini içtihatlarıyla oluşturmasının temelini teşkil etmiştir⁵⁵. Makalenin oluşturduğu etki ile Federal Yüksek Mahkeme, Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 15.12.1791 tarihli 4. Ek maddesinin kişinin konutunun, iş veya stüdyosunun meraklı kişilerin müdahalelerinden uzak olmasını, birinin fotoğrafının istenmeyen dolaşımının engellenmesini, başka bir deyişle kişinin mahremiyetiyle ilgili olan her şeyin gizli kalmasını, ifade edilmemesini, gösterilmemesini ve ihlal edilmemesini de kapsadığını⁵⁶ kabul etmeye başlamış; özel hayata saygı hakkı, mahremiyet hakkı başlığı altında bir tanıtmaya tabi olmaksızın kendi hayatını yalnız yaşama hakkı⁵⁷ olarak Amerikan hukuk düzeninde içtihat yoluyla oluşan bir hak halini almıştır.

⁵⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 23; Nihal Jayawickrama, **The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, s. 598; Kevin M. Keenan, **Invasion of Privacy: A Reference Handbook**, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2005, s. 4-5.

⁵⁵ Ruiz, **a.g.e.**, s. 23-26.

⁵⁶ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 5; Şen, **a.g.e.**, s. 52-53; Danışman, **a.g.e.**, s. 9.

⁵⁷ Danışman, **a.g.e.**, s. 9.

Amerika Birleşik Devletlerinde mahremiyet hakkının hukuk çevrelerinde tartışılmaya başlandığı dönemle eş zamanlı olarak, 19. yüzyılın sonlarında yazar *Otto von Gierke* öncülüğünde *Almanya* ve *İsviçre*'de ise *kişilik hakkı* tartışılmaya başlanmış, akabinde *İsviçre Medeni Kanunu*'nda genel kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemeyi, genel kişilik hakkına yer verilmemekle birlikte *Alman Medeni Kanunu*'nda münferit kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi takip etmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle *Alman* ve *İsviçre* hukuklarında tüm kişisel değerleri koruyan bir hak olarak kabul edilen genel kişilik hakkının, kişinin özel hayatını da kapsadığı Yüksek Mahkeme kararlarıyla kabul edilerek özel hayatın korunması düşüncesi içtihatlar yoluyla oluşmuştur⁵⁸. Özellikle 1949 *Alman Anayasası*nın 2. maddesinin 1. fıkrasında *kişiliği serbestçe geliştirme hakkının* düzenlenmesiyle *Alman Anayasa Mahkemesi* bu hakkı çerçeve hak olarak kabul ederek, kişiliği serbestçe geliştirme hakkının kişinin hayatı, sağlığı, fiziksel ve moral güvenliği, kişi özgürlüğü, onuru, özel hayatı, ismi, resmi, aile hayatı, akrabalık bağları, ticari ve ekonomik özgürlüğünden oluşan geniş bir kişisel alanı, genel bir serbest hareket etme hakkını kapsadığına, dolayısıyla özel hayata saygı hakkının da kişiliği serbestçe geliştirme hakkı kapsamında olduğuna karar vermeye başlamıştır⁵⁹.

Sonuç olarak öncelikle 17. yüzyılda posta haberleşmesinin gizliliğinin korunması gereken bir sosyal değer olarak ortaya çıktığını, özel hayata saygı hakkının 19. yüzyıl sonundan itibaren yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak ilkin içtihatlar yoluyla oluşturulmaya başlandığını, daha sonra da pozitif hukukta yer aldığını⁶⁰, dolayısıyla özel hayata saygı hakkının bir hak kategorisi olarak yasal çerçeveye kavuşmasının ülkeden ülkeye farklılık gösteren ve sistematik olmayan bir yol izlediğini⁶¹ söylemek mümkündür.

⁵⁸ Ruiz, *a.g.e.*, s. 47-48; Şen, *a.g.e.*, s. 30-37; Özel, *a.g.e.*, s. 27-28.

⁵⁹ Ruiz, *a.g.e.*, s. 49-50; Şen, *a.g.e.*, s. 32; Gözler, *a.g.e.*, s. 215.

⁶⁰ Ruiz, *a.g.e.*, s. 57; Üzeltürk, *a.g.e.*, s. 4 ve 5.

⁶¹ Ruiz, *a.g.e.*, s. 26.

2.2. Kurumsallaşması

İnsan haklarının hukuksal olarak tanınması, başta anayasalar olmak üzere pozitif hukukun konusu haline gelmesi ve sistematik olarak düzenlenmesi genel olarak 20. yüzyılda bir eğilim olarak gerçekleşmiştir⁶². İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması II. Dünya Savaşına kadar esas itibariyle bir iç hukuk meselesi olmuş, insan hakları egemen-ulus devlet ile bireyler arasındaki ilişkileri ilgilendiren ve her devletin iç yargı yetkisinde bulunan bir konu olarak değerlendirilmiş, insan hak ve özgürlüklerinin sadece anayasal güvenceye kavuşturulmasına önem verilmiştir.

II. Dünya Savaşının doğurduğu acı tecrübeler, totaliter rejim ve ideolojilerin devleti her şeyden üstün gören anlayışıyla insan haklarını, demokrasiyi kökten reddetmesi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının korunması konusunda duyarlılığı artırmış⁶³, yaşanan kötü deneyimlerin tekrarlanmamasını, insanın değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşlerin ortaya çıkmamasını sağlamak için insan haklarını koruyan bir hukuk düzeninin kurulması anlayışını doğurmuş ve uluslararası hukuk düzeyinde insan haklarının korunması çalışmaları başlamıştır. İnsanca bir yaşam kurma çabalarının bir parçası olagelen insan haklarının teorik olmaktan çıkıp uygulamaya geçirilmesi, etkili bir güvence sistemine kavuşturulması ve denetim alanı haline getirilmesi bu düşüncenin temelini oluşturmuştur⁶⁴. Uluslararası hukukun insan haklarını genel bir biçimde ele alması Birleşmiş Milletler Andlaşması'yla gerçekleşmiş, bu andlaşmayla birey ulusal hukukun konusu olmaktan çıkarak ulusal hukukun yanı sıra uluslararası hukukun da süjesi haline gelmiştir⁶⁵.

Uluslararası ölçekte insan haklarının tanınmasına ilişkin ilk belge Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nda kabul ve dünyaya ilan olunan 10.12.1948 tarihli İHEB'dir.

⁶² Kalabalık, **a.g.e.**, s. 17.

⁶³ Pieter van Dijk, Godefridus J.H. van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, The Hague, Kluwer Law International, 1998, s. 3; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 4; Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, II. Kitap, 3. bs., Ankara, Turhan, 1993, s. 187; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 77; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 19; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16.

⁶⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 33; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 75-76.

⁶⁵ Pazarıcı, **a.g.e.**, s. 187; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 246; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 4; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 21; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 76; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16 ve 41 vd.

Özel hayata saygı hakkı bağımsız bir hak kategorisi olarak ilk kez İHEB'nin 12. maddesiyle düzenlenmiştir⁶⁶. İHEB uluslararası insan hakları belgeleri ile sonraki yıllarda yapılan Anayasaların hazırlanmasında kılavuz kaynak işlevi görmüş genel olarak insan haklarıyla birlikte özel hayata saygı hakkının korunmasına öncelik verilmesine yol açmıştır⁶⁷. İHEB'ni özel hayata saygı hakkının düzenlediği 03.09.1953 tarihli AİHS'nin 8. maddesi izlemiştir. Dolayısıyla bağımsız bir hak kategorisi olarak özel hayata saygı hakkı ve bu hakkın korunmasının kurumsallaşması büyük ölçüde uluslararası çalışmalar ve bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan uluslararası belgeler sayesinde gerçekleşmiş ve bu hak bu sayede günümüzde sahip olduğu içeriğe ve koruma rejimine kavuşmuştur.

2.3. Uluslararası Sözleşmelerle Korunması

2.3.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

26.06.1945 tarihinde imzalanan ve 24.10.1945 tarihinde yürürlüğe giren *Birleşmiş Milletler Andlaşması*'nın 1. maddesinde, “*ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini*” geliştirmenin Birleşmiş Milletlerin amaçları arasında olduğu belirtilmiş; 13. maddesinde ise “*herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını kolaylaştırmak*” için önlemler almak Birleşmiş Milletlerin görevleri arasında sayılmıştır⁶⁸. Türkiye Birleşmiş Milletler Andlaşması'nı 15.05.1945 tarihinde onaylayarak andlaşmanın tarafı haline gelmiştir⁶⁹.

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda insan hakları ilk kez uluslararası hukuka konu olmakta birlikte, bu andlaşmada insan haklarının hangi haklardan oluştuğu ve insan haklarının kapsamı açıklanmadığı gibi, insan hakları bir sisteme de sahip değildir⁷⁰. Otoriter ve totaliter rejimlerin gerek savaş öncesi dönemde gerekse

⁶⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 224; Helvacı, **a.g.e.**, s. 29.

⁶⁷ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 246-247; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 51; Özel, **a.g.e.**, s. 26.

⁶⁸ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 312; Pazarcı, **a.g.e.**, s. 187; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 4; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 43.

⁶⁹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 311, dipnot 9.

⁷⁰ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 311-312; Pazarcı, **a.g.e.**, s. 188.

savaş sırasında doğrudan insanı ve insani değerleri hiçe sayan anti demokratik uygulamalarının dünyanın demokratik düzeni ile demokrasinin vazgeçilmez ögesi olan insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması konusunda yol açtığı endişeler, Birleşmiş Milletler Örgütü'nü insan haklarının uluslararası düzeyde de güvence altına alınmasına, insan haklarının fiilen ve gerçekten korunmasına yönelik çalışmalar yapmaya sevk etmiştir. Bu kapsamda 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*⁷¹ kabul edilerek ilan olunmuştur⁷².

İHEB, hem kişisel ve siyasal hakları, hem de ekonomik, sosyal ve kültürel hakları bünyesinde taşıyan, insan haklarının evrensel düzeyde korunmasına yönelik uluslararası ilk belgedir. Bu bildiri hukuki niteliği bakımından Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir tavsiye kararı niteliğinde olup, uluslararası hukuk bakımından andlaşma ya da sözleşme niteliğini haiz değildir. Döneminin sentez arayışının bir ürünü olan bu bildiride insan hakları açısından bir güvence mekanizması öngörülmemiş, insan haklarının geleceğine ilişkin perspektif, ulaşılması amaçlanan ideal yansıtılmaya çalışılmış, insan haklarının dünyaca fiilen tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri üye devletlerden istenmekle yetinilmiştir.⁷³

Özel hayata saygı hakkı ilk kez uluslararası hukukta ve İHEB ile koruma altına almıştır. Bildirinin “*mahremiyet hakkı*” (*right to privacy*) kenar başlığını taşıyan 12. maddesine göre, “*Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onuruna ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmaz. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukuken/(yasa tarafından)korunma hakkı vardır.*”⁷⁴

⁷¹ “*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*” metni için bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 315-320.

⁷² Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 305; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 4; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 53.

⁷³ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 314; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 225 ve 246; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 5-6; Pazarcı, **a.g.e.**, s. 188-189; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 44; Şen, **a.g.e.**, s. 61. AIHS'nin başlangıç metninin 3. paragrafında, İHEB'nin ilan ettiği hakların evrensel olarak ve etkin biçimde tanınmasını ve bunlara riayet edilmesinin güvence altına alınmasını amaçladığı belirtilmiştir. Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri / Human Rights Instruments**, 4 c., Avrupa Konseyi Birinci Bölüm / Council of Europe First Part, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003, C. I / V. I, s. 36.

⁷⁴ Çeviri için bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 317. Hüküm başka bir yazar tarafından ise şu şekilde çevrilmiştir: “*Hiç kimsenin özel ve aile yaşamı, konutu veya haberleşmesi keyfi olarak*

Her ne kadar devletleri hukuksal bir yükümlülük altına sokmayan, yaptırım gücü bulunmayan, normlardan çok moral değerleri dile getiren bir belge olsa da İHEB, uluslararası düzeyde insan haklarının gerçekleştirilmesi ortak idealinin kurumsallaşmasının başlangıç bloğunu oluşturmuş, kabul edildikten sonra hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta etkili olmuş, hukuki düzenlemelere manevi güç vermiştir⁷⁵. Bu bağlamda İHEB hem yeni ortaya çıkan devletlerin, bağımsızlığına kavuşan ulusların Anayasalarının yapılmasında yapısal bir belge olmuş; hem de Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından yapılan çalışmaların standardını, çıkış noktasını teşkil ederek daha sonra oluşturulan uluslararası sözleşme ve kararlarla genişletilerek, hukuken bağlayıcılığı bulunan metinlerin oluşturulmasında kılavuz görevi görmüştür⁷⁶.

müdahaleye maruz bırakılmaz; hiç kimsenin şerefi ve itibarı saldırıya maruz bırakılmaz. Herkes bu tür müdahalelere veya saldırılara karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” Osman Doğru, **İnsan Hakları Mevzuatı / International Human Rights Instruments**, İstanbul, Beta, 1998, s. 3. Hükmün resmi İngilizce metni ise şöyledir: “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” İngilizce metin için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 3.

⁷⁵ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 322, Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 6; Donnelly, **a.g.e.**, s. 34-35; Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 7. bs, Ankara, Gerçek, 1987, s. 190-191; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 199; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 46 ve 56.

⁷⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 322-323; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 51 ve 76; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 212 ve 247; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 78; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 53. İHEB ülkemizde de özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından destek ölçü norm olarak kabul edilmektedir; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 57. Diğer yandan Avrupa Konseyi Danışma Meclisi de 23.01.1970 tarihli 428. numaralı kararında özel hayatın korunmasına ilişkin açıklamasında İHEB’nin 12. maddesine dayanmış ve şu açıklamayı yapmıştır: “Özel hayata saygı bir kişinin bilhassa yaşantısını asgari karışmalarla istediği gibi sürdürebilmekten ibarettir. Bu hak özel hayatı, aile hayatını ve ev hayatını, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, sahte isim altında tanıtılmamak fiilini, faydasız ve rahatsız edici fiillerin yayılmasını, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmasını, mazur görülme veya kabule şayan olamayan gizlice dinleme, gözetleme ve karışmalara karşı korunmayı, özel yazışmalardan haksız faydalanmaya karşı korunmayı, bir kişinin gizli olarak verdiği ve ondan gizlice alınmış bilgilerin yayılmasına karşı korunmayı içine alır. Kendi hareketleriyle, daha sonra şikayet edilecek kişileri cesaretlendirenler, özel hayatlarının korunması hakkından faydalananamazlar.” Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bu açıklama, özel hayatı çok geniş biçimde belirlediği, özel hayata saygı içine tahkir edilmemeyi, dayak yememeyi, tehdit edilmemeyi de soktuğu, böyle bir özel hayata saygı hakkı anlayışının bizzat kişi özgürlüğüne saygıyla karıştırıldığı yönlerinden eleştiriye uğramıştır. Bkz.: Öztekin Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, İÜHFY, 1977, s. 382 vd.

2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

II. Dünya Savaşı döneminde totaliter rejimlerin insan haklarını ve demokrasiyi toptan reddeden uygulamaları, insan onuru ve insan haklarının karşı karşıya kaldığı büyük yıkım, Avrupa’da gerçekleşen siyasal, sosyal ve ekonomik çöküntü yeni bir Avrupa’nın kurulması, devlet otoritesinin sınırlanması ve demokrasinin kendisini koruyucu mekanizmalar öngörmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır⁷⁷. Çoğulcu demokrasinin, hukuk düzeninin korunması ve güçlendirilmesi, insan haklarının maruz kaldığı tehlikelerin, ırkçılığın, hoşgörüsüzlüğün önlenmesi ve yaşanan acı tecrübelerin tekrarlanmamasına yönelik arayışlar içerisinde 05.05.1949 tarihinde on Batı Avrupa ülkesi tarafından *Avrupa Konseyi Statüsü* imzalanarak, Konsey Statüsü’nün 03.08.1949 tarihinde yürürlüğe girmesiyle *Avrupa Konseyi* oluşturulmuştur. Ülkemiz Konsey Statüsü’nün onaylanmasına ilişkin 12.12.1949 tarihli yasayla Konsey Statüsü’ne katıldığı 08.08.1949 tarihinden geçerli olmak üzere Konsey üyesi olmuştur.

Avrupa Konseyi’nin ana amacı, halkların ortak varlığı ve her gerçek demokrasinin dayandığı kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü ilkelerine kaynaklık eden düşünce ve ahlaki değerlere bağlı olarak, bu ilkelere bağlı ülkeler arasında hukuki bütünleşmeyi ve üyeleri arasında daha büyük bir birliği oluşturmak, bu amaca ulaşmak için izlenecek yönetmelerden birisi olan insan haklarını ve kişi özgürlüklerini geliştirmek ve korumaktır⁷⁸.

Avrupa Konseyi’nin kurulmasının ardından insan haklarının korunması ve geliştirilmesi sorununa öncelik verilerek AİHS’nin hazırlanması çalışmalarına başlanmış, 04.11.1950 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi 15 ülke tarafından *İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi* imzalanarak 03.09.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁹. Bu sözleşme İHEB’den esinlenilerek

⁷⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 484-485; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 7-8; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 22; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 77; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 111.

⁷⁸ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 364-365; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 7-8; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 111. Ayrıca AİHS’nin başlangıç metninin 4. paragrafı da bu husustan açıkça söz etmektedir. Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 36.

⁷⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 9-10; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 34; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 112.

hazırlanmıştır⁸⁰. Gerçekten AİHS'nin başlangıç metinde de açıkça, üyeleri arasında daha büyük bir birliği oluşturmayı amaçlayan ve bu amaca ulaşmak için izlenecek yöntemlerden birisinin insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak ve gerçekleştirmek olan Avrupa Konseyi'nin üyelerince, ilan ettiği hakların evrensel olarak ve etkin biçimde tanınmasını ve bunlara riayet edilmesini güvence altına alınmasını amaçlayan İHEB'de belirtilen hakların gereklerinin hep birlikte yerine getirilmesi konusunda anlaşmaya varıldığı belirtilmiştir⁸¹.

Resmi adı *İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi* olan⁸² ve kısaca *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* olarak adlandırılan Sözleşme, “*özel ve aile yaşamına saygı hakkı*” (*right to respect for private and family life*) kenar başlığını taşıyan 8. maddesiyle özel hayata saygı hakkını koruma altına almaktadır. Avrupa'nın 1930 ve 1940'lı yıllarda faşizm karşındaki korkutucu tecrübeleri diğer haklarda olduğu gibi özel hayata saygı hakkının da AİHS'ndeki korunma rejimini etkilemiştir. Özellikle faşist devletin zorla aile bütünlüğüne giren uygulamaları, evlenme hükümlerinde Nazi yasalarının ırkçı ayrımcılığı, politik beyin yıkama politikalarının gerçekleştirilmesi amacıyla çocukların ebeveynlerine yabancılaştırılmasına yönelik totaliter uygulamalar özel hayata saygı hakkının korunma rejiminin tarihsel arka planını oluşturmuş, Sözleşmenin yorumlanmasında AİHM'ni etkilemiştir.

AİHS'nin hazırlanmasında İHEB'den esinlenilmiş olmasına karşın, AİHS'nin 8. maddesindeki hüküm İHEB'nin 12. maddesinden farklılıklar gösterir. Her iki maddede de kişinin özel hayatına müdahalede bulunulması yasaklanmış, ancak İHEB'nde özel hayatın hukuk tarafından korunması öngörülmüşken AİHS'nde özel hayata saygı gösterme yükümlülüğünden söz edilmiştir. Diğer taraftan İHEB'nde kişinin şerefi ve itibarı mahremiyet hakkının unsuru olarak gösterilmiş iken, AİHS'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkının unsurları olarak özel

⁸⁰ Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 366; Ruiz, *a.g.e.*, s. 67; Helvacı, *a.g.e.*, s. 35.

⁸¹ AİHS'nin başlangıç metni için bkz.: Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, s. 35-36.

⁸² AİHS'nin İngilizce resmi adı “*Convention For The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”tır. Sözleşmenin İngilizce resmi metni için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int> Ayrıca bkz.: Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 299-321.

yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme gösterilmiştir. Yine özel hayata müdahale edilebilecek hukuka uygunluk sebepleri AIHS'nin özel hüküm niteliğindeki 8. maddesinde öngörülmesine karşın, İHEB'nin 12. maddesinde mahremiyet hakkının sınırlarından söz edilmemiştir.

AIHS'nin tarihsel önemi İHEB'nden esinlenerek güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri türü bakımından düzenlemeyip, ortak koruma sistemine dayanan bir uluslararası yargısal denetim mekanizması kurması ve öngördüğü hakların ihlali durumunda denetim organına yaptırım uygulama yetkisi vererek bireye sağlanan güvenceyi somutlaştırmasıdır. AIHS'yle oluşturulan ve taraf devletler için bağlayıcı kararlar alabilen, yaptırım uygulayabilen ve AIHM'nde vücut bulan ortak güvence sistemi sayesinde birey uluslararası hukukta ilk kez hakların süjesi haline getirilmiştir.⁸³

2.3.3. Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Örgütü'nün insan haklarının uluslararası düzeyde güvence altına alınarak fiilen ve gerçekten korunması amacına yönelik çalışmaları çerçevesinde hazırlanan bir değer uluslararası belge de *Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'dir.

İHEB'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı olarak kendiliğinden bağlayıcı bir niteliğinin bulunmaması ve herhangi bir güvence mekanizması düzenlememesi sebebiyle, İHEB'nden sonraki gelişmeler İHEB'nin bu kusurlarını gidermeye yönelik olmuştur. KSHİUS bu bağlamda Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanarak 16.12.1966 tarihinde Genel Kurul'da kabul edilerek imzaya açılmış, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸⁴. Türkiye bu sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır.

⁸³ Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukuku*, 368-369; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 11-13; Kaboğlu, *a.g.e.*, s. 254; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 78; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 213; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 19, 34-35; Şen, *a.g.e.*, s. 62; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 113. Ayrıca bkz.: Donnelly, *a.g.e.*, s. 226-227.

⁸⁴ Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 329; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 7; Pazarcı, *a.g.e.*, s. 188-189; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 58.

KSHİUS insan haklarından birinci kuşak hakları içermektedir.⁸⁵ Özel hayata saygı hakkı KSHİUS'nin “mahremiyet hakkı” (*right to privacy*) kenar başlığını taşıyan 17'nci maddesiyle koruma altına almıştır. KSHİUS'nin 17. maddesine göre, “1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”⁸⁶

KSHİUS'yle 18 bağımsız kişiden oluşan bir İnsan Hakları Komitesi oluşturulmuştur. İnsan Hakları Komitesi'nin görevi, Sözleşmede anılan haklara saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemektir. Komite sözü edilen bu denetim görevini üç değişik yolla gerçekleştirmesi öngörülmüştür. *Birinci yol*, taraf devletlerin insan haklarını korumak konusunda aldıkları önlemlere ilişkin olarak sundukları raporlara yönelik görüşlerini bildirmektir. Bu yol Komite'nin, sunulan raporları inceledikten sonra taraf devletlere genel görüşlerini bildirmesiyle sınırlıdır. *İkinci yol*, taraf devletlerin birbirlerine karşı başvuruları üzerine dostça çözüm yolu aramak ve bu mümkün olmadığı halde konu hakkında rapor hazırlamaktır. Taraf devletlerin bu yola başvurabilmesi için öncelikle durumu ilgili devlete yazılı olarak bildirmesi, 3 ay içinde yapılacak açıklamanın tatmin edici bulunmaması ya da 6 ay içinde tatmin edici bir çözüm getirilmemesi gerekmektedir. *Üçüncü yol* ise, hakları çiğnenen kişilerin zarar veren devlete karşı iç hukuk yollarını tükettikten sonra yapabileceği başvuru üzerine, başvurunun kabul edilebilir bulunması halinde devletten konu hakkında açıklama yapmasını istemek ve sonuçta konu hakkındaki tespitlerini içeren rapor hazırlamaktır.⁸⁷

Sonuç olarak taraf devletleri bağlayıcı nitelikte kararlar alamaması ve yaptırım uygulama gücünün bulunmaması sebebiyle İnsan Hakları Komitesi'nin bu görevleri yerine getirirken kullandığı olanaklar sınırlıdır. Zira Komite'nin yaptırım gücü bulunmayan rapor hazırlamak dışında başvurabileceği başka bir olanağı

⁸⁵ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 18, 59, 62 vd.

⁸⁶ Doğru, **a.g.e.**, s. 22. Hükmün resmi İngilizce metni ise şöyledir: “1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” İngilizce metin için bkz.: **A.e.**

⁸⁷ Pazarcı, **a.g.e.**, s. 194-195; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 330-332; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 59.

bulunmamaktadır. Komite'nin kendisine yapılan başvuruları bağlayıcı kararlarla sonuçlandırma yetkisinin bulunmaması sebebiyle KSHİUS'nde devletlerin ve bireylerin başvuruları için etkin bir denetim sisteminin öngörülmediği ve öngörülen sistemin başvuruların sadece Komite'de tartışılmasıyla sınırlı kalmasına yol açtığı söylenebilir.⁸⁸

2.4. Türk Hukukunda Korunması

2.4.1. 1961 Anayasası Öncesi Dönem

Tarihsel olarak 18. yüzyılın ikinci yüzyılında Batı Avrupa'da ortaya çıkan *anayasacılık hareketleri* özünde devlet iktidarının sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacına yöneliktir⁸⁹. Anayasacılık hareketleri Türk hukukunu 19. yüzyıl sonlarına doğru etkilemeye başlamıştır. Türk hukuk doktrininde anayasacılık hareketinin tarihi incelenirken, anayasacılık hareketi 1808 tarihli *Sened-i İttifak*'la başlatılmakta⁹⁰, 1939 tarihli *Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı Hümayunu)* ve 1856 tarihli *Islahat Fermanı* da anayasacılık hareketlerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Sened-i İttifak, Türk hukuk tarihinde devlet iktidarının sınırlandırılmasına yönelik ilk girişim olarak kabul edilmektedir⁹². *Sened-i İttifak*'ta temel haklarla ilgili tek düzenleme vergi toplamada zulüm ve eziyet yapılmamasına ilişkin olup⁹³, genel olarak kişi hak ve özgürlükleri ve özel hayata saygı hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tanzimat Fermanı, devlet iktidarının sınırlandırılmasına yönelik bir belge olmasının yanı sıra, bu belgede yaşama hakkı-can güvenliği, mülkiyet hakkı-mal

⁸⁸ Edip Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, I. Kitap, İstanbul, Filiz, 1984, s. 301; Şen, **a.g.e.**, s. 74; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 60.

⁸⁹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 547; Bülent Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, 3. bs., İstanbul, Beta, 1994, s. 127; Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukuku'na Giriş**, 7. bs., İstanbul, Cem, 1993, s. 113; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 212 ve 215; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 50; Gözler, **a.g.e.**, s. 3.

⁹⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 12.

⁹¹ *Sened-i İttifak*, *Tanzimat Fermanı* ve *Islahat Fermanı*'nın anayasa hukukundaki hukuki değerine ilişkin olarak Türk hukuk doktrininde ileri sürülen görüşler için bkz.: Gözler, **a.g.e.**, s. 3-22.

⁹² **A.e.**, s. 12.

⁹³ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 187.

güvenliği, insan onuruna saygı-şeref ve haysiyetin korunması ilkesi, kişi dokunulmazlığı gibi temel haklar ve ilkeler ile vergilendirme ve askerliğe ilişkin bir takım düzenlemelere yer verilmiştir⁹⁴.

Islahat Fermanı ise Tanzimat Fermanı'nda tanınan hakları teyit ettikten sonra tanınan haklar açısından din ve mezhep ayrımını kaldırmış, tüm Osmanlı tebaası arasında eşitlik sağlamayı amaçlamış, Tanzimat Fermanı'na ek olarak eziyet, işkence ve her türlü fiziksel cezayı yasaklamış, mahkûmların mallarının müsadere edilemeyeceğini belirtmiş, duruşmaların açıklığı ilkesi ile eğitim özgürlüğünü benimsemiştir⁹⁵.

Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'nda özel hayata saygı hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu belgelerde şeref ve haysiyetin korunması ilkesine yer verilmesiyle kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesi ilkesini de dolaylı olarak benimsenmiştir.

1876 tarihli *Kanun-u Esasi* devlet organlarının kuruluşu ile işleyişini, bireylerin devlet karşısında sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri belirleyen, siyasal iktidarın keyfiliğini törpülemeye çalışan, 115. maddesiyle üstünlük ve bağlayıcılık özelliği bulunan Batılı anlamda maddi ve şekli bakından ilk Türk Anayasası niteliğindedir⁹⁶. Kanun-u Esasi'nin 8 ilâ 26. maddelerinde “*Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuku Umumiyesi*” başlığı altında Osmanlı tebaasının temel hak ve özgürlükleri düzenlenmiştir⁹⁷.

Kanun-u Esasi'de düzenlenen hak ve özgürlükler esas itibariyle vatandaşlık hakkı, kişi özgürlüğü, kişi güvenliği, ibadet özgürlüğü, basın özgürlüğü, dilekçe hakkı, öğretim özgürlüğü, eşitlik ilkesi, devlet memurluğuna girme hakkı, mali güce göre vergi ilkesi, konut dokunulmazlığı, kanuni hâkim güvencesi, müsadere ve angarya yasağı, vergide yasallık ilkesi ve işkence yasağıdır⁹⁸. Kanunu-u Esasi özel hayata saygı hakkına ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermemekle birlikte,

⁹⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 56; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 47; Gözler, **a.g.e.**, s. 16, Kalabalık, **a.g.e.**, s. 187.

⁹⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 22; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 188.

⁹⁶ Tanör, **a.g.e.**, s. 128; Gözler, **a.g.e.**, s. 25.; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 189.

⁹⁷ Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, 5. bs., İstanbul, Filiz, 1995, s. 259-261; Gözler, **a.g.e.**, s. 26; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 47; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 189.

⁹⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 26-28.; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 189.

hukukumuzda doğrudan özel hayatın korunmasına ilişkin olarak yapılan ilk düzenleme, Kanun-u Esasi’de yer alan konut dokunulmazlığıyla ilgili 22. maddedir⁹⁹.

Her ne kadar hak ve özgürlüklere yer verilmişse de, Kanun-u Esasi’de hak ve özgürlükler için öngörülmüş bir güvence bulunmamaktadır. Zira Kanun-u Esasi’nin 53. maddesiyle Meclisin yasa yapması padişahın iznine bağlanmış, padişahın izin vermesi durumunda yapılabilen yasaları onaylama yetkisi de 54. maddeyle yine padişaha verilmiş, 36. maddesiyle de padişaha yasa hükmünde kararname düzenleme yetkisi tanınmıştır.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenmediği bir geçiş anayasasıdır¹⁰⁰. 1921 Anayasası milli mücadele sırasında yapılmış, dönemin şartları gereğince milli mücadelenin yürütülmesi için sadece devletin yapısını düzenleyen hükümlere yer vermiştir¹⁰¹.

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Fransız Devrimi ilkeleri ile 18. yüzyıl doğal hukuk doktrinini benimsemiş, temel hak ve özgürlüklerin esası ve sınırlanmasına ilişkin 68. maddesini doğrudan doğruya 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden almıştır¹⁰². Bu Anayasada ilk defa klasik hak ve özgürlükler kataloguna yer verilerek¹⁰³, 69 ilâ 72. maddelerinde “*Türklerin Hukuk-u Ammesi*” başlığı altında eşitlik ilkesi, kişi dokunulmazlığı, kişi güvenliği, işkence ve eziyet yasağı, mülkiyet hakkı, din özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, basın özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, şirket kurma özgürlüğü, eğitim özgürlüğü,

⁹⁹ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 225; Üzeltürk, *a.g.e.*, s. 13. **Kanun-u Esasi madde 22:** “*Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tâyin eylediği ahvalden maada bir sebeble Hükûmet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.*” Madde metni için bkz.: Kuzu, *a.g.e.*, s. 260.

¹⁰⁰ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 13. bs., İstanbul, Yapı Kredi, 2005, s. 225 ve 308; Tanör, *İki Anayasa*, s. 128.

¹⁰¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 48.

¹⁰² Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bs., Ankara, AÜHFY, 1981, s. 109; Tanör, *a.g.e.*, s. 129; Kaboğlu, *a.g.e.*, s. 217; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 57; Gözler, *a.g.e.*, s. 68; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 189. **1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu madde 68:** “*1. Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunabilmektir. 2. Hukuku tâbiyyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifatiyle tesbit ve tayin edilir.*” Madde metni için bkz.: Kuzu, *a.g.e.*, s. 297.

¹⁰³ Tanör, *a.g.e.*, s. 129; Gözler, *a.g.e.*, s. 69; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 189.

haberleşmenin gizliliği, dilekçe hakkı, vicdan özgürlüğü, düşünce ve söz özgürlüğü tanınmıştır.

1924 Anayasası da özel hayata saygı hakkına ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermemiş, Anayasanın 71¹⁰⁴ ve 76.¹⁰⁵ maddelerinde konut dokunulmazlığı, 81.¹⁰⁶ maddesinde ise haberleşmenin gizliliği düzenlenmiştir. Anayasada bir yandan sadece birinci kuşak haklara yer verilmiş¹⁰⁷, yer verilen haklar negatif statü hakları olarak düzenlenmiş¹⁰⁸; diğer yandan da bireyci liberal felsefe esas alınmış, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin sebepler ile ölçülere yer verilmemiş, temel ve hak ve özgürlüklerin sınırının yasayla tespit ve tayin edileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin 1924 Anayasasında esasen güvenceye bağlanmamış olduğunu ve yasama organının inisiyatifine bırakılmış bir hukuksal görünüme sahip olduğunu söylemek gerekir¹⁰⁹.

2.4.2. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası, 1948 tarihli İHEB ile 1950 tarihli AİHS’ni esas alarak ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’na nazaran oldukça geniş yer vererek temel hak ve özgürlükleri düzenlemiştir. “*Temel Hak ve Özgürlükler*” Anayasanın ikinci kısmında düzenlenmiş, birinci bölümde temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel esaslara, ikinci bölümde kişinin hak ve ödevlerine, üçüncü bölümde sosyal ve iktisadi haklar ve ödevlere, dördüncü bölümde ise siyasi haklar ve ödevlere yer verilmiştir.

Anayasa “*Temel hakların özü*” başlıklı 11. maddesiyle¹¹⁰ temel hak ve özgürlüklerin genel düzenleme ilkeleri ile sınırlanmalarının ölçütlerini belirleyerek

¹⁰⁴ **1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu madde 71:** “Can, mal, ırz ve mesken her türlü taarruzdan masundur.” Madde metni için bkz.: Kuzu, a.g.e., s. 297.

¹⁰⁵ **1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu madde 76:** “Kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez.” Madde metni için bkz.: A.e., s. 298.

¹⁰⁶ **1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu madde 81:** “Postalara verilen evrak, mektublar ve her nevi emanetler selâhiyettar müstantık, mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz.” Madde metni için bkz.: A.e., s. 299.

¹⁰⁷ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 217.

¹⁰⁸ Gözler, a.g.e., s. 69.

¹⁰⁹ Tanör, a.g.e., s. 129; Gözler, a.g.e., s. 70; Kalabalık, a.g.e., s. 190.

¹¹⁰ **1961 Anayasası madde 11:** “1) Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. 2) Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” Madde metni için bkz.: Kuzu, a.g.e., s. 307, dipnot 2.

temel hak ve özgürlüklerin güvencelerine yer vermiş, genel bir sınırlama maddesi öngörmemiştir. Bu bakımdan 1961 Anayasasında esas olanın özgürlük ve sınırlamanın istisna olduğu benimsenerek genel olarak temel hak ve özgürlükler oldukça güvenceli bir sisteme bağlamıştır¹¹¹.

Türk pozitif hukukunda temel hak ve özgürlükler ilk defa 1961 Anayasasıyla hem negatif hem de pozitif statü hakkı olarak düzenlenmiştir. Gerçekten Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında *“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”* düzenlemesine, 11. maddesinin 2. fıkrasında da *“Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”* düzenlemesine yer verilerek temel hak ve özgürlükler öncelikle negatif statü hakkı olarak düzenlenmişlerdir. Diğer taraftan Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasında ise *“Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar”* düzenlemesine yer verilerek temel hak ve özgürlükler pozitif statü hakkı olarak düzenlenmişlerdir.

Türk Hukuku’nda özel hayata saygı hakkı temel bir hak olarak sistematik bir biçimde ilk defa 1961 Anayasasıyla düzenlenmiştir. Anayasa *“Özel hayatın korunması”* başlığı altında, 15. maddesinde *“Özel hayatın gizliliği”*ni¹¹², 16. maddesinde *“Konut dokunulmazlığı”*ni¹¹³, 17. maddesinde ise *“Haberleşme*

¹¹¹ Tanör, **a.g.e.**, s. 25-27; Gözler, **a.g.e.**, s. 86; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 190.

¹¹² **1961 Anayasası madde 15:** *“1) Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. 2) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, kamu düzenin gerektirdiği hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz.”* Madde metni için bkz.: Kuzu, **a.g.e.**, s. 308, dipnot 3.

¹¹³ **1961 Anayasası madde 16:** *“1) Konuta dokunulamaz. 2) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli 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.”* Madde metni için bkz.: **A.e.**, s. 309.

hürriyeti”ni¹¹⁴ düzenlemiştir. AİHS’nin 8. maddesinde belirtilen ülkenin ekonomik refahı ile sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarına, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterine Anayasanın 11. maddesinde yer verilmemiş, buna karşılık Anayasanın özüne ve sözüne uygunluk, öze dokunmama kriterlerine yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasanın 2. maddesinde öngörülen devletin niteliklerinin demokratik ve insan haklarına dayalı olması yönündeki hüküm dikkate alındığında, 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini en az AİHS kadar güçlü güvencelere bağladığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla 1961 Anayasasında kuvvetli bir temel hak ve özgürlükler sistemi kurulmuş, devlet ve birey ilişkilerinde bireyin korunmasına öncelik vermiştir¹¹⁵.

12 Mart Döneminde 1961 Anayasasında yapılan değişiklikler sonucunda 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı yasayla Anayasanın 11. maddesi de değiştirilmiş, yapılan değişiklikle bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlama hükmü getirilmiş, temel hak ve özgürlükler için yasal sınırlama sebepleri artırılmış, 15. maddede yapılan değişiklikle de devlet organları tarafından özel hayatın gizliliğine müdahale etme olanakları artırılmıştır¹¹⁶. Yapılan değişikliklerle devlet otoritesi birey aleyhine genişletilerek¹¹⁷, 1982 Anayasasının özgürlük otorite dengesinde otoriteyi üstün gören, sınırlamalara ve yasaklara ağırlık veren anlayışının¹¹⁸ temeli oluşturulmuştur.

2.4.3. 1982 Anayasasının Birinci Dönemi

1982 Anayasası bu bahiste 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla değiştirilmeden önceki hukuksal durumu bakımından ele alınacak, bu yasayla değişmiş olan halen yürürlükte bulunan hukuksal durumu Türk hukukunda özel hayata saygı hakkının korunması bahsinde ele alınacaktır.

¹¹⁴ **1961 Anayasası madde 17:** “1) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. 2) Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.” Madde metni için bkz.: **A.e.**

¹¹⁵ Tanör, **a.g.e.**, s. 25.

¹¹⁶ Tanör, **a.g.e.**, s. 58; Gözler, **a.g.e.**, s. 90.

¹¹⁷ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2005, s. 98; Tanör, **a.g.e.**, s. 57.

¹¹⁸ Soysal, **a.g.e.**, s. 125; Tanör, **a.g.e.**, s. 144; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 51; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 58.

1982 Anayasası hazırlanışı bakımından vücut bütünlüğü, hak ve özgürlüklerin ihlali halinde yetkili makama başvurma gibi yeni haklar ekleyerek 1961 Anayasasına paralel olarak geniş bir temel hak ve özgürlükler kataloguna yer vermiştir¹¹⁹. Bununla birlikte temel hak ve özgürlükler açısından 1982 Anayasası ile 1961 Anayasası arasındaki temel farklılık 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma sebeplerini çoğaltması, 1961 Anayasasında temel hak ve özgürlükler için öngörülen sınırlama ölçülerinin bir kısmına ise yer vermemesi noktasındadır¹²⁰.

Özel hayata saygı hakkı açısından 1961 Anayasasında bu hakka müdahaleye olanak tanıyan sınırlı sebeplere karşılık 1982 Anayasası, hem 13. maddede öngörülen sebeplerle, hem de 20. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sebeplerle özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin, 21. maddesinin 2. cümlesinde öngörülen sebeplerle konut dokunulmazlığının, 22. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sebeplerle haberleşmenin gizliliğinin sınırlanabileceğini öngörmüştür.

1982 Anayasasının “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13. maddesinde¹²¹ AİHS’nin 8. maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerinin dışında AİHS’nde bulunmayan birçok muğlâk sınırlama sebebine yer verilmiştir. Diğer yandan 1961 Anayasasında öngörülen öze dokunma yasağı, Anayasanın sözüne ve özüne uygunluk kriterlerine 1982 Anayasasında yer verilmemiştir. Her ne kadar 1982 Anayasasında demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterine yer verilmiş ise de, sınırlama sebeplerinin oldukça genişletilmesi, öngörülen sebeplerin çoğunun içeriğinin belirsizliği, buna bağlı olarak siyasal karar organlarının takdir alanının genişlemesi karşısında 1982 Anayasasının, özgürlükçü bir yaklaşımdan uzak, devletin korunması amacı ile temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı arasında kurulan dengede temel hak ve özgürlükleri zayıflatan, 1961 Anayasasıyla sağlanan

¹¹⁹ Tanör, **a.g.e.**, s. 138; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 48.

¹²⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 99 ve 103; Tanör, **a.g.e.**, s. 138-145; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 48.

¹²¹ **1982 Anayasası madde 13:** “1) Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. 2) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. 3) Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

güvenceleri ortadan kaldıran, AİHS'yle öngörülen güvencelerden yoksun, devletçi ve otoriter bir yapıda olduğunu söylemek mümkündür¹²².

Bununla birlikte 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla 1982 Anayasasında yapılan değişikliklerle temel hak ve özgürlüklerin rejimi konusunda Türk anayasacılık hareketinin yeniden özgürlükçü bir yaklaşım kazandığını burada eklemek gerekir¹²³.

3. Özel Hayata Saygı Hakkının Esası

3.1. Özel Hayata Saygı Hakkının Konusu

3.1.1. Genel Olarak

Özel hayata saygı hakkı, bireyin özel hayatı ile özel hayatının spesifik alanlarını bütünüyle kapsayan, kapsadığı hakları bir arada genel olarak ifade eden üst bir kavramdır. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinde ve Anayasanın 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen bu hak esas itibarıyla, *özel hayata saygı*, *aile hayatına saygı*, *konuta saygı* ve *haberleşmeye saygı* olmak üzere dört ayrı unsurdan oluşur. Diğer yandan AİHS'nde açıkça öngörülme ve Anayasamızın 17. maddesinde öngörülen *genel kişilik hakkı* da özel hayata saygı hakkı açısından çerçeve hak niteliğinde kabul edilmektedir¹²⁴.

Özel hayata saygı hakkını oluşturan unsurlarının tek tek sayılması mümkün olmadığından, 'özel hayat' kavramı bireyin özel hayatını bütünüyle kapsayan, özel hayata saygı hakkının içeriğini genel olarak ifade eden bir kavram niteliğindedir. Bu sebeple özel hayat kavramına ilişkin ilkeler, özel hayata saygı hakkının unsurlarını teşkil eden hayat alanları açısından genel ve kapsayıcı ilkeleri ortaya koymaktadır¹²⁵. Diğer taraftan, aile hayatı, konut ve haberleşme özel hayatının bir parçası

¹²² Tanör, **a.g.e.**, s. 134-138.

¹²³ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2005, s. 125.

¹²⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 52; Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin, 2001, s. 121; Özek, **a.g.e.**, s. 230; Şen, **a.g.e.**, s. 9; Helvacı, **a.g.e.**, s. 32; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd. K.g. için bkz.: Ergun Özbudun, "Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği", **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, C. I, Ankara, 1977, s. 287.

¹²⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 333.

olduğundan bireyin dokunulmaz nitelikteki özel hayat alanının mekânsal sınırının tespiti ancak bu hakların koruduğu alanların tespitiyle mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu haklar içerik olarak hem birbirleriyle doğrudan bağlantılı hem de birbirlerine dayalıdır. Bu hakların hem korudukları alan birbirlerinden ayrı olarak tespit edilemez hem de çerçevesi birbirlerinden ayrı olarak da yorumlanamaz¹²⁶.

3.1.2. Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı ya da kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının başta Anayasa olmak üzere yasalarda tanımı yapılmamış, hangi değerlerin bu hakkın kapsamına girdiği belirtilmemiştir. Kişilik kavramı içeriği çok geniş ve değişken bir kavramdır. Gerçekten kişisel varlıkların sayısı, neleri kapsadığı, sahip oldukları içerik, birbirleriyle ilişkileri zamana, teknik gelişmelere, hayatın karmaşılaşmasına, günün gereksinimlerine göre daima değişim göstermektedir¹²⁷. Bu bakımdan ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkları tüketici bir şekilde önceden saymasını hukuktan beklemeye olanak yoktur. Dolayısıyla hukukta kişilik hakkıyla bağlantılı olarak koruma altına alınan bireysel değerler tahdidi olarak düzenleme konusu yapılmış değerler değildir. Toplumsal hayatta ve teknolojiye yaşanan değişimlerle ortaya çıkan yeni koşullar değişik hukuka aykırılıklar ortaya çıkardığından, ortaya çıkan yeni hukuka aykırılıklara karşı kişilik hakkının korunması, kişilik hakkının genel hatlarıyla düzenlenmekle yetinilmesini, hangi hakların bu hakkın kapsamında olduğunu, hangi eylemlerin bu çerçeve içerisinde korunan değerleri zedelediğini belirlemeyi yargısal ve bilimsel içtihatlarla bırakmayı zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple bu kavramların tanımlanmamış ve içeriklerinin belirtilmemiş olması bilinçli bir tercihin sonucu olup, somut hukuksal olayın özelliklerine ve değişen şartlara göre geliştirici yoruma olanak tanımaya yöneliktir. Bununla birlikte kişilik hakkının içeriği hâkim tarafından belirlenirken, Anayasal yapının, kamu hukuku kurallarının, AİHS'nin, TMK hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Zira kişilik hakları,

¹²⁶ A.e., s. 330-331.

¹²⁷ Ruiz, a.g.e., s. 2; Şen, a.g.e., s. 14; Özel, a.g.e., s. 28.

demokratik sistemler içinde, demokratik sistemin temel mantığından doğan ve anayasal karakter taşıyan kişi hak ve özgürlüklerinden kaynaklanmaktadır.¹²⁸

Doktrinde bireyin kişiliğine bağlı değerlerin tümü üzerindeki hakkını belirtmek amacıyla *genel kişilik hakkı* deyimi kullanılmakta, genel kişilik hakkının kapsamına dahil olan belirli bir olayda dışa yansıyan somutlaşmış görünüşlerine ise *münferit kişilik hakları* adı verilmektedir.¹²⁹ Genel olarak kişilik hakkının kapsamına dâhil olan unsurların tüketici bir şekilde tek tek kazuistik yöntemle sayılması mümkün olmayan, dış dünyaya münferit şekillerde yansıyan, kişiliği meydana getiren, kişiyle ilgili tüm hak, varlık ve değerlerin bütününden oluşan, özel hayata saygı hakkı yönünden asgari standardı oluşturan gerçekte tek ve bütün bir *çerçeve temel hak* olduğu yönünde doktrinde geniş ölçüde görüş birliği bulunmaktadır.¹³⁰ Anayasanın 12. maddesinde öngörülen herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 17. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen herkesin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemeler bu anlayışın bir yansımasıdır. Bu düzenlemeyle bireyin kişiliğini geliştirme hakkının tanınması, hukukumuz açısından kişilik hakkının özel hayata saygı hakkı açısından çerçeve hak ve asgari standart teşkil ettiğini doğrulamaktadır.¹³¹

Gerçekten, hukuk düzeninin koruduğu kişiliğe bağlı tüm haklar, değerler ve varlıklar esas itibarıyla tek bir kişilik hakkının değişik görüntülerini oluşturmaktadır. Kişinin şerefi, haysiyeti, saygınlığı, giz-sır alanı, değer yargıları, dünya görüşü, toplumsal yaşayıştan kaynaklanan değerleri, alışkanlıkları, ilgileri, adı, resmi, yazıları gibi varlıkları ile aile hayatı, konutu, iletişimi kişilik hakkının münferit görünüşlerindendir.¹³²

¹²⁸ Özek, **a.g.e.**, s. 230; Helvacı, **a.g.e.**, s. 44; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd.

¹²⁹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, 5. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 81 ve 82.; Özel, s. 29.

¹³⁰ Erdem, **a.g.e.**, s. 125; Özek, **a.g.e.**, s. 230; Şen, **a.g.e.**, s. 9; Danışman, **a.g.e.**, s. 17; Helvacı, **a.g.e.**, s. 32; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd. Bu düşüncenin Alman Federal Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile Alman hukuk doktrinine dayanan kaynakları için bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 47-56; Gözler, **a.g.e.**, s. 215; Erdem, **a.g.e.**, s. 121-124.

¹³¹ Şen, **a.g.e.**, s. 9.

¹³² Özek, **a.g.e.**, s. 230; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd.

Doktrinde kişilik kavramı, insanın fizik varlığını değil, toplum hayatındaki rolünü ve işlevine işaret ederek, insanın insan olmasından dolayı kendisinden ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu, kişiyi var eden, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden maddi, manevi ve toplumsal özelliklerinin, kişisel değerlerinin, kişiliğine bağlı varlıkların bileşkesinden, toplamından oluşan, bu değerler bütünü koruyan hakkı ifade etmektedir¹³³. Bireyin kişisel değerleri, insanın insan olmasından kaynaklanan onuru, şerefi, haysiyeti, saygınlığı, giz-sır alanı, değer yargıları, dünya görüşü, toplumsal yaşayıştan kaynaklanan değerleri, alışkanlıkları, ilgileri, adı, resmi, yazıları gibi varlıkların bileşkesidir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, kişinin bazı bir takım varlıkları özel hukuk anlamında kişilik hakkı kapsamında olmasına karşın özel hayat kavramı kapsamında değildir. Örneğin, kişinin beden bütünlüğü, cinsel bütünlüğü gibi değerleri kişisel değerleri kapsamında olmakla birlikte, bu değerler Anayasanın 17. maddesinde belirtilen maddi varlıklardan olup, kişinin fiziki bütünlüğüne özgü hususlardır. Dolayısıyla bu varlıklar kural olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında kabul edilmeyip bireyin beden bütünlüğünü koruyan 2. ve 3. maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda kişilik hakkını, kişiyi var eden, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden maddi, manevi ve sosyal yönleri bulunan değerleri üzerindeki haklarının tümü olarak tanımlayabilmek mümkündür. Kişiyi kişi yapan değerlerin tümü, kişilik hakkını oluşturur. Kişinin toplum içinde onur ve saygınlığını sağlayan en önemli varlığı, şeref ve haysiyetidir. Kişinin, toplum içinde ahlaki görüntüsünü zedeleyen, onur ve saygınlığını toplum içinde kaybettiren, hakkındaki toplumsal değer yargılarını olumsuzlaştıran, onu küçük düşüren, onur ve saygınlığını kıran saldırılar kişinin şeref ve haysiyetine karşı gerçekleştirilmiş fiiller olup, kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmelidir.¹³⁴

¹³³ Özek, **a.g.e.**, s. 231; Kapani, **a.g.e.**, s. 6-7, 80-84; Şen, **a.g.e.**, s. 9-11 vd.; Özel, **a.g.e.**, s. 25-26; Helvacı, **a.g.e.**, s. 14; Danışman, **a.g.e.**, s. 18; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 48.

¹³⁴ Özek, **a.g.e.**, s. 229 ve 236; Özel, **a.g.e.**, s. 27.

İnsan haklarıyla ilgili uluslararası belgeler ve Anayasalar, kişilerin kişiliklerini geliştirmeye açık, huzurlu, çağdaş, insan onuruna uygun bir yaşamı gerçekleştirme haklarını korumayı amaçlamaktadır. Kişilerin belirtilen çerçeve içerisinde onurlarının korunması ve gelişimlerinin sağlanması da anayasal bir kural olup, siyasal iktidarın sorumluluğundadır. Kişilerin onurlarının korunması ve gelişimlerinin sağlanması birey için hak, siyasal iktidar için ise görev ve meşruluk kaynağıdır¹³⁵. Bu bakımdan bireyin kişiliğini geliştirme hakkı bir amacı ve ideali de ifade etmektedir. Kişiliğin korunması ve kişiliği geliştirme hakkının tanınmasındaki temel mantık, kişinin toplum içinde sahip olması gereken onurlu ve saygın varlığını sağlamaktır.¹³⁶

Kişilik hakkı, özel hayata saygı hakkının asgari standardını oluşturduğundan, genel kişilik hakkının özel hayata sağladığı koruma, genel olarak özel hayata saygı hakkının sağladığı korumadan daha dar kapsamlıdır. Bununla birlikte, özel hayata saygı hakkının özel hayata sağladığı koruma, genel kişilik hakkının sağladığı korumayı gereksiz hale getirmemekte, aksine genel kişilik hakkının sağladığı korumaya eklenmekte ve onu kuvvetlendirmektedir. Bu durum pozitif hukukun özel hayata saygı hakkını açıkça düzenlemediği hukuk sistemlerinde önem kazanmaktadır. Bu tür hukuk sistemlerinde bireyin özel hayatını koruma görevini başlı başına genel kişilik hakkı üstlenmektedir¹³⁷.

¹³⁵ Donnelly, **a.g.e.**, s. 25; Uygun, **a.g.e.**, s. 14; Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: I Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Yayın No: 17, 1995, s. 44; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 49; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16.

¹³⁶ Özek, **a.g.e.**, s. 143; Donnelly, **a.g.e.**, s. 24-25.

¹³⁷ Federal Alman Anayasasının 2. maddesinde öngörülen herkesin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olduğu yönündeki hüküm, Alman hukukunda hakim olan doktrine göre “*genel hüküm*” niteliğinde olup, Anayasada düzenlenmemiş hak ve özgürlükler bakımından “*şamil hürriyet*”, “*kapsayan hürriyet*” olarak değerlendirilmektedir. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 47-56; Gözler, **a.g.e.**, s. 215. Bu sebeple Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Mahkemesi ile Alman hukuk doktrini, Federal Alman Anayasasının 1. ve 2. maddelerinde öngörülen insan haysiyetinin dokunulmaz olduğu, bütün devlet güçlerinin ona saygı duymak ve onu korumakla yükümlü olduğu, başkalarının hakkını çiğnemedikçe ve anayasa düzeni ile genel ahlaka ters düşmedikçe, herkesin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemelerden hareketle, başta Anayasa olmak üzere hem kamu hukuku hem de özel hukukta açıkça düzenlenmemiş olan özel hayata saygı hakkını kişilik hakkı kapsamında yorumlayarak, Alman hukuk düzeninde özel hayata saygı hakkının kişilik hakkından hareketle korunduğu ve Anayasal güvence altında bulunduğu sonucuna varmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 47-56; Şen, **a.g.e.**, s. 30 vd.; Gözler, **a.g.e.**, s. 215.

Genel kişilik hakkının özel hayata saygı hakkının asgari standardını oluşturduğu yönündeki yaklaşım, özel hayata saygı hakkının geleneksel kapsamının aşılmasına olanak sağlayan bir işlev görmüştür. Gerçekten özel hayata saygı hakkı, geleneksel olarak özel hayatın gizliliği hakkı olarak anlaşılmakta, esas itibarıyla bireyin dış dünyaya kapalı olarak yaşadığı yaşantısının gizliliğinin korunmasını güvence altına alan bir hak olarak kabul edilmektedir. Ne var ki, bireyin özel hayatını kendi tercihleri doğrultusunda yaşayabildiği iç alandan ibaret görerek, bireyin iç alanı kapsamında olmayan dış dünyayı bireyin iç alanından bütünüyle dışlamayı aşırı kısıtlayıcı bir yaklaşım olarak değerlendiren AİHM kararlarıyla¹³⁸, özel hayata saygı hakkının kapsamı, kişisel bilgilerin gizliliğinin sağlanmasını amaçlayan gizli bir iç alanın ötesine geçerek dış dünyayı da içeren bir boyuta kavuşmuştur. AİHM bu yaklaşımını temellendirirken, bireyin özel hayatında serbestçe davranma özgürlüğüne sahip olmasından, dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen özel hayata saygı hakkının temelini bireysel özerkliğin oluşturmasından hareket etmektedir¹³⁹. Dolayısıyla AİHM bireysel özerklik kavramının, 8. maddenin sağladığı güvencelerin yorumlanmasının temelinde yatan önemli bir ilke olduğunu belirterek¹⁴⁰, kişilik hakkının özel hayata saygı hakkının asgari standardını oluşturduğu görüşünü benimsemektedir. AİHM'nin bu yaklaşımı, özel hayata saygı hakkının bireyin kişisel hayatını kendi tercihleri doğrultusunda yaşayabildiği, özel yaşamın en mahrem yönlerini¹⁴¹ içeren iç alanının ötesine geçerek, belli bir ölçüye kadar bireylerin başka insanlarla ilişkiler kurup bu ilişkileri sürdürdükleri¹⁴² dış alanını da içeren, bu bağlamda her bireyin diğer insanlarla kurduğu ilişkiler içerisinde kişiliğini dıştan bir müdahale olmaksızın geliştirme hakkını temin etmeye

¹³⁸ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

¹³⁹ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61-67; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112.

¹⁴⁰ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70.

¹⁴¹ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 41; *Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19.02.1997, § 36.

¹⁴² *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

çalışan¹⁴³ bir hak halini almasına olanak sağlamış, hem korunan içeriği, hem de korunduğu mekânlar bakımından özel hayata saygı hakkının genişlemesine yol açmıştır.

3.1.3. Özel Hayat Alanları

3.1.3.1. Özel Hayat

Özel hayata saygı hakkı, insanın hayatını daha değerli bir şekilde yaşayacağına yönelik kişisel görüşlerini gerçekleştirebilme olanağını güvence altına almayı amaçlar¹⁴⁴. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkının esasını *bireysel özerklik*, *bireysel yarar* ve *bireysel güvenlik* oluşturmaktadır¹⁴⁵.

Bireysel özerklik, bireyin özgür bir kişi olarak bilgiye dayalı özerk tercihler yapabilmesini ve bu tercihlerine dayanarak etkinlikte bulunmasına olanak sağlayan irade serbestliğini, bağımsızlığı ve dilediği gibi davranma özgürlüğünü ifade eder¹⁴⁶. Bir düşünceye göre özerklik, insanın kendisine ait olması ve bütünüyle başkalarına ya da topluma ait olmamasına ilişkin ahlaki gerçeklikten kaynaklanır¹⁴⁷. Bireysel özerklik, kişiye yaşam biçimini, davranışlarını, kişisel eylemlerini, ilişkilerini tercih etme, kamusal hayata katılma konusunda bağımsızlık ve özel hayatına başkalarının ne kadar sokulabileceğini, yaşam profiline başkalarının ne kadar müdahale edebileceklerini ve buna ne dereceye kadar hak sahibi olduklarını bizzat belirleyebilme yetkisi sağlar¹⁴⁸. Özel hayata saygı hakkı sayesinde, bireyin herkese açık olmayan özel ve aile hayatının özel olma niteliği, diğer bireylerle kurduğu iletişimin doğallığı ve kendisini bilinçli bir şekilde, iradesi doğrultusunda, özgür

¹⁴³ *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 29; *Botta-İtalya* Davası, 24.02.1998, § 32; *N.F.-İtalya* Davası, 02.08.2001, § 39; *Von Hannover-Almanya* Davası, 27.07.2004, § 50; *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga-Belçika* Davası, 12.10.2006, § 83; *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007, § 33.

¹⁴⁴ Donnely, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁴⁵ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 7. Benzer yönde: Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291. Özel hayata saygı hakkının esasını bireysel özerkliğin oluşturduğu anlayışı büyük ölçüde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına dayanmaktadır. Önce Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, ardından Alman Anayasa Mahkemesi özel hayata saygı hakkının esasını bireysel özerklik olarak kabul etmiş, özel hayata saygı hakkını özellikle bireyin kişisel kararlarını alma hakkı olarak değerlendirmiştir. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁴⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 27; Donnelly, **a.g.e.**, s. 80; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁴⁷ Keenan, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁴⁸ Ruiz, **a.g.e.**, s. 9-10; Erdem, **a.g.e.**, s. 121; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 292.

olarak topluma ifade etmekteki özerkliği, farklı olma hakkı, düşüncelerini kendine saklama serbestliği anlamında negatif ifade özgürlüğü korunmaktadır¹⁴⁹.

Bireysel yarar, bireyin davranış ve ilişkileri ile tercihleri ve yaşam biçimi konusundaki taleplerini kapsayarak bireyin dilediği gibi, değerli bir biçimde yaşama arzusunu gerçekleştirmesini, kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği özel bir dünya ve özerk bir alan sağlayarak bireyin psikolojik bütünlüğünü, kendisini mutlu ve huzurlu hissetmesini temin etmektedir¹⁵⁰.

Bireysel güvenlik ise, bireyin mahremiyetini üçüncü kişilerin ihlal etmemesini; kişisel bilgilerinin gizliliğinin başkalarınca öğrenilememesini sağlayarak bireyin kendi kendine, yakın ve aile çevresiyle yaşadığı özel hayatının gizliliğini koruyup bireyin zihinsel ve duygusal güvenliğini temin etmektedir¹⁵¹. Bireysel güvenlik, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesine karşı koyma ve ihlali sona erdirmeye yetkisi¹⁵² ile istenmeyen müdahalelerin gerçekleşmediğine dair inancı ve tanınmazlığı da bünyesinde taşıyan yalnız bırakılma hakkını¹⁵³ içerir.

Özel hayata saygı hakkı geleneksel olarak bireye izinsiz müdahale edilememe özelliği bulunan *toplumdan/ (inzivaya) çekilme hakkı, yalnızlık hakkı, dinlenme hakkı, anonim kalma hakkı, istenmeyen bakışlardan korunma hakkı, kişisel bilgilerde kontrol hakkı, gizlilik hakkı, kendine sığınma hakkı* olarak anlaşılmakta ve bu hakkın bireyin kişisel bilgilerinde tasarruf hakkını, içerik ve mekân yönünden yaşamının gizliliğini koruduğu kabul edilmektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla geleneksel yaklaşım tarafından özel hayata saygı hakkının içeriği olarak kabul edilen özel hayatın gizliliği, özel hayata saygı hakkının sadece bireysel güvenlik boyutunu oluşturmaktadır¹⁵⁵. Bu sebeple kişiliği oluşturan değerlerden oluşan özel hayat, bireyin kişiliğinden ve vücut dokunulmazlığından da ayrı düşünülemez¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 68; Erdem, **a.g.e.**, s. 292.

¹⁵⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 266; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 7; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291; Donnelly, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁵¹ Özek, **a.g.e.**, s. 259; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 7; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291-292.

¹⁵² Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁵³ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁵⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 26-27.

¹⁵⁵ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁵⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291; Helvacı, **a.g.e.**, s. 52.

Bireysel özerklik, bireysel yarar ve bireysel güvenlik, bireyin iradesinin dış müdahalelere maruz kalmamasını, bireyin izlenmemesini ve kişisel bilgilerinin toplanmamasını sağlayarak bireyin kişiliğini, kimliğini, fiziksel, psikolojik ve sosyal bütünlüğünü, moral ve manevi değerlerini korur¹⁵⁷. Bu sayede birey bir taraftan bağımsızlığını sağlayarak, yaşam tarzını, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini seçme hakkını elde ederken; diğer taraftan kişiliğini yakından ilgilendiren özel yaşam alanına özgü gizliliği muhafaza ederek başka kişilerin bilgisinden uzak bir şekilde yaşantısının mahremiyetini sağlar¹⁵⁸. Bu bağlamda özel hayata saygı hakkı, salt özel hayatın gizliliği olarak değerlendirilemez¹⁵⁹. Özel hayata saygı hakkı, mahremiyet hakkından daha geniş bir hak olup, bireylerin irade özgürlüğünü, kişiliğini oluşturma ve geliştirme hakkını, farklı olma hakkını sağlayan bir alanı da içermektedir¹⁶⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de bu yaklaşıma benzer olarak mahremiyet hakkı; başka kişilerin bilgisi ve müdahalesi olmaksızın insanlarla ilişki kurma ve sosyal gruplara katılma hakkını sağlayan *sosyal mahremiyeti*; kişinin kendisi ve bedenine yönelik başka kişilerin gerçekleştireceği davranışların mahiyetini belirleme iktidarı sağlayan *bedensel mahremiyeti*; içeriği hakkında başkalarının bilgisi olmaksızın diğer insanlarla iletişim kurma olanağını sağlayan *iletişim mahremiyetini*; kişisel bilgilerin başka kişilerce toplanıp işlenmesinin kapsamını belirleme iktidarını sağlayan *veri mahremiyetini*; ev, otel odası, işyeri, araç gibi fiziksel alanlara

¹⁵⁷ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁵⁸ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 292-293.

¹⁵⁹ Aksi düşünce için bkz.: Araslı, **a.g.e.**, s. 10. *Araslı*, özel hayata saygı hakkını, özel hayatın gizliliği hakkı olarak ele almakta ve özel hayatı toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama şeklinde gizlilik boyutuyla ele almaktadır. Yazar, toplumdan çekilmeyi, kişinin toplumla ilişkilerini keserek, çevresinden ve çevresinin gözetim ve denetiminden uzaklaşıp, yaşamını tek başına sürdürmesi; mahremiyeti, kişinin özel yaşam alanına giren olayları, içtenliklerine ve dostluklarına güvendiği sınırlı bir çevre olan ailesi, arkadaşları, eşi ve iş çevresiyle paylaşması; tanınmazlığı, kişinin herhangi bir yabancıyla kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini topluma kendisine ait olduğu anlaşılamayacak biçimde açıklamaması; saklamayı ise kişinin bazı yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması olarak tanımlamaktadır.

¹⁶⁰ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 7; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291; Danışman, **a.g.e.**, s. 1; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 9; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

başkalarının girme olanaklarını belirleme iktidarı sağlayan *mekân mahremiyetini* içeren bir genişlikte değerlendirilmektedir¹⁶¹.

Sonuç olarak özel hayata saygı hakkı sayesinde bireyin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesi; onuru, şerefi ve haysiyeti; adı, şöhreti, sosyal konumu, itibarı, toplum içindeki yeri, insanlarda uyandırdığı intiba; kişisel ve mesleki sırları; dünya görüşü, başkalarının gözleri önüne serilmesini istemediği düşünceleri, negatif ifade özgürlüğü; kimliği, resmi, özel fotoğrafları, görüntüsü, sesi, özel eşyası ve evrakı; yaşı, ailevi durumu, adresi, malvarlığı, günlük uğraş ve alışkanlıkları, zevkleri gibi kişisel bilgileri; geçirdiği hastalıkları, kullandığı ilaçlar, kan, saç ve doku örnekleri gibi tıbbi verileri; bedeninin mahremiyeti ve dokunulmazlığı, fiziki bütünlüğü; etnik, ırksal kökeni gibi kimliğine ilişkin bilgileri; cinsel kimliği ve tercihleri gibi saymakla tüketilemeyecek kişiliğine bağlı değerleri korunmaktadır. Özel hayata saygı hakkı, bireyin kendi halinde, dingin ve kendi başına yaşamasını, sosyal ilişkiler kurmasını, kişiliğini ve kimliğini oluşturmalarını, geliştirmelerini ve gerçekleştirmelerini, fiziksel, ruhsal, düşünsel dokunulmazlığını, entelektüel yaratıcılığını, yaşam biçimini, davranışlarını ve ilişkilerini tercih etmesine yönelik haklarını güvence altına almakta, bu hakların müdahalelere uğramasını, bireyin gözetlenmesini, izlenmesini, tacize uğramasını önlemektedir.¹⁶²

3.1.3.2. Aile Hayatı

Bireyin kişiliğini geliştirmesinin yöntemlerinden birisi başkalarıyla iletişim kurmasıdır¹⁶³. Bireyin başka bireylerle kurduğu iletişimin bir yönü de evlilik ve aile hayatıdır. Aile İHEB'nin 16. maddesinin 3. fıkrasına göre toplumun doğal ve temel birimidir. Bireyin aile içerisinde sürdürdüğü hayatı, bireye toplumsal alandan önemli ölçüde bağımsız şekilde, serbestçe yaşadığı bir özel hayat alanıdır. Bu sebeple özel

¹⁶¹ Keenan, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁶² Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 4 ve 169, Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 164; Özel, **a.g.e.**, s. 30-38; Özek, **Bilgilenme Hakkı**, s. 245. Ayrıca bkz.: Avrupa Konseyi'nin 23.01.1970 tarihli kararı (Tosun, **Gizli Dinleme**, s. 382.) ve Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi kararı (Donay, **a.g.e.**, s. 441.).

¹⁶³ Özek, **Basın Hukuku**, s. 231; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 293; Şen, **a.g.e.**, s. 9-11; Özel, **a.g.e.**, s. 25-26; Danışman, **a.g.e.**, s. 18.

hayatın önemli görünüm şekillerinden ve büyük oranda gerçekleşme alanlarından birisi aile hayatı, aile hayatının temelinde yer alan evlilik ve cinsel hayattır¹⁶⁴.

Evlilik ve aile hayatı bireyin bu ilişkileri birlikte yaşadığı kişilerin kendisine özel yakınlığı, bireye sağladığı şefkat ve duygusal doyum sebebiyle birey için oldukça önemlidir¹⁶⁵. Birey aile hayatı içerisinde ailenin diğer bireyleriyle ilişkisinde geniş ölçüde bir serbestlikten yararlanır. Evlilik ilişkisinde taraflar normal olarak birbirlerine karşı çekincesiz bir güven duygusu beslerler. Bu güven duygusunun doğurduğu ortam neredeyse sınırsız bir iletişime olanak sağlar. Dolayısıyla böyle bir ortamın ihlalinin, bu ortam içerisindeki mahremiyeti ortadan kaldırarak evlilik ilişkisinin tarafları ile aile bireylerini savunmasız ve güç bir durumda bırakacağı açıktır. Aile hayatının gizliliğini yok eden ihlaller, aralarındaki ilişkinin mahremiyetine dair aile üyelerinin güven ve inançlarını yitirmelerine yol açacağından, bu türden ihlallere maruz kalan bir ailenin toplumun temeli olma işlevini yerine getirmesi de olanaksızdır.

Evlilik ilişkisi ile aile ortamı, evli çiftler ile çocuklarının kişiliğinin gelişmesi, olgunlaşması için güvenli iletişim ortamını sağlar. Bu ortamın varlığı evli çiftlerle çocukları arasındaki ilişki ve iletişimin her türlü müdahaleden uzak, dokunulmaz bir hayat alanı olarak mutlak bir korumadan yararlanmasına bağlıdır. Evlilik ilişkisi ile aile hayatı içerisindeki güvenli iletişim ortamı ancak bu şekilde mutlak bir koruma alanı oluşturularak tesis edilebilir. Bu sebeple aile bireyleri arasındaki ilişki ve iletişim salt ailevi olma özelliğinden dolayı yeri ve içeriğine bakılmaksızın korunur.

Aile hayatına saygı hakkıyla korunan sadece evlilik ve aile hayatı içerisindeki iletişim olmayıp, evlilik ve aile hayatı içerisinde gerçekleşen her şey mekâna bağlı olmaksızın korunmaktadır. Buna evliliğin mekana bağlı olmaksızın konu bakımından sınırsız iletişimi zorunlu kılması yol açar. Dolayısıyla evlilik ile aile hayatına sağlanan koruma, zorunlu olarak konutla sınırlı olmayıp, aile

¹⁶⁴ Fatih Selami Mahmutoglu, “Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği: Aile Yaşamı Konut Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması, Panel 18 Ekim 2008**, Ankara, TBB, 2009, s. 104; Kaboğlu, a.g.e., s. 293.

¹⁶⁵ Kaboğlu, a.g.e., s. 294.

ilişkilerinin yaşandığı diğer alanlara da yayılarak özel hayatın korunduğu alanın sınırlarını genişletmektedir.

Aile hayatının bireyler için önemi sebebiyle hukuk düzeni mahremiyetin böylesine yoğunlaştığı aile ve evliliği özel olarak korumakta, aile hayatının gizliliğiyle aile bireylerine ve evlilik ilişkisinin taraflarına özel koruma sağlamaktadır. Aile hayatına saygı hakkı bakımından aile, aile üyelerinin tek tek korunmasına aracılık eden bir sosyal gruba oluşturmaktadır¹⁶⁶. Nitekim AIHS'nin 12. ve Anayasanın 41. maddeleriyle aile bir kurum olarak da ayrıca korunma altına alınmıştır.

Aile hayatına saygı hakkının konuta saygı hakkıyla sıkı ilişkisi vardır. Evlilik ilişkisi ile aile hayatı büyük oranda konut içerisinde gerçekleşir. Dolayısıyla evli kişilerin ve aile hayatının yaşandığı bir konut söz konusu olduğunda, bireyler açısından evlilik ilişkisi ve aile hayatı hem aile hayatına saygı hakkı hem de konuta saygı hakkıyla korunmakta, bu durumda çifte bir koruma sağlanmakta ve yarışan haklar söz konusu olmaktadır. Konuta saygı hakkıyla konut içerisinde gerçekleşen hayat ve iletişimin dokunulmazlığı mekân itibarıyla güvence altına alınırken, aile hayatına saygı hakkıyla evlilik ve aile içerisinde gerçekleşen ilişki ve iletişimin dokunulmazlığı gerçekleştiği mekana bakılmaksızın salt ilişki ve iletişimin evlilik ve aileye özgü olmasından, yoğunluğundan ve sürekliliğinden hareketle güvence altına alınmaktadır.

Aile hayatına saygı hakkıyla haberleşmeye saygı hakkı arasında da sıkı ilişki bulunmaktadır. Evlilik ve aile hayatında bireyler birbirleriyle iletişim halindedir. Dolayısıyla evli kişiler ve aile bireyleri arasında gerçekleşen bir iletişim söz konusu olduğunda, bu iletişim hem aile hayatına saygı hakkı hem de haberleşmeye saygı hakkıyla korunmakta, bu durumda çifte bir koruma sağlanmakta ve yarışan haklar söz konusu olmaktadır. Aile hayatına saygı hakkıyla birbirlerine ailevi yakınlıkları dolayısıyla bireylerin eşleri ve aileleriyle iletişimi korunurken, haberleşmeye saygı hakkıyla bireyin iletişim kurduğu kişiyle yakınlığına

¹⁶⁶ Donnelly, **a.g.e.**, s. 31.

bakılmaksızın gerçekleşen iletişimin dokunulmazlığı salt iletişimin özel olmasından dolayı korunmaktadır.

3.1.3.3. Konut

Konut, dokunulmaz özel hayatın en yoğun gerçekleştiği mekân olup, özel hayatın gizliliğinin ve bağımsızlığının gerçekleşme alanını oluşturur¹⁶⁷. Bu sebeple konuta saygı hakkı, evlilik ve aile hayatına ilişkin bir konut olsun ya da olmasın, konut içerisinde yaşanan ilişki ve iletişimin türü ve şekline bakılmaksızın, salt mekânın niteliğinden dolayı konutun dokunulmazlığını korumaktadır. Konuta saygı hakkıyla bir yandan bireyin konutu içerisinde gerçekleşen özel hayatı, bir yandan da bireyin onuru ve kişiliğini serbestçe geliştirme olanağı korunur. Dolayısıyla konuta saygı hakkıyla bireye mekân itibariyle serbestlik sağlayan dokunulmaz bir asgari hayat alanı, toplumdan uzaklaşabilme olanağı güvence altına alınmaktadır¹⁶⁸. Bu bağlamda konuta girme, konutta arama yapma ve konuttaki eşyalara el koyma konut dokunulmazlığını ihlal eden fillerdendir.

Konuta saygı hakkıyla güvence altına alınan yalnızca bireyin oturmak amacıyla kullandığı yerler olmayıp; bireyin herkesin girmesine olanak tanımadığı, içerisinde özel hayatını geçirdiği tüm yerler ve dolayısıyla işyerleri de bu güvenceden yararlanır¹⁶⁹.

Konuta saygı hakkıyla esasen özel hayat korunduğundan, konutun sahibi kadar, konutta sahibinin rızasıyla bulunan, dolayısıyla konut sahibinin özel hayat ilişkilerine dâhil olan bütün kişiler de konuta saygı hakkının sağladığı korumadan yararlanır. Dolayısıyla kim olursa olsun konut içerisindeki kişi yaşamını dilediğince düzenleme, başka kişilerin izin verdiği ölçüyü aşan algılarından yaşamını koruma özgürlüğüne sahip olur¹⁷⁰. Bu sebeple kişinin konut içerisinde geçen başka kişilere

¹⁶⁷ Erdem, **a.g.e.**, s. 127; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁶⁸ Erdem, **a.g.e.**, s. 128; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁶⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁷⁰ Araslı, **a.g.e.**, s. 129.

kapalı hayatını öğrenmeye yönelik dinleme, ses kaydı, gözetleme ve benzeri eylemler konut dokunulmazlığını ihlal eder¹⁷¹.

3.1.3.4. Haberleşme

Haberleşme kavramı, özel hayatın bir unsuru olarak kişilerin birbirleriyle her türlü araçla yaptıkları özel iletişimi ifade eden bir anlama sahip olup kitle haberleşmesinden farklı bir kavramdır. Kitle haberleşmesi haber, düşünce ve kanıların kitle haberleşme araçları ile serbestçe alınması ve yayılmasıdır¹⁷². Özel haberleşme ile bireylerin kamuya açık olmayacak şekilde çeşitli iletişim araçlarıyla yaptıkları görüşmeler, düşünce açıklamaları, bilgi veri alışverişinin okunması, dinlenmesi, ele geçirilmesi ve kaydedilmesine karşı koruma sağlanmaktadır¹⁷³.

Haberleşme bireysel özerkliğin görünümlerinden birisidir. Bireyler hareket serbestliğinin kendisine kazandırdığı özgürlük ile başkalarıyla iletişim kurarlar. Dolayısıyla haberleşmeye saygı hakkı hem bireyin haberleşme yoluyla kendisini ifade etme özgürlüğünü, hem kişiliğini geliştirme hakkını, hem de bireyin başka bireylerle gerçekleştirdiği iletişimin gizliliğine, kişisel iletişimini özel ve gizli olarak gerçekleştirdiğine dair inancını ve güvenini korur¹⁷⁴. Birey için taşıdığı önem sebebiyle özel haberleşme uygar hukuk sistemlerince önemsenen, anayasalar ve insan hakları belgelerince koruma altına alınan; sadece bir hak olarak tanınmakla yetinilmeyip, çeşitli güvenceler altına alınan temel haklardan birisidir¹⁷⁵.

¹⁷¹ Erdem, **a.g.e.**, s. 130; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 296.

¹⁷² Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku: Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet**, 4. bs., İstanbul, Beta, 1998, s. 22.

¹⁷³ Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **Türkan Rado’ya Armağan**, İÜHFM, C. LV, s. 3, 1997, s. 71.

¹⁷⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 44; Erdem, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁷⁵ Gerçekten 1831 Belçika Anayasasının 22. maddesi, 1868 Lüksemburg Anayasasının 28. maddesi, 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 15.12.1791 tarihli 4. Ek maddesi, 1947 İtalya Anayasasının 15. maddesi, 1949 Almanya Anayasasının 10. maddesi, 1953 Danimarka Anayasasının 72. maddesi, 1975 Yunanistan Anayasasının 19. maddesi, 1976 Portekiz Anayasasının 34. maddesi, 1978 İspanya Anayasasının 18. maddesi, 1983 Hollanda Anayasasının 13. maddesi özel hayatın gizliliğinin temel bir hak olarak tanınmasına ve korunmasına ilişkindir. Belçika Anayasası sadece özel mektupların, Lüksemburg Anayasası ise mektupların ve telgraf görüşmelerinin korunmasına ilişkindir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 4. Eki ise özel mektupların ve evrakın korunmasına ilişkin olup, Federal Yüksek Mahkeme’nin yorumlarıyla haberleşmenin gizliliğini de kapsayacak bünyeye

Haberleşme genel olarak özel hayat kapsamında olmakla birlikte bireysel özerkliğin bir parçası olduğundan bir yönüyle ifade özgürlüğüyle de yakın ilişkisi bulunmaktadır. İfade özgürlüğü özellikle kamusal alanda düşüncelerin serbestçe ifade edilebilmesi esasına dayanır. İfade özgürlüğü sayesinde birey bir yönüyle kamusal alanda ne zaman, nasıl ve hangi konuda düşüncelerini ifade edeceğini belirleme olanağına, diğer yönüyle de ifade ettiği düşüncelerinin korunması konusunda güvenceye sahip olur. Diğer yandan bireyin bir takım düşüncelerini ifade etmeme konusunda da özgürlüğü vardır. Bu özgürlüğü bireye bireysel özerkliği sağlar. Bu özgürlüğe *negatif ifade özgürlüğü* adına vermek mümkündür. İfade özgürlüğü kamuya ifade edilmiş düşüncelere ilişkin bir hak olduğundan, bireyin kamuya ifade edilmemiş, açıklanmamış düşünceleri haberleşmeye saygı hakkı kapsamındadır. Dolayısıyla haberleşmeye saygı esas itibariyle bireyin negatif ifade özgürlüğünü koruma altına alan bir hak niteliğindedir¹⁷⁶.

Bireyler sosyal bir varlık olmaları sebebiyle hem hayatlarını sürdürebilmek için zorunlu olarak, hem de kişiliklerini geliştirebilmek için isteklerine bağlı olarak başka bireylerle iletişim kurarlar. Bu iletişim konut, işyeri gibi özel alanlar içerisinde gerçekleşebileceği gibi, özel hayat alanları dışında da gerçekleşebilir. Diğer yandan birey iletişimini doğrudan, yüz yüze gerçekleştirebileceği gibi, bir iletişim aracı aracılığıyla da gerçekleştirebilir. Bu sebeple haberleşmeye saygı hakkıyla, evlilik ve aile hayatına ilişkin haberleşmeler de dâhil olmak üzere iletişim kurduğu kişinin kendisine yakınlığına ve iletişimin ne şekilde kurulduğuna bakılmaksızın, hem özel hayat alanlarında hem de özel hayat alanları dışında gerçekleşen, salt iletişimin özel nitelikte olmasından dolayı iletişiminin dokunulmazlığı koruma altına alınmaktadır. Haberleşmeye saygı hakkıyla hem bireyin özel hayatının bir boyutu olan özel görüşmeleri, hem de bireyin kişiliğini serbestçe geliştirme olanağı korunur. Dolayısıyla bireyin haberleşmesinin dokunulmazlığıyla birey için iletişim itibariyle dokunulmaz bir hayat alanı ve başkalarıyla özgürce iletişim kurma olanağı güvence

kavuşmuştur. Sonuçta belirtilen Anayasaların tamamı özel hayatın gizliliğini koruma altına almışlardır. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 22, dipnot 1.

¹⁷⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 68.

altına alınmaktadır. Bu yönüyle hem bireyin haberleşmesi, hem de muhatabının kendisine söylediklerinin dokunulmazlığı korunmaktadır.

3.2. Özel Hayata Saygı Hakkının Süjeleri

Hakkın süjesi kavramından, bir hakkın öznesi, sahibi; diğer bir ifadeyle haktan yararlanan kimseler anlaşılır¹⁷⁷. İHEB'nin 12., AİHS'nin 8. ve Anayasanın 20, 21 ve 22. maddelerinde özel hayata saygı hakkına *herkesin* sahip olduğu öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde *her insan* kavramına yer verilmemiş olması sebebiyle kullanılan herkes kavramı *tüm kişiler* kavramını ifade etmektedir¹⁷⁸. Bu bakımdan tüm kişiler özel hayata saygı hakkının süjesidir.

Hukukta kişi kavramı haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eder. Dolayısıyla kişi kavramı tabi bir durumu değil, hukuki bir kavramı ifade eder. Bu sebeple kişi kavramı hukukta insan kavramıyla özdeş bir kavram olmayıp, insanların yanı sıra hukukun kişi saydığı varlıklar da kişi kavramının kapsamındadır. Hukukta kişiler gerçek ve tüzel kişilerdir. Diğer taraftan gerçek ve tüzel kişi olmamakla birlikte gerçek veya tüzel kişi topluluklarından oluşan kişi toplulukları da zaman zaman haklara sahip olabilmektedir.¹⁷⁹ Bununla birlikte sadece gerçek kişilerin sahip olabileceği kişilik hakları, örneğin aile hayatı tüzel kişilerde bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüzel kişiler ancak sahip olabilecekleri kişilik hakları yönünden kişilik hakkının sağladığı korumadan yararlanırlar¹⁸⁰. Kişilik hakkının özel hayata sağladığı koruma dolayısıyla, sahip olabildikleri ad, şeref, haysiyet, özel alan, sosyal kişilik gibi kişilik hakları bakımından tüzel kişiler de özel hayata saygı hakkının koruması altındadırlar¹⁸¹.

Herkes kavramı özel hayata saygı hakkının süjeleri bakımından vatandaş ve yabancı gibi bütün ayrımların dışlandığı anlamını taşır. Gerçekten özel hayata saygı hakkı insan haklarından birisi olarak sırf insan olmalarından dolayı tüm insanların

¹⁷⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 470; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 145; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. bs., Bursa, Ekin, 2007, s. 130.

¹⁷⁸ Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁷⁹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 14; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 3-4. Farklı görüş için bkz.: Şen, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁸⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 32; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 461.

¹⁸¹ Özek, **a.g.e.**, s. 261; Helvacı, **a.g.e.**, s. 15.

sahip olduğu bir haktır. Özel hayata saygı hakkına sahip olmak bir ülkenin vatandaşı olmayı gerektirmez. Dolayısıyla vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın tüm insanlar eşit oranda özel hayata saygı hakkının süjesidirler.¹⁸²

3.3. Özel Hayata Saygı Hakkının Sınırları

Bir hakkın sınırlanması, belirli hukuk normunda öngörölmüş veya belirlenmiş hakkın *norm alanına* aynı normla dışarıdan girilmesine, norm alanının daraltılarak normun kişiye sağladığı olanakların ve normun sağladığı *koruma alanının* daraltılmasına imkân tanıyan müdahaleleri ifade eder¹⁸³. Özel hayata saygı hakkı kişiye dokunulmaz bir kişisel alan sağlamakla birlikte bu hakkın kapsama-norm alanı ile koruma alanı özdeş değildir. Genel olarak özel hayata saygı hakkının sınırlarını özel hayata saygı hakkının konusunu oluşturan bireysel yararlarla bireysel yararların karşı tarafını oluşturan toplumsal yararların dengelenmesi, birbiriyle yarışan bu yararlar arasında sentez oluşturulması ihtiyacı belirlemektedir¹⁸⁴.

Özel hayata saygı hakkının sınırı konusunda geleneksel liberal anlayışı 1789 yılında ilan edilen Fransız *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi* yansıtmaktadır. Özel hayata saygı hakkı açıkça öngörölmemiş olmakla birlikte bu Bildiride genel olarak kişi özgürlüklerinin sınırı ortaya konulurken bir bakıma özel hayata saygı hakkının sınırı da belirtilmiş olmaktadır. 1789 Bildirisinin 4. maddesinde “Özgürlük başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme serbestisidir; bundan dolayı, her insanın doğal haklarının kullanılması, aynı haklardan yararlanan toplumun diğer mensupları için söz konusu olanlar hariç, hiçbir sınırlandırmaya tabi değildir. Bu sınırlar sadece yasayla belirlenir”¹⁸⁵ denilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının gerekliliği liberal özgürlük anlayışına uygun olarak genel ifadelerle ortaya konmuştur¹⁸⁶.

¹⁸² Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 148; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 16; Gözler, **a.g.e.**, s. 131-132.

¹⁸³ Ruiz, **a.g.e.**, s. 89; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 55-56; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 220 ve 223.

¹⁸⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 88; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 120-121; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 54-56; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 233-234.

¹⁸⁵ Madde metni için bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 73. Daha farklı bir çevirisi için ayrıca bkz.: Kuzu, **a.g.e.**, s. 723.

¹⁸⁶ Sabuncu, **a.g.e.**, s. 54; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 222; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 29; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 38.

Bildirinin bu maddesinin tarihsel önemi, özgürlüğün yalnızca yasayla sınırlanabileceğini belirterek sınırlamayı sadece yasama organının iradesine bağlı tutmasıdır. Özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin bu anlayış, özel hayata saygı hakkının konusunu oluşturan bireysel yararlarla, bireysel yararların karşı tarafını oluşturan toplumsal yararların dengelenmesi, birbiriyle yarışan bu yararlar arasında sentez oluşturulması konusundaki yaklaşımın temelini oluşturmaktadır.

1948 yılında kabul edilen ve özel hayata saygı hakkının ilk defa açıkça düzenlendiği belge olan İHEB'nin 12. maddesinde özel hayata saygı hakkı mahremiyet hakkı olarak düzenlenmiş, ancak mahremiyet hakkının sınırlarına özgü bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, İHEB'nde insan hakları kişinin birlikte yaşadığı topluma karşı ödevleriyle birlikte ele alınmış ve 29. maddesinin 2. fıkrasında, *“Haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, herkes sadece, başkalarının hak ve özgürlüklerinin usulünce tanınmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamak/ (güvence altına almak), ve demokratik bir toplumda, genel ahlaka, kamu düzenine ve genel refaha ilişkin meşru gereklerin karşılanması amacıyla, yasayla belirlenmiş türde sınırlamalara tabi tutulabilir”* düzenlemesine yer verilmiştir¹⁸⁷. İHEB'nin bu düzenlemesi kişilerin ancak toplum içerisinde kişiliğini serbest ve tam olarak gerçekleştirebileceği gerçeğinden hareket etmektedir¹⁸⁸. İHEB bu düzenlemesiyle özel hayata saygı hakkının sınırlanması rejimi konusundaki AİHS'nin yaklaşımına ışık tutmuştur.

Özel hayata saygı hakkının koruma alanı AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. AİHS'nin 8. maddesinde, özel hayata saygı hakkının kullanılması konusunda *“ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunan”* müdahalelerin kamu makamları tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle özel hayata saygı hakkının sınırları İHEB'ne oranla berraklaştırılmış, buna ek olarak özel hayata

¹⁸⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 73. Diğer bir çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁸⁸ Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 119; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 54.

saygı hakkının kullanılmasına yönelik müdahalelerin koşulları ilk defa düzenlenmiştir.

Özel hayata saygı hakkını tek bir başlık altında toplamayan 1982 Anayasası, 20. maddesinin 2. fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, 21. maddesinin 2. cümlesinde konuta saygı hakkının, 22. maddesinin 2. fıkrasında da haberleşmeye saygı hakkının sınırlama sebeplerine yer vermiştir. Bu hükümlere göre *“milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak”* usulüne göre verilmiş hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yasayla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle özel hayata saygı hakkının kullanılmasına sınır getirmiş, bu sebeplerle kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının, eşyalarının, konutunun aranması, arama sonucu eşyalarına el konulması, haberleşmesinin gizliliğine dokunulması mümkün hale getirilmiştir.

Bununla birlikte 1982 Anayasasında özel hayata saygı hakkının kullanımına devlet organlarınca yapılabilecek müdahaleler sınırlanmış, 13. maddede genel olarak temel hakların sınırlama ölçütleri düzenlenmiştir. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla değiştirilen Anayasanın 13. maddesi, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklindeki düzenlemesiyle AİHS’nin 8. maddesinde öngörülen ölçütleri tüm temel hak ve özgürlükler yönünden güvence haline getirmiştir.

3.4. Özel Hayata Saygı Hakkının Doğurduğu Yükümlülükler

3.4.1. Genel Olarak

İnsan hakları öncelikle kişiye devletin karışamayacağı dokunulmaz, özel bir alan sağlar¹⁸⁹. İnsanların insan olmalarından dolayı sahip olduğu bu haklar,

¹⁸⁹ Uygun, **a.g.e.**, s. 22 ve 33.

kurdukları bütün ilişkilerinde saygı gösterilmesini herkesten isteyebilecekleri en üstün haklar niteliğindedir¹⁹⁰. Özel hayata saygı hakkı da insan haklarından birisi olması sebebiyle insan haklarının bu özellikleriyle birlikte düşünülmelidir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı, hak sahibine özel hayatına müdahale edilmemesi, saygı gösterilmesi ve nihayet korunması konusunda talep hakkı verir¹⁹¹. Bu durumun hak sahibi kişilerin muhatapları bakımından yansımaları, hak sahibinin özel hayatına saygı göstermek konusunda bir takım yükümlülükleri doğurmasıdır. Doktrinde genel olarak özel hayata saygı hakkının doğurduğu yükümlülüklerin iki türlü olduğu ve bu yükümlülüklerin, *negatif yükümlülük* ve *pozitif yükümlülük* olduğu kabul edilmektedir¹⁹². Özel hayata saygı hakkının doğurduğu pozitif yükümlülükler sadece devlete yönelik olmakla birlikte, negatif yükümlülükler sadece devlete yönelik değildir. Negatif yükümlülük, devletin, diğer bireylerin ve basının özel hayata saygı hakkına bir müdahalede bulunmamasını; pozitif yükümlülük ise, devletin özel hayata saygı hakkını olası müdahalelere karşı korunmasını, müdahale teşkil eden eylemleri cezalandırmasını, özel hayata saygının gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirler alınmasını ve aldığı tedbirleri uygulamasını gerektiren yükümlülüklerdir.

Özel hayatın devlet organlarının yanı sıra, bireyler ve basın organları tarafından da ihlal edilmesi mümkündür. Dolayısıyla devlet organları gibi bireyler ve basın organları da özel hayata saygı hakkının muhatabı olmaktadır. Ancak devletin olanaklarının bireylerin olanaklarından çok üstün seviyede olması, toplumsal hayatta en güçlü varlığın devlet olması sebebiyle, insan haklarının tarihsel gelişim çizgisinde geleneksel ve liberal anlayış, insan hakları ihlalleri bakımından asıl tehlikenin devletten geldiği varsayımına dayanır. Dolayısıyla insan hakları ihlallerinde

¹⁹⁰ Donnelly, **a.g.e.**, s. 19, 22, 49; Uygun, **a.g.e.**, s. 13; Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s. 1; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 45; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 2.

¹⁹¹ Uygun, **a.g.e.**, s. 13-14.

¹⁹² Karş.: Jean-François Akandji-Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2008, s. 5.

sorumluluk devlet üzerinde olup insan hakları özellikle devlete karşı tanınmış hakları oluşturmaktadır¹⁹³.

Günümüzde negatif yükümlülüklerin sadece devlete yönelik bir yükümlülük olmadığı gözden uzak tutulmamakla birlikte, özel hayata esas itibariyle devlet organları tarafından müdahale edilmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkının doğurduğu yükümlülükler genel olarak devletin yükümlülükleri başlığı altında incelenmektedir.

3.4.2. Negatif Yükümlülükler

Geleneksel insan hakları anlayışı, Alman hukukçusu *George Jellinek*'e mal edilen klasik sınıflandırmadan¹⁹⁴ hareketle, insan haklarına dayalı olarak başka siyasal iktidar olmak üzere başkalarına yöneltilebilecek iddiaların niteliğinin esas itibariyle negatif olduğunu kabul etmektedir. 18. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan özgürlüğü insanın doğal hali ve devleti de özgürlüğün doğal düşmanı olarak gören geleneksel liberal anlayışa göre insan hakları, kural olarak kişiler lehine pozitif bir durumun tesisini talep hakkını sağlamayıp, kişiye devlet, toplum ve üçüncü kişilerce dokunulamayacak, güvenceli, özel, bağımsız bir hareket alanı sağlayarak, devlete, topluma ve üçüncü kişilere bu alana dokunmama ödevini, müdahalelerden kaçınma yükümlülüğünü yükleyen bireysel savunma hakları (koruyucu haklar) niteliğindedir¹⁹⁵. Dolayısıyla bu anlayışa göre devlet negatif statü haklarına her türlü müdahaleden kaçınmak zorundadır¹⁹⁶.

Negatif yükümlülükler, özel hayata müdahale etmekten kaçınmaya ve insan haklarına saygı göstermeye yönelik pasif yükümlülüktür. Bu çerçevede özel hayata saygı hakkı kişiye dokunulmazlık hakkı veren bir negatif statü hakkı, dolayısıyla hem devlete hem de bireylere negatif yükümlülük yükleyen bir hak olarak kabul

¹⁹³ Donnelly, *a.g.e.*, s. 82; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 49; Necmi Yüzbaşıoğlu, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, *İnsan Hakları*, Ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi, 2000, s. 397.

¹⁹⁴ Kapani, *a.g.e.*, s. 6-7; Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 468; Soysal, *a.g.e.*, s. 124; Gözler, *a.g.e.*, s. 204; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 47; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 30.

¹⁹⁵ Ruiz, *a.g.e.*, s. 5; Donnelly, *a.g.e.*, s. 42; Gözler, *a.g.e.*, s. 210-211; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 40 ve 42; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 19 ve 29-31.

¹⁹⁶ Ruiz, *a.g.e.*, s. 98; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 40.

edilmektedir¹⁹⁷. Özel hayata müdahale etmemek konusunda devlet kadar bireylerin de yükümlü olmasına hakkın *yatay etkisi* adı verilmektedir¹⁹⁸.

Özel hayata saygı hakkının sadece negatif yükümlülükler doğurduğu anlayışı esas itibarıyla, devletin kişi özgürlüklerine karışmamasını, kişi özgürlükleri karşısında pasif bir konumda kalmasını öngören, devletin minimal ve ‘gece bekçisi’ olması gerektiğini kabul eden klasik liberal anlayışa dayanır¹⁹⁹. Özel hayata saygı hakkının salt negatif statü hakkı olarak kabul edilmesi, bireylere bu hakkın korunmasına yönelik talep hakkı vermemektedir. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak özel hayata müdahale olanağının kolaylaşması, buna paralel olarak özel hayata yapılan müdahalelerin yoğunlaşması karşısında özel hayata saygı hakkının salt negatif statü hakkı olarak değerlendirilmesinin, bu hakkın kullanımı ve etkin bir şekilde korunmasının temini için yeterli olmadığını ortaya çıkarmıştır. Gerçekten günümüzde özel hayata saygı hakkının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak bireysel olanakları aşmakta ve ancak devlet olanaklarıyla mümkün olabilmektedir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının salt devlete karşı savunma hakkı niteliğinde olduğu anlayışı özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde terk edilmiş, özel hayata saygı hakkının etkin bir şekilde korunmasının, devletin negatif yükümlülüklerle ek olarak pozitif yükümlülüklerle yükümlü olmasını da bağlı olduğu kabul edilmeye başlanmıştır²⁰⁰.

3.4.3. Pozitif Yükümlülükler

İnsan haklarının genellikle negatif talep hakkı verdiğine yönelik geleneksel liberal insan hakları anlayışı zamanla değişmiştir. II. Dünya Savaşı döneminin tecrübeleri, demokrasinin ve insan haklarının korunması açısından devletin pasif kalamayacağı, anti demokratik eylemlere karşı demokrasinin ve insan haklarının korunması konusunda devletin etkin ve mücadeleci davranmakla görevli ve yükümlü

¹⁹⁷ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 5; Barış Bahçeci, “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2006, s. 518.

¹⁹⁸ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 23; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 482; Ruiz, **a.g.e.**, s. 2; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 49; Gözler, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 157.

¹⁹⁹ Donnelly, **a.g.e.**, s. 82.

²⁰⁰ Ruiz, **a.g.e.**, s. 2-5; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 516.

olduğu²⁰¹, insan haklarının siyasal meşruluğun ölçütü olduğu²⁰² anlayışını ortaya çıkarmıştır. Niteliğini kamusal otoritelerin müdahale etmemesi gereğinden alan negatif savunma hakları da, aslında kurumsallaşabilmesi, hak sahiplerinin bu hakları kullanıp yararlanabilmesi için devletin çeşitli biçimlerdeki olumlu müdahale ve katkısına gereksinim duyarlar²⁰³. Çağdaş insan hakları anlayışına göre, insan hakkı iddiası, bundan daha üstün hak başvurusunun bulunmaması ve aynı zamanda başka her yolun denenerek sonuçsuz kalması anlamında haklar alanındaki son çare niteliğindedir²⁰⁴. Bu bakımdan esas itibariyle insan haklarının tümü hakkın sağlanması için devletin sınırlanmasını, hakkın korunması için ise devletin pozitif faaliyetini gerektirdiğinden, her insan hakkı devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülük yüklemektedir²⁰⁵.

Bir hakkın ne oranda güçlü bir şekilde güvenceye alındığını belirlemekte öncelikli ölçü o hak için öngörülen güvence mekanizmaları ise de²⁰⁶, öngörülen güvence mekanizmaları da zaman zaman kâğıt üzerinde kalabilmektedir. Dolayısıyla günümüzde bir hakkın ne oranda güçlü bir şekilde güvenceye alındığını belirlemekte ölçünün esas itibariyle o hakkı korumaya yönelik olarak devletin yüklendiği pozitif edimler olduğu kabul edilmektedir²⁰⁷. Bir hakkın gerçek değeri, hakkın konusundan yararlanmanın tehlikede olması veya inkâr edilmesi durumunda, kişiye hak taleplerini ileri sürme özel yetkisini vermesinde yatar²⁰⁸. Gerçekten bir hakkın etkin bir şekilde korunmasına yönelik somut tedbirler alınmaksızın bir hakkın sadece tanınmış olması, o hakkı hukuki bir niyet ve iyi dilek olmaktan öteye götürememektedir²⁰⁹.

Pozitif statü hakları bireysel haklar konusunda bireylere haklarının korunması konusunda devlere karşı iki türlü pozitif talepte bulunma hakkı verir. Bu

²⁰¹ Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 105.

²⁰² Donnelly, **a.g.e.**, s. 25; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰³ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 468.

²⁰⁴ Donnelly, **a.g.e.**, s. 24; Uygun, **a.g.e.**, s. 15.

²⁰⁵ Ruiz, **a.g.e.**, s. 7; Donnelly, **a.g.e.**, s. 43; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 468; Uygun, **a.g.e.**, s. 33; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 517.

²⁰⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 483; Ruiz, **a.g.e.**, s. 2-3, 41.

²⁰⁷ Uygun, **a.g.e.**, s. 14.

²⁰⁸ Donnelly, **a.g.e.**, s. 21.

²⁰⁹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 41.

pozitif talep hakları, hakkın üçüncü kişilere karşı gerçek anlamda korunmasının güvence altına alınmasını talep hakkı ve liberal hakkın devlete karşı gerçek anlamda korunabilmesi için yeterli maddi ve usuli hukuki aygıtların oluşturmasını talep hakkıdır. Dolayısıyla devlet pozitif nitelikteki bir hakkın kullanılabilmesini sağlamak amacıyla alınması mümkün olan tüm tedbirleri almak zorundadır²¹⁰. Bu bakımdan pozitif yükümlülükler devletin insan haklarının olası ihlallerine karşı korunmasına, bu amaçla aktif edimlerde bulunmasına, müdahale teşkil eden eylemleri cezalandırmasına, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirler alınmasına yönelik koruyucu yükümlülüğü ile koruyucu yükümlülüğünün doğal devamı olan alınan tedbirleri etkin bir şekilde uygulamaya geçirme yükümlülüğüdür²¹¹. Özel hayata saygı hakkının doğurduğu negatif yükümlülükler sadece devlete yönelik değil iken, pozitif yükümlülükler sadece devlete yönelik bir yükümlülüktür. Bu duruma özel hayata saygı hakkının *dikey etkisi* adı verilmektedir²¹². Dikey etki, özel hayata saygı hakkının bireylere karşı korunmasının yanı sıra, bireyin doğaya ve çevreye karşı korunmasını da içermektedir²¹³.

Özel hayata saygı hakkının korunması ve gerçekleştirilmesi amacıyla pozitif yükümlülükler, negatif yükümlülüklerden bağımsız olmayıp negatif yükümlülüklerle birbirini tamamlamaktadır²¹⁴. Negatif yükümlülükler özel hayata saygı hakkına müdahale edilmesini yasaklayarak, pozitif yükümlülükler ise özel hayata saygı hakkının korunması için önlemler alınmasını sağlayarak özel hayata saygı hakkının korunmasını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

²¹⁰ A.e., s. 98.

²¹¹ Akandji-Kombe, a.g.e., s. 5.

²¹² Gemalmaz, a.g.e., s. 482.

²¹³ Kaboğlu, a.g.e., s. 173.

²¹⁴ Ruiz, a.g.e., s. 8.

3.5. Özel Hayata Saygı Hakkının Niteliği

3.5.1. Genel Olarak

Özel hayata saygı hakkı, birey için asgari dış müdahalelerle kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesinin²¹⁵, bireyin, başkaları tarafından kural olarak bilinemeyip ancak hak sahibinin izin verdiği ölçüde bilinebilen, kendisine ait hayat alanında harici bir müdahale olmaksızın serbestçe dilediği gibi hareket etmesinin²¹⁶ hukuki dayanağıdır. Bu hakkın bireye sağladığı olanaklar bakımından hem hukuksal hem de sosyal nitelikleri bulunmaktadır. Özel hayata saygı hakkının hukuksal niteliği, dış müdahalelere karşı bireye sağladığı güvenceleri temin ederek bireyi korumaktadır. Özel hayata saygı hakkının hukuksal olarak korunması bireyi hem kamu hukuku, hem de özel hukuk yoluyla sağlanmaktadır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının hukuki niteliği hem kamu hukukuyla hem de özel hukukla bağlantılı bir karaktere sahiptir.

Özel hayata saygı hakkının diğer bir yönü olan sosyal niteliği ise hukuksal niteliğinin ötesinde, bireyin toplumsal hayata katılımının güvencelerini temin ederek bireyle beraber toplumsal hayatı korumaktadır. Günümüzde toplumsal hayatın temelinde yer alan unsurun birey olduğu, toplumsal hayatın korunmasının yolunun bireyin korunmasından geçtiği kabul edilmektedir. Bu itibarla özel hayata saygı hakkının hukuksal niteliği, sosyal niteliğiyle bir arada ele alınmaktadır.

3.5.2. Hukuksal Niteliği

3.5.2.1. Özel Hukukta

Özel hayata saygı hakkının özel hukukla bağlantısı, yukarıda açıklandığı üzere kişilik hakkıyla ilişkisinden, kişilik hakkının da özel hukuk tarafından korunan bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Özel hayata saygı hakkı özel hukuk açısından bir kişilik hakkıdır. Kişilik hakkıyla bireyin yalnızlığına, sırlarına ve özel hayatına yönelik müdahaleler önlenerek, bireyin manevi bütünlüğü korunmaktadır. Bireyin topluma yanlış tanıtılarak şöhreti ve itibarının zedelenmesi, utanç duymasına

²¹⁵ Danışman, **a.g.e.**, s. 7.

²¹⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 1.

yol açan durumlar ortaya çıkarılarak şeref ve haysiyetinin zedelenmesi, adından veya resminden yararlanılarak maddi çıkar sağlanması önlenmektedir.²¹⁷

TMK'nun kişiliğin korunmasıyla ilgili 23. maddesinin 1. fıkrasında kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, 2. fıkrasında kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmayacağı; 24. maddesinin 1. fıkrasında ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan bir kimsenin hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği öngörülmüştür. Bu bakımdan kişilik, insanın insan olmasından dolayı kendisinden ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu hakları içermektedir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı, özel hukuk açısından *mutlak hak* niteliğindedir²¹⁸.

Mutlak haklar, hak ehliyeti bulunan herkesin sahip olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen, malvarlığı değerlerinden olmadığı için değeri parayla ölçülemeyen, şahıs varlığına ilişkin olan, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan, şahsın daha çok manevi yönünü ilgilendiren, devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün olmayan, mirasçıya geçmeyen kişilik haklarından oluşmaktadır²¹⁹. Kişilik hakkının belirleyici özelliği, kişinin, kişiliğini teşkil eden unsurların her biri yönünden kişiliğine müdahale edilmemesini istemek konusunda kişilik hakkı sayesinde yetkiye ve mutlak hakka sahip olmasıdır²²⁰.

3.5.2.2. Kamu Hukukunda

Kamu hukukumuzda özel hayatın gizliliği ve korunması, 1961 ve 1982 Anayasasının “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı kısmında “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlığı altında düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlıklı 12. maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu

²¹⁷ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 8.

²¹⁸ Oğuzman, Seliçi, **a.g.e.**, s. 81 ve 82.; Özek, **a.g.e.**, s. 231 ve 244; Şen, **a.g.e.**, s. 9 ve 10; Helvacı, **a.g.e.**, s. 46; Özel, **a.g.e.**, s. 29; Danışman, **a.g.e.**, s. 18.

²¹⁹ M. Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, 7. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 89; Özek, **a.g.e.**, s. 231; Şen, **a.g.e.**, s. 9; Danışman, **a.g.e.**, s. 18-19; Helvacı, **a.g.e.**, s. 46.

²²⁰ Oğuzman, Seliçi, **a.g.e.**, s. 81 ve 82.; Özek, **a.g.e.**, s. 231; Helvacı, **a.g.e.**, s. 46; Özel, **a.g.e.**, s. 29.

vurgulanmış, 11. maddesinde ise, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel bir hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir.

Temel haklar, ilk defa devrim öncesi Fransasında 18. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan, o tarihten sonra özellikle Almanya’da olmak üzere anayasa hukukunda geniş bir kullanım alanına sahip olan, insan haklarının devlet tarafından pozitif hukukla, özellikle Anayasayla güvence altına alınmış kısmını oluşturmaktadır²²¹. Dolayısıyla temel haklar, maddi anlamda insan hakkı, şekli anlamda ise Anayasal hak niteliğindedir. Temel haklar anayasal güvenceye bağlanarak bir yandan devletin üç erki yönünden de doğrudan bağlayıcı niteliğe kavuşturulmuş, diğer yandan da olası ihlallerine karşı etkili yargısal korunma sağlanmıştır²²².

Kişî hak ve özgürlükleri kavramı ise, 1789 Fransız Devriminin ürünü olan, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde en özlü ifadesini bulan ve 18. yüzyıl bireyci insan hakları doktrinin ürünü olan klasik hakları, dolayısıyla çağdaş insan hakları anlayışının yalnızca kişiye dokunulmaz alan sağlayan kesimini ifade etmek için kullanılmaktadır²²³.

Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı, kamu hukuku açısından kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak niteliğindedir²²⁴.

3.5.2.3. Doktrinde

Genel olarak insan hakları, belli bir tarihsel evrede insanların insan olarak var olmaları dolayısıyla sahip olmaları gerekli görülen vazgeçilmez hak ve

²²¹ Ruiz, *a.g.e.*, s. 3-4; Kapani, *a.g.e.*, s. 14; Tanör, Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 117; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 45-46; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 208; Uygun, *a.g.e.*, s. 16; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 2. Ayrıca bkz.: Donnelly, *a.g.e.*, s. 47 vd.

²²² Ruiz, *a.g.e.*, s. 4. Temel hak kavramı Birleşik Devletlerde Kıta Avrupası hukukuna göre farklı bir anlama sahip olup, sivil ve siyasal kurumların temelinde yatan özgürlük ve adaletin temel ilkelerini içeren hakları ifade etmektedir. Federal Yüksek Mahkeme bir hakkın temel hak olarak değerlendirilmesi için Haklar Bildirisi’nde belirtilen haklardan olmasını gerekli ve zorunlu görmemektedir. Dolayısıyla temel hak kavramı Amerika Birleşik Devletlerinde maddi bakımdan ele alınmaktadır. Bkz.: A.e. 15.12.1791 tarihli “Haklar Bildirisi” için ise bkz.: Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 65-66.

²²³ Gözler, *a.g.e.*, s. 207; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 45.

²²⁴ Özek, *a.g.e.*, s. 231; Şen, *a.g.e.*, s. 1 ve 9.

özgürlükleri ifade eder²²⁵. Bu bakımdan insan hakları, insanın ahlaki olarak en üstün değer olmasından kaynaklanan ve bütün insanların hiçbir ayırım gözetilmeksizin yalnızca insan oluşlarından dolayı, insanlık onuru gereği sahip oldukları hakların bütününe kapsayan bir terim, bu niteliği itibarıyla de gerçekleştirilmiş bir hukuki durumdan çok varılmak istenen bir amaç ve idealdir²²⁶. Bu sebeple insan hakları pozitif hukukun öngördüğü hukuki durumun üstünde ve ötesinde bir anlam taşır²²⁷.

İnsan hakları tarihsel gelişimine göre Fransız hukukçusu *Karel Vasak* tarafından üç kuşak halinde sınıflandırılmış, kişi hakları ve siyasal haklar *birinci kuşak*; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar *ikinci kuşak*; dayanışma hakları ise *üçüncü kuşak* haklar olarak gösterilmiştir²²⁸.

Birinci kuşak haklar, büyük ölçüde aristokrasi ve burjuvazi arasındaki çatışma sonucunda özgürlük ve eşitlik kavramlarının ortaya çıkmasıyla doğan, özellikle bireyin iktidar ve diğer bireyler karşında güvenliğini ve özerkliğini sağlayan hakları içeren, tarihsel süreç içerisinde en erken ortaya çıkan insan haklarından oluşmaktadır²²⁹. Bu haklar, 17. yüzyıl İngiliz, 18. yüzyıl Fransız ve Amerikan devrimlerinin etkisiyle ortaya çıkan, 1776 yılında ilan edilen Amerikan *Virginia Haklar Bildirisi* ile 1789 yılında ilan edilen Fransız *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*’nden evrilerek gelişen, devlete karşı bireyin temel hak ve özgürlüklerini belirleyerek siyasal meşruluğun egemen ilkelerini değiştiren, bireye siyasal otoritenin dokunamayacağı temel bir özgürlük alanı sağlayan, kişinin kendisini geliştirmesini

²²⁵ Donnelly, **a.g.e.**, s. 29; Uygun, **a.g.e.**, s. 16; Soysal, **a.g.e.**, s. 83 ve 190; Kapani, **a.g.e.**, s. 14; Tanilli, **a.g.e.**, s. 158; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 9.

²²⁶ Donnelly, **a.g.e.**, s. 24 ve 29; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 494-495; Uygun, **a.g.e.**, s. 13-14; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 31; Soysal, **a.g.e.**, s. 83 ve 190; İoanna Kuçuradi, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Yay. Haz. İoanna Kuçuradi, 3. bs., Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2009, s. 73 vd.; Kapani, **a.g.e.**, s. 14; Gözler, **a.g.e.**, s. 123 ve 206; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 44; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 1.

²²⁷ Uygun, **a.g.e.**, s. 26; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 1.

²²⁸ Donnelly, **a.g.e.**, s. 153; Uygun, **a.g.e.**, s. 21; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 45-46; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 43; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 18.

²²⁹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 41; Uygun, **a.g.e.**, s. 21-22; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 45-46; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 43; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 211-212; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 16.

içeren haklardır. Bu haklar 17. ve 18. yüzyılda doğan *tabii hukuk* akımı ve *bireycilik doktrininin* de teorik temellerini oluşturmuşlardır.²³⁰

İnsan haklarının diğer bir sınıflandırması ise Alman hukukçusu *George Jellinek* tarafından yapılmış geleneksel bir sınıflandırma olup, insan haklarının *negatif-pasif statü hakları* (koruyucu haklar), *pozitif statü hakları* (isteme hakları) ve *aktif statü-katılma hakları* (siyasi haklar) olarak üçe ayrılmasına dayanmaktadır²³¹.

Negatif statü hakları, kişiye devlet, toplum ve üçüncü kişilerce dokunulamayacak, güvenceli, özel bağımsız bir hareket alanı sağlayarak, devlete, topluma ve üçüncü kişilere bu alana dokunmama ödevini yükleyen haklardan oluşmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu haklar, devlet ve toplum müdahalesine karşı güvence altına alınması ve siyasal iktidar ve toplum karşısında korunması gereken hakları ifade etmektedir. Geleneksel bireysel haklardan oluşan birinci kuşak haklar, esas itibariyle koruyucu haklar olarak da ifade edilen negatif statü hakları özelliği göstermektedir.²³²

Pozitif statü hakları ise, devletten olumlu bir davranışta bulunmasını talep etme yetkisini kişiye veren, devlete de olumlu müdahalede, edimde bulunma yükümlülüğü yükleyen haklardan oluşmaktadır. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan oluşan ikinci kuşak haklar, esas itibariyle pozitif statü haklarına tekabül etmektedir.²³³ İnsan haklarının geleneksel bu sınıflandırmasını Anayasamız da benimsemiş, temel hak ve ödevlere ilişkin ikinci kısmının ikinci bölümünde kişinin hak ve ödevlerini (negatif statü haklarını), üçüncü bölümünde sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri (pozitif statü haklarını), dördüncü bölümünde ise siyasi haklar ve ödevleri (katılma haklarını) düzenlemiştir.

²³⁰ Donnelly, *a.g.e.*, s. 38; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 41-42; Uygun, *a.g.e.*, s. 22; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 212; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 43; Gözler, *a.g.e.*, s. 207; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 18 ve 20.

²³¹ Kapani, *a.g.e.*, s. 6-7; Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 467-468; Gözler, *a.g.e.*, s. 210; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 42-43; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 47; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 30.

²³² Donnelly, *a.g.e.*, s. 42; Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 467; Gözler, *a.g.e.*, s. 210-211; Sabuncu, *a.g.e.*, s. 47; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 19 ve 29-31.

²³³ Donnelly, *a.g.e.*, s. 42; Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 468; Gözler, *a.g.e.*, s. 211; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 21, 30, 32.

Özel hayata saygı hakkı doktrinde esas itibariyle, tarihsel sınıflandırmaya göre birinci kuşak hak²³⁴, geleneksel sınıflandırmaya göre ise negatif statü hakkı²³⁵ niteliğinde kabul edilmektedir. Bununla birlikte, genel olarak insan hakları birbiriyle ilişkili, her biri insan onurunun farklı bir yönünü temsil eden, birbirini tamamlayan ve her biri bir bütünün bileşeni niteliğinde olan münferit haklardan oluşmaktadır²³⁶. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkı birinci kuşak haklardan kabul edilmekte ise de, hem ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yer aldığı ikinci kuşak haklarla, hem de dayanışma haklarının yer aldığı üçüncü kuşak haklarla bağlantısı bulunan bir hak niteliğindedir. Diğer taraftan, özel hayata saygı hakkı günümüzde geleneksel negatif statü hakkı olma niteliğinin ötesine geçerek, hem pozitif statü hakkı hem de katılma hakkı kimliğini kazanmıştır. Bu sayede günümüzde, özellikle AİHM uygulamalarında olmak üzere özel hayata saygı hakkı, özel hayatın gizliliğini sağlamaya yönelik geleneksel devlete karşı koruyucu savunma hakkı olmaktan öte, hem özel hayatın dokunulmazlığının sağlanmasına yönelik pozitif statü hakkı olarak²³⁷, hem de bireyin demokratik siyasal sisteme özgür bir birey olarak katılmasının maddi temelini oluşturan katılma hakkı²³⁸ olarak görülmektedir.

3.5.3. Sosyal Niteliği

İnsan haklarının güvence altına alınması insanlık tarihinin en eski mücadelelerinden birisidir. İnsan hakları, gerek insan aklının ürettiği bir düşünce, gerekse özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında kurumsallaşması ile tarihsel gelişmenin belli bir aşamasında hak ve özgürlük mücadelesinin bir ürünü olarak ortaya çıkan, devlet iktidarının sınırlandırılmasına yol açan insanlığın siyasal iktidara yönelik en güçlü, en yaygın ve en etkili taleplerini oluşturur²³⁹. İnsan hakları tarihsel süreç içerisinde insan hakları kazanımlarının birikimi üzerinde temellenerek

²³⁴ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 19.

²³⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 212; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 31.

²³⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 537; Sabuncu, **a.g.e.**, 48.

²³⁷ AİHM 23.07.1968 tarihli *Belçika'da Eğitim Dili Davası* kararıyla özel hayata saygı hakkını pozitif statü hakkı olarak yorumlamaya başlamış ve bu yorumunu esas itibariyle 11.07.1979 tarihli *Marckx-Belçika Davası*, 09.10.1979 tarihli *Airey-İrlanda Davası* ve 06.11.1980 tarihli *Van Oosterwijck-Belçika Davası* kararlarıyla yeni unsurlar ekleyerek geliştirmiştir.

²³⁸ Ruiz, **a.g.e.**, s. 9-10.

²³⁹ Uygun, **a.g.e.**, s. 13; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 481-482; Ruiz, **a.g.e.**, s. 44.

kurumsallaşmış bir sistem haline geldiğinden dinamik bir içeriğe sahiptir²⁴⁰. Özel hayata saygı hakkı da bir insan hakkı olarak benzer özelliklere sahiptir. Özel hayata saygı hakkı hukuksal olarak ortaya çıktığı 18. yüzyılın sonlarında klasik liberalizmin geleneksel yaklaşımına göre devlete karşı bireysel savunma hakkı veren salt bireysel bir hak niteliğindeyken²⁴¹, zamanla ortaya çıkan sosyal ve teknik değişimlere, modern devletin insan haklarına karşı tutumuna bağlı olarak bireylerin kendilerine bırakılan özel alanlarda devlet müdahalesinden bağımsız bırakılmalarıyla kendi kendilerine gelişebilmelerinin mümkün olmadığının anlaşılmasıyla birlikte yapısal dönüşüme uğramış²⁴², çağdaş demokrasilerdeki yeri açısından ele alınmaya başlanmıştır.

Özel hayata saygı hakkı klasik liberal anlayışa göre tamamen bireysel yararları koruyan bireysel bir haktır. Gerçekten özel hayata saygı hakkı öncelikle bireyin serbestçe davranabilme özgürlüğünü koruyan bireysel bir hak niteliğindedir. Birey özel hayata saygı hakkı sayesinde sahip olduğu kişiliğini ancak başkalarının ve devletin müdahalesinden uzak bir şekilde serbestçe geliştirmesine olanak sağlayan gizli bir alanının bulunması halinde ve kişisel bilgileri üzerinde hâkimiyet sağlayabildiği ölçüde özgürce davranabilme olanağına kavuşur²⁴³. Dolayısıyla bireyin kendisine ait gizli bir alanının bulunmaması halinde kendisine ait bilgilerin açıklanıp kendisine karşı kullanılacağı endişesine düşmesi mümkündür²⁴⁴. Bu sebeple özel hayata saygı hakkı bireye sağladığı koruma ile bir yandan da bireyin kamusal ilişkilere girmesine olanak sağlayan objektif ve sübjektif şartları oluşturmaktadır. Özel hayata saygı hakkının üstlendiği bu işlev sebebiyle günümüzde özel hayata saygı hakkı artık bireyin kamusal hayata ve demokrasinin işleyişine özgürce katılımına ve diğer temel haklarını özgürce kullanabilmesine olanak

²⁴⁰ Ruiz, **a.g.e.**, s. 1; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 457-458 ve 481-482.

²⁴¹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 5; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 516.

²⁴² Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 483; Ruiz, **a.g.e.**, s. 2; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 303; Donnelly, **a.g.e.**, s. 35; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 517.

²⁴³ Ruiz, **a.g.e.**, s. 52-53. Özel hayata saygı hakkının kişinin anonim kalmaya, kendisi hakkındaki bilgileri devletin ne kadar bildiğini ve nasıl kullandığını öğrenebilmeyi ve kişisel bilgilerinin devlet tarafından ne kadar ve nasıl bilinebileceğini belirlemeyi sağlayan *kişisel bilgilerin kaderini-akıbetini tayin hakkı* ile, bu hakkın siyasal karar alma sürecine katılım özgürlüğü ve demokratik işleyişle ilişkilendirilmesine ilişkin Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1983 yılında verdiği *Census Kararı* olarak adlandırılan kararıyla başlayan içtihatları için bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 52-53; Erdem, **a.g.e.**, s. 121-124.

²⁴⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 52.

sağlayan²⁴⁵, anayasal demokrasinin varlık koşullarından birisi olan²⁴⁶ *sosyal ve siyasal katılma hakkı* niteliğine sahip bir hak olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple günümüzde özel hayata saygı hakkı bireysel bir hak olmanın ötesine geçmiş, bireylerin kamusal karar alma sürecine özgürce katılımına dayanan çağdaş demokrasinin korunması için özel hayata saygı hakkının korunması zorunluluk halini almıştır²⁴⁷.

Günümüzde özel hayata saygı hakkı bireyin kamusal hayata hem sivil hem de siyasal olarak özgürce katılımına, diğer sivil ve siyasal temel haklarını özgürce kullanabilmesine olanak sağlayan bir hak olarak katılımcı ve çoğulcu anayasal demokratik devletin temellerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Siyasal katılım, sosyal ve ekonomik ilişkilerle birlikte toplumsal ilişkilere katılmanın, toplumun parçası olmanın unsurlarından birisidir. Siyasal katılım hakkı açısından bakıldığında özel hayat kavramının bir yönünü de siyasal mahremiyet oluşturmaktadır.²⁴⁸

Özel hayata saygı hakkının demokrasi için taşıdığı önem kendisi ile yarışan diğer yararlarla dengelenmesi meselesinde, özel hayata saygı hakkına ağırlık verilmesine, buna koşut olarak kapsamının geniş, sınırlarının dar yorumlanmasına yol açmaktadır²⁴⁹. Sonuç olarak günümüzde özel hayata saygı hakkının, kamusal faaliyetlere katılması ve temel haklarını serbestçe kullanması için her bireyin ihtiyaç duyduğu özerkliği güvence altına aldığı söylenebilir²⁵⁰. Bu açıdan özel hayata saygı hakkının yok edilmesini, esasen katılımcı çoğulcu demokrasinin yok edilmesi olarak görmek mümkündür. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının etkin bir şekilde korunmadığı toplumların demokratik olduğunu ileri sürmek de mümkün olmasa gerektir.

²⁴⁵ A.e., s. 9-10.

²⁴⁶ A.e., s. 9.

²⁴⁷ A.e., s. 55.

²⁴⁸ A.e., s. 54.

²⁴⁹ A.e., s. 9.

²⁵⁰ A.e., s. 12.

3.6. Kavram Sorunu

Özel hayata saygı hakkını ifade etmek için doktrinde “*özel yaşam özgürlüğü*”²⁵¹, “*bireysel hayatın korunması*”²⁵², “*özel hayatın korunması*”²⁵³, “*özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı*”²⁵⁴, “*özel ve aile yaşamına saygı hakkı*”²⁵⁵, “*özel ve aile yaşamına, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesini isteme hakkı*”²⁵⁶, “*özel hayatın gizliliğinin korunması*”²⁵⁷, “*özel hayatın gizliliği hakkı*”²⁵⁸, “*özel yaşamın gizliliği hakkı*”²⁵⁹ gibi kavramlar kullanılmaktadır.

İHEB ve KSHİUS “*mahremiyet hakkı*” kavramını, AIHS “*özel ve aile yaşamına saygı hakkı*” kavramını kullanmaktadır.

1982 Anayasası ise, ikinci kısmın ikinci bölümünün dördüncü başlığında “*özel hayatın gizliliği ve korunması*” kavramını, 20. madde başlığında “*özel hayatın gizliliği*” kavramını kullanmaktadır.

Sonuç olarak farklı sözcükler kullanmak suretiyle oluşturulmuş bu kavramların her birinin aynı hakkı ifade ettiği söylenebilir. Bununla birlikte bu kavramlarının her birinin ilk etapta çağrışım yaptığı hususlar ortak değildir. Bu kavramların kimisi hakkının kişiselliğini, kimisi gizliliğini, kimisi ise korunmasını ön plana çıkarmaktadır.

Daha önce de belirtildiği üzere özel hayatın unsurlarının tahdidi olarak sayılması mümkün olmadığından, ‘özel hayat’ kavramı, bireyin özel hayatını genel olarak kapsayan, kapsadığı değerleri bir arada genel olarak ifade eden, dolayısıyla konusu olduğu hakkı genel olarak ifade etme yeteneği bulunan üst ve çerçeve bir kavram niteliğindedir. Bu hakkın ana eksenini özel hayat oluşturduğundan bu hakkın ifade edilmesinde özel hayat kavramının tercih edilmesinin daha uygun olacağı

²⁵¹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 291.

²⁵² Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵³ Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 152.

²⁵⁴ Ersan Şen, “Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku”, **İÜSBFD**, Y. 3, S. 3-4-5, İstanbul, 1993, s. 141; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

²⁵⁵ Doğru, **a.g.e.**, s. 264.

²⁵⁶ Sefa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 87.

²⁵⁷ Özek, **a.g.e.**, s. 259.

²⁵⁸ Donnelly, **a.g.e.**, s. 80.

²⁵⁹ Araslı, **a.g.e.**, s. 6; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 2.

düşüncesindeyiz. Bu bakımdan özel hayatın unsurlarının birbirine hiyerarşik üstünlüğü bulunmadığından diğer unsurlara yer verilmeyip sadece aile hayatının özel hayatın yanı sıra kavrama dahil edilmesine de gerek yoktur.

Diğer taraftan özel hayata saygı hakkının esasını bireysel özerklik, bireysel yarar ve bireysel güvenlik oluşturduğundan, gizlilik boyutu özel hayata saygı hakkının sadece bireysel güvenlik yönünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hak mahremiyet hakkından daha geniş ve bireylerin irade özgürlüğünü, kişiliğini oluşturmalarını ve geliştirmelerini sağlayan bir alanı da içerdiğinden gizlilik terimi de hakkın içeriğini yeterince ifade edememektedir.

Bu bakımdan biz, hakkın esasını oluşturan bireysel özerklik, bireysel yarar ve bireysel güvenliği bütünüyle bünyesinde barındırarak özel hayatın tüm öğelerini kuşatan; mahremiyeti, hakkın gizlilik, bireysel huzur ve sosyal boyutunu bir arada belirtme özelliği bulunan terimlerle bu hakkın ifade edilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla AİHS'nin 8. maddesinin kenar başlığında kullanılan ifadeden de hareketle bize göre “*özel hayata saygı hakkı*” kavramı bu hakkı en uygun şekilde ifade eden kavram olmaktadır. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesi özel hayata gizlilik noktasından ziyade, özel hayat alanlarına *saygı gösterilmesi* noktasından yaklaşmaktadır. Bu bakımdan özel hayat alanlarına saygı gösterilmesini isteyebilme hakkına sahip olmak, bireyin hayat alanlarının başkaları için gizli ve dokunulmaz olduğu anlamını da bünyesinde barındırır. Dolayısıyla tezimizde bu hakkı ifade etmek için özel hayata saygı hakkı kavramı kullanılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUNMASI

1. Özel Hayata Saygı Hakkının Hukuksal Dayanağı

1.1. Genel Olarak AİHS'nin 8. Maddesi

Özel hayata saygı hakkı AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'nin 8. maddesi şöyledir:

“Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı”

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

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar dışında, hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.”¹

¹ Çeviri için bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 41. Aynı yazarın başka bir çevirisi de şöyledir: “1. Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır.” Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2000, s. 178. Hüküm başka bir yazar tarafından ise şu şekilde çevrilmiştir: “1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç 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.” Doğru, **a.g.e.**, s. 264. Hükümün resmi İngilizce metni şudur: “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.” İngilizce metin için bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 304.

Sözleşme özel hayata saygı hakkını iki aşamada düzenleyerek 1. fıkrasında özel hayata saygı hakkının norm (kapsama) alanına, 2. fıkrasında ise koruma alanına yer vermiştir.

AIHS'nin 8. maddesi diğer hükümlerine göre benzersiz bir biçimde kaleme alınmıştır. Gerçekten Sözleşmenin 9. maddesi '**the right to freedom of thought, conscience and religion**', 10. maddesi '**the right to freedom of expression**', 11. maddesi '**the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association**' ifadesini kullanarak özgürlükten söz ederken, 8. maddenin 1. fıkrası '**right to respect for**' şeklinde saygı göstermeyi, müdahaleden kaçınmayı esas alan, doğrudan korumaya yönelik iradeyi içermeyen bir ifadeyi tercih etmektedir. Esas itibarıyla saygı göstermek fiili hukuki bir kavram olmaktan çok kişilerin tutumlarını ifade etmeye yönelik bir ifade biçimidir². Dolayısıyla 8. maddede tercih edilen bu ifade biçimi, ilk etapta taraf devletlere özel hayata saygı hakkını düzenleme konusunda geniş bir hareket alanı sağlama amacı güdüldüğü izlenimini vermektedir. Ancak 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen temel husus "*Bu hakkın kullanılmasına... hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır*" şeklinde ifade edilen emredici yasaktır³. Dolayısıyla 8. maddede esas itibarıyla özel hayata saygı hakkının kullanılmasına kamu makamları ve üçüncü kişiler tarafından hiçbir müdahalede bulunulamayacağına ilişkin kurala yer verilmektedir.

1.2. AIHS'nin 8. Maddesinin Özellikleri

1.2.1. Sağladığı Güvencenin İkincilliği

AIHS sisteminde, insan haklarının iç hukukta korunması asıl olup⁴, AIHM tarafından yapılan yargılama ulusal yargı ve yasama organlarının yerine geçmemekte, ancak ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarının tasarruflarının Sözleşmeye uygunluğunun denetlenmesi ve eksikliklerinin giderilmesi işlevini görmektedir⁵. Sözleşmenin kurduğu sistem, Sözleşmenin taraf devletlerde Sözleşme

² Ruiz, **a.g.e.**, s. 101.

³ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 44.

⁴ AIHS'nin 13. maddesi ile karşılaştırıldığında, **a.g.e.**, s. 43.

⁵ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 6; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 55.

organlarının içtihadı temelinde uygulanmasını amaçlamaktadır⁶. Bu sebeple Sözleşmenin öngördüğü güvenceden yararlanabilmek için bazı ayrıksı durumlar hariç olmak üzere iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir⁷. Dolayısıyla Sözleşme ile öngörülen koruma ilk ve esas itibariyle taraf devletlerin sorumluluğunda olup, Mahkeme tarafından sağlanan koruma ikincil, tamamlayıcı bir koruma niteliğindedir⁸. Bu duruma *korumanın ikincilliği ilkesi* adı verilmektedir. Bu bakımdan AİHM bireysel başvurularda taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının tasarruflarının iç hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olmayıp, AİHM'nin görevi kişilerin Sözleşme ile güvence altına alınmış bir hakkının kamu otoritelerinin tasarruflarıyla ihlal edilmesi durumunda, Sözleşme kurallarının ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesinden ibarettir⁹.

Nitekim başta *Belçika'da Eğitim Dili Davası*¹⁰ ve *Handyside-Birleşik Krallık Davası*¹¹ kararlarında olmak üzere AİHM, Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına oranla ikincil-yedek nitelikte olduğuna, Sözleşmenin kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma ve doğrudan demokratik düzenlemeleri yapma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete

⁶ Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 2. bs., Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003, s. 36.

⁷ AİHS'nin 35. maddesinin 1. fıkrası: “Mahkeme bir meseleyi ancak, uluslararası hukukun genel olarak tanınan kuralları uyarınca bütün iç hukuk yolları tükettikten sonra... ele alabilir” Bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 50.

⁸ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 163.

⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 15; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 115, 185. İç hukuk kuralının Sözleşmeye uygunluğu esas itibariyle devlet başvurusu yoluyla incelenebilir. Bununla beraber iç hukukun ve iç hukukta açıkça ya da zımnen öngörülmüş ilkelerin Sözleşmeye uygun olması gerekir. Diğer yandan bireysel başvurularda Sözleşmenin iç hukuka doğrudan atıf yaptığı hallerde de Mahkeme, yapılan uygulamanın iç hukuka uygunluğunu ve iç hukuk kuralının da Sözleşmeye uygunluğunu inceleyebilir ve denetleyebilir. Diğer bir ifadeyle ihlalin, yapılan somut uygulamanın iç hukuka aykırılığından veya soyut iç hukuk normunun Sözleşmeye aykırılığından kaynaklandığını tespit edebilir. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ‘yasayla öngörülme’ koşulu da Sözleşmenin iç hukuka doğrudan atıf yaptığı hallerdendir. Bu sebeple Mahkemenin, hem özel hayata yapılan müdahalenin ve bu müdahaleye ilişkin ulusal yargı kararının iç hukuk normuna uygunluğunu, hem de iç hukuk normunun Sözleşmeye uygunluğunu inceleyebilmesi mümkündür. Kamu otoritelerince özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin iç hukuk kuralına aykırılığı başlı başına Sözleşmenin ihlali niteliğindedir. Bu konuda bkz.: Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 260-261; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 126-128 ve 143-144; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 239; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁰ *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 10.

¹¹ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48.

bıraktığına işaret etmiştir¹². Mahkeme, olguları saptamak ve yerel ihtiyaçlarla şartları değerlendirmek konusunda ulusal makamların uluslararası bir mahkemeye oranla kural olarak daha elverişli olanaklara sahip olduklarını; Sözleşme organlarının ulusal makamların yerine getirdikleri göreve katkıda bulunduklarını; sadece çekişmeli dava yoluyla ve 26. maddeye göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra işe karıştıklarını belirtmektedir¹³. Gerçekten uluslararası insan haklarını gerçekleştirmek büyük ölçüde ulusal faaliyet işi olup, evrensel insan haklarının gerçekleştirilmesinde spesifik ulusal faaliyet merkezi öneme sahiptir.¹⁴

Sözleşmenin ve dolayısıyla AİHM'nin sağladığı güvencenin ikincilliği ilkesi nedeniyle, yargı yerleri ülkemizde de özel hayatın korunmasının ilk ve en önemli basamağı niteliğinde olup, özel hayata saygı hakkının korunmasında hayati bir işleve sahip bulunmaktadır¹⁵. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının korunması konusunda AİHM'nin geliştirdiği standartların ülkemizde hayata geçirilmesi ve özel hayata saygının etkinlik kazanmasında ülkemiz yargı yerlerine hayati görevler düşmektedir.

1.2.2. İç Hukukta Doğrudan Uygulanabilme

AİHS'nin diğer uluslararası sözleşmelerden ayrıldığı temel noktalardan birisi Sözleşmenin iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasıdır¹⁶. Sözleşme, taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanma niteliğine sahip bulunan, dolayısıyla mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilecek kurallardan oluşmaktadır¹⁷.

Başlangıç metninde belirtildiği üzere AİHS, *Avrupa kamu düzeninin* müstereken gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak hazırlanmış bir sözleşme olduğundan, öze ilişkin maddi hükümleri bakımından anayasal değerde, yasa metni

¹² *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48; *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49.

¹³ *Orhan-Türkiye Davası*, 06.11.2002, § 265; *Hatton ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.2003, § 97; *İkincisoy-Türkiye Davası*, 15.12.2004, § 60; *Isayeva-Rusya Davası*, 06.07.2005, § 178.

¹⁴ Donnelly, **a.g.e.**, s. 15; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 245.

¹⁵ Macovei, **a.g.e.**, s. 37; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 115, 185.

¹⁶ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, **a.g.e.**, s. 369; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 22; Şen, **Özel Hayatın Gizliliği**, s. 77; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 16; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116.

şekil ve üslubu ile kaleme alınmış hukuk yapıcı yasa sözleşme niteliğindedir¹⁸. Bu sebeple taraf devletlerin tabi oldukları hukuk sistemi ne olursa olsun Sözleşme doğrudan uygulanabilme güç ve özelliğine sahiptir. Dolayısıyla AİHS'nin diğer uluslararası sözleşmelerde bulunmayan bu kendine has özelliği, bir yönüyle de Sözleşmenin iç hukuk normları hiyerarşisindeki yerine ilişkin görüş ve tartışmaları teorik ve akademik hale getirmektedir¹⁹.

Taraf devletler bütün organlarıyla Sözleşmeye bağlı kalacaklarını taahhüt etmiş olduklarından, Sözleşme hükümlerinin taraf devlet organları tarafından ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde taraf devlet için bağlayıcı yaptırım uygulanması kaçınılmaz olmaktadır²⁰. AİHM'nin hakların korunması konusunda nihai karar organı ve aldığı kararların taraf devletler için uyulması zorunlu yaptırım kararları olması sebebiyle, Sözleşmenin taraf devletlerin Anayasaları dâhil iç hukukunu etkilemesi olanaklı hale gelmekte, Sözleşmeye aykırı iç hukuk normlarının Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi ise zorunlu olmaktadır²¹.

Nitekim 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla Anayasamızda yapılan değişiklikler ve 04.12.2004 tarihli 5271 sayılı CMK'nun kabulü AİHS'nin iç hukukumuzu etkilemesinin somut göstergelerindendir. Özellikle iç hukukumuzda hukuksal dayanağı bulunmayan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin 4422 sayılı ÇASÖMK'nun 2. maddesi ve CMK'nun 135. maddesiyle özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına iç hukukta yasayla öngörülmüş bir müdahale haline getirilmesinde *Ağaoğlu-Türkiye* Davasının etkisi²² de yadsınamaz.

¹⁸ *Wemhoff-Almanya* Davası, 27.06.1968, § 53. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, 73; Gölcüklü, Gözübüyük, s. 15 ve 45; Kalabalık, s. 116.

¹⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 45; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 237-238

²⁰ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 22; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 113; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116.

²¹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 15 ve 45; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 113; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116.

²² *Ağaoğlu-Türkiye* Davası, 06.03.2006, § 51-55.

1.3. AİHS'nin 8. Maddesinin Uygulama İlkeleri

1.3.1. Yorum İlkeleri

1.3.1.1. Genel Olarak

Soyut bir hukuk kuralının somut olaya uygulanması yorumu gerektirir. Yorum, bir hukuksal işlemin anlamını, kapsamını ve içeriğini ortaya çıkarmak ve çelişkili gibi görünen noktalarını aydınlığa kavuşturmak için başvurulmuş düşünsel çalışmayı ifade eder²³. Uluslararası hukukta bir sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin kural Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesinin 1. fıkrasında²⁴ düzenlenmiştir. AİHM tarafından da zaman zaman AİHS'nin yorumlanmasında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir²⁵.

Çok kısa ve özet hükümler niteliğinde olmaları²⁶, birbirinden farklı geleneklere ve hukuk sistemlerine sahip ülkelere aynı şekilde uygulanmak durumunda olmaları, iki dilde yazılmış olmaları gibi çeşitli sebeplerle AİHS hükümlerinin hukuki etkinlik kazanmaları yorumlanmalarına bağlıdır²⁷. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme niteliği taşıyan ve klasik uluslararası sözleşmelerden ayrılan AİHS'nin yorumlanmasında yeterli olamamaktadır²⁸. Bu sebeple öncelikle Sözleşme hükmünün olaya uyup uymadığının ve akabinde Sözleşme hükmünün ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi amacıyla²⁹ Mahkeme tarafından olayın özelliğine en uygun düşecek tarzda kullanılan bir dizi yorum standardı bulunmaktadır. Geliştirilen yorum standartları, birbirini tamamlayan ve dengeleyen standartlar olup, Sözleşmenin etkili, dengeli ve objektif

²³ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 5. bs., Ankara, Turhan, 1995, s. 182; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 139.

²⁴ **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 31/1**: “Bir andlaşma, andlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacın ışığı altında terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyiniyetle yorumlanmalıdır.” Bkz.: Pazarcı, **a.g.e.**, s. 184; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 139; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 532.

²⁵ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 49; Ayrıca bkz.: Loucaides, **a.g.e.**, s. 3; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 72; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 139.

²⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 3; Erdem, **a.g.e.**, s. 148.

²⁷ Loucaides, **a.g.e.**, s. 1.

²⁸ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 72; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 531.

²⁹ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 71.

bir şekilde uygulanmasını sağlayacak şekilde Sözleşmenin anlam ve kapsamının belirlenmesini amaçlamaktadır³⁰.

1.3.1.2. Sözleşmenin Niteliğine Göre Yorum

Uluslararası andlaşmalar taraf devletlerin sağladıkları yararlar konusunda uzlaşmalarına, dolayısıyla devletlerin yükümlülüklerinin esas itibariyle karşılıklı olması esasına dayanır. AİHS ise uluslararası andlaşmaların karşılıklı olma özelliğinin yanı sıra, bu özelliğine ek olarak taraf devletlerce kolektif olarak uygulanma özelliğine de sahiptir. Nitekim Sözleşmenin başlangıç metninin 6. paragrafında İHEB’nde belirtilen hakların gereklerini “*birlikte yerine getirmek üzere, anlaşmaya varıldığı*” ifadesi, 1. maddesinde de Sözleşmede tanımlanan hakların ve özgürlüklerin “*güvence altına alınacağı*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla Sözleşmeyle devletlere kendi yetki alanlarındaki herkesin hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak *objektif yükümlülükler* de yüklenmiştir³¹. Diğer taraftan Sözleşmenin başlangıç metninin 5. paragrafından, Sözleşmenin yapılış amacının dünyada adaletin ve barışın temelini oluşturan demokratik değerlerin korunarak, demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır³². AİHM Sözleşmenin amacını ifade etmek için Sözleşmenin *genel ruhu* tabirini de kullanmaktadır. Mahkemeye göre sözleşmenin genel ruhu, insanın onuru ve özgürlüğüdür³³.

Keza; Sözleşmenin “*Hakların kötüye kullanımı yasağı*” başlıklı 17. maddesinde Sözleşmede düzenlenen hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesi ve Sözleşmede öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılması yasaklanarak esasen Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin asgari standart rejimi ortaya

³⁰ A.e., s. 73-74.

³¹ *İrlanda-Birleşik Krallık Davası*, 07.06.1968, § 239. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, a.g.e., s. 73; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara, Ankara Barosu, 2006, s. 177-178; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 139.

³² Gemalmaz, a.g.e., s. 180; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 140 ve 380. AİHS başlangıç metni § 5 için bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 36.

³³ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70.

kondüğundan, bu hüküm bir yönüyle de Sözleşmenin hangi istikamette yorumlanacağına işaret etmektedir³⁴.

Sözleşmenin bu düzenlemeleriyle tesis ettiği sistemden dolayı AİHM, bir yandan Sözleşmenin yorumlanmasında insan haklarının ve temel özgürlüklerin kolektif olarak icrasını amaçlayan bir andlaşma olma özelliğinin³⁵, bir yandan da demokratik değerlerin korunmasına ve demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak tasarlanmış bir belge olmasını ifade eden genel ruhunun³⁶ gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bu sebeple Sözleşmenin yorumlanmasında niteliğinin gözetilmesi, devletlere objektif yükümlülükler yükleyen kendine özgü özelliğinin, yapılış amacının ve genel ruhunun dikkate alınması anlamına gelir. Sözleşme yorumlanırken niteliğinin ve genel ruhunun gözetilmesi, devletlerin objektif yükümlülükleri belirlenirken bir yandan Sözleşmenin hakların rejimi konusunda asgari standartları ortaya koyduğunun³⁷; bir yandan demokratik değerlerin korunması ve demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesine yönelik Sözleşmenin yapılış amacının; bir yandan da insanın en üstün değer olduğunun gözetilmesini ifade eder. Dolayısıyla Sözleşmenin devletlere yüklediği yükümlülükler belirlenirken, yükümlülükleri asgariye indiren bir yaklaşım içerisinde değil, Sözleşmenin amacını gerçekleştirmeye en uygun çözümü bulmayı hedefleyen bir yaklaşım içerisinde olmak gerekmektedir³⁸.

1.3.1.3. Sözleşmenin Konusuna Göre Yorum

Sözleşmenin konusu Sözleşmenin başlangıç metninin 5. paragrafı ile Sözleşmenin 1. maddesinden ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyle devletlere yüklenen objektif yükümlülüklerin konusu temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasıdır. Gerçekten Sözleşmenin insan haklarının ve temel özgürlüklerin

³⁴ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 531-532.

³⁵ *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 2; *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 34; *Soering-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 87. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **İşkence Yasası**, s. 178.

³⁶ *Soering-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 87. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, 73; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 180; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234.

³⁷ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 91 ve 234.

³⁸ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 139.

kolektif olarak icrasını amaçlayan bir andlaşma olması ve demokratik değerlerin korunmasına ve demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak tasarlanmış bir belge olması temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen güvencelerin uygulanabilir, somut, gerçek ve etkili olmasını sağlayacak şekilde yorumlanmasını gerektirir³⁹.

AIHM, temel özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması gereğini açıklarken, Sözleşmenin haklara teorik olarak yahut görünüşte güvence sağlamayı değil; tersine hakların ve güvencelerinin uygulanabilir ve etkili olmasını amaçladığını belirtmektedir⁴⁰. Buna *korumanın etkinliği ilkesi* adı verilmektedir⁴¹. Bu sebeple Sözleşmeyle devletlere yüklenen görev, bireylerin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı etkili bir şekilde korunmasıdır⁴².

Mahkeme *Airey-İrlanda* Davasında, ayrı yaşadığı eşinden yargısal yolla ayrılık kararı almak isteyen ancak bu konuda masrafları karşılama gücü bulunmayan başvurucuya, ulusal mevzuatta yargılama prosedürü karmaşık düzenlendiği halde devlet tarafından adli yardım ve avukat yardımı verilmemesini, devletin başvurucuya gerçek, pratik ve etkili koruma sağlanmadığı gerekçesiyle Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁴³.

Korumanın etkinliği ilkesi, özellikle devletin yükümlü olduğu sorumlulukların kapsamı ve devletin hakları içtenlikle koruyup korumadığı belirlenirken Sözleşmenin bireysel hakları en güçlü bir şekilde korumaya elverişli bir yaklaşımla yorumlanmasını gerektirmektedir⁴⁴. Korumanın etkinliği ilkesini tamamlayan husus *Sözleşmenin bütünselliği*dir. Sözleşmenin bütünselliği, Sözleşmenin korumaya aldığı hak ve özgürlükler için tam bir korumanın ancak Sözleşme ve Protokollerinin bir bütün olarak ele alınması halinde sağlanabileceğini

³⁹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 178; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 9.

⁴⁰ *Airey-İrlanda* Davası, 09.10.1979, § 24; *Soering-Birleşik Krallık* Davası, 07.07.1989, § 87; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık* Davası, 11.07.2002, § 74. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 178; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 74; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140.

⁴¹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 5.

⁴² *Belçika'da Eğitim Dili* Davası, 23.07.1968, § 7; *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31; *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 31.

⁴³ *Airey-İrlanda* Davası, 09.10.1979, § 24.

⁴⁴ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 4.

ifade eder. Zira özellikle Sözleşmenin bir hükmüyle ilişkilendirilen bir mesele, bazı yönleriyle Sözleşmenin başka hükümleri tarafından düzenlenmiş olabilir⁴⁵. Dolayısıyla bir mesele değerlendirilirken Sözleşmenin bütün olarak ele alınması, meseleye konu insani değeri en etkili bir biçimde koruyacak Sözleşme hükümlerinin kullanılması gerekir.

1.3.1.4. Dinamik ve Evrimci Yorum

Mahkemenin Sözleşmeyi yorumlarken geliştirdiği yorum standartlarından birisi de Sözleşmenin günümüz koşulları ışığında dinamik bir yaklaşımla yorumlanmasıdır. Mahkeme dayak cezasına ilişkin *Tyrer-Birleşik Krallık Davası*nda geliştirdiği bu yorum standardını, Sözleşmenin *yaşayan bir belge olarak yorumlanması* şeklinde ifade etmektedir⁴⁶. Bu yaklaşım Sözleşmenin, sosyal değişimlerin ışında ve güncel şartlar istikametinde yorumlanmasını ifade etmektedir⁴⁷.

*Marckx-Belçika Davası*nda Mahkeme, nesebi belirsiz bir çocuk ile annesi arasında ilişki kurulmasına ilişkin dava konusu sorunun Sözleşmenin yapıldığı tarihten çok sonra çıktığı yönündeki Hükümetin itirazını reddederek, Sözleşmenin yapıldığı 1950 yılında meşru aile, gayri meşru aile ayrımı yapmanın mümkün olabileceğini, ancak Sözleşmenin günümüz koşullarına göre yorumlanması gerektiğini belirtmiş; resmi evlilik içerisinde doğan çocuk ile doğmayan çocuk arasında ayrım yaparak, resmi evlilik içerisinde doğmayan çocuk ile annesi arasında doğumla birlikte kendiliğinden bağ kurmayıp, bu bağın kurulmasını özel hukuki işlemlere tabi tutmayı aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁸. Dolayısıyla bu kararlar meşru-gayri meşru çocuk, fiili aile-hukuki aile, bekâr-evli

⁴⁵ *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 7; *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 60; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 57. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 180.

⁴⁶ *Tyrer-Birleşik Krallık Davası*, 25.04.1978, § 31. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 182; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 78; Loucaides, **a.g.e.**, s. 13; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 233.

⁴⁷ *Cossey-Birleşik Krallık Davası*, 27.11.1990, § 35; *Demades-Türkiye Davası*, 31.07.2003, § 33. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 77; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140.

⁴⁸ *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 41. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 183-184; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 74, 78; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 141.

anne arasında gözetilen geleneksel düşüncelere dayanan farklılıkların 8. maddeye aykırılığı ortaya konmuş olmaktadır.

Mahkeme *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*nda ise, erkek iken ameliyatla bayan olan başvuruçunun devlet tarafından ameliyat öncesinde sahip olduğu sigorta numarasını kullanmak ve erkekler için öngörülen yaşa kadar sigorta primi yatırmak zorunda bırakılmasına ilişkin olaya ancak günümüz koşulları içerisinde bakarak çözüm bulunabileceğini belirtmiş, başvuruçunun tabi tutulduğu muamelenin günümüzün değişen şartlarına göre demokratik toplumda gerekli olmadığı ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁹. Bu kararlar da bilimsel, toplumsal zihniyetteki değişime koşut olarak transseksüellerin durumunda gözetilen farklılıkların 8. maddeye aykırılığı ortaya konmuş olmaktadır.

Mahkemenin geliştirdiği bu yorum standardına göre AİHS yapıldığı dönemi yansıtan, içeriği yapıldığı dönemde sabitlenmiş, ölü ve kalıplaşmış bir metin olmayıp⁵⁰; günün ihtiyaçları göz önünde tutularak yorumlanıp uygulanacak bir metindir⁵¹. Bunun anlamı, Sözleşmede yer alan kavramların içeriğinin, günün ihtiyaçları, anlayışları ve değer yargılarına uygun, toplumdaki değişimleri yansıtacak tarzda oluşturulması, Sözleşmeye canlılık kazandırılarak zamanın gerisinde kalmamasının sağlamasıdır. Bu sebeple Sözleşmenin yaşayan belge olarak yorumlanması, bireysel yaşamın geniş bir alanını kapsayan unsur ve görünümünün, teknolojik değişimlerin ortaya çıkardığı yeni durumların, aile, eğitim, evlilik, cinsellik gibi kavramlardaki zamanla meydana gelen zihniyet değişiminin ortaya çıkardığı yeni olguların Sözleşmenin norm alanına dâhil olmasına ve Sözleşmenin değişen şartlara uyum sağlamasına olanak tanıyan⁵²; hakların gelişmesini, içeriğinin zenginleşmesini sağlayan, aktivist, geliştirici ve ileri götürücü bir yorum biçimidir⁵³.

⁴⁹ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 75. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 182.

⁵⁰ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 141.

⁵¹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 233.

⁵² Loucaides, **a.g.e.**, s. 13-14.

⁵³ *Mareckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 41; *Airey-İrlanda Davası*, 09.10.1979, § 26. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 73-74; Loucaides, **a.g.e.**, s. 13; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 142; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 233.

Bu sebeple AİHM, önüne gelen uyuşmazlıkta dava konusu edilen müdahalenin içeriğini, her somut olayın kendine özgü niteliklerini göz önünde tutarak, 8. maddede korunan hakkın somut içeriğini olaysal ve ampirik olarak kazuistik bir yöntemle ve esnek bir yaklaşımla belirlemektedir⁵⁴. Mahkeme bu yorum tekniğiyle, Sözleşmede tanınan hakların devlete negatif yükümlülüğün yanı sıra pozitif yükümlülük de yüklediği, yasayla öngörülme kuralının öngörülebilirliği de içerdiği, genel toplumsal yararlarla yarışan bireysel yararın dengelenmesinde bireysel yararlar özel önem verilmesi gibi temel hakların korunmasına hizmet eden ek güvenceleri ortaya çıkarabilmiştir⁵⁵.

Bununla birlikte Sözleşmenin yaşayan bir belge olarak yorumlanması sınırları bulunan bir yorum tekniği olup, yapılan yorumun maksadı aşan, makul olmayan bir seviyeye vardırılması mümkün değildir⁵⁶. Mahkeme Sözleşmenin dinamik ve esnek yorumunun, Sözleşmenin temel amaçlarına uygun ve insan haklarına ilişkin bir sistem olmasıyla tutarlı⁵⁷; makul ve metne uygun⁵⁸ ve objektif⁵⁹ olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Sözleşmenin esnek bir yaklaşımla yapılan yorumu, aynı zamanda Sözleşmenin temel amaçlarına uygun, Sözleşmenin insan haklarına ilişkin bir sistem olmasıyla tutarlı, makul, metne uygun ve objektif olmalıdır.

1.3.1.5. Geniş Yorum

AİHM tarafından Sözleşmenin yorumlanmasında uygulanan bir diğer standart, Sözleşmedeki hakların ve özgürlüklerin geniş bir biçimde yorumlanmasıdır. Bu standart ilk defa AİHK tarafından kullanılarak, Sözleşmede güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin sınırlı şekilde yorumlanmasının Sözleşmenin konusuna ve

⁵⁴ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 54. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 139, 331; Erdem, **a.g.e.**, s. 148.

⁵⁵ Loucaides, **a.g.e.**, s. 15

⁵⁶ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 79.

⁵⁷ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 54. Ayrıca bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 179.

⁵⁸ *Artico-İtalya Davası*, 13.05.1980, § 33. Ayrıca bkz.: **A.e.**

⁵⁹ *Artico-İtalya Davası*, 13.05.1980, § 33. Ayrıca bkz.: **A.e.**

amacına aykırı olacağı belirtilmiştir⁶⁰. Komisyonun 1973 yılındaki raporunda belirlediği bu standart daha sonra Mahkeme tarafından da kullanılmıştır⁶¹. Mahkeme bu standardı Sözleşmenin 8. maddesine de uygulayarak, Sözleşmenin amaçladığı bireysel korumanın etkili bir şekilde gerçekleşebilmesinin özel hayat kavramının dar yorumlanmamasına bağlı olduğunu belirtmiştir⁶².

Gerçekten özgürlüğün kural, özgürlüğe müdahale etme olanağının ise ancak belli şartlarda mümkün olmasına ilişkin ilke gereğince; esas itibariyle devlete karşı savunma hakkı niteliğinde olan özel hayata saygı hakkının norm alanının mümkün olduğunca geniş yorumlanması, buna karşılık bu hakka müdahale etme olanaklarının ise Sözleşmenin olanak tanıdığı ölçüde dar yorumlanması gerekmektedir⁶³. Nitekim Mahkeme geniş yorum yoluyla, özel hayat kavramının bireyin iç alanıyla beraber dış alanını⁶⁴, belli bir ölçüye kadar bireylerin başka insanlarla ilişki kurup geliştirmelerini⁶⁵ de kapsadığı sonucuna varmıştır.

1.3.1.6. Kavramların Otonomluğu

AIHS'nin yorumlanmasının diğer karakteristiği de, Sözleşmede kullanılan bazı kavramların *otonom* (özerk) anlama sahip olduklarının kabul edilmesidir. Kavramların otonomluğu, taraf devletlerin ulusal hukuklarındaki kavramlarla özdeş ya da benzer olsalar bile Sözleşmede düzenlenen kavramların ulusal hukuklardaki kavramlardan bağımsız olmalarını, ulusal hukuklardaki anlamlarıyla uyumlu olmalarının gerekmemesini ve ulusal hukukta taşıdıkları anlamlarıyla anlaşılacak zorunluluğunun bulunmamasını ifade eder⁶⁶. Diğer bir söyleyişle, kavramların

⁶⁰ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 180.

⁶¹ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 75; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 141; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235.

⁶² *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 42; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda* Davası, 25.10.2007, § 48.

⁶³ Ruiz, **a.g.e.**, s. 89-90.

⁶⁴ *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs* Davası, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs* Davası, 16.10.2008, § 53.

⁶⁵ *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs* Davası, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs* Davası, 16.10.2008, § 53.

⁶⁶ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 77; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 142; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 9; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 142.

otonomluğu Sözleşmede düzenlenen kavramlara bizatihi Sözleşmenin yüklediği anlam dikkate alınarak kavramların içeriğinin belirlenmesi anlamına gelir.

Sözleşmede düzenlenen hakların ve sınırlama ölçütlerinin içeriğini belirleme yetkisi Sözleşme ile kurulan nihai karar organı olan AİHM'ne aittir⁶⁷. Sözleşme kavramlarının otonomluğu sebebiyle, Sözleşmede geçen söz konusu kavramlar ve ölçütler, ulusal hukuk düzenlerinde düzenlenmiş ve ulusal makamlarca yorumlanmak suretiyle belli bir içeriğe kavuşturulmuş olsalar dahi, ulusal makamlarca belirlenen içerik Mahkeme için bağlayıcı nitelik taşımayıp, Mahkeme tarafından getirilen yorum ulusal makamların getirdiği yoruma üstündür⁶⁸.

Mahkeme, Sözleşmede düzenlenen hakların ve sınırlama ölçütlerinin içeriğini soyut bir muhakeme ile değil, özellikle Avrupa Konseyi ülkelerin mevzuatından olmak üzere mukayeseli hukuktan yararlanarak ve kavramları şekli bakımından değil maddi bakımdan ele alarak belirlemektedir⁶⁹.

Sözleşmenin, 8. maddesinde özel hayata saygı hakkının unsurlarını teşkil eden kavramların tanımı yapılmadığı gibi içerikleri ve sınırları da kesin ve belirgin bir şekilde ortaya konmamıştır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının unsurlarını teşkil eden kavramların kapsam ve içeriğini belirleme görevini nihai karar merci olan AİHM'ne aittir. Mahkeme tarafından Sözleşmenin 8. maddesine ilişkin kararlarda, aile hayatı ve konut kavramlarının otonom kavramlar olduğu belirtilmiştir. Nitekim Mahkeme, *Marckx-Belçika* Davasında ulusal mevzuatın aile olarak kabul etmediği evlilik dışında doğan çocuk ile annesi arasındaki ilişkinin, aile kavramının otonom bir kavram olması sebebiyle Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında aile⁷⁰; *Prokopovich-Rusya* Davasında ise ulusal hukukun konut olarak kabul etmediği gayri resmi eşle birlikte yaşanan evin, konut kavramının otonom bir kavram olması sebebiyle Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında konut⁷¹ olduğuna karar vermiştir.

Dolayısıyla Sözleşmede düzenlenen haklara ve güvencelere ilişkin olarak ulusal makamlarca yapılan yorum ve verilen kararların Mahkeme içtihatlarına

⁶⁷ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 531, 541; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 330.

⁶⁸ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 541.

⁶⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 143.

⁷⁰ *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31.

⁷¹ *Prokopovich-Rusya* Davası, 18.11.2004, § 36.

uyumlu olması gerekmektedir. Aksi durum Sözleşmenin ihlali niteliğindedir. Bu sebeple sözleşme kavramlarının otonomluğu, Mahkemenin ulusal hukuk standartlarını bir ölçüye kadar denetlemesine, kendi standardını oluşturmaya ve taraf devletlerde uygulama birliği oluşturmaya olanak sağlayan bir ilkedir⁷².

1.3.2. Özel Hayat Kavramının Niteliği

Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen hak *özel hayata saygı hakkıdır*. Gerçekten Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında “*Bu hakkın...*” ifadesi kullanıldığından birinci fıkrada düzenlenen hakkın esasen bir ve tek haktan oluştuğu anlaşılmaktadır⁷³. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı bireysel özerkliğin dört alanını korumaya yöneliktir. Bireysel özerklik alanları *özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme* olup toplamı bireyin özel hayatının genelini meydana getirmektedir.

Özel hayatın içerdiği unsurların tek tek sayılmasının mümkün olmaması sebebiyle özel hayat unsurları sayılanlardan ibaret olmadığından, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları özel hayatı bütünüyle kuşatmayan, tüm zemin ve boyutlarını tüketici bir şekilde belirtmeyen; bilakis sadece özel hayatın spesifik görünüş şekillerini ifade eden kavramlardır⁷⁴. Özel hayatın bu kategorileri, geleneğin ve tarihsel faktörlerin de etkisiyle özel hayatın spesifik görünüşleri olmaları ve çağdaş hayatta birey için hayati önem taşımaları nedeniyle ayrıca 8. maddede sayılmışlardır⁷⁵. Dolayısıyla özel hayat kavramı kapsamı ve içeriği itibarıyla, aile, konut ve haberleşme kavramlarına göre genel ve kapsamı daha geniş, esasında bir ölçüde aile, konut ve haberleşmeyi de içeriğinde barındıran, özel hayatı bütünüyle kuşatan ve özel hayata saygı hakkının içeriğini genel olarak ifade edebilen bir kavramdır. Bu özelliği itibarıyla 8. maddede özel hayatın ilk unsuru olarak ifade edilen ‘özel hayat’ kavramının bütünleyici *depo kavram* niteliğinde kullanıldığı ortaya çıkmaktadır⁷⁶. Nitekim İHEB’nin 12. maddesinde mahremiyet hakkı

⁷² Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 77; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 144; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 232-233.

⁷³ Ruiz, **a.g.e.**, s. 134.

⁷⁴ **A.e.**, s. 100.

⁷⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 150.

⁷⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 134.

kapsamında özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeyle birlikte sayılan kişinin şerefi ve itibarının AIHM içtihatlarıyla özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Sonuç itibarıyla özel hayat saygı hakkının özünü, genel ifadeyle bireyin özel hayat değerinin oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Özel hayat kavramının bireyin özel hayatını kuşatan depo kavram niteliğinde olmasının genel olarak iki pratik sonucunun bulunduğu söylenebilir.

Bu sonuçlardan *ilki*, özel hayata saygı hakkının ilk unsuru olan özel hayat kavramına özgü AIHM tarafından oluşturulan standartların, özel hayata saygı hakkının unsurlarını teşkil eden tüm hayat alanları açısından genel ve kapsayıcı standartları ortaya koymasındır⁷⁷. Bu sebeple aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları değerlendirilirken bu kavramlara ilişkin standartların özel hayat kavramına ilişkin standartlarla birlikte ele alınması gereklidir.

Nitekim AIHM 8. maddeye dayanan bir olayı incelerken özel hayata saygı hakkını alt unsurlarına ayırmaksızın özel hayata müdahale genel başlığı altında ele almakta, genel olarak bir tedbirin aynı zamanda özel hayatın birden fazla alanına müdahale teşkil etmesinin mümkün olduğuna işaret etmektedir⁷⁸. Gerçekten bireyin dokunulmaz nitelikteki özel hayata saygı hakkının içeriğinin ve mekânsal sınırının yorumlanması ve tespiti ancak özel hayatın bütün olarak ele alınmasıyla mümkün olabilmektedir⁷⁹.

İletişimin denetlenmesi tedbiri de öncelikle özel hayat alanlarından haberleşmeye müdahale niteliğinde olmakla birlikte; aynı zamanda bireyin diğer hayat alanlarını da etkileyen, doğrudan ya da dolaylı olarak bireyin diğer hayat alanlarına da müdahale teşkil eden bir karaktere sahiptir. Bu sebeple Mahkeme tarafından telefon dinleme haberleşmenin yanı sıra özel hayata, aile hayatına ve

⁷⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 333.

⁷⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 41; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç* Davası, 25.02.1992, § 72; *Burghartz-İsviçre* Davası, 22.02.1994, § 24; *Lopez Ostra-İspanya* Davası, 09.10.1994, § 51; *Stjerna-Finlandiya* Davası, 25.11.1994, § 37; *Menteş ve Diğerleri-Türkiye* Davası, 28.11.1997, § 73; *Ploski-Polonya* Davası, 12.11.2002, § 32. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 331.

⁷⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 330-331.

konuta da müdahale niteliğinde kabul edilmektedir⁸⁰. Bu sebeple Sözleşmenin 8. maddesine ilişkin standartların bütün olarak ele alınması gerekliliği, iletişimin denetlenmesine ilişkin bir olayda sadece haberleşmeye saygıya ilişkin standartların göz önünde tutulmasına engel olur. Bu sebeple biz de temimizde konuyu sadece haberleşmeyle sınırlandırmayıp, özel hayata saygı hakkını oluşturan tüm unsurlar yönünden konunun ele alınmasını gerekli görmekteyiz.

Özel hayat kavramının bireyin özel hayatını genel olarak kapsayan depo kavram olmasının sonuçlarından *ikincisi* ise, özel hayatın bütünselliği sebebiyle Sözleşmenin 8. maddesinin bireyin özel hayat alanlarını ayrı ayrı değil bütün olarak korumasıdır. Şöyle ki, özel hayata saygı hakkının unsurlarını teşkil eden özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme birbirlerinden kopuk hayat alanları olmayıp bireysel hayatın birbiriyle iç içe geçen, birbiriyle bağlantılı yönlerini oluştururlar⁸¹. Bu sebeple bireyin aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine sağlanan koruma, bireyin genel olarak özel hayatına sağlanan korumayı gereksiz kılmamakta, bilakis bu korumaya eklenmektedir. Bu bakımdan 8. maddeyle aile hayatına, konuta ve haberleşmeye sağlanan korumanın birbirine eklenen ve katmerlenen koruma olduğunu söylemek mümkündür⁸². Örneğin kişinin aile bireyleri ile yaptığı iletişim, özelden genele olarak hem haberleşmeye saygı, hem aile hayatına saygı, hem de özel hayata saygı hakkı ile korunur. Dolayısıyla bu tür bir durumda 8. maddenin bireye sağladığı koruma, niteliksiz haberleşmesine oranla daha kuvvetlidir. Bu durumun pratik önemi bireysel yararlarla yarışan toplumsal yararların dengelenmesi, diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesi test edilirken ortaya çıkar. Bireyin birden fazla kişisel değerinin ihlal edildiği durumlarda bireysel yarar, toplumsal yarar karşısında daha güçlü olur.

⁸⁰ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 81; *Schenk-İsviçre Davası*, 12.07.1988, § 53; *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 32; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Lüdi-İsviçre Davası*, 15.06.1992, § 39; *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 50; *Lambert-Franda Davası*, 24.08.1998, § 21; *Weber ve Saravia-Almanya Davası*, 29.06.2006, § 77; *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 01.10.2008, § 56; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 29.

⁸¹ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 103.

⁸² Erdem, **a.g.e.**, s. 150.

1.3.3. Muhakeme Yöntemi

Muhakeme yönetimi, belirli bir hukuksal sorunun hukuksal çözüme kavuşturulma sürecinde izlenen mantık silsilesini ifade eder. Genel olarak yargı makamlarının görevi önüne getirilen uyuşmazlığı hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturmadır. Hukuksal uyuşmazlığı çözüme ulaştırmak için yargı makamının yaptığı değerlendirme muhakeme diyalektiğine dayanır. Muhakeme diyalektiği, iddia ve savunma makamının hukuksal soruna ilişkin ileri sürdükleri hususlar ile bu hususların değerlendirilmesi sonucunda yargı organı tarafından ulaşılan sonuçtan oluşur. Dolayısıyla hukuksal çözüme varan süreç, hukuksal soruna ait verilerin belirli bir mantık silsilesi halinde, öncelik ve sonralık durumlarına göre adım adım ilerleyen bir şekilde değerlendirilmesi ile gerçekleşir. AİHM'nin görevi de önüne gelen olayda başvurunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü Sözleşmede güvence altına alınan hakkın ihlal edilip edilmediğini saptamak, ayrıca hakkın ihlal edildiğini saptaması halinde varılan adil çözümü belirlemektir.

Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı, 9. maddede düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve 11. maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile birlikte sözleşme içerisindeki *nitelikli haklar* kategorisinde yer alır⁸³. Bunun anlamı bu maddelerde düzenlenen hakların diğer haklar ve toplumsal ihtiyaçlarla kısıtlanabilmesi, uygulanması sırasında devletin nispeten geniş takdir hakkından yararlanması ve sınırlama sebeplerinin madde metninde belirtilmesidir⁸⁴. Yaşam hakkı; işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı; kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı; suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik gibi mutlak haklarda başvurunun belirtilen hakkının ihlal edildiğini kanıtlaması halinde, bu aşamadan sonra artık Mahkemenin taraf devlet açısından

⁸³ Hélène Lambert, **The Position of Aliens in Relation to The European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, s. 63; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 372.

⁸⁴ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 539-543; Lambert, **a.g.e.**, s. 63. Buna karşılık *sınırlanabilir haklar* ise, sadece bazı özel şartlarda ve yöntemlerle kısıtlanabilen, nitelikli hakların aksine devletin yargı yetkisi alanında güvence altına alırken çok sınırlı olarak takdir hakkından yararlanabildiği adil yargılanma hakkı gibi haklardır. Bkz.: Lambert, **a.g.e.**, s. 79 vd.

müdahalenin haklılığını tartışmasına gerek kalmaz⁸⁵. Buna karşılık belirtilen nitelikli haklarda ise, bu haklardan birisinin ihlal edildiğinin kanıtlanması halinde taraf devletin müdahalenin yasallığını, meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlaması mümkündür.

Sözleşmenin 8. maddesine dayanan başvurularda Mahkemenin izlediği muhakeme yöntemini esas itibariyle iki aşamaya ayırmak mümkündür⁸⁶. Birinci aşamayı 8. maddenin birinci fıkrası, ikinci aşamayı ise ikinci fıkrası yönünden yapılan değerlendirme oluşturur. Gerçekten 8. maddenin ikinci fıkrası yönünden değerlendirme yapılabilmesi, öncelikle birinci fıkra yönünden değerlendirme yapılmasına bağlıdır. Birinci fıkranın değerlendirilmesi yoluyla varılacak sonucun, ikinci fıkra yönünden değerlendirme yapmayı gereksiz hale getirmesi mümkündür. Dolayısıyla AIHM'nin uyguladığı yöntemin aşama aşama, adım adım ilerleyen, sonraki aşamaya geçilmesi, öncesindeki aşamanın gerçekleşmesine bağlı olan bir yöntem olduğu söylenebilir.

Birinci aşamada özel hayata saygı hakkının norm alanı bakımından değerlendirme yapılır. Bu aşamada değerlendirilen ilk husus Sözleşmenin uygulanma yeri bulunup bulunmadığı, başvurunun müdahale edildiğini ileri sürdüğü hakkının Sözleşme kapsamında olup olmadığıdır. Şayet ihlal edildiği ileri sürülen hak Sözleşmede düzenlenen haklardan biri ise, bu defa hakkın Sözleşmenin hangi hükmüne ilişkin olduğu, diğer bir söyleyişle başvurunun özel hayat alanına ilişkin olup olmadığı belirlenir.⁸⁷ Sözleşmenin uygulama alanı bulunduğunun ve başvurunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkın Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında olduğu belirlendikten sonra özel hayata müdahale edilip edilmediği ve akabinde şayet özel hayata bir müdahale varsa olayın özelliğine göre başvurunun özel hayatın korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ele alınır. Bu aşamada olguları kanıtlama yükü başvurucudadır.

Birinci aşamada başvurunun varlığını ileri sürdüğü eylemin kanıtlanması ve bu eylemin özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğinin belirlenmesi

⁸⁵ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543-544.

⁸⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 7-8. Karş.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 331, 373.

⁸⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 330.

halinde ikinci aşamaya geçilir. İkinci aşamada ise özel hayata saygı hakkının koruma alanı bakımından değerlendirme yapılır. Bu aşamada müdahalenin yasaya dayanıp dayanmadığı ve yasayla öngörülme kuralı bakımından geliştirilen standartlara uygun olup olmadığı değerlendirilen ilk husustur. Akabinde ise müdahalede meşru amacın bulunup bulunmadığı ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı, yapılan müdahalenin güdülen amaçla orantılı olup olmadığı saptanır. Bu aşamada ise müdahalenin yasallığını, meşruluğunu ve demokratik toplumda gerekliliğini taraf devlet kanıtlamakla yükümlüdür.

Biz de tezimizde AİHS bağlamında özel hayata saygı hakkını AİHM'nin muhakeme yönetimini esas alarak bu sistematik içerisinde ele alacağız.

2. Özel Hayata Saygı Hakkının Norm Alanı

2.1. Genel Olarak

Özel hayata saygı hakkı, bireyin özel hayatı ile özel hayatının spesifik alanlarını bütünüyle kapsayan, kapsadığı hakları bir arada genel olarak ifade eden üst bir kavramdır. Gerçekten AİHS'nin 8. maddenin 8. maddenin 2. fıkrası “*Bu hakkın...*” tabiri ile başladığından, birinci fıkra düzenlenen hakkın esasen bir ve tek haktan oluştuğu, bu hakkın da *özel hayata saygı hakkı* olduğu anlaşılmaktadır. Bu hak *özel hayata saygı*, *aile hayatına saygı*, *konuta saygı* ve *haberleşmeye saygı* olmak üzere dört ayrı unsurdan oluşmaktadır. Diğer yandan ilgili bahiste görüleceği üzere AİHM uygulamalarında da *genel kişilik hakkı* özel hayata saygı hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

2.2. Özel Hayata Saygı

2.2.1. Özel Hayat Kavramı

AİHM öteden beridir kararlarında, hem ‘özel hayat’ kavramının bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu⁸⁸, hem de özellikle

⁸⁸ Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, § 29; Costello Roberts-Birleşik Krallık Davası, 25.03.1993, § 36; Bensaid-Birleşik Krallık Davası, 21.02.2001, § 47; P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası, 25.09.2001, § 56; Pretty-Birleşik Krallık, 29.04.2002, § 61; Peck-Birleşik Krallık Davası, 28.01.2003, § 57; Van Kück-Almanya Davası, 12.06.2003, § 69; Simirnova-Rusya Davası, 24.07.2003, § 95;

doğurduğu pozitif yükümlülükler bağlamında ‘saygı’ kavramının da kesin bir kavram olmadığını⁸⁹ belirtmektedir. Mahkemeye göre özel hayat kavramının kapsayıcı bir tanımını yapmak mümkün olmadığı gibi, buna kalkışmak gerekli de değildir⁹⁰. Mahkeme 8. maddeyi yorumlarken özel hayat kavramının tanımını yapmayarak özel hayat kavramına ilişkin ilke koymaktan kaçınmaktadır.

AIHM özel hayat kavramının tanımını yapmamakta ise de, baktığı davalara konu olaylarla bağlantılı olarak özel hayat kavramını yorumlayarak içeriğini belirlemektedir. AIHM özel hayat kavramının yorumlanmasında,

a) 8. maddenin kamu otoritelerinin keyfî müdahalelerine karşı bireylerin etkili bir şekilde korunması olan temel amacının gözetilmesi ilkesinden⁹¹,

b) 8. maddenin bireyin dıştan bir müdahale olmaksızın kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin etmek olan temel konusunun gözetilmesi ilkesinden⁹²,

c) bireysel korunmanın etkili bir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik özel hayat kavramının dar yorumlanmaması ilkesinden⁹³,

d) 8. maddenin sağladığı güvencelerin yorumlanmasının temelinde yatan unsur olarak gördüğü bireysel özerklik ilkesinden⁹⁴ hareket etmektedir.

Sözleşmenin amacının gözetilmesi: AIHM 8. maddenin temel amacını gözeterek, özel hayat kavramının bireyin hem iç alanını, hem de başka bireylerle kurdukları ilişkiler ve bu ilişkileri yaşadıkları mekânlar bağlamında bireyin dış

Sidabras ve Dziautas-Litvanya Davası, 27.07.2004, § 43; *Elli Poluhas Dodsbo-İsveç Davası*, 17.01.2006, § 23; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 107; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 48; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 52; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66. Ayrıca bkz. Kilkelly, **a.g.e.**, s. 9.

⁸⁹ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 67; *Rees-Birleşik Krallık Davası*, 17.10.1986, § 35; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55; *Gaskin-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 42; *Cossey-Birleşik Krallık Davası*, 27.11.1990, § 37; *B-Fransa Davası*, 25.03.1992, § 44; *Stjerna-Finlandiya Davası*, 25.11.1994, § 38; *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık Davası*, 30.07.1998, § 51; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 72; *Dickson-Birleşik Krallık Davası*, 18.04.2006, § 31; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112; *Armoniene-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 38; *Biriuk-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 37. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 21.

⁹⁰ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29.

⁹¹ *Belçika’da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 7; *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 31.

⁹² *Pfeifer-Avusturya Davası*, 15.11.2007, § 33.

⁹³ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda Davası*, 25.10.2007, § 48.

⁹⁴ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70.

alanını da içeren bir kapsama sahip olduğunu belirterek, ancak bu türden bir yaklaşımın bireylerin etkin bir şekilde korunmasını sağlayabileceği sonucuna varmaktadır⁹⁵. Sözleşmenin 8. maddesinin amacının gözetilmesi AİHM'ne bir yandan 8. maddenin koruduğu hukuki yararı, bir yandan da özel hayat kavramının norm alanının ne tür bir yorum yoluyla tespit edileceğini belirleme olanağı sağlamaktadır.

Sözleşmenin konusunun gözetilmesi: AİHM 8. maddenin temel konusunu gözeterek, 8. maddenin sağladığı koruma ile öncelikle her bireyin diğer insanlarla kurduğu ilişkiler içerisinde kişiliğini dıştan bir müdahale olmaksızın geliştirme hakkını temin etmeye çalıştığını belirtmektedir⁹⁶. Mahkeme bu düşüncesini temellendirilirken insanların çoğunun kendilerini ve dış dünyayla ilişkilerini geliştirme imkânını büyük ölçüde iş hayatlarının akışı içerisinde elde etmelerinden hareket etmektedir. Bu bağlamda özel hayata saygı hakkı, bireyin istenmeyen bakışlardan uzak bir şekilde hayatını kişisel bir şekilde yaşama hakkını koruyarak, bireye kimliğini ve kişiliğini özgürce geliştirebileceği ve gerçekleştirebileceği, dış dünyadan bireylerle ilişkiler kurmasına ve geliştirmesine olanak tanıyan kişisel bir alan sağlamaktadır⁹⁷. Dolayısıyla AİHM'ne göre özel hayat kavramı, *kişilik hakkını* bünyesinde taşıyan bir kavramdır. Kişilik hakkı sayesinde bireyin sahip olduğu kimliğini özgürce oluşturma hakkını, bireyin *kendi kaderini tayin etme hakkı*⁹⁸ doğurur. Kişilik hakkı ve bireyin kendi kaderini tayin etme hakkı, herkesin bir birey insan olarak kimliğinin ayrıntılarını kurabilmesini⁹⁹, kimliğini oluşturan bilgiler üzerinde hâkimiyet sahibi olmasını¹⁰⁰ sağlar.

Geniş yorum ilkesi: Sözleşmenin 8. maddesinin amacı gözetilerek varılan bir diğer sonuç özel hayat kavramının norm alanı belirlenirken, özel hayat

⁹⁵ Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, § 31.

⁹⁶ Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, § 29; Botta-İtalya Davası, 24.02.1998, § 32; N.F.-İtalya Davası, 02.08.2001, § 39; Von Hannover-Almanya Davası, 27.07.2004, § 50; Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga-Belçika Davası, 12.10.2006, § 83; Pfeifer-Avusturya Davası, 15.11.2007, § 33.

⁹⁷ Bensaid-Birleşik Krallık Davası, 21.02.2001, § 47; Simirnova-Rusya Davası, 24.07.2003, § 95; Sidabras ve Dziautas-Litvanya Davası, 27.07.2004, § 43; Kyriakides-Kıbrıs Davası, 16.10.2008, § 48; Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası, 16.10.2008, § 52.

⁹⁸ Ruiz, a.g.e., s. 52-53.

⁹⁹ Mikulic-Hırvatistan Davası, 07.02.2002, § 54; Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası, 11.07.2002, § 90; I-Birleşik Krallık Davası, 11.07.2002, § 70.

¹⁰⁰ Mikulic-Hırvatistan Davası, 07.02.2002, § 54.

kavramının dar yorumlanmamasıdır. Liberal özgürlük anlayışına uygun olarak 8. maddeyle koruma altına alınan özel hayata saygı hakkı esas itibarıyla devlete karşı savunma hakkı niteliğindedir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının norm alanının geniş yorumlanması, dolayısıyla özel hayata saygı hakkına müdahale etme olanaklarının ise dar yorumlanması gerekmektedir. Bu anlayışa uygun olarak AİHM özel hayat kavramını, bireyin özel hayatını kendi tercihleri doğrultusunda yaşayabildiği iç alandan ibaret görerek, bireyin iç alanı kapsamında olmayan dış dünyayı bireyin iç alanından bütünüyle dışlamayı aşırı kısıtlayıcı bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir¹⁰¹. Bu bakımdan 8. maddede geçen özel hayat kavramı, bireyin kişisel hayatını kendi tercihleri doğrultusunda yaşayabildiği ve özel yaşamının en mahrem yönlerini içeren iç alanı¹⁰² ile belli bir ölçüye kadar bireylerin başka insanlarla ilişki kurup bu ilişkileri sürdürdükleri dış alanını¹⁰³ birlikte içermektedir.

Bireysel özerklik ilkesi: AİHM’ne göre özel hayata saygı hakkının temelini bireysel özerklik oluşturmakta olup, bireysel özerklik bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesine hizmet eden özel hayata saygı hakkının özüdür¹⁰⁴. Sözleşme bireyin özerkliğini etkili bir şekilde koruyarak kişiliğini serbestçe geliştireceği en uygun ortamı oluşturmaya çalışmaktadır. Bu sebeple özel hayata saygı hakkı bireyin yaşantısının hayati önemi haiz¹⁰⁵ yönlerini oluşturan kişisel alanlarını¹⁰⁶ güvence altına alarak bireye özel hayatında serbestçe davranma özgürlüğü sağlamaktadır.

AİHM tarafından özel hayat kavramı kapsamında kabul edilen bireysel değerleri genel olarak üç başlık altında sınıflandırmak mümkündür. Bu değerlerin bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, bireyin fiziksel ve sosyal kimliği ve bireyin gizli yöntemlerle elde edilen bilgileri olduğu söylenebilir.

¹⁰¹ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

¹⁰² *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 41; *Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19.02.1997, § 36.

¹⁰³ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

¹⁰⁴ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61-67; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112.

¹⁰⁵ *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47.

¹⁰⁶ *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70.

2.2.2. Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük

AIHM birçok kararında özel hayat kavramının bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü¹⁰⁷; bazı kararlarında ise bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ile birlikte bireyin moral bütünlüğünü¹⁰⁸ kapsayan bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü kavramı, bireyin cisminin, fizik varlığının, hem beden sağlığı, hem de zihinsel yetenekleri bakımından korunmasına ilişkin bir kavramdır. Dolayısıyla bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü esas itibariyle AIHS'nin 2. ve 3. maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve işkence, kötü muamele yasağı ile korunan bireysel değerlerdir. Dolayısıyla kural olarak bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü olumsuz etkileyen AIHS'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlali niteliğindeki eylemler özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde değerlendirilmemekte ve bu maddelerde öngörülen haklar kapsamında erimektedirler. Bu bakımdan, bireyin fiziksel ve moral bütünlüğü bakımından olumsuz etkileri bulunan, ancak Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edecek ağırlık düzeyine varmayan bir eylemin bireyin özel hayatını, dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmesi mümkün görülmektedir¹⁰⁹. Nitekim AIHM, gözaltı sürecinde ortaya çıkan ve 3. maddenin aradığı sertlik düzeyine varmayan, ancak bireyin fiziksel ve moral bütünlüğü bakımından olumsuz etkileri bulunan durumlarda, Sözleşmenin 8. maddesinin koruma sağlayabileceği olayların gerçekleşmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir¹¹⁰. Bu sebeple 8. madde bakımından bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü kavramının kapsamının, 3. maddedeki kapsamına oranla oldukça dar olduğu söylenebilir.

Özel hayat kavramının geleneksel olarak kabul edilen kapsamı dâhilindeki, bireyin sağlığı hakkındaki bilgiler¹¹¹, bireye ait gizli tıbbi veriler¹¹², kan ve idrar

¹⁰⁷ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 22; *N.F.-İtalya Davası*, 02.08.2001, § 39; *Mikulic-Hrvatistan Davası*, 07.02.2002, § 53; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Sidabras ve Dziautas-Litvanya Davası*, 27.07.2004, § 43; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹⁰⁸ *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 48-52; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 52.

¹⁰⁹ *Costello Roberts-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1993, § 36. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 14; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 334; Gemalmaz, **İşkence Yasağı**, s. 231-232.

¹¹⁰ *Raninen-Finlandiya Davası*, 16.12.1997, § 63.

¹¹¹ *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹¹² *Z-Finlandiya Davası*, 25.02.1997, § 71.

testleri¹¹³ gibi bir kısım kişiye ait bilgiler AİHM tarafından da bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü ilgilendirmeleri sebebiyle özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte özel hayat kavramının geleneksel anlamının ötesine geçen, AİHM'nin özel hayat kavramını geliştirici bir şekilde yorumlayan yaklaşımı ile özel hayat kavramı kapsamında değerlendirdiği konular da bulunmaktadır.

Gerçekten AİHM, tıbbi tedavi ve psikiyatrik sorgulamaları¹¹⁴; kişinin özel yaşamının en mahrem yönünü oluşturan bedenine müdahale teşkil eden jinekolojik muayeneyi¹¹⁵; akıl sağlığını¹¹⁶; bireyin sağlığını tehlikeye atan çevresel bilgileri¹¹⁷; çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisini, tüberküloz testlerini ve röntgen çekmeyi¹¹⁸ bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü bağlamında ele alarak özel hayat kavramı kapsamında görmüştür. Diğer taraftan *X ve Y-Hollanda* Davasında, bireyin zihinsel istikrarının korunmasının bireyin özel hayatına saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanmasının vazgeçilmez önkoşulu olduğu değerlendirilmiştir¹¹⁹. Yine *Tysiac-Polonya* Davasında kürtaşı düzenleyen yasaların bireyin özel hayat alanına temas ettiğini, zira hamile kalması ile birlikte bir kadının özel hayatının gebeliği ile sıkı sıkıya ilişkili hale geldiğini belirtilmiştir¹²⁰.

2.2.3. Fiziksel ve Sosyal Kimlik

Genel olarak *bireysel kimlik* kavramı, toplumsal bir varlık olarak bireyi diğer insanlardan farklılaştıran, belirli bir insan olmasını sağlayan, dolayısıyla insanı birey ve kişi durumuna getiren kendine özgü nitelik ve özelliklerin bütünüdür. Bireysel kimliğin fiziksel ve sosyal olmak üzere iki yönünün bulunduğu söylenebilir. *Fiziksel kimlik* bireyin tipi, görüntüsü, imajı, cinsiyeti, parmak izi, sesi, kan grubu, gen yapısı gibi fiziksel; *sosyal kimlik* ise bireyin uğraşları, yaşam şekli,

¹¹³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 14; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 285.

¹¹⁴ *Glass-Birleşik Krallık Davası*, 09.03.2004, § 70-72; *Worwa-Polonya Davası*, 27.11.2003, § 80.

¹¹⁵ *Y.F.-Türkiye Davası*, 22.07.2003, § 33; *Juhnke-Türkiye Davası*, 13.05.2008, § 76.

¹¹⁶ *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47.

¹¹⁷ *McGinley ve Egan-Birleşik Krallık Davası*, 09.06.1998, § 97; *Guerra ve Diğerleri-İtalya Davası*, 19.02.1998, § 60.

¹¹⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 14.

¹¹⁹ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 22.

¹²⁰ *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 106.

alışkanlıkları, sosyal ilişki ağı, saygınlığı, itibarı gibi sosyal özelliklerinin oluşturduğu bireysel yapısıdır. Bireyin sosyal kimliği kişiliğinin gelişmesi ile oluşur.

AİHM'e göre, özel hayat kavramının kapsamına, bireyin fiziksel ve sosyal kimliğine, kişisel gelişimine ilişkin unsurlar da girmektedir¹²¹. Bireyin fiziksel ve sosyal kimliği genel olarak, bireysel özerklik hakkını, kişisel gelişme hakkını, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını ve bu haklarını kullanmasıyla birlikte şekillenen kimliğini oluşturan unsurları içermektedir.¹²²

Bireysel özerklik, bireyin hayatını kendi iradesi ile yönlendirebilmesi özgürlüğüdür. Gerçekten günlük hayatımızda çevremizde bulunan insanların tamamının sosyal davranışları bakımından birbirinden farklı olduğunu ve her birinin olaylar karşısındaki tepkilerinin kendilerine özgü olduğunu görürüz. Bu olgu bireylerin kişiliklerinin farklı olmasından ve bireylerin bağımsız bir birey olarak özerk hareket etmelerinden kaynaklanır. Dolayısıyla bireylerin sahip oldukları kişilik hakkı, bireysel özerkliğin kaynağını oluşturur¹²³.

Diğer taraftan birey genel olarak kişisel gelişimini sağlayacağı, zihinsel kimliğini ve kişiliğini özgürce geliştirebileceği ve gerçekleştirebileceği kişisel bir alana bireysel özerkliği sayesinde sahip olur¹²⁴. Bu kişisel alan, bireyin yaşantısını kendisi tercihleri doğrultusunda sürdürdüğü özel hayat alanıdır. Birey özel hayat alanını kişiliğine göre şekillendirir. Bu bakımdan bireyin özel hayatını oluşturmalarının temelini teşkil eden irade özgürlüğü bireyin özerkliğini oluşturmaktadır. Özerkliği sayesinde birey, hem hayatının mahrem yönlerini yaşadığı dar hayat alanını, hem de dış dünyayla kurduğu ilişkilerini içeren sosyal hayat alanını oluşturur. Bireysel özerklikle özel hayat arasındaki bu ilişki sebebiyle, bireyin özel

¹²¹ *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 57.

¹²² *Mikulic-Hırvatistan Davası*, 07.02.2002, § 53; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 107; *S ve Harper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹²³ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61-67; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112.

¹²⁴ *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *Simirnova-Rusya Davası*, 24.07.2003, § 95; *Sidabras ve Dziautas-Litvanya Davası*, 27.07.2004, § 43; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 48; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 52.

hayatının korunması, esas itibariyle bireyin özerkliğinin korunmasını sağlamaya yöneliktir¹²⁵.

Bireysel özerkliğin bir yönü de, bireyin yaşam ilişkilerini açıklamaya bizzat karar verme yetkisi, kendi davranışlarının sonucunu istediği gibi belirleyebilme hakkıdır. Kişinin özel hayatının ve özel hayatına ilişkin bilgilerin kaderini belirleyebilme hakkı, dayanağını günümüzün modern yaşam standartlarında bulur. Gerçekten, bireyin kişiliğini geliştirme olanağı bulmasının, davranışlarını bizzat yönlendirebilmesinin, toplumsal hayata yeterli düzeyde ve istediği ölçüde katılabilmesinin, yaşam standartlarını yükseltebilmesinin temel koşulu, bireyin özel hayatına yönelik müdahalelere karşı korunmasını ve özel hayatında özgür olabilmesini sağlayan haklara sahip olmasıdır. Bireyin, kendisi hakkında, kimin, neyi, ne zaman, hangi durumda, nasıl öğrenebileceğini bilebilmesi gerekir. Bu sebeple bireyin, kendisi hakkındaki bir bilginin elde edilmesini, bu bilginin kullanılabilmesini denetleyebilme olanağını ortadan kaldırmaya elverişli her işlem genel kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Zira, bireyin özel hayatı bireye toplumsal ilişkilere girmede bağımsız olma yeteneği katar ve onun kişiliğinin yapısal unsurlarından birisini oluşturur. Günümüzde bireyin özel hayatına saygı gösterilmesi zorunluluğu, bireyin kişilik değerlerine, manevi varlığına saygı gösterilmesi, bireyin manevi varlığını geliştirme hakkı ve bireyin özel hayatına ilişkin bilgilerin kaderini belirleyebilme hakkı ile bir arada değerlendirilmektedir.

Bireyin aynı zamanda kişiliğini geliştirme hakkı da bulunmaktadır. Bireyin kişiliğini kendisini diğer bireylerden ayırt eden özellikler oluşturur. Dolayısıyla bir bireyin kişiliğini farklılaştıran özelliklerin ortaya çıkabilmesi başka insanlarla ilişki kurabilmesine bağlıdır. Bireyler bağımsız kişiler olmalarının yanı sıra toplulukların da üyesidirler. İnsanların insan olmaya değer bir hayat yaşayabilmeleri için sosyal ilişkilere girmesi, sosyal grupların parçası olması gerekir. Dolayısıyla insan onuru bir toplumun üyesi olmayı da büyük ölçüde içermektedir¹²⁶. Bu bakımdan bireyin kişiliği esas itibariyle sosyal ilişkileri içerisinde ortaya çıkar ve gelişir. AİHM de birçok kararında 8. maddenin sağladığı koruma ile Sözleşmenin öncelikle her bireyin

¹²⁵ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61.

¹²⁶ Donnelly, **a.g.e.**, s. 30.

diğer insanlarla kurduğu ilişkiler içerisinde kişiliğini dıştan bir müdahale olmaksızın geliştirme hakkını temin etmeye çalıştığını belirtmiştir¹²⁷.

Gerçekten bireye kimliğinin ayrıntılarını kurma, kimliğini oluşturan bilgiler üzerinde hâkimiyet sahibi olma hakkını veren kişilik, ancak bireyin başka insanlarla ilişki kurmasıyla oluşup gelişebilir. Dolayısıyla kişilik hakkıyla bağlantılı olarak bireylerin başka insanlarla kurdukları ilişkiler de¹²⁸ belli bir ölçüye kadar özel hayat kavramının kapsamındadır. Nitekim bu sebeple AİHM özel hayat kavramının dar aile çerçevesinin ötesine geçen sosyal bir boyutu da içerdiğini belirtmiştir¹²⁹. Özel hayata saygı hakkı sayesinde insan, birey olarak kimliğinin ayrıntılarını kurabilme, kimliğini oluşturan bilgiler üzerinde hâkimiyet sahibi olma olanağına kavuşur¹³⁰. AİHM, insanın saygınlığına ve özgürlüğüne saygı göstermenin Sözleşmenin en derin ruhu olduğunu belirtmektedir¹³¹. Bu sebeple öngördüğü güvencelerin yorumlanmasında bireysel özerklik kavramı önemli bir ilke olan Sözleşmenin 8. maddesinde, kimliğinin ayrıntılarını kurma hakkını içerecek şekilde her bireyin özel alanına koruma sağlanmaktadır¹³².

Ayrıca bireyin bireysel özerkliğinin sağladığı özgürlükle kişiliğini özgür tercihleri doğrultusunda oluşturabilmesi, kendi özgür iradesinin yönlendirmesi ile hareket edebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan bireyin kendi kaderini tayin hakkı da özel hayat kavramının kapsamındadır¹³³. Bunun doğal sonucu olarak özel hayat kavramı bireyin zihinsel kimliği ve bu kimliğine ait bilgiler üzerindeki hakkını da kapsamaktadır.

¹²⁷ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Botta-İtalya Davası*, 24.02.1998, § 32; *N.F.-İtalya Davası*, 02.08.2001, § 39; *Von Hannover-Almanya Davası*, 27.07.2004, § 50; *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga-Belçika Davası*, 12.10.2006, § 83; *Pfeifer-Avusturya Davası*, 15.11.2007, § 33.

¹²⁸ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 49; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

¹²⁹ *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 45; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 57; *Von Hannover-Almanya Davası*, 27.07.2004, § 69; *Armoniene-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 39; *Biriuk-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 38.

¹³⁰ *Mikulic-Hırvatistan Davası*, 07.02.2002, § 54.

¹³¹ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 65; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69.

¹³² *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 70.

¹³³ *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61.

Özel hayata saygı hakkı, her bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini güvence altına almaktadır. Nitekim AİHM'nin de belirttiği gibi, özel hayatın korunması her bireyin kişiliğinin gelişimi açısından temel bir öneme sahiptir. Özel hayatın bireylerin kişiliği açısından taşıdığı önem nedeniyle, halk tarafından bilinen kişiler de diğer bireyler gibi özel hayatlarına saygı gösterilmesi konusunda 'meşru beklenti' içerisinde olabileceklerinden özel hayatın sağladığı korumadan yararlanmaktadırlar¹³⁴.

Bireylerin diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurup geliştirmesinin önemli zeminlerinden birisi bireyin *meslek hayatı*dır. Günümüzde insanların büyük bir çoğunluğunun zamanının önemli bir kısmını iş hayatında geçirmekte olması dikkate alındığında, bireyin sosyal ilişkilerini kurma olanağını özellikle iş hayatı süreci içerisinde bulması kaçınılmaz olmaktadır¹³⁵. Dolayısıyla bireyin sosyal ilişkilerini oluşturma hakkını içeren özel hayat kavramı, bireyin meslek hayatından kaynaklanan ilişkilerini de kapsamına alır¹³⁶. Nitekim AİHM, bireyin profesyonel ve mesleki uğraşlarının özel hayat kavramı dışında tutulmasını haklı gösterebilecek herhangi bir ilkenin mevcut olmadığını belirtmektedir¹³⁷. Bu durumu, bireyin profesyonel ve mesleki nitelikteki aktiviteleri ile bu nitelikte olmayan aktivitelerinin açık bir şekilde ayırt edilmesinin her zaman mümkün olmaması, mesleki ve özel faaliyetlerinin çoğu zaman iç içe geçmiş olması da desteklemektedir. Gerçekten özellikle serbest meslekle iştigal ettiği durumlarda, kişinin meslek hayatı içerisinde yaptıklarının hayatının hangi yönünü oluşturduğunu belirlemek neredeyse imkânsız hale gelmektedir¹³⁸. Diğer taraftan devlet tarafından alınan önlemlerin kişinin sadece

¹³⁴ *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 45; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 57; *Von Hannover-Almanya Davası*, 27.07.2004, § 69; *Armoniene-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 39; *Biriuk-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 38.

¹³⁵ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

¹³⁶ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 22; *Burghartz-İsviçre Davası*, 22.02.1994, § 24; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 56; *Mikulic-Hırvatistan Davası*, 07.02.2002, § 53; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 57; *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹³⁷ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 42; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65.

¹³⁸ *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 29; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 53.

mesleki faaliyetleriyle ilgili olduğundan hareketle bireye 8. madde kapsamında koruma sağlamayıp, mesleki ve özel faaliyetleri birbirinden ayıramayacak kadar iç içe geçmiş olan bir kişiye ise koruma sağlamak bireylere eşit olmayan muamelelerin yapılması sonucunu doğuracaktır¹³⁹. Nitekim *Huvig-Fransa* ve *Kopp-İsviçre* Davalarında Mahkeme hem iş, hem de özel konuşmaların dinlendiği telefon dinleme faaliyetinin özel hayata müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁰. Diğer yandan *Chappell-Birleşik Krallık* Davasında sadece iş faaliyetlerine yönelik bir arama yapılmış olmasına karşın, bu durum özel hayat kavramının dışında görülmemiştir¹⁴¹.

Bireyin sosyal kimliğinin önemli görünümlerinden birisi de *bireysel saygınlıktır*. Bireyin saygınlığı genel olarak, sosyal ilişkileri içerisinde diğer bireylerce kendisine yüklenen değeri ifade eder. Bundan dolayı bireyin saygınlığı da özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak 8. madde ile korunmaktadır¹⁴². AİHM'ne göre, bir kişinin saygınlığı, söz konusu kişi kamusal bir ilgi bağlamında eleştirilmiş olsa bile, kişisel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve bundan dolayı da özel hayatı kapsamındadır¹⁴³.

Bireyin saygınlığı konusu AİHM önüne genellikle basın organlarınca başvuruçunun kişisel saygınlığının ihlal edilmesi sonucunda gelmiş¹⁴⁴, bu davalarda Sözleşmenin 8. maddesi Mahkeme tarafından bireyin saygınlığı yönünden ele alınmıştır. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali iddiasına dayanan *Chauvy ve Diğerleri-Fransa* Davasında AİHM, bir kitabın yayımı sonucunda zarar gören kişinin saygınlığının, özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak 8. madde ile korunduğunu ve ifade özgürlüğü ile dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁵. Bu davada konu ifade özgürlüğü yönünden ele alınmış, bireyin saygınlığı ile özel hayat kavramı arasındaki ilgi belirtilmiş, ifade özgürlüğünün kullanımının özel hayata saygı hakkı ile dengeli bir şekilde kullanılması gereğine işaret edilmiştir. Yine kabul

¹³⁹ *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 29.

¹⁴⁰ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 8 ve 25; *Kopp-İsviçre* Davası, 25.03.1998, § 50.

¹⁴¹ *Chappell-Birleşik Krallık* Davası, 30.03.1989, § 26 ve 51.

¹⁴² *Chauvy ve Diğerleri-Fransa* Davası, 29.06.2004, § 70.

¹⁴³ *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007, § 33.

¹⁴⁴ *Chauvy ve Diğerleri-Fransa* Davası, 29.06.2004; *Von Hannover-Almanya* Davası, 27.07.2004; *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007.

¹⁴⁵ *Chauvy ve Diğerleri-Fransa* Davası, 29.06.2004, § 70.

edilemezliğe ilişkin *Gunnarsson-İzlanda* Davasında da, 8. maddenin saygınlığın ve onurun korunması hakkına vücut verdiği belirtilmiştir¹⁴⁶.

White-İsveç Davasında ise, iki gazetede yazılan seri makalelerde ağır bir suçlu olduğu yönünde belirli bir isnadı içeren karalayıcı ifadelerle karşı başvurucunun açtığı davanın aleyhine sonuçlanması üzerine yaptığı başvuruda kişinin saygınlığının korunması hakkı özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir¹⁴⁷. Bu davada da ifade özgürlüğünün kullanımının, özel hayata saygı hakkı ile dengeli olması gereğine işaret edilmiştir. AİHM 10. maddenin 2. fıkrasının sözünden hareketle, ifade özgürlüğünün, güvence altına aldığı hakkın yanı sıra aynı zamanda görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği, görev ve sorumlulukların medya organlarına da yüklenmiş olduğu, durumun ciddi toplumsal ilgiyi çeken konular söz konusu olduğunda bile değişmediği belirtilerek¹⁴⁸, karalayıcı ifadeler içeren yazıları yazan gazetecilerin iyi niyetli olmalarını, olağan gazetecilik yükümlülüklerine uymuş olmalarını, yazıların esasen başkaları tarafından hazırlanmış karalayıcı raporlara dayanmış olmasını, başvurucunun kendisine yapılan isnatla bağlantılı olarak tanınan bir insan olmasını dikkate almış ve yerel mahkemelerin birbiriyle yarışan bireysel yarar ile toplumsal yararı dengelemiş oldukları, dolayısıyla başvurucunun özel hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır¹⁴⁹.

Sözleşme organlarınca bireyin ismi ve soy ismi¹⁵⁰, resmi¹⁵¹, fotoğrafı¹⁵², kamusal alandaki de dâhil olmak üzere görüntüsü¹⁵³, sesi¹⁵⁴, etnik kimliği ile ırksal kökeni¹⁵⁵, cinsel kimliği¹⁵⁶, cinsel eğilimi¹⁵⁷, cinsel yaşamı¹⁵⁸, cinsel ilişkileri¹⁵⁹,

¹⁴⁶ *Gunnarsson-İzlanda* Davası, 20.10.2005.

¹⁴⁷ *White-İsveç* Davası, 19.09.2006, § 19.

¹⁴⁸ *A.k.*, § 21.

¹⁴⁹ *A.k.*, § 22 ve 30.

¹⁵⁰ *Burghartz-İsviçre* Davası, 22.02.1994, § 24; *Guillot-Fransa* Davası, 24.10.1996, § 21-22; *Bensaid-Birleşik Krallık* Davası, 21.02.2001, § 47; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.2001, § 56; *Pretty-Birleşik Krallık* Davası, 29.04.2002, § 61; *Peck-Birleşik Krallık* Davası, 28.01.2003, § 57; *Von Hannover-Almanya* Davası, 27.07.2004, § 50; *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007, § 33; *S ve Marper-Birleşik Krallık* Davası, 04.12.2008, § 66.

¹⁵¹ *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007, § 33.

¹⁵² *Murray-Birleşik Krallık* Davası, 28.10.1994, § 42; *Von Hannover-Almanya* Davası, 27.07.2004, § 50-53; *Pfeifer-Avusturya* Davası, 15.11.2007, § 34.

¹⁵³ *Peck-Birleşik Krallık* Davası, 28.01.2003, § 59-63.

¹⁵⁴ *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.2001, § 60.

¹⁵⁵ *S ve Marper-Birleşik Krallık* Davası, 04.12.2008, § 66.

eşcinsellik ve transseksüellik¹⁶⁰, çocuklu olsun veya olmasın eşcinseller ve partnerleri arasındaki ilişkiler¹⁶¹ fiziksel ve sosyal kimlik bağlamında özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. Bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini oluşturan bu değerlerine yapılan müdahalelerin özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde olduğu ve 8. maddeyi ihlal ettiği AİHM tarafından öteden beridir kabul edilmektedir. Dolayısıyla 8. maddeye dayanan hemen her davada, bireye ait bu bilgilerin özel hayatı kapsamında olduğu özel hayat kavramının kapsamına ilişkin değerlendirme yapılırken karar yerinde tekrarlanmaktadır.

Diğer yandan, aralarında aile hayatının gerektirdiği yakın kişisel bağ bulunmayan ebeveynler ile yetişkin çocukları arasındaki ilişkiler¹⁶², oldukça yaşlı ebeveynler ile çocukları arasındaki ilişkiler¹⁶³, aile hayatı kapsamına girmeyen koruyucu ebeveynler ile baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler ile bu cümleden sütanne ile baktığı çocuk arasındaki ilişki¹⁶⁴, aile hayatı kapsamı dışında kalan yakın kişisel ilişkiler¹⁶⁵, bireyin nişanlısı ile ilişkisi¹⁶⁶, aynı cinsiyete sahip kişiler arasındaki ilişkiler¹⁶⁷, ebeveynlerin çocuk yapma konusundaki tercihleri¹⁶⁸ de AİHM tarafından özel hayat kavramı kapsamında kabul edilmektedir.

¹⁵⁶ *B-Fransa Davası*, 25.03.1992, § 43-63; *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 56; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 57; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹⁵⁷ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 41; *Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19.02.1997, § 36; *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 56; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 57; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹⁵⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 41; *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 22; *Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19.02.1997, § 36; *A.D.T.-Birleşik Krallık Davası*, 31.07.2000, § 26; *Bensaid-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.2001, § 47; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 56; *Pretty-Birleşik Krallık Davası*, 29.04.2002, § 61; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 57.

¹⁵⁹ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 41; *Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık Davası*, 19.02.1997, § 36; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 66.

¹⁶⁰ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 77.

¹⁶¹ *Dudgeon-İngiltere Davası*, 22.10.1981, § 41; *Norris-İrlanda Davası*, 26.10.1988, § 38; *Modinos-Kıbrıs Davası*, 22.04.1993, § 24; *ADT-Birleşik Krallık Davası*, 31.10.2000, § 23.

¹⁶² *Slivenko-Litvanya Davası*, 09.10.2003, § 97.

¹⁶³ Komisyon Kararı: *Sijakova-Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, Başvuru No.: 67914/01, 06.03.2003.

¹⁶⁴ Komisyon Kararı: *X-İsviçre*, Başvuru No.: 8257/78, 10.07.1978. Ayrıca bkz. Kil Kelly, s. 9.

¹⁶⁵ *Znamenskaya-Rusya Davası*, 02.06.2005, § 27.

¹⁶⁶ Komisyon Kararı: *Wakefield-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 15817/89, 01.10.1990.

¹⁶⁷ Komisyon Kararı: *X ve Y-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 9369/81, 03.05.1983; Komisyon Kararı: *S-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 11716/85, 14.05.1986.

Kyriakides-Kıbrıs Davası ile *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davasında*, bireyin profesyonel aktivitelerde bulunma ehliyetini etkileyen müdahaleler ile bireyin hayatını kazanması önüne ciddi zorluklar çıkarmanın bazı şartlar altında bireyin özel hayatını dilediğince sürmesi hakkını olumsuz etkileyebileceği, dolayısıyla özel hayatına müdahale teşkil edebileceği belirtilmiştir¹⁶⁹. Yine, *Smith ve Grady-Birleşik Krallık ve Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davalarında*, bazı şartlar altında bireyin örneğin cinsel tercihleri gibi özel hayatına ilişkin sebeplerden dolayı işinden çıkarılmasının¹⁷⁰, *Simirnova-Rusya Davasında* ise, kişinin günlük hayatını sürdürürken kullandığı resmi belgelerine el konularak bu resmi belgeden yoksun bırakılmasının¹⁷¹ özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturduğuna karar verilmiştir.

2.2.4. Kişisel Bilgiler

AİHM tarafından özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilen konulardan birisi de bireyin gizli bilgileridir. Bireyin bu gizli bilgilerinin bir kısmına müdahale, içeriğini göre aile hayatını, konutunu ve haberleşmesini de ihlal etmekle birlikte, AİHM tarafından aynı zamanda özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmektedir.

AİHM sistematik olarak birçok kararında, ister kamu otoriteleri, ister gizli servisler tarafından yapılmış olsun, bir kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin, verilerin toplanıp, bu bilgilere ilişkin gizli kayıtlar ve dosyalar oluşturularak bu bilgilerin muhafaza edilmesinin ve açıklanmasının özel hayat kavramı kapsamında olduğunu belirtmiştir¹⁷². Örneğin *Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davasında*, askeri makamlar tarafından, her bir başvuruyla ve üçüncü kişilerle başvurucuların cinsel eğilimleri ve ilişkileri konusunda yapılan ayrıntılı görüşmeleri, ordu makamlarının

¹⁶⁸ *Evans-Birleşik Krallık Davası*, 07.03.2006, § 57.

¹⁶⁹ *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 50; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 54.

¹⁷⁰ *Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası*, 27.10.1999, § 71; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 55.

¹⁷¹ *Simirnova-Rusya Davası*, 24.07.2003, § 97.

¹⁷² *Leander-İsviçre Davası*, 26.03.1987, § 48; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 53; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 43, *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 57; *S ve Marper-Birleşik Krallık Davası*, 04.12.2008, § 67.

başvurucuların eşcinselliğine ilişkin olarak yürüttüğü soruşturmaların ve hazırlanan sonuç raporunun başvurucuların özel hayatlarına saygı hakkına doğrudan bir müdahale teşkil ettiğine karar verilmiştir¹⁷³. Yine *Leander-İsveç* Davasında, başvurucuya ait gizli polis sicilinde yer alan bilgiler özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilerek, bu tür bilgilerin hem gizli sicilde tutulması, hem başka kamu makamlarına verilmesi, hem de başvurucuya bu duruma itiraz edebilme olanağının verilmemesi özel hayata saygı hakkına müdahale olarak değerlendirilerek 8. maddeye aykırı bulunmuştur¹⁷⁴.

Bireyin kamusal alanda geçen yaşantısının genel görünümü de özel hayat kavramı kapsamındadır¹⁷⁵. Nitekim AİHM bireyin kamusal alanda gerçekleşen yaşantısına ilişkin bilgilerin sistematik olarak toplanmasını ve dosyalar halinde muhafaza edilmesini özel hayata saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla bir bireyin kamusal hayatında gerçekleşen yaşantısına ilişkin bir takım bilgilerin kamuya aktarılmasında kamu yararı bulunsa bile, toplumun bilgilendirilmesi hakkı bireyin kamusal alandaki yaşantısının genel sistematığı hakkında bilgilendirme hakkını içermemektedir¹⁷⁷.

Genel olarak iletişiminin takibi ve telefon görüşmelerinin dinlenmesi¹⁷⁸; gizli dinleme cihazları yardımıyla kişilerin özel konuşmalarının kaydı¹⁷⁹; bireyin özel yerlerinin aranması¹⁸⁰; üzerinin aranması ve özel eşyalarına el konulması¹⁸¹; gizli servisler ve diğer devlet organları tarafından kişisel bilgilerin ve verilerin dosyalanıp

¹⁷³ *Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası*, 27.10.1999, § 71.

¹⁷⁴ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 48.

¹⁷⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁷⁶ *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 43-44; *Peck-Birleşik Krallık Davası*, 28.01.2003, § 59.

¹⁷⁷ *Von Hannover-Almanya Davası*, 27.07.2004, § 56-80.

¹⁷⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 81; *Schenk-İsviçre Davası*, 12.07.1988, § 53; *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 32; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Lüdi-İsviçre Davası*, 15.06.1992, § 39; *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 50; *Weber ve Saravia-Almanya Davası*, 29.06.2006, § 76-79; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 51.

¹⁷⁹ *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 25; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 37; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 20; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 18; *Wood-Birleşik Krallık Davası*, 16.11.2004, § 33; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 20; *Bykov-Rusya Davası*, 10.03.2009, § 72.

¹⁸⁰ *Chappell-Birleşik Krallık Davası*, 30.03.1989, § 51. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 335.

¹⁸¹ *McLoad-Birleşik Krallık Davası*, 23.09.1998, § 36.

arşivlenmesi¹⁸²; bireyin uzak geçmişi ile ilgili olarak kamu otoriteleri tarafından sistematik olarak toplanan bilgilerin dosyalarda muhafaza altına alınması¹⁸³; bireye ait depolanmış bilgilerin sonradan kullanılması¹⁸⁴; cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren nüfus sayımı¹⁸⁵; kamu makamları tarafından bireylerin parmak izlerinin¹⁸⁶, DNA profillerinin¹⁸⁷, kan örneklerinin¹⁸⁸ toplanması kişilerin özel hayatlarına müdahale oluşturmaktadır.

2.2.5. Değerlendirme

AIHM'nin özel hayat kavramına getirdiği yorumun ilk bölümde belirtilen özel hayata saygı hakkının esasının bireysel özerklik, bireysel yarar ve bireysel güvenlikten oluştuğu yönündeki yaklaşımla uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten AIHM'nin bu yaklaşımıyla özel hayata saygı hakkı bir yandan bireyin bağımsız hareket etme özgürlüğünü korumakta, diğer yandan da hem bireyin psikolojik bütünlüğünü koruyarak kendini mutlu ve huzurlu hissetmesini, hem de özerk hayatının gizliliğini koruyarak kendini güvende hissetmesini sağlamaktadır.

AIHM tarafından özel hayat kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu yaklaşım Mahkemenin ilke koymaktan kaçınan tutumunun bir yansımasıdır. Mahkemenin bu tutumu özel hayat kavramının kalıplaşmış bir kavram haline gelmesini önlemek istemesinden kaynaklanmaktadır. Özel hayat kavramı bütün unsurları önceden ortaya konulamayacak kadar geniş bir kavram olarak ele alınmaktadır. Özel hayat kavramının geniş bir kavram olarak ele alınması, özel hayat anlayışında zamanla meydana gelen değişimlere paralel olarak özel hayat kavramı kapsamının genişletilmesine, zamanla daha fazla bireysel değer özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmesine yol açmaktadır.

¹⁸² *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 48; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 65-67; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 43-44.

¹⁸³ *Gaskin-Birleşik Krallık* Davası, 07.07.1989, § 89; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 43-44.

¹⁸⁴ *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 48; *Kopp-İsviçre* Davası, 25.03.1998, § 53; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 69; *S ve Marper-Birleşik Krallık* Davası, 04.12.2008, § 67.

¹⁸⁵ Kil Kelly, s. 11.

¹⁸⁶ *S ve Marper-Birleşik Krallık* Davası, 04.12.2008, § 86.

¹⁸⁷ *A.k.*, § 77.

¹⁸⁸ *A.k.*, § 77.

AIHM içtihatlarında özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilen bireysel değerler oldukça geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır¹⁸⁹. Mahkeme özel hayat kavramını bireyin dar bir çevrede gerçekleşen iç alanının ötesine taşıyarak, örneğin bireyin özel hayatını ilgilendirdiği ölçüde kamusal hayatının, iş hayatının, akıl sağlığının korunmasına, bireyin çevresel faktörlere karşı korunmasına, vücut dokunulmazlığına kadar genişletmiştir. Bu sebeple özel hayata saygı hakkının Sözleşme sisteminde, kişinin Sözleşmede ve eki protokollerde düzenlenen spesifik hakları kapsamına girmeyen değerlerini koruyan bir içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesini bireyin diğer hakları kapsamında değerlendirilemeyecek hususları kapsayan torba hüküm olarak ele almakta, özel hayata saygı hakkını diğer haklara nazaran genel bir hak olarak değerlendirmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımının temelini bireylerin gerçekten ve etkili bir şekilde korunmasına yönelik Sözleşmenin amacı oluşturmaktadır. Özel hayata saygı hakkının diğer haklara nazaran genel bir hak olarak ele alınması, birey ve toplum için özel hayata saygı hakkının önemini günümüzde artırmaktadır.

Özel hayata saygının korunması, her bireyin kişiliğinin gelişimi açısından temel bir öneme sahiptir. Özel hayat kavramı bireylerin belli bir düzeye kadar başka insanlarla kurduğu ilişkileri ve bu ilişkileri sürdürmeyi de içerdiğinden, özel hayata saygı hakkı ile bireye sağlanan koruma, bireyin dar hayat alanının ötesine taşınarak bireyin sosyal yönden de korunmasına olanak sağlamakta¹⁹⁰ ve özel hayata saygı hakkını *sosyal hak* haline getirmektedir. Bireyin sosyal yönü ise diğer insanlarla kurduğu iletişime ve dolayısıyla haberleşme kavramına dayanmaktadır.

AIHM'nin özel hayata saygı hakkını sadece kişinin kendine dönük yararlarını değil, aynı zamanda sosyal ilişki, beklenti ve yararlarını da içeren bir hak olarak ele alması, Sözleşme sisteminde özel hayata saygı hakkının sosyal yönünün ağırlık kazanmasına ve demokrasinin işleyişi açısından önemli bir hak haline gelmesine yol açmaktadır. Gerçekten çağdaş demokratik sistemlerde bireylerin siyasal karar alma sürecine etkin bir şekilde katılmaları bireylerin kişiliklerinin,

¹⁸⁹ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁹⁰ *Von Hannover-Almanya* Davası, 27.07.2004, § 69; *Armoniene-Litvanya* Davası, 25.11.2008, § 39; *Biriuk-Litvanya* Davası, 25.11.2008, § 38.

sosyal ilişkilerinin ve sosyal yönlerinin hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmış olmasına bağlıdır. Dolayısıyla Sözleşme sisteminde özel hayata saygı hakkı özel hayatın gizliliğini sağlayan ve bireysel bir hak olmanın ötesine geçerek *sosyal katılma hakkı* niteliği kazanmıştır.

Hukukun özel hayat kavramının sosyal boyutunun dışlaması kaçınılmaz olarak, bireylerin iletişim kurmaktan kaçınarak anti sosyalleşmesine, kendi iç alanına çekilmesine, dış dünyanın saldırılarına, küçük düşürmelerine maruz kalmasına, hayatlarını kaygı içerisinde sürdürmelerine yol açarak¹⁹¹ bireylere, topluma ve demokratik siyasal sistemin işleyişine zarar verecektir.

Nitekim *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası ile *Rotaru-Romanya* Davasında Mahkeme demokrasiyi korumak amacıyla ve terörizme karşı mücadele adına devletlerin uygun gördüğü her türlü gizli soruşturma tedbirlerine başvurmalarına olanak bulunmadığını, böyle bir durumun demokrasiyi korumak bir yana demokrasiyi zayıflatacağını ve hatta tahrip edeceğini belirtmiştir¹⁹². Bu sebeple bireylerin özel hayatlarına ağır bir müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin özellikle demokratik bir toplumda gerekliliği ve güdülen amaçla orantılılığı değerlendirilirken özel hayat kavramının Sözleşme sisteminde sahip olduğu yukarıda belirtilen geniş kapsamının, buna paralel olarak özel hayata saygı hakkının birey, toplum ve demokrasi için taşıdığı önemin göz önünde tutulması gerekir. Nitekim bu açıdan bakıldığında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin demokratik bir toplumda yaygın olarak uygulanması, toplumun potansiyel olarak dinlenme tehdidi ile karşı karşıya olduğu kaygısına düşürülmesi başlı başına demokrasi için zararlı bir durum olacaktır. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurularak korunmaya çalışılan yararların karşısında yer alan özel hayat kavramının Sözleşme sisteminde sahip olduğu geniş anlamı gözetilmek suretiyle orantılılık ilkesi ele alınmalı ve iletişimin denetlenmesi tedbirine demokratik bir toplumda ancak sınırlı hallerde ve istisnai olarak başvurulabilmeli, bu tedbire ilişkin yasal düzenlemeler sıkı koşullara ve sınırlamalara bağlı tutulmalıdır.

¹⁹¹ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık* Davası, 11.07.2002, § 77.

¹⁹² *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 49; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 59.

2.3. Aile Hayatına Saygı

2.3.1. Aile Kavramı

Aile hayatı kavramı da bütün unsurlarını içerecek şekilde tanımlanması güç bir kavramdır. Aile hayatı kavramının AİHM tarafından da yapılmış bir tanımı yoktur. Sözleşme aile hayatını, aile bireylerinin devletin keyfi müdahalesinden uzak bir biçimde, özgür olarak sürdürebilecekleri tamamen özel bir alan olması sebebiyle korumaktadır¹⁹³. AİHM aile hayatı kavramını *otonom* bir kavram olarak ele almaktadır¹⁹⁴.

Aile hayatına saygıyı garanti altına alan 8. madde öncelikle bir ailenin varlığını gerektirir¹⁹⁵. Aile hayatı kavramının otonom bir kavram olması dolayısıyla AİHM, ailenin var olup olmadığının tespitini esas itibariyle, bireyler arasında yakın kişisel bağların yaşamlarında gerçekten var olup olmadığına yönelik somut olguları değerlendirerek yapmaktadır¹⁹⁶. Aile hayatının varlığının tespitinde kullanılan temel ölçü bir arada yaşayan bireyler arasında yakın kişisel bağların bulunmasıdır¹⁹⁷. Bundan dolayı, aralarında resmi evlilik bağı bulunmayan ilişkiler gibi ulusal hukukun aile hayatı olarak tanımadığı ilişkiler açısından AİHM fiili aile bağlarını dikkate almaktadır¹⁹⁸. Temel ölçü bu olmakla birlikte, aile hayatının varlığının tespit edilmesinde, ilişkinin içerdiği diğer somut etmenler de etkili olmaktadır. Bu bağlamda, kural olarak bir arada yaşamak gayri resmi evlilik ilişkileri bakımından aile hayatının varlığı için zorunludur¹⁹⁹. Bununla birlikte ilişkinin süregelen uzunluğu, çiftlerin müşterek çocuk yaparak birbirlerine bağlılıklarını gösterip göstermedikleri gibi ilişkiye özgü olgular da ilişkinin aile hayatı olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır²⁰⁰.

¹⁹³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 14-15.

¹⁹⁴ *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

¹⁹⁵ *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda* Davası, 18.12.1986, § 55.

¹⁹⁶ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 311.

¹⁹⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁹⁸ *Johnston ve Diğerleri-İrlanda* Davası, 18.12.1986, § 56. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

¹⁹⁹ *Kroon ve Diğerleri-Hollanda* Davası, 27.10.1994, § 54.

²⁰⁰ *Kroon ve Diğerleri-Hollanda* Davası, 27.10.1994, § 54; *X, Y ve Z-Birleşik Krallık* Davası, 22.04.1997, § 36. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337-338.

Toplumsal yapının ve kültürün değişimi kaçınılmaz olarak aile anlayışını da değiştirmektedir. Bu değişim doğal olarak hukukun aile hayatına bakışında da değişime yol açmaktadır. AİHM de aile kavramındaki anlayışlarda meydana gelen değişimi göz önüne alarak, aile hayatı kavramına her somut olayın özelliğine göre ve Sözleşmede kullanılan diğer kavramlara yaklaşımındaki gibi değişen şartların ışığı altında, esnek bir yaklaşımla²⁰¹ bakmaktadır. Gerçekten günümüzde insan ilişkilerindeki çeşitlilik ne türden ilişkilerin aile hayatını oluşturduğunu önceden tüketici bir şekilde belirlemeyi imkânsız kılmaktadır. Ancak AİHM'nin aile hayatı kavramına geliştirici bir yorumla yaklaşması sonucunda gün geçtikçe daha fazla ilişki aile hayatı kapsamında değerlendirilmekte ve aile hayatı kavramının kapsamı gelişmektedir²⁰². Bundan dolayı AİHM'nin oluşturduğu içtihat hukukunda aile hayatı, dar anlamda aileyi oluşturan bireylerin birbirleriyle kurdukları ilişkilerden ibaret kabul edilmemektedir. Bu sebeple aile hayatı kavramının ulusal hukukumuzda sahip olduğu anlama nazaran AİHM içtihat hukukundaki anlamı oldukça geniştir.

AİHM'nin içtihatları ile oluşturduğu aile hayatı kavramının kapsamının, aileyi oluşturan bireyler dikkate alınarak, çiftler, çocuklar ve diğer ilişkiler bakımından sınıflandırılması mümkündür.

2.3.2. Çiftler

AİHM'ne göre, 8. maddede geçen aile hayatı kavramı, sadece resmi evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı değildir. Aile kavramının, çiftlerin resmi evlenme işlemi bulunmaksızın evlilik dışı olarak bir arada yaşadıkları fiili evlilikleri de kapsamı mümkündür²⁰³. Dolayısıyla aile kavramı, hem resmi evlilik ilişkilerini, hem de resmi evlenme olmaksızın bir arada yaşamaya dayanan gayri resmi evlilik ilişkilerini kapsamaktadır. Ulusal hukuka uygun bir evliliğin bulunmaması aile hayatının oluşumuna engel değildir²⁰⁴.

²⁰¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 14-15.

²⁰² **A.e.**, s. 15.

²⁰³ *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 56; *Keegan-İrlanda Davası*, 26.05.1994, § 44; *Kroon ve Diğerleri-Hollanda Davası*, 27.10.1994, § 30; *X, Y ve Z-Birleşik Krallık Davası*, 22.04.1997, § 36. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

²⁰⁴ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 63.

Aile hayatının varlığı için gerekli ve yeterli bağın bulunması halinde, bir ilişkinin aile hayatı olarak kabul edilmesi için aynı çatı altında yaşıyor olmak da zorunlu kabul edilmemektedir²⁰⁵. Bununla birlikte, aynı çatı altında yaşamamanın söz konusu olmadığı bir durumda, aile hayatının varlığı, ilişkinin süregelen uzunluğu, çiftlerin müşterek çocuk yaparak birbirlerine bağlılıklarını gösterip göstermedikleri gibi ilişkiye özgü diğer somut olguların varlığını gerektirmektedir²⁰⁶.

Aile hayatının varlığının tespitinde kullanılan temel ölçü, bir arada yaşayan bireyler arasında yakın kişisel bağların bulunması olduğundan, tarafların ilişkilerine yükledikleri anlam, aile hayatının varlığının tespitinde etkili olmaz. Bu bakımdan başlı başına nişanlanma aile hayatını kuran bir güce sahip değildir²⁰⁷. Nişanlılığının aile hayatını kurabilmesi için, nişanlı taraflar arasında yakın kişisel bağların bulunması gerekir. Böyle bir durumda aile hayatının varlığı, taraflar arasında nişanlılığın bulunmasından değil, taraflar arasında ilişkinin yakınlığından doğmaktadır.

2.3.3. Çocuklar

Evlilik birliği içerisinde doğan çocuk, hukuken bu evlilik ilişkisinin bir parçasıdır. Bundan dolayı çocuğun doğum anından itibaren, bu doğum sayesinde çocuk ile ebeveynleri arasında olağanüstü durumlar dışında sonraki olayların koparamayacağı aile hayatını kuran bir bağ oluşur²⁰⁸. Bu sebeple, çocuk ile annesi arasındaki ilişki bakımından, çocuğun resmi evlilik içinde doğmuş olup olmadığına bakılmaksızın, çocuk ile annesi arasındaki doğal bağ her zaman aile hayatı kavramı kapsamındadır²⁰⁹.

Çocuk ile babası arasındaki ilişkinin aile hayatı kavramı kapsamında olup olmadığı ise, çocuğun resmi evlilik ilişkisi içerisinde doğup doğmadığına göre

²⁰⁵ *Kroon ve Diğerleri-Hollanda Davası*, 27.10.1994, § 30. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰⁶ *Kroon ve Diğerleri-Hollanda Davası*, 27.10.1994, § 54; *X, Y ve Z-Birleşik Krallık Davası*, 22.04.1997, § 36.

²⁰⁷ Komisyon Kararı: *Wakefield-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 15817/89, 01.10.1990.

²⁰⁸ *Berrehab-Hollanda Davası*, 21.06.1988, § 21; *Hokkanen-Finlandiya Davası*, 23.09.1994, § 54; *Gül-İsviçre Davası*, 19.02.1996, § 32; *Ahmut-Hollanda Davası*, 28.11.1996, § 60. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 15.

²⁰⁹ *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31.

değişmektedir. Evlilik birliği içerisinde doğan çocuk hukuken bu evlilik ilişkisinin bir parçası olduğundan, resmi evlilik içerisinde doğan çocuk ile babası arasında ilişki her zaman aile hayatı kavramı kapsamındadır.²¹⁰ Resmi evlilik ilişkisi dışında doğan çocuk ile biyolojik babası arasında aile hayatının varlığı ise, çocuk ile babasının aynı çatı altında yaşaması, ebeveynleri arasındaki ilişkinin doğallığı ve babanın çocuğa ilgisi gibi aile hayatının kabulüne olanak tanıyan etmenlerin varlığına bağlıdır²¹¹. Bu sebeple çocuk ile babası arasındaki bu nitelikleri taşıyan ilişki aile hayatı kavramının kapsamındadır.

Aile hayatının varlığı için yeterli bağın bulunması halinde, çiftler arasındaki ilişkinin aile hayatı olarak kabul edilmesi için aynı çatı altında yaşıyor olmanın zorunlu olmadığına yukarıda değinilmişti. Aynı çatı altında yaşamak, kural olarak çocuklar ile ebeveynleri arasında aile hayatının varlığı için de olmazsa olmaz bir koşul değildir. Ne var ki, aynı çatı altında yaşamak, çocuklar ile ebeveynleri arasında aile hayatının varlığının tespitinde yararlanılan ölçütlerden birisi olabilir.²¹²

Diğer taraftan çocuğun korumaya alınması²¹³ ya da ebeveynlerin boşanması²¹⁴ başlı başına aile hayatını sona erdiren durumlar olarak kabul edilmemektedir. Bu türden durumlarda, aralarındaki yakın kişisel ilişkilerin sürmesi ölçüsünde çocuklar ile ebeveynleri arasında aile hayatının varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir.²¹⁵

AİHM içtihat hukukunda, evlatlık ile evlat edinen ebeveynler arasındaki ilişkiler²¹⁶ ve büyükbaba ve büyükanne ile torunları arasındaki ilişkiler, çocuk ile

²¹⁰ *Berrehab-Hollanda* Davası, 21.06.1988, § 21; *Hokkanen-Finlandiya* Davası, 23.09.1994, § 54; *Gül-İsviçre* Davası, 19.02.1996, § 32; *Ahmut-Hollanda* Davası, 28.11.1996, § 60. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 15.

²¹¹ *Keegan-İrlanda* Davası, 26.05.1994, § 42 ve 45; *Lebbink-Hollanda* Davası, 01.06.2004, § 37 ve 40.

²¹² *Berrehab-Hollanda* Davası, 21.06.1988, § 21.

²¹³ *Johansen-Norveç* Davası, 07.08.1996, § 52. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 18.

²¹⁴ *Berrehab-Hollanda* Davası, 21.06.1988, § 21. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 16 ve 18.

²¹⁵ *A.k.*, § 21.

²¹⁶ Komisyon Kararı: *X-Belçika ve Hollanda*, Başvuru No.: 6482/74, 10.07.1975; Komisyon Kararı: *X-Fransa*, Başvuru No.: 9993/82, 05.10.1992; *Pini ve Diğerleri-Romanya* Davası, 22.06.2004, § 139, 140 ve 148. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 16 ve 18.

yakın akrabaları arasındaki ilişkiler²¹⁷ de aile yaşamının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Diğer taraftan göçmenlikle ilgili olarak verilen kararlarda, aile hayatının gerektirdiği yakın kişisel bağın mevcudiyetine ilişkin ek olgular kanıtlanmadığı sürece, ebeveynler ile yetişkin çocukları arasında aile hayatının bulunmadığı kabul edilmektedir²¹⁸. Bu ilkenin genel olarak oldukça yaşlı ebeveynler ile çocukları arasındaki ilişkiler yönünden de uygulanabileceği, bu bakımdan bu kişiler arasındaki ilişkilerin de kural olarak aile hayatı kavramı kapsamında olmadığı belirtilmektedir²¹⁹.

2.3.4. Diğer İlişkiler

Aile hayatı kavramına belli şartlarda, kardeş²²⁰ ve amca, dayı, hala, teyze²²¹ ile ilişkilerin de dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bu kişiler arasındaki ilişkilerin aile hayatı olarak kabul edilmesi, yakın kişisel bağların varlığı, ilişkilerin yakınlığı ve sürekliliği, kişilerin bir arada yaşaması gibi aile hayatının varlığını kabule olanak tanıyan somut olguların varlığına bağlıdır. Bu bakımdan AİHM'nin geleneksel yaklaşımı, aile hayatı kapsamı dışında kalan yakın kişisel ilişkilerin özel hayat kavramı kapsamında olduğu yönündedir²²². Bu bağlamda aynı cinsiyete sahip kişiler arasındaki ilişki²²³, bir mahkûmla nişanlısı arasındaki ilişki²²⁴, sütanne ile baktığı çocuk arasındaki ilişki²²⁵ aile hayatı kapsamında kabul edilmeyerek, özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir.

²¹⁷ Komisyon Kararı: *Price-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 12402/86, 09.03.1998; *Bronda-İtalya* Davası, 09.06.1998, § 51.

²¹⁸ *Slivenko-Litvanya* Davası, 09.10.2003, § 97.

²¹⁹ Komisyon Kararı: *Sijakova-Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, Başvuru No.: 67914/01, 06.03.2003.

²²⁰ *Moustaquim-Belçika* Davası, 18.02.1991, § 36. Ayrıca bkz.: Kil Kelly, s. 18.

²²¹ *Boyle-Birleşik Krallık* Davası, 28.02.1994, § 41 ve 47. Ayrıca bkz.: A.e.

²²² *Znamenskaya-Rusya* Davası, 02.06.2005, § 27.

²²³ Komisyon Kararı: *X ve Y-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 9369/81, 03.05.1983; Komisyon Kararı: *S-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 11716/85, 14.05.1986.

²²⁴ Komisyon Kararı: *Wakefield-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 15817/89, 01.10.1990.

²²⁵ Komisyon Kararı: *X-İsviçre*, Başvuru No.: 8257/78, 10.07.1978.

2.3.5. Değerlendirme

Aile hayatı, aile hayatının temelinde yer alan evlilik ve cinsel hayat özel hayatın önemli görünüm şekillerinden ve büyük oranda gerçekleşme alanlarından birisidir. Sözleşme bireyin aile içerisinde sürdürdüğü hayatını, aile bireylerinin toplumsal alandan önemli ölçüde bağımsız, devletin keyfi müdahalesinden uzak bir biçimde, özgür olarak serbestçe yaşadığı bir özel hayat alanı olması sebebiyle korumaktadır. Aile hayatını beraber yaşadığı kişilerin kendisine yakınlığı, aile hayatının sağladığı şefkat ve güvenlik duygusu sebebiyle evlilik ve aile hayatı bireyin için çok önemlidir. Aile hayatı büyük ölçüde bireyin iç alanında yer alır ve birey aile hayatı içerisinde geniş bir serbestlikten yararlandığından aile hayatının mahremiyeti oldukça fazladır. Buna paralel olarak bireyin aile hayatının mahremiyeti konusundaki beklentisi de oldukça yüksektir.

Aile hayatı kavramı otonom bir kavram olarak ele aldığından AİHM aile hayatı kavramını geliştirici bir yorumla ele almış ve zamanla daha fazla ilişki aile hayatı kapsamında değerlendirilerek aile hayatı kavramının kapsamı genişletilmiştir. Gerçekten Sözleşme siteminde aile hayatı sadece çekirdek aileyi, evlilik ise sadece resmi evliliği ifade etmemektedir. Bu durumun iletişimin denetlenmesi açısından bir takım sonuçlara yol açması kaçınılmaz görünmektedir.

AİHM, 8. madde bağlamında aile üyeleri arasında gerçekleştirilen telefon konuşmalarına yapılan müdahaleyi hem aile hayatına hem de haberleşmeye müdahale olarak değerlendirmektedir²²⁶. Bu sebeple AİHM'nin aile hayatı kavramına yaklaşımı, bireyin iletişim kurduğu kişilerin aile bireyleri olup olmamasına göre, haberleşmeye saygı hakkına yaklaşımını da etkilemektedir. Farklı bir söyleyişle, AİHM'nin aile hayatı kavramına getirdiği geniş yorum sayesinde bireyin hem aile hayatına saygı hakkı, hem de haberleşmeye saygı hakkı kapsamına giren iletişimi sayısal olarak artırmakta ve bireyin bu türden iletişimine çift katmanlı koruma sağlanmaktadır. Bu durumun pratik önemi, aile bireylerinin iletişimlerine

²²⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 26; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 72.

müdahale ile aile dışı bireylerin iletişimlerine müdahaledeki demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık değerlendirmesi yapılırken ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten aile bireyleri arasındaki iletişime müdahaleyi gerektiren toplumsal ihtiyaç baskısının ölçüsü ve aile bireyleri arasındaki iletişime müdahaleyle ulaşılmak istenen amaç arasında adil denge kurmanın ölçüsü, diğer iletişimler için olanlarla aynı değildir. Özel hayata yapılan müdahalenin etkilediği bireysel değerler kişi için önemi oranında, müdahalenin gerekliliğini ve haklılığını açıklamak zorlaşmaktadır²²⁷.

Diğer yandan bireyin haberleşmesi ile birlikte aile hayatını da ihlal eden bir müdahale öngörme konusundaki devletin takdir yetkisi, sadece aile hayatını ya da sadece haberleşmeyi ihlal eden bir müdahale öngörme konusundaki takdir yetkisine oranla azalmaktadır. Çünkü adil denge kurulurken aile bireylerine ait iletişime müdahalede bireye ait iki değer, diğer iletişimlere müdahalede ise bir değer bu müdahaleden etkilendiği göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla AİHM'nin aile hayatı kavramına yaklaşımı aile bireyleri yönünden iletişimin denetlenmesi olanağını sınırlayan bir etkiye yol açmaktadır.

Diğer yandan AİHM'nin evliliği sadece resmi evlilik olarak değerlendirmemesi karşısında, iletişimlerine müdahale edilmesi mümkün olmayan kişiler bakımından ulusal mevzuatın resmi eş ile gayri resmi eş arasında ayırım yapması pek mümkün gözükmemektedir. Zira böyle bir durumda resmi eş ile gayri resmi eş arasında ayırım yapan mevzuatın demokratik toplumda gerekliliğini kanıtlama yükü taraf devlet üzerinde olup, taraf devletin Mahkeme önünde bu olguyu uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçelerle ortaya koyması gerekmektedir²²⁸. Bu sorun bir yönüyle de, mevzuatın resmi eş ile gayri resmi eş arasında tanıklıktan çekinme hakkı ve dolayısıyla iletişimin denetlenmesi yasağına ilişkin olarak yaptığı ayırımı da ilgilendirmektedir.

²²⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 145.

²²⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54: “Mahkeme’nin görevi, belirtilen ilkeler çerçevesinde, müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin Sözleşme’nin 8/2. fıkrasıyla ‘ilgili’ ve bu çerçevede ‘yeterli’ olup olmadıklarını saptamaktır.” Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, 4 c., İstanbul, Legal, 2004, C. I, s. 431. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 379; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 348.

2.4. Konuta Saygı

2.4.1. Konut Kavramı

Konut kavramı, özel hayat ve aile yaşamı kavramları gibi *otonom* bir kavram olup²²⁹, bireyin özel hayatını sürdürdüğü ve belli ölçülerde mesleki ve ticari faaliyetlerde bulunduğu²³⁰, aralarında yeterli düzeyde ve süregelen bağ bulunan, bireyin sürekli olarak yaşadığı belirli bir yerdir²³¹. Diğer yandan Mahkeme uygulamalarında konut kavramı bireylerin etkin bir şekilde korunmasının temini bakımından geniş bir şekilde yorumlanmaktadır²³². Bu sebeple 8. maddede geçen konut kavramı, yaşanan bütün özel yapıları kapsamına alması mümkün bir anlama sahiptir²³³.

Bununla birlikte konut kavramının geniş yorumlanması, makul ve ölçülü olmayan bir yorum düzeyine vardiirilemez. Dolayısıyla konut kavramının yorumu, geniş olmakla birlikte makul ve ölçülü olmalıdır. Nitekim 8. maddede öngörülen konut kavramının hâlihazırda mevcut olan bir yapıyı ifade ettiği, dolayısıyla konut kavramının bireyi konut sahibi yapmak konusunda devleti yükümlü görececek ölçüde²³⁴ ya da henüz inşa edilmemiş, oturma amacıyla yapımı planlanan bir yapının inşa edileceği toprak parçasını, aile köklerinin bulunduğu yöreyi içerecek ölçüde²³⁵ geniş yorumlanamayacağı Sözleşme organlarınca belirtilmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesi bireyin konutuna saygı gösterilmesi hakkını korumaktadır. Konut genellikle fiziksel alanı belirlenip, sınırlanmış bir yerdir. Fiziksel olarak sınırlanmış bu alan, bireyin içerisinde özel ve aile hayatını yaşadığı ve geliştirdiği yerdir. Bu sebeple bireyin konutuna saygı hakkı, sadece bu fiziksel alanının korunmasını içeren bir anlama sahip değildir. Konuta saygı hakkı aynı zamanda, bireyin bu alanda sakin ve huzurlu bir şekilde yaşamını sürdürme hakkını da kapsamına alır. Dolayısıyla konuta saygı hakkına yapılan müdahaleler, bireyin

²²⁹ Prokopovich-Rusya Davası, 18.11.2004, § 36.

²³⁰ Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, § 29 ve 31.

²³¹ Gillow-Birleşik Krallık Davası, 24.11.1986, § 46; Buckley-Birleşik Krallık Davası, 25.09.1996, § 54; Prokopovich-Rusya Davası, 18.11.2004, § 36.

²³² Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, § 31; Demades-Türkiye Davası, 31.07.2003, § 33.

²³³ Kilkelly, *a.g.e.*, s. 64.

²³⁴ Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 340.

²³⁵ Loizidou-Türkiye Davası, 18.12.1996, § 66.

konutuna izinsiz girilmesi gibi, bu alanın fiziki sınırları içerisinde gerçekleşen müdahalelerle sınırlı kabul edilemez. Bireyin konutunda rahat yaşama hakkını ihlal eden müdahaleler de konuta saygı hakkını ciddi bir şekilde ihlal eden müdahalelerdir. Bu bakımdan, bireye ait sınırları belirli fiziki alan içerisinde gerçekleşmeyen, ancak bireyin bu fiziki alanı içerisinde sürdürdüğü yaşamı üzerinde olumsuz etki ve sonuçları bulunan gürültü, çevresel atık, koku, yoğun çevresel kirlilik ve buna benzer başka rahatsızlık verici olgular da bireyin konutuna saygı hakkına müdahale teşkil eder.²³⁶ Bu açıdan bakıldığında konut kavramı, bireyin özel hayatının kalitesini²³⁷, refahını²³⁸ da içeren bir anlama sahiptir.

Sonuç olarak konuta saygı hakkının amacının, bireyin sakin, huzurlu, kaliteli ve refah içinde yaşama hakkının temini için, içerisinde özel ve aile yaşamını sürdürdüğü fiziksel alanı, bu fiziksel alanın içinde veya dışında gerçekleşen müdahalelere karşı korumak olduğu söylenebilir.

2.4.2. Kapsamı

AIHS bakımından konut kavramı, özel hayat ve aile hayatı kavramları gibi özerk bir kavram olduğundan ulusal hukuklarda yapılan sınıflandırmalara dayanmamaktadır. Bu bakımdan Sözleşme organlarının içtihat hukukunda 8. maddede bakımından konut kavramı, yasalara uygun bir şekilde oturlan ve yasalara uygun bir şekilde kurulmuş yerlerle sınırlı değildir. Dolayısıyla oturmaya özgülenmiş olsun ya da olmasın, bireyin yaşadığı yer Sözleşmenin 8. maddesinde koruma altına

²³⁶ *Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1990, § 40; *Lopez Ostra-İspanya Davası*, 09.10.1994, § 51; *Hatton ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.2003, § 96; *Moreno Gomez-İspanya Davası*, 16.11.2004, § 53; *Giacomelli-İtalya Davası*, 02.11.2006, § 76. Bu davalarda genellikle çevresel problemler özel hayat ve konut kavramlarıyla ilişkilendirilmiştir. Buna karşın *Lopez Ostra-İspanya* davasında yoğun çevresel kirliliğin bireylerin sağlıklarını ciddi bir şekilde tehlikeye atmanın dışında, özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyebileceği, bireylerin refahını ve konutlarının tadını çıkarmalarını engelleyebileceği belirtilerek, bireyin özel hayatı, aile hayatı ve konutu birbiriyle ilişkilendirilmiştir. Bkz. *A.k.* § 51. Diğer taraftan *Guerra ve Diğerleri-İtalya* davasında, çevresel sorunlar özel hayat ve aile hayatı kavramlarıyla ilişkilendirilmiştir: *Guerra ve Diğerleri-İtalya Davası*, 19.02.1998, § 57. Bu davada, kimyasal atıkların çevresel etkilerinin hem alan bakımından hem de toplumsal olarak geniş boyutlu olması, başvuruçuların kırk bir kişiden oluşması ve özel hayatlarının, aile hayatlarının ve yaşam haklarının ihlali iddiasına dayanmaları dikkate alınarak bu sonuca varıldığı söylenebilir.

²³⁷ *Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1990, § 40.

²³⁸ *Lopez Ostra-İspanya Davası*, 09.10.1994, § 51.

alınan konut kavramının kapsamına dâhildir. Bir yerin konut olup olmadığı, belirli bir yerle yeterli düzeyde ve süregelen bağın bulunması gibi somut olgulara dayalı olarak belirlenir.²³⁹

Prokopovich-Rusya Davasında, aralarında resmi evlilik olmaksızın birlikte yaşadığı arkadaşına, devlet tarafından tahsis edilen daireye 1988 yılında arkadaşı ile birlikte taşınan ve arkadaşının 1998 yılındaki ölümüne kadar bu evde arkadaşı ile birlikte karı koca hayatı yaşayan başvurucunun, arkadaşının ölümünün ardından evin ölen arkadaşına adına tahsis edilmiş olması ve kendisi adına tahsisinin bulunmaması gerekçesiyle yerel kamu otoritesince zorla bu evden çıkartılması ve iç hukukun bu evi başvurucunun konutu olarak tanımaması olayında, bu evle yeterli düzeyde ve süregelen bağının bulunması sebebiyle evin başvurucunun konutu olduğuna karar verilmiştir.²⁴⁰ Mahkeme bu davada, başvurucunun bu evde yaşadığı süre, eşyalarını arkadaşısıyla ortaklaşa alması, evin bulunduğu muhitte arkadaşısı ile evli sanılmaları, arkadaşısıyla karı koca hayatı yaşamış olmaları, evin geçimini arkadaşısı ile ortaklaşa sağlamaları gibi somut olguları dikkate alarak bu sonuca varmıştır.

Buckley-Birleşik Krallık Davasında ise roman asıllı olup tüm yaşamı boyunca karavanlarda yaşamış ve küçük bir çocukken ebeveynleri ile birlikte gezgin hayatı yaşayarak halen kendi mülkü olan bir araziye karavanını park etmiş olan başvurucunun, satın aldığı başka bir araziye karavanları ile yerleşmesine izin verilmesi yönündeki talebinin yerel makamlarca reddedilmesi olayında, yaşadığı karavanlarla yeterli düzeyde ve süregelen bağının bulunması sebebiyle karavanların başvurucunun konutu olduğuna, dolayısıyla konutuna saygı hakkına müdahale edildiği sonucuna varılmıştır²⁴¹. Bu davada da, başvurucunun geleneksel gezgin yaşam tarzı, karavanları dışında yaşadığı bir yerin bulunmaması, başvurucunun tekrar gezgin hayatına dönme olasılığı gibi somut etkenler dikkate alınmıştır.

²³⁹ *Gillow-Birleşik Krallık* Davası, 24.11.1986, § 46; *Buckley-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.1996, § 54; *Prokopovich-Rusya* Davası, 18.11.2004, § 36.

²⁴⁰ *Prokopovich-Rusya* Davası, 18.11.2004, § 37.

²⁴¹ *Buckley-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.1996, § 54 ve 60. Ne var ki bu davada, idarenin başvurucuya resmi karavan sitesine yerleşmesi konusunda öneride bulunması dikkate alınarak, başkalarının haklarının korunmasına ilişkin toplumsal yarar ile yarışan bireysel yarar arasında adil denge kurulması konusunda idarenin takdir hakkını yerinde kullandığı, bu sebeple müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna varılarak, üç oya karşı altı oyla Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Her iki davada da konut kavramının otonom bir kavram olduğu, Sözleşmede öngörülen konut kavramının kapsamının iç hukukta öngörülen konut kavramına göre belirlenmeyeceğı ve konut kavramının yasalara uygun bir şekilde oturulan ve yasalara uygun bir şekilde kurulmuş yerlerle sınırlı olmadığı vurgulanmıştır.

Diğer yandan bir avukatın bürosunda arama yapılmasına ilişkin olan *Niemietz-Almanya* Davasında konut kavramı yorumlanarak, konut kavramının işyerini de kapsamına alan geniş anlamlı bir kavram olduğu değerlendirilmiştir. AİHM bu kararında, konut kavramının geniş yorumlanmasını gerekçelendirirken, bir yandan somut olgulardan, bir yandan da Sözleşmenin amacından hareket etmiştir. Mahkeme öncelikle, bireyin profesyonel ve mesleki faaliyetleri ile bu nitelikte olmayan faaliyetlerinin açık bir şekilde ayırt edilmesinin her zaman mümkün olmasını, bireyin mesleki ve özel faaliyetlerinin çoğu zaman iç içe geçmiş olmasını, özellikle Almanya olmak üzere bazı Sözleşmeciler Devlette konut kavramının mesleki faaliyetlerin yürütüldüğü alanları da kapsayacak şekilde geniş yorumlandığını dikkate almıştır. Mahkeme, konut kavramının dar yorumunun, özel hayat kavramının dar yorumlanması gibi, bireylere eşit olmayan muamelelerin yapılması riskine yol açacağını²⁴², 8. maddenin temel konusu ve amacının bireylerin keyfi müdahalelere karşı korunması olduğunu dikkate alarak Sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi ve bireylerin keyfi müdahalelere karşı korumasız bırakılmaması için konut kavramının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir²⁴³. Bu davada başvuru konut kavramında değerlendirildiğinden, işyerinde yapılan arama konuta müdahale olarak değerlendirilmiştir.²⁴⁴

Bu bakımdan Sözleşme organlarına göre 8. maddedeki anlamıyla konut kavramı, yasalara uygun bir şekilde oturulan ve yasalara uygun bir şekilde kurulmuş yerlerle sınırlı olmayıp, işyerleri²⁴⁵, karavanlar²⁴⁶ ve diğer sabit olmayan yerler²⁴⁷

²⁴² *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 30.

²⁴³ *A.k.*, § 31.

²⁴⁴ *A.k.*, § 33.

²⁴⁵ *A.k.*, § 33.

²⁴⁶ *Buckley-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.1996, § 54.

²⁴⁷ *Chapman-Birleşik Krallık* Davası, 18.01.2001, § 71 ve 74.

gibi geleneksel olarak konut kavramı kapsamında değerlendirilmeyen yerleri de kapsamına almaktadır.

Diğer yandan bireyin özel hayatını yaşadığı yerin sadece bir yerle sınırlı olmaması mümkündür. Bu bağlamda, bir kişinin zamanını birden fazla evde geçirmesi ya da genel olarak oturduğu evi dışındaki başka bir evle güçlü duygusal bağlar kurarak bu eve konutu nazarıyla bakması gibi durumlarda, bireyin yaşadığı yerler arasında kesin ayrımların yapılamaması mümkündür. Bu gibi durumlar dikkate alınarak, bireyin kullandığı ikinci evler ve tatil evleri de dâhil olmak üzere, kullandığı tüm evler konut kavramı kapsamında kabul edilmektedir²⁴⁸.

Menteş ve Diğerleri-Türkiye Davasında, kış aylarında köyden ayrılma ve yaz aylarında köye dönme şeklindeki bölgesel yaşam tarzı, başvurunun güçlü aile bağları ve ikamet şekli, yaz aylarında köyüne döndüğünde kendisine ait evi olmaması nedeniyle kayınpederinin evinde kalması, bu evde her yıl yaz aylarında düzenli olarak yaşaması gibi olgular dikkate alınarak başvurucuya ait olmayan ve başvurunun sürekli yaşamadığı kayınpederine ait ev konut olarak değerlendirilmiştir²⁴⁹. Bu bağlamda, bireyin belirli bir yerde sürekli yaşaması ve yaşadığı yerin kendisine ait olması o yerin konutu olup olmadığının belirlenmesinde ölçü olarak kullanılmakla birlikte, bu olguların bir yerin konut olarak kabulü için zorunlu koşullar olmadığı ilkesel olarak söylenebilir. Diğer bir söyleyişle, bu kararda ulaşılan sonuç davanın spesifik şartları ve başvurunun yaşamının kendine özgü durumuna bağlı olarak gelişmişse de, bu karardan bireyin sürekli yaşamadığı ve kendisine ait olmayan yerlerin de konut kapsamında değerlendirilebileceği, konut olarak kabul edilebilmesi için, bireyin bu türden bir yer ile yeterli düzeyde ve süregelen bağının bulunması gerektiği sonucuna varılabilir²⁵⁰.

AIHM kararlarında, telefon dinleme²⁵¹, kişinin konutunda huzur içinde yaşamasına olumsuz etkisi bulunan çevresel sorunlar²⁵², evlerin kasıtlı olarak yakılıp

²⁴⁸ *Demades-Türkiye* Davası, 31.07.2003, § 33.

²⁴⁹ *Menteş ve Diğerleri-Türkiye* Davası, 28.11.1997, § 34 ve 73.

²⁵⁰ *Gillow-Birleşik Krallık* Davası, 24.11.1986, § 46; *Buckley-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.1996, § 54; *Prokopovich-Rusya* Davası, 18.11.2004, § 36.

²⁵¹ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 41.

yıkılması²⁵³, konutla ilgisi bulunan kişisel eşyaların korunmasında başarısızlık²⁵⁴, evlerinden çıkartılmış kişilerin evlerine dönmesine izin verilmemesi²⁵⁵, konutta yapılan arama²⁵⁶ konuta saygı hakkına müdahale olarak değerlendirilmektedir.

Diğer yandan kamulaştırma²⁵⁷, kira bedeli²⁵⁸ gibi kişinin konutunu belirli ölçülerde etkileyen ancak daha çok mülkiyet hakkını ilgilendiren durumlar konuta saygı kapsamında değil, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

2.4.3. Değerlendirme

AIHM Sözleşmede geçen diğer otonom kavramlara yaklaşımına paralel olarak geniş ve geliştirici yorum yöntemiyle konut kavramının kapsamını belirlemiştir. Konut kavramının geniş yorumlanması Sözleşmenin bireylerin etkin bir şekilde korunmasını sağlama amacı doğrultusunda bireysel özgürlüğün daraltılmamasına hizmet etmektedir. Diğer yandan Mahkemenin konut kavramı kapsamında değerlendirilemeyecek hususların konut kavramı kapsamına dahil edilmesi seviyesine varan bir yorum yapmadığı; uyguladığı geniş ve geliştirici yorumu makul ve ölçülü yorumla sınırlandırdığı söylenebilir.

Sözleşmenin 8. maddesi konuta saygı hakkı ile esas itibariyle bireyin yaşamını sürdüğü fiziki alana yapılabilecek müdahaleler yönünden bireyin korunmasını sağlamaktadır. *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında Mahkeme iletişimin denetlenmesinin özel hayat, aile hayatı ve haberleşmeyle birlikte konuta da müdahale teşkil ettiğini açıkça belirtmiştir²⁵⁹. Gerçekten konutundan gerçekleştirdiği

²⁵² *Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1990, § 40; *Lopez Ostra-İspanya Davası*, 09.10.1994, § 51; *Hatton ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.2003, § 96; *Moreno Gomez-İspanya Davası*, 16.11.2004, § 53; *Giacomelli-İtalya Davası*, 02.11.2006, § 76.

²⁵³ *Akdıvar ve Diğerleri-Türkiye Davası*, (Esas Hakkında), 16.09.1996, § 88; *Selçuk ve Asker-Türkiye Davası*, 24.04.1998, § 86; *Bilgin-Türkiye Davası*, 16.11.2000, § 108.

²⁵⁴ *Novoseletskiy-Ukrayna Davası*, 22.02.2005, § 89.

²⁵⁵ *Kıbrıs-Türkiye Davası*, 10.05.2001, § 175.

²⁵⁶ *Chappell-Birleşik Krallık Davası*, 30.03.1989, § 50-51; *Funke-Fransa Davası*, 25.02.1993, § 48; *Murray-Birleşik Krallık Davası*, 28.10.1994, § 88.

²⁵⁷ *Mehmet Salih ve Abdülsamet Çakmak-Türkiye Davası*, 29.04.2004, § 22; *Mutlu-Türkiye Davası*, 10.10.2006, § 23. Karş.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 340.

²⁵⁸ *Langborger-İsveç Davası*, 22.06.1989, § 39.

²⁵⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41: “Açıktır ki, gizli önlem alma yetkilerinden biri belirli bir kişiye bir kez uygulandığında, bireyin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı hakkını kullanmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale meydana getirecektir. ...

iletişim bireyin konutu içerisinde sürdürdüğü yaşantısının bir parasıdır²⁶⁰. Dolayısıyla bireyin konutundan gerçekleştirdiği iletişime yapılan müdahale, bireyin konutu içerisinde huzurlu ve güvenlik içerisinde yaşama hakkına müdahale teşkil eder.

Mahkemenin bireyin özel hayat değerlerine yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini ve güdülen meşru amaçla orantılılığını değerlendirirken, aşağıda da değinileceği gibi, müdahale edilen hakkın içeriğini de göz önünde tutmaktadır. Dolayısıyla müdahaleden hem haberleşmenin hem de konutun etkilenmesi halinde yapılan müdahalenin mahiyeti de ağırlaştığından, müdahalenin meşruluğu daha ciddi toplumsal gereksinimlerin varlığını gerektirmektedir. Tekrara düşmemek bakımından bu konuda aile hayatı kavramına ilişkin yapılan değerlendirmelerin konut kavramı içinde de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

2.5. Haberleşmeye Saygı

2.5.1. Haberleşme Kavramı

AIHS'nin resmi Fransızca ve İngilizce metinlerinde geçen 'correspondance' ve 'correspondence' sözcükleri sözlük anlamıyla ele alındığında mektup yoluyla yapılan yazışmayı ifade ettiğinden her türlü bireysel iletişimi kapsamayan bir anlama sahip grnmektedir²⁶¹. Bu yönüyle Sözleşmenin düzenlemesi uluslararası hukukta yaygın olan eğilime, özellikle Sözleşmenin 8. maddesinin esinlendiği İHEB'nin 8. maddesindeki düzenlemeye paralel bir dzenlemedir²⁶². Gerçekten AIHS'nin haberleşme kavramını kullanması, tarihsel olarak pozitif hukuka ilk önce posta yoluyla yapılan iletişimin korunmasına ilişkin düzenlemelerin girmesinden kaynaklanan geleneksel bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bununla birlikte Sözleşmenin haberleşme kavramını kullanması, özel hayatın unsuru

Mahkeme, itiraz konusu yasayla imkân verilen önlemlerin , kişinin konuta saygı hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturabileceğini gözden uzak tutmamıştır.” eviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 258.

²⁶⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 292.

²⁶¹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 141; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341.

²⁶² Ruiz, **a.g.e.**, s. 141.

olan iletişimi mektupla yapılan iletişimle sınırlandırmış olması şeklinde yorumlanmamaktadır.

Diğer yandan Sözleşmenin 8. maddesinde koruma altına alınan haberleşme kavramı 10. maddede düzenlenen gazete, televizyon, radyo gibi araçlarla yapılan kitle haberleşmesi kavramından farklı bir kavramdır²⁶³. 8. maddede öngörülen haberleşme kavramı, özel hayatın unsurlarından birisini teşkil eden ve bireyin diğer bireylerle ilişkilerini de içeren özel hayat alanına dahil olan, dolayısıyla hem devlet hem de üçüncü kişiler bakımından posta dokunulmazlığını da kapsayacak şekilde bireysel özel haberleşmenin gizliliğini ifade eden bir kavramdır²⁶⁴.

2.5.2. Sözleşme Organlarının Yaklaşımı

Sözleşme organları haberleşme kavramını tanımlarken, haberleşme kavramının sözlük anlamına itibar etmemişlerdir. Konuyla ilk defa karşılaştıklarından²⁶⁵ itibaren hem Komisyon hem de Mahkeme haberleşme kavramının kapsamını betimsel anlamının ötesine doğru genişletme, her türlü sözlü ve yazılı gönderiyi içeren bir kapsama sahip kılma çabası içerisinde olmuştur²⁶⁶.

Sözleşme organlarına göre haberleşme daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın spesifik bir yönünü oluşturmaktadır²⁶⁷. Bu sebeple Sözleşme organlarına göre haberleşme geniş bir yaklaşımla ele alınması gereken²⁶⁸ bir kavram olup, mektuplaşmanın²⁶⁹ yanı sıra, faks²⁷⁰, telgraf²⁷¹, teleks²⁷² görüşmeleri, telefon

²⁶³ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341.

²⁶⁴ Sözüer, **a.g.e.**, s. 70.; İçel, **a.g.e.**, s. 47.

²⁶⁵ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası; Komisyon karar tarihi: 09.03.1977, Mahkeme karar tarihi: 06.09.1978.

²⁶⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 41: ‘Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında telefon görüşmelerinden açıkça söz edilmediği halde Mahkeme, Komisyon’un da kabul ettiği gibi, bu fıkradaki ‘özel yaşam’ ve ‘haberleşme’ kavramlarının bu tür konuşmaları da kapsadığını kabul etmektedir.’ Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 257. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 142; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 293.

²⁶⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341.

²⁶⁸ Komisyon Kararı: *Klass ve Diğerleri-Almanya*, 09.03.1977, § 62.

²⁶⁹ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 84.

²⁷⁰ *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 01.10.2008, § 56.

²⁷¹ Komisyon Kararı: *Y-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 6870/75, 14.05.1977. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 143.

²⁷² Komisyon Kararı: *Campbell Christie-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 21482/93, 27.06.1994. Bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 19.

konuşmalarının dinlenmesi²⁷³ ve gizli dinleme araçlarıyla kaydı²⁷⁴, telesekreter kayıtları²⁷⁵, e-mail ve internet kullanımı²⁷⁶ gibi her türlü kapalı kanal özel iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilen özel nitelikli haberleşmeyi de kapsamına almaktadır.

Haberleşmeye saygı hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır²⁷⁷. Dolayısıyla haberleşmeye saygı hakkı, kişinin özel haberleşmesinin gizliliğinin korunmasını amaçlar²⁷⁸. Özel haberleşmenin gizliliğinin korunması söz konusu olduğundan özel iletişimle ilgili her türlü konu doğal olarak haberleşmenin kapsamındadır²⁷⁹. Bu sebeple 8. madde haberleşmenin içeriğinden ziyade haberleşmenin gerçekleştirilmesinin yol ve yöntemlerinin korunmasına, kişilerin güvenlik içerisinde iletişim kurmasının sağlanmasına, haberleşmenin kontrol edilmemesini temin etmeye yöneliktir²⁸⁰. Dolayısıyla özel haberleşmenin 8. madde kapsamında olması, haberleşmenin içeriğine, müdahalenin ölçüsüne, bireyin hangi hayat alanına ilişkin olduğuna, iletişim kuran kişilerin kimliğine bağlı değildir²⁸¹.

Nitekim Sözleşme organları üçüncü bir kişinin görüşmelerinin tespiti amacını taşısa²⁸², içeriği suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili olsa²⁸³ dahi içeriğine ve amacına bakılmaksızın kişinin haberleşmesinin 8. madde kapsamında olduğunu kabul etmekte ve haberleşmeye müdahalenin ortaya çıkması için asgari bir ölçünün öngörülemeyeceğini, bir mektubu salt açmanın bile müdahalenin oluşması için

²⁷³ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 41; *Malone-Birleşik Krallık* Davası, 02.08.1984, § 64; *Schenk-İsviçre* Davası, 12.07.1988, § 52; *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 32; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç* Davası, 25.02.1992, § 72; *A-Fransa* Davası, 23.11.1993, § 37; *Halford-Birleşik Krallık* Davası, 25.06.1997, § 44; *Kopp-İsviçre* Davası, 25.03.1998, § 50; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 44.

²⁷⁴ *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.2001, § 37.

²⁷⁵ *Taylor ve Sabori-Birleşik Krallık* Davası, 22.10.2002, § 18.

²⁷⁶ *Copland-Birleşik Krallık* Davası, 03.07.2007, § 44; *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 01.10.2008, § 56.

²⁷⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 19.

²⁷⁸ Komisyon Kararı: *B.C.-İsviçre*, Başvuru No.: 21353/93, 27.02.1995.

²⁷⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 126.

²⁸⁰ Dutertre, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 20.

²⁸¹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 20.

²⁸² *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 26.

²⁸³ *A-Fransa* Davası, 23.11.1993, § 35-37.

yeterli olduğunu²⁸⁴ belirtmektedir. Haberleşmeye saygı hakkına müdahaleden söz edebilmek için, müdahalenin sadece iletişimin içeriğine yapılması gerekli görülmeyip, iletişimin kurulma tarihi, zamanı, uzunluğu, aranan numaralar gibi telefonla yapılan iletişimin bütünsel unsurlarını teşkil eden bilgiler de 8. madde kapsamında değerlendirilmekte²⁸⁵ ve bu bilgilere müdahale haberleşmeye saygı hakkına müdahaleyle birlikte kişisel verilerin toplanması niteliğinde kabul edilmektedir²⁸⁶.

Yine Sözleşme organları iletişimin 8. madde kapsamında kabul edilebilmesi için kişinin özel hayatı ile iş hayatı arasında bir ayırım yapmamakta, Sözleşmenin amacını gözeterek ister özel ister işyeri telefonu ile yapılsın, iş hayatıyla ilgili telefon görüşmelerini de haberleşmeye saygı hakkı kapsamında kabul etmektedir²⁸⁷. Burada avukatların müvekkilleriyle ve özellikle gözaltındaki kişilerle yaptıkları haberleşme önem arz etmektedir. Mahkeme, avukatlar ve müvekkilleri, özellikle de gözaltındaki kişiler arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir²⁸⁸.

Sözleşme organları tarafından haberleşme kavramının sözlük anlamının ötesinde geniş bir kapsama sahip olduğu tartışmasız bir şekilde kabul edilmekle

²⁸⁴ *Narinen-Finlandiya Davası*, 01.06.2004, § 32.

²⁸⁵ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 83: “‘Sayaçlama’ olarak bilinen işlem, belirli bir telefondan çevrilen numaraları ve her görüşmenin zamanını ve süresini kaydeden bir cihazın (sayaç kontrol yazıcısı) kullanılmasını ifade etmektedir.” A.k., § 84: “...sayaç denetim yazıcısı, bir telefon hizmet vericisinin kural olarak meşru bir biçimde ve özellikle aboneye doğru ücret tahakkuk ettirebilmek veya hizmete ilişkin şikayetleri veya kötüye kullanma ihtimallerini araştırabilmek için, elde edebileceği bilgiyi kaydetmektedir. O halde niteliği gereği sayaçlama, haklı kılınmadıkça demokratik bir toplumda istenmeyen ve gayrimeşru olan iletilerin izlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Ne var ki Mahkeme, sayaçlamadan elde edilen verilerin ne şartlarda ve ne amaçlarla kullanılırsa kullanılsın, Sözleşme’nin 8. maddesine göre bir soruna yol açmayacağı görüşünü kabul edemez. Sayaçlama kayıtları, çevirilen numaralar gibi, telefonla yapılan iletişimin bütünüleyici bir unsuru olan bilgiyi içermektedir. Sonuç olarak Mahkeme’nin görüşüne göre, abonenin rızası olmaksızın bu bilginin polise verilmesi de, Sözleşme’nin 8. maddesindeki bir hakka müdahaledir.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 772-773. Ayrıca bkz.: *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

²⁸⁶ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

²⁸⁷ *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44-46; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 50; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 44; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 41.

²⁸⁸ *Schönenberger ve Durmaz-İsviçre Davası*, 20.06.1988, § 29-30; *Campbel-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1992, § 33; *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 53. Ayrıca bkz.: Dutertre, **a.g.e.**, s. 304-305, 337-338; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 294.

birlikte, iletişimin 8. madde kapsamında haberleşme olarak kabul edilebilmesi iki koşulun varlığına bağlı tutulmaktadır.

Bu *koşullardan ilki*, taraflar arasındaki iletişimin bir iletişim aracıyla yapılmasıdır. Gerçekten Komisyon kişiler arasında yüz yüze yapılan iletişimin sadece özel hayat kavramı kapsamında olduğuna karar vermiştir²⁸⁹. Mahkeme de bir dizi kararında, kişiler arasındaki konuşmaların ses kayıt cihazlarıyla kaydedilmesini haberleşme kapsamında değil, özel hayat kapsamında değerlendirmiştir²⁹⁰.

Ayrıca Komisyon haberleşme kavramını, iletişime konu gönderinin hak sahibi gönderici tarafından muhatabına gönderilmesi anından muhatabı alıcıya ulaşması anı arasındaki süreci kapsar şekilde yorumlama eğilimindedir²⁹¹. Dolayısıyla muhatabına ulaştıktan sonra iletişimin içeriği, iletişimin taraflarının haberleşmelerinin değil özel hayatlarının parçası olarak kabul edilmelidir²⁹².

İkinci koşul ise, iletişim kurulmasında kullanılan aracın kapalı-kanal bir iletişim olmasının gerekmesidir. Nitekim Komisyon özel radyo yoluyla yapılan iletişimin²⁹³ ve sivil havacılıkta kullanılan kamuya açık dalga boyundan yapılan iletişimin²⁹⁴ 8. madde kapsamında korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir. Burada dikkati çeken husus bu türden iletişimlerin başkaları tarafından kolaylıkla ulaşılabilir nitelikte olmasıdır. Komisyon bu tür olaylarda, başvuru sahiplerinin müdahale edilen iletişimlerini başkalarının iletişim araçları tarafından da ulaşılabilir şekilde yapmalarından dolayı, kendilerini iletişimlerinin gizliliğinin ihlal edilmesi risk ve olasılığına maruz bırakmış olmaları sebebiyle adeta haberleşmeye saygı hakkından feragat ettikleri şeklinde yorumlamıştır²⁹⁵. Dolayısıyla açık-kanal iletişim haberleşme

²⁸⁹ Komisyon Raporu: *McVeigh ve Diğerleri-Birleşik Krallık*, Başvuru No.: 8022/77, 8025/77, 8077/77, 18.03.1981. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 142.

²⁹⁰ *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 25; *Armstrong-Birleşik Krallık Davası*, 16.07.2002, § 19; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 20; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 18; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 17.

²⁹¹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 142; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341.

²⁹² Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 342.

²⁹³ Komisyon Kararı: *X ve Y-Fransa*, Başvuru No.: 8962/80, 13.05.1982.

²⁹⁴ Komisyon Kararı: *B.C-İsviçre*, Başvuru No.: 21353/93, 27.02.1995. Bkz.: Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 11. Ayrıca bkz.: *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 51.

²⁹⁵ Mahkeme tarafından başvuru sahiplerinin özel hayata saygı hakkından feragat etmiş sayıldıkları kararlar da mevcuttur. Örneğin *N.F.-İtalya Davası* kararında, Mason locasına üye olan bazı hâkimler hakkında disiplin soruşturması başlatılmasına ve ilgililerden bir kısmının adlarının basında yayınlanmasına dayanan olayda, Mahkeme üye kayıtlarına bakarak Mason locasına kimin üye olduğunun herkes

özgürlüğü kapsamında olmakla birlikte, haberleşmenin gizliliği kapsamında değildir²⁹⁶. Haberleşmenin gizliliğinde ölçü haberleşmede kullanılan yöntemin kamuya kapalılığı olduğundan, kamuya kapalı bir haberleşme yöntemi olan işyerlerindeki dahili iletişim sistemi üzerinden yapılan iletişim de 8. madde kapsamında korunmaktadır. Nitekim Mahkeme *Halford-Birleşik Krallık* Davasında polis şefi olan başvurucunun dahili işyeri iletişim sistemi üzerinden kurduğu iletişimin dinlenmesine ilişkin müdahaleyi, yasal dayanağının bulunmaması sebebiyle 8. maddeye aykırı bulmuştur²⁹⁷.

Klass ve Diğerleri-Almanya Davasında Mahkeme, fiili olarak bir tedbirin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaksızın başlı başına mevzuatta iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasanın soyut olarak varlığının bile, uygulanabileceği tüm kişileri izlenme tehdidi altına sokması sebebiyle posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullananların haberleşme özgürlüklerini doğallıkla etkileyeceğini ve kişilerin özel ve aile yaşamı ve haberleşme haklarını kullanmalarına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir²⁹⁸. Mahkemenin bu kararı, iletişimin denetlenmesi konusunda sonraki tarihlerde verdiği kararlarına ışık tutan²⁹⁹ ve iletişimin denetlenmesi konusunda temel ilkeleri tespit eden karardır.

Almanya’da posta ve telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin ilgilinin haberi olmadan müdahale edilmesine olanak tanıyan iletişimin denetlenmesine karşı yargı yolunu kapayan ve bu tür tedbirlerin Federal Meclis tarafından seçilen beş parlamenterden oluşan bir komite ve bu komite tarafından atanan üç kişilik komisyon tarafından denetlenmesini öngören yasa değişikliğinin Sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bu davada Mahkeme,

tarafından kolaylıkla belirlenebileceğini ve dolayısıyla ifşa edilen bilgilerin kolayca erişilebilme özelliğine dikkat çekerek, Mason locası üyesi olduğu hakkında basında yapılan açıklamanın, herhangi bir zarara neden olduğunu başvurucunun kanıtlayamadığı, bu sebeple başvurucunun özel hayatına müdahale olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz.: *N.F.-İtalya* Davası, 02.08.2001, § 39. Ayrıca bkz.: Dutertre, **a.g.e.**, s. 288.

²⁹⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 144.

²⁹⁷ *Halford-Birleşik Krallık* Davası, 25.06.1997, § 51.

²⁹⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 41.

²⁹⁹ *Malone-Birleşik Krallık* Davası, 02.08.1984, § 64; *Halford-Birleşik Krallık* Davası, 25.06.1997, § 56; *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 01.10.2008, § 56; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 34.

iletişimin denetlenmesi konusunda temel ilkeleri saptamıştır. Bu ilkeler şu şekilde belirtilebilir:

a) İletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasal düzenlemeler özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale niteliğindedir³⁰⁰;

b) İletişimin denetlenmesinin haklılığı ancak demokratik kurumları korumak için kullanılan yöntemlerin demokratik bir toplum için zorunlu olmasına bağlıdır³⁰¹;

c) İletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasalar 2. fıkra da belirtilen meşru amaçların gerçekleştirilmesi amacına yönelik olmaları halinde kural olarak demokratik bir toplumda gereklidir³⁰²;

d) İletişimin denetlenmesinin rejimini belirlemek konusunda yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullanması mümkündür, ancak bu yetki sınırlıdır³⁰³;

e) İletişimin denetlenmesine olanak tanıyan bir sistemin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceleri içermesi gerekir³⁰⁴.

³⁰⁰ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41: “Açıktır ki, gizli önlem alma yetkilerinden biri belirli bir kişiye bir kez uygulandığında, bireyin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı hakkını kullanmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale meydana getirecektir. ... Mahkeme, itiraz konusu yasayla imkân verilen önlemlerin, kişinin konuta saygı hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturabileceğini gözden uzak tutmamıştır.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 258.

³⁰¹ *A.k. § 42*: “Bu davada Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından ortaya çıkan başlıca sorun, tespit edilen müdahalenin ikinci fıkraya göre haklı olup olmadığıdır. ... (G)izli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir.” Çeviri için bkz.: **A.e.**

³⁰² *A.k. § 48*: “Mahkeme, ... 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa’da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme’nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.” Çeviri için bkz.: **A.e.**, s. 259.

³⁰³ *A.k. § 49*: “İzleme sisteminin işleyeceği koşulların belirlenmesine gelince: Mahkeme, ulusal yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullanabileceğine işaret etmektedir. ... Ancak Mahkeme bu durumun, Sözleşmeciler bir Devletin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Demokrasiyi koruyayım derken onun zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmeciler bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını kabul etmektedir.” Çeviri için bkz.: **A.e.**

³⁰⁴ *A.k. § 50*: “Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğu ikna olmalıdır. Bu değerlendirmenin sadece göreceli bir niteliği vardır. Değerlendirme, muhtemel önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu önlemleri

2.6. Özel Hayata Saygı Hakkının Sjeleri

2.6.1. Gerçek Kişiler

Özel hayata saygı hakkının sjeleri AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında ve 34. maddesinde düzenlenmiştir. Gerçekten “*‘Herkes’, zel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” ifadesiyle bu hakkın sahibinin genel olarak herkes olduğu kabul edilmiştir. Diğer yandan Sözleşmenin 34. maddesinde her kişiye Mahkemeye bireysel başvuru hakkı tanınmış olduğundan, yine her kişinin özel hayata saygı hakkının süjesi olabileceği dolaylı olarak belirtilmiş olmaktadır. Herkes kavramının kapsamına öncelikle bütün gerçek kişiler girmektedir. Dolayısıyla tüm gerçek kişiler hem yazılı hem de sözlü haberleşmeleri bakımından özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının süjesidirler.

Gerçek kişilerin özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının süjesi olmaları konusunda belirtilmesi gereken önemli hususlardan birisi, kamu görevlilerinin de sivil kişiler gibi bu hakkın süjesi olduklarıdır. Mahkeme içtihadına göre kamu görevlileri de herkes kavramı kapsamındadır.

Gerçekten *Halford-Birleşik Krallık* Davasında bayan polis şefi olan başvurucunun cinsel ayrımcılık yaptığı iddiasıyla işyeri telefonundan yaptığı görüşmelerinin dinlenmesi olayında, Hkmet tarafından başvurucunun işyerinden yapılan telefon görüşmelerinde makul mahremiyet beklentisinin bulunamayacağı ileri sürülmesine karşın, Mahkeme işyeri telefonundan yapılan görüşmelerin de özel hayat ve haberleşme kapsamında olduğunu belirterek müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiřtir³⁰⁵.

Yine *Copland-Birleşik Krallık* Davasında, bir okulda kamu görevlisi olan başvurucunun, görev yaptığı kurum imknlarını kişisel işlerinde kullanıp kullanmadığının açığa çıkartılması amacıyla aradığı numaralar, aramaların yapıldığı tarih ve zaman, aramaların uzunluğu ve creti dâhil olmak üzere telefon kayıtları ile e-mail trafiği ve ziyaret ettiği siteler dâhil internet kullanımının takibe alındığı

emretmek için gerekli sebeplere; bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır.” eviri için bkz.: A.e.

³⁰⁵ *Halford-Birleşik Krallık* Davası, 25.06.1997, ř 44.

olayda, Mahkeme kamu görevlilerinin işleriyle ilgili görüşmeleri ile işyeri telefonları ve işyeri bilgisayarlarından yaptıkları haberleşmenin de 8. maddenin 1. fıkrası kapsamında olduğunu belirterek³⁰⁶, kamu görevlilerinin de haberleşmeye saygı hakkından yararlandığına³⁰⁷ karar vermiştir.

2.6.2. Yabancılar

AİHS'nin 1. maddesinde öngörülen “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, ‘kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için’ güvence altına alacaklardır*”³⁰⁸ düzenlemesi de özel hayata saygı hakkının sınırlarını ilgilendiren hükümlerden birisidir. İlgili bahiste de belirtildiği gibi AİHS, bir yandan karşılıklılığı ve tabiiyeti esas almayan ve iç hukukta doğrudan uygulanabilen nitelikte³⁰⁹, diğer yandan da başlangıç metninde belirtildiği üzere *Avrupa kamu düzeninin* müştereken gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak hazırlanmış ulusalüstü nitelikte bir Sözleşmedir³¹⁰.

Sözleşmenin bu özelliği sebebiyle Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler taraf devletlerin sadece vatandaşlarına değil, yer bakımından yetki kuralı gereğince kendi yargı yetki alanları içerisinde bulunan herkese tanınmıştır. Vatandaşlık bağı Sözleşmede tanınan hakların kişiye uygulanması bakımından ön koşul değildir. Bu bakımdan Sözleşme kuralları Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükler bakımından objektif bir karaktere sahiptir. Taraf devletler Sözleşme kurallarını vatandaşlık durumuna bakılmaksızın yer bakımından yetkisinde bulunan tüm kişiler hakkında uygulamak zorunda olduklarından, yabancılar ve vatansızlar da vatandaşlar gibi özel hayata saygı hakkından yararlanır. Taraf devletler ayırım gözetmeksizin ülkesinde bulunan herkesin özel hayatına saygı hakkını korumakla yükümlüdür.³¹¹

³⁰⁶ *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 41.

³⁰⁷ *A.k.*, § 44.

³⁰⁸ Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, s. 36.

³⁰⁹ Lambert, *a.g.e.*, s. 8; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 22; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 117.

³¹⁰ *İrlanda-Birleşik Krallık Davası*, 18.01.1978, § 239. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, s. 73; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 15 ve 45; Kalabalık, *a.g.e.*, s. 116.

³¹¹ Sözüer, *a.g.e.*, s. 71; Ruiz, *a.g.e.*, s. 332; Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, s. 3; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 16; Pazarcı, *II. Kitap*, s. 115; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 64-65.

2.6.3. Tüzel Kişiliği Bulunmayan Organizasyonlar

AIHS'nin “Bireysel başvurular” başlıklı 34. maddesi şöyledir: “Mahkeme, Sözleşmede ya da onun Protokollerinde düzenlenen hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birisince gerçekleştirilen bir ihlalinin mağduru olduğunu iddia eden herhangi bir kişiden, ‘hükümet-dışı örgüt’ten ya da ‘birey grubu’ndan gelen başvuruları kabul edebilir.”³¹² Dolayısıyla hükümet-dışı örgütler ile birey grupları da özel hayata saygı hakkının süjesidirler³¹³.

Nitekim örneğin *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında biri savcı, biri hâkim ve ikisi avukat olan dört başvurucunun, *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davasında sivil toplum kuruluşundan oluşan üç başvurucunun, *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise bir sivil toplum kuruluşunun üyeleri olan avukatlardan oluşan başvurucuların yürürlükte bulunan ulusal hukukun haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanan başvuruları incelenmiştir.

Sözleşmenin 34. maddesinden çıkan sonuçlardan birisi de örgütlerin özel hayata saygı hakkından yararlanabilmeleri için hükümet-dışı örgüt niteliğinde olmalarının şart olmasıdır. Kamu tüzel kişileri devlet adına kamusal nitelikte görevleri yerine getiren ve özel hukuk ilişkilerini de kamusal nitelikleri çerçevesinde gerçekleştiren organlar olup, esas itibarıyla özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının süjesi değil, muhatabıdır. Dolayısıyla bu konu henüz Mahkeme önüne gelmiş bir konu olmamakla birlikte, kamu tüzel kişilerinin özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının süjesi olmadıklarını söylemek mümkündür³¹⁴.

2.6.4. Tüzel Kişiler

AIHS'nin 34. maddesinde tüzel kişilerin özel hayata saygı hakkının süjesi olup olamayacakları konusunda bir açıklık bulunmayıp, tüzel kişi kavramına nazaran daha genel bir ifadeyle hükümet-dışı örgütlerden ve birey gruplarından söz edilmiştir. Diğer yandan Sözleşmede tüzel kişilerin özel hayata saygı hakkından yararlanamayacaklarına ilişkin sınırlayıcı açık bir hüküm de mevcut değildir.

³¹² Bkz.: Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, s. 50.

³¹³ Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 331; Ruiz, *a.g.e.*, s. 339.

³¹⁴ Ruiz, *a.g.e.*, s. 339.

Dolayısıyla Sözleşmede tüzel kişilerin özel hayata saygı hakkından yararlanmalarına engel bir durumun bulunmadığını söylemek mümkündür.

Hükümet-dışı örgüt kavramı genel bir hukuksal ifade olduğundan, sendikalar, dernekler, kamuya yararlı dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da bir yönüyle hükümet-dışı örgüt, bir yönüyle de birey grubu niteliğindedirler. Tüzel kişiler de, temsilcileri aracılığıyla kullanmakla birlikte, gerçek kişiler gibi faaliyetlerini yürütürken hem yazılı hem de sözlü iletişim kurarlar. Dolayısıyla tüzel kişilerin yasal temsilcilerinin haberleşmesi hem tüzel kişiye hem de kendilerine ait haberleşme niteliğindedir. Bu sebeple tüzel kişiler de özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının süjesidirler³¹⁵. Nitekim Komisyon da aynı durumu doğrulamıştır³¹⁶.

3. Özel Hayatın Korunması ve Devletin Yükümlülükleri

3.1. Genel Olarak

AIHM özel hayata saygı hakkının korunmasında devletin yükümlülüklerini negatif ve pozitif yükümlülükler olmak üzere iki kategori halinde değerlendirmektedir³¹⁷. Özel hayata saygı gösterme yükümlülüğü negatif yükümlülük kapsamında, özel hayatı koruma ve özel hayatı koruyucu sistemi uygulama yükümlülüğü ise pozitif yükümlülük kapsamında ele alınmaktadır. Devletin iç hukukunda bireylerin haklarını etkin bir şekilde korumalarını sağlamak amacıyla usule ilişkin güvenceler öngörmesi yükümlülüğünü içeren etkili başvurma hakkı da esas itibarıyla devletin pozitif yükümlülüklerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir.

3.2. Negatif Yükümlülükler

AIHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında hakkın içeriği ifade edilirken özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmenin gizliliği ya da dokunulmazlığı kavramları değil, bu hayat alanlarına *saygı gösterilmesi* kavramı tercih edilmiştir. Bu bakımdan

³¹⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 64-65; Ruiz, **a.g.e.**, s. 337.

³¹⁶ Ruiz, **a.g.e.**, s. 337.

³¹⁷ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 5.

özel hayat alanlarına saygı gösterilmesini isteyebilme hakkına sahip olmak bireyin hayat alanlarının başkaları için gizli ve dokunulmaz olduğu anlamını da bünyesinde barındırır. Öte yandan Sözleşmenin 8. maddenin 2. fıkrasında “*Bu hakkın kullanılmasına... hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır*” şeklinde formüle edilen emredici yasak³¹⁸ ile 1. fıkra da belirtilen özel hayata saygı hakkına müdahale edilemeyeceği düzenlenmiş ve özel hayata saygı hakkının kullanılmasını engelleyen eylem ve davranışlar yasaklanmıştır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının doğurduğu yükümlülüklerin ilki özel hayatın gizli ve dokunulmaz olduğuna, başkaları tarafından bu hakka müdahalede edilemeyeceğine ilişkin negatif yükümlülüklerdir. Negatif yükümlülükler herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini talep yetkisini de içerir. Talep yetkisinin muhatapları bakımından bir ayırım yapılmadığından bireysel bu değerlerin dokunulmazlığı hem kamu makamları hem de üçüncü kişilere yöneliktir.

Devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif yükümlülüklerin AİHS’nin özünden kaynaklandığı ilk yapılışından itibaren kabul edilmektedir³¹⁹. Negatif yükümlülükler özel hayata saygı hakkına müdahale edilmesini yasaklar. Negatif yükümlülüklerle, pozitif yükümlülükler birbirinden bağımsız olmayıp birbirlerini tamamladıklarından, AİHM önüne gelen davalarda özel hayata saygı hakkı açısından devletin yükümlülüklerini negatif ve pozitif yükümlülükleri olarak ayrı ayrı değil, bir arada ele almaktadır. Nitekim AİHM devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki ayırımın yeterince kesin olmadığına dikkat çekmiştir³²⁰. Mahkeme özel hayata ve haberleşmeye yasal dayanağı bulunmaksızın devletin yaptığı müdahaleleri, bu kapsamda gizli dinleme cihazları yardımıyla kişilerin özel konuşmalarının kaydını³²¹ devletin negatif yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmiştir.

³¹⁸ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 44.

³¹⁹ *Akandji-Kombe*, **a.g.e.**, s. 5.

³²⁰ *Keegan-İrlanda Davası*, 26.05.1994, § 49; *Hokkanen-Finlandiya Davası*, 24.08.1994, § 55. Ayrıca bkz.: *Dutertre*, **a.g.e.**, s. 282; *Akandji-Kombe*, **a.g.e.**, s. 12.

³²¹ *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 25; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 37; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 20; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 18; *Wood-Birleşik Krallık Davası*, 16.11.2004, § 33; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 20; *Bykov-Rusya Davası*, 10.03.2009, § 72.

3.3. Pozitif Yükümlülükler

AIHS'nin 8. maddesi özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye *saygı gösterilmesi* kavramını kullanarak, bireyin özel hayatına saygının teorik olmaktan çıkıp gerçeklik kazanabilmesini sağlamak amacıyla pozitif olumlu davranışlarda bulunmanın gerekliliğine işaret etmiştir³²². Öte yandan Sözleşmenin 1. maddesiyle de Sözleşmeciler Devletler insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü, diğer bir söyleyişle Sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri kendi yargı yetkisi alanında bulunan herkes için güvence altına almayı taahhüt etmişlerdir. İnsan haklarına saygı yükümlülüğü hak sahibi açısından özel hayatının gizliliğinin ve dokunulmazlığının temini için kamu otoritesinden pozitif olumlu davranışları talep etme hakkını; kamu otoritesi açısından ise bireylerin özel hayatının gizliliğinin ve dokunulmazlığının teminini sağlamak amacıyla pozitif olumlu davranışlarda bulunma görevini doğurur. Dolayısıyla Sözleşmenin 1. maddesi devletlerin özel hayata saygının gerçekleştirilmesine yönelik pozitif yükümlülüklerinin kaynağını teşkil etmektedir. AIHM her ne kadar 8. maddenin esas amacı kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, 8. maddenin devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla yetinmediğini; özellikle bu negatif yükümlülüğe ek olarak özel hayatın etkili bir biçimde korunması yönünde olumlu yükümlülükleri de içerdiğini kabul etmektedir³²³. AIHM özel hayata saygı açısından sadece pasif bir tutumu içeren müdahale etmemeyi yeterli görmemekte, bu tutumun yanı sıra saygının temini için devletin etkin, aktif tutumunu da gerekli görmektedir.

3.3.1. Tanımı

Mahkeme Sözleşmede geçen kavramların tanımını yapmaktan kaçınan genel tutumuna paralel olarak pozitif yükümlülük kavramının da net ve kesin bir tanımını

³²² *Marckx-Belçika Davası*, 13.07.1979, § 31; *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 67; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55; *B-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.1987, § 61; *R-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.1987, § 65; *W-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.1987, § 61; *Keegan-İrlanda Davası*, 26.05.1994, § 49; *Hokkanen-Finlandiya Davası*, 23.09.1994, § 55; *Stjerna-Finlandiya Davası*, 25.11.1994, § 38; *Sylvester-Avusturya Davası*, 24.04.2003, § 55. Ayrıca bkz.: *Akandji-Kombe*, **a.g.e.**, s. 8;

³²³ *Airey-İrlanda Davası*, 09.10.1979, § 32; *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23.

yapmaktan özellikle ve bilinçli olarak kaçınmaktadır³²⁴. Ancak doğaldır ki önüne gelen olayla ilgili olarak pozitif yükümlülük kavramına değinmekte, bu kavramın içeriği ve kapsamı konusunda açıklamalarda bulunmaktadır. Pozitif yükümlülüklerin, özü itibariyle güvence altına alınan hakların gerçekten kullanılabilmesi için gerekli maddi ve hukuki şartların oluşturulmasını³²⁵ hedefleyen tedbirlerin iç hukukta alınması yönünde devlete olumlu edimlerde bulunma görevini yükleyen, Sözleşmede düzenlenen hakların korunmasına ilişkin gerekliliklerin Mahkeme tarafından güçlendirilmesine, zaman zaman kapsamlarının genişletilmesine olanak sağlayan³²⁶ özel bir yükümlülük kategorisi³²⁷ olduğu söylenebilir.

3.3.2. Tarihsel Gelişimi

Hakların kullanılmasına devletin müdahale etmemesini gerektiren negatif yükümlülüklerin AİHS'nin özünden kaynaklandığı Sözleşmenin ilk yapıldığı zamandan itibaren kabul edilmesine karşın, Sözleşmenin devletlere aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklediği şeklinde yorumlanması nispeten yenidir³²⁸. AİHM 23.07.1968 tarihli *Belçika'da Eğitim Dili* Davası kararı ile birlikte³²⁹ AİHS'nin 8. maddenin 1. fıkrasında geçen 'saygı gösterilmesi' ifadesini Sözleşme ile özel hayata saygı hakkının korunması için devlete pozitif yükümlülükler yüklendiği şeklinde yorumlamaya başlamış³³⁰, bu karardan sonraki kararlarıyla devletin pozitif yükümlülükleri doktrinini yeni unsurlar ekleyerek geliştirmiştir³³¹. Bu sebeple pozitif

³²⁴ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 67; *Rees-Birleşik Krallık Davası*, 17.10.1986, § 35; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55; *Gaskin-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 42; *Cossey-Birleşik Krallık Davası*, 27.11.1990, § 37; *B-Fransa Davası*, 25.03.1992, § 44; *Stjerna-Finlandiya Davası*, 25.11.1994, § 38; *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık Davası*, 30.07.1998, § 51; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 72; *Dickson-Birleşik Krallık Davası*, 18.04.2006, § 31; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112; *Armoniene-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 38; *Biriuk-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 37. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 21.

³²⁵ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 10.

³²⁶ **A.e.**, s. 5-7.

³²⁷ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23.

³²⁸ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 5.

³²⁹ *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 7.

³³⁰ Ruiz, **a.g.e.**, s. 134; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 6.

³³¹ Pozitif yükümlülükler bakımından AİHM'nin yorumunu esas itibariyle üç kararda ortaya koyduğu söylenebilir. Bu kararlar şunlardır: *Marckx-Belçika Davası*, 11.07.1979; *Airey-İrlanda Davası*, 09.10.1979; *Van Oosterwijck-Belçika Davası*, 06.11.1980. AİHM daha sonraki kararlarında esas

yükümlülükler doktrini esas itibariyle Sözleşme organlarınca oluşturulmuştur³³². Tarihsel olarak II. Dünya Savaşı'nın deneyimlerine dayanan AİHS özel hayata saygı hakkının sadece negatif yükümlülükler doğurduğu yönündeki klasik liberal hak anlayışını değil, temel hak ve özgürlüklerin negatif yükümlülüklerle ek olarak pozitif yükümlülükleri de doğurduğu yönündeki çağdaş anlayışı yansıtmaktadır.

3.3.3. Temellendirilmesi

Sözleşme organlarınca geliştirilen pozitif yükümlülükler sadece özel hayata saygı hakkına yönelik değildir. Özel hayata saygı hakkının yanı sıra, yaşam hakkı ile vücut dokunulmazlığının korunması, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi, demokratik çoğulculuğun, bu kapsamda seçimlerin tarafsızlığının, ifade özgürlüğünün, din ve vicdan özgürlüğünün, toplantı ve dernek özgürlüğünün korunması, mülkiyet ve eğitim hakkının korunması, eşitlik ilkesinin korunması bakımından da devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir³³³.

AİHM'nin devletin pozitif yükümlülüklerini temellendirilirken üç dayanak noktasından hareket ettiği söylenebilir.

İlk dayanak noktası, hakka ilişkin Sözleşme hükmü, dolayısıyla Sözleşme metnidir. Gerçekten örneğin Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi herkesin yaşam hakkının yasa tarafından korunacağını belirterek yaşam hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün varlığını açıkça ortaya koymuştur. Özel hayata saygı bakımından da AİHM istikrarlı bir şekilde, 8. maddenin esas itibariyle özel hayat ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygıyı öngördüğünü temel alarak önüne gelen olayı tartışmaktadır. Dolayısıyla AİHM pozitif yükümlülüklerin Sözleşmede mündemiç olduğu anlayışını taşımaktadır³³⁴. Nitekim AİHM'nin incelediği olayları devletin pozitif yükümlülüğü açısından değerlendirirken her

itibariyle bu kararlarındaki düşüncelerini hemen hemen olduğu gibi kullanmıştır. Bkz.: *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23; *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 67; *Rees-Birleşik Krallık Davası*, 17.10.1986, § 35; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55; *W-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.1987, § 60; *Gaskin-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 42; *Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1990, § 41; *Cossey-Birleşik Krallık Davası*, 27.11.1990, § 37.

³³² Akandji-Kombe, *a.g.e.*, s. 6; Tezcan, Erdem, Sancakdar, *a.g.e.*, s. 281.

³³³ Akandji-Kombe, *a.g.e.*, s. 6.

³³⁴ *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Airey-İrlanda Davası*, 09.10.1979, § 32.

pozitif yükümlülüğü bir Sözleşme maddesiyle ilintilendirmeye gayret etmesi bu anlayışı benimsediğini göstermektedir³³⁵.

İkinci dayanak noktası, Sözleşmenin 1. maddesidir. Mahkeme ihlal edildiği ileri sürülen hakka ilişkin Sözleşme hükmünün pozitif yükümlülük doğurup doğurmadığını belirlerken Sözleşmenin özel hükmünün Sözleşmenin 1. maddesi ile birlikte ele alınması gerektiğini, farklı bir söyleyişle pozitif yükümlülüklerin Sözleşmenin özel hükmü ile 1. maddesinin bileşimine dayandığını belirtmektedir³³⁶. Gerçekten Sözleşmenin 1. maddesi ile Sözleşmeciler, Sözleşmede tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetkisi alanlarında bulunan herkes için güvence altına almayı taahhüt etmişlerdir. Sözleşmenin 1. maddesiyle Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına alma görevini üstlenmenin, hak ve özgürlüklerin korunması yönünde pozitif tedbirler alma, olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğünü üstlenme anlamını taşıdığı çok açıktır. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler, AIHS'nin 1. maddesi ile devlete yüklenmiş *hak ve özgürlükleri güvence altına almak* görevinin somut yansımaları olup, hak ve özgürlüklerin güvencelerinin gerçeklik kazanmasını sağlamaya yöneliktir. Devletin pozitif yükümlülüklerle sorumlu olmasının pratik sonucu ise, kişilerin Sözleşme ile güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden doğan sorumluluğun devlete ait olmasıdır³³⁷.

Devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuksal temelini oluşturduğu kabul edilen *son dayanak* ise son zamanlarda kullanılmaya başlanmıştır³³⁸. Mahkeme Sözleşmenin tüm maddelerinin özünde yer aldığını ve demokratik bir toplumun en temel özelliklerinden birisi olduğunu kabul ettiği *hukukun üstünlüğü* ve *hukuk devleti* ilkeleri ile Sözleşmenin özel hükmünün birlikte ele alınması gerektiği, pozitif

³³⁵ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 8.

³³⁶ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 8; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 45. Özellikle *Assanidzé-Gürcistan* (08.04.2004) ve *Ilascu ve Diğerleri-Moldova ve Rusya* (08.07.2004) Davalarıyla birlikte Sözleşmenin 1. maddesinin Sözleşme sisteminin temel taşı olarak görülmeye başlandığı ve devletin genel yükümlülükleri ile birlikte özel yükümlülük niteliğindeki pozitif yükümlülüklerinin bağımsız kaynağı olarak değerlendirilmeye başlandığı belirtilmektedir. Bkz.: Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 9.

³³⁷ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 8.

³³⁸ AIHM'nin bu yaklaşımının *Broniowski-Polonya* (22.06.2004) Davası ile başladığı ve *Matheus-Fransa* (31.03.2005) Davası ile sürdüğü belirtilmektedir. Bkz.: **A.e.**, s. 9.

yükümlülüklerin Sözleşmenin özel hükmü ile hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin bileşimine dayandığı düşüncesindedir³³⁹. Mahkemenin pozitif yükümlülükleri bu açıdan temellendirirken Sözleşmenin özel hükmünün işlevini göz ardı etmediği görülmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin bu yaklaşımıyla hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerini Sözleşmenin tüm maddelerinin özünde yer aldığını kabul ettiği ve pozitif yükümlülüklerin esasen hakka ilişkin özel hükümden kaynaklandığı düşüncesini hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri açısından gerekçelendirdiğini söylemek mümkündür.

3.3.4. Amacı

AİHM Sözleşmenin öngördüğü hakları teorik ve görüntüde değil, gerçek, pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almakta olduğunu belirtmektedir³⁴⁰. Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin hangi açıdan temellendirildiği özünü değiştirmemekte, pozitif yükümlülükler sonuçta aynı amaca hizmet etmektedir. Devletin pozitif yükümlülüklerle yükümlü tutulmasının amacı Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkinlik kazandırılmasıdır³⁴¹. AİHM birçok kararında pozitif yükümlülüklerin özünün Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların gerçekten kullanılabilmesi için gereken maddi ve hukuki şartların güvence altına alınmasına yönelik olduğunu belirtmiştir³⁴². AİHM'nin belirttiği bu hususa *korumanın etkinliği ilkesi* adı verilmektedir³⁴³. Korumanın etkinliği ilkesi devletin yüklendiği sorumlulukların kapsamı belirlenirken Sözleşmenin bireysel hakları en güçlü bir şekilde korumaya elverişli bir şekilde ve sosyal gelişmeler ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir³⁴⁴.

³³⁹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 9.

³⁴⁰ *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 31; *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 35; *Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya Davası* (Esas hakkında), 28.11.1978, § 42; *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Airey-Irlanda Davası*, 09.10.1979, § 24.

³⁴¹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 9.

³⁴² **A.e.**, s. 10.

³⁴³ **A.e.**, s. 5.

³⁴⁴ **A.e.**, s. 4.

Korumanın etkinliğinin sağlanması açısından devletin negatif yükümlülükleri ile pozitif yükümlülükleri arasında öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Genel olarak devletin yükümlülükleri birbirini gereksiz kılmaz ve birbirine eklenir³⁴⁵. Devletin negatif yükümlülüklerine uymaması devletin pasif kalması gerektiği halde aktif eylemi ile hakkın kısıtlanması ya da kullanımının engellenmesinden dolayı Sözleşmenin ihlal edilmesi iken; pozitif yükümlülüklerine uymaması ise aktif olması gerektiği halde eylemsiz kalması sonucunda hakkın ihlal edilmesinden dolayı Sözleşmenin ihlal edilmesidir³⁴⁶. Mahkeme özel hayata saygının gerektirdiği pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırların net olarak ortaya konabilecek, tam tanımları yapılabilecek kadar kesin olmadığını, ancak en azından her ikisine de benzer ilkelerin uygulanabileceğini belirtmiştir³⁴⁷.

3.3.5. Kapsamı

AIHM devletlerin özel hayata saygı hakkının korunması ve haksız müdahalelere karşı herkesin özel hayata saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanılmasının sağlanması için makul ve uygun olan spesifik tedbirleri içeren³⁴⁸ ve bireysel hakların kısıtlandığı durumlarda etkili bir orantılılık değerlendirmesine olanak sağlayan³⁴⁹ bir sistem oluşturmayı pozitif yükümlülüklerin asıl karakteri olarak görmektedir. Belirtmek gerekir ki devletin bu yönde aldığı tedbirlerin uygulanabilir, somut, kâğıt üzerinde kalmayan tedbirler olması gerekmektedir³⁵⁰.

Özel hayata saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınması görevini içeren pozitif yükümlülükler bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında da

³⁴⁵ A.e., s. 10.

³⁴⁶ A.e., s. 11.

³⁴⁷ *Keegan-İrlanda Davası*, 26.05.1994, § 49; *Hokkanen-Finlandiya Davası*, 24.08.1994, § 55; *Kroon ve Diğerleri-Hollanda Davası*, 27.10.1994, § 31; *Rozanski-Polonya Davası*, 18.05.2006, § 61; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 111. Ayrıca bkz.: Dutertre, **a.g.e.**, s. 282; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 12.

³⁴⁸ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 110; *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 51; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 54. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 138; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 7; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 161.

³⁴⁹ *Kyriakides-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 51; *Taliadorou ve Stylianou-Kıbrıs Davası*, 16.10.2008, § 54. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 21; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 521.

³⁵⁰ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 7.

geçerlidir³⁵¹. Özel hayata saygının ihlalini bireyin gerçekleştirmesi halinde de, ihlale devletin bir tutumunun yol açması veya ulusal mevzuatın ihlale olanak tanınması halinde de bu ihlalden devlet sorumludur³⁵².

Pozitif yükümlülükler kapsamında, hakların korunmasını gerçekleştirmek amacıyla Sözleşmeyi ihlal eden eylemlere karşı eylem ya da kişi kategorileri esas alınmak suretiyle yaptırımlar öngören hukuk normlarının ihdas edilmesi suretiyle tedbirler almaları devletten beklenmektedir. Dolayısıyla devletin özel hayatın korunması konusunda aktif davranışta bulunmak konusundaki başarısızlığı saygı yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir³⁵³. Özel hayatı koruyucu yasal düzenleme boşluğunun giderilmesine yönelik yasama tedbirleri³⁵⁴, idarenin ülkede yürürlükte bulunan yasayı uygulaması ve belirli mahkeme kararlarını titizlikle infaz etmesi³⁵⁵, ulusal mahkemeler tarafından yasaların dikkatli ve özenli uygulanması³⁵⁶ pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir.

Sözleşmenin 13. maddesinde³⁵⁷ düzenlenen *etkili başvurma hakkı* da devletin temel hakların korunması konusunda aktif rol oynamasını gerektirdiğinden devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir³⁵⁸.

Etkili başvurma hakkı, Sözleşmede öngörülen hakların teorik ve hayali değil, etkin bir şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla bireylerin iç hukukta başvurabileceği sonuç almaya elverişli hukuki yolların sağlanmasına yönelik devlete yüklenen sorumluluktur³⁵⁹. Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenen insan haklarına saygı yükümlülüğü ve hukukun üstünlüğü ilkesi etkili başvurma hakkının hukuksal

³⁵¹ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23; *Botta-İtalya Davası*, 24.02.1998, § 32-35; *Mikulic-Hrvatistan Davası*, 07.02.2002, § 57. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 21; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 45, 48 ve 333; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 523; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 68.

³⁵² *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23.

³⁵³ *Van Oosterwijck-Belçika Davası*, 06.11.1980, § 45.

³⁵⁴ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 48; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 161; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 7.

³⁵⁵ *Surugiu-Romanya Davası*, 20.04.2004, § 65. Ayrıca bkz.: Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 46.

³⁵⁶ *Novoseletskiy-Ukrayna Davası*, 22.02.2005, § 73-78. Ayrıca bkz.: Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 46.

³⁵⁷ **AIHS'nin 13. maddesi**: “Bu Sözleşmede düzenlenen hakları ve özgürlükleri ihlal edilen her kişi, ihlalleri gerçekleştiren kişilerin her ne resmi sıfatı haiz oldukları dikkate alınmaksızın, ulusal makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olacaktır.” Bkz.: Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 43.

³⁵⁸ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 59.

³⁵⁹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 16; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 392.

dayanağını oluşturur. AİHS sisteminde asıl olan insan haklarının iç hukukta korunması olduğundan³⁶⁰, etkili başvurma hakkının amacı bireylerin maruz kaldıkları hak ihlallerini telafi etmeye yönelik tedbirleri almaya taraf devletleri zorlayarak, taraf devletlerin insan haklarının korunması konusundaki Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmesini sağlamaktır³⁶¹.

Etkili başvurma hakkı, hakların içeriğine, esasına ilişkin güvenceleri değil; hakların korunmasına yönelik usule ilişkin güvenceleri kapsar ve bireylerin hak arama özgürlüklerini güvence altına alır. Bu sebeple devletin bu sorumluluğunu yerine getirmeye yönelik olarak etkili yöntemler bulması gerekir³⁶². Mahkeme içtihatlarında kişilerin etkili bir şekilde korunması için etkili bir iç hukuk prosedürünün öngörülmesi, hak ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarının tanınması etkili başvurma hakkının gereklerinden kabul edilmektedir. Yine devletlerden hak ihlallerine karşı caydırıcı ceza normları ihdas etmeleri; bireylerin haklarının ihlal eden eylem ve kişiler hakkında özenli, kapsamlı ve etkili soruşturma yapmaları; tespit edilen ihlale yaptırım uygulamaları ve yaptırımı etkili bir şekilde yerine getirmeleri beklenmektedir³⁶³.

Mahkeme, özel hayata saygı bağlamında kişilerin cinsel istismara karşı korunması³⁶⁴, kişilik haklarına yapılan saldırının durdurulması³⁶⁵, transseksüellerin

³⁶⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 6; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146 ve 392; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 163.

³⁶¹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 60.

³⁶² *Kaya-Türkiye Davası*, 19.02.1998, § 106: “Mahkeme, iç hukukta Sözleşme’deki hak ve özgürlükler hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, Sözleşme’nin 13. maddesinin bu hak ve özgürlüklerin uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun bulunmasını güvence altına aldığını hatırlatır. Sözleşme’nin 13. maddesi, devletler bu maddeyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirme tarzı bakımından belirli bir takdir yetkisine sahip olsalar da, Sözleşme’deki haklarla ... ilgili bir şikâyeti özü itibarıyla ele alabilecek bir iç hukuk yolunun sağlanmasını ve uygun bir karşılık verilmesini gerektirir. Sözleşme’nin 13. maddesinden doğan yükümlülüğün kapsamı, başvurucunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetlerin niteliğine göre değişir. Bununla birlikte, Sözleşme’nin 13. maddesi bu hukuk yolunun sadece hukuken değil, fiilen de ‘etkili’ olmasını gerektirir; özellikle bu hukuk yolunun kullanılması davalı devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız bir surette engellenmemesi anlamında etkili olmalıdır.” Çeviri için bkz.: Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, 4 c., İstanbul, Legal, 2008, C. IV, s. 24.

³⁶³ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 61; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 68.

³⁶⁴ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 27. Bu davada, zihinsel özürlü kişilerin şikâyet hakkını bizzat kullanmaları mümkün olmadığından ulusal hukukta bu kişilerin şikâyet hakkının kanuni temsilcileri ya da vasileri tarafından kullanılmasına olanak tanıyan bir hukuki düzenlemenin bulunmaması ve ulusal Yüksek Mahkemenin de yorum yoluyla bu yasal boşluğu mağdur lehine doldurmaması sebebiyle başvuru 16 yaşını doldurmuş zihinsel özürlü kızının maruz kaldığı

yeni cinsiyetlerinin resmen tanınması³⁶⁶, evlenen kişilerin soy isimlerini seçme hakkının resmen tanınması³⁶⁷, resmi kayıtlardaki kişisel bilgilere ulaşmanın sağlanması³⁶⁸; aile hayatına saygı bağlamında babayla irsiyet bağının kurulması³⁶⁹, ebeveynler ve evlilik dışı çocuklar arasındaki aile ilişkilerinin tanınması³⁷⁰, çocukların doğal ebeveynleri ile yeniden bir araya getirilmesi³⁷¹, evli çiftlerin ayrılabilmesinin sağlanması³⁷², tarihsel hayat şeklini sürdürmek isteyen roman

kovuşturulması şahsi şikayete bağlı cinsel saldırı eylemi hakkında bizzat kızının şikayetçi olmaması sebebiyle şikayet yokluğundan dolayı ceza davası açılabilmesinin özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 7-13). Mahkeme başvurucunun 16 yaşını doldurmuş zihinsel özürü kızının maruz kaldığı kovuşturulması şahsi şikayete bağlı cinsel saldırı eylemi hakkında şikayet yokluğundan dolayı ceza davası açılabilmesini ulusal hukukun özel hayata saygı hakkı bakımından pratik ve etkili bir koruma sağlamaması, farklı bir anlatımla devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak değerlendirmiştir (§ 29-30). Mahkemeye göre mağdura karşı işlenen türden bir kötü davranış olayında medeni hukuk tarafından sağlanan koruma yeterli kabul edilemez. Temel değerleri ve özel yaşamın esaslı yönlerini tehlikeye sokan cinsel saldırı fiili bakımından etkili bir caydırıcılığın sağlanması zorunlu olup, bu caydırıcılığın etkili bir şekilde sağlanması ancak ceza kanunu hükümleriyle gerçekleştirilebilir (§ 27). Ayrıca bkz.: *Stubbings ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1996, § 66-67; *M.C.-Bulgaristan Davası*, 04.12.2003, § 148-187. Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 127-129; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 522-523; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 22-23; Gemalmaz, **İşkence Yasası**, s. 230-231; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 281-282.

³⁶⁵ *Von Hannover-Almanya Davası*, 27.07.2004, § 56-80. Bu davada, Monako prensesi olan başvurucunun Paris'te kamusal alanda sürdürdüğü gündelik hayatını içeren ve paparazzilerin çektiği fotoğraflarının Alman basınında yayımlanması üzerine başvurucunun kamusal alanda geçen hayatına ilişkin bu fotoğrafların yayımlanmasını hukuk yoluyla durduramaması olayında, her ne kadar fotoğraflar kamusal alandaki görüntüleri içerse de, yapılan müdahalenin kamusal bir meşru amaca ve kamu yararına yönelik olmaması sebebiyle devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca bkz.: Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 40-41; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 524.

³⁶⁶ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 76-93; *I-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 56-73; *Van Kück-Almanya Davası*, 12.06.2003, § 69. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 130-138; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 38-39; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 526; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 284-285.

³⁶⁷ *Burghartz-İsviçre Davası*, 22.02.1994, § 27-29; *Ünal Tekeli-Türkiye Davası*, 16.11.2004, § 61-68. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 138-142; Dutertre, **a.g.e.**, s. 293-295; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 526-527.

³⁶⁸ *Gaskin-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 49. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 142-143; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 39-40; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 524.

³⁶⁹ *Mikulic-Hırvatistan Davası*, 07.02.2002, § 56-66. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 147-148; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 525.

³⁷⁰ *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 74-75; *Kroon ve Diğerleri-Hollanda Davası*, 27.10.1994, § 31. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 151-155; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 42-43; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 528-529; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 22-23; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 230.

³⁷¹ *W-Birleşik Krallık Davası*, 08.07.1987, § 62; *Ollson (No:2)-İsveç Davası*, 30.10.1992, § 90. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 162-169; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 529.

³⁷² *Airey-İrlanda Davası*, 09.10.1979, § 33. Bu davada, eşinin kendisine ve müşterek çocuklarına fiziksel ve ruhsal şiddet kullandığı gerekçesiyle ayrı yaşadığı eşinden yargısal yolla ayrılık kararı almak isteyen ancak bu konuda adli yardım verilmemesi ve masrafları karşılama gücü bulunmaması nedeniyle kendisini temsil edecek avukat bulamayan başvuru AİHK'na başvurarak dava açmayı

vatandaşların geleneksel yaşam tarzlarının kolaylaştırılması³⁷³; konuta saygı bağlamında konutun çevresel fiziki kirlilikten³⁷⁴, ses kirliliğinden³⁷⁵ korunmasına yönelik önlem alınması, tehlikeli çevresel atıklar konusunda ilgililere bilgi verilmesi³⁷⁶, üçüncü kişilerin konuta girmesinin ve konutuna diğer müdahalelerde bulunmasının engellenmesine yönelik tedbirlerin alınması³⁷⁷ konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu karar vermiştir.

Buna karşılık Mahkemenin haberleşmeye saygı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna vardığı kararları pek azdır³⁷⁸. Haberleşmeye saygı bağlamında Mahkeme özel konuşmaların kamusal alana ifşa edilmesinin

engelleyici miktardaki dava masraflarını karşılayamaması nedeniyle yargısal ayrılık kararı alamadığı gerekçesiyle devletin aile hukuku sorunlarıyla ilgili olarak yargısal yollara ulaşma imkânı sağlamamış olduğunu iddia ederek diğer şikâyetlerinin yanı sıra adil yargılanma hakkının, aile yaşamına saygı hakkının ve etkili başvurma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 8-9). Mahkeme özel ve aile yaşamına saygı hakkının etkili olabilmesi için devletin gerektiği takdirde herkesin başvurabileceği koruma araçlarına ulaşmasını sağlamak zorunda olduğunu belirterek, başvurunun mahkemeye başvurabilecek durumda olmaması sebebiyle, ulusal pozitif hukukun öngörmüş olduğu mahkemeye başvurma hakkının başvuru açısından etkili bir biçimde ulaşılabilir olmadığını, başvurunun eşinden fiilen ayrılığının hukukî olarak tanınmasını sağlamak için öngörülen hukukî yola başvurusunun fiilen mümkün olmadığını, bu nedenle olayda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (§ 32-33). Airey kararının devletin pozitif yükümlülükleri bakımından bugün bile en mükemmel örnek olduğu söylenmektedir. Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 9. K.g. için bkz.: Bahçeci, **a.g.e.**, s. 520. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 169-171; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 43; Dutertre, **a.g.e.**, s. 285;

³⁷³ *Buckley-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.1996, § 54 ve 60; *Chapman-Birleşik Krallık Davası*, 18.01.2001, § 73 ve 74. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 176-180.

³⁷⁴ *Lopez Ostra-İspanya Davası*, 09.10.1994, § 51-58. Bu davada, devletin mali desteğiyle ancak ulusal mevzuata aykırı bir şekilde başvurunun evinin yakınına kurulan bir atık işleme tesisinin yarattığı kirliliğe, devletin mevzuata aykırı bir tesisin işletilmesine engel olmayarak sebebiyet verdiğinden hareketle devletin konuta saygının sağlanması konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 183-184; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 47-48; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 531.

³⁷⁵ *Moreno Gomez-İspanya Davası*, 16.11.2004, § 53-63. Bu davada, başvurunun evinin bulunduğu çevrede işletilen gece kulüplerinden ulusal mevzuatta öngörülen saat aralığı ve ses değerine aykırı bir şekilde çıkan gürültüye devletin engel olmayarak sebebiyet verdiğinden hareketle devletin konuta saygının sağlanması konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir. Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 46-47; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 531.

³⁷⁶ *Guerra ve Diğerleri-İtalya Davası*, 19.02.1998, § 60. Bu davada, başvuru sahipleri yaşadıkları kasabanın yakınında bulunan bir fabrikanın üretim faaliyetleri sırasında çevreye salınan kimyasal maddelere karşı önlem alınmaması nedeniyle yaşamlarının ve fiziksel bütünlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler; Mahkeme şiddetli çevre kirliliğinin kişilerin özel ve aile hayatlarını ve konutlarında huzur içinde yaşamalarını olumsuz etkilediğini belirterek kamu otoritelerinin fabrikanın faaliyeti ve bir kaza meydana geldiğinde yörede yaşayanların karşılaşabileceği riskler konusunda gerekli bilgiyi çevrede yaşayan halka vermemesi sebebiyle devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 144-145; Dutertre, **a.g.e.**, s. 43; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 524.

³⁷⁷ *Novoseletskiy-Ukrayna Davası*, 22.02.2005, § 68. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 46.

³⁷⁸ Mowbray, **a.g.e.**, s. 186; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 46; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 522.

önlenmesi³⁷⁹, tutuklunun AİHM ile mektuplaşmalarında kullanacağı materyallerin sağlanması konusunda yardımcı olunması³⁸⁰ konusunda devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğu karar vermiştir. Diğer yandan Mahkeme hükümlüye cezaevi dışındaki kişileri telefonla arama olanağı sağlama konusunda ise devletin pozitif yükümlülüğü bulunmadığına karar vermiştir³⁸¹.

3.3.6. Sınırı

Pozitif yükümlülükler konusundaki mesele pozitif yükümlülüklerin sınırı ve kapsamının belirlenmesi noktasındadır. Mahkeme özel hayata saygının gerektirdiği negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırların net olarak ortaya konabilecek, tam tanımları yapılabilecek kadar kesin olmadığını, ancak en azından her ikisine de benzer ilkelerin uygulanabileceğini, birbiriyle yarışır nitelikteki bireysel menfaatler ile genel toplumsal menfaatler arasında adil denge kurulması ve adil denge oluşturulması konusunda devletin belli bir takdir marjına sahip olmasının her halde bu ilkelerden olduğunu belirtmiştir³⁸². Mahkemeye göre takdir hakkı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Takdir yetkisi, büyük ölçüde ülkenin subjektif şartları tarafından belirlenen konularda geniş³⁸³, buna karşılık evrensel ve Avrupa Konseyi ülkelerinde ortak bir yasal zemini bulunan objektif standartların esas alındığı konularda ise dardır³⁸⁴.

Öte yandan Sözleşmeciler Devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında devletin pozitif yükümlülükleri

³⁷⁹ *Craxi-İtalya* Davası, (No: 2), 17.07.2003, § 68 ve 76. Bu davada, eski başbakan olan başvurucunun temiz eller kampanyası döneminde yolsuzluk soruşturması sebebiyle kaydedilen telefon görüşmelerinin soruşturmaya konu yolsuzluklarla ilgili olmayan özel hayatına ilişkin kısımlarının gazetelerde yayımlanması olayında, mahkeme kaleminde muhafaza edilen kayıtların muhafazasında devletin ihmal göstererek basına sızmasına sebebiyet vermesini ve basına sızmayı gerçekleştiren ilgililer hakkında etkili soruşturma yapmamasını Mahkeme pozitif yükümlülüğün ihlali olarak kabul etmiştir. Ayrıca bkz.: Bahçeci, **a.g.e.**, s. 524.

³⁸⁰ *Cotlet-Romanya* Davası, 03.06.2003, § 60 ve 65. Ayrıca bkz.: Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 47.

³⁸¹ *A.B.-Hollanda* Davası, 29.01.2002, § 92. Ayrıca bkz.: Mowbray, **a.g.e.**, s. 186.

³⁸² *Keegan-İrlanda* Davası, 26.05.1994, § 49; *Hokkanen-Finlandiya* Davası, 24.08.1994, § 55. Ayrıca bkz.: Dutertre, **a.g.e.**, s. 282; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 12.

³⁸³ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 89; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 521.

³⁸⁴ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 87; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 333-334.

gerekleri ve içeriği bakımından önceden belirlenmesi mümkün olmayan, olaydan olaya değişim gösteren bir karaktere sahiptir³⁸⁵. Devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken somut olayın kendine özgü özelliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir³⁸⁶. Bu sebeple belirtmek gerekir ki, devletin pozitif yükümlülükleri özel hayata saygının gerçekleştirilmesi konusunda bir kesin sonuç alma yükümlülüğü olmayıp, özel hayata saygının korunmasının olanaklı hale getirilmesi, devletin yeterince çaba sarf ederek mümkün olanı yapma yükümlülüğüdür³⁸⁷.

Gerçekten pozitif yükümlülükler özel hayata saygının etkin şekilde temin edilmesi amacına yöneliktir. Devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı belirlenirken tüm toplumun çıkarlarının göz ardı edilmesi düşünülemez. Bu bakımdan devletin pozitif yükümlülüklerinin sınırı konusunda önceden kesin bir kural belirlemek imkânsızdır. Devletin pozitif yükümlülüklerinin sınırı konusunda önceden ancak belirli bir takım ilkeler ortaya konabilir. Nitekim AİHM tarafından ortaya konan birbiriyle rekabet halinde bulunan tüm toplumun çıkarları ile bireyin çıkarları arasında adil denge oluşturulması, Sözleşmenin sosyal gelişmeler ışığında yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler bu türden ilkelerdir. Bu iki ilke bir arada düşünüldüğünde, her somut olayın kendine özgü özellikleri, ülkesel şartlar ve sosyal gelişmeler dikkate alınarak devletin pozitif yükümlülüğünün sınırını belirlemek gerekmektedir. AİHM kurulacak adil dengenin nasıl bir denge olduğunun Sözleşmenin tümünde mündemiç olduğunu belirtmektedir³⁸⁸. Bu adil dengenin kurulabilmesi öncelikle devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında kabul edilerek

³⁸⁵ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.1985, § 67; *Rees-Birleşik Krallık Davası*, 17.10.1986, § 37; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası*, 18.12.1986, § 55; *Cossey-Birleşik Krallık Davası*, 27.11.1990, § 37; *B-Fransa Davası*, 25.03.1992, § 44; *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık Davası*, 30.07.1998, § 52; *Christine Goodwin-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 72; *Gül-Birleşik Krallık Davası*, 11.07.2002, § 52; *Dickson-Birleşik Krallık Davası*, 18.04.2006, § 31; *Tysiac-Polonya Davası*, 20.03.2007, § 112; *Armoniene-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 38; *Biriuk-Litvanya Davası*, 25.11.2008, § 37.

³⁸⁶ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 48.

³⁸⁷ *Platform 'Arzte für das Leben'-Avusturya Davası*, 21.06.1998, § 31; *Tanrikulu-Türkiye Davası*, 08.07.1999, § 101; *Demiray-Türkiye Davası*, 21.11.2000, § 11. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 46; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 523; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5.

³⁸⁸ *Rees-Birleşik Krallık Davası*, 17.10.1986, § 37; *James ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1986, § 50; *Sporrong ve Lönnroth-İsveç Davası*, 23.09.1982, § 69.

devletten beklenen olumlu edim ile bireyin özel hayatının korunması arasında doğrudan ve yakın bağlantı bulunmasını gerektirir³⁸⁹.

3.4. Değerlendirme

Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği AİHM tarafından özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurularda hakkın ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde yaygın olarak kullanılmakta ve bu suretle Sözleşmecî Devletin Sözleşmeye bağlılığı saptanmaktadır. Pozitif yükümlülükler sebebiyle devletin sorumluluğuna sebep olan, hak ve özgürlükleri somut ve etkili şekilde güvence altına almak görevinin devlet tarafından ihlal edilmesidir. AİHM tarafından esas itibarıyla Sözleşmenin 1. maddesi pozitif yükümlülüklerin hukuksal dayanağının olarak kabul edildiğinden, Sözleşmecî Devletin pozitif yükümlülüklerle uyması aynı zamanda Sözleşmeye bağlılığının ölçüsü olmaktadır. Bu haliyle pozitif yükümlülükler Sözleşmeyle tanınan hak ve özgürlükler sistemini güçlendirmekte, hak ve özgürlüklerin korunmasının etkin bir güvencesini teşkil etmektedir.

Pozitif yükümlülüklerin özünü Sözleşmede güvence altına alınan hakların korunması ve gerçekten kullanılabilmesi için gerekli maddi ve hukuki şartların oluşturulması; uygulanabilir, somut, kâğıt üzerinde kalmayan makul ve uygun spesifik tedbirlerin alınması; etkili başvurma hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde kullanılabilmesinin sağlanması oluşturmaktadır. Mahkeme birçok kararında devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de uygulanması gerektiğini belirtmiş, *Novoseletskiy-Ukrayna* Davasında ulusal mahkemeler tarafından yasaların dikkatli ve özenli uygulanmasının önemini; *Craxi-İtalya* Davasında kişinin iletişiminin denetlenmesi yoluyla elde edilen özel görüşme kayıtlarının muhafazasında ihmal göstermemenin, bu kayıtların basına sızmasına sebebiyet vermemenin, basına sızmayı gerçekleştiren ilgililer hakkında etkili soruşturma yapmanın önemini vurgulamıştır.

³⁸⁹ Üzeltürk, a.g.e., s. 165.

Sözleşmeye bağlılığın gerçekleşmesi için bu ilkelere titizlikle uyulması ülkemiz açısından da zorunludur. Gerçekten iletişimin denetlenmesi konusundaki yasaların dikkatli ve özenli uygulanması öncelikle bu tedbire karar veren mahkemelerin görevidir. İletişimin denetlenmesine ilişkin normlar iletişimin denetlenmesini olanaklı kılan hukuksal cihazlar olmalarının yanı sıra, bir yandan da kişilerin haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilmesinin önlenmesine yönelik güvenceleri teşkil etmektedirler. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi konusunda pozitif hukuka uygun olmayan kararlar bir yandan yasayla öngörülme koşulunun ihlali, bir yandan da pozitif yükümlülüklerin ihlali niteliğindedir.

Diğer taraftan örneğin iletişimin denetlenmesi kapsamında olmayıp teknik araçla izleme kapsamında olan ve ortam dinlemesi tabir edilen yolla kişilerin yüz yüze görüşmelerinin dinlenip kaydedilmesi, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtların muhafazasında ihmal gösterilmesi, bu kayıtların basın organlarında yayımlanmasına sebebiyet verilmesi gibi kişilerin özel hayatına müdahale teşkil eden eylemlerin önlenmesi için tedbirler almak pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilir. Bu bağlamda ortam dinlemesi yaparak ve özel konuşmaları basına sızdırarak özel hayata müdahale eden kişilerin tespit edilmesine yönelik etkili soruşturma yapılması ve bu kişilerin cezalandırılması ülkemizde özel hayatın etkili bir şekilde korunmasının gereklerindendir.

Ayrıca etkili başvurma hakkı, iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalan bireylerin yapılan denetlenmenin hukuka uygunluğunun denetlenmesini, hukuka aykırı denetlenmelerden kaynaklanan zararlarının tazminini ve hukuka aykırı dinlemelere sebep olan kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanmasını sağlamaları bakımından hayati öneme sahip bir konudur. Bu tür hakların kullanılması doğal olarak öncelikle ilgililerin iletişimlerinin denetlendiğinden haberdar olmalarına bağlıdır. Dolayısıyla ilgililere yapılan denetleme hakkında bilgi verilmesini güvence altına alan düzenlemeler özel hayatın etkili bir şekilde korunmasının gereklerindendir. Yasal zorunluluğa karşın ilgililere yapılan denetleme konusunda bilgi verilmemesi hali ise etkili başvurma hakkının kullanılamaması sonucunu

doğuracağından doğrudan doğruya pozitif yükümlülüğün ihlali niteliğinde kabul edilmelidir.

4. Özel Hayata Saygı Hakkının Koruma Alanı

4.1. Genel Olarak

Özel hayata saygı hakkının koruma alanı 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş ve özel hayata müdahale yasağının istisnasına yer verilmiştir. Özel hayata saygı hakkının kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunan müdahalelerin yapılması mümkündür. Bu hüküm sebebiyle özel hayata saygı hakkı mutlak bir hak olmaktan çıkmaktadır³⁹⁰.

Dolayısıyla Sözleşme özel hayata saygı hakkını, yasaya uygun olarak yapılmayan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunmayan müdahalelere karşı korumaktadır. Belirtmek gerekir ki, yasayla öngörülme koşulu ile demokratik toplumda gereklilik koşulu birbirine alternatif olabilecek koşullar olmayıp, özel hayata müdahale edilebilmesini birlikte bulunmaları halinde mümkün kılan koşullardır. Diğer yandan Sözleşme koruma alanı bakımından özel hayatın unsurları arasından bir farklılık öngörmemiş olup, sınırlama koşulları özel hayatın dört farklı unsuru yönünden ortaktır.

Burada özellikle özel hayata saygı hakkının koruma alanının çerçevesine değinmek gerekir. Zira bu çerçeve, özel hayata kimin müdahale edebileceğine ilişkin sınırı belirlemekte olup, özel hayata müdahalenin amaçları ve kapsamı, özel hayata müdahalenin çerçevesi bağlamında değerlendirilmelidir. Müdahale yasağının istisnasının çerçevesi iki yönlüdür.

Birinci yönü özel hayata saygı hakkına ancak kamu makamları tarafından müdahale edilebileceğidir. Bu, kamu makamları dışında üçüncü kişilerin özel hayata müdahale edemeyeceği, üçüncü kişiler bakımından özel hayata saygı hakkının

³⁹⁰ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 372; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 4.

mutlak bir hak olduğu anlamına gelir. Gerçekten özel hayata saygı hakkında feragat edildiği kabul edilebilecek durumlar ile hak sahibinin müdahaleye rıza göstermesi hali ayrık olmak üzere, bu hak üçüncü kişiler yönünden mutlak bir hak olup, üçüncü kişiler tarafından hiçbir amaç ve koşulla bu hakka müdahale edilemez.

İstisnanın çerçevesinin *ikinci yönü* ise, özel hayata müdahale edip etmeme konusunda devletin sahip olduğu takdir yetkisidir. 8. maddenin 2. fıkrası ile özel hayata müdahale etme konusunda kamu makamlarına mutlak bir görev verilmeyip sadece yetki verilmiştir. Gerçekten özel hayata müdahale etmek, kamu makamları için sübjektif bir hak ya da bir yükümlülük olarak değil, sadece belirtilen meşru amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak yasalarla tanınmış bir olanak olarak düzenlenmiştir. Aksi bir yaklaşım özel hayata saygı hakkının içeriğinin sınırlanması ve haklar ve değerler ya da çıkarlar arasında bir hiyerarşi oluşturulmasına yol açar. Böyle bir yaklaşımın hakların eşitliğini sağlayan ve bir hakkın kullanımına daimi sınırlamalar getirilmesine izin vermeyen AIHS’ne aykırı olur³⁹¹. Bu sebeple kamu makamları sözleşme ile kendilerine tanınan müdahale olanağını mutlaka kullanmak zorunda olmayıp, bu yetkinin kamu makamları tarafından kullanılmaması söz konusu olabilir. Dolayısıyla kamu makamlarının sahip olduğu bu yetki, aynı zamanda kamu makamlarının sorumluluğunun kaynağını da oluşturmaktadır.

4.2. İstisna Hükümünün Niteliği

AIHS ile devletlere yüklenen görev, bireylerin kamu otoritelerinin keyfî müdahalelerine karşı etkili bir şekilde korunmasıdır³⁹². Bu sebeple Sözleşmenin 8. maddesinin asıl işlevi herkesin özel hayatını sınırlamak değil, korumaktır. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı bakımından kural, bu hakka müdahale edilmesinin yasak olmasıdır. Nitekim bu husus 8. maddenin 2. fıkrasında “*Bu hakkın kullanılmasına... hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır*” şeklinde ifade edilen emredici yasakla açıkça belirtilmiştir.

³⁹¹ Macovei, **a.g.e.**, s. 24-25; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 349.

³⁹² *Belçika’da Eğitim Dili Davası*, 23.07.1968, § 7; *Marckx-Belçika Davası*, 13.06.1979 § 31; *Niemietz-Almanya Davası*, 16.12.1992, § 31.

Sözleşmenin amacı bireylerin korunması olduğundan, AİHM Sözleşmenin amaçladığı korumanın etkili bir şekilde gerçekleştirilmesini özel hayat kavramının dar yorumlanmamasına bağlı görmektedir³⁹³. Kural müdahale edememe olduğundan, bu kuralın diğer yönünü özel hayata saygı hakkına istisna getiren hükmün dar yorumlanması ilkesi oluşturmaktadır³⁹⁴. Dolayısıyla 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama hükmünün niteliği *dar yoruma* tabi bir düzenleme olmasıdır³⁹⁵.

8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama hükmünün dar yoruma tabi bir düzenleme olması, müdahalenin meşruluğundan şüphe edildiği bir durumda üstünlüğün hakkın kendisine tanınmasını; diğer bir söyleyişle bu tür bir durumda devlet lehine değil kişi lehine yorum yapılması gereğini ifade eder³⁹⁶.

Dar yorum ilkesinin ceza muhakemesi hukuku açısından önemi, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımalarından dolayı koruma tedbirleri konusunda sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde *aleyhe kıyas yasağının* ve *genişletici yorum yasağının* bulunmasıdır. Bu sebeple bir koruma tedbirine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla başka bir koruma tedbiri için uygulanması ya da bir koruma tedbirine ilişkin hükümlerin geniş yoruma tabi tutularak temel hak ve özgürlüğe daha fazla ölçüde müdahale edilmesine olanak sağlayacak şekilde uygulanması mümkün değildir³⁹⁷.

4.3. Yasayla Öngörülme

4.3.1. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinde lâfzî olarak ifade edilen, yapılan müdahalenin yasal dayanağının bulunması olmayıp,

³⁹³ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda Davası*, 25.10.2007, § 48.

³⁹⁴ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 42: “...(2.) fıkra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir.” Bkz.: Doğru, **İHAMİ**, C. I, s. 246. Ayrıca bkz.: *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 65; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 97; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda Davası*, 25.10.2007, § 48.

³⁹⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 373; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92 ve 348.

³⁹⁶ Macovei, **a.g.e.**, s. 36; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92.

³⁹⁷ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2006, s. 75; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2006, s. 42, 47; Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 101; Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 200.

hukuksal dayanağının bulunmasıdır. Gerçekten bu maddelerde yasadan değil hukuktan söz edilmektedir³⁹⁸. Dolayısıyla bu ilke esasen yasallık ilkesi değil hukuksallık ilkesidir. Ancak Anayasamızda ve buna paralel olarak hukuk öğretimizde bu ilkenin *yasallık ilkesi* olarak anlaşılıp adlandırılması sebebiyle biz de bu ilkeyi *yasayla öngörülme ilkesi* olarak adlandıracğıız.

Bu bağlamda, özel hayata müdahalenin haklılığını sağlayan ön koşul niteliğindeki yasayla öngörme kuralı öncelikle, müdahale teşkil eden işlem veya önlemin, müdahalenin yapıldığı tarih itibariyle iç hukukta yasal dayanağının bulunmasını³⁹⁹ ve yasaya uygun gerçekleştirilmesini⁴⁰⁰ gerektirmektedir. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla taraf devletlere özel hayata müdahale etmek konusunda olanak tanınmış olmakla birlikte, bu konuda yasal bir düzenlemenin yapılmaması da mümkündür. Ancak bu durumda taraf devletlere verilmiş bu hukuksal olanak kullanılmamış olacağından, özel hayata müdahale edilmesi her halde mümkün olamayacaktır. Yasal dayanağı bulunmayan bir müdahalenin yapılmış

³⁹⁸ AIHS'nin 8. maddenin 2. fıkrasının İngilizce metninde *law* sözcüğü, Fransızca metninde ise *loi* sözcüğü kullanılmış olup, sözcük şekli anlamda yasayı değil geniş anlamıyla hukuku ifade etmektedir.

³⁹⁹ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 47; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 84; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 27; *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 39; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 50; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 26; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 21; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 19; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 20. Ayrıca bkz.: Ruiz, *a.g.e.*, s. 181; Van Dijk, Van Hoof, *a.g.e.*, s. 767; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 375. Diğer taraftan Sözleşme organları yasallık kuralının Sözleşmenin İngilizce metninde 8. maddenin 2. fıkrasında 'yasaya uygun' (in accordance with law), 10. maddesinin 2. fıkrasında ise 'yasanın öngördüğü' (prescribed by law) ifadelerinin kullanıldığının farkındadırlar. Bu ifade farklılığına karşın bu hükümlerin düzenlenişindeki simetri Sözleşme organlarını yasallık kuralı konusunda her iki hüküm için de 'yasanın öngördüğü' (prévues par la loi) ifadesini kullanan Fransızca metnini esas almaya sevk etmiştir. Bkz.: *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 48; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 85. Bu sebeple bu tezde de başlık olarak 'yasayla öngörülme' kavramı tercih edilmiştir.

⁴⁰⁰ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 38. Bu davaya konu olayda başvurucunun cinayet işlemesi için kiralanan şahsın bir başkomser durumu bildirmesi üzerine, başvuru ile muhbir kiralık katil arasındaki telefon görüşmeleri kaydedilmiş, yerel ilk ve üst derece mahkemeleri telefon görüşmelerinin taraflarından birisi olan kiralık katilin telefon görüşmelerinin kaydedilmesine rıza göstermiş olması gerekçesiyle, muhbir ile başkomserin başvurucunun özel hayatına ve haberleşmesine müdahale etmediğini kabul etmiştir. Hükümet cinayet planlaması ile ilgili görüşmeler kamu yararını ilgilendirdiğinden, görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmedğini savunmuş, AIHM bu olayda yapılan müdahalenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin görüşmenin özel hayat kapsamında olmasını engellemediğini belirterek, başvurucunun özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmeden önce iç hukuktaki yasal prosedürün izlenmemiş olmasını ve iç hukuka göre bu müdahaleye ancak hakim tarafından karar verilmesi mümkün olduğu halde müdahalenin hakim kararı olmaksızın yapılmış olmasını dikkate alarak yasayla öngörülme zorunluluğunun ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz.: Kil Kelly, *a.g.e.*, s. 11.

olması durumunda müdahaleyi Sözleşmeye uygun kılan diğer koşullar sağlanmış olsa dahi, başlı başına yasayla öngörülme kuralına aykırılık, yapılan müdahaleyi Sözleşmeye aykırı hale getirir⁴⁰¹. Bu sebeplerle yasayla öngörülme koşulu müdahalenin iç hukuka uygunluğunun denetlenmesi mahiyetinde olup, uyulmaması halinde özel hayata yapılan müdahalenin yerindeliğinin denetlendiği demokratik bir toplumda gereklilik koşulunun incelenmesini gereksiz hale getiren bir koşuldur.

Mahkeme yasayla öngörülme ilkesinin pozitif hukuktaki düzenlemenin Sözleşmenin başlangıç kısmında açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluğunu sağlayan *hukukun kalitesini* ilgilendiren bir konu olduğunu belirtmektedir⁴⁰². Dolayısıyla yasayla öngörülme ilkesi iç hukukta öngörülen düzenlemelerin Sözleşme bağlamında belirli kalite standardında olmasını gerektiren bir ilkedir. Yasayla öngörülme ilkesi açısından Mahkemenin aradığı kalite standartlarını maddi ve şekli açıdan olmak üzere iki yönden sınıflandırmak mümkündür.

Yasayla öngörülme ilkesinin maddi yönü yasanın içeriğine yönelik olup, yasanın yeterli belirlilikte olmasını ve kötüye kullanmalara karşı etkin ve yeterli güvenceler öngörmesini; şekli yönü ise yasanın hakkın sükeleri tarafından bilinebilmesine yönelik olup, yasanın kolayca ulaşılabilmesini gerektirmektedir.

⁴⁰¹ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 39; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 63; *Doerga-Hollanda Davası*, 27.07.2004, § 54.

⁴⁰² *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 49: “Mahkemenin görüşüne göre, “hukukun öngörülmüş” ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince ulaşılabilir (*adequately accessible*) olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (*precise*) düzenlenmemiş bir norm, “hukuk” kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (*foreseeable*) olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur.” Bkz.: Doğru, *a.g.e.*, s. 295. Mahkemenin bu doğrultudaki görüşünün yansıdığı diğer kararları için bkz.: *Golders-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 34; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 90; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66-67; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 27; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfahvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 88. Ayrıca bkz.: Ruiz, *a.g.e.*, 182-183; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 375-376.

Müdahalenin yasayla öngörülmüş olması koşulu esas itibariyle, kamu makamları tarafından bu yetkilerini kullanacaklarının ilanı, farklı bir anlatımla hakkın sùjelerinin özel hayatlarına hangi durumlarda müdahale edilebileceği konusunda önceden uyarılmaları mahiyetindedir. Dolayısıyla yasayla öngörölme koşulu hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesine hizmet eden bir ilkedir⁴⁰³. Buradan özel hayata, yasayla öngörülmemiş bir müdahalenin yapılmasının yasak olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu yasağın özel hayatlarına müdahale edilmemesi bakımından bireylerin hukuk güvenliğini temin etmeyi amaçladığı açıktır⁴⁰⁴.

Yasayla öngörölme koşulu özel hayata müdahale edilebilmesinin ön koşulu niteliğinde olduğundan, Sözleşme organlarınca bu koşulun sağlanıp sağlanmadığının analizi, demokratik toplumda gereklilik koşulunun analizinden önce yapılmaktadır. Zira özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin meşru olması öncelikle müdahalenin yasal dayanağının bulunmasına bağlıdır. Yasal dayanağı bulunmayan müdahaleler, öngörülen meşru amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak demokratik toplumda gerekli olsalar dahi meşru kabul edilemezler⁴⁰⁵.

Mahkemeye göre, ‘yasanın öngördüğü’ ifadesiyle Sözleşme iç hukuka doğrudan gönderme yapmaktadır⁴⁰⁶. Dolayısıyla yasayla öngörölme koşulu, Mahkemenin taraf devletin özel hayata saygı hakkına yaptığı müdahalenin iç hukuka uygunluğunu ve iç hukuk kuralının da Sözleşmeye uygunluğunu inceleyebilmesine ve denetleyebilmesine olanak tanıyan bir ilkedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme yasayla öngörölme ilkesinden hareketle Sözleşmenin ihlal edildiğini, yapılan müdahalenin iç hukuka aykırılığından veya salt normatif yapısı itibariyle iç hukuk normunun Sözleşmeye aykırılığından kaynaklandığını tespit edebilir. Yasayla öngörölme ilkesi Mahkemenin hem özel hayata yapılan müdahalenin ve bu

⁴⁰³ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 34; *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 55; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 90; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67; *Huwig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 26; *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 49; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 59; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 26. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235.

⁴⁰⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235.

⁴⁰⁵ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 39; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 63; *Doerga-Hollanda Davası*, 27.07.2004, § 54.

⁴⁰⁶ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 34; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 90; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67.

müdahaleye ilişkin ulusal yargı kararının iç hukuk normuna uygunluğunu, hem de iç hukuk normunun Sözleşmeye uygunluğunu incelemesine olanak sağlar. Bundan dolayı kamu otoritelerince özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin iç hukuk kuralına aykırılığı başlı başına Sözleşmenin ihlali niteliğindedir⁴⁰⁷. Bu sebeple yasayla öngörülme ilkesi AİHM'sini adeta 'Avrupa Konseyi Anayasa Mahkemesi' konumuna getiren bir işlev görmektedir.

Nitekim Mahkeme başvuruçuların haberleşmelerine yönelik olarak devletin fiili olarak somut bir tedbir uygulamamış olmasına karşın *Klass ve Diğerleri-Almanya*, *Weber ve Saravia-Almanya*, *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* ve *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davalarında başlı başına ulusal mevzuatta iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasanın soyut olarak varlığının başvuruçuların özel hayata, aile hayatına ve haberleşmeye saygı haklarını kullanmalarına müdahale teşkil ettiğini belirterek, ulusal hukukun normatif olarak Sözleşmeye uygunluğunu denetlemiştir⁴⁰⁸. Gerçekten, üç sivil toplum kuruluşundan oluşan başvuruçuların yürürlükte bulunan hukukun haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanan *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davasında ulusal hukukun yasanın yeterli açıklıkta olmaması ve kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceler öngörmemesi sebebiyle⁴⁰⁹; bir sivil toplum kuruluşunun üyeleri olan avukatlardan oluşan başvuruçuların yine yürürlükte bulunan hukukun haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanan *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise ulusal hukukun yasanın öngörülebilirliği ve kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceler öngörmemesi sebebiyle⁴¹⁰ Sözleşmeye aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Mahkeme bu kararlarında iç hukukun uygulanabileceği tüm kişileri izlenme tehdidi altına sokması sebebiyle, posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullananların haberleşme özgürlüklerini doğallıkla etkileyeceğini belirterek spesifik

⁴⁰⁷ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 260-261; Gölcüklü, Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 126-128, 143-144 ve 377; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 239.

⁴⁰⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978; *Weber ve Saravia-Almanya* Davası, 29.06.2006; *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 01.10.2008; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009.

⁴⁰⁹ *Liberty ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 01.10.2008, § 69.

⁴¹⁰ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 53.

olarak kendisini etkileyen bir tedbirin uygulandığını kanıtlayamayan başvuruçuların *potansiyel mağdur* olmalarından hareket etmiştir⁴¹¹.

4.3.2. Maddi Boyutları

4.3.2.1. Yasanın Yeterli Belirlilikte Olması

Yasanın kalitesine ilişkin olarak yeterli belirlilikte olması gereği ilk defa *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası* ile ortaya konulmuş, *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*⁴¹² ile *Malone-Birleşik Krallık Davası*⁴¹³ kararlarında bu ilke haberleşmeye saygı hakkı bağlamında da benimsenmiştir. Bu ilke *yasanın öngörülebilirliği*, *yasanın açıklığı* ilkeleri olarak da adlandırılmaktadır⁴¹⁴.

*“Vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, ‘hukuk’ kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir.”*⁴¹⁵

Yasanın belirliliği ilkesi, yasayla öngörülme kuralının maddi boyutunun merkezinde yer alan bir ilkedir. Belirlilik ilkesi yasaların çerçeveslendirilmesinin mutlak bir belirginlikte olmasını gerektirmez. Belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları öngörebilmek, bir bireyin kendisine ait iletişimi yetkililerin izleyeceği muhtemel durumları önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlayabilmesi anlamına gelir⁴¹⁶. Bu sebeple belirlilik ilkesi aşırı derecede katılığa varan bir ilke olarak uygulanamaz. Bu ilke kamu makamlarının takdir yetkisine sahip olmasını dışlayan bir ilke olmayıp, takdir yetkisinin kullanılma biçiminin, kapsamının ve sınırlarının makul bir açıklık düzeyinde belirlenmesini gerektiren bir ilkedir⁴¹⁷.

⁴¹¹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 34-35; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 30.

⁴¹² *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88.

⁴¹³ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66.

⁴¹⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 227.

⁴¹⁵ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 49. Bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 295.

⁴¹⁶ Erdem, **a.g.e.**, s. 227.

⁴¹⁷ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 36; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 89-91. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537-538; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.

Mahkeme *Leander-İsveç* Davasında, yasaların öngörülebilme özelliğinin, örneğin soruşturmanın selameti için, ulusal güvenlik ve organize suça karşı mücadeleyi etkileyen alanlarda daha gevşek olabileceğini, ancak bu alanlarda dahi yasanın kullandığı ifadenin kişilere hukuki müdahaleyi olanaklı kılan davranışın ne olduğu ve yasaya aykırı davranışın veya hareket tarzının ne tür sonuçlara yol açacağı konusunda yeterli fikir verecek derecede berrak olması gerektiğini⁴¹⁸; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise kişilerin hangi hallerde iletişimlerinin dinlenme riski altında olduğunu bilebilmeleri için yasayla öngörülme ilkesinin bir gereği olarak haberleşmeye yapılacak müdahalelerin hangi meşru amaçlara yönelik olduğunun yasal düzenlemeden anlaşılabilmesi gerektirdiğini⁴¹⁹ belirtmiştir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin *Ağaoğlu-Türkiye* Davasında ise, uyuşturucu madde ticareti yaptığı şüphesiyle 20.09.1991 tarihinde göz atına alınan ve başka bir şüpheliyle 40 paket eroinin teslimi konusundaki telefon konuşmaları tespit edilen, ancak suçlamaları kabul etmeyip diğer şüpheliyle yaptığı telefon konuşmalarının yabancı para satın alınmasına ilişkin olduğunu ileri süren başvurusunun, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce telefon konuşma çözümlerine ve diğer şüphelinin itirafına dayanılarak 18 yıl hapis cezasıyla cezalandırılması karar verilmiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kararın bozulması yönünde tebliğname sunmuş, ancak Yargıtay ilgili dairesince yerel mahkeme kararı onanmıştır. Ardından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na, aralarında menfaat çatışması bulunduğundan diğer şüphelinin tutarlı olmayan itirafına itibar edilemeyeceği ve telefon dinlemenin hukukta yasal dayanağının bulunmadığı gerekçe gösterilerek daire kararına itiraz edilmiş, yapılan itiraz YCGK'na reddedilmiştir. Başvurusunun AİHS'nin 6. ve 8. maddesinin ihlali iddiasıyla yaptığı başvuru üzerine, Hükümet başvurusunun telefon görüşmelerinin CMUK'nun 92. maddesinde düzenlenen postada el koymaya ilişkin hükmün kıyas yoluyla iletişimin denetlenmesinin de yasal dayanağını oluşturması sebebiyle denetlendiğini ileri sürmüş ancak, AİHM Hükümet tarafından ileri sürülen hükmün yasanın kalitesine ilişkin yeterli belirlilikte olma kriterini karşılamadığını, kıyas yoluyla bu kriterin

⁴¹⁸ *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 51.

⁴¹⁹ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 46.

bertaraf edilemeyeceğini, 4422 sayılı yasanın dava dayanağı vakıaların gerçekleşmesinden sonraki tarihte yürürlüğe girdiğini belirterek, mevcut davaya sebebiyet veren olayların meydana geldiği tarihte telefonların dinlenmesi ve görüşmelerin kaydedilmesini düzenleyen bir ulusal yasanın bulunmadığı, bu sebeple başvurucunun haberleşmesine yapılan müdahalenin yasada öngörölmüş bir müdahale olmaması gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴²⁰.

Sonuç olarak belirlilik ilkesi daha çok yasanın ifade kabiliyetine ilişkin bir ilke olup, yasanın ifade tarzı itibariyle, özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarına karşı kamu makamlarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye başvurmaya yetkili oldukları konusunda vatandaşlara yeterli göstergeleri sunabilmek için yeterince açık olması⁴²¹; vatandaşların yasanın ne demek istediğini gerektiğinde hukukçu yardımı alarak tereddüde düşmeden anlamalarına olanak tanınmasıdır⁴²². Dolayısıyla özel hayata ve haberleşmeye yapılabilecek müdahalelerin kapsam ve şartlarını yeterli açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtmeyen, açık uçlu, genel ve muğlâk ifadelerle yer veren düzenlemeler yasa olarak kabul edilemezler⁴²³.

Bu sebeple özel hayata ve haberleşmeye yapılabilecek müdahalelerin kapsam ve şartlarının yeterli açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtilmesi gereğini ifade ettiğinden yasanın belirliliği ilkesinin kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda bir tür *kıyas yasağının* bulunduğunu da söylemek mümkündür. Çünkü yasanın belirliliği ilkesi dar yorum ilkesiyle tamamlamaktadır. Bu durumun iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından pratik önemi, anlamının yeterli düzeyde açık olmadığı durumlarda özel hayata ve haberleşmeye sınırlama getiren hükmün, özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilen kişinin hukuk güvenliğini artıracak şekilde yorumlanmasını ve kişinin güvencelerini zayıflatacak şekilde ya da

⁴²⁰ *Ağaoğlu-Türkiye Davası*, 06.03.2006, § 51-55. Bu karar sadece Fransızca yayımlanmış olup, Türkçe çevirisi tespit edilememiştir. Kararın Fransızca metni ile İngilizce basın duyurusu için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int>, 22 Mayıs 2010.

⁴²¹ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67; *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 35.

⁴²² Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 376; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 327.

⁴²³ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 62; *Doerga-Hollanda Davası*, 27.07.2004, § 53; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41.

kıyas yoluyla sınırlama getiren hükmün kapsamını kişi aleyhine genişletecek şekilde yorum yapılamamasını gerektirmesidir.

4.3.2.2. Yasanın Kötüye Kullanmalara Karşı Etkin ve Yeterli Güvenceler Öngörmesi

Yasayla öngörülme ilkesinin diğer bir yönünü özel hayata saygı hakkına resmi makamların keyfi müdahalesini önleyecek bir koruma sitemine iç hukukun sahip olması oluşturmaktadır. Mahkemeye göre, devletlerin gizli soruşturma tedbirlerine demokrasiyi koruma amacıyla başvurusu, devletlere terörizme karşı mücadele adına uygun gördüğü her türlü önlemi alma olanağı vermez. Zira böyle bir durumun demokrasiyi korumak bir yana demokrasiyi zayıflatması ve hatta tahrip etmesi mümkündür⁴²⁴. Gizli soruşturma tedbirleri ilgisinden gizli bir şekilde uygulandığı için birey etkili bir hukuki korumadan yararlanabilme olanaklarından yoksun kaldığından bireyin haklarının korunması amacıyla açık koruma tedbirlerindeki güvencelere uyumlu ve eşit kuvvette güvenceler öngörülmalıdır⁴²⁵. Bu sebeple müdahaleyi öngören yasal dayanağın soyut olarak varlığı yasayla öngörülme koşulunun sağlanması için yeterli kabul edilemez. Özel hayata ve haberleşmeye kısıtlama getiren ve müdahale teşkil eden tedbirlerin kötüye kullanmaları ve keyfiligi önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri de içermesi gerekmektedir⁴²⁶.

Özgür demokratik sistemin ve ulusal güvenliğin korunması amacına yönelik olarak kamu makamlarının haberleşmeyi ve telefon konuşmalarını izleyebilmesine olanak tanıyan ve bu önlemleri alma ve uygulamaya karşı bir mahkeme önünde itiraz ederek hak arama imkânını tanımayan Alman yasal düzenlemelerinin dava edildiği⁴²⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, Mahkemenin yasanın kötüye kullanmalara karşı etkili ve yeterli güvenceler öngörmesi zorunluluğunu ayrıntılı olarak ele aldığı ilk karardır. Mahkemeye göre bu ilke haberleşmeye müdahale teşkil eden bütün tedbirler

⁴²⁴ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 49; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 59.

⁴²⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 154.

⁴²⁶ Sözüer, **a.g.e.**, s. 76; Erdem, **a.g.e.**, s. 152; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375-376; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 293.

⁴²⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 10 ve 26.

bakımından geçerli bir ilke olup, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvenceler, muhtemel önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine, bu önlemlere başvurmak için gerekli sebeplere, bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamların bağımsız olmalarına ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır⁴²⁸. İletişimin denetlenmesini öngören bir yasada bulunması gereken niteliklere ilişkin olarak Mahkemenin bu kararında saptadığı ilkeler şu şekilde belirtilebilir:

a) İletişimin denetlenmesine kural olarak hâkim, bu olmadığı takdirde hâkim kadar bağımsız olma özelliğine sahip kişilerce karar verilmelidir⁴²⁹;

b) İletişimin denetlenmesi bir kimsenin belirli suç fiillerini cidden işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair şüphe duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarla ve belirli kişilerle sınırlı olmalıdır⁴³⁰;

c) İletişimin denetlenmesi ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması halinde gerçekleştirilebilir⁴³¹;

d) İletişimin denetlenmesi belirli bir süreyle sınırlı olmalı, yenilenme usulü öngörülmelidir⁴³²;

e) İletişimin denetlenmesinin uygulanması kural olarak hâkimin denetim ve gözetiminde yürütülmelidir⁴³³;

f) İletişimin denetlenmesi gerekli koşullar ortadan kalktığında veya kendisine artık gerek kalmadığında derhal sona erdirilmelidir⁴³⁴;

g) İletişimin denetlenmesi yoluyla toplanan bilgi ve belgeler başka amaçlar için kullanılmamalı, istenen amacı gerçekleştirmek için artık gerek kalmadığı anda belgeler ortadan kaldırılmalıdır⁴³⁵;

h) İletişimin denetlenmesinin sona ermesinden sonra, kural olarak ilgisine bilgi verilmelidir⁴³⁶;

⁴²⁸ A.k., § 50.

⁴²⁹ A.k., § 53.

⁴³⁰ A.k., § 51.

⁴³¹ A.k., § 51.

⁴³² A.k., § 52.

⁴³³ A.k., § 52 ve 56.

⁴³⁴ A.k., § 52.

⁴³⁵ A.k., § 52.

1) İletişimin denetlenmesinin sona ermesinden sonra özellikle ilgisinin katılabileceği bir denetim sistemi öngörülmelidir⁴³⁷.

Mahkeme bu kararda belirlediği ilkeleri daha sonraki kararlarında da işleyerek, resmi makamların haberleşmeye müdahale teşkil eden tedbirleri kötüye kullanmasına karşı yeterli ve etkili güvence sağlamaya yönelik standartlarını geliştirmiştir. Bu standartlar, haberleşmeye müdahale teşkil eden tedbirleri uygularken yerel makamlara verilen yetkinin sınırlandırılmasına ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin mevcudiyetini gerektirmektedir. Bu bağlamda haberleşmeye müdahale teşkil eden önlemleri uygulamaya bağımsız bir yargısal otorite olan hâkim tarafından karar verilmesi⁴³⁸, bu önlemlerin bağımsız bir organ tarafından yürütülmesi ve bu organın işlemleri üzerinde yargısal denetimin sağlanması⁴³⁹, bu önlemlerin uygulanabileceği suçların, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğinin, kayıtların güvenliği ile orijinal haliyle ve bütünüyle hâkim ve savunma makamının denetimine açık olmasının sağlanmasına yönelik önlemlerin, özellikle sanığın beraat etmesi durumunda kayıtların silinebileceği ve silinmesi gereken şartların, imha edilme usulünün öngörülmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁴⁰.

Yine Mahkemeye göre yasal düzenlemeler, kaydedilebilecek bilgilerin türünü, hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanabileceği insan kategorilerini, bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceğini, izlenecek prosedürü, bu tür tedbirlerin uygulanabileceği süre ve zaman aralığını, toplanan bilgileri değerlendirmeye kimlerin yetkili olduğunu, toplanan bilgilerin değerlendirilme, ayıklanma, kullanılma ve saklanma usulünü içeren, doğruluğu ve gizliliğini temin eden yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı

⁴³⁶ A.k., § 57 ve 58.

⁴³⁷ A.k., § 57.

⁴³⁸ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Petra-Romanya Davası*, 23.09.1998, § 37.

⁴³⁹ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 40-41.

⁴⁴⁰ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 35. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 536; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 28.

hükümlere yer vermelidir⁴⁴¹. Bu tür güvencelere yer vermeyen düzenlemeler yasa olarak kabul edilemezler.

Mahkeme *Lambert-Fransa* Davasında dinlenmesine karar verilen telefon hattını arayan kişilerin durumunu ele almıştır. Bu davada dinlenmesine karar verilmiş üçüncü bir kişiye ait hat üzerinden başvurucunun üçüncü kişiyle yaptığı konuşması kaydedilmiş, başvuru suç eşyasında tasarruf suçuyla itham edilmiş, ardından iletişiminin dinlenmesinin hukuka aykırı olduğunun tespiti dair açtığı dava görüşme yaptığı telefon hattının dinlenmesine ilişkin kararının bulunması gerekçe gösterilerek yerel mahkemelerce reddedilmiştir. AİHM, bir dinleme kararı ile birçok kişinin telefonun dinlenmesine, diğer bir ifadeyle dinlenmesine karar verilen hattı arayan herkesin dinlenmesine olanak sağlayacağı için ulusal mahkemelerin yürüttüğü mantığın kabul edilemeyeceğini, ulusal yasanın telefonunun dinlenmesine karar verilen kişilerle, telefonu hakkında dinleme kararı bulunmayan kişiler arasında ayırım yapmadığını, bu sebeple yerel yasanın dinlenmesine karar verilen hatla görüşme yapan üçüncü şahıslar yönünden yeterli güvenceleri içermediğine karar vermiştir⁴⁴².

Mahkeme yakın zamanda iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan ulusal hukukun Sözleşmeye uygunluğunu incelediği *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında önceki içtihatlarında geliştirdiği standartları tekrarlayarak, bu standartları geliştirmiştir. Mahkemenin bu kararında geliştirdiği standartlar ise şu şekilde sıralanabilir:

a) İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına karar vermesi, bilgileri muhafaza etmesi, kayıtların imhasına karar vermesi iletişimin denetlenmesinde hâkimin rolünün güvence teşkil ettiğinin kabulü için yeterli görülemez. Bunlarla birlikte yasal düzenlemelerin, tedbirin uygulama sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğini denetlemesine olanak tanıyacak şekilde denetlemenin sonuçları hakkında hâkimin mütemadiyen bilgilendirilmesini de içermesi gerekir. Mahkemeye

⁴⁴¹ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 41 ve 48.

⁴⁴² *Lambert-Fransa* Davası, 24.08.1998, § 39. Ayrıca bkz.: Dutertre, **a.g.e.**, s. 306-307.

göre, bu güvencenin bağımsızlık niteliğine sahip hâkim yerine savcının yetkilendirilmesiyle sağlanması mümkün değildir⁴⁴³.

b) Telefon dinleme kişi haklarına çok ciddi bir müdahale olduğundan, ancak bir kişinin ağır suçlarla bağlantısının bulunduğu dair çok ciddi sebeplere dayanan makul şüphe üzerine gerçekleştirilebilir. Buna bağlı olarak yasa telefon dinlemeye başvurulabilecek şüphenin hangi hallerde makul kabul edilebileceğine ilişkin hükümler de içermelidir⁴⁴⁴.

c) Telefon dinleme tedbirine başvurmayla olanak tanıyan yasal düzenleme, telefonları dinlenebilecek kişileri göstermeye yönelik açık hükümler içermelidir. Bu bakımdan örneğin avukatlarla müvekkilleri arasındaki iletişim gibi, iletişimlerine müdahale edilmesi mümkün olmayan kişilere ilişkin açık hükümlere de yasada yer verilmelidir⁴⁴⁵.

Sonuç olarak bu ilke, Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrasında garanti altına alınan haklara kamu makamları tarafından keyfî müdahalelerde bulunulmasına karşı iç hukukta koruyucu yasal tedbirlerin öngörülmesinin gerekliliğini ifade eder. Mahkemeye göre bu ilkenin yasayla öngörülme ilkesinin gereklerinden olması 8. maddenin kişilerin hukuka aykırı müdahalelere karşı etkin bir şekilde korunması şeklindeki amacından⁴⁴⁶, özel hayata özellikli müdahale niteliği taşıyan tedbirlerin aynı zamanda özellikli usuli güvenceler gerektirmesinden⁴⁴⁷ kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla yasanın kötüye kullanmalara karşı etkin ve yeterli güvenceler öngörmesi zorunluluğu, aynı zamanda özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik devletin pozitif yükümlülüklerinin de bir parçasını teşkil etmektedir.

⁴⁴³ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 47.

⁴⁴⁴ *A.k.*, § 51.

⁴⁴⁵ *A.k.*, § 50.

⁴⁴⁶ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67.

⁴⁴⁷ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537.

4.3.3. Şekli Boyutu: Yasanın Kolayca Ulaşılabilir Olması

Yasanın kalitesine ilişkin olarak kolayca ulaşılabilir olması standardı da yasanın belirliliği ilkesi gibi ilk defa *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası* ile geliştirilmiştir:

*“Hukuk, yeterince ulaşılabilir olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler.”*⁴⁴⁸

Şekli bir gereklilik olarak, yasayla öngörülme kuralı yasanın yeterince ulaşılabilir olmasını gerektirmektedir. Bir hukuk kuralını ulaşılabilir olmasının en tipik yolu bu kuralın yayımlanması olmakla birlikte, AİHM içtihatlarında yayımlama tek yöntem değildir. *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*nda Mahkeme, yayımlanmamış tüzüğün hakkında uyarıcı talimatlar yardımıyla mahkûmların yeterince bilgilendirilmesinin sağlanmış olmasına bağlı olarak tüzüğün mahkûmlar için yeterince ulaşılabilir olduğuna karar vermiştir⁴⁴⁹. Bu sebeple Mahkeme içtihadına göre, hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, ilgililerinin ne anlama geldiği konusunda haberdar olmaları sağlanmış olan kuralların ulaşılabilir olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁰.

Özetlemek gerekirse, Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen anlamda ve dolayısıyla özel hayata saygı hakkına müdahaleye olanak tanıyan bir yasadaki söz edebilmek için, yasa yeterli düzeyde öngörülebilir; mutlak olarak da ulaşılabilir ve kötüye kullanmalara karşı etkin ve yeterli güvenceler içerir nitelikte olmalıdır. Bu özellikler yasada bulunması zorunlu özellikler olup, bu özelliklerden birisini taşımayan bir hukuksal düzenleme yasayla öngörülme koşulunun yerine getirilmemesi ve dolayısıyla Sözleşmenin ihlali niteliğindedir.

Bu sebeple Türk Hukuku açısından bakıldığında, Anayasanın 92. maddesinin 5. fıkrası gereğince hükümlerin ihtilafı halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma niteliğindeki AİHS hükümleri yasa hükümlerine üstün olduğundan, iç hukukumuzda yasayla öngörülme koşulu açısından AİHM standartlarına uygunluk taşımayan yasal düzenlemelerin belirtilen Anayasa hükmü

⁴⁴⁸ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 49. Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 295.

⁴⁴⁹ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 94.

⁴⁵⁰ Ruiz, **a.g.e.**, s. 185.

gereğince yargı yerlerince uygulanmaması, bu türden yasaların üstünde bulunan Anayasa ile AİHS'nin uygulanması gerekmektedir⁴⁵¹.

4.3.4. Yasa Kavramının Kapsamı

Yasayla öngörülme koşulunun kapsamlı yorumunun yapıldığı ilk karar *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası* kararıdır⁴⁵². Bu karar her ne kadar Sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili bir karar ise de, 10. madde ile 8. madde arasındaki benzerlik ve 2. fıkralarının benzer terimlerle düzenlenmiş olması sebebiyle, bu kararda geliştirilen görüş Sözleşme organlarınca daha sonra 8. maddeye de uygulanmıştır⁴⁵³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHM içtihatlarına göre müdahale teşkil eden işlem veya önlemin, müdahalenin yapıldığı tarih itibariyle yasal dayanağının iç hukukta bulunması gerekmektedir⁴⁵⁴. Bu sebeple AİHS'nin 1. maddesi gereğince AİHS'nin taraf devletlerce iç hukuklarının bir parçası haline getirmiş olmaları bizatihi Sözleşmenin özel hayata ve haberleşmeye müdahale etmenin iç hukuktaki normatif dayanağı olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Sözleşmede temel hak ve özgürlüğün çerçevesini çizen ve asgari standartlarını ortaya koyan hükümlere ve AİHM kararlarına uygun normatif düzenlemeler öngörmeleri taraf devletlerin Sözleşmenin 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğüdür. Dolayısıyla Sözleşmenin kendisi ve genel olarak uluslararası hukuk yasa kavramı kapsamında değildir.

AİHM *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*nda yasa kavramını şekli anlamda yasa olarak anladığına dair işaret vermiş ise de⁴⁵⁵, *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası* ile birlikte yasa kavramının yazılı olmayan hukuku da kapsadığını,

⁴⁵¹ Karş.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 3; Macovei, **a.g.e.**, s. 41.

⁴⁵² *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 47. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 181-182.

⁴⁵³ Haberleşmeye saygı hakkı bağlamında bu konuda *Malone-Birleşik Krallık Davası* (25.03.1983) ile *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası* (02.08.1984) kılavuzluk eden kararlardır.

⁴⁵⁴ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 47; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 84; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 27; *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 39; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 50; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 26. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 181; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375.

⁴⁵⁵ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 43.

dolayısıyla yasa kavramının Sözleşmede maddi anlamda kullanıldığını açıkça belirtmiştir⁴⁵⁶. Yasa kavramının maddi anlamda yasa olarak kabul edilmesi sebebiyle⁴⁵⁷ Mahkeme içtihadında yasa kavramı münhasıran yasama organı tarafından yapılan düzenleyici işlemlere atıfta bulunmayan, hak ve özgürlüklerin hangi tür normlarla düzenleneceğinin bir iç hukuk sorunu olduğunu ifade eden ve yasa, tüzük, yönetmelik, idari tasarruflar ve yerleşik içtihat gibi türü ne olursa olsun soyut norm koyan tüm düzenleyici işlemleri kapsayan bir kavramdır⁴⁵⁸.

Nitekim haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahalelerin iç hukukta şekli anlamda yasal dayanağının bulunmadığı, ancak Hükümet tarafından yasa altı pozitif dayanağının bulunduğu olaylarda Mahkeme, yasayla öngörülme ilkesini yasanın kalitesi standardı yönünden ele almıştır⁴⁵⁹. Bu sebeple Mahkemeye göre yazılı olmayan hukuk, örf ve adet hukuku ile şekli anlamda yasalar, yasa gücünde olmayan normlar ile idari ve yargısal uygulamalar, yeterli belirlilikte olmaları, kötüye kullanmalara karşı etkin ve yeterli güvenceler öngörmeleri ve kolayca ulaşılabilir olmaları halinde yasayla öngörülme koşulunu yerine getirebilmektedir⁴⁶⁰.

Örneğin, *Malone-Birleşik Krallık Davası*nda telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin idari uygulamalardan kaynaklandığı olayda Mahkeme, müdahale yetkisinin hukuki dayanağının bulunup bulunmadığını değerlendirmiş ve telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kamu otoritelerine veren pozitif hukuki düzenlemenin yetkinin kullanmasının kapsamı ve yöntemi konusunda

⁴⁵⁶ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979, § 47: “Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk’ (law) sözcüğünün sadece ‘yasa’yı (statute) değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır.” Bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 295. Ayrıca bkz.: *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 44; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66. *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*nda Mahkeme her ne kadar hukuk kavramının yazılı olmayan hukuku da içerdiği yaklaşımını Common Law bakımından sınırlamış ise de, daha sonraki yıllarda verdiği kararlarla birlikte bu yaklaşım Mahkemenin Avrupa Konseyi’nin Kıta Avrupası’nda yer alan ülkeleri için de geçerli gördüğü bir anlayış halini almıştır. Örneğin bkz.: *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 27.

⁴⁵⁷ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 28.

⁴⁵⁸ *De Wilde, Ooms and Versyp-Belçika Davası*, 18.06.1971; § 93; *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 28. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 767; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 376.

⁴⁵⁹ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 79; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 27; *Ağaoğlu-Türkiye Davası*, 06.03.2006, § 51-55.

⁴⁶⁰ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88-89; *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51. Ayrıca bkz.: Macovei, **a.g.e.**, s. 38.

yeterince öngörülebilir olmadığını belirterek, yasanın kalitesi yönünden yasayla öngörülme koşulunun yerine getirilmediği gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁶¹.

Leander-İsveç Davasında ise başvuru hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının dayanağını teşkil eden, Hükümetin genel düzenleyici işlem yapma yetkisine dayalı olarak yaptığı ve resmi gazetede yayımlanan talimatın, yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin kullanılma tarzı ve alanı bakımından, vatandaşları yeterince bilgilendirdiği gerekçesiyle öngörülebilir ve resmi gazetede yayımlandığı gerekçesiyle de ulaşılabilir olduğu, bu sebeple yasayla öngörülme koşuluna uygun olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁶².

Yine, *Khan-Birleşik Krallık* Davası ile *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık* Davasında hukuki bağlayıcılığı bulunmayan ve kamu tarafından doğrudan ulaşılamayan İçişleri Bakanlığı rehber kurallarına dayalı olarak gizli dinleme cihazının kullanılmasının yürütmenin takdir yetkisinin alanının belirsizliği, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü gereği kişinin asgari hukuki korumadan faydalanmadığı ve müdahalelerin yasayla açıkça öngörülme şartına uygun olmadığı gerekçesiyle 8. madde anlamında yasayla öngörülme koşuluna uygun olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁶³.

Doerga-Hollanda Davasında ise Mahkeme ayrıntılı ve yeterli açıklıkta olmayan idari düzenlemelerin yasaların kötüye kullanmalara karşı yeterli koruma sağlaması şartına uygun olmadığı gerekçesiyle 8. madde anlamında yasayla öngörülme koşuluna uygun olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁶⁴.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar yasanın kalitesi standardı ile dengelenmeye çalışılmış ise de, Mahkemenin yasa kavramını maddi anlamda anlayan yaklaşımının sistematik bir yorum olduğunu söylemek mümkün değildir. Gizli soruşturma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükler açısından taşıdığı önem sebebiyle yasayla öngörülme ilkesi her şeyden önce sınırlamanın halk egemenliğini

⁴⁶¹ *Malone-Birleşik Krallık* Davası, 02.08.1984, § 79.

⁴⁶² *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 53-56.

⁴⁶³ *Khan-Birleşik Krallık* Davası, 12.05.2000, § 26; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık* Davası, 25.09.2001, § 38.

⁴⁶⁴ *Doerga-Hollanda* Davası, 27.07.2004, § 53.

kullanan demokratik ve temsili organın tartışma ve oylamasıyla demokratik meşruiyet temelinde yapılabilmesini ifade eder⁴⁶⁵. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden beri temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ancak yasayla yapılabileceği benimsenmiştir⁴⁶⁶. Bu sebeple bu ilkenin yazılı olmayan hukuku dahi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasına yönelik anlayışın, içtihat hukukunun ve geleneklerin önemli bir yer tuttuğu Anglo-sakson hukuku açısından geçerliliği olabilirse de⁴⁶⁷, tüm Avrupa Konseyi ülkeleri açısından geçerliliğinin bulunduğunu savunmanın mümkün olmaması gerekir.

Bununla birlikte Mahkemenin bu düşüncesinin Türk Hukuku açısından bir öneminin bulunmadığını da belirtmek gerekir. Zira Anayasanın 13. maddesindeki *“Temel hak ve hürriyetler, ...ancak kanunla sınırlanabilir”* hükmü sebebiyle Türk hukukunda özel hayata müdahale ancak yasama organı tarafından yapılan şekli anlamda yasayla mümkündür. Aksi durum Anayasanın 13. maddesine, dolayısıyla AİHS'ne aykırı olacaktır.

4.4. Demokratik Toplumda Gereklilik

4.4.1. Genel Olarak

Özel hayata yapılabilecek müdahalelerin esasını demokratik toplumda gereklilik koşulu oluşturmaktadır. Demokratik toplumda gereklilik koşulu, özel hayata yapılan müdahale hakkında Mahkemenin yerindelik denetimi yapmasını sağlayan koşuldur. AİHM, yapılan müdahalenin meşruluğunu irdelerken Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen müdahale yasağının kalkmasının ön koşulu olan yasayla öngörülme koşulunun yerine getirildiğini belirlemesi halinde demokratik toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesine geçerek müdahalenin içeriğini değerlendirmektedir. Demokratik toplumda gereklilik koşulu, özel hayata müdahalelerin belirli meşru amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak ve demokratik bir toplumda gerekli görülebilecek ölçüde yapılabilmesini ifade eder.

⁴⁶⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 185; Macovei, **a.g.e.**, s. 37-38; Kapani, **a.g.e.**, s. 230; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 89; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 59; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 131-133; Gözler, **a.g.e.**, s. 226.

⁴⁶⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 89; Gözler, **a.g.e.**, s. 226; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 194.

⁴⁶⁷ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 27-28. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 376.

Dolayısıyla Sözleşme özel hayata ancak demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin yapılmasına olanak tanıyarak, demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahale ölçülerini aşan nitelik ve kapsamdaki müdahalelerin gerçekleştirilmesini yasaklamaktadır.

Demokratik toplumda gereklilik, özel hayata yapılan müdahalenin meşru amaçlara uygun olup olmadığının, demokratik toplumların zorunlu kıldığı koşullara uygun olup olmadığının, işlemin hangi toplumsal gereksinimi karşıladığının ve bu gereksinimin daha hafif başka yollarla karşılanmasının mümkün olup olmadığının incelenmesini içerir.

4.4.2. Demokratik Toplum Kavramı

Demokratik toplumda gereklilik, Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinde öngörülen hakların meşruluğunu sağlayan müşterek bir ölçüttür. Mahkeme bu haklara ilişkin çeşitli kararlarında olaysal temelde demokratik toplumun bazı belirgin ve olmazsa olmaz niteliklerini belirtmiştir. Bununla birlikte demokratik toplum kavramının da AİHM tarafından yapılmış sistematik, homojen ve kapsamlı bir yorumunun bulunduğunu söylemek güçtür⁴⁶⁸.

Demokratik toplum kavramının yorumlandığı ilk karar *Handyside-Birleşik Krallık Davası*dır. Bu davada Mahkeme hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirliliğin olmadığı yerde demokrasinin de olamayacağını belirtmiştir⁴⁶⁹. Dolayısıyla Mahkemeye göre demokratik toplumun kurucu unsurları *hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirliliktir*. Bu dava Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüyle ilgili bir karar olsa da, Mahkemenin bu davada demokratik toplum kavramına ilişkin

⁴⁶⁸ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 379; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 32; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234.

⁴⁶⁹ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49: “Denetim görevi Mahkeme’yi, ‘demokratik bir toplumu’ niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 174.

yorumu ve vardığı sonuçlar, kavramın müşterekliği sebebiyle daha sonra 8. madde bağlamında da uygulanmıştır. Nitekim *Dudgeon-Birleşik Krallık* Davasında Mahkeme demokratik toplumun 8. madde bağlamında unsurlarının hoşgörü ve açık fikirlilik olduğu değerlendirmesini yapmıştır⁴⁷⁰. Belirtmek gerekir ki Mahkeme bu değerlendirmesinde her bir topluma özgü öznel demokrasi anlayışını değil, demokrasinin evrensel ölçekte sahip olduğu nesnel standartlarını esas almaktadır⁴⁷¹.

Gerçekten hoşgörü ve açık fikirliliğin egemen olduğu bir toplum, bireylerin her davranışından kuşulanılmamasını, devletin şüpheli, bireysel farklılıklara kapalı ve koruyucu tepkilerle hareket etmemesini, özgürlüklerin ve temel hakların kullanılmasından çekinmemesini, özgürlükçü ve tolere edici bir anlayışa sahip olmasını sağlar⁴⁷². Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklerin yorumu, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini koruma, iletme düşüncesiyle uyumludur⁴⁷³. Bu sebeple demokratik bir toplumda iletişimin denetlenmesi günlük hayatın olağan bir parçası olan ve yaygın olarak kullanılan bir önlem olmayıp, ancak çok özel ve istisnai durumlarda başvurulabilen bir tedbir olarak değerlendirilir.

AİHM tarafından demokratik toplum kavramı hakkında yapılan bir diğer yorum ise *Sözleşmenin genel ruhundan* hareketle yaptığı yorumdur. Mahkemeye göre Sözleşmenin genel ruhu, demokratik değerlerin korunmasına ve demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesine⁴⁷⁴, insanın onuru ve özgürlüğünün korunmasına⁴⁷⁵ yönelik olarak tasarlanmış bir belge olmasıdır. Gerçekten Sözleşmenin başlangıç metninin 5. paragrafından, Sözleşmenin yapılış amacının dünyada adaletin ve barışın temelini oluşturan demokratik değerlerin korunarak,

⁴⁷⁰ *Dudgeon-Birleşik Krallık* Davası, 22.10.1981, § 53: “...Sözleşme’de yer alan bir hakkın kısıtlanmasının, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi iki temel özelliğe dayanan ‘demokratik bir toplumda gerekli’ bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir.” Çeviri için bkz.: A.e., s. 431.

⁴⁷¹ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 149.

⁴⁷² Mustafa Taşkın, *Adli ve İstihbari İletişimin Denetlenmesi*, Ankara, Seçkin, 2008, s. 260.

⁴⁷³ Kaboğlu, a.g.e., s. 234.

⁴⁷⁴ *Soering-Birleşik Krallık* Davası, 07.07.1989, § 87. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, a.g.e., s. 73; Gemalmaz, a.g.e., s. 180; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 140; Kaboğlu, a.g.e., s. 234.

⁴⁷⁵ *Christine Goodwin-Birleşik Krallık* Davası, 11.07.2002, § 90; *I-Birleşik Krallık* Davası, 11.07.2002, § 70.

demokratik toplum idealinin gerçekleştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır⁴⁷⁶. Bu bakımdan *insanın onurunun ve özgürlüğünün* korunması da demokratik toplumun özelliklerindendir.

Mahkemeye göre Sözleşmenin temelini oluşturan prensiplerden, dolayısıyla demokratik toplumun unsurlarından birisi de *hukukun üstünlüğüdür*. Hukukun üstünlüğü, bireylerin haklarına yapılan bir müdahalenin yetkililer tarafından etkili bir denetime tabi tutulmasını ve Sözleşme haklarına keyfi müdahalelerin önlenmesini gerektirir⁴⁷⁷. Dolayısıyla demokratik toplum kavramı bu yönüyle de temel haklara etkili bir yargısal koruma sağlanmasını ifade etmektedir.

4.4.3. Amaca Yönelik Koşul: Belirli Bir Meşru Amaca Yönelik Olma

Özel hayata saygı hakkına ve haberleşmeye yapılan müdahalenin yasayla öngörülme koşuluna uygunluğunun belirlenmesinden sonra, Mahkeme müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru bir amaçlardan birisine yönelik olup olmadığı sorunu ele alır⁴⁷⁸. Bu sorunun esasını yapılan müdahalenin 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birisine yönelik olması oluşturur.

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası ile taraf devletlere özel hayata müdahale etme olanağının tanınmasının amacı, 2. fıkrada belirtilen ve bireysel yararlarla yarışma halindeki toplumsal yararların korunmasını sağlamaktır. Bu toplumsal yararlar, *ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlükleridir*. Bu toplumsal değerlerin korunması amacı özel hayata müdahale olanağını devlete

⁴⁷⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 180; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 140 ve 380. AİHS başlangıç metni § 5 için bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 36.

⁴⁷⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 55: “Demokratik toplumun temel ilkelerinden biri, Sözleşme’nin Başlangıcında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğüdür. Hukukun üstünlüğü, idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasını gerektirir.” Doğru, **a.g.e.**, s. 261. Ayrıca bkz.: *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 90; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67; *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 26; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 59; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 26. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375.

⁴⁷⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 31; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 373.

verdiğinden, Sözleşmenin bu yararları demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde özel hayatın dokunulmazlığına üstün tuttuğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bireysel bir değer olan özel hayat ile yarışma halindeki bu toplumsal değerlerin korunması Sözleşmede özel hayata müdahaleyi hukuka uygun kılan amaç olarak öngörülmüştür.

Özel hayata yapılan müdahalenin amacını veya amaçlarını ortaya koymak taraf devletin sorumluluğunda olan bir husustur. 2. fıkra da belirtilen meşru amaçların hem Sözleşmede hem de Sözleşme organlarınca yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kavramların içeriğini anlamlandırmak ve özellikle ulusal güvenliği koruma meşru amacını gerçekleştirmek için taraf devletler geniş bir takdir hakkına sahiptir⁴⁷⁹. Bununla birlikte bu takdir hakkının kötüye kullanılmaması, hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle müdahalenin gerçekte 2. fıkra da belirtilenler dışında başka amaçlara yönelik olarak yapılmaması gerekmektedir⁴⁸⁰.

Mahkeme *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında, iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasaların 2. fıkra da belirtilen meşru amaçların gerçekleştirilmesi amacına yönelik olmaları bakımından kural olarak demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir⁴⁸¹. Bu sebeple gerçekte müdahaleyi 2. fıkra da belirtilenler dışında başka amaçlara yönelik olarak yaparak kötü niyetli davrandığı, diğer söyleyişle hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği durumlar dışında devletler genel olarak müdahalenin meşru bir amaca yönelik yapılması koşulu bakımından Sözleşme organları önünde ciddi sorunlar yaşamamakta⁴⁸², kullandıkları geniş takdir hakkı sayesinde kolayca müdahalenin nedenini açıklayabilmekte ve devletlerin

⁴⁷⁹ *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 59.

⁴⁸⁰ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92.

⁴⁸¹ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 48: “Mahkeme, ... 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa’da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme’nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 259.

⁴⁸² Dutertre, **a.g.e.**, s. 339.

amacının meşru olmadığı yönündeki iddiaları Mahkeme kolaylıkla kabul etmemektedir⁴⁸³. Bu duruma 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçların içeriği, kapsamı ve tanımının ülkeden ülkeye değişken olması ve meşru amaçların gerektirdiklerinin her bir taraf devlet yönünden aynı olmaması yol açmaktadır⁴⁸⁴.

Mahkeme *ulusal güvenlik* ve *kamu emniyeti* meşru amaçları bağlamında, *Leander-İsveç* Davasında, ulusal güvenliği korumak için devletlerin kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma, ulusal güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğini⁴⁸⁵; *Rotaru-Romanya* Davasında ulusal güvenliği ilgilendiren kişisel bilgilerin gizli servis tarafından toplanabileceğini, kaydedilebileceğini ve gizli dosyalarda saklanabileceğini⁴⁸⁶ kabul etmiştir. Ayrıca *McVeigh ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davasında Komisyon, anti-terör yasaları kapsamında sorgulanan, üzerleri aranan, parmak izleri alınan ve fotoğrafları çekilen ve bu bilgilerin saklanması 8. maddenin ihlali olduğunu ileri süren başvuruçuların bu bilgilerin kaydedilmesinin istihbarat için gerekli olduğunu, başvuruçuların belirtilen bireysel haklarının korunması ihtiyacının terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyaç karşısında hafif kaldığını kabul etmiştir⁴⁸⁷.

Mahkeme *suçun ve düzensizliğin önlenmesi* meşru amacı bağlamında ise, *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davasında başvuruçuların mektuplarının cezaevi yetkilileri tarafından kontrol edilmesinin Sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen meşru amaçlar kapsamında olduğundan kuşku duyulması için bir sebep bulunmadığını, her bir meşru amaç bakımından değerlendirme yapılmasının gereksiz olduğunu⁴⁸⁸; *Malone-Birleşik Krallık* Davasında özellikle organize suçlar alanında suç işlenmesindeki artışın, faillerin giderek uzmanlaşmasının, hızlı yer

⁴⁸³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 31.

⁴⁸⁴ Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerpen, Intersentia, 2001, s. 62; Ruiz, **a.g.e.**, s. 191.

⁴⁸⁵ *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 59. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 39.

⁴⁸⁶ *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 53. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.

⁴⁸⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 36-37.

⁴⁸⁸ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 96.

değişikliklerindeki kolaylıkların, telefon dinleme tedbirini vazgeçilmez kıldığını⁴⁸⁹; *Lüdi-İsviçre* Davasında uyuşturucu kaçakçısı olduğundan şüphe edilen başvuruçunun telefonlarının dinlenmesinin yasalarca suç olarak öngörölmüş fiillerin önlenmesi amacını taşıması sebebiyle demokratik toplumda gerekli olduğunu⁴⁹⁰; *Murray-Birleşik Krallık* Davasında ise terör suçu işlediğine dair makul şüphe bulunan bir kişinin konutunda arama yapılmasının terörle mücadele bağlamında suçun önlenmesi amacıyla mümkün olduğunu⁴⁹¹ kabul etmiştir.

Diğer yandan özel hayata saygı hakkına müdahale olanağını devlete tanıyan meşru amaçlar sarıh ve sınırlı sayıdadır. Dolayısıyla özel hayata getirilen sınırlamaların ve yapılan müdahalelerin 2. fıkarda sınırlı sayıda belirtilen meşru amaçlar dışında başka amaçlara dayandırılmasına olanak yoktur⁴⁹². Örneğin Mahkeme *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* ve *Boyle ve Rice-Birleşik Krallık* Davalarında cezaevi yetkililerine itaatsizlik ve saygısızlık etmek amacı güdüldüğü⁴⁹³; *Pfeifer ve Plankl-Avusturya* Davasında ise cezaevi koşullarının ve özellikle cezaevi görevlilerinin tutum ve davranışlarının eleştirildiği⁴⁹⁴ gerekçe gösterilerek hükümlülerin mektup ve materyallerinin iletiminin durdurulması şeklinde gerçekleşen müdahaleleri salt kişisel ve özel yazışmalara yapılması ve 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmeye yönelik olmamaları sebebiyle 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu sebeple ulusal yargı yerleri, özel hayata müdahale niteliği taşıyan herhangi bir hükmü uygulamalarının söz konusu olduğu durumlarda, bu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı saptamak ve bu değer ya da yararın 2. fıkarda belirtilen meşru amaç veya yararlarından birisi olup olmadığını denetlemekle yükümlüdürler.

Sonuç olarak Mahkemenin 8. maddeye dayanan başvurularda özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahaleyi esas itibariyle yasayla öngörölme

⁴⁸⁹ *Malone-Birleşik Krallık* Davası, 02.08.1984, § 81.

⁴⁹⁰ *Lüdi-İsviçre* Davası, 15.06.1992, § 39.

⁴⁹¹ *Murray-Birleşik Krallık* Davası, 28.10.1994, § 89. Ayrıca bkz.: Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 37 ve 71.

⁴⁹² Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 374; Macovei, **a.g.e.**, s. 42; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92.

⁴⁹³ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 99; *Boyle ve Rice-Birleşik Krallık* Davası, 27.04.1988, § 50. Ayrıca bkz.: Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁹⁴ *Pfeifer ve Plankl-Avusturya* Davası, 25.02.1992, § 47. Ayrıca bkz.: Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 295.

koşulu ve demokratik toplumda gereklilik koşulunun içeriğe yönelik koşulları bakımından ele aldığı, kural olarak müdahalenin meşru bir amaca yönelik olarak yapıldığını kabul ettiği, bu sebeple müdahalenin nedeni olarak devletin ileri sürdüğü amaçlar üzerinde pek durmadığı, genellikle müdahaleyi meşru amaçlar yönünden ayrı ayrı değerlendirmeyip, meşru amaçları tek bir başlık altında topladığı söylenebilir⁴⁹⁵. Dolayısıyla Mahkeme kararlarında haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan iletişimin denetlenmesi bakımından, bu türden müdahalelerin açıkça kötüye kullanılmadığı sürece kural olarak meşru amaçlar bakımından Sözleşmeye uygun olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

Bu sebeplerle açıkça kötüye kullanıldığı durumlar dışında organize suçluluğa, örgütlü suçlara ve özellikle terör suçlarına karşı etkili bir soruşturma tedbiri olduğundan kuşku bulunmayan iletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerin yasayla öngörülme koşulu ve orantılık ilkesi açısından AİHM kararlarına uygun yapılması büyük önem taşımaktadır. Çünkü meşru amaca yönelik olarak uygulandıkları ve dolayısıyla meşru amaç yönünden taraf devletin haklı olduğu durumlarda, bu tedbirlerin yasayla öngörülme ve orantılılık ilkesi açısından Sözleşmeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi mümkün olmaktadır. Bu durum ise deyim yerindeyse devletin haklıyken haksız duruma düşmesi gibi bir duruma yol açmaktadır.

4.4.4. İçeriğe Yönelik Koşul: Orantılılık İlkesi

4.4.4.1. Genel Olarak

Özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahalenin yasayla öngörülme koşuluna ve meşru amaca uygunluğunun belirlenmesinden sonra, Mahkeme en son olarak müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği sorununu ele alır⁴⁹⁷. Demokratik toplumda gereklilik, hak ve özgürlüğe meşru amaçlara yönelik olarak yapılan müdahalenin demokratik toplum anlayışıyla uyumlu, güdülen amaçla

⁴⁹⁵ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 31; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 349.

⁴⁹⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 48.

⁴⁹⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 31; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 377.

orantılı olmasını gerektiren, bu itibarla müdahalenin yapılacağı koşulları içeriği yönünden belirleyen standarttır⁴⁹⁸.

Demokratik toplumda gereklilik esas itibariyle birey ve kamu gücü arasındaki ilişkilerde devlet müdahalelerinin elden geldiğince sınırlanmasına⁴⁹⁹, sınırlamanın duracağı noktayı belirtmeye⁵⁰⁰ yönelik bir ölçüttür. Bu ölçüt temel haklara, standartları evrensel ölçekte kabul görmüş, hoşgörü ve açık fikirliliğe dayanan, insan onuru ve özgürlüğünün korunduğu, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu demokratik bir toplumda belirli bir amaca ulaşmak için orantılı olduğu kabul görebilecek türden müdahalelerin yapılabilmesini ifade eder. Dolayısıyla demokratik toplumda gereklilik koşulu öz itibariyle, özel hayata yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen araç arasında orantılı bulunması gereğini ifade eden *orantılılık ilkesidir*.

Sözleşme metninde geçmeyen orantılılık ilkesini Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında Mahkeme ilk defa *Belçika'da Eğitim Dili* Davasında kullanarak, kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasında orantı bulunması gereğine işaret etmiş⁵⁰¹; bu karardan sonra Mahkeme tarafından Sözleşme uygulamalarında yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır⁵⁰².

Orantılılık ilkesi doktrinde, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine yol açan amaçlara ulaşmak için gerekli, ölçülü ve elverişli araçlara başvurulması şeklinde tanımlanmakta ve *gereklilik*, *ölçülülük* ve *elverişlilik* ilkeleriyle açıklanmaktadır⁵⁰³. 8. madde bakımından demokratik bir toplumun neleri gerektirdiği de esas itibariyle gereklilik, ölçülülük ve elverişlilik ilkelerinden oluşan orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ile kamusal yararlar arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 377 ve 379; Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 542.

⁴⁹⁹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 186.

⁵⁰⁰ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 542.

⁵⁰¹ *Belçika'da Eğitim Dili* Davası, 23.07.1968, § 10.

⁵⁰² Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33.

⁵⁰³ Erdem, **a.g.e.**, s. 191; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 186-187.

⁵⁰⁴ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 97: "...‘demokratik bir toplumda gerekli’ deyimi, bir müdahalenin Sözleşmeye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, ‘toplumsal ihtiyaç baskısı’ nı karşılamak ve ‘izlenen meşru amaçla orantılı’ olmak zorunda olduğu anlamına gelir.’ Doğru, **a.g.e.**, s. 589. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 189; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 380; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 32; Macovei, **a.g.e.**, s. 44.

AİHM müdahalenin gerekliliği değerlendirilmesinde devletlerin, Mahkeme denetimine tabi takdir yetkisine de sahip olduklarını kabul etmektedir. Demokratik toplumda gereklilik sınırının ve dolayısıyla devletin takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde Mahkemenin göz önünde tuttuğu unsur, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin güdülen amaçla orantılı olmasıdır⁵⁰⁵. Aşağıda ele alınacak olan bu ilkeler ile devletin sahip olduğu takdir yetkisi, özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil eden işlem ya da önlemin içeriği bakımından Mahkemenin denetiminin en üst seviyeye vardığı ve demokratik toplum kavramının içeriğinin somutlaştığı konulardır.

4.4.4.2. Gereklilik

Gereklilik şartının kapsamını belirleyen ilk husus, özel hayata ve haberleşmeye yapılan müdahalenin demokratik toplum bağlamında gerekli olmasıdır. Demokratik toplum kavramı dışında kalan otoriter ve totaliter yapıdaki siyasal rejimlerin gereklilik anlayışı Sözleşme tarafından dışlanmıştır. Bu sebeple gereklilik koşulu öncelikle, hoşgörü ve açık fikirliliğe, insan onuru ve özgürlüğünün korunmasına, hukukun üstünlüğünün egemen olmasına dayanma niteliklerine sahip evrensel ölçekte kabul görmüş demokratik bir toplum anlayışı bağlamında değerlendirilen bir şarttır.

Handyside-Birleşik Krallık Davasında Mahkeme gereklilik kavramını hem sözcük anlamı hem de içeriği bakımından yorumlamıştır. Mahkemeye göre gereklilik kavramı sözcük anlamı itibariyle ‘vazgeçilmez’, ‘zorunlu’ sözcükleri ile eşanlamlı olmadığı gibi ‘kabul edilebilir’, ‘normal’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ sözcüğü kadar esnek bir ifade de değildir⁵⁰⁶. Mahkemenin Sözleşmenin 10.

⁵⁰⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378-379.

⁵⁰⁶ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48: “Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘gerekli’ (necessary) sıfatının, bir yandan ‘zorunlu’ (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2(2)’deki “mutlaka gerekli”, md.6(1)’deki “kesinlikle gerekli” ifadeleri ve md.15(1)’deki “durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde” ifadesi), öte yandan ‘kabuledilebilir’, ‘olağan’ (krş. md.4(3)), ‘yararlı’ (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), ‘makul’ (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya ‘arzu edilen’ deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 173. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 31; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378.

maddesine ilişkin olarak yaptığı bu yorum 8. madde için de uyguladığı bir yorumdur⁵⁰⁷.

Bu nedenle Mahkemeye göre gereklilik kavramı, bir yandan hem devleti aşırı derecede sınırlayan bir kavram hem de devlete aşırı derecede serbestlik tanıyan bir kavram olmadığı gibi⁵⁰⁸; diğer yandan da AİHS sisteminin yapısında bulunan demokratik toplumu korumanın şartları ile bireyin haklarını korumanın şartları arasındaki ara çözümdür⁵⁰⁹.

Mahkemeye göre gereklilik kavramı içeriği bakımından ise toplumsal ihtiyaç baskısını ifade etmektedir⁵¹⁰. Bu sebeple demokratik toplumda gereklilik kavramı içeriği itibarıyla, özel hayata ve haberleşmeye sıkıştıran, zorlayıcı ve acil bir toplumsal gereksinimin karşılanmasına yönelik müdahalelerin yapılabilmesi anlamına gelir⁵¹¹. Gereklilik kavramı bu yönüyle de özel hayata müdahale edilebilmesi için devletin kendine göre belirlediği alelade nedenlerinin yeterli olamamasını, devletin ancak toplumsal ihtiyaçların zorunlu kıldığı sebeplerle özel hayata müdahale edebilmesini ifade etmektedir⁵¹².

Diğer taraftan gereklilik kavramını ifade eden toplumsal ihtiyaç baskısı soyut bir ihtiyaç düşüncesi değil, somut olgular dikkate alınarak belirlenmektedir. Mahkemeye göre toplumsal ihtiyaç baskısı ele alınırken ülkenin olay anındaki durumu, şikâyet konusunun özellikleri dikkate alınarak, devletin müdahaleye gerekçe olarak gösterdiği vakıalar ve koşulların kabul edilebilirliği değerlendirilecektir⁵¹³. Bu sebeple yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini kanıtlama yükü taraf devlet üzerinde olup, taraf devletin bu olguyu Mahkeme önünde uygun,

⁵⁰⁷ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 52: "... 'gerekli' kavramı, 'işe yarar', 'makul' veya 'arzu edilir' kavramlarının sahip olduğu bir esnekliğe sahip değildir, gereklilik kavramı, söz konusu müdahaleye neden olan 'toplumsal ihtiyacın baskısını ifade etmektedir.'" Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 430.

⁵⁰⁸ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 31.

⁵⁰⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 59; *Erdem-Almanya Davası*, 05.10.2001, § 68.

⁵¹⁰ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 59.

⁵¹¹ Gölçüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 349.

⁵¹² Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 31.

⁵¹³ Gölçüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378.

inandırıcı ve yeterli gerekçelerle ortaya koyması gerekmektedir⁵¹⁴. Mahkeme tarafından demokratik toplumda gereklilik koşulunun değerlendirilmesinde devletin iyiniyetli, dikkatli ve makul davranmış olması önemli ise de tek başına yeterli değildir. Davaya konu somut müdahale teşkil eden tedbirin alınmasına gerekçe olarak ulusal makamlarca ileri sürülen düşüncelerin meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü ve olayın tüm özelliklerine göre haklı ve makul nedenlere nazaran gereklilik niteliğine ne ölçüde dayandığı da gereklilik koşulunun değerlendirilmesinde göz önünde tutulmaktadır⁵¹⁵.

Golder-Birleşik Krallık Davasında Mahkeme, düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek amacıyla özgür bir bireye kıyasla tutuklu bir kişinin özel yazışmalarının, yazışmanın içeriğine bağlı olarak daha kapsamlı bir şekilde kontrole tabi tutulmasını⁵¹⁶; *Klass ve Diğerleri-Almanya Davasında* Mahkeme, devlete tanınan gizli izleme yetkilerinin polis devletinin özelliklerinden olduğunu belirterek, Sözleşme çerçevesinde ancak 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçların gerçekleştirilmesi amacına yönelik olmaları koşuluyla ve sadece demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli oldukları ölçüde istihbarat çalışmalarını ve iletişimin denetlenmesini⁵¹⁷; *McVeigh ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davasında* Komisyon, istihbarat ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyaç karşısında anti-terör yasaları kapsamında başvuruçuların sorgulanmasını, üzerlerinin aranmasını, parmak izlerinin alınmasını ve fotoğraflarının çekilmesini ve bu bilgilerinin saklanması⁵¹⁸; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davasında*, şiddet tehditleri ve suç niteliği taşıyan bazı faaliyetler üzerine tartışmalar içeren mektuplara müdahale edilmesini⁵¹⁹; *Leander-İsveç Davasında* Mahkeme, kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenen ve kendisini ulusal güvenlik açısından riskli kılan bazı

⁵¹⁴ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54: “Mahkeme’nin görevi, belirtilen ilkeler çerçevesinde, müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin Sözleşme’nin 8/2. fıkrasıyla ‘ilgili’ ve bu çerçevede ‘yeterli’ olup olmadıklarını saptamaktır.” Doğru, **a.g.e.**, s. 431. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 379; Kaboğlu, **a.g.e.**, **a.g.e.**, s. 348.

⁵¹⁵ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48-50; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 62. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 381.

⁵¹⁶ *Golder-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1975, § 45. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 49.

⁵¹⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 42 ve 48.

⁵¹⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 36-37.

⁵¹⁹ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 105. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 49; Dutertre, **a.g.e.**, s. 342.

gizli bilgileri nedeniyle geçici istihdamı sona erdirilen başvuru hakkında ulusal güvenliği korumak amacıyla devlet yetkililerine kamunun ulaşmadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisi verilmesini, ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılmasını⁵²⁰; *Rotaru-Romanya* Davasında Mahkeme, kişisel bilgilerin ulusal güvenliği ilgilendirmesi halinde gizli servis tarafından toplanmasını, kaydedilmesini ve gizli dosyalarda saklanmasını⁵²¹; *Erdem-Almanya* Davasında Mahkeme her halde terörle mücadelenin istisnai kapsamına giren tutuklu PKK yönetici kadrosunun haberleşmesine müdahale edilmesini⁵²² demokratik toplumda gerekli görmüştür.

Sonuç olarak demokratik toplumda gereklilik, özel hayata 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçların gerçekleştirilmesine yönelik, demokratik toplumdan gelen bir ihtiyaç baskını karşılamak amacıyla ve izlenen amaçla orantılı müdahalelerin yapılabilmesi, yapılan bu şartlarda müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrası bakımından meşruiyet kazanmasıdır.

4.4.4.3. Ölçülülük

İki farklı menfaat arasındaki dengeyi ifade eden ölçülülük ilkesi *orantılılık ilkesi* olarak da adlandırılmaktadır⁵²³. Orantılılık ilkesine göre, ulaşılmak istenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın açık bir orantısızlık içinde olmaması; sınırlama ile ulaşılmak istenen genel yarar ile sınırlama sonucunda bireysel yararda oluşan zarar arasında denge bulunması; sınırlamada kullanılan aracın ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi; aracın ilgililer için katlanılabilir olması gerekir⁵²⁴. Bu sebeple ölçülülük ilkesi özünde, bir sınırlamanın öngörüldüğü amacı aşmaması, hak ve özgürlüğün varlığını zedeleyecek yahut ortadan kaldıracak

⁵²⁰ *Leander-İsveç* Davası, 26.03.1987, § 59. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 37; Dutertre, **a.g.e.**, s. 309.

⁵²¹ *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 53. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29; Dutertre, **a.g.e.**, s. 288-289.

⁵²² *Erdem-Almanya* Davası, 05.10.2001, § 69.

⁵²³ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543.

⁵²⁴ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 154; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51; Taşkın, **a.g.e.**, s. 269.

dereceye varmaması, sınırlamanın kapsamı ile korunmak istenen yüksek çıkar arasında orantılı bulunması⁵²⁵, kısa ifadeyle orantılılık ilkesidir.

Genel olarak orantılılık ilkesi, insan haklarının mutlak olmadığı ve bireysel haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiği anlamına gelir. Bu sebeple orantılılık ilkesi bireysel haklar ile kamusal hakların dengelenmesinin, bireysel haklara getirilen kısıtlamaların yoğunluğunun ve sınırının belirlenmesinin yöntemlerinden birisidir⁵²⁶.

AIHM'ne göre demokratik toplumda gereklilik sıfatının özünde orantılılık ilkesi vardır⁵²⁷. Sözleşmede yer alan bir hakkın kısıtlanmasının, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi iki temel özelliğe dayanan demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir⁵²⁸. Zira Sözleşmenin bütününe doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır⁵²⁹.

Taraf devletlerce alınan özel hayata müdahale niteliğindeki önlemlerin 8. maddeye uyumluluğunu Mahkeme orantılılık ilkesi açısından değerlendirirken, devletin korunan toplumsal yarar ile müdahale edilen bireysel yarar arasında *adil denge* oluşturup oluşturmadığına bakmaktadır⁵³⁰. Ancak Mahkemenin bu konudaki görevi ulusal yargı ve yasama organlarının yerine geçmek ya da temyiz mercii işlevi görmek değil; ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarınca yapılan tasarruflarının sözleşmeye uygunluğunu denetlemek ve eksikliklerini tespit etmektir⁵³¹.

Orantılılık ilkesinin değerlendirilmesinde Mahkemenin kullandığı yöntem, ulusal makamlarca müdahaleye gerekçe olarak gösterilen amacın Sözleşmede öngörülen amaçlardan birisi olup olmadığının yanı sıra, ulusal makamların bu amaç için ileri sürdüğü gerekçelerin yeterliliğini ve yerindeliğini, müdahale konusunda sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını ve şekil bakımından

⁵²⁵ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543.

⁵²⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 32; Gölcüklü, Gözübüyük, s. 144-145; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 349.

⁵²⁷ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 58.

⁵²⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 53.

⁵²⁹ *Soering-Birleşik Krallık Davası*, 07.07.1989, § 89. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33.

⁵³⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 145.

⁵³¹ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 6; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 55.

müdahalenin sıkıştıran toplumsal ihtiyaçlarla dengeli olup olmadığını denetlemektir⁵³². Dolayısıyla orantılılık ilkesi bir yerindelik denetimidir.

Mahkeme tarafından bir müdahalenin orantılılığının, diğer bir söyleyişle korunan toplumsal yarar ile müdahale edilen bireysel yarar arasında devletin adil denge oluşturup oluşturmadığının denetlenmesinde, müdahale edilen hakkın içeriği, müdahalenin yoğunluğu ve şiddeti ve devletin gidermek istediği toplumsal ihtiyacın mahiyeti göz önünde tutulmaktadır⁵³³.

Hakkın içeriği bakımından göz önünde tutulması gereken, genel olarak özel hayat kapsamındaki bireysel değerlerin birey için taşıdıkları önemin birbirinden farklı olduğudur. Dolayısıyla, devlet tarafından özel hayata yapılan müdahalenin etkilediği bireysel değerlerin kişi için önemi oranında, müdahalenin gerekliliğini ve haklılığını açıklamak da zorlaşmaktadır⁵³⁴. Bu sebeple müdahaleden etkilenen hakkın içeriği ile müdahaleyi gerekli kılan toplumsal gereksinim arasında denge bulunmalıdır.

Niemietz-Almanya Davasında, hakaret suçu nedeniyle yapılan bir soruşturmada delil elde etmek amacıyla avukatlık bürosunun aranması, müdahale edilen hakkın içeriğine nazaran ulaşılmak istenen amaç açısından orantısız bulunmuştur⁵³⁵.

Dudgeon-Birleşik Krallık Davasında eşcinselliği suç olarak öngörerek yasaklayan yasa kuralının başvurusunun özel yaşamın en mahrem yönü olan cinselliğiyle ilgili olduğu, böylesine bir konuda kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalelerin haklı olabilmesi için özel olarak ciddi nedenlerin bulunmasının zorunlu olduğu belirtilerek, hükümet tarafından toplumsal ahlakın korunmasına yönelik toplumsal ihtiyacın varlığı konusunda ileri sürülen savunmalar kabul edilmemiş, başvurusunun müdahale edilen hakkının içeriğine göre yapılan müdahalenin genişliği ve kapsamı ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantı bulunmadığına karar verilmiştir⁵³⁶. Yine *Smith ve Grady-Birleşik Krallık* Davasında

⁵³² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 348

⁵³³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146.

⁵³⁴ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 145.

⁵³⁵ *Niemietz-Almanya* Davası, 16.12.1992, § 37.

⁵³⁶ *Dudgeon-Birleşik Krallık* Davası, 22.10.1981, § 52.

da askeri yetkililerin silahlı kuvvetler mensuplarının cinsel tercihleri konusunda araştırma yapmaları ve ardından eşcinsel oldukları tespit edilenlerin silahlı kuvvetlerden atılmalarına ilişkin olayda da aynı esaslar tekrarlanarak orantılılık ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁵³⁷.

Z-Finlandiya Davasında ise başvurucunun kocasıyla ilgili bir ceza davasında onayı alınmaksızın başvurucunun HIV enfeksiyonu bulunduğu dair bilgileri açıklanmış, Mahkeme bir bireyin özel hayatına ilişkin gizli tıbbi bilgisinin kişinin çok mahrem ve hassas bilgisi olduğunu, bu sebeple bu türden bilgilerin açıklanmasını zorunlu kılan toplumsal ihtiyaç baskının çok ayrıntılı bir denetime tabi olduğunu belirtmiş, başvurucunun bu bilgilerinin açıklanması için yeterli sebep bulunmadığından 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵³⁸.

Hakkın içeriği bakımından göz önünde tutulması gereken diğer bir husus da Sözleşmenin 8. maddesinin bireyin özel hayat alanlarını ayrı ayrı değil bütün olarak koruduğunun dikkate alınmasıdır. Gerçekten Sözleşme sisteminde 8. madde bireyin aile hayatını, konutunu ve haberleşmesini korurken genel olarak özel hayatına sağladığı korumayı gereksiz kılmayıp, özel hayatına sağladığı korumaya eklenmektedir. Böylece 8. maddeyle aile hayatına, konuta ve haberleşmeye sağlanan koruma özel hayata sağlanan korumaya eklenerek katmerlenmektedir. Dolayısıyla orantılılık ilkesi açısından bireyin birden fazla özel hayat alanına müdahale edilmesi durumunda, hem müdahaleye uğrayan hakkın içeriği yoğunlaşmakta, hem müdahalenin şiddeti artmakta, buna bağlı olarak hem de müdahaleyi gerekli kılan toplumsal ihtiyaç baskısının yeterliliğini açıklamak güçleşmektedir. Bu durum iletişimin denetlenmesi bakımından ele alındığında, taraf devletlerin kişinin hayatının en mahrem yönlerini paylaştığı insanlarla kurduğu haberleşmeye yapılan müdahaleleri sıradan insanlarla kurduğu haberleşmeye yapılan müdahalelere⁵³⁹; kişinin konutu ya da işyerinde kurduğu haberleşmeye yapılan müdahaleleri başka

⁵³⁷ *Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası*, 27.10.1999, § 81. Dutertre, **a.g.e.**, s. 297-298.

⁵³⁸ *Z-Finlandiya Davası*, 25.02.1997, § 113.

⁵³⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 26; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 72.

yerlerde kurduğu haberleşmeye yapılan müdahalelere⁵⁴⁰ nazaran daha güçlü sebeplere ve gerekçelere dayandırmalarını gerektirmektedir. Özetlemek gerekirse, orantılılık ilkesi açısından bireyin birden fazla kişisel değerin ihlal edildiği durumlarda bireysel yararı, toplumsal yarar karşısında daha güçlü kabul etmek gerekmektedir.

Hakkın içeriği bakımından göz önünde tutulması gereken diğer bir husus ise özel hayata saygı hakkının günümüzde artık devlete karşı bireysel savunma hakkı veren salt bireysel bir hak niteliğinin ötesinde daha çok çağdaş demokrasilerdeki yeri açısından ele alınmakta olması ve sosyal ve siyasal katılma hakkı niteliğine sahip bir hak olarak değerlendirilmesidir. Gerçekten özel hayata saygı hakkı sağladığı koruma ile bireyin diğer temel haklarını özgürce kullanabilmesine, kamusal hayata ve demokrasinin işleyişine, kamusal karar alma sürecine özgürce katılımına zemin hazırlamaktadır⁵⁴¹. Bu sebeple günümüzde özel hayata saygı hakkı bireylerin siyasal hayata özgürce katılımına dayanan çağdaş demokrasinin korunması için özel hayata saygı hakkının korunması zorunludur⁵⁴². Orantılılık ilkesi açısından yapılan değerlendirmede özel hayata saygı hakkının demokrasi için taşıdığı önemin⁵⁴³, bireyselin ötesinde sosyal katılma yönelik bir hak olma özelliğinin de bilhassa göz önünde bulundurulması ve özel hayata saygı hakkına ağırlık verilmesi gereklidir⁵⁴⁴. Sözleşmenin *yaşayan bir belge olarak yorumlanması ilkesi* orantılılık ilkesi açısından yapılan değerlendirmede özel hayata saygı hakkı konusunda günümüzdeki anlayışın göz önünde tutulmasını gerektirir. Zira Sözleşmenin yaşayan belge olarak yorumlanması ilkesi Sözleşmeyi yapıldığı dönemi yansıtan, içeriği yapıldığı dönemde sabitlenmiş, ölü ve kalıplaşmış bir metin olmaktan çıkarak⁵⁴⁵, zamanla meydana gelen zihniyet değışiminin ortaya çıkardığı yeni olguların Sözleşmenin

⁵⁴⁰ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 41.

⁵⁴¹ Ruiz, **a.g.e.**, s. 9-10.

⁵⁴² **A.e.**, s. 55.

⁵⁴³ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 59.

⁵⁴⁴ Ruiz, **a.g.e.**, s. 180.

⁵⁴⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 141.

norm alanına dâhil olmasına ve Sözleşmenin değişen şartlara uyum sağlamasına olanak tanımaktadır⁵⁴⁶.

Müdahalenin içeriği bakımından ise AİHM'nin denetimi sırasında, müdahalenin şiddeti ve ağırlığı ile ulaşılan sonucun değeri arasında bir ölçüsüzlük bulunup bulunmadığı, bu sebeple müdahaleden vazgeçilmesinin gerekli olup olmadığı irdelenir⁵⁴⁷. Özel hayata müdahale ne kadar kapsamlı ve şiddetli ise, söz konusu müdahaleyi haklı çıkarmak için ortaya konulması gereken gerekçelerin de o oranda güçlü olması gereklidir⁵⁴⁸. Özel hayata ve haberleşmeye sadece amaca ulaşmak için gerekli olan asgari düzeyde ve özel hayata saygı hakkına en az zarar verecek şekilde müdahale edilebilir. Müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi meşrulaştıran nedenlerin önemi ve zorunluluğu arasında yapılacak genel bir tartımda katlanılabilir sınırlar korunmalıdır⁵⁴⁹. Bu yönüyle orantılılık ilkesi hukukun üstünlüğü ilkesinin bir sonucudur⁵⁵⁰. Kamu düzeninin daha yumuşak bir araçla korunmasının mümkün gözükmesine karşın, kamusal otoritenin daha sert bir araç kullanmış olması halinde kamusal otoritenin müdahalede aşırılığa kaçması ve yetki aşımı, dolayısıyla orantılılık ilkesinin ihlali durumu ortaya çıkar⁵⁵¹.

Özel hayata ve haberleşmeye amaca ulaşmak için gerekli olan asgari düzeyde ve en az zarar verecek şekilde müdahale edilmesi gereği, *öze dokunma yasağını* doğurmaktadır. Bu yasağa göre meşru amaçları gerçekleştirmeye yönelik müdahaleleri gerekli kılan toplumsal ihtiyaçlar ne kadar ağır olursa olsun, özel hayata ve haberleşmeye yapılan müdahaleler bu hakkı tamamen yok edemeyeceği gibi, özüne de dokunamaz⁵⁵².

İletişimin denetlenmesi tedbiri özel hayata ve haberleşmeye ağır bir müdahale teşkil ettiğinden⁵⁵³, orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak *ikinci derecede uygulanabilirlik* koşuluna yer verilmektedir. Bu koşul, aynı amaca hizmet

⁵⁴⁶ Loucaides, **a.g.e.**, s. 13-14.

⁵⁴⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 269.

⁵⁴⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33.

⁵⁴⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 155, 226.

⁵⁵⁰ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 187.

⁵⁵¹ **A.e.**, s. 186.

⁵⁵² Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 141; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 237.

⁵⁵³ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 32; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 72; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 51.

eden iki tedbir arasında öncelik sonralık ilişkisini ifade eder ve aynı suçu aydınlatmak için başvurulabilecek mümkün ve elverişli birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlı olanının seçilmesini gerektirir⁵⁵⁴. Bu ilkeye *son çare prensibi* adı da verilmektedir. Bu ilkeye göre, meşru amacı gerçekleştirmek için elverişli başka bir tedbirden sonuç alınıp alınmadığı denenmeksizin doğrudan doğruya genel bir yasaklama ve ağır bir müdahale yoluna başvurulması halinde orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır⁵⁵⁵.

Mahkeme *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması⁵⁵⁶; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise telefon dinleme tedbirinin ancak meşru amaçları gerçekleştirmenin başka türlü mümkün olmaması⁵⁵⁷ halinde uygulanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Buradaki imkânsızlık soruşturma organlarının zafiyetinden kaynaklanan sübjektif bir imkânsızlık değil, tüm yolların denenmiş olmasına karşın telefonu dinlenen kişi hakkında delil elde edilememesinden kaynaklanan objektif bir imkânsızlıktır.

Toplumsal ihtiyacın kapsamı değerlendirmesinde ise göz önünde tutulan meşru sebeplerin ağırlığıdır. Özel hayata ve haberleşmeye müdahaleyi gerektiren toplumsal gereksinimin ağırlığı oranında taraf devletin yapılan müdahaleyi açıklaması kolaylaşmaktadır. Zira toplumsal gereksiniminin demokratik toplumun ve kurumların korunması bakımından gerekliliği arttıkça, yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında adil dengeyi ve orantılılığı kurma olasılığı da artmaktadır. Nitekim Mahkeme *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında, demokratik toplumların casusluk ve terörizmin tehdidi ile karşı karşıya olması sebebiyle devletlerin bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek, ulusal güvenliği korumak veya suç ve düzensizliği önlemek için yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasının, istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon

⁵⁵⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 100, 320; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

⁵⁵⁵ Taşkın, **a.g.e.**, s. 267.

⁵⁵⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 51.

⁵⁵⁷ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 51.

üzerinde gizli izleme yapmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir⁵⁵⁸.

4.4.4.4. Elverişlilik

Elverişlilik ilkesi, özel hayata ve haberleşmeye müdahale teşkil eden tedbiri uygulayarak istenen amaca ulaşılabilmesini, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaca uygun olmasını ve bu tedbir yardımıyla tehdit altındaki değerin etkili olarak korunabilir olmasını ifade eder⁵⁵⁹. Elverişlilik ilkesi alınan tedbir sayesinde istenen amaca yaklaşılabilmesi halinde tedbirin amaca ulaşmaya uygunluğu, buna karşılık alınan tedbirle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesinin mümkün olmaması halinde ise tedbirin amaca uygun olmamasıdır⁵⁶⁰.

Doktrinde delillerin elde edilmesini ve faillerin tespit edilmesini kolaylaştırdıkları, bazen de bunun tek yolu oldukları gerekçesiyle özellikle organize suçluluğa, örgütlü suçlara ve terör suçlarına yönelik yapılan soruşturmalarda adli ve idari amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ulusal güvenliğin korunması, suç ve düzensizliğin önlenmesi amaçları bakımından kural olarak elverişli oldukları kabul edilmektedir⁵⁶¹. Gerçekten ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç ve düzensizliğin önlenmesi amacının gerçekleştirilmesi için karmaşık ve organize yapıya sahip bu tür suçlarla mücadelede iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmaması halinde çoğu zaman başka türlü delil elde edilmesi imkânsızdır. Günümüzde örgütlü suçların ve terör örgütlerinin insan hakları ve ulusal güvenlik gibi üstün toplumsal yararlar karşılığında oluşturduğu tehdit dikkate alındığında, bu toplumsal yararların bu tür suçlara karşı etkili şekilde korunması ihtiyacının iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını bir zorunluluk haline getirdiği bir gerçektir.

AIHM devlet tarafından uygulanan ve özel hayata ve haberleşmeye müdahale teşkil eden tedbiri içeriği bakımından değerlendirirken yapılan müdahaleyi

⁵⁵⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 48.

⁵⁵⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 191.

⁵⁶⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 41; Taşkın, **a.g.e.**, s. 266.

⁵⁶¹ Erdem, **a.g.e.**, s. 193; Taşkın, **a.g.e.**, s. 266.

genel olarak yasal düzenlemede kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceler öngörülmüş olması, meşru amaca yönelik olması ve gereklilik ve ölçülülük ilkeleri açısından ele almakta, tedbirin mahiyetini elverişlilik ilkesi bağlamında ayrıca tartışmamaktadır. Nitekim Mahkeme birçok kararında yasal düzenlemede kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceler öngörülmüş olması, meşru amaçlara yönelik olması, demokratik toplumda gerekli olması ve güdülen amaçla orantılı olması kaydıyla haberleşmeye müdahaleyi ve bunun spesifik bir türü olan telefon dinlemeyi Sözleşmenin 8. maddesine uygun bulmuştur⁵⁶². Bu sebeple Mahkemenin uygulanan tedbiri elverişlilik ilkesi açısından ayrıca değerlendirmeye gerek görmediğini söylemek mümkündür. Buradan, öğretiyeye paralel olarak Mahkeme içtihatlarına göre de iletişimin denetlenmesi tedbirinin 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen koşullara sahip olmak ve özellikle meşru amaçlara yönelik olarak uygulanmak koşuluyla kural olarak amaca ulaşmaya elverişli bir tedbir olarak kabul edildiği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme uygulamalarında, telefon dinleme tedbirinin uygulanması konusunda taraf devletlerin Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama koşullarını yerine getirilmesi, kural olarak elverişlilik koşulunun da yerine getirilmiş olduğunun kabul edilmesini sağlamaktadır.

Mahkemenin elverişlilik ilkesini özel hayata ve haberleşmeye müdahale etmenin demokratik toplumda gerekliliğini belirlemek konusunda Sözleşmenin devletlere tanıdığı takdir hakkı bağlamında ele aldığı söylenebilir⁵⁶³. Mahkemeye göre özel hayata ve haberleşmeye yapılan müdahalenin güdülen amaca uygun olup olmadığını, yerel koşulları en iyi bilebilecek durumda olan ve hassas ve karmaşık ulusal konulara daha iyi vakıf olabilen taraf devletin kendisi takdir edecektir. Bu bağlamda haberleşmeye saygı hakkına dayanan başvurulara ilişkin kararlarında Mahkeme, haberleşmeye müdahale teşkil eden tedbire amaca ulaşmaya elverişliliği noktasından ziyade, tedbirin uygulanması için devletin gösterdiği gerekçelerin

⁵⁶² İletişimin denetlenmesi bağlamında bkz.: *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 42 ve 48; *Malone-Birleşik Krallık* Davası, 02.08.1984, § 81; *Schenk-İsviçre* Davası, 12.07.1988, § 53; *Lüdi-İsviçre* Davası, 15.06.1992, § 39. Tutuklu ve hükümlü haberleşmesi bağlamında ise bkz.: *Goldner-Birleşik Krallık* Davası, 21.02.1975, § 45; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 105.

⁵⁶³ Ruiz, *a.g.e.*, s. 191; Kilkelly, *a.g.e.*, s. 6.

yeterliliği ve 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçlara uygunluğu noktasından yaklaşmaktadır⁵⁶⁴. Nitekim Mahkeme *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*nda “*Mahkemenin görevi(nin), (devletin takdir hakkı) ...çerçevesinde, müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla ‘ilgili’ ve bu çerçevede ‘yeterli’ olup olmadıklarını saptamak...*”⁵⁶⁵ olduğunu belirtmiştir.

Bununla birlikte taraf devletin bu takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığı kural olarak Mahkemenin denetimine tabidir. Bu sebeple uygulanan tedbirin amaca ulaşmaya elverişliliği konusu tamamen ulusal makamların inisiyatifine terk edilmiş bir konu değildir. *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*nda gizli soruşturma tedbirlerinin kural olarak demokrasiyi koruma amacına uygun olduğu, ancak 8. maddenin 2. fıkrasının devletlere terörizme karşı mücadele adına uygun gördüğü her türlü önlemi alma olanağını vermediği belirtilmiştir. Mahkemeye göre başlı başına güdülen amaca ulaşmaya elverişli olmayan tedbirlerin uygulanması olgusunun kendisi, amaca ulaşmak bir yana, korunmak istenen toplumsal yararı zayıflatıcı ve hatta tahrip edici mahiyettedir.⁵⁶⁶

4.5. Devletin Takdir Yetkisi

Yukarıda da belirtildiği gibi AİHS’nin sağladığı güvencenin ikincilliği ilkesi uyarınca temel haklara Sözleşme ile sağlanan koruma ilk ve esas itibarıyla taraf devletlerin sorumluluğunda olduğundan AİHM’nin sağladığı koruma ikincil, tamamlayıcı bir koruma olup⁵⁶⁷; Mahkemenin görevi ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarınca yapılan tasarruflarının sözleşmeye uygunluğunu denetlenmekle sınırlıdır⁵⁶⁸. Sözleşmenin bu niteliğinden hareketle Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçların korunmasına yönelik olarak özel hayata ve haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan ancak demokratik toplumda

⁵⁶⁴ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48-50; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 62. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378 ve 381.

⁵⁶⁵ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54: Doğru, **a.g.e.**, s. 431.

⁵⁶⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49. Ayrıca bkz.: *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 59.

⁵⁶⁷ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 163.

⁵⁶⁸ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 6; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 55.

gerekli olan tedbirleri belirlemek konusunda devletlere takdir hakkı tanımaktadır⁵⁶⁹. Mahkemeye göre Sözleşmede geçen kavramların içeriğini anlamlandırmak ve meşru amacın ne şekilde gerçekleştirileceğini⁵⁷⁰, özel hayata ve haberleşmeye yapılan müdahalenin güdülen amaca uygun olup olmadığını belirlemek esas itibarıyla yerel koşulları en iyi bilebilecek durumda olan ve hassas ve karmaşık ulusal konulara daha iyi vakıf olabilen taraf devletin görevidir⁵⁷¹.

Bununla birlikte devletlerin sahip oldukları takdir hakkı sınırlıdır ve yerinde kullanılıp kullanılmadığı AİHM'nin denetimine tabidir⁵⁷². Mahkeme takdir yetkisinin denetimini özel hayata saygı hakkının koruma alanına ilişkin tüm koşulları ele alırken yapmaktadır⁵⁷³. Takdir yetkisinin yerindeliğinin denetimi öncelikle iç hukukta kamu makamlarına takdir yetkisinin tanınmış olduğu durumlarda yasayla öngörülme koşulunun denetlenmesi sırasında yapılmaktadır. Mahkemeye göre takdir yetkisinin öngörüldüğü yasal düzenlemede keyfi uygulamayı önlemeyi sağlamaya

⁵⁶⁹ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49: “Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır. Sözleşme ile meydana getirilen kurumlar bu göreve kendi katkılarını yapmakta, sadece çekışmeli dava yoluyla ve 26. maddeye göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra işe karışmaktadır. ... Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ... tasarladıkları yasak veya cezanın gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. ...gereklilik kavramının ima ettiğı toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar ulusal makamlardır. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. Hukukun öngördüğü bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş makamlardan olan yargılama makamına da tanınmıştır.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 173. Haberleşmeye saygı bağlamında bkz.: *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 191; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 4 ve 34; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146.

⁵⁷⁰ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 59.

⁵⁷¹ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48-50; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 62; *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 52. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378 ve 381.

⁵⁷² *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49: “...Sözleşmenin 10/2 fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. ... Mahkeme... nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürütmektedir. Bu denetim, hem şikâyet edilen önlemin amacıyla hem de bunun 'gerekliliği' ile ilgilidir; denetim, sadece temel milli mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 173-174.

⁵⁷³ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 167.

elverişli olacak ölçüde takdir yetkisinin kullanılma biçiminin, kapsamının ve sınırlarının makul bir açıklık düzeyinde belirlenmiş olması gerekmektedir⁵⁷⁴.

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği bağlamında ise, Mahkeme somut olguları, ülkenin olay anındaki durumunu, şikâyet konusunun özelliklerini dikkate alarak, devletin müdahaleye gerekçe olarak gösterdiği vakıaların ve koşulların kabul edilebilirliği yönünden devletin toplumsal ihtiyaç baskısını belirlerken kullandığı takdir yetkisini denetlemektedir⁵⁷⁵. Bu denetim yapılırken taraf devletin toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını belirlemede kullandığı takdir yetkisini uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçelere dayandırıp dayandırmadığı⁵⁷⁶, devletin müdahale teşkil eden tedbirin alınmasına gerekçe olarak gösterdiği düşüncelerin meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü, olayın tüm özelliklerine göre haklı ve makul nedenlere göre gereklilik niteliğine ne ölçüde dayandığı da göz önünde tutulmaktadır⁵⁷⁷.

Mahkeme orantılılık ilkesinin değerlendirilmesinde de, müdahaleye gerekçe olarak gösterilen amaç için devletin ileri sürdüğü gerekçelerin yeterliliğini ve yerindeliğini, müdahale konusunda sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını ve şekil bakımından müdahalenin sıkıştıran toplumsal ihtiyaçlarla dengeli olup olmadığını göz önünde tutarak devletin takdir yetkisini denetlemektedir⁵⁷⁸.

Diğer taraftan Mahkeme, sınırlamayı meşru kılan amacın niteliğini, olayın özelliklerini, somut yerel şartları, konunun geçmişini dikkate alarak devletlere bıraktığı takdir yetkisinin alanını ve genişliğini uygulandığı konuya göre değişik değerlendirmektedir⁵⁷⁹. Mahkemeye göre takdir hakkı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Takdir yetkisi, büyük ölçüde ülkenin subjektif şartları tarafından

⁵⁷⁴ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 36; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 89-91. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537-538; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁷⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378.

⁵⁷⁶ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54: “Mahkeme’nin görevi, belirtilen ilkeler çerçevesinde, müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin Sözleşme’nin 8/2. fıkrasıyla ‘ilgili’ ve bu çerçevede ‘yeterli’ olup olmadıklarını saptamaktır.” Çeviri için bkz.: Doğru, **a.g.e.**, s. 431. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146 ve 379; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 348.

⁵⁷⁷ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48-50; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 62. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 381.

⁵⁷⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 348.

⁵⁷⁹ Arai-Takahashi, **a.g.e.**, s. 62; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 88; Ruiz, **a.g.e.**, s. 191; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5 ve 34; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149.

belirlenen⁵⁸⁰ güvenlik ve organize suçlulukla mücadele⁵⁸¹, çocukların korunması⁵⁸² gibi konularda oldukça geniş; eşcinselliğin suç olarak öngörülmesi ölçüsüne varamamakla birlikte kural olarak ahlaki değerlerin korunması konusunda⁵⁸³ geniş; buna karşılık evrensel ve Avrupa Konseyi ülkelerinde ortak bir yasal zemini bulunan objektif standartların esas alındığı⁵⁸⁴ yasanın kalitesi⁵⁸⁵, demokratik toplumda gereklilik⁵⁸⁶, iletişimin denetlenmesine hâkim tarafından karar verilmesi⁵⁸⁷, hükümlü ve tutuklunun avukatıyla haberleşmesi⁵⁸⁸ gibi konularda ise dardır.

Sonuç olarak öncelikle Mahkeme standartlarına göre iletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerin kalitesi yönünden devletin takdir yetkisinin hemen hemen bulunmadığını söylemek mümkündür. Zira Mahkemeye göre yasayla öngörülme konusundaki standartlar evrensel ve Avrupa Konseyi ülkelerinde ortak bir zemini bulunan objektif standartlardır. Bu bakımdan iletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerin mutlak olarak Mahkeme standartlarına uygun olması bir zorunluluktur. Aksi durumda 8. maddenin 2. fıkrasına ilişkin olarak diğer gereklilikler yerine getirilmiş olsa bile iç hukukun başlı başına yasayla öngörülme koşuluna ilişkin standartlara aykırılığı Sözleşmenin ihlal edilmiş sayılması için yeterli olmaktadır.

Diğer taraftan devletlerin meşru hedefleri gerçekleştirmek ve bireysel yararları üstün tutulan toplumsal yararları korumak için iletişimin denetlenmesinin elverişli olup olmadığı konusunda değerlendirme yaparken yararlandığı takdir

⁵⁸⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 89; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149.

⁵⁸¹ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51.

⁵⁸² *Ollson (No:2)-İsveç Davası*, 30.10.1992, § 90-91. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 6 ve 34.

⁵⁸³ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49; *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 52; *Norris-İrlanda Davası*, 26.10.1988, § 45.

⁵⁸⁴ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 87; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 333-334.

⁵⁸⁵ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 68; *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 36; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 89-91; *Petra-Romanya Davası*, 23.09.1998, § 37; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 55. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537-538; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.

⁵⁸⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 59; *Erdem-Almanya Davası*, 05.10.2001, § 68. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149.

⁵⁸⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 53; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 47.

⁵⁸⁸ *Campbell-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1992, § 50.

yetkisinin ise geniş olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü meşru amaçların gerektirdiği tedbirleri saptamak büyük ölçüde ülkenin subjektif şartlarının dikkate alınması gerektirir. Ayrıca 2. fıkra ile korunan üstün toplumsal yararların maruz kaldığı tehdidin yoğunluğu her bir Avrupa Konseyi ülkesi için farklıdır. Bu sebeple Mahkeme içtihatlarında iletişimin denetlenmesi tedbirinin kural olarak meşru amaçlara yönelik olduğu ve bu meşru amaçların gerçekleştirilmesi için amaca ulaşmaya elverişli bir tedbir olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum taraf devletlerin bu konudaki takdir yetkisini kullanırken 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçların dışında kalan, bu itibarla gayri meşru amaçlara yönelik olarak da bu tedbiri uygulayabilecekleri anlamına gelmemektedir.

4.6. Sınırlama Yetkisinin Sınırları

4.6.1. Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı

Sözleşmenin 17. maddesinde⁵⁸⁹ Sözleşmede düzenlenen hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesi ve Sözleşmede öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağı, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin hem muhatabı olan taraf devletlere, hem de bu hak ve özgürlüklerin süjelerine yönelik yasak getirerek hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ve sınırlandırılmasına sınır getirmektedir⁵⁹⁰.

Hak ve özgürlüklerin süjeleri bakımından getirilen yasak hak ve özgürlüklerin sağladığı olanaklarla Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin yok edilmesi yasağıdır. Sözleşme bu düzenlemesiyle hak ve özgürlüklerin yok edilmesi girişiminin önüne geçmek istemiştir⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ **AIHS'nin "Hakların kötüye kullanımı yasağı" başlıklı 17. maddesi:** "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşmede düzenlenen hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesini yahut bu Sözleşmede öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunmak ya da eylemi/ (tasarrufu) gerçekleştirmek hakkını tanıyan olarak yorumlanamaz." Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 44.

⁵⁹⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 750; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 413; Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 531-532; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234.

⁵⁹¹ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 750; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 101-102; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 413; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 531.

Taraf devletler yönünden ise hakkın kötüye kullanılması yasağı, Sözleşmenin düzenlenen hak ve özgürlüklerin asgari standardını ortaya koyduğu ve düzenlenen hak ve özgürlüklerin Sözleşmede öngörülenden daha fazla ölçüde sınırlanamayacağı anlamına gelir⁵⁹². Sözleşmenin 17. maddesiyle nitelikli haklar ile sınırlanabilir haklara ilişkin olarak özel hükümde öngörülenden daha fazla ölçüde sınırlama getirilmesi açıkça yasaklanarak, hak ve özgürlükler için özel hükümde öngörülen güvencelere ek güvence sağlanmış, Sözleşmenin amaçlarından birisi olan hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması açısından kurulmak istenen sistem pekiştirilmek ve hak ve özgürlüklerin kurumsallaşması amaçlanmıştır⁵⁹³.

Hakkın kötüye kullanılması genel bir hüküm olması sebebiyle 8. madde bakımından da geçerli bir düzenlemedir. Bu düzenleme dolayısıyla haberleşmeye saygı hakkına yapılacak müdahalelerin sınırlanması, Sözleşmede öngörülen sınırlama sebeplerinin dar yorumlanması gerekmektedir. İletişimin denetlenmesi bakımından ise bu düzenleme, öncelikle iletişimin denetlenmesi tedbirinin demokratik toplumda sınırlı bir tedbir olmasını gerektirmektedir. Diğer yandan sınırlı bir tedbir olması gerektiğinden iletişimin denetlenmesi tedbirinin bireylerin özel iletişimlerini gizlilik ve güvenlik içerisinde gerçekleştirmelerini imkânsız duruma sokacak ölçüde ve yaygınlıkta kullanılmaması gerekmektedir. Hak ve özgürlüklerin yok edilmesi yasağı gruplar ve kişiler kadar devlet için de geçerli olduğundan, devletlerin haberleşmeye saygı hakkının tahrip olmasına, kullanılmasının imkansız hale gelmesine yol açacak ölçüde iletişim denetlenmesi tedbirine başvurmamaları zorunludur.

⁵⁹² Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 751; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 414; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 531-532; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234.

⁵⁹³ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 530-531; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 414.

4.6.2. Öngörülen Sınırlama Amacına Uygun Uygulama Zorunluluğu

Amaca bağlılık, amaca uygunluk ilkesi ya da amaç saptırma yasağı adları da verilen ilkeyi düzenleyen AIHS'nin 18. maddesi⁵⁹⁴, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükler üzerindeki sınırlamalara, sınırlamaların amacı bakımından çerçeve çizerek, taraf devletleri iyiniyetle tasarrufta bulunma yükümlülüğü altına sokmakta ve olası sapmalara karşı güvenceleri pekiştirmeyi hedeflemektedir⁵⁹⁵.

Sözleşmenin 18. maddesi de, 17. maddesi gibi, genel bir hüküm olması sebebiyle 8. madde bakımından da geçerlidir. Bu hükmün özel hayata saygı hakkı bakımından anlamı, 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen ve özel hayata müdahale olanağını devlete tanıyan meşru amaçların sarıh ve sınırlı sayıda olduğudur. Dolayısıyla Sözleşmenin 18. maddesi özel hayata getirilen sınırlamaların ve yapılan müdahalelerin 2. fıkrada sınırlı sayıda belirtilen meşru amaçlar dışında başka amaçlara dayandırılmasını yasaklamaktadır⁵⁹⁶.

Amaca bağlılık ilkesinin iletişimin denetlenmesi bakımından önemine *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında değinilmiştir. Bu davada Mahkeme kişilerin hangi hallerde iletişimlerinin dinlenme riski altında olduğunu bilebilmeleri için yasayla öngörülme ilkesinin bir gereği olarak haberleşmeye yapılacak müdahalelerin hangi meşru amaçlara yönelik olduğunun yasal düzenlemeden anlaşılabilmesi gerektiğine işaret etmiştir⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ AIHS'nin "*Haklar üzerinde kayıtlamaların sınırı*" başlıklı 18. maddesi: "Bu Sözleşme çerçevesinde söz konusu haklara ve özgürlüklere getirilmesine izin verilen kayıtlamalar, öngörüldüklerinden başka herhangi bir amaçla uygulanmayacaktır." Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 45.

⁵⁹⁵ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 755-756; Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 543; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 416; Erdem, **a.g.e.**, s. 302.

⁵⁹⁶ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 374; Macovei, **a.g.e.**, s. 42; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92.

⁵⁹⁷ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 46.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA

ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ KORUNMASI

1. Genel Olarak

Türk Hukukunda özel hayata saygı hakkı başta Anayasa olmak üzere kamu hukuku ve özel hukuk kurallarıyla korunmaktadır. Anayasa özel hayata saygı hakkının genel olarak düzenlendiği, norm alanı ile sınırlanması rejimi ve güvencelerini düzenleyen temel iç hukuk normudur. Anayasa özel hayata saygı hakkının genel çerçevesini düzenlediğinden, soyut Anayasa kurallarının fiili gerçeklik haline getirilmesi görevi ise esas itibarıyla bu hakka karşı gerçekleştirilebilecek hukuka aykırı eylemler katalogunu oluşturan TCK, CMK, TMK ve BK gibi yasalarla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

TCK, CMK, TMK ve BK gibi yasalar dışında, düzenledikleri hukuksal alanlarla bağlantılı olduğu ölçüde özel hayata saygı hakkının spesifik yönlerinin korunması amacını taşıyan başka özel yasalar da hukukumuzda özel hayata saygı hakkının korunmasıyla ilişkili düzenlemelerinin bir parçasını oluşturmaktadır.

2. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Korunması

2.1. Genel Olarak

1982 Anayasasında özel hayatın gizliliği ve korunması, Anayasanın “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısmının “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı ikinci bölümünde 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir¹. Anayasanın “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlıklı 12. maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu vurgulanmış; 11. maddesinde ise, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı

¹ Temel hak ve kişi hak ve özgürlükleri kavramları için özel hayata saygı hakkının kamu hukukundaki hukuksal niteliğine ilişkin yukarıdaki ilgili bahse bakınız.

organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla 1982 Anayasasında özel hayata saygı hakkı, kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte bir temel hak olarak düzenlenmiştir².

Özel hayata saygı hakkının temel bir hak olarak düzenlenmesine Anayasayı sevk eden sebepleri, diğer bir söyleyişle bu hakkın hukuksal dayanağını Anayasanın 2. maddesinde öngörülen Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma niteliği ile 17. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen herkesin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması oluşturur.

Anayasanın “*Cumhuriyetin nitelikleri*” başlıklı 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin *insan haklarına saygılı* bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. İnsan haklarına saygılı devlet³, insan haklarını temel haklarla birlikte bu hakların ötesinde bir kapsama sahip olarak gören, insanı temel değer olarak kabul eden, kendi varoluş nedenini insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi amacına dayandıran devleti ifade eder⁴. Dolayısıyla devletin insan haklarına saygılı olması özelliği, özel hayata saygı hakkı yönünden devletin tutumuna; devletin bu hakkı korumak yönünden negatif, gerçekleştirmek yönünden ise pozitif yükümlülüğüne işaret eden; diğer insan haklarıyla beraber özel hayata saygı hakkının devlete karşı genel güvencesini teşkil eden çerçeve norm niteliğindedir. Çünkü Anayasa bu hükümle özel hayata saygı hakkının değerini, dokunulmazlığını, üstünlüğünü, yararlılığını devletin tanınması yükümlülüğünü devlete yüklemiş olmaktadır⁵.

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Herkes, ... manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmüyle de, kişinin serbest hareket etme gücüne, diğer bir ifadeyle bağımsızlığa ve bireysel özerkliğe sahip

² Özek, **a.g.e.**, s. 231; Şen, **a.g.e.**, s. 1 ve 9.

³ Anayasada 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikler üzerine Anayasanın 14. maddesine eklenen “... *insan haklarına dayanan... Cumhuriyet...*” ifadesiyle, yasa koyucunun insan haklarına *saygılı* devlet ifadesiyle insan haklarına *dayalı* devlet ifadesi arasında insan haklarına bakışta köklü bir yaklaşım farklılığı bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde yapılan tartışmaları sonlandırmak ve Cumhuriyetin temel niteliklerinden birisinin insan haklarına dayanması olduğunu açıkça vurgulamak istediğini söylemek mümkündür. Bu konuda bkz.: Sosyal, **a.g.e.**, s. 124; Özbudun, **Anayasa Hukuku**, s. 97; Gözler, **a.g.e.**, s. 121 ve 217.

⁴ Sosyal, **a.g.e.**, s. 124; Gözler, **a.g.e.**, s. 120.

⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 120.

olduğu belirtilmiştir. Bağımsızlık ve bireysel özerkliğin özel hayata saygının esaslarından olması sebebiyle, Anayasada öngörülen kişiliği geliştirme hakkı özel hayata saygı hakkının çerçeve hakkını ve asgari standartlarını oluşturmaktadır⁶. Gerçekten kişiliği geliştirme hakkı, kişinin hakları konusunda Anayasanın ilk sözü ve bu itibarla kişinin hak ve ödevlerinin Anayasadaki ilk basamağını oluşturur. Bir yönüyle de kişiliği geliştirme hakkı Anayasada yer verilmemiş hak ve özgürlükler ile Anayasada yer verilen hak ve özgürlüklerin Anayasa ötesi anlam ve içeriklerinin hukuksal dayanağı niteliğindedir.

2.2. Özel Hayatın İçeriği

2.2.1. Özel Hayat ve Aile Hayatı

Anayasanın 20. maddesinin ilk fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenerek, *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 20. maddesinin 1. fıkrasında AIHS’nin 8. maddesine paralel olarak herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, ilaveten özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Anayasanın bu hükmüyle kişinin özel hayatını genel bir kişisel hak olarak ve aile hayatı da kişinin bir bütün oluşturan özel hayatının bir parçası olarak korunmaktadır. Anayasaya göre özel hayatın korunmasının öncelikle iki yönü bulunmaktadır. Bu hakkın birinci yönünü özel hayata saygı, ikinci yönünü ise özel hayatın gizliliği oluşturmaktadır. Özel hayata saygı gösterilmesi, devlet organlarının kişinin özel hayatına müdahale edememesi, kişinin bireysel ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesini; özel hayatın gizliliği ise kişinin özel hayatın başkalarının gözleri önüne serilememesini ifade etmektedir. Diğer yandan Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında kural olarak kişinin üstünün, özel

⁶ Özek, **a.g.e.**, s. 230; Şen, **a.g.e.**, s. 9; Helvacı, **a.g.e.**, s. 32; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd.; Gözler, **a.g.e.**, s. 216.

kâğıtlarının, eşyasının aranamayacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkını tamamlayan üçüncü yön ise kişi dokunulmazlığıdır⁷.

Bu bakımdan 1982 Anayasasında özel hayata saygı hakkının, bu hakkı sadece özel hayatın gizliliği olarak değerlendiren klasik anlayışın ötesinde; bireysel özerklik, bireysel yarar ve bireysel güvenlik olmak üzere özel hayata saygı hakkının üç esasını da bir arada içeren çağdaş anlayışa uygun olarak düzenlediğini söylemek mümkündür.

2.2.2. Konut

Konuta saygı hakkı Anayasanın 21. maddesinin 1. cümlesinde düzenlenerek, “*Kimsenin konutuna dokunulamaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın bu hükmü ifade ediliş bakımından AİHS’nin 8. maddesindeki ifadeye oranla bu hakkı konuta saygı hakkı olarak değil, koruyucu bir hak olarak düzenlemiştir.

Anayasa bu hükmüyle konutu kişinin bir bütün oluşturan özel hayatının bir unsuru olarak korumaktadır. Anayasaya göre, konut özel hayatın belli başlı sahnelerinden birisini teşkil etmektedir. Bu bakımdan konutun korunması özel hayatın korunmasının bir parçası olup, özel hayatın korunmasını tamamlayan bir haktır. Dolayısıyla konut her türlü ihlalden uzak tutulmadıkça kişinin özel hayatının korunması mümkün değildir.

Diğer yandan Anayasanın 21. maddesinin 2. cümlesinde kural olarak kimsenin konutuna girilemeyeceği, konutunda arama yapılamayacağı, konutunda bulunan eşyaya el konulamayacağı öngörülmektedir. Anayasa böylece konut dokunulmazlığını hem konutun dışarıdan gelebilecek ihlallere karşı, hem de konut içerisinde gerçekleşebilecek ihlallere karşı korunmasını amaçlayan bir hak olarak düzenlemiş, kişi dokunulmazlığını konut dokunulmazlığı ile tamamlamıştır.⁸

⁷ 1982 Anayasasının 20. maddesinin gerekçesiyle karşı. Gerekçe için bkz.: Kuzu, **a.g.e.**, s. 43.

⁸ 1982 Anayasasının 21. maddesinin gerekçesiyle karşı. Gerekçe için bkz.: **A.e.**, s. 44.

Bu sebeplerle Anayasada konuta saygı hakkı sadece bir koruyucu hak olarak değil, AİHS'yle paralel bir şekilde buna ek olarak hem de bir pozitif statü hakkı olarak öngörülmüştür.

Anayasada konuta saygı hakkı, konutun her türlü ihlale karşı korunmasını kapsayan bir içeriğe sahip olacak şekilde düzenlendiğinden, konuta saygı hakkının 1982 Anayasasının bu hakkı sadece konutun konut içerisinde gerçekleşebilecek ihlallere karşı korunmasını amaçlayan bir hak olarak değerlendiren klasik anlayışın ötesinde; konutun dışarıdan gelebilecek ihlallere karşı da korunmasını amaçlayan bir hak olarak çağdaş anlayışa uygun bir şekilde düzenlediğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla konuta saygı hakkı AİHM içtihatlarına paralel olarak hukukumuzda da, kişinin konutu içerisinde mutlu ve huzurlu bir şekilde yaşamasını temin etmeyi amaçlayan⁹, bu itibarla kişinin konutu içerisinde geçen özel hayatı üzerinde olumsuz etkisi bulunan ve özel hayatını mutlu ve huzurlu bir şekilde yaşamasını engelleyen konut dışında gerçekleşen faktörlere karşı da koruyan bir norm alanına sahiptir.

2.2.3. Haberleşme

Haberleşmeye saygı hakkı Anayasanın 22. maddesinde düzenlenerek, 1. fıkrasında “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*” hükmüne, 2. fıkrasında ise “*...haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz*” hükmüne yer verilmiştir.

Haberleşmeye saygı hakkı Anayasada AİHS'nin 8. maddesinden farklı olarak öncelikle bir özgürlük olarak ifade edilmiş ve bu özgürlüğün esasını gizliliğin oluşturduğu belirtilmiştir. Doktrinde *özgürlük*, genel olarak bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erki, serbest hareket etme gücü olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Dolayısıyla *hak*, özgürlüğü koruyup kurumsallaştırma gücü; içerdiği talep yetkisiyle özgürlüğün somutlaşmış biçimi; özgürlüğün usuli

⁹ *Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası*, 21.02.1990, § 40; *Lopez Ostra-İspanya Davası*, 09.10.1994, § 51. Ayrıca bkz.: Şen, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 31; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 465; Kapani, **a.g.e.**, s. 3; Oktay Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 6; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 14; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 117; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 210; Gözler, **a.g.e.**, s. 204.

güvencesi, somutta gerçekleştirilmesinin aracıdır¹¹. Dolayısıyla Anayasada düzenlenen bu özgürlüğün esasını kişisel iletişimin gizliliğine saygı hakkı oluşturmaktadır. Bu yönüyle haberleşmeye saygı hakkı konusundaki düzenleme AİHS'nin 8. maddesine paralel bir düzenlemedir. Diğer taraftan AİHS'nin 8. maddesinden farklı olarak ilaveten Anayasada haberleşmenin engellenemeyeceği ve haberleşmenin gizliliğine dokunulmayacağı da açıkça belirtilmiştir.

Anayasanın 22. maddesinde belirtilen *haberleşme* kavramı, Anayasanın 31. maddesinde düzenlenen kitle haberleşmesinden farklı bir kavram olup kişilerin birbirleriyle her türlü araçla yaptıkları özel iletişimi ifade eden bir anlama sahiptir. Anayasa kişisel iletişimi de konut gibi kişinin bir bütün oluşturan özel hayatının bir unsuru olarak korumaktadır. Anayasaya göre iletişim, kişinin bireysel ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesinin, bu sebeple bireysel özerkliğinin bir parçası olup, iletişimin korunması özel hayatın korunmasını tamamlayan bir haktır. Dolayısıyla haberleşme de konut gibi her türlü ihlalden uzak tutulmadıkça kişinin özel hayatının korunması mümkün değildir.¹² Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında da kural olarak kimsenin haberleşmesinin engellenemeyeceği ve haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı da öngörülmektedir.

Bu sebeplerle Anayasada haberleşmeye saygı hakkı sadece bir koruyucu hak olarak değil, AİHS'yle paralel bir şekilde koruyucu hak olma özelliğine ilave olarak aynı zamanda bir pozitif statü hakkı olarak da öngörülmüştür. Haberleşmeye saygı hakkı kişinin hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesinin, bu sebeple bireysel özerkliğinin bir parçası olarak düzenlediğinden, 1982 Anayasasında bu hakkın, iletişimi sadece kişinin gizli hayat alanının bir parçası olarak değerlendiren klasik anlayışın ötesinde; kişinin sosyal ilişkiler kurarak kişiliğini geliştirme hakkının bir parçası olarak dış alanını da içeren çağdaş anlayışa uygun olarak düzenlediğini söylemek mümkündür.

¹¹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 464; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 117; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 16; Gözler, **a.g.e.**, s. 205; Uygun, **İnsan Hakları Kuramı**, s. 14; Donnelly, **a.g.e.**, s. 19.

¹² 1982 Anayasasının 22. maddesinin gerekçesiyle karşı. Gerekçe için bkz.: Kuzu, **a.g.e.**, s. 44.

2.3. Devletin Yükümlülükleri

2.3.1. Devletin Negatif Yükümlülüğü

Anayasa belirtildiği üzere, özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşmeyi dokunulmaz kişisel alan olarak değerlendirerek kişinin bu alanlarına müdahale edilemeyeceğine ilişkin yasağı koymuştur. Dolayısıyla Anayasa özel hayata saygı hakkının tüm unsurları bakımından öncelikle koruyucu haklardan olduğunu, öncelikle bu haklara müdahale edilemeyeceğini belirtmektedir.

Anayasanın özel hayata saygı hakkını koruyan hükümleri sadece bireylerin kamu otoriteleriyle ilişkilerine yönelik olmayıp, bireylerin diğer bireylerle olan ilişkilerini de kapsamaktadır. Gerçekten Anayasa özel hayata saygı hakkına müdahale yasağını ortaya koyarken devlet ve üçüncü kişiler bakımından bir ayrıma gitmemiştir. Dolayısıyla bu hükümler bir yönüyle özel hayata saygı hakkının hem dikey etkisini, hem de yatay etkisini bünyesinde taşımakta¹³, bir yönüyle de hem kamu hukukunu, hem de özel hukuku etkilemektedirler¹⁴.

Anayasanın “*Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü*” ilkesini düzenleyen 11. maddesi gereğince “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır ve kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Bu sebeple Anayasa, özel hayata saygı hakkının hem devlet organları hem de üçüncü kişilere karşı; hem kamu hukuku kuralları hem de özel hukuk kurallarıyla korunması görevini yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına yüklemiştir.

2.3.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Anayasa yukarıda da belirtildiği üzere, özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşmeyi kişinin saygı gösterilmesini isteyebileceği kişisel alanları olarak değerlendirmiş bu alanlara saygı gösterilmesini talep hakkını içeren temel haklar olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla Anayasada özel hayata saygı hakkı, tüm unsurları

¹³ Sabuncu, a.g.e., s. 49; Gözler, a.g.e., s. 157.

¹⁴ Şen, a.g.e., s. 10, Özel, a.g.e., s. 28.

bakımından koruyucu hak olma niteliğine ek olarak aynı zamanda pozitif statü hakkı niteliğindedir.

Gerçekten Anayasa, “*Genel esaslar*” başlıklı birinci bölümünün “*Devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı 5. maddesinde “*Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişilerin ... refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*” düzenlemesine yer vererek, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve insanın kişiliğini geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevinin devletin amacı ve görevi olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir. Dolayısıyla bu hüküm genel olarak devlete özgürleştirme görevi¹⁵, kamusal görev ifa eden herkese de temel haklara saygı gösterme ve gerçekleştirilmesine katkıda bulunma görevi¹⁶ yüklemiş olup, özel hayata saygı hakkı yönünden de devletin pozitif yükümlülüğünün genel pozitif dayanağını teşkil etmektedir.

Öngörülen bu düzenlemeler karşısında devletin pozitif yükümlülüğü konusunda Anayasanın normatif olarak çağdaş anlayışa uygun ve hatta AİHS’nden daha ileri düzeyde düzenlemelere yer verdiğini söylemek mümkündür¹⁷. Bununla birlikte eklemek gerekir ki; Anayasada bu düzenlemelere yer verilmiş olmasını devletin özel hayata saygı hakkının korunması için pozitif yükümlülüğünü bütünüyle yerine getirdiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Zira pozitif yükümlülükler, özel hayata saygı hakkının korunması için devletin normatif düzenlemeler yapmasının yanı sıra normatif düzenlemelerin ve alınan tedbirlerin etkin bir şekilde uygulamaya geçirilmesi yükümlülüğüyle tamamlanan bir yükümlülük türüdür¹⁸. Bu bakımdan Anayasada yer verilen bu düzenlemeler devletin uygulama yükümlülüğünü de yerine getirmesi halinde anlamlı hale gelebilir.

¹⁵ Özbudun, **a.g.e.**, s. 98; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 119; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 53; Gözler, **a.g.e.**, s. 218.

¹⁶ İsviçre Anayasasının 35. maddesinin 2. fıkrasında “*Devlet görevini yerine getiren herkes, temel haklara saygı gösterme ve onların gerçekleşmesine katkıda bulunma yükümlülüğündedir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bkz.: Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 241-241.

¹⁷ Aynı yönde bkz.: Bahçeci, **a.g.e.**, s. 513.

¹⁸ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 5.

2.4. Özel Hayatın Sınırlanması

2.4.1. Genel Olarak

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla Anayasada yapılan değişikliklerle yeni baştan düzenlenmiştir. Gerçekten ilgili bahiste de belirtildiği gibi, 1982 Anayasasının “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13. maddesi ilk halinde birçok muğlak, içeriği belirsiz sınırlama sebebine yer veren, 1961 Anayasasında öngörülen öze dokunma yasağı, Anayasanın sözüne ve özüne uygunluk kriterlerine yer vermeyen, siyasal karar organlarının takdir alanını genişleten genel bir sınırlama normu niteliğinde iken¹⁹, 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikle 13. maddenin yapısı bütünüyle değiştirilmiş, 13. madde genel bir sınırlama maddesi olmaktan çıkartılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına egemen olan ilkeleri, dolayısıyla sınırlamanın sınırlarını belirleyen genel bir koruma normu haline getirilmiştir²⁰. Dolayısıyla yenilenmiş haliyle Anayasada temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebepleri genel bir hükümle öngörülmemiş olup, sınırlama sebeplerine her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin özel maddede yer verilmektedir²¹.

2.4.2. Sınırlama Sebepleri

4709 sayılı yasayla değiştirilen Anayasanın 13. maddesi “*Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir*” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkı sadece Anayasada özel hayata saygı hakkını düzenleyen hükümlerde öngörülen sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlanabilir²².

Özel hayata saygı hakkının sınırlama sebepleri, özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda meşruluğunu sağlayan amaçları

¹⁹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 101-102; Tanör, **a.g.e.**, s. 134-138.

²⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 102; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 58; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

²¹ Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 99; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

²² Özbudun, **a.g.e.**, s. 102 ve 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 60; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 235-236; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 153.

oluşturur²³. Özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olmasına ilişkin hukukun genel kuralı gereğince²⁴ özel hayata saygı hakkının Anayasada açıkça öngörülmemiş bir sebeple sınırlanması mümkün değildir. Anayasa 13. maddesinde kullandığı *yalnızca* sözcüğüyle bu hususu açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla Anayasada her bir hak için öngörülen sınırlama sebepleri sınırlı sayıda belirtilmiş olup, sınırlama sebeplerinin kıyas yoluyla veya başka bir yolla genişletilmesine, başka bir hakka teşmil edilmesine olanak yoktur.

Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, 21. maddesinin 2. cümlesinde konuta saygı hakkının, 22. maddesinin 2. fıkrasında ise haberleşmeye saygı hakkının sınırlama sebepleri öngörülmüştür. 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikle bu hükümlerde öngörülen sınırlama sebepleri birbirine paralel bir şekilde düzenlenmiş, “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak*” usulüne göre verilmiş hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yasayla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile özel hayata saygı hakkının kullanılmasına sınır getirmiş, bu sebeplere bağlı olarak kişilerin üstünün, özel kağıtlarının, eşyalarının, konutunun aranması, arama sonucu eşyalarına el konulması, haberleşmesinin gizliliğine dokunulması mümkün kılınmıştır.

Milli güvenlik, devletin içte ayaklanma, tahrik ve yıkıcı eylemlere karşı korunmasını içeren iç güvenlik ve başka devletlerin saldırı ve saldırı tehlikesinden uzak bulunmayı, bunlara karşı korunmayı içeren dış güvenliği; *kamu düzeni*, yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkileyecek her türlü düzensizliğin ve karışıklığın bulunmaması durumunu; *suçun önlenmesi*, kamu düzenini bozan veya bozma tehlikesi oluşturan suçların işlenmesinin engellenmesini; *genel sağlık*, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamasını; *genel ahlak*, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri; *başkalarının*

²³ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235.

²⁴ 18. yüzyıl sonlarında ortaya çıkan bireyci liberal özgürlük anlayışıyla beraber özgürlük insanın doğal hali olarak görülmeye başlanmış, özgürlüğün kural sınırlamanın istisna olduğu anlayışı hukukun genel bir kuralı haline gelmiştir. Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 5.

hakları ve özgürlükleri ise temel hak ve özgürlükleri sınırlanan kişi dışındaki kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kullanılması konusunda kişiler arasında denge kurulmasını ifade etmektedir.²⁵

AIHS’nde özel hayata saygı hakkına müdahaleyi meşru kılan sebeplerden olan *ülkenin ekonomik refahı ve düzensizliğin önlenmesi* amaçlarına Anayasada yer verilmediği görülmektedir. Buna karşılık Anayasada öngörülen “*milli güvenlik, kamu düzeni, suçun önlenmesi, sağlık, ahlak, başkalarının hakları ve özgürlükleri*” sebepleri AIHS’nin 8. maddesinde öngörülen sebeplerle birebir aynıdır. Dolayısıyla yasama organı, bireysel bir yarar olan özel hayata saygı hakkı ile bu hakla yarışan toplumsal değerler arasında denge oluşturmak konusunda sahip olduğu takdir hakkını kullanarak, özel hayatın yalnızca milli güvenlik, kamu düzeni, suçun önlenmesi, sağlık, ahlak ve başkalarının hakları ve özgürlükleri sebepleriyle sınırlanabileceğini öngörmüştür.

Anayasanın kurduğu bu sisteme göre Türk hukukunda özel hayata saygı hakkının ‘ülkenin ekonomik refahı’ ve ‘düzensizliğin önlenmesi’ amaçları ya da öngörülen sınırlama amaçları dışında başka amaçlarla sınırlanmasına olanak yoktur. Özel hayata saygı hakkının belirtilen sebeplerle veya Anayasada öngörülmeyen sebeplerle sınırlanması Anayasanın hukuk devleti ilkesine ve özel hükümlerine aykırılık teşkil eder. Bu durum AIHS’nin 8. maddesinde öngörülen özel hayata yapılan müdahalenin iç hukuka uyumlu olması koşuluna aykırı olacağı için aynı zamanda AIHS’nin de ihlali niteliğinde olacaktır.

Bu düzenlemeler karşısında Anayasada özel hayata saygı hakkının sınırlarının normatif olarak AIHS’yle uyumlu bir şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür²⁶. Bununla birlikte eklemek gerekir ki, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin fiili hayatta gerçekleştirilmesi oranında Anayasada öngörülen güvenceler anlam ifade edebilir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının

²⁵ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234-235; İlhan Özay, **Günlükte Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002, s. 496-501; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 4. bs., Ankara, İmaj, 1999, s. 193-194; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlükler**, s. 127-131; Gözler, **a.g.e.**, s. 227-232; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 198-200.

²⁶ Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 100.

etkin bir şekilde korunmasını sağlamak ancak devlet organlarının Anayasa kurallarına bağıllığını sağlamakla mümkündür.

2.4.3. Sınırlamaya Hakim Olan İlkeler

2.4.3.1. Genel Olarak

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasına hakim olan ilkeler, diğeri bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasının sınırları genel olarak Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasına ilişkin ilkeleri, güvence ölçütlerini²⁷ ortaya koyan genel bir hüküm niteliğindedir. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkının kullanımına devlet organlarınca yapılabilecek müdahaleler de Anayasanın 13. maddesiyle sınırlandırılmış olmaktadır.

4709 sayılı yasayla değiştirilen Anayasanın 13. maddesi “*Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlandırabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklindeki düzenlemesiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasına hakim olan ölçütleri düzenleyerek temel hak ve özgürlüklerin güvencesi haline getirmiştir. Diğeri yandan Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında, 21. maddesinin 2. cümlesinde ve 22. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve özel hayat ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye yapılacak müdahalelerin kural olarak “*usulüne göre verilmiş hâkim kararı*” ile sınırlandırılması da özel hayata saygı hakkının özel normatif güvencesini teşkil etmektedir.

Özel hayata saygı hakkının sınırlandırmasına hakim olan ilkeleri, *sınırlamanın yasallığı ilkesi, öze dokunma yasağı, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesi ve ölçülülük ilkesi* olarak sıralamak mümkündür.

²⁷ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 241; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 59 ve 101.

2.4.3.2. Sınırlamanın Yasallığı İlkesi

Bu ilke Anayasada sınırlamanın *ancak kanunla* yapılabileceği ifade edilerek belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanması demokratik hukuk devletlerinde 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden beri benimsenmiş bir ilkedir²⁸.

Sınırlamanın yasayla düzenlenmesi ilkesi, sınırlamanın halk egemenliğini kullanan demokratik ve temsili organ tarafından yapılabilmesini ifade eder. Bu ilke yapılan düzenlemenin kolayca erişilebilmesini, sınırlamanın genel ve eşit olmasını sağlamayı amaçlar²⁹. Yasayla öngörülme kuralı bir yönüyle yasanın anlaşılabilir olması anlamında yasanın yeterli açıklıkta olmasını; bir yönüyle de sınırlamanın sadece biçimsel anlamda yasayla yapılabilmesini, temel hak ve özgürlüğün esas itibarıyla yürütme organına karşı korunmasını, diğer bir deyişle salt yasallık ilkesini ifade eder³⁰. Dolayısıyla biçimsel anlamda yasa olmayan bir düzenleyici işlemle, örneğin idari düzenleyici işlem niteliğinde olan yasa hükmünde kararname, tüzük ya da yönetmelikle Anayasada öngörülme bir sınırlama sebebinin ihdas edilmesi mümkün değildir³¹. Bu ilke AİHS'nin 8. maddesinde öngörülen yasayla sınırlama ilkesinin Türk hukukundaki karşılığını oluşturmaktadır.

2.4.3.3. Öze Dokunma Yasağı

Öze dokunmama ilkesi olarak da ifade edilmesi mümkün olan bu ilke, AİHS'nde bulunmayan, 1961 Anayasasıyla hukukumuzda giren, 1982 Anayasasında yer verilmeyen ve 4709 sayılı yasayla 1982 Anayasasında yer verilen bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi, temel ve hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamaların mahiyetinden hareket ederek bu ilkenin içeriğini yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin amacına uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran, bunları örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyan, ciddi surette güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyen, etkisini ortadan kaldıran sınırlamaları temel

²⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 226; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 194.

²⁹ Kapani, **a.g.e.**, s. 230; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 89; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 59; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 131-133; Gözler, **a.g.e.**, s. 226.

³⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 52.

³¹ Uygun, **a.g.e.**, s. 94; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 132.

hak ve özgürlüğün özüne dokunduğunu belirtmektedir³². Dolayısıyla bu ilkenin her temel hak ve özgürlük açısından kişiye mutlak dokunulmaz bir asgari çekirdek alan sağlayarak bu alanı güvence altına aldığını söylemek mümkündür³³.

2.4.3.4. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk İlkesi

Anayasanın sözüne uygunluk ilkesi, sınırlamanın Anayasa metnine ve Anayasada öngörülen güvencelere uygunluğunu; Anayasanın ruhuna uygunluk ilkesi ise sınırlamanın Anayasanın bütününden çıkan anlama uygunluğunu ifade eder³⁴. Bu ilke öngörülen sınırlamanın Anayasanın metni ile Anayasanın bütününe uygun olmasını, bu itibarla hem makul olmasını, hem de Anayasanın temel hak ve hürriyetler rejiminin amacına uygun olmasını sağlar. Bu ilke AİHM'nin 8. maddesinin yorumlanmasında gözettiği yorum ilkelerinin Türk hukukundaki görünümü niteliğindedir.

2.4.3.5. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk İlkesi

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesi daha çok siyasal rejim ve demokrasi alanına özgü olup³⁵, AİHS'nin 6, 8, 9, 10 ve 11. maddelerinden Anayasaya aktarılan bir ilkedir. Bu ilke temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalarının çağdaş batı demokrasilerinin nitelikleriyle bağdaşmasını amaçlar. Çağdaş batı demokrasilerinin ayırt edici nitelikleri genel olarak, insanın en üstün değer olarak kabul edilmesi, insan haklarının güvence altına alınmış olması, ifade ve basın özgürlüğünün güvence altına alınarak çoğulculuğun sağlanmış olması, azınlığın çoğunluk karşısında korunması, siyasal meşruiyetin özgür, eşit, adil ve

³² Anayasa Mahkemesi'nin kararları için bkz.: Uygun, **a.g.e.**, s. 188-189; Özbudun, **a.g.e.**, s. 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 64-66; Gözler, **a.g.e.**, s. 242-244.

³³ Özbudun, **a.g.e.**, s. 105; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 63; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 241; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

³⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 103-104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 62-63; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 133-134; Uygun, **a.g.e.**, s. 142; Gözler, **a.g.e.**, s. 233-234; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 201.

³⁵ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 236-237; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135.

katılımcı seçimlere dayanması gibi niteliklerdir³⁶. Demokratik düzen kuvvetler ayrılığına, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayalı, çoğulcu, özgürlükçü ve demokratik bir iç hukuk sistemine bağlanmıştır³⁷. AİHM demokratik toplumun öğelerini, hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik olarak görmektedir³⁸. Dolayısıyla bu ilkeyle özel hayata saygı hakkının sınırlanması çağdaş demokrasilerin özgün nitelikleriyle bağdaştırılmaktadır. Bu ilkenin yorumlanmasında özellikle iç hukukun devamı niteliğindeki AİHM içtihatlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

2.4.3.6. Ölçülülük İlkesi

Orantılılık ilkesi olarak da ifade edilen bu ilke, 1961 Anayasasıyla hukukumuzda giren, 1982 Anayasasında yer verilmeyen ve 4709 sayılı yasayla 1982 Anayasasına dahil edilen bir ilkedir. Genel olarak doktrinde ölçülülük ilkesinin esas itibarıyla birbirini bütünleyen üç ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bu ilkeler, sınırlandırmada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olması, başvuru araçlarının amacı gerçekleştirme açısından *gerekli* olması ve araçla amaç arasında *denge* bulunmasıdır.³⁹ Bu ilke özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olmasına ilişkin hukukun genel kuralının mantıksal sonucu olmaktadır. Bu ilke sayesinde temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın, sınırlama amacı açısından orantılı, gerekli ve uygun olması, bu açıdan sınırlamanın hukuka uygunluğu amaçlanır. Bu ilke yapılan sınırlamanın hukuka uygunluğunun denetlenmesinde ölçü olarak kullanılarak temel hak ve özgürlüğe güvence oluşturur.

2.4.4. Kötüye Kullanma Yasağı

1961 Anayasasında bulunmayan bu ilke 1961 Anayasasına 20.09.1971 tarihli 1488 sayılı yasayla girmiştir. Hukukun genel ilkelerinden birisi olan hakkın kötüye kullanılma yasağı temel hak ve özgürlükler için 1982 Anayasasının 14.

³⁶ Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Gözler, **a.g.e.**, s. 242-246.

³⁷ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 397.

³⁸ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49.

³⁹ Uygun, **a.g.e.**, s. 161; Özbudun, **a.g.e.**, s. 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 66; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 138; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 101 ve 187; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 202; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın 4709 sayılı yasayla değişik 14. maddesinin 1. fıkrasında “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz*” hükmüne, 2. fıkrasında ise “*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın bu düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına karşı korunan değerler, bölünmez bütünlük ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ile; kötüye kullanma fiilleri ise bu değerleri bozmak ve yok etmekle sınırlanmıştır. Diğer taraftan AİHS’nin 17. maddesi hükmüne yakın paralelikte⁴⁰ bir düzenlemeye Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında yer verilerek Anayasa hükümlerinin kötüye kullanımı bireylerin yanı sıra devlet için de yasaklanmıştır. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına ilişkin Anayasanın düzenlemesinin hem korunan değerler, hem yasaklanan fiiller ve hem de yasağın muhatapları bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine ve AİHS’nin 17. maddesine uyumlu olduğunu söylemek mümkündür⁴¹. Bununla birlikte doktrinde kötüye kullanma yasağının kapsamında sadece fiilleri değil aynı zamanda düşünceleri de dahil etmeye olanak tanımaya elverişli bir şekilde düzenlediği gerekçesiyle Anayasanın 14. maddesinin yeni halinin eleştirildiğini de belirtmek gerekir⁴².

3. Türk Ceza Kanununda Özel Hayatın Korunması

3.1. Genel Olarak

Özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel değerlerin korunmasına yönelik hükümler TCK’nun 116, 120, 123, 125 ila 131, 132 ila 140, ve 287.

⁴⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 110; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 99.

⁴¹ Sabuncu, **a.g.e.**, s. 69; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 99 ve 107.

⁴² Özbudun, **a.g.e.**, s. 111; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 69; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 130; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 107-108.

maddelerinde öngörülmüştür. Bu hükümlerle özel hayat saygı hakkı kapsamında olan kişinin şerefi, özel hayatı, haberleşmesi, konuşmaları, konutu ve işyeri ile vücut dokunulmazlığı korunmaktadır. Böylelikle Anayasada güvence altına alınan özel hayat alanlarına karşı gerçekleştirilecek hukuka aykırı müdahaleler yaptırıma bağlanmış ve 5237 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde neredeyse sadece özel hukuk hükümleriyle korunmaya çalışılan ve bir bakıma korumasız bırakılan kişinin özel hayat alanları belli bir sistematik içerisinde ilk kez koruma altına alınmıştır⁴³. Bu yönüyle 5237 sayılı TCK’nda öngörülen bu düzenlemeleri hukuki düzenleme boyutuyla özel hayatın korunması konusunda devletin pozitif yükümlüğünü gerçekleştirmeye yönelik atılmış bir adım olarak değerlendirmek mümkündür.

Özel hayata saygı hakkının TCK’yla korunması konusu, TCK’nun suçları sınıflandırma anlayışına bağlı kalmaksızın özel hayat alanları bakımından sistematikleştirmek suretiyle ve konumuz sınırları çerçevesinde incelenecektir.

3.2. Şerefin Korunması-Hakaret Suçu

TCK’unda kişinin özel hayatının bir parçası olan şerefinin kişisel değer olarak korunduğu hüküm esas itibariyle “*Hakaret*” başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir*” şeklindeki hükümdür. Hakaret suçu kişilere karşı işlenen suçlardan olup, koruduğu hukuksal değer kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer bireyler üzerindeki saygınlığıdır. Bu suçun amacı kişinin alçaltılmasını ve küçük düşürülmesini önlemektir⁴⁴.

Kişinin şerefi, kişinin sosyal değerlerini belirleyen şartların bütününe oluşturan ve kaynağını sosyal yaşayışta bulan bir yönüyle kişisel, bir yönüyle de

⁴³ Mahmutoglu, a.g.e., s. 106-107.

⁴⁴ Özek, a.g.e., s. 144; Şen, , a.g.e., s. 121.

toplumsal bir yarardır. İnsanın bir bütün olan, maddi ve manevi değerlerden oluşan kişiliğinin, manevi değerler kısmında yer alan şeref kişinin kendisinin ve toplumun kişiye gösterdiği saygı ve itibarıdır. Bu bakımdan hakaret suçuyla saygınlık, namus, şöhret, vakar ve haysiyetin korunmasıyla kişilik haklarından olan kişinin manevi değerleri korunmaktadır. Dolayısıyla hakaret suçuyla kişinin manevi bütünlüğü güvence altına alınmıştır. Kişinin manevi değerleri, şerefi kişinin özel alanına ilişkin varlıklarından olduğundan, hakaret suçu kişinin özel hayatına saygı hakkının da güvencelerinden birisini oluşturmaktadır.

3.3. Özel Hayatın Korunması

3.3.1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları

TCK'nun özel hayatı genel bir kişisel değer olarak koruduğu hükmü “*Özel hayatın gizliliğini ihlâl*” başlıklı 134. maddesindeki “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.*” hükmüdür. Bu maddede üç suç tipi düzenlenmiştir. Bu suçlar 1. fıkranın 1. cümlesinde düzenlenen *özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*, aynı fıkranın 2. cümlesinde düzenlenen *özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması suçu* ve 2. fıkrasında düzenlenen *özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu*dur. Bu suçların üçü de kişilere karşı işlenen suçlardan olup, korudukları hukuksal değer özel hayat ile özel hayata ilişkin görüntü ve seslerdir.

TCK'nun 134. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, aynı fıkranın 2. cümlesinde düzenlenen suç ile 2. fıkrasında düzenlenen suça ve TCK'nun diğer maddelerinde düzenlenen özel hayat alanlarına karşı işlenen suçlara nazaran genel bir suç tipi niteliğindedir. Çünkü belirtilen diğer suçların koruduklarının dışında kalan hukuksal değerler *özel hayatının gizliliğini ihlal suçunun* konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla örneğin

kişinin özel hayat değerlerinden olan şeref ve haysiyetinin, kişisel verilerinin, konut ve işyerinin, iletişiminin, görüntü ve sesinin dokunulmazlığının ihlal edilmesi halinde 134. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu değil, özel hüküm niteliğindeki diğer suçlar oluşacaktır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuksal değer kişilerin özel hayatlarının gizliliğine olan inançlarından kaynaklanan güvenlik duygusunun sağladığı fiziksel ve ruhsal bütünlüktür. Suç tanımında özel hayat kavramının tanımı yapılmadığı gibi kapsamı da belirtilmemiştir. Bu sebeple özel hayat kavramının kapsamının belirlenmesi görevi hâkime bırakılmıştır. Dolayısıyla hâkim tarafından hükümde geçen özel hayat kavramının içeriği belirlenirken hukuk düzeninin bütünselliği gereğince Anayasal yapı, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler ve özellikle İHEB ve AİHS, AİHM kararları olmak üzere kamu hukuku müktesebatı ve başta TMK olmak üzere özel hukuka ilişkin yasalar olmak üzere özel hukuk müktesebatı ile özel ve kamu hukuku doktrininin dikkate alınması gerekmektedir. Hukuk düzeninin bütünselliği ilkesi dolayısıyla belirtilen kaynaklarda özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilen bir takım hususlarının ceza hukukunda özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmemesine olanak yoktur.

TCK'nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması suçu ve özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunun koruduğu hukuksal değer ise yine özel hayatın unsurlarından olan kişinin görüntüsü ve sesidir. Görüntüsü ve sesi, kişinin diğer kişilerden ayırt edilmesine yarayan dışa yansıyan, görüntüsü ve sesinden oluşan her türlü görünümünü içeren kişisel değerlerdendir⁴⁵. Yasa koyucu kişinin sesi ve görüntüsünü 1. fıkra kapsamında kalan özel hayat unsurlarına nazaran daha özellikli görmüş olmasından dolayı daha fazla cezayı gerektiren yaptırımlarla korumuştur. Her iki suç tipi arasındaki diğer bir ortak nokta ise kayda alınan veya ifşa edilen ses ve görüntülerin kişinin özel hayatına ilişkin, diğer bir ifadeyle gizli olmasının gerekmesidir.

⁴⁵ Özel, **a.g.e.**, s. 33; Helvacı, **a.g.e.**, s. 72-74.

3.3.2. Kişisel Verilerin Gizliliğini İhlal Suçları

Kişisel verilerin gizliliğini ihlal suçları TCK'nun 135. maddesinde düzenlenen *kişisel verilerin kaydedilmesi*; 136. maddesinde düzenlenen *verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme* ve 137. maddesinde düzenlenen *verileri yok etmeme* suçlarından oluşmaktadır.

TCK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında “*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü öngörülmüştür. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “*kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri(n)*” de kişisel veri kapsamında olduğu belirtilmiştir. Suçun maddi unsuru kişisel verilerin kaydedilmesidir.

TCK'nun 136. maddesinde de “*kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmüne yer verilmiştir. Suçun maddi unsuru kişisel verileri bir başkasına verme, yayma ve ele geçirmedir.

TCK'nun 137. maddesinde kişisel verilere karşı işlenen suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ile belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür.

Kişisel veri genel olarak kimliği belli olan veya belirlenebilen gerçek kişilere ait tüm bilgileri ifade etmektedir. Dolayısıyla bu suçlarla korunan hukuksal değer kişilerin özel hayatının bir parçasını teşkil eden bireysel bilgileridir. Kişisel verilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişilerin zarar görmesi mümkün olduğundan kişisel verilerin korunmasına ihtiyaç duyulmuştur.

TCK'nun 136. maddesinde ise “*kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü

öngörülmüştür. Bu madde hükmüyle de hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Gerek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gerekse teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması sırasında elde edilen kişisel verilerin imha edilmesine ilişkin başta CMK olmak üzere mevzuatta öngörülen emredici kurallara aykırılıklar yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla bu hüküm kişisel verilen korunması konusunda bireylerin korunmasının güvencelerinden birisini teşkil etmektedir.

3.4. Kişi Dokunulmazlığının Korunması

3.4.1. Haksız Arama Suçu

TCK'nun 120. maddesinde *haksız arama suçu* düzenlenerek “*hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmüne yer verilmiştir. Haksız arama, arama işleminin CMK'nun 116 ila 134. maddeleri ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesini ifade eder. Dolayısıyla kişilerin özel hayatına, vücut dokunulmazlığına ve yerine göre konut ve işyeri dokunulmazlığına müdahale teşkil eden arama işlemlerinin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi yaptırım altına alınarak bireylerin korunması amacıyla hukuksal güvence oluşturulmuştur.

Ceza muhakemesi koruma tedbirlerinden olan *arama*, bir kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin ve kişiye ait diğer yerlerin şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla gözden geçirilmesi işlemlerini ifade etmektedir. Arama üst araması şeklinde uygulandığı takdirde kişilerin fiziksel bütünlüklerine; konut, işyeri ve eşyalarda uygulandığı takdirde ise kişilerin özel hayatlarına ve konut dokunulmazlıklarına müdahale niteliğindedir. CMK'nun 116 ila 134. maddelerinde *arama ve elkoyma* başlığı altında arama, el koyma, postada el koyma ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama işlemleri düzenlenerek, arama işlemlerinin hukuka uygunluk standartları belirlenmiştir.

3.4.2. Huzur ve Sükûnu Bozma Suçu

Huzur ve sükûnu bozma suçu TCK'nun 123. maddesinde düzenlenerek “sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu suç belirli hareketlerle kişilerin huzur ve sükûnlarının bozulmasına yönelik eylemleri cezalandırmaktadır. Suçun maddi unsuru bir kişiyi rahatsız etmek amacıyla yapılan hukuka aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesidir. Ancak bu eylemlerin sırf kişilerin huzur ve sükûnunu bozmak amacıyla yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla suç suçun koruduğu değer kişilerin psikolojik bütünlükleri ve huzur içerisinde yaşama haklarıdır. Bu sebeple kişilerin psikolojik bütünlüğünü koruma amacını taşıyan bu suç da özel hayata saygı hakkını korumaktadır.

3.4.3. Haksız Genital Muayene Suçu

Haksız genital muayene suçu TCK'nun 287. maddesinde düzenlenerek, 1. fıkra “yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” hükmüne, 2. fıkra ise “bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz” hükmüne yer verilmiştir.

CMK'nun 75, 76 ve 77. maddelerinde ceza muhakemesinde şüpheli, sanık ve diğer kişilerin iç beden muayenesi düzenlenmiş, 75. maddenin 5. fıkrasında cinsel organlar bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Genital muayene, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin genital bölgelerinde yapılan incelemeleri ifade etmektedir. Kişilerin beden bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlıklarına yönelik suçların unsurlarının tespiti ya da suç mahallinden elde edilen izlerle şüpheli veya sanık ile mağdurun vücutlarından alınan örneklerin karşılaştırılması gibi amaçlarla kişilerin

genital muayenelerinin yapılması zaman zaman ceza muhakemesinde zorunlu olmaktadır.

Genital muayene kişilerin fiziksel bütünlüğüne müdahale teşkil ettiğinden özel hayata saygı hakkını sınırlamaktadırlar. Bu sebeple TCK'nun 287. maddesinde düzenlenen haksız genital muayene suçu, kişilerin beden bütünlüğüne hukuka aykırı müdahaleleri yaptırım altına alarak kişilerin özel hayata saygı haklarının da güvencelerinden birisini oluşturmaktadır.

3.5. Konut ve İşyerinin Korunması

Konut ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçları TCK'nun 116. maddesinde düzenlenerek 1. fıkrasında “bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmüne, 2. fıkrasında ise “birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” hükmüne yer verilmiştir.

Konut, kişinin güven ve huzur içerisinde yaşamını sürdürmesi için gerekli olan güvenlik duygusunu kişiye sağlayan yaşam alanıdır. Bu sebeple konut dokunulmazlığının ihlali suçuyla kişinin güvenlik duygusu ile huzurunu ihlal eden fiiller cezalandırılmaktadır. Konut dokunulmazlığını ihlal bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak girilmesi veya rıza ile girildikten sonra buradan çıkılmamasıdır. İşyeri dokunulmazlığının ihlali ise açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentilerini koruma altına almaktadır. Gerçekten işyeri kapsamında olan, ancak açık bir rıza bulunmayan işyerleri gibi yerler de kişilerin özel hayatlarının yoğun olarak gerçekleştiği yerlerdendir. Nitekim AİHM de işyerlerinin konuya saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Bu sebeple TCK'nda işyerlerinin korunmasına da gerek görülmüştür. Bu sebeple TCK'nun 116. maddesi de özel hayata saygı hakkı

geçtiği mekân bakımından korumakta ve özel hayatın unsurlarından olan konuta saygı hakkının ceza hukukundaki güvencesini oluşturmaktadır.

3.6. Haberleşmenin Korunması

3.6.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları

TCK'nun 132. maddesinde *haberleşmenin gizliliğini ihlal* suçlarına yer verilerek, 1. fıkra da kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşmenin içeriklerini kaydetme, 2. fıkrasında kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme, 3. fıkrasında ise kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etme suçları düzenlenmiştir. Bu suçların koruduğu hukuksal değer özel haberleşmenin gizliliği olup, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin haberleşmenin tarafı olmayan kişi tarafından öğrenilmesi yaptırım altına alınmaktadır. Dolayısıyla bu suçlarla kişilerin iletişim araçlarıyla gerçekleştirdikleri yazılı ve sözlü özel haberleşmeleri korunmaktadır.

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

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçu ise, kişinin tarafı olmadığı ve birinci fıkraya göre öğrendiği haberleşme içeriğinin yayılmasını ve yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasını yaptırım altına almaktadır. Haberleşme içeriklerinin yayılması kişinin özel hayatında meydana gelen zararı artıran bir durum olduğundan ayrıca düzenlenerek daha fazla cezayla yaptırım altına alınması sağlanmıştır.

Kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi suçu ise, muhatabı olduğu haberleşmenin içeriğinin alenen ifşa edilmesini yaptırım altına almaktadır. Gerçekten bir kişinin başka

haberleşmenin tarafı olması, kendisine iletilen haberleşme içeriklerini diğer kişinin özel hayatının bir parçası olmaktan çıkarmamaktadır. Dolayısıyla bir kişinin muhatabı olduğu bir iletişimi alenen ifşa etmesi, diğer kişinin özel hayatına zarar verebilecek bir eylem olacaktır.

Bu sebeplerle TCK'nun 132. maddesi haberleşmeye saygı hakkını ihlal eden filleri cezai yaptırım altına alarak haberleşmeye saygı hakkının ceza hukukundaki güvencesini oluşturmaktadır.

3.6.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Gizliliğini İhlal Suçları

TCK'nun 133. maddesi ise kişiler arasındaki konuşmaları dinleme ve kayda alma fiillerini yaptırım altına almaktadır. TCK'nun 132. maddesi iletişim araçlarıyla yapılan iletişimi korurken, TCK'nun 133. maddesi kişilerin iletişim aracı kullanmadıkları, dolayısıyla yüz yüze gerçekleştirdikleri iletişimi korumaktadır. Bu suçun koruduğu hukuksal değer kişilerin özel hayatlarının bir parçasını oluşturan yüz yüze iletişimleridir.

TCK'nun 133. maddesinin 1. fıkrasında suçun temel hali düzenlenerek *“kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* hükmüne yer verilmiştir. Bu suç kişinin tarafı olmadığı alenî olmayan konuşmaları bir aletle dinlemesini veya bir ses alma cihazı ile kaydetmesini yaptırım altına almaktadır. Konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının bulunmaması suçun oluşması için yeterlidir.

TCK'nun 133. maddesinin 2. fıkrasında *“katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”* hükmüne yer verilmiştir. Bu suç ise kişinin bir parçası olduğu ve kendisiyle birlikte en az üç kişi arasında gerçekleşen konuşmaları kaydetme fiilini yaptırım altına almaktadır. Bu suçun oluşması için de konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının bulunmaması yeterli olmaktadır.

TCK'nun 133. maddesinin 3. fıkrasında ise “*yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu suç ise kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden suçların işlenmesiyle elde edilen haberleşme içeriklerinin kötüye kullanılmasını yaptırım altına almaktadır.

Bu sebeplerle TCK'nun 133. maddesi de kişiler arasındaki yüz yüze iletişimi ihlal eden filleri cezai yaptırım altına alarak özel hayata saygı hakkının ceza hukukundaki diğer bir güvencesini oluşturmaktadır.

4. Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Korunması

4.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinin amacı işlenmiş bir suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması suçun işlenip işlenmediğini, işlenmişse kim tarafından ne şekilde işlendiğini gösteren ve suç olduğu ileri sürülen olayın yeniden yaşanmasını sağlayan araçları ifade eden delillerin elde edilmesine bağlıdır. Delil elde etme işlemleri bir yandan ceza muhakemesinin etkin bir şekilde yürütülmesi amacına hizmet ederken, bir yandan da bireylerin genel kişilik hakkı, özel hayata saygı hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple delil elde etme işlem ve önlemlerine yönelik yasada yer verilen hükümler ve bu hükümlerde öngörülen sınırlamalar bir yönüyle de özel hayata saygı hakkının güvencelerini oluşturmaktadır⁴⁶.

CMK'da yer verilen ve özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği bulunan işlemleri muayene; arama ve elkoyma; iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme başlıkları altında toplamak mümkündür.

⁴⁶ Mahmutoglu, a.g.e., s. 108.

4.2. Muayene

CMK'nun 75 ila 81. maddelerinde *muayene* başlığı altında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, moleküler genetik inceleme ve fizik kimliğin tespiti işlemleri düzenlenmiştir. Bu işlemler kişilerin fiziksel bütünlüğüne müdahale teşkil ettiğinden özel hayata saygı hakkını sınırlamaktadırlar.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık ile diğer kişiler üzerinde iç ve dış beden muayenesi yapılması ya da bu kişilerin vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasına yönelik işlemleri ifade etmektedir⁴⁷. Kişilerin beden bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlıklarına yönelik suçların unsurlarının tespiti, çocuğun soy bağının tespiti ya da suç mahallinden elde edilen izlerle şüpheli veya sanık ile mağdurun vücutlarından alınan örneklerin karşılaştırılması gibi amaçlarla kişilerin iç ve dış beden muayenelerinin yapılması zaman zaman ceza muhakemesinde zorunlu olmaktadır.

CMK'nun 75. maddesi gereğince şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılmasına ve vücutundan örnek alınmasına hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Diğer taratan üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılması, vücutundan örnek alınması yasaktır.

CMK'nun 76. maddesi gereğince de mağdur üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılmasına ve vücutundan örnek alınmasına, çocuğun soy bağının araştırılmasına hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Bu tedbirlerin uygulanması için mağdurun sağlığını tehlikeye düşürme tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir.

⁴⁷ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 584-585; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 256; Özbek, **a.g.e.**, s. 478.

Yine bu tedbirler uygulanırken mağdur üzerinde cerrahî bir müdahalede bulunulması yasaklanmıştır CMK'nun 77. maddesinde ise vücut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin orantılılığını sağlamak ve ihlalin hafifliğini temin etmek için kadının muayenesinin talep halinde ve olanaklar ölçüsünde bir kadın hekim tarafından yapılması öngörülmüştür.

CMK'nun 78. maddesinde ise moleküler genetik inceleme işlemine yer verilmiştir. *Moleküler genetik inceleme* soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla şüpheli veya sanık ile mağdurun vücudundan örnek alma işlemleri yoluyla elde edilen örnekler üzerinde yapılan incelemeleri ifade etmektedir⁴⁸. Bu işlemlerin yapılması ceza muhakemesi açısından zorunluluk bulunması koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu sebeple somut olayda moleküler genetik inceleme yapılmasının zorunlu olmadığı durumlarda bu işlemin uygulanması mümkün değildir. Diğer taraftan kişilerden alınan örnekler üzerinde soruşturmaya veya kovuşturmaya konu suçun aydınlatılmasına yönelik olmayan incelemeler yasaklanarak amaca bağlılık ilkesine yer verilmiştir.

Moleküler genetik inceleme yapılmasına karar verme yetkisi münhasıran hâkime tanınmış, Cumhuriyet savcısına moleküler genetik inceleme yapmaya karar verme yetkisi verilmemiştir. Hâkim tarafından verilen kararda incelemeyi yapacak bilirkişinin gösterilmesi de gerekmektedir. Bilirkişi olarak görevlendirilen kişilere yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemek ve bunu gerçekleştirmek için uygun tedbirleri almak yükümlülüğü getirilmiştir. CMK'nun 80. maddesiyle ise kişilerden alınan fiziksel örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu belirtilerek, bu verilerin ceza muhakemesi amacı dışında kullanılması yasaklanmış, bu bilgilerin kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilmesi öngörülmüştür.

CMK'nun 81. maddesinde ise fizik kimliğin tespiti tedbirine yer verilmiştir. *Fizik kimliğin tespiti* şüpheli veya sanığın fotoğrafının, beden ölçülerinin, parmak ve

⁴⁸ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 594; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 265; Özbek, **a.g.e.**, s.488.

avuç içi izinin, bedeninde yer alan ve teŖhisini kolaylaŖtırmaya elveriŖli fiziksel özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kimliğinin teŖhisi amacıyla kayda alınmasına yönelik iŖlemleri ifade etmektedir⁴⁹. Fizik kimliğin tespiti iŖlemleri, kiŖisel verilerin toplanması niteliğinde olduğundan, orantılılık ilkesinin gerekleŖtirilmesi amacıyla bu tedbirin uygulanması st sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı yapılan soruŖtırmalarla sınırlanmıŖtır. Yine bu tedbirin uygulanması da Ŗpheli veya sanığın kimliğinin teŖhisi için gerekli olması koŖuluna bağlı tutulmuŖtur. Bu tedbirin uygulanması sırasında oluŖturulan kayıtların da kovuŖtırmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir kesinleŖmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilmesi ngrlmŖtir.

4.3. Arama ve Elkoyma

CMK'nun 116 ila 134. maddelerinde *arama ve elkoyma* baŖlıęı altında arama, el koyma, postada el koyma ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama iŖlemleri dzenlenmiŖtir. Bu iŖlemlerin tümü koruma tedbiri niteliğindedir.

Arama, bir kiŖinin üstünün, eŖyasının, konutunun, iŖyerinin ve kiŖiye ait diğer yerlerin Ŗpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla gözden geçirilmesi iŖlemlerini ifade etmektedir⁵⁰. Arama st araması Ŗeklinde uygulandığı takdirde kiŖilerin fiziksel bütünlüklerine; konut, iŖyeri ve eŖyalarda uygulandığı takdirde ise kiŖilerin özel hayatlarına ve konut dokunulmazlıklarına müdahale niteliğindedir. El koyma iŖlemi de bir yandan mülkiyet hakkına, bir yandan da genel kiŖilik hakkı ile özel hayata müdahale niteliğindedir. Bu sebeple arama ve elkoyma iŖlemleri de CMK'da bir takım sınırlamalara tabi tutulmuŖtur.

Aramanın Ŗpheli veya sanığın yanı sıra diğer kiŖiler hakkında uygulanması da mümkündür. CMK'nun 116 ve 117. maddeleri gereğince arama iŖleminin Ŗpheli

⁴⁹ ztrk, Erdem, **a.g.e.**, s. 596-597; zbek, **a.g.e.**, s. 495.

⁵⁰ ztrk, Erdem, **a.g.e.**, s. 547; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 335; zbek, **a.g.e.**, s. 299; Ŗahin, **a.g.e.**, s. 241-242.

veya sanığa yönelik olarak uygulanabilmesi için tedbirin amacının gerçekleştirilebileceği konusunda makul şüphe yeterli iken; diğer kişilere yönelik olarak uygulanabilmesi şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler istisna olmak üzere şüpheli veya sanık ile suçun delillerinin diğer kişilere ait yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. CMK'nun 118. maddesinde ise konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılması yasaklanmıştır. Ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amaçlarıyla sınırlı olmak üzere gece vakti arama yapılması da mümkündür.

CMK'nun 119. maddesine göre arama kural olarak hâkim kararı üzerine yapılabilir. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılması mümkündür. Ancak konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılması mümkün olmayıp, bu hallerde aramanın mutlaka hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılması gerekmektedir.

Arama karar veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil; aranılacak kişi; aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ile aranacak eşya; karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmelidir. Arama yapıldıktan sonra, arama işlemine ilişkin tutanak tutulması ve arama tutanağına işlemi yapanların açık kimliklerinin yazılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için ise o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunludur. Askerî mahallerde yapılacak arama ise Cumhuriyet savcısının istemi ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

CMK'nun 120. maddesiyle aranacak yerlerin sahibine ve eşyanın zilyedine aramada hazır bulunabilme hakkı tanınmıştır. Şayet kendisi arama sırasında hazır bulunmazsa, bu kişinin temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşularından biri aramada

hazır bulundurulur. CMK'nun 121. maddesi gereğince arama işleminin sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın yapıldığına ilişkin bir belge ve elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. Bu belgelerde hakkında arama işlemi uygulanan kişinin elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir. Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur.

CMK'nun 122. maddesi uyarınca hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi sadece Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Dolayısıyla bu belgelerin Cumhuriyet savcısı veya hâkim dışında bir kişi tarafından incelenmesi mümkün değildir. İnceleme sonucunda soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olmadığı ve delil değeri bulunmadığı anlaşılan belge veya kâğıtların ilgisine geri verilmesi gerekmektedir.

Muhafaza altına alma ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsadèresinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin sahibinin rızasıyla alınmasını; *elkoyma* ise sahibinin rızasının bulunmaması halinde bu eşyaların sahibinden zorla alınmasını ifade etmektedir⁵¹. Nitekim CMK'nun 123. maddesinde ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsadèresinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınacağı; yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyalara ise elkonulabileceği belirtilmiştir. CMK'nun 124. maddesinde elkoyma tedbirine konu olabilecek eşya ile diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişiye istem üzerine bu eşyaları gösterme ve teslim etme yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi durumda bu tür eşyaları elinde bulunduran kişi hakkında disiplin hapsi uygulanması mümkün hale getirilmiştir. Ancak şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında disiplin hapsinin uygulanması mümkün değildir.

CMK'nun 126. maddesinde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere elkoyma yasağı getirilmiştir. Ekoyma

⁵¹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 561; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 344; Özbek, **a.g.e.**, s. 366; Şahin, **a.g.e.**, s. 248-249.

yaşadığının uygulanabilmesi için bu belgelerin şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecek kişiler elinde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerin zilyetliğinde bulunmayıp, bunlar dışındaki kişilerin elinde bulunan bu tür belgelere elkoymak mümkündür.

CMK'nun 127. maddesi gereğince elkoyma işlemi hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Zilyedliğinde bulunan eşyaya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kişi, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. Elkoyma işleminin, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilmesi gereklidir.

Postada elkoyma posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere elkonulması işlemini ifade etmektedir⁵². CMK'nun 129. maddesinde düzenlenen postada elkoyma, elkoyma tedbirinin özel bir türünü oluşturmaktadır. Postada elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için, elkonulan gönderilerin suçun delillerini oluşturduğuna dair şüphe bulunması ve bu gönderilerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında bulunmasının zorunlu olması gerekmektedir. Postada el koyma tedbiri de özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir.

CMK'nun 129. maddesi gereğince hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile postada elkoyma tedbiri uygulanabilir. Elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurlarının elkoymaya konu gönderileri içeren zarfları veya paketleri açmaları yasaklanmıştır. Elkonulan gönderilerin ilgili posta görevlilerinin huzurunda mühür altına alınması ve derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilmesi gerekmektedir. Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığının bulunmaması halinde postada elkoyma tedbirinin ilgililere bildirilmesi

⁵² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 578; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 351; Özbek, **a.g.e.**, s. 394; Şahin, **a.g.e.**, s. 257-258.

gerekmektedir. Ayrıca açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderilerin de hemen ilgililerine teslim edilmesi zorunludur.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada suç delillerinin elde edilmesi amacıyla gözden geçirilmesi işlemlerini ifade etmektedir⁵³. CMK'nun 134. maddesinde düzenlenen bu tedbirin uygulanması şüphelinin kullandığı bilgisayarla sınırlanmıştır. Dolayısıyla şüpheli dışındaki kişilerin kullandığı bilgisayarlara yönelik olarak bu tedbirin uygulanması mümkün değildir. Yasada bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada tedbirin uygulanacağı belirtilmiş ise de, kovuşturma aşamasında da tedbirin uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Şüphelinin bilgisayarında arama yapılması tedbiri açısından ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine yer verilmiştir. Bu sebeple soruşturma ve kovuşturmada başka surette delil elde etme imkânının bulunması halinde tedbirin uygulanmasına olanak tanınmamıştır.

CMK'nun 134. maddesinin 1. fıkrasında bilgisayarda arama yapma, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarma ve kayıtları metin hâline getirme tedbirlerine hâkim tarafından karar verileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla bu tedbirlerin uygulanmasına karar verme yetkisi mutlak olarak hâkime tanınmıştır.

CMK'nun 134. maddesinin 1. fıkrasında bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasının yanı sıra bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması ve kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesi işlemlerine de yer verilmiştir. Ancak esasen kopya çıkarma ve metin haline getirme işlemleri arama işleminin bütünleyici unsurları niteliğindedirler. Gerçekten yapılan arama sonucunda şüpheliye ait bilgisayarda soruşturma konusu suça ilişkin delillerin bulunduğu belirlenmesi halinde, bilgisayarda bulunan verilerin kopyasının çıkartılması ve nihayet okunabilmesi için yazılı metin haline getirilmesi zorunludur.

⁵³ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 354; Özbek, **a.g.e.**, s. 367; Şahin, **a.g.e.**, s. 251.

Ancak yasada bu işlemlerden de ayrıca söz edilmiş olması, yasanın belirliliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

CMK'nun 134. maddesinin 2. fıkrası gereğince şifrenin çözülmemesinden dolayı bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere elkonulması öngörülmüş; şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde de elkonulan cihazların gecikme olmaksızın iade edileceği belirtilmiştir. CMK'nun 134. maddesinin 3 ve 4. fıkrasında bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağı; istemesi halinde şüpheliye veya vekiline bu yedekten bir kopyanın çıkarılarak verileceği ve bu hususun tutanağa geçirilerek imza altına alınacağı belirtilmiştir. CMK'nun 134. maddesinin 5. fıkrasında ise bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının alınabileceği; kopyası alınan verilerin kâğıda yazılarak tutanağa kaydedileceği ve ilgililer tarafından imza altına alınacağı belirtilmiştir.

4.4. İletişimin Denetlenmesi

CMK'nun 135 ila 138. maddelerinde *telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi* başlığı altında öngörülen hükümler bir yönüyle kişilerin haberleşmeye saygı hakkına sınır getiren, bir yönüyle de haberleşmeye saygı hakkının güvencelerini oluşturan hükümlerdir. Gerçekten CMK'da bir yandan iletişimin denetlenmesi iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri bakımından belirli suçlarla sınırlanmış; bir yandan da genel olarak iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler, kişiler, şüphe, amaç, şekil, süre gibi unsurları bakımından açık bir şekilde sıkı koşullara tabi tutulmuşlardır. Nitekim CMK'nun 135. maddesinin gerekçesinde de telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlerin AİHS'ne ve AİHM'nin kararlarına uygun düzenleme yapılması ihtiyacından kaynaklandığı ve AİHM kararlarında belirtilen bütün kayıt ve koşulları içerdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler bir yandan özel hayata ve haberleşmeye saygı

hakkının korunmasına yönelik CMK’da yer verilen güvencelerin bir parçasını oluşturmakta; bir yandan da bu hükümlerin yorumlanmasında AİHS ile AİHM kararlarının gözetilmesi gerekmektedir.

4.5. Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme

CMK’nun 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, 140. maddesinde ise teknik araçlarla izleme tedbir düzenlenmiştir. Bu koruma tedbirlerin ceza muhakemesindeki amacı da delil elde etmektir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi örgütlü suçların aydınlatılması amacıyla gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen ve gerektiğinde kimliği değiştirilmiş kamu görevlilerinin örgüt içerisine sızması suretiyle örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçların örgüt içerisinden izlenerek suç delillerinin elde edilmesine yönelik gizli bir koruma tedbiridir⁵⁴. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri kişilerin kişilik haklarına, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine müdahale etme potansiyeli bulunan bir tedbirdir.

Bu tedbirlerin uygulanabilmesi suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu tedbirlerin uygulanmasına da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilmektedir.

Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Tedbirin uygulanabileceği süreye ilişkin olarak yasada bir hükme yer verilmemiştir. Gizli soruşturmacının, görevini yerine getirirken suç işlemesi mümkün olmadığı gibi ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan dolayı sorumlu tutulması da mümkün değildir.

Kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi sırasında soruşturmacının kimliğinin değiştirilmesi, bu kimlikle hukukî işlemler yapılması,

⁵⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 613; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 369; Özbek, **a.g.e.**, s. 435-436; Şahin, **a.g.e.**, s. 273.

kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgelerin hazırlanması, değiştirilmesi ve kullanılması mümkündür.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, silah kaçakçılığı ve tarihi eser kaçakçılığı suçlarına yönelik soruşturmalarda uygulanması mümkün olup, bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin tedbirin uygulandığı ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılması yasaklanmıştır.

Teknik araçlarla izleme, şüpheli veya sanığın kamuya açık alanlardaki faaliyetlerinin ve şüpheli veya sanığa ait işyerinin görüntü ve ses kaydeden araçlarla gizlice izlenmesi ve ses ve görüntü kayıtlarının alınması suretiyle suç delillerinin elde edilmesine yönelik gizli bir koruma tedbidir⁵⁵. Teknik araçlarla izleme tedbirinin kişilerin konutunda uygulanması yasaklanmıştır. Teknik araçlarla izleme tedbiri kişilerin kişilik haklarına, özel hayatına, aile hayatına ve haberleşmesine müdahale etme potansiyeli bulunan bir tedbirdir.

Bu tedbirin uygulanabilmesi için de yasada suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi koşulu aranmıştır. Tedbirin uygulanmasına hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilmektedir.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin sadece göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, kasten öldürme, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, silah kaçakçılığı, hapis cezasını gerektiren gümrük kaçakçılığı suçları ve tarihi eser kaçakçılığı suçlarına yönelik soruşturmalarda uygulanması mümkün olup, bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen delillerin katalog suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılması yasaklanmıştır. Bu tedbirin uygulanmasıyla elde edilen bilgilerin ceza kovuşturması

⁵⁵ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 616-617; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 371; Özbek, **a.g.e.**, s. 472; Şahin, **a.g.e.**, s. 276.

bakımından gerekli olmadığının anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilmesi öngörülmüştür.

Teknik araçlarla izleme tedbiri süre yönünden de sınırlanarak, tedbir kararının en çok dört haftalık süre için verilebileceği, bu sürenin gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabileceği, ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim tarafından bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebileceği öngörülmüştür.

5. Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması

Türk özel hukukunda açıkça özel hayata saygı hakkında söz eden bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Türk hukukunda kişilik hakkı kişisel değerlerin korunması bakımından çerçeve bir hak olarak kabul edildiğinden⁵⁶, özel hayata saygı hakkı özel hukukta kişiliğin korunması yoluyla korunmaktadır⁵⁷. Özel hukukta kişiliğin korunması genel olarak TMK'nun 23 ve 24. maddeleri ile BK'nun 49. maddesiyle korunmaktadır⁵⁸.

5.1. Türk Medeni Kanunu

TMK'nun 23. maddesinin⁵⁹ 1. fıkrasında kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği; 2. fıkrasında kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı; 24. maddesinin⁶⁰ 1. fıkrasında ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan bir kimsenin hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını

⁵⁶ Özek, **a.g.e.**, s. 230; Şen, **a.g.e.**, s. 9; Helvacı, **a.g.e.**, s. 32; Özel, **a.g.e.**, s. 27 vd.

⁵⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁸ Danışman, **a.g.e.**, s. 103; Şen, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁹ **TMK madde 23:** “1) Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. 2) Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. 3) Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”

⁶⁰ **TMK madde 24:** “1) Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. 2) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

isteyebileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda kişilik hakları, bireyin doğumuyla kazandığı özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü oluşturur. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet ve itibar, ün, ad, sır ve resim hakları bireyin doğrudan kişisel hakları TMK'nun 23. ve 24. maddeleri kapsamındadır.

TMK'nun 23. maddesi hukuki işlemler yoluyla yapılan tecavüzlere, 24. maddesi ise hukuka aykırı fiillerle yapılan tecavüzlere karşı kişiliği korumaktadır. Dolayısıyla TMK'nun 23. ve 24. maddeleriyle getirilen koruma kural olarak kişinin gizli ve özel hayat alanlarının korunmasını içerir⁶¹. TMK'nun 24. maddesi kişinin manevi değerlerinin yanı sıra sosyal, ekonomik, mesleki şeref ve haysiyetini de kapsayacak şekilde geniş düzenlendiğinden, bu değerler de kişilik hakkının kapsamındadır⁶². Şeref ve haysiyet, toplumun gerekli saydığı ahlaki nitelik ve ölçülere sahip olması nedeniyle kişiye toplum tarafından verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şeref ve saygınlığı yaşadığı toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur⁶³. Bu sebeple herkesin içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığının korunarak kişinin manevi bütünlüğünü bozan eylemlerin önlenmesi gerekir. Şeref ve haysiyet, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de korunması gereken kişisel değerlerindendir⁶⁴.

Diğer taraftan TMK'nun 23. maddesi, kişilik haklarını ihlal eden fiillere yönelik hukuka ve ahlaka aykırı rızayı kabul etmeyerek, kişinin kişilik haklarındaki tasarruf yetkisini de sınırlandırmıştır. Dolayısıyla kişinin şeref ve haysiyeti gibi vazgeçilmez mutlak haklarından olan özel hayat değerlerinden vazgeçmesi mümkün değildir. Aynı şekilde kişinin hayata saygı hakkından mutlak olarak vazgeçmesine ilişkin iradesi kural olarak geçerli değildir. Kişi münferit kişisel değerlerinden ancak münferit durumlarla sınırlı olmak kaydıyla vazgeçebilir.⁶⁵

⁶¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 62; Özel, **a.g.e.**, s. 33; Şen, **a.g.e.**, s. 153-154.

⁶² Helvacı, **a.g.e.**, s. 68;

⁶³ YHGK'nun 28.03.2001 tarih 2001/4-276 E. 2001/289 K. sayılı kararı.

⁶⁴ Özel, **a.g.e.**, s. 35-36; Helvacı, **a.g.e.**, s. 62.

⁶⁵ Şen, **a.g.e.**, s. 154; Özel, **a.g.e.**, s. 39.

Kişinin adı üzerindeki hakkı TMK'nun 26. maddesinde⁶⁶ düzenlenmiştir. Sosyal yaşamda da bir yeri olan kişinin tek ve yerine başkası ikame edilemez olma özelliği nedeniyle adının korunması düşüncesi kişinin adının kişilik hakkı içinde değerlendirmesine yol açmıştır. Dolayısıyla ada yapılan tecavüz, kişiliğe yapılan tecavüz niteliğindedir. Bu kapsamda kişiyi bireyleştirmeye ve diğer kişilerden ayırmaya yarayan, sözcükler, işaretler, ad ve soyadan oluşan zorunlu adlar, takma adlar lakaplar bu kapsamda değerlendirilir. Tüzel kişilerin de adları bulunduğundan, tüzel kişilerden bu korumadan yararlanı⁶⁷.

TMK'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında ise kişilik hakkının korunması bakımından hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk sebepleri kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ve yasanın verdiği yetkinin kullanılmasıdır⁶⁸.

5.2. Borçlar Kanunu

BK'nun 49. maddesinin 1. fıkrası⁶⁹ kişinin ruhsal bütünlüğünü ihlal eden haksız fiillerin meydana getirdiği manevi zararın giderilmesine yöneliktir. BK'nun 49. maddesinde *"şahsiyet hakkı hukuka aykırı şekilde tecavüze uğrayan kişi"* ifadesiyle amaçlanan bireyin kişiliğine ilişkin hakları, diğer bir ifadeyle kişisel varlığıdır. Bu bakımdan kişilik hakkı olarak kabul edilen özel hayata saygı hakkı ihlal edilen kişi, BK'nun 49. maddesine dayalı olarak manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bu hüküm kişilik hakkı ihlal edilen kişinin şeref ve haysiyetinde meydana gelen zarar ve duyduğu bedeni ve ruhi acıya karşılık olarak ruhsal düzenini dengelemesini, yaşama bağlılığını, sosyal saygınlığını tazelemesini sağlamayı amaçlamaktadır⁷⁰.

⁶⁶ **TMK madde 26:** "1) Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. 2) Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir."

⁶⁷ Özel, **a.g.e.**, s. 31; Helvacı, **a.g.e.**, s. 74-75.

⁶⁸ Özel, **a.g.e.**, s. 38-40.

⁶⁹ **BK madde 49/1:** "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir."

⁷⁰ Özel, **a.g.e.**, s. 73; Şen, **a.g.e.**, s. 158.

Her kişinin kişilik hakları kişisel bir değer olarak eşit ölçüde korunmaz. Kamu görevlileri ile kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları, anonim, toplum tarafından tanınmayan, toplumsal hayat içerisinde etkin konumlarda bulunmayan kişilere nazaran daha dar kapsamda korunur. Buna üstün toplumsal değerler yol açar. Ancak kamu görevlileri ile kamuya mal olmuş kişilerin şeref ve haysiyetlerinin ihlali şeklinde gerçekleşen kişilik haklarının ihlali, kamusal ilgisinin bulunmaması sebebiyle mutlak olarak korunur.⁷¹

6. Özel Kanunlarda Özel Hayatın Korunması

Yukarıda belirtilen temel yasalar dışında da özel yasalara serpiştirilmiş özel hayata saygı hakkının korunmasıyla ilişki çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler ilgili yasanın düzenlediği hukuksal alanlarla bağlantılı konularda kişilik hakkının ve özel hayata saygı hakkının değişik yönlerini güvence altına almayı amaçlamaktadır.

6.1. Basın Kanunu

Basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenleyen 5187 sayılı *Basın Kanunu*'nun 14 ve 21. maddeleri kişilik haklarının korunmasıyla ilgilidir. Gerçekten Basın Kanunu'nun 14. maddesinde, süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin düzeltme hakkı ile bu hakkın kullanılma esasları öngörülmüştür. Bu hüküm şeref ve haysiyetin korunmasına yönelik olan TMK'nun 23 ve 24. maddeleri ile BK'nun 49. maddesinde öngörülen hukuki korunma yollarına ek bir koruma yolu öngörmektedir. Bununla birlikte gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi, kişilerin yayının gerçeğe aykırı olduğunu kanıtlamasına bağlı tutulmuştur. Gerçeğe aykırılığın zaman zaman kanıtlanabilir bir olgu olmaması, ancak aksinin kanıtlanabilir olması sebebiyle mevcut düzenleme gerçeğe aykırı yayın yapıldığı iddiasına dayalı cevap düzeltme hakkının kullanılmasını olanaksız kılmaya müsait bir düzenleme görünümündedir.

⁷¹ Özel, **a.g.e.**, s. 33.

Diğer yandan düzenlemede cevap ve düzeltme hakkının tüzel kişilerce de kullanılmasının mümkün olup olmadığı açık değildir. Bununla birlikte kişi kavramı tüzel kişileri de içerdiğinden, tüzel kişilerin de cevap ve düzeltme hakkını kullanabilecekleri sonucuna varılması mümkündür.

Yine Basın Kanunu'nun 21. maddesinde, TCK'nda öngörülen cinsel suçlarla ilgili haber ve yazılarda suç mağdurların kimliklerini açıklamak, bilgi ve resimlerini yayınlamak yasaklanarak, cinsel suç mağdurlarının sosyal konumları, şeref ve saygınlıklarının korunması amaçlanmıştır. Ancak bu hükmün uygulamada pek işletilmeyen ve bu bakımdan caydırıcı olmayan bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür.

6.2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Düşünsel, entelektüel ve yaratma haklarını düzenleyen 5846 sayılı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* da fikri mülkiyetten kaynaklı olarak çeşitli kişisel varlıkların korunmasına yönelik hükümler içermektedir. Yasanın 70. maddesinde manevi tazminat hakkı; 83. maddesinde kişiye veya esere ait ad, alamet veya çoğaltılmış nüshaların şekilleri; 84. maddesinde kişiye özgü işaret, resim ve ses; 85. maddede kişiye ait mektup, hatıra ve buna benzer yazılar; 86. maddesinde kişiye ait eser niteliğinde olan ve olmayan özel resim ve portreler korunmuş, 85. maddesiyle de kişisel bu değerlere yapılacak tecavüzler yasaklanmıştır. Bu hükümlere konu kişisel değerler, kişilik hakkının unsurları ve dolayısıyla esas itibarıyla özel hayatın parçası olduklarından özel hayata saygı hakkının çeşitli unsurlarının korunmasına yöneliktir.

6.3. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu

Radyo ve televizyon yayınlarını düzenleyen 2954 sayılı *Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu*'nu da özel hayatın korunmasına yönelik önemli hükümleri barındırmaktadır. Yasanın 5. maddesinin j bendinde, kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak genel yayın esaslarından birisi olarak kabul edilmektedir. Diğer taraftan 3984 sayılı *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun*'un 4. maddesinin f bendinde,

özel hayatın gizliliğine saygılı olunması televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Yine 2954 sayılı yasanın 27. maddesinde yayınlarda bir kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisiyle ilgili olarak gerçeğe aykırı hususlar bulunması halinde kişinin düzeltme hakkı ile bu hakkın kullanılma esasları öngörülmüştür.

6.4. Bilgi Edinme Kanunu

Kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 4982 sayılı *Bilgi Edinme Hakkı Kanunu* da özel hayatın korunmasına ilişkin hükümler içeren diğer bir yasadır. Bu yasa demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını düzenlemeyi amaçlamaktadır.

Yasanın 2 ve 5. maddeleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları faaliyetlerine ilişkin her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Yasanın 27. maddesiyle özel hayatın gizliliğinin korunması bilgi edinme hakkının istisnalarından birisi olarak öngörülmüştür. Gerçekten yasanın 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, özel hayatın gizliliği kapsamında sağlık bilgileri ile açıklanması halinde kişinin özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuş, 2. fıkrasında ise kişisel bilgilerin kamu yararının gerektirdiği hallerde ilgilisinin yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda 2. fıkra gereğince ilgilisinin yazılı rızasıyla açıklanabilecek kişisel bilgiler, 1. fıkra kapsamına girmeyen bilgi ve belgelerdir. Diğer yandan kişinin kendisine ait özel bilgilerinde tasarruf yetkisi sınırlanarak ancak kamu yararının bulunması halinde kişinin özel bilgilerinin açıklanmasına yönelik rızasına geçerlilik tanınmıştır. Bu bakımdan 1. fıkra kapsamındaki kişisel bilgi ve belgelerin kişinin rızasıyla dahi açıklanmaması öngörülmüştür.

Kanaatimizce bireysel yararlarla kamusal yarar arasındaki adil dengenin oluşturulması bakımından açıklanmasında kamusal ilgi ve yarar bulunan kamusal kişilere ait bilgilerin her halde açıklanmasının mümkün olması gereklidir. Diğer yandan, açıklanması için yazılı rıza verilmiş kişisel bilgi ve belgelerin açıklanması için kamu yararının varlığının aranması ise kanaatimizce doğrudur. Zira açıklanmasında kamusal yarar bulunmayan kişisel bilgilerinin açıklanması konusunda bilgi talep eden kişinin de doğrudan bir hukuksal yararı bulunmaz. Bu bakımdan bir kişinin açıklanmasında doğrudan yararı bulunmayan bir bilgiyi talep etmesi hukuka uygun olmadığı gibi, özel hayatına ilişkin bilgilerin açıklanması bilgi sahibi kişinin de yararına olmaz.

Sonuç olarak özel hayata saygı hakkını ilgilendiren özel yasa hükümlerinin genel olarak özel hayata saygı hakkının etkin bir şekilde korunması bakımından yetersiz kaldıklarını söylemek mümkündür. Zira bu yasal düzenlemelerin özel hayatın korunması bakımından fiili yaşamda etkili olabilmesi kağıt üzerinde kalmamalarına, özellikle yargı organlarınca etkin bir şekilde kullanılmalarına bağlıdır. Çünkü günümüzde özel hayatın korunmasının etkin bir şekilde gerçekleşmesi ile devletin pozitif yükümlülüklerini etkin bir şekilde yerine getirmesi neredeyse özdeş olgular haline gelmiştir.

7. AİHS'nin Türk Hukukundaki Yeri

Uluslararası andlaşmaların iç hukuk düzeni içerisinde yeri konusunda *ikici görüş* ve *tekçi görüş* olmak üzere iki sistem bulunmaktadır. Türkiye'nin de kabul ettiği *tekçi görüşe* göre dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzen olup, uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarını oluşturmaktadırlar. Tekçi görüş çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorun, hukuk düzenlerinden hangisinin ötekine hiyerarşik olarak üstün olduğu konusunda çıkmaktadır⁷².

Bir görüşe göre, uluslararası alanda devletler üstü bir otoritenin bulunmaması ve andlaşmaları yapma yetkininin Anayasalarda tanınmış olması

⁷² Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 16-17; Pazarcı, **I. Kitap**, s. 18 vd.; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 19.

sebebiyle iç hukukun uluslararası hukuka üstün sayılması gerekmektedir. *Diğer bir görüşe göre* ise, uluslararası toplum çerçevesinde toplumlararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşama olanağının korunabilmesi ve ahde vefa ilkesi sebebiyle uluslararası hukukun iç hukuka üstün tutulması gerekmektedir⁷³.

Anayasanın 92. maddesinin 5. fıkrasında⁷⁴, hükümlerin ihtilafı halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma niteliğindeki AİHS hükümlerinin yasa hükümlerine üstün tutulacağı belirtilmiştir. Bu hüküm sebebiyle Türk hukuku bakımından AİHS'nin normlar hiyerarşisinde yasalardan üstün konumda olduğu açıktır⁷⁵.

Diğer taraftan emredici bir ifadeyle kaleme alınan AİHS'nin 1. maddesiyle⁷⁶ taraf devletler AİHS'ni iç hukukunun bir parçası haline getirme yükümlülüğü altına girmiş⁷⁷, dolayısıyla AİHS'nin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi taraf devletler için ahde vefa ilkesinin sonucu olarak zorunlu hale getirilmiştir. Bu zorunluluk sebebiyle 03.08.1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ni Türkiye 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasayla onaylanarak 18.05.1954 tarihinde onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne depo etmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir⁷⁸. Dolayısıyla Türkiye AİHS'ni iç hukukunun bir parçası haline getirme yükümlülüğünü yerine getirmiştir. AİHS'nin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi yükümlülüğü, Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin rejimi konusunda Sözleşmenin asgari standartları ortaya koyduğunun,

⁷³ Pazarcı, **a.g.e.**, s. 20-21; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 19.

⁷⁴ **T.C. Anayasası madde 92/5**: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

⁷⁵ Sabuncu, **a.g.e.**, s. 73; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 228. Türk Hukukunda uluslararası andlaşmaların ve AİHS'nin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz.: Pazarcı, **a.g.e.**, s. 19; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 20; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 229-239; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 110-111.

⁷⁶ AİHS'nin “İnsan haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğü” başlıklı 1. maddesi şöyledir: “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır.” Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 36.

⁷⁷ K.g. için bkz.: Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 54.

⁷⁸ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 367; Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 35, dipnot 1; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 10 ve 18.

diğer bir söyleyişle düzenlenen hak ve özgürlüklerin Sözleşmede öngörülenden daha fazla ölçüde sınırlanamayacağını taraf devletlerce kabulü anlamına gelmektedir⁷⁹. Nitekim bu husus Sözleşmenin 17. maddesiyle düzenlenmiştir. AİHS'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında⁸⁰ ise taraf devletler, tarafı bulundukları herhangi bir davaya ilişkin AİHM'nin kesin hükümlerine uymayı taahhüt etmişlerdir. Bu sebeple AİHM kararları taraf devletler için bağlayıcı nitelikte kararlardır.

Belirtilen bu düzenlemeler dikkate alındığında, AİHS'nin herhangi bir iç hukuk normu gibi iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte⁸¹, mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilecek kurallardan oluşan⁸², öze ilişkin maddi hükümleri bakımından anayasal değerde ve yasa metni şekil ve üslubuyla kaleme alınmış bir *yasa sözleşme* niteliğinde⁸³ olduğu hemen anlaşılmaktadır. Taraf devletler AİHM'nin kesin hükümlerine uymayı taahhüt etmiş olduklarından, esas itibarıyla AİHM'nin hakların korunması konusunda nihai karar organı olduğunu da kabul etmişlerdir. Diğer taraftan AİHM'nin aldığı kararların taraf devletler için uyulması zorunlu yaptırım kararları olması sebebiyle AİHS'ne aykırı iç hukuk normlarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirilmesi yükümlülüğü de taraf devletlerce kabul edilmiş olmaktadır⁸⁴.

Dolayısıyla her ne kadar Anayasanın 92. maddesinin 5. fıkrasından, normlar hiyerarşisinde AİHS'nin yasalardan üstün olduğu sonucu çıkmakta ise de, fiilen AİHS'nin *anayasa üstü*⁸⁵ olduğu sonucu da çıkmaktadır. Zira AİHM'nce Anayasanın bir hükmünün Sözleşmeye aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde Sözleşmeye aykırı Anayasa hükmünün Sözleşmeye uygun surette değiştirilmesi zorunludur. Bu sebeple Anayasanın 92. maddesinin 5. fıkrasını AİHS ile Anayasanın

⁷⁹ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 531-532; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 234.

⁸⁰ AİHS'nin "Hükümlerin bağlayıcılığı ve uygulanması" başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, tarafı bulundukları herhangi bir davada Mahkemenin kesin hükmüne uymayı/ (bağlı olmayı) taahhüt ederler." Bkz.: Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s. 54.

⁸¹ Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 369; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 22; Şen, **a.g.e.**, s. 77; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 106.

⁸² Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 369; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 16; Şen, **a.g.e.**, s. 77; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 117.

⁸³ *Wemhoff-Almanya* Davası, 27.06.1968, § 53. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 73; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 15 ve 45; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116.

⁸⁴ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 15 ve 45; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 116.

⁸⁵ AİHS, normlar hiyerarşisi bakımından Avusturya, Fransa ve İsviçre'de anayasa düzeyinde, Hollanda, İspanya, Macaristan, Hırvatistan ve Lüksemburg'da anayasa üstü norm niteliğine sahiptir. Bkz.: Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 227; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 106.

aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzlıklarda Sözleşme hükümlerinin esas alınması şekilde yorumlamak gerektiği düşüncesindeyiz⁸⁶.

⁸⁶ Benzer yönde görüşler için bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 22; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 231-232, 234 ve 238; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 117.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ HUKUKSAL GÖRÜNÜMÜ

1. İletişimin Denetlenmesinin Tarihsel Gelişimi

1.1. Adli Denetleme Bakımından

1.1.1. Adli-Koruyucu Denetleme Kavramı

İletişimin denetlenmesi adli bir tedbir olarak ceza muhakemesi hukukuna özgüdür. CMK’nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması *‘bir suç dolayısıyla’* ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu sebeple ceza muhakemesi hukuku açısından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, delil elde etmek amacıyla işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suçun soruşturma ve kovuşturmasıyla sınırlıdır¹. Adli denetlemede tedbirin uygulanmamasının ortaya çıkarabileceği tehlike yakın olup, tehlike ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun yapılamaması tehlikesidir². Dolayısıyla adli denetleme kavramı, bir suç işlendikten sonra suç delillerin elde edilmesine yönelik olarak delilleri korumak ve suçu bastırmak amaçla uygulanan tedbirleri ifade eder.

1.1.2. 4422 Sayılı Yasa Öncesi Dönem

30.07.1999 tarihinde kabul edilen 4422 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 01.08.1999 tarihine kadarki dönemde hukukumuzda iletişimin denetlenmesi tedbirine olanak tanıyan bir düzenleme mevcut değildi. Bununla birlikte uygulamada özellikle örgütlü suçlara yönelik soruşturmalarda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaktaydı. Bu dönemde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi

¹ Özbek, a.g.e., s. 420.

² Centel, Zafer, a.g.e., s. 281; Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara, Seçkin, 2009, s. 58.

doktrinde koruma tedbirlerinden birisi olan ‘elkoyma’ tedbiri başlığı altında incelenerek³ iletişimin denetlenmesinin elkoymanın bir türü olan postada el koyma kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmekte ve yasal bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle bu durum zorunlu görülmekteydi⁴. Bu görüş sanığa gönderilen *mektup, telgraf ve sair mersulelerin zaptı* başlıklı CMUK’nun 91. maddesinin 1. fıkrasını iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağı kabul etmekteydi⁵.

Bu dönemde iletişimin denetlenmesinin postada el koymanın bir türü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin iletişimin denetlenmesine ilişkin doktrindeki tartışmanın merkezini oluşturduğu ve bu konuda doktrinde genel olarak üç görüşün ileri sürüldüğü söylenebilir.

İlk görüş, CMUK’nun 91. maddesinin 2. fıkrasında yer alan postada el koyma hükümlerinin, kıyas yoluyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi için de uygulanmasının mümkün olduğunu ileri süren görüştür⁶.

İkinci görüş, CMUK’nun 91. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *vesair mersule* kavramını genişletici yoruma tabi tutarak bu kavramın tüm telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmeyi içerdiğini kabul eden ve genişletici yorumla iletişimin denetlenmesinin mümkün olduğunu ileri süren görüştür⁷.

İlk iki görüşün ortak noktası kıyas ve genişletici yorum yoluyla haberleşmenin denetlenmesinin mümkün olduğunu kabul etmeleri, dolayısıyla her

³ Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Ankara, DEÜHF Döner Sermayesi İşletmesi Yayınları, No: 49, 1994, s. 63; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Alfa, 1996, s. 397; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Beta, 1998, s. 692.

⁴ Gökçen, **a.g.e.**, s. 8.

⁵ Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 254.

⁶ Bülent Akmanlar, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler”, **YD**, C. VIII, S. 4, 1982, s. 670; Ersan Şen, “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **İBD**, C. LXVIII, S. 7-8-9, 1993, s. 52.

⁷ Gökçen, **a.g.e.**, s. 176, 188, 191.

suç bakımından iletişimin denetlenmesinin mümkün hale gelmesidir⁸. Nitekim bu dönemde açık yasal dayanağı bulunmadığı halde iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanmıştır⁹.

Bu konudaki *üçüncü görüş* ise CMUK'nun postada el koymayı düzenleyen hükümlerinin kıyas ya da genişletici yorum yoluyla iletişimin denetlenmesinin hukuksal dayanağı haline getirilemeyeceğini, yasal dayanağının bulunmaması sebebiyle hukukumuzda iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ileri süren görüştür¹⁰. Gerçekten Anayasanın 22. maddesinde öngörülen kanunun açıkça gösterdiği haller dışında haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağına ve AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında haberleşmeye ancak yasayla öngörülmüş müdahalelerin yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler bu görüşü desteklemektedir.

Nitekim *Ağaoğlu-Türkiye* Davasında CMUK'nun 92. maddesinde düzenlenen postada el koymaya ilişkin hükmün kıyas yoluyla iletişimin denetlenmesinin de yasal dayanağını oluşturması sebebiyle başvurunun telefon görüşmelerinin denetlendiği Hükümet tarafından ileri sürülmüş, ancak AİHM mevcut davaya sebebiyet veren olayların meydana geldiği tarihte başvurunun telefonlarının dinlenmesini ve görüşmelerinin kaydedilmesini mümkün kılan bir ulusal yasanın bulunmaması sebebiyle başvurunun haberleşmesine yapılan müdahalenin yasada öngörülmüş bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır¹¹. AİHM'nin bu kararı da ileri sürülen üçüncü görüşün haklılığını ortaya koymuştur.

⁸ Gökçen, *a.g.e.*, s. 191.

⁹ Bu dönemde Yargıtay da iletişimin denetlenmesinin hukuka uygunluğunu hâkim kararına dayanmasıyla özdeş tutmuş, sadece hâkim kararına dayanmadığı durumlarda iletişimin denetlenmesini hukuka aykırı kabul etmiştir. Bkz.: Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.06.1999 tarih 1999/9021 E. 1999/9538 K. sayılı kararı. (Karar için bkz.: M. Naci Ünver, *Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak: Açıklamalar Karşılaştırmalar İçtihatlar İlgili Yasalar*, Ankara, Turhan, 2001, s. 75-76.)

¹⁰ Sözüer, *a.g.e.*, s. 83; Ömer Anayurt, "Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri", *MBD*, C. XXI, S. 197, 1997, s. 56; Seydi Kaymaz, "Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi", *İBD*, C. LXX, S. 1-12, 1996, s. 797 vd; Erdem, Özbek, *a.g.e.*, s. 254.

¹¹ *Ağaoğlu-Türkiye* Davası, 06.03.2006, § 51-55.

1.1.3. 4422 Sayılı Yasa Dönemi

Hukukumuzda iletişimin denetlenmesi tedbirine olanak tanıyan ilk düzenleme 01.08.1999 tarihinde yürürlüğe giren ve 5320 sayılı yasanın 18. maddesiyle 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı ÇASÖMK'dur.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ÇASÖMK'nun '*İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti*' başlıklı 2. maddesinde düzenlenmişti. Maddenin 1. fıkrasında, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve tespiti tedbirine; 2. fıkrasında uygulanabileceği suçların işlendiğine dair *kuvvetli belirtilerin varlığı* halinde bu tedbirlere başvurulabileceğine; 3. fıkrasında ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine; 4. fıkrasında iletişimin içeriği dışında kalan kayıtların elde edilmesi tedbirine yer verilmişti.

İletişimin denetlenmesine ilişkin ÇASÖMK'ndaki düzenlemelerle CMK'daki düzenlemelerin benzer noktası, bu tedbirlerin uygulanmasına kural olarak hâkim tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmesi, tedbirin kural olarak en çok üç aylık süreyle uygulanabilmesi ve her iki düzenlemenin de ikinci dereceden uygulanabilirlik ilkesine yer verilmesidir.

İletişimin denetlenmesinin türleri ve kapsamı konusunda ÇASÖMK ile CMK'nun düzenlemeleri birbirinden farklıdır. ÇASÖMK'nda iletişimin tespiti olarak öngörülen tedbir CMK'da öngörülen iletişimin kayda alınması tedbirini ifade etmek için kullanılmış; CMK'da iletişimin tespiti olarak öngörülen tedbir ise ÇASÖMK'nda iletişimin içeriği dışında kalan kayıtların elde edilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Diğer taraftan ÇASÖMK'nda denetime konu telekomünikasyon araçlarının bir kısmı örnek mukabilinden sayılmış ve denetime tabi içeriklerin sinyaller, yazılar, resimler, görüntüler, sesler ve diğer nitelikteki bilgiler olduğu açıkça belirtilmiş iken; CMK'da seslerin denetime tabi içerikler kapsamında olduğu açık ise de, resimler, görüntüler ve yazılar konusunda açıklık bulunmamaktadır. İletişimin içeriği dışında kalan kayıtların da tedbirin kapsamında olduğu ancak 14.01.2007 tarihli '*Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon*

Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'ten¹² anlaşılabilmektedir. Yine CMK'da telekomünikasyon aracının aldığı ve ilettiği sinyallerin elde edilmesi ayrı bir tedbir olarak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi adıyla düzenlenmiştir.

İletişimin denetlenmesinin tedbirinin uygulanabileceği şüphe konusundaki düzenlemeler de birbirinden farklıdır. Tedbirlerin uygulanması ÇASÖMK'nda belli suçların işlendiğine dair *kuvvetli belirtilerin varlığına* bağlı tutulmuş iken, CMK'da suç işlendiğine ilişkin *kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına* bağlı tutulmuştur.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabildiği suçlar konusundaki düzenlemeler de birbirinden farklıdır. ÇASÖMK'nun 16. maddesi gereğince iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin çıkar amaçlı suç örgütü oluşturma suçunun yanı sıra, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar, teşekkül halinde işlendiği takdirde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'nda yer alan suçlar ve 765 sayılı TCK'nun 403, 404 ve 406. maddelerinde düzenlenen uyuşturucu ticaretiyle ilgili suçlarda uygulanması mümkün iken, CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası gereğince tedbirlerin uygulanabildiği suçların sayısını çoğaltmıştır.

Adli denetleme bakımından Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi günümüzde 5271 sayılı CMK'nun Birinci Kitabının, '*Koruma Tedbirleri*' başlıklı Dördüncü Kısımının, '*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*' başlıklı Beşinci Bölümünün 135 ila 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca 14.01.2007 tarihli '*Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*' de telekomünikasyon yoluyla iletişimin adli denetlenmesinin pozitif dayanaklarındandır.

¹² Bu yönetmeliğin isminin uzunluğu sebebiyle her defasında ismini uzun haliyle tekrarlamamak açısından, bundan sonra bu yönetmelik metin içerisinde ve dipnotlarda '*CMK Yönetmeliği*' şeklinde kısaltılarak ifade edilecektir.

1.2. Önleyici Denetleme Bakımından

1.2.1. Önleyici Denetleme Kavramı

Günümüzde organize suçların, örgütlü suçların ve terör suçların insan hakları, kamu güvenliği, ulusal güvenlik açısından oluşturduğu tehditler karşısında gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasının demokratik bir toplumda zorunlu olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktadır¹³. Bu sebeple özellikle belirtilen suçların henüz hazırlık aşamasında önceden bilgi alınarak önlenmesi ve istihbarat faaliyetleri çerçevesinde bilgi toplayarak ulusal güvenliğin sağlanması için bireylerin telekomünikasyon yoluyla yaptıkları iletişim denetlenebilmektedir¹⁴. İletişimin denetlenmesinin önleme amacına yönelik yapılan türüne *önleme amaçlı tedbir*, istihbari amaçla yapılan türüne ise *istihbarat amaçlı tedbir* adı verilmektedir. İletişimin denetlenmesinin bu türleri henüz ortada işlenmiş bir suç yokken başvurulmaları ve işlenmiş bir suçun delillerinin elde edilmesi amacına yönelik olmamaları, dolayısıyla bir koruma tedbiri olmamaları bakımından adli denetlenmeden ayrılırlar. Dolayısıyla iletişimin önleyici ve istihbari amaçla denetlenmesi kurumları ceza muhakemesi hukukundan ziyade idare hukuku kurallarına tabidirler¹⁵.

Adli denetlemede tedbirin uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlike suçun işlenmiş olması sebebiyle yakın iken¹⁶, önleyici denetlemede henüz ortada işlenmiş bir suç bulunmadığından tedbirin uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlike uzaktır. Önleyici denetleme suçun işlenmesi ve dolayısıyla kamu düzeninin bozulması ihtimaline dayanırken, adli denetleme suçun işlenmiş olması

¹³ Fusun Sokullu Akıncı, “Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye’deki Boyutları”, Yay. Haz. Yener Ünver, **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele: Panel 05 Ekim 2001 Bildiriler ve Tartışmalar**, İstanbul, Beta, 2002, s. 12; Adem Sözüer, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye’deki Boyutları”, Yay. Haz. Yener Ünver, **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele: Panel 05 Ekim 2001 Bildiriler ve Tartışmalar**, İstanbul, Beta, 2002, s. 67; Yener Ünver, “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, No: 716, 1998 s. 425; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁴ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 256-257.

¹⁵ Kaymaz, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 25, 58.

¹⁶ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 281; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 58.

sebebiyle kamu düzeni bozulduğundan kamu düzeninin yeniden sağlanması için bir an önce tedbir alma düşüncesine dayanır¹⁷.

Hukukumuzda önleyici ve istihbari denetlemeyi pozitif temele oturtan düzenleme 03.07.2007 tarihli 5397 sayılı yasadır. Bu yasanın yürürlüğe girdiği 23.07.2005 tarihi öncesinde hukukumuzda önleyici ve istihbari denetlemeye yönelik bir düzenleme mevcut bulunmamakla birlikte doktrinde düzenleme yapılma gereğine işaret edilmekteydi¹⁸. Yasal dayanağı bulunmamasına karşın bu tedbir de fiilen uygulanmaktaydı¹⁹. 5397 sayılı yasayla 2559 sayılı yasanın ek 7, 2803 sayılı yasanın ek 5 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddesinde yapılan değişikliklerle hukukumuzda iletişimin önleyici ve istihbari amaçla denetlenmesi olanaklı hale getirilmiştir.

1.2.2. 2559, 2803 ve 2937 Sayılı Yasalar

Hukukumuzda önleyici denetlemenin pozitif dayanakları 2559 sayılı *Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu*'nun ek 7. maddesi ile 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu*'nun ek 5. maddesi; istihbari denetlemenin pozitif dayanağı ise 2937 sayılı *Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu*'nun 6. maddesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 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'*²⁰ de önleyici ve istihbari amaçla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin pozitif dayanaklarındanır.

Önleyici denetleme bakımından iletişimin denetlenmesinin uygulanmasında katalog sistemine yer verilerek bu tedbirlerin CMK'da 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı casusluk suçu dışında kalan suçların önlenmesi

¹⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁸ Adem Sözüer, "Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler", **MÜHFHA**, C. IX, S. 1-3, Y. 1995, 1996, s. 271.

¹⁹ Her türlü haberleşmenin denetlenmesine olanak sağlayan Ankara 2. Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Hakimliği'nin 30.12.1994 ve 02.01.1995 tarihli kararları için bkz.: Faruk Bildirici, **Gizli Kulaklar Ülkesi**, 2. bs., İstanbul, İletişim, 1998, s. 337 vd.

²⁰ Bu yönetmeliğin isminin uzunluğu sebebiyle her defasında ismini uzun haliyle tekrarlamamak açısından, bundan sonra bu yönetmelik metin içerisinde ve dipnotlarda *'TİB Yönetmeliği'* şeklinde kısaltılarak ifade edilecektir.

amacıyla uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu suçlar genel olarak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti; suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama; haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar; devletin güvenliğine, anayasal düzene, mili savunmaya ve devlet sırlarına yönelik suçlardan oluşmaktadır. Dolayısıyla önleyici denetlemeye sınırlı suçlar için başvurulabileceği öngörülmüştür.

İstihbari denetlemede, önleyici denetlemenin aksine önlenmesi amaçlanan fiiller konusunda katalog sistemine yer verilmemiş ve casusluk suçu dışında bu tedbirlerin amaçlarının hangi fiillere yönelik olduğu açıkça gösterilmemiştir. Bu tedbirlerin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen devletin 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 uygulanabileceği belirtilmiştir.

Önleyici ve istihbari denetlemeye karar verme yetkisi bakımından kural olarak hâkime görev verilmiş, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla önleyici denetlemede Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı ve İstihbarat Dairesi Başkanının, istihbari denetlemede ise MİT Müsteşarı veya Yardımcısının yazılı emriyle tedbirin uygulanabileceği belirtilmiştir. Uygulanabilecek tedbirler konusunda bir sınırlamaya yer verilmeyerek mobil telefonun yerinin tespiti dışında diğer tüm tedbirlerin uygulanabilmesi olanaklı hale getirilmiştir. Ancak hakkında önleyici ve istihbari denetlemenin hangi koşullarda, hangi ölçülerde yapılacağı, hangi kişi ve iletişim aracı yönünden hangi hallerde uygulanacağı, ne tür bir şüphe derecesinin aranacağı, tedbirin uygulanabilmesi için önlenmesi amaçlanan fiillerle tedbirin uygulandığı kişi ve iletişim aracı arasında nasıl bir bağlantının aranacağı, üçüncü kişilerin tedbir karşısındaki durumunun ne olduğu, ikinci dereceden uygulanabilirlik ilkesinin aranıp aranmayacağı, kişilerin denetleme kapsamı dışında

bırakılan iletişiminin bulunup bulunmadığı konusunda açık düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir.

AİHM'ne göre gizli soruşturma tedbirlerini öngören düzenlemeler, hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanabileceği insan kategorilerini, kaydedilebilecek bilgilerin türünü, bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceğini, izlenecek prosedürü, toplanan bilgileri değerlendirmeye kimlerin yetkili olduğunu, toplanan bilgilerin değerlendirilme, ayıklanma, kullanılma ve saklanma usulünü içeren, doğruluğu ve gizliliği temin eden²¹, denetlemeyi bir kimsenin belirli fiilleri ciddi işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair kuşku duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarla sınırlayan²², üçüncü kişilerin durumunu netleştiren²³, iletişimlerine müdahale edilmesi mümkün olmayan kişileri gösteren²⁴, yeterli düzeyde açık, ayrıntılı ve etkili güvenceleri içeren hükümlere yer vermelidir.

Belirtmek gerekir ki, önleyici ve istihbari denetlemeye ilişkin düzenlemelerimiz bu ölçütleri karşılamaktan uzaktır. Doktrinde genel olarak önleyici ve istihbari denetlemeye ilişkin düzenlemelerimizin kötüye kullanmalara karşı etkili ve uygun güvenceler öngörmemeleri, denetlemenin koşullarını açık bir şekilde belirtmemeleri, tehlike şartını aramayarak orantılılık ilkesini zedelemeleri sebebiyle AİHM standartlarına uygun olmadığı belirtilmektedir²⁵.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararda ve yazılı emirde, tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler ile hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenlerin belirtilmesi gerekmektedir. Ancak düzenlemeden hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim

²¹ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41 ve 48.

²² *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 51.

²³ *Lambert-Fransa Davası*, 24.08.1998, § 39.

²⁴ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 50.

²⁵ Handan Yokuş Sevük, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", *TBBD*, S. 67, 2006, s. 55; Özbek, *a.g.e.*, s. 421; Kaymaz, *a.g.e.*, s. 58-61.

bağlantısını tespiti imkân veren kodunun tamamının mutlaka kararda yer almasının gerekmediği sonucu çıkmaktadır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararda yer verilmesi gereken bilgilere yönelik düzenlemeler tedbirin uygulanmasını sınırlı bir çerçeveye sokmayı amaçlayan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kötüye kullanılmalarını ve keyfiligi önlemeye çalıştıklarından kişilerin temel hak niteliğindeki özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının güvencesini oluşturmaktadırlar. Nitekim önleyici ve istihbari denetlemeye ilişkin düzenlemelerin iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarda yer alması gerekli unsurlara yönelik olarak sağladığı bu esneklik uygulamada Türkiye’de yaşayan tüm kişilerin iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların verilebilmesine olanak sağlamaktadır²⁶.

Önleyici amaçla iletişimin denetlenmesinin en fazla üç ay için uygulanması, bu sürenin aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabileceği öngörülmüştür. Önleyici denetlemede terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere; istihbari denetlemede ise casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim tarafından üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılabileceği belirtilmiştir.

²⁶ Gerçekten Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 19.12.2007 tarih ve 2007/6522 Teknik Takip sayılı kararı ile, terör örgütleri ile organize suç örgütlerinin olası eylemlerinin, plan ve stratejilerinin önceden tespit edilip engellenmesi amacıyla yurtdışı çıkışları da dâhil olmak üzere tüm telekomünikasyon şirketlerince işletilen sabit ve mobil telefonlar üzerinden yapılan iletişime ilişkin detay bilgilerinin, kullanıcı ve makine bilgilerinin, GPRS bağlantıları ile GPRS üzerinden internet bağlantılarının, kısa mesaj alıp gönderme bilgilerinin, internet üzerinde veri transferi ve veri hattı üzerinden haberleşme bilgilerinin, faks bilgilerinin, abone bilgileri detay kayıtlarının (isim, adres, kimlik, kimlik fotokopisi, hattın hangi bayiden ve ne zaman alındığı) alınmasına, söz konusu bilgilere ilişkin detay kayıtlarına ait verilerin canlı olarak alınmasına karar verilebilmiştir. Kararda sadece kamu kurum ve kuruluşlarına ait telefonlar denetim dışında bırakılarak, kişi ve iletişim aracı yönünden her hangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu karar yazılı emir yoluyla Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 04.06.2008 tarih 2008/874 E. 2008/7160 K. sayılı kararıyla bozulmuştur. Karar gerekçesinde “...Amaç ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, ...sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği...” belirtilerek, önleyici amaçla iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda denetimin uygulanacağı kişi yönünden sınırlamanın yapılmasının önemine değinilmiş olmaktadır. Karar ve konuya ilişkin olarak bkz.: Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, 4. bs, Ankara, Seçkin, 2010, s. 69 vd.; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 59, dipnot 117; Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 2009, s. 236-237.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit olunacağı öngörülmüştür. Ancak bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağı, önlenmesi amaçlanan suçların hazırlık hareketlerinin tespit edilmesi ya da işlendiklerinin anlaşılması halinde nasıl hareket edileceği düzenlemelerden anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan hakkında tedbir uygulanan kişiye tedbirin uygulandığı konusunda haber verilmesine ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Gizli bir soruşturma tedbiri olan önleyici denetlemeden kendisine bilgi verilmemesi halinde ilgilinin haberdar olması hemen hemen imkânsız olduğu halde ilgiliye haber verme konusunda bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bu durumun kişinin hak arama özgürlüğünü, diğer bir ifadeyle etkili başvurma hakkını yok saydığı çok açıktır²⁷.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması yoluyla elde edilen kayıtların önleme ve istihbarat amaçları dışında kullanılamayacağı ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizliliğin sağlanacağı öngörülerek tedbirin kötüye kullanılmasına karşı güvence oluşturulmaya çalışılmıştır. Ne var ki elde edilen bilgilerin ve delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağı, kullanılabilecekse ne şekilde kullanılacağı konusunda bir açıklık bulunmadığı görülmektedir²⁸.

Önleyici denetlemelerin uygulanması faaliyetlerinin denetimi konusunda ise denetimin sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu sebeple önleyici ve istihbari amaçla iletişimin denetlenmesine karar verildikten sonra bu tedbirlerinin uygulanması ve denetlenmesinin tümüyle idari organların inisiyatifine terk edildiği görülmektedir. AIHM haberleşmeye müdahale teşkil eden önlemleri yürüten organın işlemleri üzerinde yargısal denetimin sağlanmasını gerekli görmektedir²⁹. Dolayısıyla önleyici denetleme açısından

²⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 61.

²⁸ **A.e.**

²⁹ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 40-41.

öngörülen denetim sisteminin soyut olduğunu ve bireylerin hukuk güvenliğini gerçekten etkili bir şekilde güvenceye almaktan uzak olduğu söylenebilir³⁰.

2. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi

2.1. Kavramlar

2.1.1. Genel Olarak

İletişimin denetlenmesi tedbiri için hukukumuzda ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı ÇASÖMK'nun 2. maddesinde '*İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti*' kavramı kullanılmıştı. CMK'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce doktrinde iletişimin denetlenmesi tedbiri için, '*telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi*'³¹, '*telefon konuşmalarının dinlenmesi ve telekomünikasyonun kaydedilmesi*'³², '*haberleşme araçlarının dinlemeye alınması*'³³, '*haberleşmenin denetlenmesi*'³⁴, '*telefon, teleks, faks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi*'³⁵, '*telefon dinleme*'³⁶, '*telefon ile yapılan haberleşmenin denetlenmesi*'³⁷, '*telefon, teleks, faks ve benzeri araçlarla yapılan özel haberleşmenin denetlenmesi*'³⁸, '*iletişimin izlenmesi*'³⁹, '*uzakla haberleşmenin denetlenmesi*'⁴⁰, '*iletişimin dinlenmesi*'⁴¹ gibi kavramlar kullanılmaktaydı⁴².

³⁰ Mustafa Ruhan Erdem, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, Nisan 2005, s. 98.

³¹ Tosun, **a.g.e.**, s. 85 vd.

³² Akmanlar, **a.g.e.**, s. 665 vd.

³³ Erdener Yurtcan, "Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması", **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 10, Ekim 2004, s. 28; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. bs., İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2005, s. 356;

³⁴ Nur Centel, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", **MÜHFHA**, C. VIII, S. 1-3, Y. 1994, 1995, s. 77.

³⁵ Gökçen, **a.g.e.**, s. 188.

³⁶ Feridun Yenisey, "İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma", **AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1995, s. 63; Mehmet Selim Eren, "Telefon Dinleme", **İBD**, C. LXV, S. 3, 2001, s. 769.

³⁷ Kaymaz, **Haberleşmenin Denetlenmesi**, s. 796 vd.

³⁸ Sözüer, **Özel Haberleşmenin Denetlenmesi**, s. 64 ve 70.

³⁹ Sulhi Dönmezer, "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri", **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 550.

⁴⁰ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 99.

⁴¹ Bahri Öztürk, "İletişimin Dinlenmesi", **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 10, Ekim 2004, s. 32.

⁴² Bu dönemde doktrinde kullanılan diğer kavramlar için bkz.: Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 250-251; Özbek, **a.g.e.**, s. 419; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 27.

CMK’nda ise iletişimin denetlenmesi için kısım başlığında ‘*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*’, madde başlığında ise ‘*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*’ kavramları kullanılmıştır⁴³. CMK’nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ise doktrinde genel olarak ‘*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*’⁴⁴, ‘*telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi*’⁴⁵ ya da ‘*iletişimin denetlenmesi*’⁴⁶ kavramları kullanılmakta, ‘*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*’⁴⁷, ‘*iletişimin denetlenmesi ve kaydı*’⁴⁸, ‘*haberleşme araçlarının dinlemeye alınması*’⁴⁹, ‘*uzaktan iletişimin denetlenmesi*’⁵⁰ kavramlarını kullanan yazarlara da rastlanmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kavramının, tedbirin her türlü iletişim aracıyla değil sadece telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimi içerdiğini ifade etmesi, teknolojik gelişmelerle ortaya çıkacak yeni iletişim araçlarını da kapsayacak niteliğe sahip olması, tedbir kapsamında iletişime müdahale etme

⁴³ Doktrinde bu kavramların aynı konuyu ifade ettiği kabul edilerek, aynı konuyu ifade etmek için farklı iki kavramın kullanılmasının yerinde olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Handan Yokuş Sevük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBBD**, S. 69, 2007, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 30. CMK’nda ‘*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*’ kavramı kullanıldığından biz de tezimizin başlığında bu kavramı kullanmayı uygun gördük.

⁴⁴ Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 97; Hakan A. Yavuz, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBBD**, S. 60, 2005, s. 235; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 600; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 360; Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin, 2007, s. 267; Yokuş Sevük, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 97; Şahin, **a.g.e.**, s. 264; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin S. Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 467; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 29; Şen, **Telefon Dinleme**, s. 79.

⁴⁵ Fatih Selami Mahmutoglu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (Muyep) Tebliğleri II**, 23-28 Nisan 2007, Antalya/Alanya, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2008, s. 405.

⁴⁶ Faruk Turhan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Asrı Yayın Dağıtım, 2006, s. 265; Taşkın, **a.g.e.**, s. 71; Vatan, **a.g.e.**, s. 6; İbrahim Şahbaz, **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 45.

⁴⁷ Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, **EÜHFD**, C. I, S. 1, 2006, s. 21; Özbek, **a.g.e.**, s. 416.

⁴⁸ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2006, s. 730.

⁴⁹ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 356.

⁵⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 405.

biçimlerinin tümünü tek başlık altında toplaması sebebiyle bu koruma tedbirini en uygun şekilde ifade eden kavram olduğu söylenebilir⁵¹.

Dolayısıyla *telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi* tedbirini iki veya daha fazla kişi arasında telekomünikasyon aracı vasıtasıyla yapılan özel haberleşmenin ceza muhakemesi amacıyla gizlice denetlenmesi olarak tanımlamak mümkündür⁵².

2.1.2. Telekomünikasyon

Telekomünikasyon kavramının tanımı CMK’da yapılmamıştır. Bu kavram CMK Yönetmeliğinde tanımlanarak, *‘işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması’* olduğu belirtilmiştir⁵³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, temel haklara sınırlandırma getiren iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kapsamı ve sınırlarının tespitinde telekomünikasyon kavramı belirleyici role sahiptir. Zira bu kavrama yüklenen anlama göre tedbirin kapsamı genişleyecek ya da daralacaktır. Dolayısıyla temel hak niteliğindeki özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale teşkil eden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin eksen kavramlarından birisi olan telekomünikasyon kavramının tanımının Anayasanın 13. maddesi gereğince yasada yapılmasının zorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Diğer yandan CMK’da kullanılan telekomünikasyon kavramını nihai olarak yorumlama görevi yargı organlarına ait bir görevdir. Anayasanın 138. maddesinin 2. fıkrası gereğince *“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”* Bu sebeple telekomünikasyon kavramının tanımının idari genel

⁵¹ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 405; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 29.

⁵² Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 99; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 97; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 600; Özbek, **a.g.e.**, s. 416.

⁵³ Bkz.: ‘CMK Yönetmeliği’nin 4/j maddesi. Ayrıca bkz.: ‘TİB Yönetmeliği’nin 3/r maddesi ve 06.02.2004 tarihli ‘Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması hakkında Yönetmelik’in 3. maddesi.

düzenleyici işlem olan CMK Yönetmeliğinde yapılmış olması bize göre isabetli olmamıştır⁵⁴.

Telekomünikasyon sözcüğü, sözlük anlamı itibariyle elektronik haberleşme ya da elektronik iletişim anlamına gelir⁵⁵. Dolayısıyla esasında telekomünikasyon kavramının bizatihi kendisi iletişimi ifade etmektedir. Buna karşılık CMK’da kullanılan telekomünikasyon kavramı sadece özel iletişimde kullanılan telekomünikasyon araçlarını ifade eden bir içeriğe sahiptir⁵⁶. Bu sebeple genel anlamda telekomünikasyon yoluyla iletişim kavramı kapsamında olan, ancak özel iletişim niteliğinde olmayan kitle iletişim araçları yoluyla iletişim CMK’da kullanılan telekomünikasyon kavramı kapsamında değildir⁵⁷. Bu bağlamda radyo, televizyon yoluyla yapılan iletişim ve internet yoluyla yapılan kamuya açık iletişim telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim şekillerinden olmakla birlikte, CMK’da geçen telekomünikasyon kavramı kapsamında değildir⁵⁸. Kitle haberleşmesi AİHS’nin 10. maddesi ile Anayasanın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında olan bir konudur⁵⁹.

Kitle haberleşme araçlarıyla kurulan iletişim özel iletişim olmadığı gibi, kamuya açık olarak yapıldığından bu iletişim araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesinden de söz edilemez. Soruşturma ya da kovuşturmayla konu suçla ilgili olarak bu araçlarla yapılan iletişimden delil olabilecek bilgilerin elde edilmesi genel soruşturma ve kovuşturma yetkisi çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kavramı ile *telekomünikasyonun*

⁵⁴ Nitekim telekomünikasyon kavramı ÇASÖMK’unda ‘İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti’ne ilişkin 2. maddenin 1. fıkrasında tanımlanmış ve telekomünikasyonun “*telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki bilgiler*” olduğu belirtilmişti.

⁵⁵ Gerçekten telekomünikasyon kavramının bu tanımı 5369 sayılı ‘Evrensel Hizmet Kanunu’nun 2. maddesinde elektronik haberleşme kavramı için yapılan tanımla neredeyse aynıdır. Diğer yandan 5809 sayılı ‘Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 3/h maddesine göre ise elektronik haberleşme; “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını*” ifade etmektedir.

⁵⁶ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 29, 31, 47.

⁵⁸ **A.e.**, s. 46.

⁵⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341; İçel, **a.g.e.**, 48.

denetlenmesi ya da *elektronik iletişimin denetlenmesi* kavramlarının tedbiri ifade gücü bakımından aynı kabiliyette oldukları söylenemez. Çünkü bu kavramlar radyo, televizyon ve internetin de denetlenmesini içerebilecek bir ifade şekli olacaktır⁶⁰.

CMK'da telekomünikasyon kavramı ses, görüntü, sembol ve işaretleri kablo, radyo, optik veya başka elektromanyetik sistemlerle iletmeye yarayan araçlar anlamını taşımaktadır⁶¹. Diğer bir ifadeyle CMK'da telekomünikasyon kavramı iletişim kavramını değil iletişimde kullanılan araçları ifade eden bir anlamda kullanılmıştır. Dolayısıyla telekomünikasyon kavramı iletişimin denetlenmesi tedbirine konu iletişimi kurulma yöntemi bakımından sınırlayan bir işleve sahiptir. Telekomünikasyon kavramı elektronik araçların özel iletişimde kullanılmasını ifade ettiğinden, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusu kişilerin elektronik iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirdikleri iletişimdir. Dolayısıyla bir iletişimin bu tedbire konu olabilmesi için, iletişimin bir iletişim aracı vasıtasıyla kurulması ve bu iletişim aracının telekomünikasyon aracı olması gerekmektedir. Bu sebeple kişilerin herhangi bir iletişim aracı kullanmaksızın kurdukları iletişim, diğer bir ifadeyle yüz yüze iletişim telekomünikasyon kavramı kapsamında olan bir iletişim değildir. Kişilerin yüz yüze kurdukları iletişim toplum içinde 'ortam dinleme' olarak bilinen iletişim ve telefona alet yerleştirme yoluyla elde edilen iletişim CMK'nun 140. maddesinde düzenlenen *teknik araçlarla izleme* tedbiri kapsamındadır⁶². Teknik araçlarla izleme şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınması işlemi ifade etmektedir. Yine telekomünikasyon şebekeleri üzerinden uygulanmadığından telefona alet yerleştirme yoluyla denetime tabi tutulan iletişim de telekomünikasyon kavramı kapsamında değildir.

Telekomünikasyon kavramı elektronik haberleşme ya da elektronik iletişim anlamına geldiğinden, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilmesi için kullanılan aracın elektronik iletişim aracı olması gerekmektedir. Farklı bir anlatımla özel iletişimin bir vasıtayla kurulmasının yanı sıra vasıtanın

⁶⁰ Karş.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 46.

⁶¹ Özbek, **a.g.e.**, s. 422; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 45.

⁶² Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 35.

telekomünikasyon aracı olması gerekmektedir. Bu sebeple kişilerin birbirlerine gönderdikleri mektup, paket, kargo gibi bir telekomünikasyon aracının vasıta olarak kullanılmadığı iletişim de telekomünikasyon kavramı kapsamında değildir⁶³. Gerçekten bu tür araçlar vasıtasıyla kurulan iletişimin soruşturma ve kovuşturmada delil elde etme veya şüpheli veya sanığın yakalanması gibi amaçlarla ceza muhakemesinde denetlenmesi, incelenmesi, el konulması gibi işlemler CMK'nun 129. maddesinde düzenlenen *postada el koyma* tedbiri kapsamındadır.

2.1.3. İletişim

CMK'da ya da CMK Yönetmeliğinde iletişim kavramının tanımı yapılmamıştır. İletişim ve haberleşme kavramları aynı anlama sahip olup düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığıyla kişiler veya gruplar arasında aktarıldığı süreçtir⁶⁴. İletişimin denetlenmesi tedbirinin konusunu oluşturan iletişim kavramı kişilerin araya iletişim aracını soktukları ve özel hayatın bir unsuru olan özel, mahrem nitelikteki iletişimi ifade eden bir anlama sahiptir⁶⁵. Dolayısıyla CMK'da kullanılan iletişim kavramı *özel elektronik iletişimi* ifade etmektedir. Buna karşın yasanın koruma tedbirinin isminde iletişimin özel iletişimi kapsadığına dair sınırlayıcı bir ifadeye yer vermediği görülmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamına kamuya açık iletişimin girmemesi sebebiyle⁶⁶ iletişim sözcüğünden önce *özel* ya da *bireysel* sözcüklerinin eklenmesi suretiyle koruma tedbirinin isminin *telekomünikasyon yoluyla özel iletişimin denetlenmesi* ya da *elektronik özel iletişimin denetlenmesi* şeklinde ifade edilmesi yerinde olacaktır⁶⁷.

İletişimin denetlenmesine konu iletişim en az iki kişi arasında gerçekleşen iletişimi kapsar. Dolayısıyla aynı anda iki veya daha çok sayıda kişi arasında gerçekleşen iletişim de iletişim kavramı kapsamındadır⁶⁸. İletişimin denetlenmesi yoluyla şüpheli veya sanığın aynı anda birden fazla kişiyle kurduğu iletişimin

⁶³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28-28.

⁶⁴ İçel, **a.g.e.**, s. 22; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 4; Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28, 47.

⁶⁶ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 30.

⁶⁷ **A.e.**, s. 30, 47.

⁶⁸ **A.e.**, s. 47.

denetlenmesi de mümkündür. Örneğin mobil telefonlar ve internet teknik olarak bireyin aynı anda birden fazla kişiyle görüşme yapmasına olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın iletişimi birden fazla kişiyle aynı anda yapması tedbirin uygulanabilirliği açısından önem taşımamaktadır.

Yine iletişimin denetlenmesinin uygulanabilirliği açısından şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişiyle arasındaki uzaklığın da bir önemi yoktur⁶⁹. Gerçekten bir kişinin telekomünikasyon aracıyla uzakta bulunduğu bir kişiyle iletişim kurması mümkün olduğu gibi, durumdan haberdar olarak ya da olmayarak aynı yerde bulunduğu kişiyle iletişim kurması da muhtemeldir.

AIHS sisteminde haberleşme kavramı iletişime konu gönderinin hak sahibi gönderici tarafından muhatabına gönderilmesi anından muhatabı alıcıya ulaşması anı arasındaki süreci kapsadığından⁷⁰, muhatabına ulaştıktan sonra iletişimin içeriği haberleşme kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir⁷¹. Doktrinde de iletişimin denetlenmesine konu olan iletişimin, iletinin gönderilmesi, aktarılması faaliyeti ile başlayan alıcının ses veya gönderilen veriyi alması ile sona eren süreçle sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁷². İletişime konu ses ya da verinin alıcıya gönderilmesinden önce ve alıcıya ulaşmasından sonra ceza muhakemesi amacıyla elde edilmesi iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında olmayıp duruma göre CMK'nun 116 ve 117. maddelerine dayanan *arama* ya da 123. maddesine dayanan *muhafaza altına alma, elkoyma* koruma tedbirleri kapsamındadır.

Telekomünikasyon ve iletişim kavramları hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra iletişimin denetlenmesine konu iletişimin AIHS'nin 8. ve Anayasanın 22. maddesinde garanti altına alınan haberleşmeye saygı hakkı kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten Sözleşmenin 8. ve Anayasanın 22. maddesinde garanti altına alınan haberleşme gibi, iletişimin denetlenmesi tedbirine konu iletişim de bir iletişim aracı vasıtasıyla gerçekleştirilen ve kamuya kapalı özel iletişimi kapsamına almaktadır. Diğer yandan iletişimin denetlenmesine tedbirine konu iletişimin, iletişime konu gönderinin hak sahibi gönderici tarafından

⁶⁹ A.e., s. 50.

⁷⁰ Ruiz, a.g.e., 142; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 341.

⁷¹ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 342.

⁷² Kaymaz, a.g.e., s. 39.

muhabatına gönderilmesi anından muhabatı alıcıya ulaşması anı arasındaki süreci kapsamayı ve muhabatına ulaştıktan sonra iletişimin içeriğinin iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olmaması da Sözleşmenin 8. ve Anayasanın 22. maddesinde öngörülen haberleşmeye saygı hakkının norm alanıyla uyumludur.

2.1.4. Denetim

2.1.4.1. Genel Olarak

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında *'telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir'* düzenlemesine, aynı maddenin 4. fıkrasında ise *'mobil telefonun yeri ... tespit edilebilir'* düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla denetim kavramı iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespit edilmesi suretiyle gerçekleşen beş tedbirden oluşur⁷³. Bu tedbirlerin ilk dördü delil elde etmeye, sonuncusu ise şüpheli ve sanığın yakalanmasına yöneliktir. Dolayısıyla denetim kavramı belirtilen tedbirler kullanılarak şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin bu amaçlara yönelik olarak elde edilip incelenmesi ve kullanışlı bilgilere ulaşılmaya çalışılması işlemlerini ifade etmektedir.

2.1.4.2. İletişimin Dinlenmesi

CMK Yönetmeliğinde iletişimin dinlenmesi tedbiri kayda alma tedbiriyle birlikte tanımlanmış ve bu tedbirin *"telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması(na) ... yönelik işlemleri"* ifade ettiği belirtilmiştir⁷⁴. İletişimin dinlenmesi, iletişimde kullanılan araç ve ortamda yapılan konuşmaların iletişimin yapıldığı esnasında canlı olarak işitilmesi ve dinlenmesi suretiyle iletişimin içeriğinden bilgi sahibi olmak için yapılan işlemlerdir⁷⁵. İletişimin dinlenmesi tedbiri doğası gereği ancak konuşmanın

⁷³ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Şahin, **a.g.e.**, s. 265; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28, 33-34.

⁷⁴ Bkz.: 'CMK Yönetmeliği'nin 3/h maddesi.

⁷⁵ Özbek, **a.g.e.**, s. 421; Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 31, 110.

gerçekleştirilmesi ile eşzamanlı olarak yerine getirilebileceği için⁷⁶ karar tarihinden ileriye dönük olarak iletişimin dinlenmesine karar verileceği açıktır⁷⁷.

İletişimin dinlenmesinin nasıl yapılacağı CMK Yönetmeliğinin 9. maddesinde düzenlenerek, iletişimin kayda alınmak suretiyle dinleneceği belirtilmiştir. CMK Yönetmeliğinin 9. maddesinin amacı dinlenen içeriklerin etkili bir şekilde korunması, saptırılmış delillerin oluşturulmasının engellenmesi, bu yolla hem şüpheli veya sanığın haklarının korunması, hem de ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesidir. Bu düzenlemeden iletişimin dinlenmesi tedbirinin esasen iletişimin kayda alınması tedbirinin ön işlemi olduğu anlaşılmaktadır. İletişimin dinlenmesi tedbiri iletişimin kayda alınması suretiyle yerine getirildiğinden, iletişimin dinlenmesi tedbirinin iletişim kaydedilmeden yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple iletişimin dinlenmesi tedbirinin iletişimin kayda alınması tedbirinden ayrı ve bağımsız bir tedbir olarak bir başına uygulanma imkânı bulunmamaktadır⁷⁸.

Bununla birlikte yasada açıkça hem dinlemenin hem de kayda almanın ayrı ayrı belirtilmiş olması, kayda almanın dinlemeyi de içerip içermediği yönünde oluşabilecek tereddütleri gidermeye, diğer bir ifadeyle dinlemenin mümkün olduğunun açıklığa kavuşturulmasına yöneliktir. Bu sebeple iletişimin dinlenmesine yasada açıkça yer verilmesi yasanın belirliliği ilkesi açısından isabetli bir düzenleme olduğunu söylemeliyiz. Ayrıca dinlemenin kayda alınmak suretiyle yapılmasına yönelik düzenleme, iletişimin dinlemesi sonucu elde edilen delillerin gerçekliği ve sıhhati yönünde oluşabilecek kuşku ve itirazların bertaraf edilmesi, konuşmaların gerçek içeriğinin korunarak şüpheli veya sanığın haklarının etkili bir şekilde korunmasının güvencesini oluşturması bakımından da isabetli olmuştur.

İletişimin dinlenmesi tedbirinin dinleme görevlisi tarafından fiilen dinlenmesi suretiyle gerçekleştirilmesi zorunlu olmayıp, iletişimin doğrudan teknik aletle kaydedilmesi de mümkündür⁷⁹. İletişimin dinlemesi tedbirinin iletişimin kayda

⁷⁶ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 34.

⁷⁷ **A.e.**, s. 39.

⁷⁸ Şahin, **a.g.e.**, s. 266.

⁷⁹ Karşılaştırmalı hukukta da durum bu şekilde olmakla birlikte, bu uygulamanın iletişimin doğrudan teknik aletle kaydedilmesinin orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak denetime konu iletişimin delil

alınması suretiyle yapılması, dinleme görevlisi tarafından fiilen dinlense dahi dinlenen iletişimin muhakkak kaydedilmesi gereğini ifade eder. Dinlemenin kaydedilmeksizin yapılması CMK Yönetmeliğine aykırı olacağından, kaydedilmeksizin yapılan dinlemenin usulsüz olduğunu ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil olduğunu ve iletişimin kaydedilmeksizin dinlendiği durumlarda dinleme görevlisinin konuşmanın içeriği hakkında tanık sıfatıyla dinlenemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir. Gerçekten ceza muhakemesine ilişkin hükümler, hâkim ve Cumhuriyet savcısı da dâhil olmak üzere ceza muhakemesinde görev yapan kişilerin dürüstlüğü, tarafsızlığı gibi kişisel özelliklerinin şüpheli veya sanık için yeterli hukuk güvenliğini sağlayamayacağı esasına dayanır. Bu sebeple genellikle ağır cezaları gerektirmekte olan katalog suçlara yönelik yapılan bir soruşturma veya kovuşturmada iletişimin kaydedilmiş gerçek içeriğinden hareketle delilin değerini tespit etme yöntemini kabul etmek yerine dinleme görevlisinin tanık sıfatını kabul etmek, şüpheli ve sanığın hukuk güvenliğinin sağlamak mantığıyla öngörülen hükümlerin varlığının göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır.

İletişimin dinlenmesinin konusunu şüpheli veya sanığın telekomünikasyon araçları vasıtasıyla yaptığı sözlü konuşmalar oluşturur. Dolayısıyla sadece telefon aracılığıyla yapılan konuşmalar değil, telekomünikasyon yoluyla iletişim niteliğinde olduğundan şüpheli veya sanığın internet üzerinden yaptığı özel konuşmalar da iletişimin dinlenmesi tedbirine konu olabilir⁸⁰.

2.1.4.3. İletişimin Kayda Alınması

CMK Yönetmeliğinde iletişimin kayda alınması, iletişimin dinlenmesi ile birlikte tanımlanarak *“telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması(na) ... yönelik işlemleri”* ifade ettiği

değeri taşınamaması halinde tedbire derhal son verilmesi yükümlülüğüne gereğince uyulmaması sonucunu doğurduğu için doktrinde eleştirilmektedir. Bkz.: Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 286; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 342.

⁸⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 405-406; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 46-47.

belirtilmiştir⁸¹. İletişimin kayda alınması, iletişimin uygun teknik araçlarla veri taşıyıcısına kaydırır⁸².

İletişimin kaydedilmesi esas itibariyle konuşmaların gerçek içeriği ve anlamı bakımından değişikliğe uğramasının önüne geçilerek güvenilirliğinin sağlanmasına yöneliktir⁸³. Bununla birlikte iletişimin kaydedilmesinin delil niteliğindeki bilgilerin çözülebilmesi için konuşmaların analiz edilebilmesini, gerektiğinde tercüme edilmesini sağlama gibi işlevleri de vardır.

İletişimin kayda alınması tedbiri iletişimin dinlenmesi tedbiri gibi karşılıklı görüşmenin yapıldığı sırada gerçekleşir⁸⁴. Dolayısıyla doğası gereği ancak konuşmanın gerçekleştirilmesi ile eşzamanlı olarak yerine getirilebileceği için iletişimin kayda alınmasına karar tarihinden ileriye dönük olarak karar verileceği açıktır.

Ancak iletişimin dinlenmesi tedbirinden farklı olarak iletişimin kayda alınması tedbiri bir başına uygulanabilir bir tedbir niteliğindedir. Gerçekten mobil telefondan gönderilen kısa mesaj olarak ifade edilen SMS, mobil telefon ve bilgisayar kullanılarak internetten gönderilen e-mail, kişisel faks aletleriyle çekilen faks, gelişen teknolojiler karşısında kullanımı sınırlı olsa da çağrı cihazı ile gönderilen mesajlar mahiyetleri itibariyle dinlenebilir olmamakla birlikte kaydedilebilir nitelikte gönderilerdir. Bu sebeple iletişimin kayda alınması iletişimin dinlenmesinden daha geniş kapsamlı bir tedbir olmaktadır. İletişimin dinlenmesinin konusu şüpheli ve sanığın işitilebilir konuşmaları olduğu halde iletişimin kayda alınmasının konusu sadece işitilebilir veriler değil, okunabilir, görülebilir gönderiler de iletişimin kayda alınması tedbiri kapsamındadır⁸⁵.

Şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yazarak ya da görsel veriler göndererek iletişim kurması da mümkün olduğu halde yasada sadece dinleme ve kaydetmeden söz edilmiş, okunabilir ve görülebilir nitelikteki gönderilerin okunabileceğinden ve görülebileceğinden açıkça söz edilmemiştir. Gerçekten SMS,

⁸¹ Bkz.: ‘*CMK Yönetmeliği*’nin 3/h maddesi.

⁸² Özbek, **a.g.e.**, s. 421; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 110, 112.

⁸³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 110.

⁸⁴ **A.e.**, s. 34.

⁸⁵ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 419; Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28.

e-mail, faks, çağrı cihazı mesajları ile görüntülü iletişim mahiyetleri itibariyle dinlenebilir nitelikte olmayıp okunabilir ve görülebilir niteliktedirler. Yukarıda da belirtildiği gibi dinlenebilir gönderiler yönünden CMK'da sadece iletişimin kaydedilebileceğinin belirtilmesiyle yetinilmeyip ayrıca iletişimin içeriğinin dinlenebileceği de açıkça belirtildiği halde, okunabilir ve görülebilir gönderiler yönünden ayrıca iletişimin içeriğinin okunabileceği ve görülebileceği belirtilmemiştir. Diğer yandan okunabilir ve görülebilir gönderilerin kaydedileceği yönünden de yasada açıklık bulunmamaktadır. İletişimin dinlenmesi gibi, iletişimin içeriğinin okunması ve görülmesi de esasen iletişimin kayda alınmasının ön işlemi niteliğinde olmalı ve okunabilir ve görülebilir gönderilerin okunmasının ve görülmesinin de mutlaka kaydedilmek suretiyle yerine getirilmesi gerekmektedir⁸⁶. Zira okunabilir ve görülebilir gönderilerin içeriğinin değiştirilmesi de mümkündür. Bu sebeple yasanın belirliliği ilkesi açısından CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasının okunabilir ve görülebilir nitelikteki gönderilerin okunabileceğini, görülebileceğini ve kaydedilebileceğini açıkça ifade edecek ve gerçek içeriği ve anlamı bakımından değişikliğe uğramasının önüne geçilerek güvenilirliğinin sağlanması bakımından okunabilir ve görülebilir gönderileri okuma ve görmenin de mutlaka kaydetme suretiyle gerçekleştirilmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır⁸⁷.

Sözleşme sisteminde haberleşme kavramı iletişime konu gönderinin hak sahibi gönderici tarafından muhatabına gönderilmesi anından muhatabı alıcıya ulaşması anı arasındaki süreci kapsadığından⁸⁸, muhatabına ulaştıktan sonra iletişimin içeriği haberleşme kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir⁸⁹. Doktrinde de iletişimin denetlenmesine konu olan iletişimin, iletinin gönderilmesi, aktarılması faaliyeti ile başlayan alıcının ses veya gönderilen veriyi alması ile sona eren süreçle sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Dolayısıyla iletişimin kayda alınması tedbiri de iletişimin dinlenmesi gibi doğası gereği karşılıklı iletişimin

⁸⁶ Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 112.

⁸⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 35, 139.

⁸⁸ Ruiz, **a.g.e.**, s. 142; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341.

⁸⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 342.

⁹⁰ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 39.

yapıldığı sırada gerçekleştiğinden gelecek zamanda gerçekleşecek iletişime yönelik bir tedbirdir. Bu sebeple henüz muhatabına gönderilmemiş olan veya muhatabına ulaşmış olan okunabilir nitelikteki SMS, e-mail, faks, çağrı cihazı mesajları gibi yazılı gönderiler kaydetme kapsamında olmayıp duruma göre ya CMK'nun 116 ve 117. maddelerine dayanan *arama*, ya da 123. maddesine dayanan *muhafaza altına alma, elkoyma* koruma tedbirleri kapsamındadır. Dolayısıyla yazılı gönderiler yönünden de iletişimin kayda alınmasına karar tarihinden ileriye dönük olarak karar verileceği açıktır.

İletişimin kayda alınması tedbiri konusundaki sorunlardan birisi de iletişimin görüntüye ilişkin içeriğinin tedbir kapsamında olup olmadığı, diğer bir ifadeyle mobil telefonda ve internette gerçekleştirilebilen görüntülü özel konuşmaların kaydedilmesinin sadece konuşmayla sınırlı olup olmadığı, aynı zamanda görüntünün kaydedilmesinin de mümkün olup olmadığıdır. Gerçekten görüntülü iletişimde hem şüpheli veya sanığın hem de üçüncü kişinin sesiyle birlikte görüntüsü de karşı tarafa aktarılmaktadır. Dolayısıyla bu tür iletişimin ses ve görüntü halinde bütünüyle kaydedilmesi, sadece sesin kaydedilmesine nazaran, şüpheli veya sanıkla birlikte üçüncü kişinin de özel hayatına ve haberleşmesine daha ağır bir müdahale teşkil edecektir. Nitekim kişinin sesi gibi⁹¹, görüntüsü de⁹² başlı başına özel hayat kapsamındadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki görüntülü iletişimde kişinin görüntüsünün sesiyle birlikte ve özel iletişimin bir parçası olarak telekomünikasyon aracıyla karşı tarafa aktarılması söz konusu olduğundan sesin kaydedilmesinin iletişimin denetlenmesi, görüntünün kaydedilmesinin ise teknik araçla izleme tedbiri kapsamında olduğunu ileri sürmeye olanak yoktur. Diğer taraftan CMK Yönetmeliğinde telekomünikasyon kavramının tanımı telekomünikasyon araçlarıyla iletilen, gönderilen ve alınan görüntüyü de içerecek şekilde yapılmıştır. Bu sebeple ilk bakışta telekomünikasyon aracıyla iletilen veya alınan görüntünün de iletişimin kayda alınması tedbiri kapsamında olduğu söylenebilir. Ancak bize göre

⁹¹ P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası, 25.09.2001, § 60.

⁹² Peck-Birleşik Krallık Davası, 28.01.2003, § 59-63.

telekomünikasyon kavramının CMK Yönetmeliğinde yapılan tanımından hareketle bu sonuca varmak hem yasallık ilkesi, hem de orantılılık ilkesi açısından sakıncalıdır.

Kişinin özel iletişim aracıyla ilettiği görüntüsünün kaydedilmesi özel hayatına ve haberleşmesine müdahale niteliğinde olduğundan, telekomünikasyon kavramının bu müdahaleyi mümkün kılıp kılmadığının yasayla düzenlenmesi hem geniş anlamda yasayla öngörülme ilkesinin, hem de yasanın belirliliği ilkesinin bir gereğidir. Diğer yandan kişinin görüntüsünün kaydedilmesi sesinin kaydedilmesine oranla özel hayatına ve haberleşmesine daha ağır bir müdahale niteliğindedir. Yasal düzenlemenin sadece iletişimin dinlenmesinden söz etmesi sebebiyle görüntünün kaydedilmesini orantılılık ilkesi açısından açıklamak da güçleşmektedir. Bu sebeple özel iletişimin görüntülü yapılması halinde görüntüyü kaydetmenin mümkün olup olmadığı konusunda açıklık bulunmadığından CMK'nun yasanın belirliliği ilkesi, CMK Yönetmeliğinin ise yasallık ilkesi açısından sorunlu olduğunu söylemek mümkündür.

AIHM yasanın gizli soruşturma tedbirine muhatap olan kişi ve üçüncü kişiler arasında ayırım yapması gerektiğini ve tedbire muhatap olan kişiyle tedbire konu iletişim aracı vasıtasıyla iletişim kuran üçüncü kişiler yönünden yeterli güvenceleri içermesi gerektiğini belirtmiştir⁹³. Dolayısıyla kanaatimizce görüntülü iletişimde görüntünün kaydedilmesine sınırlı olarak olanak tanıyan ve şüpheli ve sanığın görüntüsü ve üçüncü kişinin görüntüsü açısından ayırım yapan bir yasal düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine konu iletişim şüpheli veya sanığın iletişimi olup, üçüncü kişinin iletişimi kaçınılmaz olarak dinlenmekte ve kaydedilmektedir. Ancak üçüncü kişinin görüntüsü açısından aynı kaçınılmaz durumun var olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu sebeple kendisine yönelik olarak soruşturma ve kovuşturma yapılmayan üçüncü kişinin görüntüsünün kaydedilmesi üçüncü kişinin özel hayatına ve haberleşmesine ağır bir müdahale teşkil edeceğinden üçüncü kişinin görüntüsünün kaydedilmesi mümkün olmamalı, şayet teknik olarak ayrıştırılması mümkün değilse kaydetme bir süreç

⁹³ *Lambert-Fransa Davası*, 24.08.1998, § 39.

yayılacağından kayıttan sonra makul değerlendirilebilecek aralıklarla görüntünün sestten ayrıştırılarak imha edilmesi gereklidir.

Şüpheli veya sanığın görüntüsü açısından ise görüntünün kaydedilmesi sınırlı olarak kabul edilmeli, görüntünün kaydedilmesinin sınırı yasada yeterli açıklıkla gösterilmelidir. İletişimin sağır ve dilsiz alfabesi veya şifreli fiziksel işaretler yoluyla yapılması, diğer bir anlatımla görüntünün iletişimin esaslı bir unsuru olduğu durumlar ve şüpheli veya sanığın örneğin olay yerinde görünmesi, suç aleti, suç eşyası ile birlikte ya da suçu işlerken görünmesi gibi görüntünün doğrudan suçun delili olduğu durumlar esas alınarak şüpheli veya sanığın görüntüsünün kaydedilmesine olanak tanınmalı; bu gibi durumlar haricinde görüntülerin kaydedilmesinin mümkün olmaması ve şayet görüntü kaydedilmişse derhal görüntünün sestten ayıklanarak imha edilmesi gerekir. Çünkü görüntünün iletişimin esaslı bir unsuru ya da doğrudan suçun delili olmadığı durumlarda görüntünün kaydedilmesinin demokratik bir toplumda gerekliliğini, delil elde etmek için gerekli ve elverişli olduğunu, dolayısıyla ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğunu AİHM önünde uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçelerle ortaya koymak oldukça güç olacaktır⁹⁴.

2.1.4.4. İletişimin Tespiti

İletişimin tespiti CMK Yönetmeliğinde *‘iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler’* şeklinde tanımlanmıştır⁹⁵. İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeksizin bir iletişim aracıyla hangi iletişim araçlarının arandığının, arama zamanı, arama yeri, görüşme süresi gibi yönlerden incelenmesi⁹⁶; farklı bir söyleyişle iletişimin içeriğini

⁹⁴ *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54.

⁹⁵ ‘CMK Yönetmeliği’nin 4/f maddesi. Ayrıca aynı tanıma ‘TİB Yönetmeliği’nin 3/i maddesinde de yer verilmiştir.

⁹⁶ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 34.

öğrenme amacı taşımayan, şüpheli veya sanığın kimlerle, ne zaman, nerede ve ne süreyle görüştüğünün belirlenmesidir⁹⁷.

İletişimin tespiti tedbiri CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiğinden, bu tedbirin amacı da şüpheli veya sanığın kimlerle, ne zaman, nerede ve ne süreyle görüştüğünü belirleyerek suçun işlenişine ilişkin anlamlı sonuçlara varabilmek, dolayısıyla delil elde etmektir. Yasada iletişimin tespitinden söz edilerek, tedbirin uygulanması sadece mobil telefonla sınırlanmadığından, sabit kişisel telefon, internet, kişisel faks vasıtasıyla kurulan iletişimin tespiti de mümkündür⁹⁸. İletişimin tespitine konu içeriklere *detay bilgisi, dış bağlantı verisi* gibi isimler de verilmektedir⁹⁹.

AIHM tarafından da, haberleşmeye saygı hakkına müdahaleden söz edebilmek için müdahalenin sadece iletişimin içeriğine yapılmasının gerekmediği, iletişimin kurulma tarihi, zamanı, uzunluğu, aranan numaralar gibi telefonla yapılan iletişimin bütünsel unsurlarını teşkil eden bilgilerin de haberleşme kavramı kapsamında olduğu¹⁰⁰ ve kişisel verilerin toplanması niteliğinde olduğu belirtilmiştir¹⁰¹.

İletişimin tespitinin neyi kapsadığı CMK'da açıkça belirtilmemiştir. Gerçekten tespit etmek bir şeyin sabit, kalıcı hale getirilmesini ifade eder¹⁰². Bu sebeple CMK'da yer verilen iletişimin tespiti kavramının iletişimin içeriğine yönelik bir müdahaleyi ifade ettiği yönünde bir yanlış anlamaya, dolayısıyla iletişim ayrımı

⁹⁷ Özbek, **a.g.e.**, s. 421; Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 113. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.10.2005 tarih 2005/14969 E. 2007/20489 K. sayılı kararlarında "...soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen 'tespit' ... CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle hangi suça ilişkin olursa olsun şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair tespit(in) CMK'nın 135/1 maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün..." olduğu belirtilerek iletişimin tespitinin kapsamı isabetli bir şekilde belirlenmiştir. (Karar için bkz.: Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 413, dipnot 24; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 115.)

⁹⁸ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 116.

⁹⁹ **A.e.**, s. 113.

¹⁰⁰ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 83; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

¹⁰¹ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

¹⁰² 'Tespit etmek' sözlükte "bir şeyi sağlam bir biçimde yerleştirmek, oynamaz duruma getirmek; bir durumu kuşkuyla düşürmeyecek biçimde göstermek, belirlemek" şeklinde açıklanmıştır. Bkz.: **Türkçe Sözlük**, s. 1745.

bilgilerinin CMK'nun 135. maddesi kapsamında dışında olduğunu düşünmeye yol açabilecek bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim uygulamada¹⁰³ ve doktrinde¹⁰⁴ iletişimin tespiti kavramının detay bilgilerinin ya da dış bağlantı verilerinin elde edilmesini kapsamadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Dolayısıyla iletişimin tespiti tedbirinin kavramsal açıklığı yönünden CMK'nun 135. maddesinin yasanın belirliliği ilkesi karşısında zayıf bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bununla birlikte CMK Yönetmeliğinin 3. maddesinin (i) bendinde yapılan tanımıyla birlikte iletişimin tespitine yönelik oluşabilecek belirsizliliğin giderildiğini, ancak bunun idari bir tasarruf niteliğindeki yönetmelikte değil Anayasanın 13. maddesi gereğince yasama organı tasarrufu olan yasada yapılmasının daha isabetli olacağını da eklemek gerekir.

İletişimin tespiti, CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiğinden, uygulanabildiği şüphe derecesi ve ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesi açısından iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri ile aynı şartlara tabi tutulmuştur. Buna karşılık CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası gereğince iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinden farklı olarak uygulanabildiği suçlar açısından katalog suçlarla sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple iletişimin tespitinin katalog suçlarla sınırlanmadığı halde 1. fıkradaki koşullara tabi tutulması açık bir çelişki oluşturmaktadır.

AIHM iletişimin tespitine konu olan dış bağlantı verilerini haberleşme kavramı kapsamında değerlendirmekte¹⁰⁵ ve haberleşmeye müdahale niteliğindeki tedbirlerin sınırlı suçlarda uygulanması gerektiğini belirterek tedbirlerin

¹⁰³ YCGK'nun 12.06.2007 tarih 2006/5.MD-154 E. 2007/145 K.; 03.07.2007 tarih 2007/5.MD-23 E. 2007/167 K. sayılı kararlarında iletişimin tespiti tedbiri iletişimin dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri ile karıştırılmıştır. (Kararlar için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 114, dipnot 310; s. 122, dipnot 333.) Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 23.11.2007 tarih 2007/8616 E. 2007/8160 K. Sayılı kararında ise "...C. Savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK'nın 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendir(ilmesi)..." gerektiği belirtilerek iletişim detay bilgilerinin elde edilmesi açık bir şekilde iletişimin tespiti kavramı kapsamında değerlendirilmemiştir. (Karar için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 115, dipnot 313.)

¹⁰⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 701; Yurtcan, **a.g.e.**, s. 360; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 601; Bahri Öztürk v.d., **a.g.e.**, s. 469; Turhan, **a.g.e.**, s. 266.

¹⁰⁵ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 83; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

uygulanabileceği suçların yasada açıkça belirtilmesini yasal düzenlemenin kötüye kullanmayı ve keyfiliği önleyecek uygun ve yeterli güvenceler öngörmesi bağlamında yasanın kalitesi açısından ele almaktadır¹⁰⁶. Bununla birlikte iletişimin tespitinin uygulanabileceği suçların belirlenmesinin yasama organının takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Nitekim iletişimin tespiti yönünden 135. maddenin 1. fıkrası ile 6. fıkrası arasındaki sözü edilen çelişki, iletişimin tespitinin 6. fıkra kapsamından çıkartılmasını sağlayan 5353 sayılı yasayla değiştirilmesinden ve fakat 1. fıkranın bu değişikliğe uyumlu halde getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla iletişimin tespitinin şüphe derecesi ve ikinci derecede uygulanabilirlik açısından 1. fıkra kapsamından çıkartılması belirtilen çelişkinin giderilmesi için isabetli olacaktır. İletişimin tespitinin şüphe derecesi ve ikinci derecede uygulanabilirlik açısından 1. fıkra kapsamından çıkartılması halinde, iletişimin tespitinin her suçta uygulanabilirliğini öngören 135. maddenin 6. fıkrası demokratik bir toplumda gerekliliğin belirlenmesi konusunda yasama organının sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Doktrinde bir görüş iletişim ayrıntı bilgilerinin elde edilmesini iletişimin denetlenmesi, dolayısıyla CMK'nun 135. maddesi kapsamında kabul etmeyerek, CMK'nun 123. maddesinde düzenlenen elkoyma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini¹⁰⁷; bir görüş ise ilk görüşü sınırlı olarak benimseyerek kararın verildiği tarihten önceki, geçmiş kayıtların CMK'nun 123. maddesinde düzenlenen el koyma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini¹⁰⁸ ileri sürmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, iletişimin tespitinden CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında açıkça söz edilmiş olmasına ve iletişimin tespitinin CMK Yönetmeliğinin 4. maddesinin (f) bendinde yapılan tanımına göre iletişimin tespitinin el koyma niteliğinde olmadığı ve CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirleri kapsamında olduğu açıktır.

¹⁰⁶ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 35. (Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 536; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 28.)

¹⁰⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 701; Yurtcan, **a.g.e.**, s. 360; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 601; Bahri Öztürk v.d., **a.g.e.**, s. 469; Turhan, **a.g.e.**, s. 266.

¹⁰⁸ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 36, 121.

İletişimin denetlenmesinin belli sürece yönelik ve belirli bir süreyle sınırlı olduğu halde geçmiş kayıtlar söz konusu olduğunda denetimin uygulanacağı belirli bir sürecin bulunmaması; geçmiş kayıtların önceden suç delili olması amacıyla değil başka amaçlarla oluşturulmuş olması; iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin bir özelliği olan gizli uygulanmasının geçmiş kayıtlar söz konusu olduğunda gerekli ve zorunlu bir özellik olmaması; kararın verildiği tarihten sonraki tarihte, gelecekte oluşacak kayıtların iletişim tespitinin konusunu oluşturduğu; kararın verildiği tarihten önceki tarihte, geçmişte oluşan kayıtların ise el koyma niteliğinde olduğu yönündeki ikinci görüş tarafından dile getirilen gerekçelerdir.

Öncelikle geçmişe ilişkin iletişim ayrıntı bilgileri ile geleceğe ilişkin iletişim ayrıntı bilgileri arasında nitelik bakımından birisinin oluşmuş, birisinin ise oluşacak kayıtlar olması dışında bir fark bulunmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten geçmişe yönelik iletişimin tespitinde, iletişimin tespitine ilişkin süreç ve tedbirin uygulanacağı süre yakın zamandan uzak zamana, diğer bir söyleyişle geriye doğru işlerken; geleceğe ilişkin kayıtlarda ise bu süreç ve tedbirin uygulanacağı süre yine yakın zamandan uzak zamana doğru, ancak bu defa ileriye doğru işlemektedir. Diğer yandan geçmiş kayıtların suç delili olması amacıyla değil başka amaçlarla oluşturulduğu düşüncesi, geçmişteki ve gelecekteki kayıtları oluştururken şüpheli veya sanığın farklı amaçlarla hareket ettiği, diğer bir ifadeyle geçmişteki kayıtları delil olması dışında bir amaçla, gelecekteki kayıtları ise delil olması amacıyla oluşturduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysaki hem geçmişteki kayıtların hem de gelecekteki kayıtların şüpheli veya sanık tarafından suç delili olması için oluşturulması bir yana, şayet bu açıdan bir değerlendirmesi yapılacaksa ancak suç delili olmaması için oluşturulmasından söz edilebilir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin bir özelliği olan gizli uygulanmasının geçmiş kayıtlar söz konusu olduğunda gerekli ve zorunlu olmayıp gelecekteki kayıtlar için gerekli ve zorunlu bir özellik olması, geçmişteki kayıtlar ile gelecekteki kayıtlar arasındaki nitelik farkından değil, delil elde etmenin gizliliğe bağlı olması sebebiyle pratik bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır¹⁰⁹. Dolayısıyla tedbirin gizliliği, kayıtların

¹⁰⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 49, 156; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 361.

niteliğini değiştiren, diğer bir ifadeyle tedbirin kapsamını belirleyen bir özellik değil, tedbirin elverişliliğini belirleyen bir husustur. Tedbirin kapsamı ise delil etmeye elverişliliğine göre değil, tespiti konu verilerin telekomünikasyon yoluyla haberleşme kavramı kapsamında olmasına göre belirlenmektedir.

8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama hükmünün dar yoruma tâbi bir düzenleme olması, müdahalenin meşruluğundan şüphe edildiği bir durumda üstünlüğün hakkın kendisine tanınmasını; dolayısıyla hakkın süjesinin lehine olacak şekilde yorum yapılmasını ifade eder¹¹⁰. Nitekim CMK’nun 135. maddesinde iletişimin tespitinin sadece gelecekteki kayıtların tespitini içerdiği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla hem gelecekte oluşacak kayıtların hem de geçmişteki kayıtların iletişimin tespiti kapsamında kabul edilmesi bireyler için daha güvenceli olduğundan geçmişteki kayıtların iletişimin tespiti kapsamında kabul edilmeyip basit koşullara bağlı tutulan CMK’nun 123. maddesinde düzenlenen el koyma kapsamında değerlendirilmesi AİHM’nin ortaya koyduğu standartlara aykırı bir yorum şekli olacaktır.

CMK’nun 135. maddesinin 3. fıkrasında *“Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir”* hükmüne yer verilmiştir. 1. fıkraya yapılan atıf sebebiyle bu hükümde öngörülen sınırlamalar iletişimin tespiti için de geçerli sınırlamalardır. Süre yönünden ise geçmişe yönelik iletişimin tespitinde süre yakın zamandan uzak zamana, diğer bir söyleyişle geriye doğru işlemektedir. Tedbirin geleceğe yönelik iletişimin tespitini de içerdiği kabul edildiği takdirde tedbirin uygulanacağı sürenin yine yakın zamandan uzak zamana doğru, ancak bu defa ileriye doğru işlediğini kabul etmek gerekecektir.

İletişimin tespiti tedbirine ilişkin temel sorunun, iletişimin tespitinin uygulanabileceği zaman aralığından kaynaklandığı ve iletişimin tespitinin suç tarihinden önceki ve sonraki kayıtların her ikisini de kapsayıp kapsamadığı

¹¹⁰ Macovei, a.g.e., s. 36; Kaboğlu, a.g.e., s. 92.

noktasında çıktığı söylenebilir. Gerçekten yasada iletişimin tespiti için uygulanabileceği zaman aralığına yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. İletişimin tespiti tedbiriyle hem suç tarihinden önceki, hem de suç tarihinden sonraki döneme ilişkin kayıtların elde edilmesinin teknik olarak mümkün olması sorunun oluşmasına sebep olmaktadır.

İletişimin tespiti tedbiri şüpheli veya sanığın kimlerle, ne zaman, nerede ve ne süreyle görüştüğünü belirleyerek suçun işlenişine ilişkin anlamlı sonuçlara varmaya, dolayısıyla delil elde etmeye yöneliktir. Suçla bağlantısı kurulabilen bilgilerin ise esas itibarıyla suç tarihi ve öncesindeki iletişim ayrıntı bilgilerinden elde edilebileceği açıktır. Gerçekten şüpheli veya sanığın ancak suç tarihi ve öncesi dönemde kimle, ne zaman, nerede ve ne süreyle konuştuğunun tespitiyle suçun işlendiği yerin ve zamanın, suça iştirak eden kişilerin, şüpheli veya sanığın suç tarihinde suç mahallinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi suça yönelik delillerin elde edilmesi mümkündür. Suç tarihinden sonraki kayıtlar incelenerek ise kural olarak suçtan sonra şüpheli veya sanığa kimin yardım ettiği, şüpheli veya sanığın nereye kaçtığı gibi suçun deliline yönelik olmayan ve bu bakımdan tedbirin amacını aşan bilgilere ulaşabilir.

AİHS'nin 18. maddesi ile Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen *amaca bağlılık ilkesi* bir temel hakka getirilen sınırlamanın iyiniyetle uygulanmasını ve sınırlamanın hukuksal amacı dışında uygulanamamasını gerektirmektedir¹¹¹. Bu sebeple iletişimin tespiti tedbiriyle suçun kanıtlanmasına yönelik delillerin elde edilmesi kural olarak suç tarihinden önceki zaman diliminde gerçekleştirilen iletişime ilişkin ayrıntı bilgilerinin incelenmesiyle mümkündür. Tersten ifade edilecek olursa iletişimin tespiti tedbiriyle kural olarak suç tarihinden sonra gerçekleştirilen iletişime ilişkin ayrıntı bilgilerinin incelenmesi yoluyla suçun kanıtlanmasına yönelik delillerin elde edilmesi mümkün değildir¹¹².

¹¹¹ AİHS bağlamında bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 755-756; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 416. Anayasa bağlamında bkz.: Özbudun, **a.g.e.**, s. 105; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 63; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 241; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

¹¹² İletişimin tespiti tedbirinin suç tarihinden önceki ve sonraki kayıtların her ikisini de kapsadığı konusundaki k.g. için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 34, 120, 126. Belirtmek gerekir ki uygulamada da tedbirin her iki dönem için de uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Bu gerekçelerle iletişimin tespiti esas itibariyle suçun işlenmesinden önceki döneme ilişkin iletişim ayrıntı bilgilerinin incelenmesi halinde delil elde etme amacı açısından elverişli bir tedbir olarak kabul edilebilir. Gerçekten suç işlenmesinden sonraki döneme ilişkin şüpheli veya sanığın iletişim ayrıntı bilgilerinden suçun kanıtlanmasına yönelik bilgilerin elde edilmesi ihtimali hemen hemen hiç yoktur. Suçun işlenmesinden sonraki döneme ilişkin görüşme kayıtlarının elde edilmesi delil elde etmekten ziyade, suçla irtibatlandırılması pek mümkün olmayan, sonuca ulaşmaya elverişsiz kişisel nitelikteki bilgilere müdahale anlamına gelecektir.

Buna karşın CMK’da ve CMK Yönetmeliğinde suç tarihinden sonraki dönem için iletişimin tespiti tedbirinin uygulanamayacağına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tedbirin suç tarihinden sonraki dönem için uygulanamayacağına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiş olması tedbirin bu dönem için de uygulanabileceği şeklinde değil, bilakis uygulanamayacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Gerçekten 18. yüzyıl sonlarından itibaren bireyci liberal özgürlük anlayışıyla beraber özgürlük insanın doğal hali olarak değerlendirildiğinden, özgürlüğün kural sınırlamanın istisna olduğu anlayışı hukukun genel ilkelerinden birini halini almış ve bu ilke Anayasanın 13. maddesinde ve AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen yasallık ve orantılılık ilkeleri ile birlikte pozitif temele oturmuştur. Dolayısıyla yasallık ilkesinin uzantıları olan yasanın belirliliği ve dar yorum ilkeleri temel bir hakka sınırlama getiren durumların yasadan açıkça anlaşılamaması halinde müdahaleye cevaz verildiği şeklinde değil aksine verilmediği şeklinde yorum yapılmasını gerektirir¹¹³. Diğer taraftan AİHM’nin de bu anlayıştan hareketle yasanın belirliliği ilkesi açısından bu tür tedbirlerin uygulanabileceği zaman aralığını içeren yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı hükümlere yasal düzenlemelerde yer verilmesini zorunlu kabul ettiğini belirtmek

¹¹³ Doktrinde Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 5, 88-90. Macovei, **a.g.e.**, s. 36; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 92 ve 348; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 373; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlükler**, s. 161; Özbudun, **a.g.e.**, s. 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 66; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 138; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51. AİHM kararlarında özellikle bkz.: *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 42: “...(2.) fıkra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanmalıdır.” Bkz.: Doğru, **İHAMİ**, C. I, s. 246. AİHM kararlarında ayrıca Bkz.: *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 97; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda Davası*, 25.10.2007, § 48.

gerekir¹¹⁴. Dolayısıyla iletişimin tespiti tedbirinin uygulanabileceği zaman aralığına açıkça yer vermeyen düzenlemenin yasanın belirliliği ilkesi ile orantılılık ilkesi açısından sorunlu olduğu, düzenlemenin suç tarihinden sonraki dönemi de kapsar şekilde yorumlanıp uygulanmasının Anayasanın 13. maddesiyle AİHS'nin 8. maddesinin 12. fıkrasına aykırı olacağı söylenebilir.

Tedbirin uygulanabileceği zaman diliminin belirlenmesi esas itibarıyla yerel koşulları en iyi bilebilecek durumda olan ve hassas ve karmaşık ulusal konulara daha iyi vakıf olabilen devletin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Bununla birlikte takdir yetkisinin kullanılma biçiminin, kapsamının ve sınırlarının makul bir açıklık düzeyinde belirlenmesi gerekir¹¹⁵. Dolayısıyla iletişimin tespiti tedbirinin suç tarihi ve öncesiyle birlikte suç tarihinden sonraki kayıtları da içerecek şekilde düzenlenmesi hususu yasama organının takdirinde olan bir husus olup, ulusal ihtiyaçların belirlediği suç politikası tarafından belirlenecek bir konudur. Ancak herhalde iletişimin tespitinin suç tarihi esas alınarak uygulanabileceği zaman diliminin açıklığa kavuşturulmasının yasanın belirliliği ilkesi açısından zorunlu olduğu düşüncesindeyiz. Bu sebeple iletişimin tespiti tedbirinin suç tarihinden sonraki dönemi de kapsayacak şekilde uygulanabilmesi yolunun tercih edilmesi halinde düzenlemede bu konuya açıklık getirecek bir değişikliğin; tedbirin sadece suç tarihi ve öncesi dönemle sınırlanmasının tercih edilmesi halinde ise tedbirin kötüye kullanılmasına karşı da etkili bir güvence teşkil etmesi için yine açıkça sınırlayıcı bir değişikliğin yapılmasının şart olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten AİHM 8. maddenin kişilerin hukuka aykırı müdahalelere karşı etkin bir şekilde korunması şeklindeki amacının gerçekleştirilmesi için¹¹⁶ iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan bir sistemin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceleri de içermesi gerektiğini¹¹⁷ belirtmektedir. Bu sebeple özel hayata ve haberleşmeye

¹¹⁴ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41 ve 48.

¹¹⁵ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 36; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 89-91. (Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537-538; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.)

¹¹⁶ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 67.

¹¹⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 50.

kısıtlama getiren ve müdahale teşkil eden tedbirlerin suiistimal ve keyfiligi önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri de içermesi gerekmektedir¹¹⁸.

Biz orantılılık ve elverişlilik ilkelerini dikkate alarak iletişimin tespitine ilişkin yasal düzenlemenin, suçun işlendiği zamanı esas almak, suçun işlendiği zamanın ve tedbire konu verinin oluşma tarihinin tespitine yönelik tanımlayıcı hükümlere de yer vermek suretiyle, iletişimin tespitine kural olarak suç tarihi ve öncesindeki dönem için olanak sağlayacak şekilde yapılmasının; istisnaen de katalog suçlara yönelik olarak ve nitelikli şüphenin aranması ve ikinci derecede uygulanabilirliğe yer verilmesi gibi daha sıkı şartlara tabi tutularak tedbirin suç tarihinden sonraki dönem için de uygulanabilmesini sağlayan bir düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz¹¹⁹. Ayrıca suç tarihi ve öncesindeki döneme yönelik iletişimin tespitinin katalog suçlarla sınırlı bir tedbir olmaması, nitelikli şüphelyi aramaması ve ikinci derecede uygulanabilirliğe yer vermemesi gerekir. Böyle bir sitem hem karşılaştırmalı hukuka uygun¹²⁰, hem yasanın belirliliği ve yasada tedbirin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceler öngörülmesi ilkelerine, hem de orantılık ilkesine uygun olacaktır.

Yapılacak düzenlemede suçun işlendiği zamanın tespiti için CMK'nun 12. maddesinin 2. fıkrası ile 13. maddesinin 3. fıkrasına paralel olarak teşebbüs aşamasında kalan suçlarda son icra hareketinin yapıldığı, mütemadi suçlarda temadinin kesildiği, müteselsil suçlarda teselsülün sona erdiği, neticesi harekete bitişik suçlarda hareketin yapıldığı, neticesi harekete bitişik olmayan suçlarda neticenin gerçekleştiği, bu yöntemlerle suçun işlendiği zamanın belirlenememesi halinde ise suça ilişkin ilk usul işleminin yapıldığı zamanın suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmesi mümkündür. İletişimin tespitinin uygulanması telefonla birlikte internet, kişisel faks vasıtasıyla kurulan iletişimi de kapsadığından, yasal düzenlemenin telefonda aramanın yapıldığı tarih, faksta faksın çekildiği tarih, e-mailde e-mailin gönderici tarafından gönderildiği tarih, sinyal bilgisinde ise sinyali

¹¹⁸ Sözüer, **a.g.e.**, s. 76; Erdem, **a.g.e.**, s. 152; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375-376; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 293.

¹¹⁹ Alman CMK'da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu konusunda bkz.: Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 265; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 36, 118.

¹²⁰ Bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 116-117.

yayan iletişim aracının iletişim amacıyla kullanıldığı tarih¹²¹ esas alınarak suç tarihinden öncesine ait olup olmadığının tespitine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, suçun işlendiği zamanı esas alan, suçun işlendiği zamanın ve tedbire konu verinin oluşma tarihinin tespitine yönelik tanımlayıcı kurallara yer veren bir düzenleme mütemadi, müteselsil suçlar ile neticesi harekete bitişik olmayan suçlar gibi tespit kararının verildiği tarihte işlenmeye devam eden ya da henüz neticesi gerçekleşmemiş suçlar açısından karar tarihinden sonraki dönemi de kapsayacak şekilde basit haliyle iletişimin tespitine de olanak sağlayabilecektir.

İletişimin tespiti tedbiri açısından hukuki sorunlardan birisi de iletişimin taraflarından birisinin rızasıyla iletişimin tespit edilip edilemeyeceği konusundadır. Belirtmek gerekir ki konu bu bahiste iletişimin tespiti açısından ele alınacak, iletişimin kayda alınması açısından ise konuya iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi bahsinde yer verilecektir.

Anayasada ve CMK’da genel olarak iletişimin denetlenmesinin mağdurun rızasıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine dair açık bir hüküm yer almamaktadır. Buna karşılık CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasında “*Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir*” düzenlemesine yer verilmiştir¹²². Düzenleme mağdur dışındaki kişilerin iletişiminin tespitini içermemekte olup, mağdur dışındaki kişilerin iletişiminin tespiti CMK’nun 135. maddesine tabidir.

CMK Yönetmeliğindeki düzenlemeyle üç koşulun gerçekleşmesi halinde doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısına iletişimin tespiti yetkisi tanınmıştır.

¹²¹ Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirini iletişimin tespiti tedbiri kapsamında değerlendiren bir yasal düzenlemeye yer verilmesi gerektiğine yönelik olarak aşağıda sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bahsinde sözü edilecek görüş bağlamında bu görüşe burada yer verilmektedir.

¹²² Danıştay bu hükmün iptali istemiyle açılan davanın reddine karar vermiştir. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi’nin 22.02.2010 tarih 2007/2795 E. 2010/1399 K. sayılı kararı.

Öngörülen ilk koşul iletişimin tespiti soruşturmanın amacıyla bağlantılı ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için zorunlu olması; ikinci koşul tespiti konu iletişimin mağdura ait iletişim aracıyla yapılmış olması; üçüncü koşul ise mağdurun açık rızasının bulunmasıdır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasındaki sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhuriyet savcısının mağdura ait iletişimi tespit etmesine olanak sağlanmıştır. Yargıtay da CMK Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden önce ve sonra verdiği kararlarda mağdurun talebi veya rızası üzerine mağdurun iletişim ayrıntı bilgilerinin Cumhuriyet savcısı tarafından toplanmasını CMK'nun 160 ve 161. maddelerindeki genel soruşturma yetkisi kapsamında değerlendirmektedir¹²³.

CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenlemeyle soruşturmanın amacı açısından zorunlu olması halinde mağdura ait iletişim aracıyla yapılan iletişimin mağdurun açık rızasıyla CMK'nun 135. maddesinde tabi olmaksızın tespiti öngörülmektedir. AİHM'ne göre iletişim ayrıntı kayıtları telefonla yapılan iletişimin bütünleyici unsuru olan bilgileri içermekte olup abonenin rızasıyla elde edilmesi mümkündür¹²⁴. Bununla birlikte mağdura ait iletişim ayrıntı bilgileri aynı zamanda üçüncü kişilerin iletişim ayrıntı bilgilerini de teşkil etmektedir. Farklı bir ifadeyle üçüncü kişilerin mağdurla kurmuş oldukları iletişimin ayrıntıları mağdurun iletişim ayrıntılarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla mağdura ait iletişim ayrıntı bilgilerinin tespiti şüpheli ile birlikte şüpheli olmayan diğer kişilerin de iletişim ayrıntı bilgilerinin tespiti sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple mağdurun rızasıyla mağdura ait iletişimin tespiti CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasındaki usul ve esaslara uyulması koşuluyla mümkün olmalıdır¹²⁵. Dolayısıyla CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasının üçüncü kişiler açısından yeterli güvence oluşturmaktan uzak olduğu söylenebilir.

¹²³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 03.10.2005 tarih 2005/14969 E. 2005/20489 K.; Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 29.11.2006 tarih 2006/4669 E. 2006/17007 K.; Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 28.03.2007 tarih 2007/1398 E. 2007/2879 K.; Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 20.06.2007 tarih 2007/4496 E. 2007/5905 K. sayılı kararları. (Kararlar için bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s. 122, dipnot 333 ve s. 171, dipnot 474-475.)

¹²⁴ *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 84.

¹²⁵ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 275; Özbek, **a.g.e.**, s. 429. K.g. için bkz.: Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, TBB, Ankara, 2006, s. 185; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 170-171.

AIHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince özel hayata ve haberleşmeye müdahale teşkil eden işlem veya önlemin iç hukukta yasal dayanağının bulunmasının¹²⁶ yanı sıra, müdahalenin iç hukuka uygun gerçekleştirilmesi¹²⁷ de gerekmektedir. Anayasanın 13. maddesi gereğince özel hayata müdahale ancak yasama organı tarafından yapılan şekli anlamda yasayla mümkündür. Dolayısıyla iç hukukumuzda temel hakka ancak yasayla müdahale edilebileceğinden ve yönetmelik hükümleriyle delilin hukuka uygunluğu sağlanamayacağından CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasının üçüncü kişiler açısından Anayasanın 13. maddesini, bu sebeple de AIHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasını ihlal ettiği ortaya çıkmaktadır¹²⁸.

Bununla birlikte kolluğun kararına bağlı tutulmaması, sınırlayıcı koşullara yer verilmesi, meşru amaç gütmesi, toplumsal bir gereksinimin karşılanması dikkate alındığında CMK Yönetmeliğinin bu hükmüyle mümkün kılınan iletişimin tespiti demokratik toplumda gerekli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasına konu düzenlemeye yasada yer verilmesi ve üçüncü kişilerin özel hayatı açısından oluşturacağı müdahalenin yoğunluğu ile ulaşılmak istenen sonucun değeri arasında denge oluşturmaya uygun şekilde orantılılık ilkesi gözetilerek tedbirin uygulanması halinde mağdurun rızasıyla iletişimin tespiti doğrudan uygulanmasının hem Anayasanın 13. maddesine hem de AIHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına uygunluğu sağlanmış olacaktır.

¹²⁶ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 47; *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 84; *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 66; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 27; *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 39; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 50; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 26; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 21; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 19; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 20. (Ruiz, **a.g.e.**, s. 181; Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 767; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375.)

¹²⁷ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 38.

¹²⁸ Belirtmek gerekir ki Yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrasının iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin karar gerekçesinde Danıştay, Yönetmeliği Anayasanın 124. maddesinde düzenlenen idarenin düzenleme yetkisi kapsamında değerlendirmiş, Anayasanın 13, 20 ve 22. maddeleri yönünden ise sadece madde metinlerine gerekçede yer vererek başkaca bir gerekçeye yer vermemiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrasının adli ve idari kolluk birimlerinin görev ve sorumluluklarına ilişkin olmayıp, yargı görevini ilgilendiren bir düzenleme olduğu açıktır. Dolayısıyla karar gerekçesinin Anayasanın ilgili hükümlerinin metni dışında bir değerlendirme ve görüşe yer vermemesi sebebiyle tatmin ve ikna edici olmaktan uzak olduğu düşüncesindeyiz. Bkz.: Danıştay 10. Dairesi'nin 22.02.2010 tarih 2007/2795 E. 2010/1399 K. sayılı kararı. Danıştay'ın bu tasarrufu kuşkusuz Yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrasından kaynaklanan bireysel başvurularda AIHS'ne uygunluğu açısından AIHM'nin denetimine tabidir. Bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 6; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 55.

2.1.4.5. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri 5353 sayılı yasayla CMK'nun 135. maddesinin 1 ve 6. fıkralarında yapılan değişikliklerle bu fıkralara eklenmiştir. Bu tedbir esas itibariyle belirli bir zaman diliminde bir iletişim aracının iletişim sistemi üzerinde bıraktığı izlerden iletişim aracının nerede kullanıldığının geriye dönük olarak analiz edilmesi ve şüpheli veya sanığın belli bir zaman diliminde bulunduğu yerin belirlenmesi suretiyle ceza muhakemesinde delil olabilecek sonuçlara varmayı amaçlayan bir tedbirdir¹²⁹.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri uygulamada esas itibariyle belli bir mobil telefonun her biri belli bir bölgeyi kapsama alanına alan baz istasyonlarından hangisiyle sinyal alışverişi yaptığının tespit edilmesi amacıyla kullanılmakta olup, esasen tedbirin uygulanabilirliği sadece mobil telefonla sınırlanmamıştır. Gerçekten iletişimin internet vasıtasıyla yapıldığı durumlarda, bu tedbirin şüpheli veya sanığın kullandığı bilgisayarın bulunduğu yerin tespitine yönelik olarak uygulanması da mümkündür. Buna karşılık doğası gereği tedbirin iletişimde kullanılan vasıtaların sabit kişisel telefon veya kişisel faks olması halinde uygulanmasına imkân ve gerek bulunmamaktadır. Zira bu durumda bu iletişim araçlarının kullanıldığı yer herhalde aboneliklerinin bulunduğu yer olmaktadır.

CMK sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirini telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi başlığı altında düzenleyerek sinyal bilgilerinin haberleşme kavramı kapsamında olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Diğer yandan CMK Yönetmeliğinde de sinyal bilgisinin haberleşmenin iletimiyle ilgili veri olduğu belirtilerek, sinyal bilgisinin haberleşme kavramı kapsamında olduğu kabul edilmiştir¹³⁰. Sinyal bilgilerinin AİHS açısından da iletişimin bütünsel unsurlarını teşkil eden bilgilerden olması sebebiyle haberleşme kavramı kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir¹³¹.

¹²⁹ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 34, 125.

¹³⁰ Sinyal bilgilerinin 'telekomünikasyon yoluyla iletişim' kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve dolayısıyla bu tedbirin esas itibariyle 'elkoyma' niteliğinde olduğuna ilişkin doktrindeki görüş için bkz.: **A.e.**, s. 126.

¹³¹ Karş.: *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 83; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

CMK Yönetmeliğinde sinyal bilgisinin, “bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi”¹³²; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin ise “iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini”¹³³ ifade ettiği belirtilmiştir. Sinyal bilgisi kavramının ‘her türlü veriyi’ içerecek şekilde tanımlandığı görülmektedir. Gerçekten ‘iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgileri’ de faturalama amacıyla işlenen verilerdendir. Dolayısıyla sinyal bilgisi kavramının tanımı iletişimin tespitine konu verilerin tümünü içerecek şekilde geniş yapılmıştır. Bununla birlikte sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramının tanımıyla, tedbirin kapsamı sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilmesiyle sınırlanmıştır.

Diğer yandan CMK Yönetmeliğinde iletişimin tespiti kavramı için yapılan tanım da ‘iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin ...yer bilgi(lerinin) tespit edilmesine yönelik işlemler(i)’ içerecek şekilde yapılmıştır¹³⁴. Bu tanımdan ‘yer bilgisi’nin de iletişimin tespiti kapsamında, dolayısıyla sinyal bilgisinin iletişimin tespiti tedbiri kapsamında değerlendirilebilecek verilerden olduğu; farklı bir anlatımla sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine konu verilerin zaten iletişimin tespiti tedbirine konu veriler kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır. Ayrıca CMK’nun 135. maddesi gereğince nitelikli şüphe halinde uygulanabilmeleri ve ikinci derecede uygulanabilirliğe bağlı olmaları; CMK’nun 135. maddesinin 3. maddesinin 1. cümlesi gereğince ise kararın içeriği açısından da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri ile iletişim tespiti tedbiri aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Bu sebeplerle iletişimin tespiti tedbirinin konusunun daha geniş olması ve uygulanabildikleri suçların farklı olması dışında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi

¹³² Bkz.: ‘CMK Yönetmeliği’nin 4/h maddesi. Aynı tanım ‘TİB Yönetmeliği’nin 3/p maddesinde de yapılmıştır.

¹³³ Bkz.: ‘CMK Yönetmeliği’nin 4/ı maddesi.

¹³⁴ ‘CMK Yönetmeliği’nin 4/f maddesi. ‘TİB Yönetmeliği’nin 3/i maddesinde de iletişimin tespiti kavramı aynı şekilde tanımlanmaktadır.

tedbiri ile iletişimin tespiti tedbiri arasında başkaca bir farklılığın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin iletişimin tespiti tedbirinden ayrıldığı kendine özgü başlıca özelliği, iletişimin tespiti tedbirinin aksine sadece katalogda yer alan suçlara yönelik olarak uygulanabilmesidir. Gerçekten bu tedbir CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen tedbirlerdendir. Bu bakımdan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine konu veriler esasen iletişimin tespiti tedbiri kapsamındaki verilerden olduğu halde, iletişimin tespitinden farklı olarak sadece katalogda yer alan suçlara yönelik olarak uygulanabilmesine yönelik düzenlemeyi temellendirmek güçtür¹³⁵. Bu sebeplerle belirtmek gerekir ki, sinyal bilgisi kavramı ile iletişimin tespiti kavramının tanımları, katalog dışındaki suçlar yönünden iletişimin tespiti tedbirine başvurulmak suretiyle iletişimin aracının kullanıldığı yerin tespitine olanak tanıyacak şekilde yapılmıştır. İletişimin tespiti yer bilgisinin tespitini de içerdiğinden, iletişimin tespiti yoluyla katalog kapsamında olmayan bir suça yönelik olarak yer bilgisinin tespit edilmesi, iletişimin tespiti olarak da adlandırılrsa dahi, niteliği itibarıyla sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin katalogda yer almayan bir suç için uygulanmış olması gibi paradoksal bir sonuç doğuracaktır. Bu durumda CMK Yönetmeliğinde iletişimin tespitine ilişkin yapılan tanımda yer verilen *yer bilgisi* ibaresi ile sinyal bilgisine ilişkin tanımın, dolayısıyla CMK Yönetmeliğinin 4. maddesinin (i) bendi ile (h) bendinin birbiriyle uyumsuz, dolayısıyla belirlilik ilkesine aykırı olduklarını söylemek gerekir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri açısından da tedbirin uygulanabileceği zaman aralığına, yani tedbire hem suç tarihinden önceki dönem hem de suç tarihinden sonraki dönem için başvurulup başvurulamayacağına yönelik CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde açık bir hüküm yoktur. Ancak iletişimin tespiti açısından söz konusu olan belirsizliliğin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri açısından da aynı oranda söz konusu olduğunu söylemek güçtür.

Yukarıda da belirtildiği gibi sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin amacı, bir iletişim aracının belirli bir zaman diliminde iletişim sistemi üzerinde

¹³⁵ Kaymaz, a.g.e., s. 127.

bıraktığı izlerden hareketle iletişim aracının nerede kullanıldığının geriye dönük olarak analiz edilmesi ve belli bir zaman diliminde şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi suretiyle ceza muhakemesinde delil olabilecek sonuçlara varmaktır¹³⁶. Bu sebeple şüpheli veya sanığın kullandığı iletişim aracının esas itibarıyla suç tarihi ve öncesindeki sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla suçla bağlantılı bilgilerin elde edilebileceği açıktır. Çünkü şüpheli veya sanığın suç anında ve suç işlenmeden bir süre önce suç mahallinde bulunup bulunmadığının tespiti¹³⁷; diğer bir ifadeyle şüpheli veya sanığın sadece suç tarihi ve öncesindeki bir zamanda nerede konuştuğunun tespitiyle suçun işlendiği yer ve zamana, suç tarihinde şüpheli veya sanığın bulunduğu yere yönelik delillerin elde edilmesi mümkündür¹³⁸.

Suç tarihinden sonraki sinyal bilgileri ise daha çok şüpheli veya sanığın suçtan sonra nereye gittiğine, dolayısıyla şüpheli veya sanığın nereye kaçtığına yönelik bilgileri sağlayabilir. Dolayısıyla suç tarihinden sonraki döneme ait sinyal bilgilerinden delil elde teşkil etmeye uygun verileri sağlamak çok ayırksı durumlar dışında imkânsızdır. Şüpheli veya sanığın suçtan sonra nereye gittiğini tespit etmek mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacını oluşturur. Ancak ayırksı bir durum olarak belirtmek gerekir ki, mütemadi ve müteselsil suçlar ile neticesi harekete bitişik olmayan suçlar gibi sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri kararının verildiği tarihte işlenmeye devam eden ya da henüz neticesi gerçekleşmemiş suçlar açısından karar tarihinden sonraki dönemi de kapsayacak şekilde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilir. Buna yol açan tedbirin suç tarihinden sonraki dönem için de uygulanabilmesi değil, teknik anlamda suçun işlendiği tarihin henüz

¹³⁶ A.e., s. 34, 125.

¹³⁷ A.e., s. 34, 188.

¹³⁸ Şüpheli veya sanığın suç anında ve suç işlenmeden bir süre önce suç mahallinde bulunup bulunmadığının tespitine yönelik bir araştırmanın şüpheli veya sanık lehine olan bir gerçeği ortaya çıkarması da mümkündür. Bu sebeple şüpheli veya sanığın iletişim aracına ait sinyal bilgilerinin şüpheli veya sanığın açık rızası kapsamında olmak kaydıyla, katalog suçlarla sınırlı olmaksızın hem suç tarihi ve önceki zaman dilimi hem de suç tarihinden sonraki zaman dilimi bakımından elde edilmesi ve değerlendirilmesi mümkün olmalıdır. Zira şüpheli veya sanığın kullandığı iletişim aracına hasren sinyal bilgilerinin elde edilmesi durumunda şüpheli ve sanık dışında bir kişiye ait bilgilerin elde edilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu tür bir durumda uygulanan esasen sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri değil, CMK'nun 123. maddesinin 1. fıkrası ve 160. maddesinin 2. fıkrası kapsamında *muhafaza altına alma* koruma tedbiri olacaktır.

tahakkuk etmemiş olmasıdır. Dolayısıyla bu tür bir durumda da tedbir esas itibariyle suç tarihi ve öncesi dönemi kapsamış olmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri ile mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri arasındaki temel farkın, birincisinin suç tarihi ve öncesi zaman dilimini¹³⁹, ikincisinin ise suç tarihinden sonraki zaman dilimini kapsayan bir tedbir olduğu ortaya çıkmaktadır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin suç tarihinden sonraki zaman dilimini de kapsayan bir tedbir olduğu kabul edildiğinde, esasen katalog kapsamındaki suçlar açısından mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri ile ulaşmak istenen amaca sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiriyle de ulaşmak mümkün olacak ve bu durumda bu iki tedbirin kapsam bakımından birbirinden farkı kalmayacaktır. Bu sebeple bu iki tedbiri birbirinden ayıran özellik olan amaç farklılığı esas itibariyle uygulanabilecekleri zaman diliminin farklılığından doğmaktadır.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiriyle suç tarihinden sonra gerçekleştirilen iletişime ilişkin sinyal bilgilerinin incelenmesi yoluyla suçun kanıtlanmasına yönelik delillerin elde edilmesinin imkânının az olması, diğer bir ifadeyle bu tedbirin esas itibariyle suçun işlenmesinden önceki döneme ilişkin sinyal bilgilerinin incelenmesi halinde delil elde etme amacı açısından elverişli bir tedbir olması sebebiyle suç tarihinden sonraki dönemin de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri kapsamında olduğunu kabul etmek orantılılık ilkesi ve elverişlilik ilkesini ihlal edeceği gibi, AİHS'nin 18. maddesinde, Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen *amaca bağlılık ilkesine* de aykırı olacaktır.

Açıklanan gerekçelerle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine ayrı bir tedbir olarak yasada yer vermek yerine, bu tedbiri kural olarak suç tarihi ve öncesi döneme yönelik iletişimin tespiti tedbiri kapsamında; istisnai olarak da özel koşullara tabi tutulan suç tarihi sonrası döneme yönelik iletişimin tespiti tedbiri kapsamında ele alan bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. İletişimin tespiti bahsinde iletişimin tespitini suç tarihi ve öncesi dönem ile suç tarihi

¹³⁹ Yasada sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığı düşüncesinden hareketle, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine hem suç tarihi ve öncesi dönem hem de suç tarihi sonrası dönem için başvurulabileceğine ilişkin doktrindeki görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 126.

sonrası dönemi ayrı olarak ele alan; suç tarihi ve öncesi dönem açısından ise tedbiri katalog suçlarla, nitelikli şüpheyile ve ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesiyle sınırlamayan bir düzenlemenin kabul edilmesinin yerinde olacağını belirtmiştik. Yer bilgisi veya sinyal bilgisi iletişimin diğer dış bağlantı verileri gibi iletişimin içeriği kapsamında olmayıp dış verileri kapsamında olduğundan, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin kural olarak suç tarihi ve öncesi döneme yönelik iletişimin tespiti tedbiri kapsamında ele alınması halinde, tedbir hem bir başlıkta toplanarak CMK Yönetmeliğinin 4. maddesinin (i) ve (h) bentleri arasındaki uyumsuzlukta görülen mevzuat karışıklığı giderilmiş olacak; hem iletişimin tespiti tedbirine başvurulmak suretiyle katalog dışındaki suçlar yönünden de iletişim aracının kullanıldığı yerin tespitine imkân tanıyan mevzuattan kaynaklanan paradoksal sonuçların ortaya çıkması engellenmiş olacak; hem nitelikli suçlarda örneğin suç aletinin ya da cesedin gizlendiği yerin tespiti gibi suç sonrası karartılmaya çalışılan delillerin ortaya çıkartılması olanaklı kılınacak; hem hangi hallerde suç tarihi ve öncesi, hangi hallerde suç tarihi sonrası döneme yönelik olarak başvurulabileceği konusunda yasal düzenlemeye açıklık getirilerek tedbirin amacı bakımından sınırlandırılması sağlanmış olacak; hem de uygulanabildikleri suçlar konusunda iletişimin tespiti tedbiri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri arasında mevcut düzenlemenin öngördüğü farklılığa son verilmiş olacaktır. Böyle bir düzenlemeyle yasanın belirliliği ve kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceler öngörmesi ilkesi ile orantılılık ve özellikle elverişlilik ilkeleri gerçekleştirilmiş olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, CMK'nun 135. maddesinin 3. maddesinin 1. cümlesi gereğince sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kararda da şüpheli veya sanığın kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu yer almak zorunda olduğundan, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine ancak şüpheli veya sanık yönünden ve şüpheli veya sanığın kullandığı iletişim aracı için başvurma mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla belli bir bölge, yer ya da baz istasyonu esas alınmak suretiyle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine karar vermek mümkün

değildir. Nitekim tedbirin bu şekilde uygulanması halinde suç şüphesi altında bulunmayan çok sayıda kişinin iletişimine ilişkin bilgiler elde edileceğinden, suç şüphesi altında bulunmayan kişilerin özel hayatına ve haberleşmelerine çok ağır bir şekilde müdahale edilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrası kapsamına alınmış olması tedbirin kötüye kullanılmasına karşı etkili bir güvence oluşturmaktadır.

2.1.4.6. Mobil Telefonun Yerinin Belirlenmesi

CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasında “*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri gibi mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinde de mobil telefonun sinyal alışverişinde bulunduğu baz istasyonunun tespit edilmesi yoluyla şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespitine çalışılır. Ancak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinden farklı olarak bu tedbirin amacı delil etmek değil, şüpheli veya sanığı yakalamaktır. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri de CMK'da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi başlığı altında düzenlendiğinden tedbirin haberleşmeye müdahale ettiği kabul edilmiş olmaktadır. Tedbirin konusunu teşkil eden sinyal bilgilerinin AİHS açısından da iletişimin bütünsel unsurlarını teşkil eden bilgilerden olması sebebiyle haberleşme kavramı kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir¹⁴⁰.

Mobil telefonun yerinin tespitinde de iletişimin içeriğine bir müdahale olmamakla birlikte, belli bir mobil telefonun, dolayısıyla mobil telefonu taşıyan kişinin nerede bulunduğu mobil telefonun yaydığı sinyal bilgileri vasıtasıyla tespit edilir. Mobil telefon bir telekomünikasyon aracı olduğundan, mobil telefonun belli

¹⁴⁰ Karş.: *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 02.08.1984, § 83; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 43.

bir baz istasyonu ile gerçekleştirdiği sinyal alışverişi mobil telefonun haberleşmesi kapsamındadır. Nitekim günümüzde mobil telefon sözlü veya yazılı iletişim kurmaksızın arama ve kurtarma amacıyla haberleşmede sadece yaydığı sinyaller yoluyla da kullanılmaktadır. Diğer yandan bir kişinin hareket özgürlüğü ve dolayısıyla belli bir zaman dilimde belli bir yerde bulunması bireysel özerkliğini, dolayısıyla özel hayatını ilgilendiren bir husustur. Bir kişinin rızası dışında nerede bulunduğunu tespit etmek öncelikle kişinin özel hayatına müdahale niteliğindedir. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiriyle belli bir kişinin nerede bulunduğu mobil telefonun baz istasyonları üzerinden sinyal alışverişiyle kurduğu iletişime müdahale etmek suretiyle tespit edildiğinden, mobil telefonun yerinin tespitinin kişinin özel haberleşmesine de müdahale teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Bu sebeple CMK'da mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri başlığı altında düzenlenmesinin yerinde bir yaklaşım olduğu düşüncesindeyiz¹⁴¹.

CMK'da mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacının şüpheli veya sanığın yakalanması olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu sebeple mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri delil etme amacıyla uygulanamayacağı gibi; kovuşturma aşaması tamamlandıktan sonra, yani mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra¹⁴² da uygulanamaz. Dolayısıyla hükümlülerin yakalanması amacıyla bu tedbirin uygulanması mümkün değildir¹⁴³.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiğinden şüphe derecesi, ikinci derecede uygulanabilirlik, kararın içeriği yönünden 1. fıkradaki sınırlamalara tabi değildir. Ayrıca CMK'nun 135. maddenin 6. fıkrası kapsamında da olmadığından, mobil telefonun yerinin tespiti

¹⁴¹ Mahmutoglu, mobil telefonun yerinin tespitini, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri kapsamında değerlendirmemektedir. Bkz.: Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 405, 412. Ayrıca doktrinde iletişimin denetlenmesine yönelik olmadığı için mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbirinin müstakil bir madde olarak düzenlenmesinin ya da madde başlığının bu tedbiri de içerecek şekilde ifade etmesinin yerinde olacağı da belirtilmektedir. Bkz.: Özbek, **a.g.e.**, s. 420-421; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 131-132;

¹⁴² Bkz.: CMK'nun 2. maddesinin (f) bendi.

¹⁴³ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 605; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 130.

tedbirinin her türlü suça yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanabilmesi mümkündür¹⁴⁴.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabileceği zaman dilimi hakkında da CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde açıklık yoktur. Belirtmek gerekir ki CMK Yönetmeliğinin 12. maddesinin 4. fıkrasındaki “...mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” düzenlemesi tedbirin karar tarihinden sonraki dönem için uygulanabileceği sonucuna varmayı olanaklı kılan bir düzenleme olmakla birlikte, bu düzenleme Danıştay tarafından iptal edilmiştir¹⁴⁵.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirin şüpheli veya sanığın yakalanmasını, dolayısıyla şüpheli veya sanığın hâlihazırda bulunduğu yerin tespitini amaçlayan bir tedbir olması sebebiyle şüpheli veya sanığın suç tarihinden önce bulunduğu yerin tespitinin öneminin bulunmadığı, dolayısıyla suç tarihinden önceki döneme yönelik olarak tedbirin uygulanamayacağı, bu sebeple bu konuda yasada açıklığın bulunmasına gerek olmadığı ileri sürülebilir. Ancak bize göre sorunun çözümü bu oranda basit değildir. Gerçekten şüpheli veya sanığın yakalanması zaman zaman şüpheli veya sanığın gidebileceği, bulunabileceği yerlerin tespit edilerek geniş bir zamana yayılan hareketlerinin incelenmesini gerektirebilir. Bir kişinin gitmesi, saklanması muhtemel yerlerin ise mutlaka suç işlendikten sonra bulunduğu yerlerin tespit edilmesi yoluyla belirlenebileceğini söylemek güçtür. Zira şüpheli veya sanığın suçtan sonra kaçtığı, saklandığı yerin tespiti bazen suç tarihinden önce bulunduğu yerlerin tespitine de bağlı olabilir. Farklı bir anlatımla zaman zaman bu tedbirin amacına ulaşmak açısından elverişliliğinin şüpheli veya sanığın suç tarihinden önceki zaman diliminde bulunduğu yerin tespit edilmesine bağlı olması mümkündür. Bu sebeple tedbirin suç tarihinden önceki zaman dilimine yönelik olarak uygulanabileceğini ileri sürmek de mümkün görünmektedir. Tedbirin ancak suç tarihinden sonraki zaman diliminde uygulanabileceği kabul edildiğinde de, tedbirin suç tarihi ile tedbir kararı arasında kalan zaman dilimine yönelik olarak uygulanıp

¹⁴⁴ Mahmutoglu, a.g.e., s. 412; Yokuş Sevik, a.g.e., s. 112; Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 172; Kaymaz, a.g.e., s. 131.

¹⁴⁵ Danıştay 10. Dairesi'nin 22.02.2010 tarih 2007/2795 E. 2010/1399 K. sayılı kararı.

uygulanamayacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu gerekçelerle bize göre mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabileceği zaman dilimine yönelik yasada açık bir düzenlemeye yer verilmesinin gerekmediğini ileri sürmeye olanak yoktur.

Yukarıda ilgili bahislerde konuya ilişkin açıklamalar mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri açısından da geçerlidir. Gerçekten yasallık ilkesinin uzantıları olan yasanın belirliliği ve dar yorum ilkeleri temel bir hakka sınırlama getiren durumların yasadaki açıkça anlaşılabilmesi halinde müdahaleye cevaz verildiği şeklinde değil aksine vermediği şeklinde yorum yapılmasını gerektirir¹⁴⁶. Doğal olarak AİHM de yasanın belirliliği ilkesi açısından bu tür tedbirlerin uygulanabileceği zaman aralığını içeren yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı hükümlere yasal düzenlemelerde açıkça yer vermesini zorunlu gördüğünü belirtmektedir¹⁴⁷. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri açısından da tedbirin uygulanabileceği zaman dilimine yer vermeyen düzenlemenin yasanın belirliliği ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Dar yorum ilkesi gereğince bize göre mevcut düzenleme mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin kural olarak suç tarihinden sonraki dönem için, tedbire suç tarihinden sonraki bir tarihte karar verilmesi halinde ise şüpheli veya sanık henüz yakalanmamış olacağından ancak karar tarihinden sonraki dönem için uygulanabilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin aksi yorumu ve uygulaması Anayasanın 13. maddesiyle AİHS'nin 8. maddesinin 12. fıkrasına aykırı olacaktır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla sınırlandırıldığından, bu tedbirin uygulanması sonucunda elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamaz. Aksi takdirde hem suç ve karar tarihi dönem için,

¹⁴⁶ Doktrinde Bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 5, 88-90. Macovei, **a.g.e.**, s. 36; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 92 ve 348; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 373; Uygun, **a.g.e.**, s. 161; Özbudun, **a.g.e.**, s. 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 66; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 138; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51. AİHM kararlarında özellikle bkz.: *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 42: "... (2.) fıkra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanmalıdır." Bkz.: Doğru, **İHAMİ**, C. I, s. 246. AİHM kararlarında ayrıca Bkz.: *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1983, § 97; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 65; *Van Vondel-Hollanda* Davası, 25.10.2007, § 48.

¹⁴⁷ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 41 ve 48.

hem de katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri adı altında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri uygulanmış olur. AİHS'nin 18. maddesi ile Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen *amaca bağlılık ilkesi* bir temel hakka getirilen sınırlamanın iyiniyetle uygulanmasını ve sınırlamanın hukuksal amacı dışında uygulanamamasını gerektirir¹⁴⁸.

CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde tedbire konu mobil telefonun şüpheli veya sanığa ait mobil telefon mu, yoksa şüpheli veya sanık tarafından kullanılan mobil telefon mu olduğuna dair açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Hukukumuzda kişinin ancak kendi adına kayıtlı bir mobil telefonu kullanabileceğine dair bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığa ait bir mobil telefonun şüpheli veya sanık dışında bir kişi tarafından kullanılması da mümkündür. Bu sebeple mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine konu telefonun tespitinde abonelik kaydının esas alınması gerektiğini ileri sürmek mümkün değildir. Tedbirin amacı şüpheli veya sanığın yakalanması ve bu amaçla bulunduğu yerin tespiti olduğundan tedbirin konusunun şüpheli veya sanığın taşıdığı ya da kullandığı mobil telefon olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁹. Şüpheli veya sanığın kullandığı mobil telefonun abonelik kaydının kendisi adına olması da mümkün olmakla birlikte, sadece abonelik kaydı mobil telefonun şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığını kabul etmek için yeterli olmamalıdır. Bu sebeple mobil telefonun şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığını gösterir makul delillerin de aranması gerektiği kanaatindeyiz¹⁵⁰. Zira aksi takdirde hem tedbirin amacına ulaşmak hem de üçüncü kişilerin özel hayatına müdahale edilmesinin önüne geçmek mümkün olamayacaktır.

5353 sayılı yasanın 18. maddesiyle CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle hükümde geçen '*kullanmakta olduğu*' ve '*kullanılan*' ibareleri madde metninden çıkarılmıştır. Değişiklik öncesinde hüküm "*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, 'kullanmakta olduğu' mobil telefonun yeri, hâkim veya*

¹⁴⁸ AİHS bağlamında bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 755-756; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 416. Anayasa bağlamında bkz.: Özbudun, **a.g.e.**, s. 105; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 63; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 241; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁴⁹ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 365; Şahin, **a.g.e.**, s. 271; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 130, 168.

¹⁵⁰ Benzer görüş için bkz: Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 365.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, ‘kullanılan’ mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir” şeklindeydi. 5353 sayılı yasanın 18. maddesinin gerekçesinde ‘kullanmakta olduğu’ ve ‘kullanılan’ ibarelerinin metinden çıkarılmasıyla şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkânının getirildiği belirtilmektedir¹⁵¹. Ayrıca mobil telefonunun yerinin tespiti tedbiri 135. maddenin 2. fıkrası kapsamında olmadığından tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerin kullandığı mobil telefonun yerinin tespit edilip edilmeyeceği konusunda da CMK’da ve CMK Yönetmeliğinde bir açıklık bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasallık ilkesi ve bu ilkenin uzantıları olan yasanın belirliliği ve dar yorum ilkeleri temel bir hakka sınırlama getiren durumların yasadan açıkça anlaşılamaması halinde müdahaleye cevaz verildiği şeklinde değil aksine verilmediği şeklinde yorum yapılmasını gerektirir. Nitekim AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasanın 13. maddesinde aslolanın hakka müdahale edememek olduğu, şayet hakka müdahale edilmek isteniyorsa buna ilişkin sınırlamaya yasada açıkça yer verilmesinin gerektiği öngörülmüştür. AİHM gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanabileceği insan kategorilerini de içeren yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı hükümlere yasal düzenlemelerde yer vermesini gerekli görmektedir¹⁵². Buna karşın 5353 sayılı yasanın 18. maddesinin gerekçesi belirtilen ilkeyi tersine çevirmiş ve yasaklamanın yapılmadığı durumlarda müdahalenin mümkün olduğunu kabul etmiş görünmektedir.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanmasına sebep olan suça iştirak etmeyen veya şüpheli ve sanığa yardım etme suçunun faili olmayan üçüncü kişilerin kullandığı mobil telefonunun yerinin tespiti, üçüncü kişinin özel hayatına ve

¹⁵¹ 25.05.2005 tarihinde kabul edilerek 25832 sayılı 01.06.2005 tarihli R.G.’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5353 sayılı ‘Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un gerekçesi için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0453.pdf>, 22 Mayıs 2010.

¹⁵² *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41 ve 48.

haberleşmesine müdahale niteliğindedir¹⁵³. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin kullandığı mobil telefonun yerinin tespitine yönelik olarak da uygulanabilmesi, ancak tedbirin şüpheli veya sanık dışındaki kişiler hakkında da uygulanabileceğine ilişkin yasal düzenlemede açıklığın bulunması ve üçüncü kişinin yasada öngörülen kişilerden olması halinde mümkündür¹⁵⁴. Bu sebeple bize göre 135. maddesinin 4. fıkrasını, tanıklıktan çekinebilecek kişiler¹⁵⁵ ve şüpheli veya sanık müdafii¹⁵⁶ de dâhil olmak üzere şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik olarak da mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabileceği şeklinde yorumlamaya olanak bulunmamaktadır¹⁵⁷.

5353 sayılı yasanın 18. maddesinin gerekçesinde yer verilen ‘*şüpheli veya sanığa ulaşılabilesini sağlayabilecek*’ ifadesi hukuki bir ifade olmaktan uzak ve oldukça muğlâk bir ifade tarzıdır. Yasallık ilkesi bir yandan bir bireyin kendisine ait iletişimi yetkililerin izleyeceği muhtemel durumları önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlayabilmesi anlamında öngörülebilirliği¹⁵⁸; diğer yandan da kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvencelere yer verilmesini¹⁵⁹ gerektirmektedir. Özel hayata ve haberleşmeye yapılabilecek müdahalelerin kapsam ve şartlarını yeterli açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtmeyen, açık uçlu, genel ve muğlâk ifadelerle yer veren¹⁶⁰ ve takdir yetkisinin kullanılma biçimini, kapsamını ve sınırlarını makul

¹⁵³ Aynı yönde görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁵⁴ Bu sebeple CMK’nun 136. maddesinde öngörülen “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci Madde hükmü uygulanamaz.*” hükmünü normalde yasal olan bir müdahaleyi yasaklayan bir hüküm olarak değil, Anayasanın 13. maddesinde ve AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen müdahale yasağını telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından vurgulayan bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir.

¹⁵⁵ K.g. için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁵⁶ Aynı yönde görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁵⁷ Özbek, **a.g.e.**, s. 425. Koruma tedbirlerinin ancak şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilmesi esnasından hareket eden benzer görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 129-130 ve dipnot 348. K.g. için bkz.: Şahin, **a.g.e.**, s. 271.

¹⁵⁸ *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 49: “*Vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, ‘hukuk’ kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir.*” Bkz.: Doğru, **İHAMİ**, C. I, s. 295.

¹⁵⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 50. Ayrıca bkz.: Sözüer, **a.g.e.**, s. 76; Erdem, **a.g.e.**, s. 152; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 375-376; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 293.

¹⁶⁰ *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 62; *Doerga-Hollanda Davası*, 27.07.2004, § 53; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41.

bir açıklık düzeyinde göstermeyen¹⁶¹ düzenlemeler yasa olarak kabul edilemezler. CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasının şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine maruz kalabileceklerini öngörmelerine elverişli olduğunu; kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceleri içerdiğini; yargı organlarının takdir yetkisinin sınırlarını belirlediğini söylemek güçtür. Bu sebeple CMK'nın uygulanabileceği kişiler yönünden mobil telefonun yerinin tespiti tedbirini yasallık ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırdığını söylemeye de olanak bulunmamaktadır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık dışındaki kişiler yönünden de uygulanabileceğine yönelik bir yasama iradesine yasa yerine yasa gerekçesinde yer vermenin isabetli olmadığını da eklemek gerekir. Nitekim yasayla öngörülme kuralı yasanın yeterince ulaşılabilir olmasını da gerektirir¹⁶². Buna karşın Resmi Gazetede yayımlanmamış ve başka bir yolla da toplumun yeterince bilgilenmesi sağlanmamış olan 5353 sayılı yasanın gerekçesinin toplum açısından ulaşılabilir olduğunu söylemeye de olanak bulunmamaktadır.

Biz yasallık ilkesinin ve bu ilkenin alt ilkelerinin gereği olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ilişkin yasal düzenlemenin ayrı ve ayrıntılı maddelerde düzenlenmesinin¹⁶³; diğer taraftan orantılılık ilkesinin gerçekleştirilmesi için uygulandığı suçun niteliği esas alınarak bu tedbirin itişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine ilişkin olarak belirttiğimiz görüşler doğrultusunda iki yönlü düzenlenmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle belirtmek gerekir ki yasal düzenlemelerde tedbire konu mobil telefonun belirlenmesinde abonelik kaydının değil kullanmanın esas alındığının açıkça belirtilmesi; belli bir kişinin belli bir telefonu kullandığının kabul edilebilmesi için makul delillerin bulunmasının gerekliliğine yer verilmesi; tedbirin uygulanmaya

¹⁶¹ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 88; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 36; *Margareta ve Roger Andersson-İsveç Davası*, 25.02.1992, § 75; *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, 24.09.1992, § 89-91. (Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537-538; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 29.)

¹⁶² *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 49: "Hukuk, yeterince ulaşılabilir olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler." Çeviri için bkz.: Doğru, **İHAMİ**, C. I, s. 295.

¹⁶³ Aynı yönde görüşler için bkz.: Bkz.: Özbek, **a.g.e.**, s. 420-421; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 131-132.

başlanması konusunda karar merci tarafından belirli bir süre öngörülmesine olanak sağlanması ve karar mercii tarafından öngörülebiyecek sürenin azami bir süreyle sınırlanması; CMK'nun 136. maddesinde öngörüldüğü gibi herhalde müdafii açısından müdahale yasağına açıkça yer verilmesi yerinde olacaktır.

Bize göre şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik bir tedbir olması sebebiyle bu tedbirin *öncelikle* kural olarak sadece şüpheli veya sanık hakkında ve sadece mobil telefonla sınırlanmaksızın özel bilgisayarla kurulan internet bağlantıları da dahil olacak şekilde, suç tarihi ve sonrası döneme yönelik olarak, her türlü suçtan dolayı ve makul şüpheyeye dayalı olarak¹⁶⁴ yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, mevcut düzenlemede olduğu gibi en çok üç aylık süreyle ve bir defaya mahsus olarak üç aylık süreyle uzatılabilmek koşuluyla uygulanabilmesine olanak tanıyan bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Gerçekten böyle bir düzenleme, hem basit suçlarda şüpheli veya sanığın suç tarihi ve öncesinde bulunduğu yerlerin tespitinin, hem de üçüncü kişilerin özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmesinin engellenmesini sağlaması; tedbirin mobil telefonun yanı sıra amaca ulaşmaya elverişli özel bilgisayarla kurulan internet bağlantıları açısından ve ayırım gözetmeksizin tüm suçlarda ve sınırlı bir süreyle uygulanmasını sağlaması; tedbirin uygulanmaya başlanması konusunda yasadan kaynaklanan belirsizliğin giderilmesi açısından yasanın belirliliği, orantılılık ve everişlilik ilkelerine uyum gösterecektir.

İkinci olarak özellikle örgütlü suçlar, organize suçlar ve terör suçları gibi belirli ağırlıkta cezayı gerektiren suçlara yönelik olarak yine makul şüpheyeye dayalı olarak yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda mobil telefonun yerinin tespiti tedbirin etkinliğinin sağlanması açısından şüpheli ve sanığa yardım eden kişilerin kullandığı iletişim araçları bakımından da tedbirinin uygulanabileceğine ilişkin açık özel ve istisnai bir düzenlemeye de yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Örgütlü suçlar, organize suçlar ve terör suçları gibi belirli ağırlıkta cezayı gerektiren suçlara yönelik olarak mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin düşüncemizi tedbirin

¹⁶⁴ Burada belirtmek gerekir ki AİHM telefon dinleme tedbirinin uygulanabilmesi için bir kişinin belli bir suçu işlediğine yönelik 'makul şüphe'nin varlığını yeterli görmektedir. Bkz.: *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 51.

uygulanabileceği kişiler yönünden aşağıdaki şekilde açmak ve gerekçelendirmek mümkündür.

a) Örgütlü suçlar, organize suçlar ve terör suçları gibi belirli ağırlıkta cezayı gerektiren suçlara yönelik olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri şüpheli veya sanık yönünden suç tarihinden önceki dönem için ve sadece mobil telefon yönünden de uygulanabilmelidir. Suç tarihi öncesi dönem için en çok üç aylık süreyle ve bir defa mahsus olarak yine üç aylık süreyle uzatılabilmek üzere tedbiri sınırlamak, suç tarihi sonrası dönem için ise tedbirin şüpheli veya sanık yakalanıncaya kadar üçer aylık sürelerle ve müteaddit defalar uzatılabilmesini sağlamak ve amaca bağlılık ilkesine açıkça yer vermek yerinde olacaktır.

Bu şekilde yapılan bir düzenleme açıklığı yönünden belirlilik ilkesine; düzenlemenin yasayla yapılmış olması yönünden ulaşılabilirlik ilkesine; güdülen amacın koruğu yarar ile müdahalenin ihlal ettiği yarar arasındaki denge yönünden demokratik toplumda gereklilik ve orantılık ilkesine; tedbirin mobil telefonla sınırlanmış olması yönünden elverişlilik ilkesine; uygulamanın kolluğun inisiyatifine bırakılmayıp her defasında yargı merciinin kararına tabi tutularak uygulamanın denetlenmesinin sağlanması ve amaca bağlılık ilkesini açıkça öngörmesi açısından da keyfiliği önleyici güvencelerin öngörülmesi ilkesine uyumluluğunu sağlayacaktır.

b) Örgütlü suçlar, organize suçlar ve terör suçları gibi belirli ağırlıkta cezayı gerektiren suçlara yönelik olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan başka bir suçun şüphelisi veya sanığı olmasalar dahi tanıklıktan çekinebilecek kişilere yönelik olarak, sadece suç tarihinden sonraki dönemi ve mobil telefonu kapsayacak şekilde, en çok üç aylık süreyle ve bir defaya mahsus olarak yine üç aylık süreyle uzatılabilmek üzere uygulanabilmesi ve amaca bağlılık ilkesine açıkça yer verilmesi de yerinde olacaktır.

AIHM kararlarında demokratik toplumda gerekliliğin saptanması konusunda devletin sahip olduğu takdir yetkisinin alanı büyük ölçüde ülkenin subjektif şartları tarafından belirlendiği için ulusal güvenlik, organize suçlarla, terör suçlarıyla mücadele gibi konularda oldukça geniş tutulmaktadır¹⁶⁵. Dolayısıyla

¹⁶⁵ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51.

burada sorun tedbirin bu kişilere yönelik olarak uygulanamayacağına, farklı bir söyleyişle demokratik toplumda gerekli görülemeyeceğine ilişkin kesin bir yasağın mevcudiyeti değil, tedbirin bu kişiler hakkında da uygulanabileceğinin yasadan açıkça anlaşılabilmesine ilişkin belirlilik, ulaşılabilirlik ve kötüye kullanmalara karşı yeterli güvencenin öngörülmesi ilkesi ile orantılılık ilkesine uyumluluğun mevcudiyetidir.

Dolayısıyla tedbirin tanıklıktan çekinebilecek kişilere yönelik olarak da uygulanabileceğine ilişkin olarak yasada yer verilmiş bir düzenleme belirlilik ve ulaşılabilirlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlayacaktır. Diğer taraftan amaca bağlılık ilkesine açıkça yer verilmesi; tedbirin tanıklıktan çekinebilecek kişilere yönelik olarak uygulanmasının şüpheli veya sanık hakkında makul şüpheyeye bağlı tutulmuş olması; bir yandan tedbirin uygulanması ile elde edilen bilgilerin hem şüpheli veya sanık hem de tanıklıktan çekinebilecek yakınları hakkında delil olarak kullanılabilmesini önleyecek, bir yandan da tanıklıktan çekinebilecek kişiler açısından tedbirin kötüye kullanılmasına karşı güvence oluşturacaktır.

Şüpheli veya sanığın suç tarihinden sonra en sık görüşeceği ve saklanabileceği kişilerin başında tanıklıktan çekinebilecek yakınları geldiğinden tedbirin bu kişilere yönelik olarak uygulanması halinde de tedbir amacını gerçekleştirmek açısından elverişliliğini korumaktadır. Tedbirin uygulanmasıyla elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasının mümkün olmaması, tedbirin iletişimin içeriğine müdahale teşkil etmeyen mahiyeti ile tedbirin uygulanmasına yol açan suçların oluşturduğu ihlalin içeriği ve TCK'nun 283. maddesinin 3. fıkrası ile 294. maddesinin 4. fıkrasında üstsoy, altsoy, eş, kardeş için öngörülen şahsi cezasızlık sebepleri dikkate alındığında tanıklıktan çekinebilecek yakınların özel hayatına ve haberleşmesine yapılan müdahalenin içeriği ile güdülen amaç arasında dengenin bulunduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla bu düzenlemenin orantılılık ilkesine uyumluluğunu savunmak da mümkün olabilecektir.

c) Örgütlü suçlar, organize suçlar ve terör suçları gibi belirli ağırlıkta cezayı gerektiren suçlara yönelik olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin TCK'nun 281. maddesinde düzenlenen '*suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*', 282.

maddesinde düzenlenen ‘suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama’, 283. maddesinde öngörülen ‘suçluyu kayırma’ ve 284. maddesinde öngörülen ‘tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme’ suçlarını oluşturan kanuni tipe uygun fillerin şüphelisi veya sanığı olduğuna dair makul şüphe bulunan şahıslara yönelik olarak, sadece suç tarihinden sonraki dönemi kapsayacak şekilde, en çok üç aylık süreyle ve bir defaya mahsus olarak yine üç aylık süreyle uzatılabilmek üzere uygulanabilmesi ve amaca bağlılık ilkesine açıkça yer verilmesi de yerinde olacaktır.

Yukarıda tanıklıktan çekinebilecek kişiler için ileri sürülen düşüncelerin evleviyetle bu kişiler açısından da geçerli olduğunu kısaca söylemek mümkündür.

Konuya ilişkin olarak şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla hakkında mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabileceği kişilerin kuşkusuz yukarıda belirtilen kişilerle sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Ancak bu kişileri tüketici bir şekilde sayan, sınırları yeteri açıklıkta belirtilmiş hükümler öngörmenin güçlüğü de açıktır. Dolayısıyla hukuk sitemine getireceği yararlar ile zararlar dikkate alındığında, tanıklıktan çekilebilecek kişiler ile şüpheli veya sanığa suçtan sonra yardım eden kişiler dışındaki kişileri de kapsayacak muğlak olmayan, yasanın belirliliği ilkesine uygun, takdir yetkisinin alanını yeterli açıklıkta sınırlayan kişi kategorileri belirlemenin güçlüğü sebebiyle, bu kişiler dışındaki kişilere yönelik olarak tedbirin uygulanabilirliğini öngören düzenlemelere yer verilmesinin yerinde olmayacağı düşüncesi taşıdığımızı belirtmemiz gerekir.

2.2. Hukuksal Niteliği

CMK’nun 160. maddesinin 1. fıkrasında Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı; 2. fıkrasında ise Cumhuriyet savcısının maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının şüphelinin lehine ya da aleyhine delillerin varlığını gerektirdiği anlaşılmaktadır. *Delil*, bir suçun

işlenip işlenmediğini, işlenmişse kim tarafından ne şekilde işlendiğini göstererek suç olduğu ileri sürülen olayın yeniden yaşanmasını sağlayan ve suçun ispatına yarayan araçlardır¹⁶⁶.

Ceza muhakemesi şüpheli veya sanığın hazır bulundurulmasını, delillerin korunmasını, yargılamanın yapılabilmesini ve hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bazı tedbirlerin alınmasını gerektirir. Ceza muhakemesinde bu tedbirlere *koruma tedbiri* adı verilmektedir. Koruma tedbirleri, bir ceza uyuşmazlığının çözümü için gerçekleştirilen yargılama faaliyetlerinin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi ve bunun sonucunda verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla geçici nitelikte olan, uygulanabilmesi belirli düzeyde şüphe bulunmasını ve hükümden önce genel kişilik hakkı, özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren kanuni çareleri ifade etmektedir¹⁶⁷.

Ceza muhakemesinde yapılan en önemli faaliyet, olayı temsil eden delillerin araştırılması ve koruma altına alınmasıdır¹⁶⁸. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin ceza muhakemesinde uygulanması da bu faaliyetin bir parçasıdır. İletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi delil elde etmeye, mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri ise şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik olarak ceza muhakemesinde şüpheli ve sanıktan gizli olarak uygulanan koruma tedbirlerindendir¹⁶⁹. Nitekim bu tedbirler CMK'nun birinci kitabının, '*Koruma Tedbirleri*' başlıklı dördüncü kısmında yer alan 135 ila 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kendine özgü özelliği gizli yürütülmeleridir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Tosun, **a.g.e.**, s. 92-93; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 204; Özbek, **a.g.e.**, s. 602; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁶⁷ Sözüer, **a.g.e.**, s. 70; Tosun, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Gökçen, **a.g.e.**, s. 18; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 255; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 278-279; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 493; Özbek, **a.g.e.**, s. 249; Şahin, **a.g.e.**, s. 197; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 51, 55.

¹⁶⁸ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 204.

¹⁶⁹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 254; Centel, Zafer, s. 361; Şahin, **a.g.e.**, s. 265; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 52. Bununla birlikte iletişimin denetlenmesinin *elkoymanın özel bir türü* olduğu yönünde görüşlere de doktrinde yer verilmektedir. Bu görüşler için bkz.: Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 942; Yurtcan, **a.g.e.**, s. 356.

¹⁷⁰ Erdem, **a.g.e.**, s. 49, 156; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 361; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 347.

Bu sebeple de iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuki niteliği *gizli koruma tedbiri* olmalarıdır.

3. İletişimin Denetlenmesinin Usulü

3.1. Denetim Kararı Verme Yetkisi

3.1.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukukta telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine karar verilmesi bakımından üç sistemin bulunduğu söylenebilir. Bu sistemlerden ilki tedbir kararının idari makamlar tarafından verildiği *idari sistem*; ikincisi tedbir kararının adli makamlar tarafından verildiği *adli sistem*; üçüncüsü ise tedbir kararını kural olarak hâkimin verdiği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da yetkili kılındığı *karma sistem*dir¹⁷¹. Dünyadaki genel uygulama, özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale teşkil eden ve özellikle politik sebeplerle olmak üzere kötüye kullanmaya elverişli olan bu tedbire bağımsızlık niteliğine sahip olmalarından dolayı yargı organları tarafından karar verilmesi gerektiği yönündedir¹⁷². İletişimin denetlenmesinin hâkim kararına bağlı tutulması kişinin hak ve özgürlükleri üzerinde idarenin herhangi bir tasarrufta bulunamamasını; özel hayatın ve haberleşmenin sınırlanmasının idarenin inisiyatifine terk edilmemesini ve hukukun üstünlüğünü sağlamaya yönelik güvence teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁷³.

¹⁷¹ Gökçen, **a.g.e.**, s. 195; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁷² Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 284-285; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 102, 334; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 238.

¹⁷³ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 334; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 82; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 102; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 240.

3.1.2. Soruşturma Aşamasında

3.1.2.1. Hâkim Kararı

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrası¹⁷⁴ ile 4. fıkrası¹⁷⁵ gereğince soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak hâkim karar verebilir. İletişimin denetlenmesine karar verilmesi konusunda olağan yol hâkim tarafından iletişimin denetlenmesine karar verilmesidir.

CMK'da iletişimin denetlenmesine hâkim tarafından karar verileceğinin belirtilmesi ile yetinilmiş ve iletişimin denetlenmesine karar vermeye görevli ve yetkili hâkimin hangi hâkim olduğu konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak CMK'nun 162. maddesi¹⁷⁶ gereğince soruşturma aşamasında hâkim tarafından yapılabilen bir soruşturma işlemine gerek görülmesi halinde Cumhuriyet savcısının *sulh ceza hâkiminden* talepte bulunması gerekmektedir. CMK Yönetmeliğinin 4/d maddesinde ise hâkimin “*yetkili sulh ceza hâkimini veya Ceza Muhakemesi Kanununun 251 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesini*” ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümlerden iletişimin denetlenmesine karar verme görevinin kural olarak sulh ceza hâkimine, istisnai olarak da özel yetkili ağır ceza mahkemesi hâkimine ait olduğu sonucu çıkmaktadır¹⁷⁷.

Yetkili mahkeme açısından ise CMK'nun 162. maddesinde *bu işlemin yapılacağı yer* tabiri kullanılmıştır. CMK Yönetmeliği ise yukarıda belirtilen 4/d

¹⁷⁴ **CMK'nun 135/1 maddesi:** “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. 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.”

¹⁷⁵ **CMK'nun 135/4 maddesi:** “Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.”

¹⁷⁶ **CMK'nun 162. maddesi:** “Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir.”

¹⁷⁷ Kaymaz, a.g.e., s. 241.

maddesi ile CMK'ya göndermede bulunmakla yetinmiştir. CMK'nun 13 ila 16. maddelerinde ayrıca Cumhuriyet savcısının yetkisine yer verilmemiş, mahkemelerin yetkisi düzenlenerek Cumhuriyet savcısının yer bakımından yetkisi mahkemenin yer bakımından yetkisine tabi kılınmıştır¹⁷⁸. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesine karar vermeye yetkili hâkiminin yer bakımından yetki kurallarına göre suça bakmakla yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimi olduğunun kabul edilmesi ve yasada geçen *işlemin yapılacağı yer* tabirinin de bu şekilde anlaşılması gerekmektedir¹⁷⁹. Bu bakımdan uygulamada olumlu ve olumsuz yetki uyuşmazlığı, yetkisiz hâkimin kendisini yetkili görmesi veya yetkili hâkimin kendisini yetkisiz görmesi gibi sakıncalara yol açabilecek, dolayısıyla yasanın belirliliği ilkesi açısından sorunlu gözükken bu düzenleme yerine ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

CMK'da 250. maddesinin 1. fıkrasında¹⁸⁰ belirtilen suçlarla ilgili soruşturmalarda iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli hâkim konusunda ise ayrıkı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten CMK'nun 251. maddesinin 2. fıkrası¹⁸¹ ve CMK Yönetmeliğinin 4 maddesinin (d) bendi gereğince bu suçlarla ilgili soruşturmalara yönelik olarak iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli hâkim özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesidir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, 251. maddenin 3. fıkrasının¹⁸² 2. cümlesi gereğince suçun işlendiği yerdeki sulh

¹⁷⁸ Bu durumu doğal karşılamak gerekir. Zira 5235 sayılı 'Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri hakkında Kanun'un 9 ve 16. maddeleri gereğince Cumhuriyet başsavcılığı teşkilatı ceza mahkemelerinin teşkilatına bağlı olarak kurulmuştur.

¹⁷⁹ A.e., s. 258.

¹⁸⁰ **CMK'nun 250/1 maddesi:** "Türk Ceza Kanununda yer alan; a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci Maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür."

¹⁸¹ **CMK'nun 251/2 maddesi:** "250 nci Madde kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler."

¹⁸² **CMK'nun 251/3 maddesi:** "Soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir. Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer

ceza hâkimin görevli olması da mümkün olabilmektedir. Bu düzenlemeler uygulamada suç işlendiği yerdeki sulh ceza hâkiminin mi, yoksa suçun işlendiği yerin bağlı bulunduğu özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesinin mi görevli olduğu konusunda olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlığının ortaya çıkmasına yol açabilecek niteliktedir¹⁸³. Bu bakımdan yasanın belirliliği ilkesi açısından sorunlu gözükken bu konunun da ayrıntılı ve açık hükümlerle netliğe kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır. Yetkili hâkim ise yine CMK'nun mahkemelerin yetkisine ilişkin 13 ila 16. maddelerine ve özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetkisine ilişkin 250. maddenin 1. fıkrasına göre belirlenecektir.

Yine memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli ve yetkili hâkime ilişkin ayrıksı bir düzenlemeye yer veren 4483 sayılı yasanın 12. maddesinin 2. fıkrasının gözetilmesi de gerekmektedir¹⁸⁴.

Ayrıca Anayasanın 148. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Başbakan ve Bakanlar, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyeleri, Başsavcılar, Başsavcıvekilleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyeleri, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ile hakim ve savcılar, avukatlar gibi özel soruşturma usullerinin uygulandığı kişiler hakkında yürütülen soruşturmalarda iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli ve yetkili hâkimin hangi hâkim olduğu konusunda açık ve tereddüde yer bırakmayacak düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmediğine dikkati çekmek gerekir¹⁸⁵.

dışında işlenmiş ise Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın yapılmasını isteyebilir."

¹⁸³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 241-243.

¹⁸⁴ **4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 12/2 maddesi:** "Hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için Yargıtayın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur."

¹⁸⁵ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 249-252.

3.1.2.2. Cumhuriyet Savcısı Kararı

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrası ile 4. fıkrası gereğince iletişimin denetlenmesine Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmesi sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mümkündür. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı, olağandışı ve istisnai bir yetkidir.

Soruşturma görevi CMK'nun 160. maddesinin 1. fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısına ait bir görev olduğundan¹⁸⁶, soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının mümkün ve gerekli olup olmadığı konusundaki ilk değerlendirmeyi Cumhuriyet savcısı yapar. CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrası gereğince iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmamasına bağlı tutulduğundan, Cumhuriyet savcısının yapacağı değerlendirme öncelikle bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundadır. Bu şartların varlığının tespiti belli bir takdir yetkisini gerektirdiğinden, bu şartların bulunmadığı sonucuna varması halinde Cumhuriyet savcısının tedbir kararı verilmesi konusunda hakimden talepte bulunması söz konusu olmayacağı gibi, kendisi tarafından da tedbir kararı verilmeyecektir.

Cumhuriyet savcısı eldeki bilgi ve delillere göre şayet suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin var olduğu ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı sonucuna varırsa, bu defa iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığını, şayet böyle bir sakınca varsa gecikmeksizin hâkimden talepte bulunma olanağının bulunup bulunmadığını değerlendirecektir.

CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde gecikmesinde sakınca bulunan halin neyi ifade ettiği belirtilmemiştir. TİB Yönetmeliğinde ise *gecikmesinde sakınca bulunan hâlin*, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının

¹⁸⁶ **CMK'nun 160/1 maddesi:** “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

ortaya çıkması hâlini ifade ettiği belirtilmiştir¹⁸⁷. Doktrinde ise hâkime başvurulması halinde meydana gelecek gecikme nedeniyle tedbirin amacına ulaşılmasının imkânsız hale gelmesi veya tehlikeye girmesi halinde gecikmesinde sakınca bulunan halin var olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸. Cumhuriyet savcısına karar verme yetkisinin tanınmasının sebebi, tedbir vasıtasıyla ulaşılacak istenen bilgiye ulaşamaması tehlikesini ve delillerin karartılması olasılığını ortadan kaldırmaktır¹⁸⁹.

Cumhuriyet savcısının uygulanmasına karar verdiği tedbirlerin iletişimin tespiti, dinlemesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın derhal hâkim onayına sunulması ve hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerekmektedir. Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında ise haberleşmeye müdahale teşkil eden yetkili merciin kararının yirmidört saat içerisinde görevli hâkimin onayına sunulacağı; hâkimin ise kırksekiz saat içerisinde kararını açıklayacağı öngörülmüştür. CMK'daki düzenlemenin Anayasadaki düzenlemeye oranla bireyler açısından daha güvenceli bir düzen öngördüğü hemen anlaşılmaktadır.

CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısının uygulanmasına karar verdiği tedbirin mobil telefonun yerinin tespiti olması halinde ise Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın ayrıca hâkim onayına sunulmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mobil telefonun yerinin tespitinin diğer tedbirler gibi delil elde etmek amacına yönelik olmayıp şüphelinin yakalanması için yerinin tespitine yönelik olması bu yönde bir düzenlenmeye yer verilmemiş olmasının sebebi olarak görülebilir. Ancak hükümden bu tedbire karar verme görevinin de kural olarak hâkime ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu tedbirin uygulanması için Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hâkim onayına tabi olmaması düşüncesi, esas itibarıyla hâkime ait yetkinin fiilen Cumhuriyet savcına

¹⁸⁷ Bkz.: 'TİB Yönetmeliği'nin 3/f maddesi. Aynı tanıma 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde de yer verilmiştir. 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre ise gecikmesinde sakınca bulunan hal "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini" ifade etmektedir.

¹⁸⁸ Erdem, **a.g.e.**, s. 103, dipnot 28; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 497; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 281; Özbek, **a.g.e.**, s. 427-428; Şahin, **a.g.e.**, s. 201; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 63, 245.

¹⁸⁹ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 339.

mal edilmesine olanak sağlayacak bir düşünce şeklidir. Zira gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunup bulunmadığı yönünde yapılan değerlendirme belirli bir düzeyde takdir yetkisinin kullanılmasını gerektirmektedir. Cumhuriyet savcının bu yetkisini usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının hâkim tarafından denetlenemeyeceğini kabul etmek, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini hâkimden karar almamak yönünde kullanarak, tedbirin hakim kararına bağlı olması kuralını işlevsizleştirebilecek ve yetki gaspı niteliğinde durumların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Yasanın böyle bir amaç taşıdığı savunulamayacağına göre, olası kötüye kullanmaların önüne geçilmesi ve yasada öngörülen hâkim güvencesinin teorik ve sözde bir güvence durumuna düşmemesi için mobil telefonun yerinin tespitine yönelik Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın da hâkim onayına sunulmasının gerekli olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁹⁰.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hâkim onayına sunulması için öngörülen süreyi ifade eden ‘derhal’ sözcüğünün anlamı konusunda CMK’da ve CMK Yönetmeliğinde bir açıklık yoktur. Kelime anlamı dikkate alınarak derhal sözcüğünün ‘mümkün olan en kısa sürede’ anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür. Teorik olarak Cumhuriyet savcısının bu kararı adliyyede bulunmadığı bir sırada vermesi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın mümkün olan en kısa süre içerisinde hâkim onayına sunulması ve Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrası gereğince bu sürenin her halde yirmidört saati geçmemesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁹¹.

CMK’da ve CMK Yönetmeliğinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanması için öngörülen yirmidört saatlik sürenin ne zaman başlayacağı; daha açık bir ifadeyle Cumhuriyet savcının kararının verildiği andan mı, yoksa Cumhuriyet savcının kararının onaylanmasına ilişkin yazılı talebin önüne geldiği andan mı başlayacağı konusunda da bir açıklık yoktur¹⁹². Bu sorunun çözümünde Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kırsekiz saatlik süre ile CMK’nun 135. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yirmidört saatlik sürenin

¹⁹⁰ Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 265.

¹⁹¹ **A.e.**, s. 247-248.

¹⁹² Aynı durum Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kırsekiz saatlik sürenin başlangıcı için de geçerlidir. Bkz. Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 95.

hâkime tanınmasındaki amaçtan hareket edilmesi mümkündür. Gerçekten Cumhuriyet savcısının iletişimin tespiti, dinlemesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri açısından katalogda yer alan bir suça, mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri açısından ise her hangi bir suça ilişkin soruşturmanın başladığı andan hâkimden talepte bulunduğu ana kadar soruşturma dosyası hakkında bilgi sahibi olma olanağı ve bu tedbirlerin uygulanması konusunda muhakeme yürütecek yeterli zamanı bulunmaktadır. Ancak aynı olanaklara hâkimin sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira hâkim ancak kendisinden tedbirin uygulanması talep edildikten sonra dosyaya el attığında bu değerlendirmeyi yapabilecek bir konumdadır. Bu bakımdan bu sürenin talebin gereğini düşünebilmesini sağlamak amacıyla hâkime tanınmış bir süre olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple hâkimin onay kararını vermesi için öngörülen sürenin Cumhuriyet savcının kararının onaylanmasına ilişkin yazılı talebin hâkimin önüne geldiği andan başladığını kabul etmek gerekmektedir.

Yirmidört saatlik hâkimin karar verme süresinin dolması veya hâkim tarafından kararın onaylanmaması halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılmak zorundadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar en çok yirmi dört saat için geçerli ve bu sürede geçerliliği askıda olan bir karar niteliğindedir. İletişimin denetlenmesine sebep olan amacın güvenceye alınması amacıyla Cumhuriyet savcısına yetki verilmesi, yetkinin esas itibarıyla hâkimde olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi; hâkim tarafından onay talebi üzerine yapılan değerlendirme de esas itibarıyla kendisinde olan yetkinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlenmesi niteliğindedir¹⁹³. Bu sebeple her ne kadar bu konuda açıklık yaksa da, Cumhuriyet savcısının kararının hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet savcısının kararı ile hâkimin onaylamama kararı arasında geçen sürede elde edilmiş olan delillerin değerlendirilememesi gerekir¹⁹⁴. Cumhuriyet savcısının kararının hâkim tarafından onaylanması, onaya kadar geçen zaman süresi içerisinde Cumhuriyet savcısının kararının hukuka ve amaca

¹⁹³ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 94; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 103.

¹⁹⁴ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 340; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 604; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 103.

uygunluğunu tespit eden ve tedbiri dayanağını hâkim kararına dönüştüren bir karar niteliğindedir¹⁹⁵.

3.1.3. Kovuşturma Aşamasında

CMK'nun 135. maddesinin 1 ve 4. fıkraları gereğince telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında uygulanabilmektedir. 5353 sayılı yasayla değiştirilmeden önce bu tedbirin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada uygulanabileceği öngörülmüş iken 25.05.2005 tarihli 5353 sayılı yasanın 17. maddesiyle CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişikliklerle tedbirin kovuşturma aşamasında da uygulanması mümkün hale getirilmiştir.

CMK'nun 135. maddesinin 1 ve 4. fıkralarındaki ifadeden kovuşturma aşamasında da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla sanığın iletişiminin denetlenebileceği sonucu çıkmakta ise de¹⁹⁶, bu durum karar verme yetkisi bakımından hükmün 5353 sayılı yasayla yapılan değişikliğe uygun bir şekilde yeniden kaleme alınmamış olmasından kaynaklanmaktadır¹⁹⁷. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının ve sulh ceza hâkiminin bu tedbirlere karar verme yetkisi yoktur¹⁹⁸.

Kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi ve görevi sanığın yargılanmakta olduğu kamu davasına bakan ceza mahkemesine aittir¹⁹⁹. İletişimin denetlenmesi tedbirinin kovuşturma aşamasında uygulanabilmesinin hukuki dayanağı, hüküm mahkemesinin her hangi bir talebe gerek olmaksızın her türlü araştırmayı resen yapabilmesi ve her türlü koruma tedbirini uygulayabilmesidir. Gerçekten kovuşturma aşamasında da hükme ulaşmak açısından iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden özellikle iletişimin tespitinin ve mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbirlerinin uygulanması gerekli olabilir.

¹⁹⁵ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 604; Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁹⁶ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 363.

¹⁹⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 254.

¹⁹⁸ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 179; Ersan Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 254.

¹⁹⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 603-604.

Ancak iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının delil elde etmek olan esas amacına ulaşmaya elverişli bir tedbir olması, hakkında tedbir uygulanan kişinin tedbirin uygulanabileceğine ihtimal vermediği bir durumda gizlice uygulanmasına bağlıdır. Gerçekten kovuşturma aşamasında sanık üzerine belli bir fiilin atılı olduğundan haberdar olduğundan, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının delil elde etme amacı açısından elverişli bir yöntem olma özelliği büyük oranda zayıflamaktadır²⁰⁰. Bu sebeple iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, ulaşılacak istenen amacı gerçekleştirmek için esas itibarıyla soruşturma aşamasında elverişli bir tedbir mahiyetindedir²⁰¹. Nitekim iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri uygulamada da daha çok soruşturma aşamasında uygulanmaktadır.

Bu konuda belirtilmesi gereken bir husus da iletişimin denetlenmesine kovuşturma aşamasında karar verilmesi açısından CMK'nun 251. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin yasanın belirliliği ilkesine uygun bir düzenleme olmadığıdır. Gerçekten bu hüküm 250. madde kapsamına giren suçların kovuşturması sırasında hâkim tarafından verilmesi gerekli kararların özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesinin yanı sıra suçun işlendiği yer sulh ceza mahkemesi tarafından da verilebileceği sonucunun çıkmasına müsait bir düzenleme niteliğindedir. Oysaki yukarıda da belirtildiği gibi kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak kamu davasına bakmakta olan mahkeme tarafından karar verilebilmesi gerekir. Yasanın belirliliği ilkesi açısından sıkıntılı bu durumun giderilmesi için bu hükmün yeniden ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır²⁰².

²⁰⁰ Şahin, **a.g.e.**, s. 272.

²⁰¹ Özbek, **a.g.e.**, s. 525. Doktrinde bir görüş, kovuşturma aşamasında *açıklık ilkesinin* geçerli olması, buna karşılık iletişimin denetlenmesinin amaca ulaşma açısından elverişli bir tedbir olmasının gizliliğine bağlı olması sebebiyle iletişimin denetlenmesinin sadece soruşturma aşamasında uygulanabileceğini; CMK'nun bu koruma tedbiri açısından soruşturma ve kovuşturma kavramlarını eski yasadaki anlamıyla kullanmış olduğunu ileri sürmektedir. Bkz.: Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 363; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 698.

²⁰² Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 243.

3.1.4. Mağdurun Rızası

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri açısından ele alınması gereken konulardan birisi de, bu tedbirlerin mağdurun rızasıyla uygulanıp uygulanamayacağıdır. Anayasa’da ve CMK’da genel olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına mağdurun rızasının etkisi konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Konuyu iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine konu iletişim aracının mağdura ait olup olmamasına göre ele almak mümkündür.

Şüpheli veya sanığın iletişim aracı açısından belirtmek gerekir ki, mağdurun rızasının şüpheli veya sanığın iletişim aracı hakkında iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasını sağlama gücü yoktur. Çünkü şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınması, dolayısıyla bu tedbirlerin şüpheli veya sanığın iletişim aracına yönelik uygulanması herhalde CMK’nun 135. maddesinin 1. fıkrasındaki koşullara bağlıdır.

Mağdurun iletişim aracı açısından konu ele alındığında ise öncelikle belirtmek gerekir ki, mağdurla kurulan iletişim salt mağdurun iletişimi değil, bir o kadar diğer tarafın da iletişimi niteliğindedir. Dolayısıyla mağdura ait iletişim aracıyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasında da sadece mağdura ait iletişime değil, aynı zamanda şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin iletişimine de müdahale edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla mağdurun rızasının iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için yeterli olduğu kabul edildiğinde, mağdurun şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilerin özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkı konusunda tasarrufta bulunabilmesi olanağı yaratılmış olacaktır. Özel hayata saygı hakkı özel hukuk açısından *mutlak hak*²⁰³; kamu hukuku açısından ise kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak²⁰⁴ niteliğindedir. Bu sebeple mağdurun rızası bir hukuka uygunluk sebebi olmakla birlikte, mağdurun rızası sadece kendi tasarrufunda bulunan bir konuda geçerli olabilir. Mağdurun iletişimi sadece kendi tasarrufunda bulunan bir konu olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurun rızasının

²⁰³ Oğuzman, Seliçi, **a.g.e.**, s. 81 ve 82.; Özek, **a.g.e.**, s. 231 ve 244; Şen, **Özel Hayatın Gizliliği**, s. 9 ve 10; Helvacı, **a.g.e.**, s. 46; Özel, **a.g.e.**, s. 29; Danışman, **a.g.e.**, s. 18.

²⁰⁴ Özek, **a.g.e.**, s. 231; Şen, **a.g.e.**, s. 1 ve 9.

yeterli kabul edilmesi başka bir kişiye ait temel hakla ilgili olarak mağdura tasarruf yetkisi tanınması anlamına gelir.

Diğer taraftan CMK'nun 135. maddesinin 7. fıkrasında “*Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükmün anlamı CMK'nun 135. maddesine uygun olarak verilmiş tedbir kararına dayanmaksızın iletişimin dinlenmesinin ve kayda alınmasının mümkün olmamasıdır. Ayrıca Anayasanın 13. maddesi ile AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince özel hayata ve haberleşmeye müdahale teşkil eden işlem veya önlemin iç hukukta yasal dayanağının bulunması ve müdahalenin iç hukuka uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ne var ki Anayasa'da ve CMK'da mağdurun rızasıyla iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına olanak sağlayan açık bir hüküm bulunmamaktadır.

A-Fransa Davasında kiralık katil olarak tutulan şahsın rızası dâhilinde başvurucuyla yaptığı telefon görüşmesinin kaydedilmesi olayında AİHM, her ne kadar telefon görüşmelerinin taraflarından birisi olan kiralık katil telefon görüşmelerinin kaydedilmesine rızası göstermiş ise de, iletişimin diğer tarafı olan başvurucunun özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmeden önce iç hukuktaki yasal prosedürün izlenmemiş olmasını ve iç hukuka göre bu müdahaleye ancak hakim tarafından karar verilmesi mümkün olduğu halde müdahalenin hakim kararı olmaksızın yapılmış olmasını yasayla öngörülme zorunluluğunun ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM'ne göre bir dinleme kararı ile birçok kişinin telefonun dinlenmesine, diğer bir ifadeyle dinlenmesine karar verilen hattı arayan herkesin dinlenmesine olanak sağlayacağı için mağdurun rızasının yeterli kabul edilmesi üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini ortadan kaldıracaktır²⁰⁵.

Gerçekten iletişimin denetlenmesine olanak sağlayan hükümlerin amacı hukuk devletin iletişimin denetlenmesini sıkı şekil şartlarına tabi tutarak kamu makamlarının kişilerin temel haklarına keyfi bir şekilde müdahale edebilmesinin

²⁰⁵ *A-Fransa* Davası, 23.11.1993, § 38.

önüne geçmek ve temel hakların korunmasını güvence altına almaktır²⁰⁶. Bu sebeple mağdurun rızasıyla iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına olanak sağlanması halinde mağdurun kararıyla üçüncü kişilerin özel hayata saygı hakkına müdahale edilmesi ve iletişimin denetlenmesine ilişkin yasa hükümlerinin bertaraf edilmesi imkânı ortaya çıkacaktır. Bu gerekçelerle bize göre mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğundan hareketle mağdurun iletişiminin sadece mağdurun rızasıyla dinlenmesine ve kayda alınmasına olanak bulunmamaktadır²⁰⁷.

3.1.5. Değerlendirme

AİHM tarafından haberleşmeye müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesini uygulamaya kural olarak bağımsız bir yargısal otorite olan hâkim tarafından karar verilmesinin²⁰⁸, bu olmadığı takdirde hâkim kadar bağımsız olma özelliğine sahip kişilerce karar verilmesinin²⁰⁹ gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, iletişimin denetlenmesi tedbirine hâkim tarafından karar verilmesi gereğinin evrensel ve Avrupa Konseyi ülkelerinde ortak bir yasal zemini bulunan objektif bir standart olduğunu ve iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisinin hâkim dışında bir kişi ya da kuruma tanınması konusunda devletlerinin takdir yetkisinin oldukça dar olduğunu kabul etmektedir.

Anayasamız 20 ve 22. maddelerinin 2. fıkralarında özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının usulüne göre verilmiş hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle sınırlanabileceğini öngörmektedir. CMK'nun 135. maddesinin 1 ve 4. fıkralarında da iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisini kural olarak hâkime, istisnai olarak da Cumhuriyet savcısına tanımıştır. Bu sebeple hukukumuz iletişimin

²⁰⁶ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 275.

²⁰⁷ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 275; Özbek, **a.g.e.**, s. 429; Şen, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 113-114. K.g. için bkz.: Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 705; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 185; Hakeri, **a.g.e.**, s. 9; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 291.

²⁰⁸ ²⁰⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 53; *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Petra-Romanya Davası*, 23.09.1998, § 37; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 47.

²⁰⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 53; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 47.

denetlenmesine karar verme yetkisi bakımından kural olarak adli sistemi benimsemiş²¹⁰ ve AİHM kararlarına uygun bir düzenlemeye yer vermiştir.

Diğer yandan AİHM yasal düzenlemelerin gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasında izlenecek prosedürü yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenleyen hükümlere yer vermesinin gerektiğini²¹¹; özel hayata ve haberleşmeye yapılabilecek müdahalelerin usulünü yeterli açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtmeyen düzenlemelerin yasa olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir²¹².

CMK’da soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli ve yetkili hâkimin hangi hâkim olduğu konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Özellikle bağlantılı suçlarda, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ve özel soruşturma usullerinin uygulandığı kişilere yönelik soruşturmalarda görevli ve yetkili hâkimin belirlenmesi konusunda olumlu ve olumsuz yetki ve görev uyuşmazlıklarının oluşması ya da görev ve yetkili olmayan hakimın kendisini görevli ve yetkili görmesi mümkündür. Bu sebeple bağlantılı suçlarda, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ve özel soruşturma usullerinin uygulandığı kişilere yönelik soruşturmalarda görevli ve yetkili hâkimin belirlenmesine yönelik düzenlemelere yer verilmesinin hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi açısından isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

CMK’nun 135. maddesinin 1 ve 4. fıkralarındaki ifadeden kovuşturma aşamasında da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla sanığın iletişiminin denetlenebileceği sonucu çıkmakta ise de, bu durum karar verme yetkisi bakımından hükmün 5353 sayılı yasayla yapılan değişikliğe uygun bir şekilde yeniden kaleme alınmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple maddenin ayrıntılı bir şekilde ve ifade tutarsızlıklarını giderecek şekilde kaleme alınmasında yarar bulunmaktadır.

²¹⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 411.

²¹¹ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 41 ve 48.

²¹² *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 62; *Doerga-Hollanda* Davası, 27.07.2004, § 53; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 41.

3.2. Kararın Usulü, Şekli ve İçeriği

3.2.1. Cumhuriyet Savcısının Talebi

CMK'nun 162. maddesi gereğince soruşturma aşamasında hâkim tarafından yapılabilen bir soruşturma işlemine gerek görülmesi halinde Cumhuriyet savcısının *bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkiminden talepte bulunması* gerekmektedir. Diğer yandan CMK Yönetmeliğinin 5. maddesinin 2. fıkrasında²¹³ Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesine karar vermekle görevli hâkimden denetim kararı alınması amacıyla talepte bulunulacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hükümlerden soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine hâkimin ancak Cumhuriyet savcısının talepte bulunmasına bağlı olarak karar verileceği anlaşılmaktadır²¹⁴.

Cumhuriyet savcısının taleplerinde belirtilmesi gereken hususlara ilişkin olarak CMK'da çeşitli hükümlere yer verildiği görülmektedir. Nitekim CMK'nun 101. maddesinin 1. fıkrasında tutuklama taleplerinde mutlaka gerekçe gösterileceği ve adli kontrol uygulanmasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili sebeplere yer verileceği belirtilmiştir. Yine hâkimi ret talebinde Cumhuriyet savcısı da bulunabileceğinden, CMK'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında Cumhuriyet savcısının öğrendiği ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklamak ve süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesine karar verilmesine yönelik talebinde yer alması gereken unsurlara ilişkin olarak CMK'da açık bir düzenlemeye yer verilmemiş, konu CMK Yönetmeliğinin yukarıda belirtilen 5. maddesi ile 6. maddesinde düzenlenmiştir.

²¹³ **‘CMK Yönetmeliği’nin 5/2 maddesi:** “Cumhuriyet savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi istemlerine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek hâkimden talepte bulunur.”

²¹⁴ Doktrinde soruşturma aşamasında hâkimin Cumhuriyet savcısının talebi bulunmaksızın resen iletişimin denetlenmesine karar verip veremeyeceği de tartışılan bir konudur. Bkz.: Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 234. Soruşturma görevi münhasıran Cumhuriyet savcısına ait bir görev olduğundan ve CMK'nun 163. maddesinde öngörülen özel durumlarda sulh ceza hakimine verilen soruşturma yetkisi de niteliği itibarıyla Cumhuriyet savcısı yetkisi olduğundan, hakim tarafından resen iletişimin denetlenmesine karar verilmesi hem hukuken hem de fiilen mümkün gözükmemektedir. Bkz.: Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 283; Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 254. K.g. için bkz.: Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 364.

Bu hükümlere göre Cumhuriyet savcısının taleplerinde kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği; bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu; başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler; şüphelinin kimliği; iletişim aracının türü ile türüne göre iletişim aracının numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu; uygulanmak istenen tedbirin türü ve kapsamı ile tedbirin uygulanacağı süre belirtilmeli, bunlara ilişkin bilgi ve belgeler talep yazısına eklenmelidir. Şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olan ve 135. maddesinin 1. fıkrasındaki şartlara ve sınırlamalara tabi olmayan mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin taleplerde ise kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği; şüphelinin kimliği; mobil telefonun numarası ile tespit işleminin süresi belirtilmelidir.

Her ne kadar CMK Yönetmeliğinin 5 ve 6. maddeleri Cumhuriyet savcısının talebinde yer alması gereken hususları ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ise de, Cumhuriyet savcısının talebinde yer alması gereken hususlar belirtilenlerden ibaret değildir. Gerçekten Cumhuriyet savcısının talebi ile mahkeme tarafından verilen kararın mahiyeti arasında önemli farklar bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesinde görevi iddiayı ortaya koymaktır. Katalog suçlardan birisiyle ilgili olarak yapılan soruşturmada iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması gerekip gerekmediğinin takdiri öncelikle Cumhuriyet savcısına ait bir görevdir. Gerçekten Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulanması talebinde bulunması öncelikle Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında değerlendirme yapmasını gerektirir. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan işin mahiyeti icabı, talebe konu tedbirin uygulanması için gerekli şüphenin bulunduğu ve başka surette delil elde edememe durumunun oluştuğuna, tedbirin gerekliliğine ve elverişliliğine yönelik bilgi, delil ve gerekçelerin, amaca ulaşmak için diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bilginin, uygulanmamış ise uygulanmama gerekçelerinin de talepte yer alması gerektiğini kabul etmek gerekir²¹⁵. Bu sebeple bu değerlendirenin ne şekilde yapıldığının anlaşılabilmesi ve özellikle bu

²¹⁵ Özbek, **a.g.e.**, s. 428; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 237.

değerlendirmenin gerçekten yapılmasını sağlamak ve mahkemeden talepte bulunma yetkisinin keyfi şekilde uygulanmasının önüne geçmek için CMK'nun 101. maddesinin 1. fıkrasına yönelik anlayışa benzer bir anlayışla ayrıntılı hükümlere CMK'da yer verilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz²¹⁶.

3.2.2. Kararın Şekli

Karşılaştırmalı hukukta çoğunlukla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların yazılı olması aranmaktadır²¹⁷. CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın şekline yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasının ifade biçiminden kararın yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Bu fıkranın birinci cümlesindeki *“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”* ifadesinden, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın yazılı olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Diğer taraftan Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercii tarafından verilen ve haberleşmeye müdahale teşkil eden emrin *yazılı* olması gerektiği; 141. maddesinin 3. fıkrasında, bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olarak *yazılması* gerektiği; CMK'nun 34. maddesinin 1. fıkrasında ise hâkim ve mahkemelerin her türlü kararının, karşı oy dahil, gerekçeli olarak *yazılması* gerektiği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında iletişimin denetlenmesine ilişkin Cumhuriyet savcısı tarafından verilen ve Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen emir mahiyetinde olan kararlar ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında hâkim ve mahkeme tarafından verilen kararların yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır²¹⁸. Kararın yazılı olması tedbirin kötüye kullanılmasına ve keyfiliğe

²¹⁶ Kaymaz, , a.g.e., s. 238.

²¹⁷ Erdem, Özbek, a.g.e., s. 285; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 340; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 103; Kaymaz, , a.g.e., s. 267.

²¹⁸ Kaymaz, , a.g.e., s. 268-269.

karşı güvence oluşturduğu gibi etkili bir şekilde hukuksal denetime tabi tutulabilmesinin de güvencesini oluşturmaktadır²¹⁹.

3.2.3. Kararın İçeriği

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın içeriğinde yer alması gereken hususlara ilişkin hükümler, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tabi tutulduğu koşulların sıkı bir şekilde gözetilmesini, gelişigüzel başvuruların ve kötüye kullanmaların önüne geçilmesini, suçla ve tedbirle ilgisi bulunmayan kişilerin tedbirden zarar görmemesini, şüpheli veya sanığın kullanmadığı telekomünikasyon araçlarının denetlenmesinin engellenmesini sağlama amacına yöneliktir²²⁰. Bu sebeple iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların içeriğinde yer alması gereken hususlara ilişkin hükümler şüpheli veya sanık ile birlikte üçüncü kişilerin de özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarının korunmasının güvencelerini oluşturmaktadır.

CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrası ile CMK Yönetmeliğinin 6. maddesi ve 7. maddesinin 2. fıkrası iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların içeriğinde yer verilmesi gereken hususlar açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin kararlarda kararın hangi suçun soruşturulması için verildiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmamasının gerekçesi ve buna bilgi veya belgelerin neler olduğu, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, tedbire konu iletişim aracının türü, telefon hattının numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu, tedbire konu iletişim aracının sahibinin şüpheli veya sanık olmaması halinde iletişim aracının sahibinin kimliği, karara konu tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin taleplerde ise kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, şüphelinin kimliği, mobil telefonun numarası ile tespit işleminin süresi belirtilmelidir.

²¹⁹ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 341.

²²⁰ A.e., s. 340.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararların içeriğinde yer verilmesi gereken hususlara ilişkin hükümlerin niteliği doğrudan yargı organlarına yönelik emredici kurallar olmaları, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların içerik bakımından hukuka uygunluğunun standardını belirlemeleri ve uygulanacak tedbirin çerçevesini kararın içeriğinde yazılı unsurlarla sınırlamalarıdır. Bu sebeple iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların bu hükümlerde yer alan unsurları içerecek şekilde ayrıntılı olması ve karara konu tedbirin uygulanmasının da kararda yazılı sınırlayıcı bilgilere uygun olması gerekmektedir²²¹. CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrası ile CMK Yönetmeliğinin 6. maddesinde belirtilen hususlara yer vermeyen kararlar bu hükümlerde öngörülen hukuka uygunluk standardına aykırı olacağından, bu kararlara dayalı olarak yerine getirilen tedbir de hukuka aykırı hale gelecektir. Diğer yandan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın içeriği uygulanacak tedbirin çerçevesini belirlediğinden, kararda yazılı çerçeveyi aşan uygulamalar da hukuka aykırı olacaktır. Başlı başına iç hukuk kuralına aykırılık AIHS'ne aykırı olduğundan, içerik bakımından usule aykırı kararlara dayalı ya da karar içeriğine aykırı olarak gerçekleştirilen tedbirler Sözleşmenin 8. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

AIHM gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceler içeren açık ve ayrıntılı hükümlere yer vermesi gerektiğini belirtmektedir²²². CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrası ile CMK Yönetmeliğinin 6. maddesinde iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların içeriğinde yer verilmesi gereken hususlar açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğinden kararın içeriği bakımından iletişim denetlenmesi tedbirlerinin kötüye kullanılmalara karşı yeterli ve etkili güvencelerin oluşturulduğunu söylemek mümkündür.

²²¹ Şahin, **a.g.e.**, s. 269.

²²² *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya* Davası, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 41 ve 48.

3.3. Tedbirin Yerine Getirilmesi

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin yürütülmesi, yanlış ve hukuka aykırı uygulamaların önüne geçilmesi için *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu*²²³ bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterecek şekilde 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinin 1. maddesinin (a) bendi ile *Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı* kurulmuştur. TİB Yönetmeliğinin 17. maddesinin 1 fıkrasının (b) bendine göre, CMK'nun 135. maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek TİB'nin görevleri arasında sayılmıştır.

Soruşturma ve kovuşturma sebebiyle verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların ne şekilde yerine getirileceği CMK'nun 137. maddesinin 1. fıkrası ile CMK Yönetmeliğinin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, CMK Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte CMK'nun 137. maddesinin 1. fıkrasının²²⁴ iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti tedbirleri açısından uygulanma kabiliyeti kalmamıştır.

CMK Yönetmeliğinin 9. maddesi gereğince iletişimin dinlenmesi tedbiri iletişimin kayda alınması suretiyle yerine getirilir ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile ilgili alınan kararlar yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilir. Kolluk birimi bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla

²²³ Bkz.: 2813 sayılı “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun” un 5. ve 8. maddeleri. (2813 sayılı yasa 5809 sayılı yasanın 66. maddesi gereğince mülga olmakla birlikte aynı madde uyarınca istisna tutulan 2813 sayılı yasanın 5. ve 8. maddeleri halen yürürlükte dir.)

²²⁴ **CMK’nun 137/1 maddesi:** “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.”

görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını²²⁵ TİB’na bildirir ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilir.

İletişimin tespiti kararı ile ilgili işlemlerin yerine getirilmesini ise Cumhuriyet savcısı doğrudan veya kolluk birimi aracılığıyla TİB’ndan talep eder ve iletişimin tespiti işlemleri TİB tarafından yerine getirilir.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin ne şekilde yerine getirileceği konusunda ise CMK Yönetmeliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu tedbirin yerine getirilmesinde CMK’nun 137. maddesinin 1. fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk görevlisi tarafından telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden mobil telefonun yerinin tespiti kararını yerine getirmeleri talep edilmek suretiyle kararın yerine getirilmesi sağlanacaktır.

TİB Yönetmeliğinin 4. maddesinin 2. fıkrası gereğince *“Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini tespit edemez, dinleyemez, sinyal bilgilerini değerlendiremez ve kayda alamaz.”* İletişimin denetlenmesi ilişkin kararların uygulanmasına ilişkin işlemler TİB tarafından yürütüldüğünden kararların işletmecilere gönderilmesi söz konusu olmadığı gibi karar olmaksızın ve aidiyet numarası bildirilmeksizin TİB tarafından işlem başlatılması da mümkün değildir. TİB işletmecilerle ilgili tüm çalışmaları yaparak, iletişim denetlenmesine ilişkin kararlar doğrultusunda verilere erişim ile ilgili tüm işlemleri yürütmekle görevlidir. Bu sebeple mobil telefonun yerine tespiti tedbiri dışındaki iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin mutlaka TİB tarafından uygulanması gerekmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapan kolluk personelinin kimliği bir tutanakla saptanır. İletişimin denetlenmesi işlemine kararda belirtilen süre dolmadan son verilmesi halinde durumun Cumhuriyet savcısı tarafından denetleme işlemine son vermek üzere derhal Başkanlığa bildirilmesi gerekmektedir. Dinleme ve kayda alma işlemine konu tüm

²²⁵ CMK Yönetmeliğinin 4/1-a maddesi uyarınca *aidiyet numarası* *“..Yönetmelikte belirlenen işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen numarayı”* ifade etmektedir.

veriler Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen kolluk personeline ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilerek tamamı tutanağa kaydedilerek Cumhuriyet savcısına teslim edilir. İletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sonucunda elde edilen dökümler de kolluk personeline Cumhuriyet savcısına teslim edilir.

TİB Yönetmeliği ve CMK Yönetmeliği ile iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların belirli bir aidiyet numarası bulunan kolluk personeli tarafından yerine getirilmesi ve TİB tarafından yürütülmesi sağlanmıştır. Bu hükümlerin amacı bir yandan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin gizlilik içerisinde uygulanmasını; bir yandan da elde edilen özel verilerin gizliliğini ve güvenliğini sağlamaktır. Bu sebeple bu hükümler hem soruşturmanın güvenliğini hem de elde edilen verilerin sahibi olan şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilerin haberleşmelerinin gizliliğini güvence altına almaktadır.

AIHM kötüye kullanmalara karşı etkili ve yeterli güvence oluşturması için *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasını hâkimin denetim ve gözetiminde yürütülmesini²²⁶; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin kararların bağımsız bir organ tarafından yürütülmesini ve bu organın işlemleri üzerinde yargısal denetimin sağlanmasını²²⁷ ve gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanma sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğini denetlemesine olanak tanıyacak şekilde denetlemenin sonuçları hakkında hâkimin mütemadiyen bilgilendirilmesini²²⁸ yasanın kalitesi açısından gerekli gördüğünü belirtmiştir. Ayrıca Mahkemeye göre gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanma sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğini güvence altına almak için bağımsızlık niteliğine sahip hâkim yerine savcının yetkilendirilmesinin yeterli kabul edilmesine olanak yoktur²²⁹.

TİB'nin kurulmasıyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması tek bir merkezde toplanmış ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması kolluğun inisiyatifinden çıkartılarak yetki ve görevleri belirlenmiş bir kuruma

²²⁶ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 52 ve 56. (Erdem, **a.g.e.**, s. 343.)

²²⁷ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 40-41.

²²⁸ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 47.

²²⁹ *A.k.*, § 47.

devredilmiştir. Dolayısıyla TİB'nın faaliyete geçirilmesiyle birlikte başka kurum veya kişilerin iletişimin denetlenmesine yönelik faaliyetleri yasa dışı hale gelmiştir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesine ilişkin faaliyetlerin uygulanmasının tek bir merkezde toplanması iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlerin kötüye kullanılmasına karşı etkili güvenceleri sağlaması bakımından önemli bir gelişme sağlamıştır.

Buna karşın hem CMK'da hem de CMK Yönetmeliğinde iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanma sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğinin hâkim tarafından denetlenmesini ve bu tedbirlerin hâkimin gözetimi altında uygulanmasını sağlamaya yönelik hükümlere ise yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple hem kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından karara konu tedbirin uygulanma sürecinin hukuka uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimini; hem de yargısal yoldan genel olarak TİB tarafından yürütülen işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin denetimini sağlamaya yönelik AİHM kararlarına uygun güvencelere mevzuatımızda yer verilmesi yerinde olacaktır²³⁰.

3.4. Tedbirin Süresi

İletişimin denetlenmesi tedbirleri koruma tedbiri niteliğinde olduklarından ceza muhakemesinde delil elde etme amacına yönelik olarak geçici süreyle uygulanan tedbirlerdir²³¹. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin geçici olmasının amacı bir yandan kişilerin özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmesinin belirli bir azami süreyle sınırlanmasını sağlamak, hem de belirli periyotlarla uygulanan tedbirin yerindeliğinin denetlenebilmesi, amaca uygunluğu açısından tedbir kararının düzeltilebilmesi, değiştirilebilmesi için yenilenmesi usulünü öngörmektir²³².

²³⁰ Benzer görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 316. Konu hakkında ayrıca bkz.: Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 103.

²³¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 731; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 496; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 280; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 246; Şahin, **a.g.e.**, s. 201; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 63.

²³² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 607; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 261.

CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine, 4. fıkrasının 3. cümlesinde ise mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ilişkin kararların en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemelere göre iletişimin denetlemesi tedbirlerinin uygulanabileceği azami süre kural olarak altı ay olup, tedbirin uygulanmasına en çok iki defa²³³ karar verilmesi mümkündür.

CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasının 3 cümlesinde de istisnai bir düzenlemeye yer verilerek, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak hâkimin gerekli görülmesi halinde iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebileceği öngörülmüştür. İstisnai hükümle sürenin müteaddit defalar uzatılabilmesi, süre uzatmanın gerekli görülmesi şartına bağlanmıştır. Tedbirin uzatılmasının gerekli görülmesinden anlaşılması gereken tedbirin delil elde etmeye elverişliliğinin devam etmesi olmalıdır. Belirtmek gerekir ki, doktrinde örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak hâkime sınırsız uzatma yetkisi tanınması tedbirlerin uygulanmasıyla elde dokümanların yok edilmesi, ilgiliye haber verilmesi gibi güvenceleri işlevsiz bırakabileceği ve hukuk devleti ilkesi ile çelişebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir²³⁴. Diğer taraftan özel hayata ve haberleşmeye müdahale gücü dikkate alındığında mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin istisnai düzenleme kapsamına alınmamış olmasının eleştirilmesi de mümkündür. Ancak mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin istisnai norm kapsamına alınmamış

²³³ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 636; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 215. Gerçekten CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasının 2 cümlesindeki 'en çok' ve 'bir defa' tabirleri ile aynı fıkranın 3 cümlesindeki 'müteaddit defalar' tabirinin kullanılmış olması da dikkate alındığında, sınırlamanın hem tedbirin azami süresine, hem de sayısına yönelik olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. 135. maddenin gerekçesinde de tedbirin 'en çok iki defa' uygulanabileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan yasanın belirliliği ilkesi hükmün açık olmadığı durumlarda, hükmün özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilen kişi için en güvenceli şekilde yorum yapılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple tedbirin sadece süreye yönelik azami bir sınır belirleyecek şekilde ifade edilmek suretiyle yeniden düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki düzenlemenin süreye yönelik azami sınır belirleme amacı taşıdığı düşüncesinden hareketle tedbirin ikiden fazla defa uygulanabileceği de doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 342-343.

²³⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 606-607; Özbek, **a.g.e.**, s. 432.

olmasının, bu tedbirin şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin kullandığı mobil telefona yönelik olarak da uygulanabileceği düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir.

CMK Yönetmeliğinin 7. maddesinin 6. fıkrası gereğince dinleme ve kayda alma kararının yerine getirilmesi sırasında şüphelinin başka bir iletişim aracını kullandığının belirlenmesi halinde buna ilişkin verilecek karar ya da kararların süresinin önceki tedbir kararında verilen sürenin bitiş tarihini geçmesi mümkün değildir. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilemeyeceği için sürenin uzatılmasına sadece hâkim tarafından karar verilmesi²³⁵ ve süre uzatmaya karar vermeden önce tedbirin uygulanması koşullarının devam edip etmediği de gözetilmelidir²³⁶.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin uygulanacağı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla düzenlemeden hareketle bu sürenin ne zaman son bulacağını da açıkça belirlenememektedir. CMK Yönetmeliğinin bu konuya ilişkin 12. maddesinin 4. fıkrasında “*dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar*” düzenlemesine yer verilmiş ancak bu düzenleme Danıştay tarafından iptal edilmiştir²³⁷. Danıştay kararı gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenleme tedbirin uygulanma süresinin başlangıç anının tedbir kararının sisteme tanıtıldığı sürece ertelenebilmesine olanak tanımaktadır. Tedbir kararını uygulamakla görevli TİB idari bir kurum olmakla, TİB’na bu konuda verilen takdir yetkisi sınırları belirtilmemiş, açık uçlu bir takdir yetkisi olmaktadır. Böylece tedbir kararının uygulanması sınırsız olarak ertelenebilir mahiyette olduğundan şüpheli veya sanığın hukuk güvenliğini zedeleyen bir durum ortaya çıkmaktadır²³⁸. AİHS’nin 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama hükmünün dar yoruma tâbi bir düzenleme olması, müdahalenin meşruluğundan şüphe edildiği bir durumda üstünlüğün hakkın kendisine tanınmasını; dolayısıyla hakkın süjesinin lehine olacak şekilde yorum yapılmasını ifade eder²³⁹.

²³⁵ Şahin, **a.g.e.**, s. 270.

²³⁶ Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 104; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 263.

²³⁷ Danıştay 10. Dairesi’nin 22.02.2010 tarih 2007/2795 E. 2010/1399 K. sayılı kararı.

²³⁸ Benzer yönde görüş için bkz.: Erdem, **a.g.e.**, s. 104.

²³⁹ Macovei, **a.g.e.**, s. 36; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 92.

Bu sebeple mevcut durumda tedbirin süresini tedbir kararının verildiği tarihten başlatmak en uygun çözüm olacaktır²⁴⁰.

Şüpheli veya sanığın hukuk güvenliğinin sağlanması, tedbirin uygulanması konusundaki teknik yetersizliklerin kararın uygulanmasının sınırsız olarak ertelenmesine gerekçe gösterilmesinin önüne geçilmesi, tedbir kararını uygulayacak olan TİB'nin kararı sisteme tanıtmak konusundaki takdir yetkisinin çerçevesinin belirlenmesi amacıyla tedbirin başlangıç anına ilişkin olarak açık bir düzenlemeye yasada yer verilmesi yasanın belirliliği ilkesinin ve Anayasanın 13. maddesinde öngörülen sınırlamanın şekli anlamda yasa dışında bir düzenleyici işlemle yapılması yasağının gereklerindendir²⁴¹. Tedbirin uygulanmaya başlanması konusunda karar merciinin belirli bir süre öngörmesine olanak sağlayan, ancak tedbirin uygulanmaya başlanması konusunda karar merciinin öngörebileceği süreye azami bir sınır koyan, dolayısıyla hem karar merciinin süreyi belirlemesi konusundaki, hem de TİB'nin kararı sisteme tanıtması konusundaki takdir yetkisinin çerçevesini ortaya koyan bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bu düzenlemenin idari bir tasarruf niteliğindeki yönetmelikle değil, Anayasanın 13. maddesi gereğince yasama organı tasarrufu olan yasayla yapılması, dolayısıyla düzenlemeye CMK'da yer verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yapılacak düzenleme AİHS'ne uygun olmakla birlikte, bu defa Anayasaya aykırı olacaktır.

AİHM iletişimin denetlenmesinin belirli bir süreyle sınırlı olmasını ve yenilenme usulü öngörülmesini kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceler öngörülmesi bağlamında yasanın kalitesi açısından gerekli görmektedir²⁴². Bu sebeple iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabileceği süreye ilişkin düzenlemelerin genel olarak AİHM kararlarına uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

²⁴⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 414; Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 607; Özbek, **a.g.e.**, s. 429; Şen, **a.g.e.**, s. 114; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 325.

²⁴¹ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 325.

²⁴² *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 52; *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre* Davası, 16.02.2000, § 58.

3.5. Tedbire Son Verilmesi

CMK'nun 137. maddesinin 3. fıkrasında ve CMK Yönetmeliğinin 13. maddesinin 1 fıkrasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ve tedbire Cumhuriyet savcı tarafından karar verilmesi halinde hâkim onayının alınamaması iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına son verilmesi sebebi olarak açıkça gösterilmiştir. Ayrıca her ne kadar tam bir açıklık bulunmasa da, iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulanması için öngörülen sürenin sona ermesi, tedbire Cumhuriyet savcı tarafından karar verilmesi halinde hâkim tarafından onaylanması için öngörülen yirmi dört saatlik sürenin dolması ve şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kişi olduğunun anlaşılması hallerinin de iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına son verilmesi sebebi olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

CMK'nun 170. maddesinin 2. fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması koşuluna bağlı tutulmuş ve 172. maddesinin 2. fıkrası gereğince de soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar tedbirin uygulanmasına yol açan suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunmadığının tespiti niteliğinde olduğundan, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına son verilmelidir²⁴³.

İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbire Cumhuriyet savcı tarafından karar verilmesi halinde Cumhuriyet savcısının kararının hâkim tarafından onaylanmaması Cumhuriyet savcısının kararının hukuka aykırılığını tespit eden bir karar niteliğinde olduğundan²⁴⁴ hâkim onayının alınamaması halinde de iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına son verilmelidir²⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin Cumhuriyet savcısı kararının hâkim onayına

²⁴³ Özbek, **a.g.e.**, s. 431; Şahin, **a.g.e.**, s. 273; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 333.

²⁴⁴ Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 95.

²⁴⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Özbek, **a.g.e.**, s. 431; Şahin, **a.g.e.**, s. 273; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 335.

sunulması zorunluluğu bulunmadığından, bu durum mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri açısından geçerli değildir.

CMK'da ve CMK Yönetmeliğinde açıkça belirtilmemiş ise de, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri açısından, gerekli şüphe derecesi²⁴⁶, ikinci dereceden uygulanabilirlik, denetime konu iletişim aracının şüpheli veya sanığa ait olmaması gibi bu tedbirlerinin uygulanması ilişkin gerekli koşulların ortadan kalması veya bu tedbirlerin uygulanmasına gerek kalmadığının anlaşılması halinde de amaca bağlılık ilkesinin bir gereği olarak bu tedbirlerin uygulanmasına derhal son verilmelidir²⁴⁷. İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri açısından tedbirin uygulanmasına sebep olan suçun kovuşturma şartına bağlı olması halinde, kovuşturma şartının ortadan kalması halinde de bu tedbirlerin uygulanmasına derhal son verilmelidir.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri açısından, bu tedbirlerin uygulanması sırasında elde edilen delillere göre işlenen ya da işlenmekte olan suçun katalogda yer almayan bir suça vücut verdiğinin anlaşılması halinde de amaca bağlılık ilkesinin bir gereği olarak bu tedbirlerin uygulanmasına derhal son verilmelidir. Ancak elde edilen delillere göre bu tedbirlere ilişkin kararlara konu fiilin kararda yazılı suçu oluşturmamakla birlikte, katalogda yer alan başka bir suça vücut verdiğinin anlaşılması halinde ise CMK tedbir kararının içeriği konusunda fiili değil suçun türünü esas almış olduğundan tedbir kararının yeni suç yönünden yenilenmesi gerekmektedir²⁴⁸. Yine iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleştiğinde ya da elde edilmek istenen yarara ulaşıldığında da tedbirlerin uygulanmasına son verilmelidir²⁴⁹.

²⁴⁶ ÇASÖMK'nun 2. maddesinin 7. maddesinde "İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısının tarafından kaldırılır" hükmüne yer verilmiş iken benzer bir düzenlemeye CMK'da yer verilmemiştir.

²⁴⁷ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 347; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 104; Özbek, **a.g.e.**, s. 431-432; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 334. AIHM de iletişimin denetlenmesi için gerekli koşulların ortadan kalkması veya tedbire artık gerek kalmadığında iletişimin denetlenmesinin derhal sona erdirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz.: *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 52.

²⁴⁸ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 159-160, 334.

²⁴⁹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 255, 291; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 610; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 333-334.

3.6. Kayıtların Korunması ve İmhası

İletişimin denetlenmesi tedbirleri gizli uygulanan muhakeme tedbirlerinden olduklarından, bu tedbirlerin ceza muhakemesindeki işlevlerini yerine getirebilmeleri olabildiğince gizli bir şekilde uygulanmalarına bağlıdır. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin etkinliğini güvence altına almak amacıyla CMK'nun 135. maddenin 5. fıkrası sevk edilerek, iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin alınan kararların ve yapılan işlemlerin tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmiştir. CMK Yönetmeliğinin 5. maddesinin 4. fıkrasıyla da iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin alınan kararların ve yapılan işlemlerin gizliliğini sağlamaya yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁵⁰. Diğer taraftan TİB Yönetmeliği ile de iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına devam edildiği süre zarfında yapılan kayıtları saklama ve bu kayıtların güvenliğini sağlama görevi TİB'na verilmiştir. Gerçekten TİB Yönetmeliğinin 21. maddesinin (f) bendinde tedbir devam ettiği sürece yapılan kayıtları, iletişimin içeriği ve içeriğin dışında kalan iletişime ait bilgilerle birlikte saklamak TİB'nın görevleri arasında sayılmış ve TİB bünyesinde bulunan kayıtların korunmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi gizli bir şekilde uygulandığından iletişimin denetlenmesi tedbirlerine muhatap olan kişilerin bu tedbirlerin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin denetimi konusunda tedbir uygulanırken hukuki bir yola başvurmaları fiilen mümkün değildir. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen bilgiler ile kaydedilen iletilerin korunması hem kayıtların güvenilirliğinin sağlanması, hem de kişilerin özel hayatlarının ve haberleşmelerinin gizliliğinin korunması açısından önemli bir konu haline gelmektedir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi yoluyla oluşturulan kayıtların korunması konusu bir yandan ceza muhakemesinin doğru bir şekilde yürütülmesi açısından, bir yandan da bireylerin korunması açısından ele alınabilir.

²⁵⁰ **‘CMK Yönetmeliği’nin 5/4 maddesi:** “...Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir. Bu maddedeki tüm işlemler sırasında gizliliğe uyulur.”

AIHM, iletişimin denetlenmesi tedbirleri yoluyla toplanan bilgileri değerlendirmeye kimlerin yetkili olduğunu; toplanan bilgilerin değerlendirilme, ayıklanma, yazılı belge haline getirilme, kullanılma usulünü; kayıtların orijinal haliyle ve bütünüyle saklanma usulünü; kayıtların güvenliğini ve gizliliğini sağlamaya yönelik tedbirleri; hâkim ve savunma makamının denetimine açık olmasını sağlamaya yönelik güvenceleri; özellikle sanığın beraat etmesi durumu olmak üzere iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleştirildikten sonra artık gerek kalmadığı anda belgelerin ortadan kaldırılması, kayıtların silinmesi ve imha edilmesi usulünü yeterli düzeyde açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenleyen hükümlere yer verilmesini yasayla öngörülme ilkesini ele alırken kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceler kapsamında değerlendirmektedir²⁵¹.

CMK'nun 137. maddesinin 2. fıkrasında “*tutulan kayıtlar, C. Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir*” düzenlemesine yer verilerek tutulan kayıtların çözümlenmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tutulan kayıtların esasen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirini yerine getiren kolluk görevlisi tarafından çözümlenmesi öngörülmüştür. Nitekim uygulamada da iletişimin çözümlenmesini tedbiri yerine getiren kolluk görevlisi gerçekleştirmektedir. Bu durumun ceza muhakemesi sırasında çözüm metinlerinin güvenilirliğine yönelik kuşku ve itirazların oluşmasına yol açması mümkün görünmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta ise kayıtların çözümlenerek metin haline getirilmesi aşamasında tedbirin ön denetimini yapmaya yetkili bağımsız bir *hâkimlik kurumuna* yer verilmesi gerekliliğinden söz edilmekte; bazı ülkelerde ise elde edilen bilgileri inceleme yetkisi bulunan ancak hakkında tedbir uygulanan kişiye karşı susma yükümlülüğü altında olan ve tedbire muhatap olan kişilerin haklarını gözetmekle

²⁵¹ *Huvig-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 33; *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 34; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 58; *Rotaru-Romanya Davası*, 04.05.2000, § 57; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası*, 14.09.2009, § 41 ve 48.

görevli bir *müdafilik kurumuna* yer verilmektedir²⁵². AİHM de iletişimin denetlenmesinde hâkim güvencesinin tedbirinin uygulanmasına karar vermesi, bilgileri muhafaza etmesi, kayıtların imhasına karar vermesiyle sınırlı olamayacağını, tedbirin uygulama sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğinin hakim tarafından denetlenebilmesini de gerektirdiğini belirtmiştir²⁵³.

Bu sebeple ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütmesini sağlamak amacıyla konuşmaların bütünlüğünü korumak, ekleme ve çıkarma yapılmasının önüne geçmek, konuşmanın anlaşılmayan yerlerinin atlanması sebebiyle ortaya çıkabilecek anlam sapmalarını bertaraf edebilmek amacıyla kayıtların çözümlenerek metin haline getirilmesi aşamasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere ve amacı gerçekleştirmeye elverişli güvencelere yer verilmesi mevzuatın hem AİHM standartlarına hem de karşılaştırmalı hukuka uygunluğunun sağlanması için zorunlu gözükmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararlara konu iletişim aracına ait bilgilerin TİB tarafından siteme tanıtılmasından sonra dinleme, kaydetme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri suçun işlendiği yerdeki kolluk birimlerinde yerine getirilmektedir. Dolayısıyla tedbir kararları uygulanırken ve uygulandıktan sonra esas itibarıyla oluşturulan dinleme ve değerlendirme kayıtları ile çözüm metinlerinin kolluk biriminde ve Cumhuriyet savcılığına ve mahkemelere teslim edildikten sonra ne şekilde, kimlerin sorumluluğu altına muhafaza edileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi önem taşımaktadır. Ne var ki tutulan kayıtların ve çözüm metinlerinin kolluk biriminde, Cumhuriyet savcılığında ve mahkemelerde korunmasına yönelik olarak hem CMK'da hem de Yönetmelikte bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Ancak AİHM *Craxi-İtalya* Davasında kişinin iletişiminin denetlenmesi yoluyla elde edilen özel görüşme kayıtlarının muhafazasında ihmal göstermemenin, bu kayıtların basına sızmasına sebebiyet vermemenin, basına sızmayı gerçekleştiren ilgililer hakkında etkili soruşturma yapmanın önemini

²⁵² Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 343-355; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 103.

²⁵³ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 47.

vurgulamıştır²⁵⁴. Bu sebeple CMK’da bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesinde hem iletişimin denetlenmesi tedbiriyle amaçlanandan daha fazla oranda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesinin sağlanması; hem de yapılan kayıtların kötüye kullanılmasının önlenmesi ve dolayısıyla AİHM standartlarına uygunluğun sağlanması bakımından yarar bulunmaktadır²⁵⁵.

İletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların korunmasının diğer bir yönünü de kayıtların imha edilmesi konusu oluşturmaktadır. Zira denetim sonucu elde edilen tespit ve kayıtların imha edilmesi, kötüye kullanmaların önüne geçilerek bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından zorunludur.

CMK’nun 137. maddesinin 3. fıkrasında ve CMK Yönetmeliğinin 13. maddesinin 1. fıkrasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi²⁵⁶ ve tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde hâkim onayının alınamaması halinde iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına son verilerek yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edileceği²⁵⁷ ve durumun bir tutanakla tespit edileceği öngörülmüştür. CMK’nun 135. maddenin 2. fıkrasında ise kayda alma gerçekleştikten sonra kaydedilen iletişimin şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişim olduğunun anlaşılması hâlinde alınan kayıtların derhâl yok edileceği öngörülmüştür²⁵⁸. Bu düzenlemelerin iki açıdan yetersiz olduğunu düşünmekteyiz.

Öncelikle iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların imha edilmesi gereken durumların tamamına yer verilmediği görülmektedir. Gerçekten tedbirin uygulanmasına gerek kalmaması²⁵⁹, sanığın beraet etmesi²⁶⁰, ceza muhakemesi açısından saklanması yarar bulunmaması gibi tedbirin

²⁵⁴ *Craxi-İtalya* Davası, (No: 2), 17.07.2003, § 68 ve 76.

²⁵⁵ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 349-350.

²⁵⁶ Özbek, **a.g.e.**, s. 431; Şahin, **a.g.e.**, s. 273; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 356. Doktrinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde yapılan kayıtların imha edilmesinin isabetli olduğu, ancak imha için kararın kesinleşmesinin aranmamış olmasının isabetsiz olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 366; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 182-183; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 364.

²⁵⁷ Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Özbek, **a.g.e.**, s. 431; Şahin, **a.g.e.**, s. 273; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 356.

²⁵⁸ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 606; Erdem, **a.g.e.**, s. 101; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 175; Taşkın, **a.g.e.**, s. 159; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 180.

²⁵⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 610; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 356.

²⁶⁰ Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 357.

uygulanmasına gerek kalmayan her türlü durumda kayıtların imha edilmesi gerekmektedir²⁶¹. Yine tedbirlerin uygulanmasına kovuşturma evresinde karar verildiği durumlarda kayıtların imha edilmesi gereken durumlara ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir²⁶². Dolayısıyla kötüye kullanmaların önüne geçilmesi için iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların imha edilmesi gereken durumların tüketici bir şekilde yasada ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır²⁶³.

İkinci olarak iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların imha edilmeden önce ilgililere bilgi verme zorunluluğunun aranmamış olmasının da isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. İletişimin denetlenmesi gizli bir şekilde uygulanmadığından iletişimin denetlenmesi tedbirlerine muhatap olan kişilerin tedbir uygulanırken hukuki bir yola başvurmaları fiilen mümkün değildir. Dolayısıyla ilgisine bilgi vermeden yapılan tespit ve kayıtların imha edilmesi şüpheli veya sanıkla birlikte, üçüncü kişilerin de hak arama özgürlüklerini etkili bir şekilde kullanmalarına engel olacaktır. Gerçekten bir yandan imha edilen kayıt veya tespitler içerisinde şüpheli veya sanık lehine bilgi ve konuşmaların bulunması mümkündür. Diğer yandan da iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kişilerin özel hayatlarına ve haberleşmelerine yaptığı müdahalenin derecesinin tespiti de yapılan kayıt ve tespitlerin içeriğinin bilinmesine bağlıdır. Bu sebeple hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılabilmesi için bilgi verme zorunluluğuna iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtları imha etmeden önce²⁶⁴ yer verilmesi ve kayıt ve tespitlerden örnek alma olanağının tanınması²⁶⁵ AİHM standartlarına uygunluğun sağlanması bakımından zorunlu görünmektedir.

Sonuç olarak mevzuatımızın iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların korunması konusunu daha çok iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin gizli bir şekilde uygulanmalarını sağlamak yönünden ele aldığını, buna karşılık kayıtların

²⁶¹ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 416.

²⁶² Şahin, **a.g.e.**, s. 272.

²⁶³ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 416.

²⁶⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 106; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 226-227; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 357-358.

²⁶⁵ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 350.

güvenirliğinin ve kişilerin etkili başvurma haklarının sağlanmasına yönelik güvencelere yeterince yer vermediğini söylemek mümkündür.

3.7. İlgiliye Bilgi Verilmesi-Etkili Başvurma Hakkı

AIHS'nin 13. maddesinde düzenlenen *etkili başvurma hakkı* Sözleşmede öngörülen hakların teorik ve hayali değil, etkin bir şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla bireylerin iç hukukta başvurabileceği sonuç almaya elverişli hukuki yolların sağlanmasına yönelik devlete yüklenen sorumluluk olup²⁶⁶, bu hakkın amacı bireylerin maruz kaldıkları hak ihlallerini telafi etmeye yönelik tedbirleri almaya taraf devletleri zorlamak ve taraf devletlerin insan haklarının korunması konusundaki Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmesini sağlamaktır²⁶⁷.

Etkili başvurma hakkına Anayasada da yer verilerek *hak arama hürriyeti* başlığı altında 36. maddenin 1. fıkrasında “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmüne; *temel hak ve hürriyetlerin korunması* başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrasında ise “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*” hükmüne yer verilmiştir. Hak arama özgürlüğü genel olarak pozitif hukuk tarafından öngörülen bütün hakların önkoşulu ve usuli güvencesi niteliğindedir²⁶⁸.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerine karşı bireylerin etkin bir şekilde korunması, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasından sonra ilgiliye, hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten bu tedbirlere ilişkin karar ve işlemler gizli yürütüldüğünden ilgili tedbirin uygulanmasından önce veya tedbir uygulandığı sırada hakkında böyle bir tedbire başvurulduğunu bilememekte; bu durum ilgilinin etkin hukuksal korunma güvencesinden fiilen yararlanamaması sonucuna yol açmaktadır. AIHM de iletişimin denetlenmesinin sona ermesinden sonra kural olarak ilgisine bilgi verilmesi

²⁶⁶ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 16; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 392.

²⁶⁷ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 60.

²⁶⁸ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 162.

gerektiğini belirtmektedir²⁶⁹. Bu sebeple şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir şekilde etkide bulunma olanağına sahip olması zorunluluğunun bir sonucu olarak tedbirin uygulanmasından sonra olabildiğince erken ve kapsamlı olarak hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesi gerekmektedir²⁷⁰.

İlgiliye bilgi verilmesine ilişkin olarak CMK'nun 137. maddesin 3. fıkrasında *“Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir”* hükmü sevk edilmiş ve bilgi verme yükümlülüğü iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm tedbirler bakımından öngörülmüştür²⁷¹.

CMK'da ilgiliye bilgi verme yükümlülüğünün kayıt ve tespitlerin yok edilmesi koşuluna bağlı tutulduğu görülmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, ilgisine bilgi vermeden tespit ve kayıtların imha edilmesi, şüpheli veya sanığın yanı sıra üçüncü kişilerin hak arama özgürlüklerini etkili bir şekilde kullanmalarına engel olacaktır. Bu sebeple hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılabilmesi için bilgi verme zorunluluğuna iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtları imha etmeden önce²⁷² yer verilmesi ve yapılan kayıt ve tespitlerden örnek alma olanağının da tanınması²⁷³ gerekmektedir.

CMK'da tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ‘ilgisine’ bilgi verileceği belirtildiğinden, şüpheli veya sanığın yanı sıra bu tedbirlerden etkilenen üçüncü kişilere de bilgi verilmesi gerekmektedir²⁷⁴. Gerçekten bilgi verme yükümlülüğünün şüpheli veya sanığa yönelik olarak tanınması yeterli olmayıp, üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için üçüncü kişilere yönelik

²⁶⁹ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 57 ve 58.

²⁷⁰ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 611; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 105; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 116; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 368.

²⁷¹ Doktrinde yasada kullanılan ifadenin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirini içermediği, ancak bu tedbir bakımından da ilgiliye bilgi verilmesi gerektiği belirtildiği gibi (Şahin, **a.g.e.**, s. 273.); ‘tespit’ ifadesinin dinleme dışında kalan tüm tedbirleri ifade ettiği de belirtilmektedir (Kaymaz, **a.g.e.**, s. 377.).

²⁷² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 611; Erdem, **a.g.e.**, s. 106; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 226-227; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 357-358.

²⁷³ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 350.

²⁷⁴ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 288; Erdem, **a.g.e.**, s. 353; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 106; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 611; Özbek, **a.g.e.**, s. 432-433; Yavuz, **a.g.e.**, s. 256; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 377. K.g. için bkz.: Taşkın, **a.g.e.**, s. 150.

güvencelere yer verilmesi de zorunludur. Nitekim AİHM yasanın tedbire konu iletişim aracı vasıtasıyla tedbire muhatap olan kişiyle iletişim kuran üçüncü kişiler yönünden de yeterli güvenceleri içermesi gerektiğini belirtmiştir²⁷⁵. Diğer yandan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri doğaları gereği üçüncü kişilerin haklarını da etkilediğinden, dosyayı inceleme hakkına tedbirlerden etkilenen üçüncü kişilerin de sahip olduğu kabul edilmelidir²⁷⁶. Bu sebeple CMK'da sadece şüpheli veya sanığa bilgi verme yükümlülüğünden söz edilmemiş olması isabetli olmakla birlikte, iletişimin denetlenmesi tedbirleri hakkında bilgi verilecek kişilere, üçüncü kişilerin dosyayı inceleme haklarına ilişkin ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmesi yerinde olacaktır.

4. İletişimin Denetlenmesinin Koşulları

4.1. Tedbirin Amacı

Günümüzde elektronik teknolojileri ile bilgisayar teknolojilerinin sağladığı olanakların birleşmesiyle telekomünikasyon sistemi içerisinde yer alan çok sayıda iletişim aracı ya bizzat suçun işlenmesi için ya da suç delillerinin ve faillerinin gizlenmesi, suçtan kaynaklanan faydanın elde edilmesi için kullanılmakta, özellikle organize suçluluğa, örgütlü şekilde işlenen suçlara ve terör suçlarına karışan kişiler arasında bilgi alışverişinde bulunulmasını sağlamaktadır. Telekomünikasyon araçlarının bu tür amaçlarla kullanılmakta olması sebebiyle günümüzde adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması için gizli soruşturma tedbirlerinden birisi olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi demokratik hukuk devletlerinde doğal karşılanmaktadır²⁷⁷.

AİHM de iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan yasaların Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin, ülkenin ekonomik refahının, sağlığın, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına, suçun ya da düzensizliğin önlenmesine yönelik meşru amaçlarda

²⁷⁵ *Lambert-Fransa Davası*, 24.08.1998, § 39.

²⁷⁶ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 289; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 355.

²⁷⁷ Sokullu Akıncı, **a.g.e.**, s. 12; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 249; Kaymaz, **ag.e.**, s. 21-22.

kullanılmaları halinde kural olarak demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmektedir²⁷⁸.

Anayasamızın 13. maddesi gereğince “*Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir.*” Dolayısıyla özel hayata saygı hakkının Anayasada özel hayata saygı hakkını düzenleyen hükümlerde öngörülen sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlanması mümkündür²⁷⁹. Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında özel hayata saygı hakkının, 22. maddesinin 2. fıkrasında ise haberleşmeye saygı hakkının sınırlama sebepleri öngörülerek “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak*” özel hayata saygı hakkının kullanılmasına sınır getirmiş, bu sebeplere bağlı olarak haberleşmesinin gizliliğine dokunulması mümkün kılınmıştır. Özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının sınırlama sebepleri, özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda meşruluğunu sağlayan amaçları oluşturmaktadırlar²⁸⁰.

Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler amaç bakımından hem AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında ve Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrası ile 22. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen amaçlarla, hem de CMK’nun 135. maddesinde belirtilen amaçlarla sınırlanmıştır. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesinin amaç bakımından sınırlarının üç yönü bulunmaktadır.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin amaç bakımından sınırlanmış olmasının *birinci yönü*, bu tedbirlerin AİHS ve Anayasada öngörülen üstün toplumsal yararların korunması amacı dışında kullanılamamalarıdır. Burada belirtmek gerekir ki, AİHS’nde özel hayata saygı hakkına müdahaleyi meşru kılan sebeplerden olan *ülkenin ekonomik refahı ve düzensizliğin önlenmesi* amaçlarına Anayasada yer verilmemiştir. Bu sebeple Anayasa özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının sınırlanmasına yol açabilecek üstün toplumsal yararlar açısından AİHS’nde öngörülen sebepler bireyler yararına daraltmış olmaktadır. Bu sebeple hukukumuzda

²⁷⁸ *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 48.

²⁷⁹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 102 ve 104; Sabuncu, **a.g.e.**, s. 60; Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 235-236; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 153.

²⁸⁰ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 235.

iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ‘ülkenin ekonomik refahı’ ve ‘düzensizliğin önlenmesi’ amaçlarına yönelik olarak sınırlanmasına olanak yoktur.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin amaç bakımından sınırlanmış olmasının *ikinci yönü*, CMK’nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin ‘*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada*’ uygulanması koşuluna bağlı tutulmuş olmalarıdır. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, delil elde etmek ve şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasıyla sınırlıdır²⁸¹. Bu sebeple henüz suçun işlenmediği aşamada, sözgelimi hazırlık hareketlerine yönelik delillerini elde edilmesi için iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün olmayıp, bu amaçla uygulanabilecek tedbirler diğer koşullarının da mevcudiyeti halinde önleyici ya da istihbari amaçlı denetlemedir²⁸².

Diğer yandan CMK’nun 136. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen suç ve soruşturma kavramları dar anlamda suç ve adli soruşturmayı ifade etmektedir. Bu sebeple önleme ve istihbari amaçla iletişimin denetlenmesi istisna olmak üzere, hukukumuzda dar anlamda bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda dışında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim CMK’nun 135. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen “*Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz*” hükmüyle bu sınırlama iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri açısından açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla örneğin kabahat teşkil eden ya da disiplin cezasını gerektiren bir fiilden dolayı yapılan idari soruşturmalarda, idari yargı ve hukuk davalarında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir²⁸³.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin amaç bakımından sınırlanmış olmasının *üçüncü yönü* ise, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ceza

²⁸¹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 256, Erdem, **a.g.e.**, s. 302; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 601-602; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 97-98.

²⁸² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608; Erdem, **a.g.e.**, s. 99; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 149. K.g. için bkz.: Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 708.

²⁸³ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 602.

muhakemesindeki işlevi dışında kullanılamayacaktır²⁸⁴. CMK'nun 135. maddesinde hangi tedbirlerin delil elde etmeye, hangi tedbirin şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik olarak uygulanabileceği açıkça gösterilmiştir. Delil elde etme amacına yönelik olan tedbirler iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi; şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olan tedbir ise mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir. Bu sebeple delil elde etmeye yönelik olan tedbirlerin şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla uygulanması mümkün olmadığı gibi, şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olan tedbirin delil elde etme amacına yönelik olarak uygulanması da mümkün değildir²⁸⁵.

AIHS'nin 18. maddesi ile Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen *amaca bağlılık ilkesi* bir temel hakka getirilen sınırlamanın iyiniyetle uygulanmasını ve sınırlamanın hukuksal amacı dışında uygulanamamasını gerektirmektedir²⁸⁶. Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerini amaç bakımından sınırlayan bu durumlar, bu tedbirlerin amaç bakımından meşruluğunu sağlamaktadırlar.

AIHM, Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçların korunmasına yönelik olarak özel hayata ve haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan ancak demokratik toplumda gerekli olan tedbirleri belirlemek konusunda devletlere takdir hakkı tanımaktadır²⁸⁷. Mahkemeye göre Sözleşmede geçen kavramların içeriğini anlamlandırmak ve meşru amacın ne şekilde gerçekleştirileceğini²⁸⁸, özel hayata ve haberleşmeye yapılan müdahalenin güdülen amaca uygun olup olmadığını belirlemek esas itibarıyla yerel koşulları en iyi bilebilecek durumda olan ve hassas ve

²⁸⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 98.

²⁸⁵ Taşkın, **ag.e.**, s. 72; Kaymaz, **ag.e.**, s. 56.

²⁸⁶ AIHS bağlamında bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 755-756; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 416. Anayasa bağlamında bkz.: Özbudun, **a.g.e.**, s. 105; Sabuncu, s. 63; Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 241; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51.

²⁸⁷ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49; *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 191; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 4 ve 34; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146.

²⁸⁸ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 59.

karmaşık ulusal konulara daha iyi vakıf olabilen taraf devletin görevidir²⁸⁹. Diğer taraftan Mahkeme büyük ölçüde ülkenin sübjektif şartları tarafından belirlenen²⁹⁰ güvenlik ve organize suçlulukla mücadele gibi konularda taraf devletin takdir yetkisinin kapsamını oldukça geniş tutmaktadır²⁹¹. Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişim denetlenmesi tedbirlerinin üstün toplumsal yararların korunması amacına yönelik ve ‘*bir suç dolayısıyla*’ yapılan ceza soruşturmasıyla sınırlı olarak ceza muhakemesindeki işlevlerine uygun uygulanmaları halinde amaç bakımından AİHS ile AİHM standartlarına uygun olduğunu söylemek mümkündür.

4.2. Tedbire Konu Araçlar

AİHS’nin 8. ve Anayasanın 22. maddesinde öngörülen haberleşme kavramı özel nitelikteki iletişimi sağlayan her türlü iletişim aracını kapsamına karşın, iletişimin denetlenmesine konu iletişim araçları sadece telekomünikasyon araçlarıyla sınırlıdır. Telekomünikasyon kavramı ses, görüntü, sembol ve işaretleri kablo, radyo, optik veya başka elektromanyetik sistemlerle iletmeye yarayan araçları ifade etmektedir²⁹². Teknolojik gelişmelerle birlikte özel iletişimde kullanılan elektronik araçların sayısı ve kullanım fonksiyonları geliştiğinden, telekomünikasyon kavramının kapsamına aldığı iletişim araçları sınırlı sayıda değildir²⁹³. Bu sebeple özel iletişimde kullanılan tüm telekomünikasyon araçları delil elde etmeye yönelik iletişimin denetlenmesi tedbirlerine konu olabilmektedir²⁹⁴.

Genel olarak iletişimin denetlenmesine konu telekomünikasyon araçlarının şüpheli veya sanığa ait olmasının mı yoksa şüpheli veya sanık tarafından kullanılmasının mı gerektiği konusunda CMK’da ve CMK Yönetmeliğinde açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Hukukumuzda kişiye sadece kendisine ait

²⁸⁹ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 48-50; *Sunday Times-Birleşik Krallık Davası*, 26.04.1979; § 62; *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 52. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 378 ve 381.

²⁹⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 89; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149.

²⁹¹ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51.

²⁹² Bkz.: ‘*CMK Yönetmeliği*’nin 4/j maddesi, ‘*TİB Yönetmeliği*’nin 3/r maddesi ve 06.02.2004 tarihli ‘*Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması hakkında Yönetmelik*’in 3. maddesi. Ayrıca bkz.: Özbek, **a.g.e.**, s. 422; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 45.

²⁹³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 134.

²⁹⁴ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 420; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28.

telekomünikasyon araçlarını kullanma zorunluluğu getiren sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla şüpheli veya sanığa ait bir telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanık dışında bir kişi tarafından kullanılması mümkün olduğu gibi, şüpheli veya sanığın başkasına ait bir telekomünikasyon aracını kullanılması da mümkündür. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi tedbirlerine konu telekomünikasyon araçlarının şüpheli veya sanığa ait olmasının gerektiğini ileri sürmeye olanak yoktur. Zira bu durumda iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle güdülen amacın gerçekleştirilmesi çoğu zaman mümkün olamayacaktır. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi tedbirlerine konu telekomünikasyon araçlarının şüpheli veya sanığın kullandığı telekomünikasyon araçları olduğu kabul edilmelidir²⁹⁵.

Diğer yandan şüpheli veya sanığın kullandığı telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanığa ait olması da mümkün olmakla birlikte, sadece mülkiyet telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığını kabul etmek için yeterli olmamalıdır. Bu sebeple telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanık tarafından kullanılıp kullanılmadığını tespiti yönelik makul delillerin bulunup bulunmadığının da iletişimin denetlenmesine karar vermeden önce gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁹⁶. Zira aksi takdirde hem iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle gerçekleştirilmek istenen amaçlara ulaşmak hem de üçüncü kişilerin özel hayatına müdahale edilmesinin önüne geçmek mümkün olamayacaktır.

İletişimin dinlenmesi tedbiri yönünden, tedbirin konusunu şüpheli veya sanığın telekomünikasyon araçları vasıtasıyla yaptığı sözlü konuşmalar oluşturduğundan sabit kişisel telefon, mobil telefon, araç telefonu ve internet aracılığıyla yapılan konuşmalar, muhatabına ulaşmamış internet ve mobil telefon aracılığıyla gönderilmiş ancak muhatabına ulaşmamış sesli mesajlar iletişimin dinlenmesi tedbirine konu olabilir²⁹⁷. Yine lisanslı olması halinde telsizler aracılığıyla yapılan konuşmaların da iletişimin dinlenmesi tedbirine konu olması mümkündür²⁹⁸. Belirli bir kişiye özgülenmiş resmi telefon ve bilgisayarın da, bu araçların özgülendiği kişinin şüpheli veya sanık olması halinde iletişimin dinlenmesi

²⁹⁵ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 365; Şahin, **a.g.e.**, s. 271; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 130, 168.

²⁹⁶ Benzer görüş için bkz: Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 365.

²⁹⁷ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 269-270; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 46-47.

²⁹⁸ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 84-85, 137.

tedbirine konu olması mümkündür²⁹⁹. Nitekim *Halford-Birleşik Krallık* ve *Copland-Birleşik Krallık* Davalarında kamu görevlilerinin kamuya ait harici ve dahili telefon ile bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirdikleri iletişim de özel hayat ve haberleşme kapsamında değerlendirilmiştir³⁰⁰.

Ancak belirli bir kişiye özgülenmemiş resmi telefon ve bilgisayar ile telefon santralinin şüpheli veya sanık dışında başka kişilerce de kullanılabileceğinden iletişimin denetlenmesi tedbirlerine konu olması mümkün olmamalıdır³⁰¹. İletişimin denetlenmesi tedbirinin yerine getirilmesi ancak TİB tarafından yerine getirilebileceğinden resmi ve özel iç hatlar da iletişimin dinlenmesi tedbirine konu olamaz. Yine şüpheli veya sanığın ankesörlü telefonları kullanıp kullanmayacağı, kullanacaksa hangisini, ne zaman kullanacağı önceden bilinemeyeceğinden ve belirsiz sayıda kişi tarafından kullanıldığından ankesörlü telefonla kurulan iletişim de iletişimin dinlenmesi tedbiri kapsamında olmamalıdır³⁰².

İletişimin kayda alınması tedbiri, denetlemeye konu araçlar bakımından kapsamı en geniş olan tedbirdir. Öncelikle iletişimin dinlenmesine konu olabilen iletişim araçları iletişimin kayda alınması tedbirinin de kapsamındadır. Bununla birlikte iletişimin kayda alınması tedbiri kapsamında olan okunabilir, görülebilir gönderiler yönünden mobil telefon, internet, kişisel faks, çağrı cihazı, teleks de iletişimin kayda alınması tedbirine konu olabilir³⁰³. Bu iletişim araçlarıyla gönderilen verilerin iletişimin kayda alınması tedbirine konu olabilmesi gönderici tarafından gönderilmiş ancak muhatabı tarafından henüz alınmamış olmasına bağlıdır³⁰⁴.

Kişiye ait faks ve telgraf aletiyle kurulan iletişim iletişimin kayda alınması tedbiri kapsamında ise de³⁰⁵; şüpheli veya sanığın özel ve resmi kuruluşlar adına kayıtlı faks ve telgraf aletlerini kullanıp kullanmayacağı, kullanacaksa hangisini, ne

²⁹⁹ A.e., s. 210.

³⁰⁰ *Halford-Birleşik Krallık* Davası, 25.06.1997, § 44; *Copland-Birleşik Krallık* Davası, 03.07.2007, § 41.

³⁰¹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 269-270; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 209-210.

³⁰² Kaymaz, **a.g.e.**, s. 210.

³⁰³ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 419; Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28, 46-47.

³⁰⁴ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 42.

³⁰⁵ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 251; Özbek, **a.g.e.**, s. 419; Şahin, **a.g.e.**, s. 266; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 135, 138-139.

zaman kullanacağı önceden bilinemeyeceğinden özel ve resmi kuruluşlar adına kayıtlı faks aletleriyle kurulan iletişim iletişimin kayda alınması tedbiri kapsamında değildir³⁰⁶.

Kişilerin birbirlerine gönderdikleri mektup, paket, kargo gibi bir telekomünikasyon aracının vasıta olarak kullanılmadığı iletişim iletişimin denetlenmesi tedbirleri kapsamında değildir³⁰⁷. İletişimin kayda alınması tedbiri karşılıklı iletişimin yapıldığı sırada ve telekomünikasyon şebekeleri üzerinden uygulanan bir tedbir olduğundan henüz muhatabına gönderilmemiş olan veya muhatabına ulaşmış olan sesli mesajlar ile SMS, e-mail, faks gibi yazılı mesajlar³⁰⁸; telesekreterde³⁰⁹, telefonda³¹⁰, bilgisayarda³¹¹ kayıtlı sözlü ve yazılı mesajlar iletişimin kayda alınması tedbirinin konusunu oluşturmazlar. Gerçekten bu tür iletişim içeriklerinin soruşturma ve kovuşturmada delil elde etme veya şüpheli veya sanığın yakalanması gibi amaçlarla ceza muhakemesinde denetlenmesi, incelenmesi, el konulması gibi işlemler duruma göre CMK'nun 116 ve 117. maddelerine dayanan *arama*, 129. maddesine dayanan *postada el koyma* ya da 123. maddesine dayanan *muhafaza altına alma, elkoyma* koruma tedbirleri kapsamındadır.

İletişimin tespiti tedbiri yönünden tedbirin uygulanması sadece mobil telefonla sınırlanmadığından, mobil telefon, sabit kişisel telefon, internet, kişisel faks vasıtasıyla kurulan iletişimin tespiti de mümkündür³¹².

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri yönünden tedbirin uygulanması sadece mobil telefonla sınırlanmadığından, mobil telefon ve kişisel bilgisayar da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine konu olabilir. Doğası gereği sabit telefon ile faks hakkında bu tedbirin uygulanmasına imkân ve gerek bulunmamaktadır.

³⁰⁶ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 54, 135.

³⁰⁷ **A.e.**, s. 28-28.

³⁰⁸ **A.e.**, s. 42.

³⁰⁹ **A.e.**, s. 40.

³¹⁰ **A.e.**, s. 43-44.

³¹¹ **A.e.**, s. 42, 55.

³¹² **A.e.**, s. 116.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri denetime konu araç bakımından mobil telefonla sınırlıdır. Dolayısıyla bu tedbire sadece mobil telefonla ilgili olarak başvurulabilir.

Sonuç olarak mevzuatımızda iletişimin denetlenmesine konu araçlar bakımından sorunun denetime konu araçların kapsamından değil, temel hak niteliğindeki özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkını sınırlandıran iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kapsamı ve çerçevesinin tespitinde belirleyici role sahip olan ve nihai yorumu ancak yargı organlarınca yapılabilecek olan telekomünikasyon kavramının tanımı ile çerçevesine Anayasanın 13. maddesinde öngörülen yasayla öngörülme ilkesi gereğince yasada yer vermek gerektiği halde, bunun idari genel düzenleyici işlem niteliğindeki CMK Yönetmeliğinde yapılmış olmasından kaynaklandığı söylenebilir.

4.3. Tedbire Tabi Kişiler

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla bu tedbirlerin ancak şüpheli veya sanık hakkında uygulanabileceği açıkça belirtilmektedir. Diğer taraftan CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin kararlarda hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğine de yer verileceği belirtildiğinden, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğinin bilinmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Sanık yönünden bu konuda bir sorun çıkması mümkün olmamakla birlikte, suç işlendikten sonra şüphelinin kim olduğunun ya da açık kimliğinin bilinmemesi mümkündür. Bu sebeple CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrası gereğince şüphelinin kim olduğunun bilinmediği ya da açık kimliğinin belirlenemediği durumlarda iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir³¹³.

³¹³ A.e., s. 164-165.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabileceği suçların iştirak halinde işlendiği durumlarda diğer koşullar da gerçekleştiği takdirde tüm şerikler yönünden şüpheli veya sanık sıfatıyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması mümkündür³¹⁴. Buna karşın suça iştiraki olmaksızın şüphelinin iletişimine aracılık eden kişi hakkında tedbirin uygulanması ilettiği bilginin içeriğini bilmesine ya da anlamasına bağlı olmalıdır³¹⁵. Çünkü bu durumda iletişime aracılık eden kişi TCK'nun 39. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardıma bulunarak icrasını kolaylaştıran durumundadır³¹⁶. Bu sebeple ilettiği bilginin içeriğini bilmemesi ya da anlamaması halinde, iştiraktan söz edilemeyeceğinden, iletişime aracılık eden kişi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasına olanak yoktur.

Suç işlenmeden önce suça iştiraki bulunmaksızın suç işlendikten sonra şüpheli veya sanığa yardım etmek TCK'nun iştirak hükümleri kapsamında olmayıp, eylemin unsurlarına göre TCK'nun 281. maddesinde düzenlenen '*suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*' ya da 283. maddesinde öngörülen '*suçluyu kayırma*' suçları kapsamında olduğundan ve bu suçlar katalog kapsamında olmadığından suç işlendikten sonra şüpheli veya sanığa yardım eden kişilere yönelik olarak iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir³¹⁷. Bu kişilere yönelik olarak uygulanabilecek tedbirler kendi fiillerine yönelik olarak yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanık sıfatıyla iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleridir.

Doktrinde mobil telefonun yerinin tespiti tedbirin şüpheli ve sanığın yanı sıra şüpheli veya sanığın yakalanmasını sağlayabilecek diğer kişiler hakkında da uygulanabileceği belirtilmektedir³¹⁸. Mobil telefonun yerinin tespiti bahsinde gerekçeleriyle belirttiğimiz üzere, bize göre CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasını,

³¹⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 605, 608; Erdem, **a.g.e.**, s. 98-99; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 149-150, 168.

³¹⁵ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 169.

³¹⁶ Karşılaştırmalı hukukta da habere aracılık eden ve şüphelinin haberleşmede yararlandığı kişinin iletişiminin denetlenebileceği kabul edilmektedir. Bkz.: Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 269.

³¹⁷ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 176; Hakeri, **a.g.e.**, s. 24; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 150-151, 168.

³¹⁸ Şahin, **a.g.e.**, s. 271.

tanıklıktan çekinebilecek kişiler³¹⁹ ve şüpheli veya sanık müdafii³²⁰ de dâhil olmak üzere şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabileceği şeklinde yorumlamaya olanak bulunmamaktadır³²¹. Gerçekten yasallık ilkesi ve bu ilkenin alt ilkeleri olan yasanın belirliliği ve dar yorum ilkeleri temel bir hakka sınırlama getiren durumların yasadan açıkça anlaşılamaması halinde müdahaleye cevaz verildiği şeklinde değil aksine verilmediği şeklinde yorum yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin kullandığı mobil telefonun yerinin tespitine yönelik olarak da uygulanabilmesi, ancak tedbirin şüpheli veya sanık dışındaki kişiler hakkında da uygulanabileceğine ilişkin yasal düzenlemede açıklığın bulunması ve üçüncü kişinin yasada öngörülen kişilerden olması halinde mümkündür³²². Bu sebeple 5353 sayılı yasanın 18. maddesinin gerekçesi doğrultusunda mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık dışındaki kişiler yönünden uygulanmasının yasayla öngörülme ilkesi açısından AİHS'nin ihlali niteliğinde olacağı kanaatindeyiz.

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin denetlenmesi aynı zamanda şüpheli veya sanıkla iletişim kuran kişilerin de iletişimine müdahale teşkil etmektedir. Bu sebeple şüpheli veya sanıkla iletişim kuran bazı kişilerin şüpheliye yakınlığı veya şüpheli veya sanıkla ilişkisinin niteliği dikkate alınarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerine sınırlama getirilmektedir³²³. AİHM de telefon dinleme tedbirine başvurmayaya olanak tanıyan yasal düzenlemelerin telefonları dinleme tedbirine başvurulabilecek kişiler bakımından açık hükümler içermesi, bu bakımdan örneğin avukatlarla müvekkilleri arasındaki iletişim gibi, iletişimlerine müdahale edilmesi mümkün olmayan kişilere ilişkin açık hükümlere de

³¹⁹ K.g. için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 184.

³²⁰ Aynı yönde görüş için bkz.: **A.e.**

³²¹ Koruma tedbirlerinin ancak şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilmesi esasında hareket eden benzer görüş için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 130. K.g. için bkz.: Şahin, **a.g.e.**, s. 271;

³²² Bu sebeple CMK'nun 136. maddesinde öngörülen “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci Madde hükmü uygulanamaz.*” hükmünü normalde yasal olan bir müdahaleyi yasaklayan bir hüküm olarak değil, Anayasanın 13. maddesinde ve AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen müdahale yasağını telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından vurgulayan bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir.

³²³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 171, 183.

yasada yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir³²⁴. Mahkeme avukatlar ve müvekkilleri arasındaki haberleşme yöntemlerine Sözleşmenin sağladığı korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir³²⁵. Bu yöndeki sınırlamaların Anayasamızdaki hukuksal dayanağı ise 38. maddenin 5. fıkrasında öngörülen “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmüdür.

Ceza muhakemesinde şüpheli ve sanık hakkında yapılan bir soruşturma ve kovuşturmada CMK’nun 45. maddesinin 1. fıkrasında³²⁶ hısımlık sebebiyle, CMK’nun 46. maddesinin 1. fıkrası³²⁷ ile 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 12. maddesinde³²⁸ meslek sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler gösterilmiştir. CMK’nun 135. maddenin 2. fıkrasında ise şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı, kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde alınan kayıtların derhâl yok edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması yasağı kapsamında olan tanıklar belirtilen bu hükümlerde gösterilen kişiler olmaktadır.

CMK’da tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından sadece iletişimin kayda alınması tedbiri açısından sınırlamaya gidildiği görülmektedir. Gerçekten bir kişinin kimlerle iletişim kuracağı önceden bilinemeyeceğinden, şüpheli veya sanığın

³²⁴ Iordachi ve Diğerleri-Moldova Davası, 14.09.2009, § 50.

³²⁵ Schönenberger ve Durmaz-İsviçre Davası, 20.06.1988, § 29-30; Campbel-Birleşik Krallık Davası, 25.03.1992, § 33; Halford-Birleşik Krallık Davası, 25.06.1997, § 44; Kopp-İsviçre Davası, 25.03.1998, § 53. Ayrıca bkz.: Dutertre, a.g.e., s. 304-305, 337-338; Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s. 294.

³²⁶ **CMK’nun 45/1 maddesi:** “1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.”

³²⁷ **CMK’nun 46/1 maddesi:** “(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.”

³²⁸ **5187 sayılı Basın Kanunu madde 12:** “Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.”

iletişim kurduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek bir kişi olup olmadığının, dolayısıyla bir iletişimin kaydedilebilir bir iletişim olup olmadığının anlaşılması öncelikle dinlenmesine baęlıdır³²⁹. Diğer taraftan iletişimin dinlenmesi tedbiri iletişimin kayda alınması suretiyle yerine getirildiğinden, yukarıda da belirtildiği gibi iletişimin dinlenmesi tedbirinin iletişim kaydedilmeden yerine getirilmesi de mümkün değildir. Buna bağlı olarak, iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin bir kararda şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişiminin dinlenmemesine yönelik getirilecek bir sınırlama gereksiz ve tedbirin bütünüyle uygulanamamasına yol açaabilecek bir sınırlama olacaktır. Dolayısıyla CMK'nun 135. maddesinin 2. fıkrasını şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişimin delil etmeye yönelik olarak dinlenebileceği yönünde yorumlamaya olanak yoktur³³⁰.

Belirtildiği gibi yasada sadece kayda alma yasağından söz edilmesi iletişimin dinlenmesinin şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek bir kişi olup olmadığının tespiti amacıyla sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek bir kişi olduğunun anlaşılması halinde dinlemeye ve kaydetmeye son verilerek, yapılan kayıtların derhal imha edilmesi gerekmektedir³³¹. Bu sebeple şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek bir kişiyle iletişimin dinlendiği durumlarda dinleme görevlisinin konuşmanın içeriği hakkında tanık sıfatıyla dinlenmesi de mümkün deęildir³³². Dolayısıyla kaydetme yasağıyla birlikte yasal düzenlemede iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulandığı esnada şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişinin tanıktan çekinme hakkına sahip bir kişi olduğunun anlaşılması halinde derhal dinlemeye son verileceğine yönelik bir düzenlemenin yapılması yasanın belirliliği ilkesi açaısından yerinde olacaktır³³³.

³²⁹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 174-175; şahin, **a.g.e.**, s. 272.

³³⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 413; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 605-606; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 174-175; şahin, **a.g.e.**, s. 272; Erdem, **a.g.e.**, s. 101; şen, **a.g.e.**, s. 120; Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 121; Taşkın, **a.g.e.**, 159; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 181. K.g. için bkz.: Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 700.

³³¹ Erdem, **a.g.e.**, s. 101; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 175; Taşkın, **a.g.e.**, 159; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 180.

³³² Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 175; Erdem, **a.g.e.**, s. 101; şen, **a.g.e.**, s. 120; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 181. K.g. için bkz.: Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 700.

³³³ Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 121; Özbek, **a.g.e.**, s. 426; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 180.

CMK'nun 135. maddenin 2. fıkrasında şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek bu kişilerle kurduğu iletişiminin kayda alınması yasağı düzenlenmiş olmakla birlikte, iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinden söz edilmemiş olduğu görülmektedir. İletişimin tespiti tedbiriyle şüpheli veya sanığın kullandığı belirli bir telekomünikasyon aracıyla belirli bir dönemde kimlerle, ne zaman, nerede ve ne süreyle görüştüğü belirlenmektedir. Bu sebeple bu tedbirin yerine getirilmesi sırasında şüpheli veya sanığın kullandığı telekomünikasyon aracının tedbir süresi içerisinde iletişim kurduğu tüm iletişim ayrıntı bilgileri tespit edilmektedir. Dolayısıyla tedbir süresince tespit edilen iletişimlerde içerisinde tanıklıktan çekinebilecek kişilerle kurulan iletişim bulunup bulunmadığının elde edilen kayıtlar incelenip değerlendirmeye tabi tutulmaksızın belirlemeye olanak yoktur. Bu sebeple tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kişiyle şüpheli veya sanığın iletişiminin tespit edilemeyeceğine yönelik bir sınırlamanın uygulanma imkânı bulunmadığı gibi, güvence teşkil etmesi bir yana böyle bir sınırlamanın mahiyeti itibarıyla tedbirin tümüyle uygulanamamasına yol açması da mümkündür. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiriyle ise şüpheli veya sanığın kullandığı belirli bir telekomünikasyon aracının belirli bir dönemde yaydığı sinyaller belirlenmektedir. Bu sebeple bu tedbirle şüpheli veya sanığın iletişimi dışında herhangi bir kişinin iletişimine müdahale edilmesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbir açısından tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler yönünden yasaklayıcı bir hüküm tamamıyla anlamsız olacaktır³³⁴. Dolayısıyla CMK'nun 135. maddenin 2. fıkrasında iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinden söz edilmemiş olmasını yasanın zaafı olarak değerlendirmek mümkün değildir.

³³⁴ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 182-183. Doktrinde *Şahin* iletişimin içeriğine müdahale teşkil etmemeleri sebebiyle iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişime yönelik olarak da uygulanabileceğini (Bkz.: *Şahin*, **a.g.e.**, s. 272.); *Yokuş Sevik, Taşkın ve Şen* ise sınırlayıcı hüküm bulunmadığından şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişimin denetlenmesi yasağının dinleme, kayda alma tedbirleriyle beraber iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerini de içine aldığı (Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 118 ve 121; Taşkın, **a.g.e.**, 157; Şen, **a.g.e.**, s. 120; Şen, **Telefon Dinleme**, s. 155.) belirtmektedirler.

CMK'nun 45. maddesinin 1. fıkrasında *evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşinin* de tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerden birisi olduğu belirtilmiştir. Ancak düzenlemede sözü edilen evlilik bağının resmi evlilikleri içerdiği açık ise de, gayri resmi evlilikleri içerip içermediği açık değildir. Doktrinde evlilik ilişkisi kavramının sadece resmi evlilik ilişkisini, eş kavramının ise sadece resmi eşi ifade ettiği görüşü ileri sürüldüğü gibi³³⁵; evlilik ilişkisi kavramının uzun süreli evlilik dışı beraberlikleri, eş kavramının ise uzun süreli evlilik dışı beraberliğe dayanan gayri resmi eşleri de kapsadığı görüşü de ileri sürülmektedir³³⁶.

AIHM de *otonom* bir kavram olarak gördüğü³³⁷ aile hayatının varlığını tespit ederken bir arada yaşayan bireyler arasında yakın kişisel bağların bulunmasını ölçü alarak³³⁸, aralarında ulusal hukukun aile hayatı olarak tanımadığı resmi evlilik bağı bulunmayan ilişkiler açısından fiili aile bağlarını dikkate almaktadır³³⁹. Bu sebeple AIHM'ne göre Sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen aile hayatı kavramı sadece resmi evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı olmayıp, resmi evlenme işlemi bulunmaksızın çiftlerin resmi evlilik bulunmasızın bir arada yaşadıkları fiili evlilikler de aile kavramı kapsamındadır³⁴⁰. Dolayısıyla aile kavramı, hem resmi evlilik ilişkilerini, hem de resmi evlenme olmaksızın bir arada yaşamaya dayanan gayri resmi evlilik ilişkilerini kapsamaktadır. Ulusal hukuka uygun bir evliliğin bulunmaması aile hayatının oluşumuna engel değildir³⁴¹.

Nitekim CMK'da da evlilik ilişkisi ile eş kavramlarının TMK'na uygun oluşturulmuş evlilik ilişkisi ile eşi ifade ettiği yönünde sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmemiştir. Bilakis nişanlılık ile evlilik bağının kalkması dahi tanıklıktan çekinme hakkının varlığı için yeterli görülmüştür. Dolayısıyla nişanlılığı ve sora ermiş evlilik

³³⁵ Özbek, **a.g.e.**, 610-611.

³³⁶ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 237.

³³⁷ *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

³³⁸ Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 15.

³³⁹ *Johnston ve Diğerleri-İrlanda* Davası, 18.12.1986, § 56. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

³⁴⁰ *Marckx-Belçika* Davası, 13.06.1979 § 31; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda* Davası, 18.12.1986, § 56; *Keegan-İrlanda* Davası, 26.05.1994, § 44; *Kroon ve Diğerleri-Hollanda* Davası, 27.10.1994, § 30; *X, Y ve Z-Birleşik Krallık* Davası, 22.04.1997, § 36. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 336.

³⁴¹ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık* Davası, 27.05.1985, § 63.

ilişkinini dahi tanıklıktan çekinme hakkının varlığı için yeterli gören yasanın evleviyetle gayri resmi eş için de tanıklıktan çekinme hakkını tanıdığı söylenebilir.

Diğer taraftan tanıklıktan çekinme hakkının ve dolayısıyla iletişiminin kaydedilmesi yasağının varlığı konusunda resmi eş ile gayri resmi eş arasında ayırım yapan uygulamanın demokratik toplumda gerekliliğini kanıtlama yükü devlet üzerinde olup, devletin Mahkeme önünde bu ayırımı uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçelerle ortaya koyması gerekmektedir³⁴². CMK'daki düzenlemenin yapısı ve AİHM'nin evliliği sadece resmi evlilik olarak görmeyen yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde, iletişimin kaydedilmesi yasağı bakımından hukukumuzda resmi eş ile gayri resmi eş arasında ayırım yapmak pek mümkün gözükmemektedir.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler bakımından iletişimin dinlemesi ve kayda alınması yasağı bu kişilerin suça iştirakinin bulunmaması haliyle sınırlı olmalıdır. Gerçekten tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kişinin iletişimin dinlemesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasına yol açan bir suça iştirakinin bulunması halinde şüpheliyle iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınması mümkündür. Çünkü böyle bir durumda müdafii de dahil olmak üzere³⁴³ tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişi aynı zamanda suçun diğer bir şüphelisi veya sanığı sıfatını haiz olacağından, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişi yönünden de şüpheli veya sanık sıfatıyla iletişimin dinlemesi ve kayda alınması tedbirleri uygulanabilecektir³⁴⁴. Bu durumda iletişimin her iki tarafı hakkında da iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri uygulanmakta olduğundan şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kişiyle değil, suçun diğer şüphelisi ve sanığıyla kurduğu iletişim söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus CMK Yönetmeliğinin 7. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesinde³⁴⁵ açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, bu düzenleme Danıştay tarafından Anayasanın 13.

³⁴² *Dudgeon-Birleşik Krallık Davası*, 22.10.1981, § 54. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 379; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 348.

³⁴³ Özbek, **a.g.e.**, 427; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 199; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 468; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 190-191.

³⁴⁴ Özbek, **a.g.e.**, s. 427; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 191.

³⁴⁵ **CMK Yönetmeliği'nin 7/4-2 maddesi**: "Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir."

maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir³⁴⁶. Bu sebeple CMK Yönetmeliğinin iptal edilen 7. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesindeki hükme yasada yer vermenin yasanın belirliliği ilkesi açısından isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan yukarıda da belirtildiği gibi CMK'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında avukatlık da meslek sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan mesleklerden birisi olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple CMK'nun 46. maddesinin 1. maddesi delaletiyle CMK'nun 135. maddesinin 2. fıkrası gereğince şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişinin müdafii olduğunun anlaşıldığı andan itibaren iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir³⁴⁷. Yukarıda da belirtildiği gibi esasen iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri açısından bu yasağa müdafii açısından da yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla CMK'nun 136. maddesinde yer verilen *“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci Madde hükmü uygulanamaz”* hükmüne anlam vermek güçtür³⁴⁸. Kanaatimizce CMK'nun 136. maddesinin müdahaleye yasak getiren sınırlayıcı bir hüküm olarak değil, ancak yer bakımından bazı telekomünikasyon araçları bakımından Anayasanın 13. maddesinde ve AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen müdahale yasağını yetersiz de olsa açıkça vurgulayan bir hüküm olarak değerlendirebilmek mümkündür.

4.4. Tedbire Konu Suçlar

CMK'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması *‘bir suç dolayısıyla’* ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu sebeple ceza muhakemesi hukuku açısından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suçun soruşturma ve kovuşturmasıyla sınırlıdır³⁴⁹.

³⁴⁶ Danıştay 10. Dairesi'nin 22.02.2010 tarih 2007/2795 E. 2010/1399 K. sayılı kararı.

³⁴⁷ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 413; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608; Özbek, **a.g.e.**, s. 427; Şahin, **a.g.e.**, s. 272; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 182.

³⁴⁸ CMK'nun 136. maddesi hakkında doktrindeki eleştiriler için bkz.: Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 413; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608; Özbek, **a.g.e.**, s. 427; Erdem, **a.g.e.**, s. 101; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 182, 184-193. Bu eleştirilere karşı eleştiriler için ise bkz.: Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 118 ve 121; Taşkın, **a.g.e.**, 157.

³⁴⁹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 256, Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 302.

Karşılaştırmalı hukukta özel hayata ağır şekilde müdahale teşkil etmelerinden dolayı iletişimin denetlenmesi tedbirleri uygulanabildikleri suçlar bakımından suçun cezası, işleniş biçimi ya da türü dikkate alınarak sınırlandırılmaktadırlar³⁵⁰. Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulabilecek suçların belirlenmesi ülkelerin kendilerine özgü şartlarından etkilenen ve dolayısıyla ülkelerin takdirinde olan bir konu olarak görülmektedir³⁵¹.

CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında³⁵² ise iletişimin denetlenmesi tedbirleri sadece iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri yönünden suçun türüne göre sınırlandırılmış ve bu tedbirlerin uygulanması katalog halinde sayılan suçlar bakımından olanaklı kılınmıştır³⁵³. CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasının 1. cümlesi kapsamında olmadıkları için iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri ise katalog suçlarla sınırlanmayarak türü ne olursa olsun bütün suçlara yönelik

³⁵⁰ Gökçen, **a.g.e.**, s. 189-191; Erdem, **a.g.e.**, s. 309; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 362; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 98; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 406; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 142.

³⁵¹ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 314; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 142.

³⁵² **CMK madde 135/6:** “Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 7. Parada sahtecilik (madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 9. [5560 sayılı yasanın 45. maddesi ile mülga], 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 11. Rüşvet (madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

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

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 3713 sayılı ‘Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin 1. fıkrasındaki “Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.” hükmü ve 10. maddesinin f bendindeki “Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak ...Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki ... istisnalar uygulanmaz.” hükmü gereğince terör suçları da katalog kapsamındadır.

³⁵³ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 407.

soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanabilir kılınmışlardır³⁵⁴. Belirtmek gerekir ki, soruşturma veya kovuşturmayaya konu suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamaktadır³⁵⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen suçlar belirtilirken genel olarak maddenin tamamına gönderme yapıldığından, katalog kapsamında bulunan suçun basit haliyle birlikte nitelikli halleri ve netice sebebiyle ağırlaşmış halleri de katalog kapsamında kabul edilmiştir³⁵⁶.

Diğer yandan CMK'nun 136. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen suçlar kasten işlenen suçlardan oluşmaktadır. Buna karşın iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri her türlü suçta uygulanabildiğinden, soruşturma ve kovuşturmayaya konu suçun taksirle işlenebilen bir suç olması bu tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten bu tedbirlerin delil elde etmeye ve şüpheli veya sanığın yakalanmasına elverişli olması halinde taksirle işlenen suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanması mümkündür.

Genel olarak CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında yer verilen suçların kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı gibi ağır cezaları gerektiren suçları; göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, ihaleye fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, silah kaçakçılığı, gümrük kaçakçılığı, tarihi eser kaçakçılığı gibi genellikle organize ve örgütlü bir şekilde işlenen suçları ve suç işlemek için örgüt kurma, silahlı örgüt kurma ve terör örgütü kurma gibi genellikle delil elde etmenin güç olduğu suçları içerdiği görülmektedir.

AIHM kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvenceler öngörmesi bağlamında, kişilerin özel hayatlarına ve haberleşmelerine çok ciddi bir şekilde müdahale teşkil eden gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanabileceği suçlara yasada açıkça yer vermeyi yasanın kalitesi açısından zorunlu görmektedir³⁵⁷. Diğer yandan

³⁵⁴ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 172; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 112; Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 131.

³⁵⁵ Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 98; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 149.

³⁵⁶ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 152.

³⁵⁷ *Huvig-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 34; *Kruslin-Fransa* Davası, 24.04.1990, § 35. Ayrıca bkz.: Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 536; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 28.

AİHM'ne göre Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçların korunmasına yönelik olarak özel hayata ve haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan ancak demokratik toplumda gerekli olan tedbirleri belirlemek konusunda devletlerin takdir hakkı da bulunmaktadır³⁵⁸. Büyük ölçüde ülkenin subjektif şartları tarafından belirlenen³⁵⁹ güvenlik ve organize suçlulukla mücadele gibi konularda taraf devletin takdir yetkisinin kapsamının ise oldukça geniş olduğu Mahkeme tarafından belirtilmiştir³⁶⁰. Bu sebeple iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri bakımından iletişimin denetlenmesinin belirli suçlarla sınırlanması isabetli olduğu gibi, belirlenen suçların türleri de AİHS ile AİHM standartlarına uyumlu olmuştur.

CMK'da iletişimin tespiti olarak belirtilen dış bağlantı verilerinin denetlenmesine yönelik tedbir bakımından genel olarak Avrupa ülkelerinde bir ayırımın yapılmadığı ve uygulanabileceği suçlar açısından bu tedbirin de sınırlandırıldığı görülmektedir³⁶¹. Ancak CMK'nun 135. maddenin 6. fıkrası kapsamında olmadığından, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin her türlü suça yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanabilmesi mümkündür³⁶². İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin iletişimin içeriğine müdahale teşkil etmemeleri sebebiyle katalog suçlarla sınırlanmamış olmalarını orantılık ilkesi açısından devletin takdir yetkisi kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bu sebeple iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin katalog suçlarla sınırlanmamış olmasında da AİHS'ne aykırı bir yön bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Buna karşın CMK'nun 136. maddesinde öngörülen suç katalogunda yer almayan kimi suçlar bakımından orantılılık ilkesinin bireysel yararlar lehine ancak üstün toplumsal yararlar aleyhine zedelenmiş olduğunu söylemek mümkündür.

³⁵⁸ *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, 07.12.1976, § 49; *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*, 06.09.1978, § 49. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 191; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 4 ve 34; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146.

³⁵⁹ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 89; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 5; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149.

³⁶⁰ *Leander-İsveç Davası*, 26.03.1987, § 51.

³⁶¹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 281-282; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 146.

³⁶² Özbek, **a.g.e.**, s. 424; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 172; Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 131.

Gerçekten genel olarak gizli soruşturma tedbirleri ve özellikle iletişimin denetlenmesi tedbirleri demokratik ülkelerde esas itibariyle örgütlü suçluluk, organize suçlar ve terör suçlarına yönelik bir soruşturma tedbiri olarak kabul edilmektedir³⁶³. Buna karşın TCK'nun 220. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan silahlı örgüt ve terör örgütü niteliği bulunmayan suç örgütüne üye olma, suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme ve suç örgütünün propagandasını yapma suçlarının CMK'nun 136. maddesi kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir.

Örgüt propagandası yapma suçu açısından delil elde etmenin kolay olduğu söylenebilirse de, suç örgütüne üye olma ve suç örgütüne yardım etme suçları açısından delil elde etmenin kolay olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan TCK'nun 220. maddesi kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve TCK'nun 314. maddesi kapsamındaki silahlı örgüt ve terör örgütü suçları katalog kapsamına alındığı halde, CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında açıklık bulunmadığından bu örgütlerin işledikleri katalog kapsamında bulunmayan suçlar bakımından iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulamayacağı anlaşılmaktadır³⁶⁴. Bu sebeple suç örgütüne üye olma ve suç örgütüne yardım etme suçları ile suç örgütlerinin işlediği suçların katalog dışında bırakılmış olmasının üstün toplumsal yararların etkin bir şekilde korunması açısından isabetli olmadığı düşüncesindeyiz³⁶⁵.

4.5. Tedbire Konu Yerler

AIHM Sözleşmenin amacını gözeterek kişiler arasındaki iletişimin Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında kabul edilebilmesi açısından özel hayat ile iş hayatı ve sivil kişiler ile kamu görevlileri arasında bir ayırım yapmayarak iş hayatıyla ilgili iletişim³⁶⁶ ile kamu görevlilerine ait iletişimin³⁶⁷ de haberleşmeye saygı hakkı kapsamında olduğunu kabul etmektedir. CMK'nda da telekomünikasyon yoluyla

³⁶³ Sokullu Akıncı, **a.g.e.**, s. 12; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 249; Kaymaz, **ag.e.**, s. 21-22.

³⁶⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 99; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 154-155.

³⁶⁵ Aynı yönde görüş için bkz.: Erdem, **a.g.e.**, s. 99; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 155, 158, 161.

³⁶⁶ *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44-46; *Kopp-İsviçre Davası*, 25.03.1998, § 50; *Amann-İsviçre Davası*, 16.02.2000, § 44; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 41.

³⁶⁷ *Halford-Birleşik Krallık Davası*, 25.06.1997, § 44; *Copland-Birleşik Krallık Davası*, 03.07.2007, § 41.

iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasında kural olarak denetime konu iletişim aracının bulunduğu yerin önemi bulunmamaktadır³⁶⁸. CMK'nun 136. maddesinde müdafinin yerleşim yerinde bulunmayan telekomünikasyon araçları bakımından bu durumun tek istisnasına yer verilmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, müdafinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğundan CMK'nun 135. maddesinin 2. fıkrası gereğince şüpheli veya sanığın müdafii ile iletişimi hakkında iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanması mümkün olmadığından³⁶⁹ CMK'nun 136. maddesinde yer verilen istisnanın fiilen uygulanması mümkün değildir³⁷⁰.

4.6. Tedbirin Uygulanacağı Şüphe

Şüphe ceza muhakemesini başlatan ve kesin hükümden önce bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmeye imkân sağlayan koşuldur³⁷¹. Dolayısıyla ceza muhakemesinde uygulanan bir koruma tedbirinin gerçekten haklı olup olmadığı ancak hüküm kesinleştğinde ortaya çıkar. Bu sebeple bir koruma tedbirinin uygulanmasına, tedbirin uygulanmasının haklı olduğu düşüncesi, diğer bir ifadeyle *haklı görünüşü* yol açar³⁷².

Ceza muhakemesinde şüphe, delillerin kuvvetine göre *basit*, *yeterli* ve *kuvvetli* şüphe olarak üçe ayrılmaktadır. *Basit şüphe*, şüphenin en hafif derecesi olup, dayandığı belirtiler itibarıyla ispat gücü yetersiz, basit, yoğunluğu az şüphe; *yeterli şüphe*, yapılacak muhakemede sanığın mahkûm olması ihtimalini beraet etmesi ihtimalinden fazla hale getiren şüphe; *kuvvetli şüphe* ise eldeki delillere göre yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkûm olmasını kuvvetle muhtemel hale getiren şüphe olarak tanımlanmaktadır³⁷³.

³⁶⁸ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 365.

³⁶⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608; Özbek, **a.g.e.**, s. 427; Şahin, **a.g.e.**, s. 272; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 182.

³⁷⁰ CMK'nun 136. maddesi hakkında doktrindeki eleştiriler için bkz.: Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608; Özbek, **a.g.e.**, s. 427; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 182, 184-193. Bu eleştirilere karşı eleştiriler için ise bkz.: Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 118 ve 121; Taşkın, **a.g.e.**, 157.

³⁷¹ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 249.

³⁷² Erdem, **a.g.e.**, s. 308; Centel, Zafer, s. 281; Özbek, **a.g.e.**, s. 411; Şahin, **a.g.e.**, s. 201; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 63

³⁷³ Gökçen, **a.g.e.**, s. 66; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 495-496; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 276; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 211-212.

AİHM *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin bir kimsenin belirli suç fiillerini ciddi işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair şüphe duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarla sınırlı olarak uygulanması gerektiğini³⁷⁴; *Campbell-Birleşik Krallık* Davasında nesnel bir gözlemcinin özel haberleşme araçlarının kötüye kullanıldığını düşünmesine neden olacak verilerin ve bilgilerin mevcut olması halinde makul şüphenin bulunduğu kabul edilebileceğini³⁷⁵; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise kişi haklarına çok ciddi bir müdahale olması sebebiyle telefon dinlemenin ancak bir kişinin ağır suçlarla bağlantısının bulunduğu dair çok ciddi sebeplere dayanan makul şüphe üzerine gerçekleştirilebileceğini ve buna bağlı olarak yasanın telefon dinlemeye başvurulabilecek şüphenin hangi hallerde makul kabul edilebileceğine ilişkin hükümler de içermesi gerektiğini³⁷⁶ belirtmiştir.

CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin suçun işlendiğine ilişkin *kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı* durumunda uygulanabileceği belirtilmiştir. CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında 'kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı' tabirinin ifade ettiği şüphe derecesi bakımından doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrinde *ilk görüş*, 'kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı' tabiriyle failin mahkûm olması ihtimalinin çok yüksek olması anlamına gelen kuvvetli şüphenin ifade edilmiş olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi özel hayata ve haberleşmeye ağır bir müdahale teşkil ettiğinden diğer birçok koruma tedbirinden ayrılmakta olup, şüphenin nitelikli bir yoğunluğa ulaşması aranarak bu tedbirlerin kolaylıkla uygulanması engellenmek istenmiştir. Bu sebeple yasada kullanılan 'kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı' ifadesi bilinçli bir tercihin ürünüdür³⁷⁷.

³⁷⁴ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, 51.

³⁷⁵ *Campbell-Birleşik Krallık* Davası, 25.03.1992, § 48. Ayrıca bkz.: Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 48; Dutertre, **a.g.e.**, s. 120-121.

³⁷⁶ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 51.

³⁷⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 268.

Doktrinde *ikinci görüş*, ‘kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı’ tabiriyle failin mahkûm olması ihtimalinin çok yüksek olması anlamına gelen kuvvetli şüphenin ifade edilmemiş olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre kuvvetli şüphenin varlığı evleviyetle başka delillerin elde bulunmasını gerektirdiğinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi kuvvetli şüpheyeye bağlı tutulduğunda ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesi gereğince bu tedbirlerin uygulanması fiilen imkânsız hale gelecektir³⁷⁸.

Doktrindeki *son görüş* ise, CMK’nun 135. maddesinin 1. fıkrasında açıkça kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığından söz edilmesi ve hükmün yorumun hükmün lafzıyla sınırlı olmak zorunda olması sebebiyle, ‘kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı’ ifadesinden anlaşılması gerekenin kuvvetli şüphe olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu görüşe göre, ikinci görüş tarafından da belirtildiği gibi, kuvvetli şüphe başka delillerin varlığını gerektirdiğinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi kuvvetli şüpheyeye bağlı tutulduğunda ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesi gereğince bu tedbirlerin uygulanması fiilen imkânsız hale gelecektir. Bu sebeple ‘kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı’ ifadesinin iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanmasını imkânsız hale getirmemesi için yasada değişiklik yapılması gerekmektedir³⁷⁹.

Bize göre de CMK’nun 135. maddesinin 1. fıkrasında genel olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabilmesi için basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ancak yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan, suçun işlendiğine dair somut olgular ve bilgilerden kaynaklanan kuvvetli belirtilere dayalı basit şüphenin aranmasını olanaklı kılan bir değişikliğin yapılması yerinde olacaktır³⁸⁰. Bu değişiklik sayesinde, bir yandan şüphenin tahminin ötesinde oluşan akla yatkın şüphe olması sağlanarak tedbirin keyfi

³⁷⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 702-703; Özbek, **a.g.e.**, s. 424; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 100; Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 412; Şen, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 107; Öztürk, Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 602.

³⁷⁹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 239; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 217-223.

³⁸⁰ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 702; Özbek, **a.g.e.**, s. 424.

bir şekilde uygulanması engellenebilecek; bir yandan da iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin etkin bir şekilde uygulanması, bir yandan da ikinci dereceden uygulanabilirlik ilkesi sayesinde iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin orantılılığı sağlanabilecektir; diğer yandan da yasanın belirliliği ilkesi gereğince bu tedbirlerin uygulanabilmesi için gerekli şüphe derecesi yorumu gerektirmeksizin yasa metninden açıkça anlaşılabilecektir³⁸¹.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri ise CMK'nun 135. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiğinden şüphe derecesi yönünden 1. fıkradaki sınırlamaya tabi değildir. CMK'da mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacının şüpheli veya sanığın yakalanması olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. CMK'nun 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde suç işlerken rastlanan, (b) bendinde suçüstü halinde görülen şüphelinin yakalanabileceği öngörülmüştür. Diğer yandan CMK'nun 98. maddesinin 1. fıkrasında çağrıya gelmeyen veya çağrı yapılamayan, 2. fıkrasında kaçan şüpheli; 98. maddesinin 3. fıkrasında ise kaçak sanık hakkında yakalama emri düzenlenebileceği öngörülmüştür. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacı şüpheli veya sanığın yakalanması olduğundan, tedbirinin bu hükümler uyarınca yakalanma şartları oluşmuş, dolayısıyla suçu işlediğine dair yeterli şüphe bulunan şüpheli veya sanık hakkında uygulanması gerekmektedir³⁸².

4.7. Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini gerektiren ihtiyaçlar ile bireyin özel hayatının korunması ihtiyacı arasındaki çatışan değerlerin adil bir şekilde tartımını gerektirmektedir³⁸³. Orantılılık ilkesi doktrinde, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine yol açan amaçlara ulaşmak için gerekli, ölçülü ve elverişli araçlara başvurulması şeklinde tanımlanmakta ve *gereklilik, ölçülülük ve elverişlilik* ilkeleriyle açıklanmaktadır³⁸⁴. Orantılık ilkesine

³⁸¹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 279; Erdem, **a.g.e.**, s. 318; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 239; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 221.

³⁸² Karş.: Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 802, dipnot 40; Kaymaz, , **a.g.e.**, s. 132, 219.

³⁸³ Gökçen, **a.g.e.**, s. 34; Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 279; Erdem, **a.g.e.**, s. 155; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 737; Özbek, **a.g.e.**, s. 19.

³⁸⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 191; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 186-187; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 67.

göre, ulaşılmak istenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın açık bir orantısızlık içinde olmaması; sınırlama ile ulaşılmak istenen genel yarar ile sınırlama sonucunda bireysel yararda oluşan zarar arasında denge bulunması; sınırlamada kullanılan aracın ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi; aracın ilgililer için katlanılabilir olması gerekir³⁸⁵. Bu sebeple ölçülülük ilkesi özünde, bir sınırlamanın öngörüldüğü amacı aşmaması, hak ve özgürlüğün varlığını zedeleyecek yahut ortadan kaldıracak dereceye varmaması, sınırlamanın kapsamı ile korunmak istenen yüksek çıkar arasında orantılı bulunmasıdır³⁸⁶.

İletişimin denetlenmesi tedbirleri özel hayata ve haberleşmeye ağır müdahale niteliğinde olduğundan CMK'nun 135. maddesinin 1. fıkrasında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri açısından orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak

³⁸⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 738; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 543.

³⁸⁸ Erdem, **a.g.e.**, s. 323; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 148.

ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine yer verilmiş ve iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanması *başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması* koşuluyla sınırlanmıştır.

CMK Yönetmeliği'nin 4/c maddesinde başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunun *“Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını”* ifade ettiği belirtilmiştir.

İkinci derecede uygulanabilirlik ilkesi aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik sonralık ilişkisini ifade eder ve aynı suçu aydınlatmak için başvurulabilecek mümkün ve elverişli birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlısı olanın seçilmesini gerektirir³⁹⁰. Bu ilkeye göre, meşru amacı gerçekleştirmek için elverişli başka bir tedbirden sonuç alınıp alınmadığı denenmeksizin doğrudan doğruya genel bir yasaklama ve ağır bir müdahale yoluna başvurulması halinde orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır³⁹¹. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulmaksızın muhakeme yapılabilir, hüküm verilebilir ve hüküm infaz edilebiliyorsa bu tedbire başvurulmaması gerekmektedir³⁹².

İkinci derecede uygulanabilirlik ilkesine aykırılık, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri yoluyla elde edilen delilin ceza muhakemesinde kullanılamaması sonucunu doğurur³⁹³.

Delil toplamaya yönelik olarak uygulanan tedbirlerden olan ve iletişimin içeriğine müdahale teşkil eden iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri, iletişimin içeriğine müdahale teşkil etmeyen iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin

³⁹⁰ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 413; Erdem, **a.g.e.**, s. 100; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 51; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 100; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 223.

³⁹¹ Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 281; Taşkın, **a.g.e.**, s. 267; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 223-224.

³⁹² Erdem, Özbek, **a.g.e.**, s. 255; Şahin, **a.g.e.**, s. 268.

³⁹³ Özbek, **a.g.e.**, s. 425.

değerlendirilmesi tedbirlerine oranla özel hayata ve haberleşmeye daha ağır müdahale teşkil etmektedir. Bu sebeple somut olayın özelliklerine göre bu tedbirlerden basit olanlar denenmeden ağır olanların uygulanması ve gerektiğinde aynı olayda birden fazla tedbirin uygulanması kural olarak mümkün olmakla birlikte³⁹⁴, müdahalenin yoğunlu ve tedbirin amaca ulaşmaya elverişliliğine göre basit tedbir ve yöntemlerle sonuç alınıp alınamayacağına ilişkin tatmin edici makul sebepler dikkate alınarak orantılılık ilkesi ve elverişlilik ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir³⁹⁵.

Orantılılık ilkesi AIHS metninde yer almamakla birlikte AIHM tarafından Sözleşme uygulamalarında yaygın olarak kullanılmaktadır³⁹⁶. Mahkeme *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması³⁹⁷; *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davasında ise telefon dinleme tedbirinin ancak meşru amaçları gerçekleştirmenin başka türlü mümkün olmaması³⁹⁸ halinde uygulanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Buradaki imkânsızlık soruşturma organlarının zafiyetinden kaynaklanan subjektif bir imkânsızlık değil, tüm yolların denenmiş olmasına karşın telefonu dinlenen kişi hakkında delil elde edilememesinden kaynaklanan objektif bir imkânsızlıktır.

Diğer taraftan haberleşmeye saygı hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkı olup³⁹⁹, kişinin özel haberleşmesinin gizliliğinin korunmasını amaçlamaktadır⁴⁰⁰. Bu sebeple AIHS'nin 8. maddesi haberleşmenin içeriğinden ziyade haberleşmenin gerçekleştirilmesinin yol ve yöntemlerinin korunmasına, kişilerin güvenlik içerisinde iletişim kurmasının sağlanmasına, haberleşmenin kontrol edilmemesini temin etmeye yöneliktir⁴⁰¹. Dolayısıyla özel haberleşmenin 8. madde kapsamında olması, haberleşmenin

³⁹⁴ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 323, 325; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 100.

³⁹⁵ Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 324, 325; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 100; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 414; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 229.

³⁹⁶ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33.

³⁹⁷ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 51.

³⁹⁸ *Iordachi ve Diğerleri-Moldova* Davası, 14.09.2009, § 51.

³⁹⁹ Kilkelly, **a.g.e.**, s.19.

⁴⁰⁰ Komisyon Kararı, *B.C.-İsviçre*, Başvuru No: 21353/93, 27.02.1995.

⁴⁰¹ Dutertre, **a.g.e.**, s. 337; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 20.

içeriğine, müdahalenin ölçüsüne, bireyin hangi hayat alanına ilişkin olduğuna, iletişim kuran kişilerin kimliğine bağlı değildir⁴⁰². AIHM üçüncü bir kişinin görüşmelerinin tespiti amacını taşısa⁴⁰³, içeriği suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili olsa⁴⁰⁴ dahi içeriğine ve amacına bakılmaksızın kişinin haberleşmesinin 8. madde kapsamında olduğunu kabul etmekte; haberleşmeye müdahalenin ortaya çıkması için asgari bir ölçünün öngörülemeyeceğini belirtmektedir⁴⁰⁵. Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesi bakımından demokratik bir toplumda gereklilik koşulunun kapsamını gereklilik, ölçülülük ve elverişlilik ilkelerini içeren orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ile kamusal yararlar arasında oluşturulan dengeye göre belirlemektedir⁴⁰⁶.

Anayasanın 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek orantılılık ilkesine açıkça yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasanın ve AİHS'nin normlar hiyerarşisinde CMK'nun üstünde bulunması sebebiyle özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına sınırlama getiren iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanmasında orantılılık ilkesinin gözetilmesi hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir.

5. İletişimin Denetlenmesiyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

5.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla muhakemeye konu eylem konusunda yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını saptamaya yönelik faaliyete *ispat* denir⁴⁰⁷. *Delil* ise bir suçun işlenip işlenmediğini, işlenmişse kim tarafından ne şekilde işlendiğini göstererek suç olduğu ileri sürülen olayın yeniden yaşanmasını sağlayan ve suçun ispatına yarayan

⁴⁰² Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 341; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 20.

⁴⁰³ *Kruslin-Fransa Davası*, 24.04.1990, § 26.

⁴⁰⁴ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 35-37.

⁴⁰⁵ *Narinen-Finlandiya Davası*, 01.06.2004, § 32.

⁴⁰⁶ *Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası*, 25.03.1983, § 97. Ayrıca bkz.: Ruiz, **a.g.e.**, s. 189; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 380; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 32; Macovei, **a.g.e.**, s. 44.

⁴⁰⁷ Özbek, **a.g.e.**, s. 602.

araçlardır⁴⁰⁸. Ceza muhakemesinde deliller gibi doğrudan doğruya muhakemeye konu olayın ispatına hizmet etmeyen, hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı yan olayları açıklayan ve dolaylı olarak ispata yardımcı olan vakıalara ve izlere ise *belirti* ya da *yan delil* adı verilmektedir⁴⁰⁹.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olduğundan, ceza muhakemesinde delil serbestisi geçerlidir. *Delil serbestisi* kural olarak akla uygun her şeyin delil olabilmesini ve maddi gerçeği ifade etme gücü bakımından delillerin serbestçe değerlendirilebilmesini ifade eder⁴¹⁰. Bununla birlikte delil serbestisi delillerin her türlü yolla elde edilebilmesi serbestisi anlamına gelmemektedir. Gerçekten hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde kullanılabilecek deliller hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş deliller olmalıdır. Dolayısıyla delil serbestisinin istisnasını hukuka aykırı deliller oluşturur. Nitekim delil serbestisine ve istisnasına ilişkin olarak CMK'nun 217. maddesinin 2. fıkrasında “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan ceza muhakemesinde hâkim tarafından, hâkimin ve ceza muhakemesine katılan diğer kişilerin dorudan doğruya temasa geçtiği delillerin hükme esas alınması mümkündür⁴¹¹. Bu ilkeye ise *vasıtasızlık ilkesi* adı verilmektedir⁴¹². Bu ilkeye ise CMK'nun 217. maddesinin 1. fıkrasında yer verilerek “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir*” hükmü sevk edilmiştir.

⁴⁰⁸ Tosun, **a.g.e.**, s. 92-93; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 204; Özbek, **a.g.e.**, s. 602; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 51.

⁴⁰⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 378; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 207; Özbek, **a.g.e.**, s. 633.

⁴¹⁰ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 203; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 204; Özbek, **a.g.e.**, 669;

⁴¹¹ Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi, “*hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirtilip duruşmada okunmadığı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilerek gerekçeyle yansıtılmadığı*” gerekçesiyle verilen hükmün hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. Bkz.: Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 14.10.2008 tarih 2008/8558 E. 2008/15780 K. sayılı kararı.

⁴¹² Özbek, **a.g.e.**, 669.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri de esas itibariyle delil elde etme amacına yöneliktir. Doktrinde bu tedbirler yoluyla elde edilen bilgilerin niteliği tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, genel mahiyette olduklarından ve belirli bir olayı temsil etmediklerinden ses ve görüntü kayıtlarının tek başına ispat kuvveti bulunmadığını, dolayısıyla iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtların belirti niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir⁴¹³. Yargıtay da somut olayın özelliğine göre maddi bulgularla desteklenmeyen iletişim kayıtlarının tek başına delil niteliğinde olmadığını kabul etmektedir⁴¹⁴.

Doktrindeki diğer görüş ise, iletişim kayıtlarının niteliğinin usulüne uygun olarak düzenlenip düzenlenmediklerine ve muhafaza edilip edilmediklerine göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹⁵. Bu görüşe göre iletişim kayıtlarının hukuksal değeri ve buna bağlı olarak niteliği, bu kayıtların gerçeği yansıtır yansıtmadığına ve değiştirilip değiştirilmediğine göre belirlenmelidir⁴¹⁶. Dolayısıyla usulüne uygun olarak verilip uygulanmış iletişimin denetlenmesi kararı sonucunda elde edilen, usulüne uygun olarak içeriği çözüm tutanağına aktarılarak içeriğinde tahrifat yapılmayan kayıtlar bu görüşe göre delil niteliğindedir⁴¹⁷.

İletişim kayıtlarının hukuksal değeri bir bakıma, bu kayıtların hukuksal niteliğini de belirlemektedir. Nitekim bu kayıtların hukuksal niteliğine ilişkin görüşler bu kayıtların hukuksal değerini, diğer bir ifadeyle bu kayıtların tek başlarına mahkûmiyet kararı vermek için yeterli olup olmadığını belirlemeye yönelik doktrindeki tartışmanın da bir parçasını oluşturmaktadır. Gerçekten iletişim kayıtlarının tek başlarına mahkûmiyet için yeterli kabul edilip edilmeyeceği bu kayıtlara ilişkin temel hukuksal sorunu teşkil etmektedir.

⁴¹³ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 636-637.

⁴¹⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 22.01.2009 tarih 2008/13862 E. 2009/479 K.; 8. Ceza Dairesi'nin 15.09.2008 tarih 2008/12115 E. 2008/9513 K. sayılı kararları.

⁴¹⁵ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 374; Özbek, **a.g.e.**, 633.

⁴¹⁶ Ali Kemal Yıldız, "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 257; Öztürk, Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 374; Özbek, **a.g.e.**, 633.

⁴¹⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s. 258; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 374; Özbek, **a.g.e.**, 633; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 426.

Doktrinde bir görüş tek başına iletişim kayıtlarına dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini⁴¹⁸; bir görüş ise hukuka uygun olarak elde edildikleri sürece iletişim kayıtlarının tek başına mahkûmiyete esas alınmaları için kural olarak başka delillerle desteklenmelerine gerek bulunmadığını⁴¹⁹ ileri sürmektedir.

CMK'nun 135. maddesi uyarınca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde uygulanabilen tedbirlerdir. Dolayısıyla yasada kullanılan 'kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı' tabiri ne şekilde yorumlanırsa yorumlansın, bu tabirin tedbirin uygulanabilirliği için en azından suçun işlendiği şüphesini doğuran bir takım belirtilerin mevcudiyetini ifade ettiği kesindir. Dolayısıyla bu tedbirlerin uygulanabilmesi için en azından bir takım belirtilerin aranmış olmasından hareketle, elde edilen kayıtların mahkûmiyet kararı verilmesine yeterli olabilmesi için başka belirtiler ya da delillerle desteklenmesinin gerektiği savunulabilir.

Ancak bu konuda değerlendirme yapılırken CMK'nun 217. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"* hükmünün de göz önde tutulması gereklidir. Bu hüküm ceza muhakemesinde vicdani delil sisteminin geçerli olduğunun pozitif hukuksal dayanağını teşkil etmektedir. Elde edilen delilin yüklenen suç kanıtlayabilmesi açısından bu hükmün delilin hukuksal değerine ilişkin olarak hukuka uygun olması dışında başkaca bir koşul ve sınırlamayı içermediği görülmektedir.

Dolayısıyla CMK iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması koşullarını şüphe bakımından sınırlamış; fakat suçun işlenip işlenmediğine ilişkin şüphenin yenilmesini, yani suçun kanıtlanmasını delillerin hukuka uygun olması haricinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutmamıştır. Gerçekten herhangi bir tedbirin uygulanmasına yeter derecede şüphe sebeplerinin doğmasına yol açan belirti ya da delillerin suçun kanıtlanması açısından hukuksal değerinin bulunmadığının ceza muhakemesinin ilerleyen aşamalarında ortaya çıkması, buna karşın uygulanan tedbirler yoluyla elde edilen kayıtlardan suçun kanıtlanmasına yeterli bilgilerin elde edilmesi mümkündür. Bu sebeplerle bize göre de ilkesel olarak tek başına iletişim

⁴¹⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 636-637; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 375.

⁴¹⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s. 258; Özbek, **a.g.e.**, 633; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 429.

kayıtlarının mahkûmiyet kararı verilmesi için yeterli olmadığını savunmaya olanak bulunmamaktadır.

İletişim kayıtlarının mahkûmiyete yeterli hukuksal değerde olmadığına yönelik daha baştan mutlak bir ilke benimsemektense, tedbirin niteliği ve elde edilen kayıtların içerdiği bilgiler, bilgilerin somut olayı temsil yeteneği ve suçun niteliği gibi faktörleri dikkate alarak hukuka uygun olarak elde edilmiş olmaları kaydıyla iletişim kayıtlarının ispat gücünü her somut olayın kendine özgü özellikleri bağlamında duruşmanın bitirildiği aşamada değerlendirmenin ceza muhakemesinde geçerli olan vicdani delil sistemi açısından en uygun çözüm olacağı düşüncesindeyiz⁴²⁰.

Nitekim iletişimin tespiti tedbiriyle elde edilen ve açıkça silah ticaretine ilişkin olmayan iletişim ayrıntı kayıtlarının toplu silah kaçakçılığı suçunun işlendiğinin kabul edilmesine yeterli delil olamayacağı yönündeki kararlar da Yargıtay’ın da esasen bu yaklaşımı benimsemiş olduğunu ve iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle elde edilen kayıtların ispat gücüne ilişkin olarak ilkesel bir yaklaşım içerisinde olmayıp, somut olayın özelliklerine göre karar verdiğini göstermektedir⁴²¹.

5.2. Hukuka Aykırı Deliller

CMK’nun 217. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” Bu sebeple ceza muhakemesinde ispat araçlarının suçun kanıtlanması için kullanılabilmesi için hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Nitekim bu hususa Anayasanın 38.

⁴²⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s. 258; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 430.

⁴²¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 15.09.2008 tarih 2008/12115 E. 2008/9513 K. sayılı kararında, “*Sanıkların kimliği tespit edilemey(en) ...şahıslarla aralarında yasanın amaçladığı biçimde topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birlikteliklerinin bulunduğu, içeriği açıkça silah ticaretine ilişkin olmayan, maddi bulgularla desteklenmeyen ve bu nedenle delil niteliğinde bulunmayan telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında yeterli kanıt bulunmadığı, böylece eylemlerinin bireysel silah ticareti suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçu toplu olarak işledikleri kabul edilerek 6136 sayılı Yasanın 12/1 madde ve fıkrası yerine, anılan yasanın 2. fıkrası ile uygulama yapılması..*” hukuka aykırı görülerek, davaya konu suçun toplu olarak işlenmesine ilişkin unsurunu kanıtlamaya elverişliliği yönünden iletişimin tespiti tedbiriyle elde edilen kayıtların içerdiği bilgiler yeterli delil olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 22.01.2009 tarih 2008/13862 E. 2009/479 K. sayılı kararı da benzer mahiyettedir.

maddesinin 6. fıkrasında da yer verilerek “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” hükmü sevk edilmiş bulunmaktadır.

Hukuka aykırılık, bir eyleme hukuk düzeninin cevaz vermemesi, bu eylemin hukuk düzeni içerisinde caiz sayılmaması ve yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir⁴²². Hukuka aykırılık tüm hukuk düzenine aykırılığı ifade ettiğinden, ceza muhakemesinde kullanılacak ispat araçlarının hukuka aykırı olup olmadıklarının belirlenmesinde yalnızca ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku değil, başta Anayasa ve AİHS olmak tüm yazılı hukuk kuralları ile yazılı olmayan genel hukuk kurallarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁴²³.

Yasayla öngörülme ilkesi, AİHM’nin iç hukuk normunun Sözleşmeye uygunluğunun yanı sıra, özel hayata yapılan müdahalenin ve bu müdahaleye ilişkin ulusal yargı kararının iç hukuk normuna uygunluğunu denetlemesine de olanak sağlamaktadır. Yasayla öngörülme ilkesi öncelikle özel hayata ve haberleşmeye müdahale teşkil eden işlem veya önlemin iç hukuka uygun gerçekleştirilmesini gerektirmektedir⁴²⁴. Bu sebeple özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin iç hukuk kuralına aykırılığı başlı başına Sözleşmenin ihlali niteliğindedir⁴²⁵. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması yoluyla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için öncelikle iç hukuka uygun olarak gerçekleştirilmeleri gerekmektedir. İç hukuka uygun olarak gerçekleştirilmeyen tedbirlerle elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan ceza muhakemesinde kullanılmaları mümkün değildir.

Elde delillerin hukuka uygun olabilmesi için öncelikle, tedbirlere karar verildiği tarihte iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması için yasada öngörülen şartların gerçekleşmesi, dolayısıyla bir suçun işlenmiş olması, bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka surette delil elde etme

⁴²² Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. bs., İstanbul, Beta, 2004, 94-95; İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2001, s. 201.

⁴²³ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 440.

⁴²⁴ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 38.

⁴²⁵ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 260-261; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 126-128, 143-144 ve 377; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 239.

imkânının bulunmaması, kim olduğu bilinen ve kimliği belirlenebilen bir şüphelinin bulunması ve kararın içeriği bakımından yasada öngörülen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir. Bu sebeple hukuka aykırı kararlara dayalı olarak elde edilen delillerin hükme esas alınmasına olanak yoktur⁴²⁶. İkinci olarak, tedbirlerin yasaya ve karara uygun olarak yerine getirilmesi, dolayısıyla tedbirlerin TİB tarafından yerine getirilmesi ve tedbir kararının içeriğinde yer verilen sınırlamalara uyulması gereklidir. Son olarak ise tedbirlerin uygulanması yoluyla elde edilen delillerin değiştirilmesinin önlenmesi yönünde tedbirlerin alınmış olması ve elde edilen bilgilerin içeriğinin değiştirilmemiş, bozulmamış olması gereklidir. Bu sebeple iletişimin dinlenmesi yoluyla yapılan kayıtların bütün olarak çözümlerinin yapılması ve veri taşıyıcına kaydedilen veriler bütünüyle muhafaza edilmelidir⁴²⁷.

Diğer taraftan yasayla öngörülme ilkesi AİHS ile AİHM kararlarına uygunluğu da ifade ettiğinden, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası yönünden AİHM tarafından kabul edilen standartlara uygun olması da gerekmektedir. Bu sebeple sadece iç hukuk kurallarına uygunluğu, bu tedbirlerin uygulanması yoluyla elde edilen delillerin hukuka uygun sayılmaları için yeterli değildir. Dolayısıyla AİHS müktesebatına aykırı yerine getirilen iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Hukuka aykırı deliller konusunda değinilmesi gereken bir konu da şüpheli veya sanığa ait iletişimin doğrudan mağdur ya da üçüncü kişi tarafından kaydetmesi durumudur. Bu konuyu mağdur ya da üçüncü kişi tarafından kaydedilen iletişimin içeriğinin bir suçun delili olup olmasına göre ayırarak ele almakta yarar bulunmaktadır.

Başlı başına kişinin sesi kişiliğinin ve özel hayatının bir parçasıdır⁴²⁸. Bu sebeple AİHM kişiler arasındaki konuşmaların gizli ses kayıt cihazlarıyla kaydedilmesini özel hayata ve haberleşmeye müdahale olarak

⁴²⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 705; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 215; Şen, **a.g.e.**, s. 113; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 443.

⁴²⁷ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 445.

⁴²⁸ *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 60.

değerlendirmektedir⁴²⁹. Yargıtay da kişilerin hukuka aykırı ses ve görüntülerinin gizlice kayda alınmasını dahi özel hayata ve kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirmektedir⁴³⁰. Doktrinde de iletişimin taraflarından birinin diğer kişinin rızası dışında iletişimi kaydetmesi hukuka aykırı kabul edilmektedir⁴³¹. Bu sebeple mağdur ya da üçüncü kişi tarafından bir kişinin iletişiminin kaydedilmesi kural olarak hukuka aykırıdır. Bu sebeple mağdur ya da üçüncü kişiler tarafından şüpheli veya sanığın iletişimine ilişkin kayıtların ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmayıp, Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir⁴³². Ayrıca belirtmek gerekir ki, kurulduğu esnada iletişimin kayda alınması kapsamında olmayan ve şüpheli veya sanık tarafından mağdura gönderilen elektronik posta, SMS gibi kayıtlar açısından ise iletişimin kayda alınması bulunmayıp, muhafaza altına alma tedbirinin uygulanması söz konusu olacağından, bu tür iletilerin hukuka uygun delil niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan bir suçun işlenmesi ile ilgili olan iletişimin mağdur veya üçüncü kişi tarafından kayda alınması doktrinde hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu belirtilerek hukuka uygun kabul edilmektedir⁴³³. Yargıtay da, kaydedilen iletişimin içeriğinde mağdura karşı işlenmiş bir suçun delillerinin bulunması halinde iletişim kayıtlarının hukuka uygun olduğunu ve delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir⁴³⁴.

⁴²⁹ *A-Fransa Davası*, 23.11.1993, § 38; *Khan-Birleşik Krallık Davası*, 12.05.2000, § 25; *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık Davası*, 25.09.2001, § 60; *Armstrong-Birleşik Krallık Davası*, 16.07.2002, § 19; *Hewitson-Birleşik Krallık Davası*, 27.05.2003, § 20; *Lewis-Birleşik Krallık Davası*, 25.11.2003, § 18; *Elahi-Birleşik Krallık Davası*, 20.09.2006, § 17.

⁴³⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2008 tarih 2007/5391 E. 2008/2135 K.; 28.01.2008 tarih 2007/3573 E. 2008/650 K.; 26.10.2007 tarih 2006/13723 E. 2007/13089 K. sayılı kararları. (Kararlar için bkz. Kaymaz, **a.g.e.**, s. 293-294, dipnot 778 ve s. 297, dipnot 789.)

⁴³¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 994-995; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 293.

⁴³² Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.11.2009 tarih 2009/9930 E. 2009/13934 K. sayılı kararında "...sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmekle..." denilmek suretiyle, mağdur tarafından sanığa ait iletişimin kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğunu kabul eden yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmiştir.

⁴³³ Şen, **a.g.e.**, s. 114; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 295, 452-453.

⁴³⁴ Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 22.01.2009 tarih 2008/11929 E. 2009/922 K. sayılı kararında, "...Soruşturma aşamasında 31.05.2005 tarihli tutanak ile çözümü yapılan ve şikayetçi tarafından kayda alınan teyp kasetine göre, şikayetçi ile görüşen kişinin telefonda şikayetçiye sövme ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında, sanık tarafından inkar edilen bu görüşmedeki şahsın sanık olup

Gerçekten bir eylemin hukuka uygunluğunu sağlayan hukuka uygunluk nedenleri bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi geçerli değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin yazılı hukukta açıkça belirtilmiş olması mümkün olmakla beraber, hukuka uygunluk sebepleri yazılı hukukta belirtilenlerden ibaret değildir⁴³⁵. Diğer yandan hukuk düzeninin hukuksal yararların ihlaline izin vermesinin mümkün olmaması sebebiyle ve bir kişinin kendisini veya bir yakınına bir saldırıya karşı koruması yönündeki doğal içgüdüsünün normal bir sonucu olarak, kendisine ve başkasına yöneltilen ağır ve haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepkinin *haklı savunma* niteliğinde olduğu ve bu durumda kişinin eyleminin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir⁴³⁶. Savunma içgüdüsüne sahip olması sebebiyle kendisine karşı işlenen suça karşı pasif kalması mağdurdan beklenemeyeceğinden ve suçun bizatihi kendisinin hukuksal yararın ihlali niteliğinde olduğundan, kaydedilen iletişimin içeriğinde işlenmiş bir suçun delillerinin bulunduğu durumlarda sorunun haklı savunma çerçevesinde ele alınması, haklı savunmanın gerçekleşmesi için gerekli koşulların mevcudiyeti halinde bir suçun işlendiği esnada yapılan kayıtların hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.

5.3. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen elde edilen delil, yapılan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delilleri ifade etmektedir⁴³⁷. CMK'nun 138. maddesi açısından da, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla konu suçla ilgisi bulunmayan, ancak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıran deliller tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir.

olmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin 5271 sayılı CMK'na göre geçerli delil niteliğinde olmadığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile atılı suçlardan beraat kararı verilmesi..." hukuka aykırı bulunarak, sanığa ait içeriğinde mağdura karşı işlenen suçun delillerini barındıran iletişimin mağdur tarafından kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğunu kabul eden yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

⁴³⁵ Kayhan İçel v.d., **a.g.e.**, s. 117.

⁴³⁶ **A.e.**, s. 129-131.

⁴³⁷ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 611; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 366; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 107; Özbek, **a.g.e.**, s. 434; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 466-467.

CMK'nun 138. maddesinin 1. fıkrasına göre arama ve elkoyma kararlarının uygulanması sırasında karara konu suç dışındaki başka bir suçun işlendiğini gösteren delillerin elde edilmesi halinde, bu delillerin değerlendirilmesine olanak tanınmıştır. Ancak CMK'nun 138. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla 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”* hükmü ile bu olanak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından sınırlanmıştır.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması yoluyla elde edilen tesadüfî delillerin katalog dışındaki suçlar yönünden kullanılamamasının esası, hakkında tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan suçların aydınlatılması amacıyla tedbirin kötüye kullanılmasının önlenmesi ve bu tedbirin ancak belirli suçlara yönelik uygulanabileceği yönündeki güvencenin etkin kılınmasıdır⁴³⁸.

Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, elde edilen tesadüfî delilin katalog suçlardan birisinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil olması gerekmektedir. Elde edilen tesadüfî delilin katalog dışında kalan suçlara ilişkin olması durumunda ise, bu delilin katalog dışındaki suçun soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması mümkün değildir⁴³⁹. Yargıtay suçun niteliğinin değişmesi halinde dahi elde edilen delillerin kullanılamayacağı düşüncesindedir⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 415; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 612; Özbek, **a.g.e.**, s. 435.

⁴³⁹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 710; Öztürk, Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 612; Erdem, **İletişimin Denetlenmesi**, s. 107; Özbek, **a.g.e.**, s. 434-435; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 415.

⁴⁴⁰ Kovuşturmaya konu rüşvet suçu olarak nitelenen eylemin niteliğinin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna dönüştüğü olayda Yargıtay, *“...tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.”* demek suretiyle iletişimin denetlenmesi tedbirine konu suçun sonradan niteliğinin değişmesi durumunda elde edilen delillerin kullanılamayacağını belirtmiştir. Bkz.: YCGK'nun 13.06.2006 tarih 2006/45.MD-122 E. 2006/162 K. sayılı kararları.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, doktrinde tesadüfen elde edilen delillerin soruşturmaya başlamak için dahi kullanılamayacağı belirtilmektedir⁴⁴¹.

CMK'nun 138. maddesinin 2. fıkrasında herhangi bir sınırlamaya yer verilmediğinden, katalog kapsamındaki suçlarla bağlantılı olarak işlenen ancak katalog kapsamında bulunmayan suçlarla ilgili olarak elde edilen tesadüfî delillerin de kullanılması mümkün değildir⁴⁴². Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bu durumun demokratik toplumun korunması açısından ortaya çıkarılabileceği sakıncaların giderilmesi ve toplumsal yararların etkin bir şekilde korunması açısından, suç örgütüne üye olma ve suç örgütüne yardım etme suçları ile suç örgütlerinin işlediği suçların katalog kapsamına alınması ve bu örgütlerin CMK'nun 138. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamadan yararlanmalarının önüne geçilmesi isabetli olacaktır⁴⁴³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tesadüfen elde edilen delillerin CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen suçlardan birisine ilişkin olmaması durumunda elde edilen kayıtların yok edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yasada yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla CMK'nun 138. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün bu yönüyle de yetersiz bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bu sebeple elde edilen tesadüfî delillerin katalog kapsamında olmayan bir suçla ilgili olması durumunda da elde edilen kayıtlar yok edilmelidir⁴⁴⁴.

5.4. Önleme Amaçlı Denetim Sonucu Elde Edilen Deliller

İletişimin denetlenmesinin önleme amacıyla ve istihbarat toplama denetlenmesi henüz ortada işlenmiş bir suç yokken başvurulmaları ve işlenmiş bir suçun delillerinin elde edilmesi amacına yönelik olmamaları, dolayısıyla bir koruma tedbiri olmamaları bakımından adli denetlenmeden farklı tedbirlerdir. Bu sebeple

⁴⁴¹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 612; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 238; Şen, **a.g.e.**, s. 127; Şahin, **a.g.e.**, s. 271. K.g. için ise bkz.: Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 415; Özbek, **a.g.e.**, s. 435; Şahin, **a.g.e.**, s. 269; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 481.

⁴⁴² Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 230, dipnot 60. K.g. için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 153.

⁴⁴³ Erdem, **a.g.e.**, s. 99; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 155, 158, 161.

⁴⁴⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 612; Özbek, **a.g.e.**, s. 434-435.

adli amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirleri amacı, kapsamı, koşulları, karar verme usulü açısından önleyici denetlemeden farklı ve daha katı hükümlere tabidirler.

Gerçekten CMK'nun 135. maddesinde yer verilen kurallar aynı zamanda kişilerin haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilmesinin önlenmesine yönelik güvenceleri teşkil etmektedir. Dolayısıyla CMK'nun 135. maddesindeki koşulların aranmadığı önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması suretiyle elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesini kabul etmek, şüpheli veya sanığa CMK'nun 135. maddesiyle tanınan güvencelerin bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Bu sebeple önleyici amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması suretiyle elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına olanak bulunmamalıdır⁴⁴⁵.

Bu bakımdan önleyici amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması yoluyla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağına ilişkin açık bir yasal düzenlemeye yer verilmesi hukuka aykırı uygulamalara karşı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin etkili bir şekilde güvence altına alınmasının sağlanması bakımından isabetli olacaktır.

6. İletişimin Denetlenmesine Karşı Öngörülen Güvenceler

6.1. Genel Olarak

İletişimin denetlenmesi Anayasamızda ve AİHS'nde güvence altına alınan özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir. İletişimin denetlenmesinin bazı spesifik kullanımları zaman zaman aile hayatına ve konuta saygı hakkına da müdahale teşkil edebilmektedir. Günümüzde teknolojinin kaydettiği gelişmeler telekomünikasyon yoluyla iletişimin başkaları tarafından gizlice ve hukuka aykırı bir şekilde dinlenmesine ve kaydedilmesini mümkün hale getirmiştir. Bu sebeple iletişime hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilmesinin ve iletişimin denetlenmesinin kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla çeşitli güvencelerin

⁴⁴⁵ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 418; Erdem, **Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 304; Özbek, **a.g.e.**, s. 178; Şahin, **a.g.e.**, s. 264-265; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 497.

öngörülmesi insan haklarının korunması bakımından demokratik bir hukuk devleti için zorunluluktur.

6.2. Tedbirin Hukuksal Denetimi

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tedbire karar verme aşamasında ve tedbirin uygulanması sırasında yargısal denetime tabi tutulması kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından önem arz etmektedir. Ancak bu tedbirlerin gizli bir şekilde uygulanması ve uygulandığı sırada ilgisine bilgi verilmemesi sebebiyle iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuksal denetimi esas itibarıyla bu tedbirler uygulandıktan sonra gerçekleştirilebilmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbirleri uygulandıktan sonra tedbirlerin hukuksal denetimi ise bir yandan delillerin değerlendirilmesi konusunu, bir yandan da hukuka aykırı iletişimin denetlenmesinden kaynaklanan zararın giderimi konusunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu bahiste iletişimin denetlenmesine karar verme aşaması ile tedbirlerin uygulanma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuksal denetimine yer verilecektir.

CMK’da iletişimin denetlenmesi tedbirlerine karşı başvurulabilecek yasa yollarına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiş, konuya CMK Yönetmeliğinin 10. maddesinin 1. fıkrasında⁴⁴⁶ yer verilmiştir⁴⁴⁷. Diğer taraftan CMK’nun 267. maddesinde “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*” hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin hâkim kararlarına karşı genel hüküm mahiyetindeki CMK’nun 267. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurmak

⁴⁴⁶ ‘**CMK Yönetmeliği’nin 5/2 maddesi:** “*Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile bu Yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdği açıkça anlaşılan kararlara karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafî, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile Başkanlık (TİB) tarafından itiraz edilebilir.*”

⁴⁴⁷ Belirtmek gerekir ki, doktrinde iletişimin denetlenmesi tedbirlerine karşı itiraz yoluna ilişkin bir hükmü yasa yerine yönetmelikte düzenlemenin isabetli olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Şahbaz, **a.g.e.**, s. 69-78; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 383. Bize göre de Cumhuriyet savcısı ve TİB dışındaki itiraz hakkı bulunanlar açısından CMK Yönetmeliğinde yer verilen itiraz yoluna ilişkin düzenleme, iletişimin denetlenmesi tedbirlerine karşı etkili bir güvence teşkil etmekten uzak olup, teorik ve görünüşte bir güvence sağlamaktadır.

mümkündür⁴⁴⁸. Ancak bu tedbirlerin uygulanması gizli olduğundan itiraz yoluna fiilen sadece Cumhuriyet savcısı tarafından başvurulması mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte bir şekilde haberdar olduğu takdirde şüpheli veya sanığın yanı sıra örneğin tanıklıktan çekinebilecek kişiler gibi üçüncü kişilerin de itiraz yoluna başvurmaya engel bir durumun bulunmadığını eklemek gerekir.

CMK'nun 135. maddesinin 1 ve 4. fıkralarındaki ifadelerden kovuşturma aşamasında da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla sanığın iletişiminin denetlenebileceği sonucu çıkmakta ise de⁴⁴⁹, bu durum karar verme yetkisi bakımından hükmün 5353 sayılı yasayla yapılan değişikliğe uygun bir şekilde yeniden kaleme alınmamış olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁵⁰. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının ve sulh ceza hâkiminin bu tedbirlere karar verme yetkisi yoktur⁴⁵¹. Kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi ve görevi sanığın yargılanmakta olduğu kamu davasına bakan ceza mahkemesine aittir⁴⁵². Bu sebeple kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verilen karar mahkeme kararı niteliğindedir. Nitekim CMK'nun gözlem altına almaya ilişkin 74. maddenin 1. fıkrası; yakalamaya ilişkin 94. maddenin 1. fıkrası ve 98. maddenin 3. fıkrası; tutuklamaya ilişkin 101. maddenin 1. fıkrası; adli kontrole ilişkin 110. maddenin 3. fıkrası gibi düzenlemelerde de bu tedbirlere ilişkin kararların mahkeme kararı niteliğinde olduğunu belirtilmiştir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesine ilişkin mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği açık bir şekilde öngörülmemiş ise de tutuklama, adli kontrol gibi kararlar için öngörüldüğü üzere Cumhuriyet savcısı ile beraber bir şekilde haberdar olması halinde sanığın da mahkeme kararlarına itiraz edebileceğinin kabul edilmesi gerekir⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Özbek, **a.g.e.**, s. 433.

⁴⁴⁹ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 363.

⁴⁵⁰ Kaymaz, **a.g.e.**, s. 254.

⁴⁵¹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 179; Şen, **a.g.e.**, s. 112; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 254.

⁴⁵² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 602-603.

⁴⁵³ Özbek, **a.g.e.**, s. 433. K.g. için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 386.

6.3. Negatif Yükümlülükler

İletişimin denetlenmesi konusunda negatif yükümlülüklerle CMK'nun 135. maddesinin 7. fıkrasında yer verilerek “*Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz*” hükmü öngörülmüştür. Bu hükmün amacı hukuk düzeninde iletişimin denetlenmesinin sınırlandırılmış olduğunu vurgulayarak, iletişime hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilmesini yasaklamaktır. Bu yasağın muhatapları hem devlet organları hem de kişilerdir⁴⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki iletişimin denetlenmesine ilişkin normlar iletişimin denetlenmesini olanaklı kılan hukuksal cihazlar olmalarının yanı sıra, bir yandan da kişilerin haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilmesinin önlenmesine yönelik güvenceleri teşkil etmektedirler. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi konusunda pozitif hukuka uygun olmayan kararlar bir yandan yasayla öngörülme koşulunun ihlali, bir yandan da pozitif yükümlülüklerin ihlali niteliğindedir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi konusundaki yasaların dikkatli ve özenli uygulanması öncelikle bu tedbire karar veren mahkemelerin görevidir.

CMK'nun 135. maddesi de iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuka uygunluğunun standardını ve uygulanacak tedbirin çerçevesini belirleyen hükümleri içerdüğinden yargı organları da CMK'nun 135. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen yasağa tabidirler. Gerçekten CMK'nun 135. maddesinde öngörülen koşullar ve sınırlamalar iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tabi tutulduğu koşulların sıkı bir şekilde gözetilmesini, gelişigüzel başvuruların ve kötüye kullanmaların önüne geçilmesini, suçla ve tedbirle ilgisi bulunmayan kişilerin tedbirden zarar görmemesini, şüpheli veya sanığın kullanmadığı telekomünikasyon araçlarının denetlenmesinin engellenmesini sağlama amacına yöneliktir⁴⁵⁵. Bu sebeple iletişimin denetlenmesine ilişkin sınırlayıcı hükümler şüpheli veya sanık ile birlikte üçüncü kişilerin de özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarının korunmasının güvencelerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla yasal koşullara uygun olmayan kararlar

⁴⁵⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 608.

⁴⁵⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 340.

CMK'nun 135. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk standardına aykırı olacağından, bu kararlara dayalı olarak yerine getirilen tedbir de hukuka aykırı hale gelecektir.

Diğer yandan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın içeriği uygulanacak tedbirin çerçevesini belirlediğinden, kararda yazılı çerçeveyi aşan uygulamalar da hukuka aykırı olacaktır. Nitekim AİHM *Novoseletskiy-Ukrayna* Davasında ulusal mahkemeler tarafından yasaların dikkatli ve özenli uygulanmasının⁴⁵⁶; *Surugiu-Romanya* Davasında ise idarenin ülkede yürürlükte bulunan yasayı uygulamasının ve mahkeme kararlarını titizlikle infaz etmesinin⁴⁵⁷ önemini vurgulamıştır. Bu sebeple hukuka aykırı kararlara dayalı olarak ya da hukuka uygun bir karara aykırı olarak gerçekleştirilen müdahaleler negatif yükümlülüklerle aykırı olacağından, demokratik toplumda gerekli olsalar dahi AİHS'nin 8. maddesine de aykırılık teşkil edecektir.

6.4. Pozitif Yükümlülükler

6.4.1. Cezai Yaptırımlar

AİHS siteminde hakların korunmasını gerçekleştirmek amacıyla Sözleşmeyi ihlal eden eylemlere karşı eylem ya da kişi kategorileri esas alınmak suretiyle yaptırımlar öngören hukuk normlarının ihdas edilmesi suretiyle tedbirler almaları ve özel hayatı koruyucu yasal düzenleme boşluğunu gidermeleri devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵⁸. AİHM özel hayata saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınması görevini içeren pozitif yükümlülüklerin bireylerin tarafından gerçekleştirilen ihlallerin önlenmesi açısından da geçerli olduğunu⁴⁵⁹ belirterek, ihlale devletin bir tutumunun yol açması veya ulusal mevzuatın ihlale olanak tanınması halinde de bu ihlalden devletin sorumlu olduğunu

⁴⁵⁶ *Novoseletskiy-Ukrayna* Davası, 22.02.2005, § 73-78.

⁴⁵⁷ *Surugiu-Romanya* Davası, 20.04.2004, § 65.

⁴⁵⁸ *X ve Y-Hollanda* Davası, 26.03.1985, § 23; *Johnston ve Diğerleri-İrlanda* Davası, 18.12.1986, § 55. Ayrıca bkz.: Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 48; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 161; Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s. 7.

⁴⁵⁹ *X ve Y-Hollanda* Davası, 26.03.1985, § 23; *Botta-İtalya* Davası, 24.02.1998, § 32-35; *Mikulic-Hrvatistan* Davası, 07.02.2002, § 57. Ayrıca bkz.: Kilkelly, **a.g.e.**, s. 21; Gölcüklü, Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 45, 48 ve 333; Bahçeci, **a.g.e.**, s. 523; Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 68.

kabul etmektedir⁴⁶⁰. Bu sebeple AİHS ve Anayasada güvence altına alınan özel hayat alanlarına karşı gerçekleştirilecek hukuka aykırı müdahaleleri yaptırıma bağlamak ve 5237 sayılı TCK’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde neredeyse sadece özel hukuk hükümleriyle korunmaya çalışılan ve bir bakıma korumasız bırakılan kişinin özel hayat alanlarının korunmasına yönelik düzenlemelere belli bir sistematik içerisinde ilk kez 5237 sayılı TCK’unda yer verilmiştir.

Gerçekten TCK’unda “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlığı altında 132. maddenin 1. fıkrasında kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl etme, 2. fıkrasında kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme, 3. fıkrasında kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etme; 133. maddenin 1. fıkrasında kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleme veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydetme; 134. maddesinin 1. fıkrasında kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl etme, 2. fıkrasında kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme; 138. maddede kanunların belirlediği süreler içerisinde verileri sistem içinde yok etmeme filleri yasaklanarak bu filleri işleyen kişilerin cezalandırılması öngörülmüştür.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki pozitif yükümlülükler özel hayatın ve haberleşmenin korunmasına yönelik olarak devletin somut, kâğıt üzerinde kalmayan makul ve uygun spesifik tedbirler alınmasını da gerektirmektedir⁴⁶¹. Gerçekten AİHM devletin özel hayatın korunması konusunda aktif davranışta bulunmak konusundaki başarısızlığını pozitif yükümlülüğün ihlali olarak görmektedir⁴⁶². Nitekim *Craxi-İtalya* Davasında eski başbakan olan başvurucunun temiz eller kampanyası döneminde yolsuzluk soruşturması sebebiyle kaydedilen telefon görüşmelerinin soruşturmaya konu yolsuzluklarla ilgili olmayan özel hayatına ilişkin kısımlarının gazetelerde yayımlanması olayında basına sızmayı gerçekleştiren ilgililer hakkında devletin etkili soruşturma yapmamasını AİHM pozitif

⁴⁶⁰ *X ve Y-Hollanda Davası*, 26.03.1985, § 23.

⁴⁶¹ *Akandji-Kombe*, a.g.e., s. 7.

⁴⁶² *Van Oosterwijck-Belçika Davası*, 06.11.1980, § 45.

yükümlülüğün ihlali olarak kabul etmiştir⁴⁶³. Bu sebeple TCK’nda öngörülen normların kâğıt üzerinde kalmaması ve devletin pozitif yükümlülüğünü fiilen gerçekleştirmesi için TCK hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanması, bunu temin etmek için ise bu suçları işleyen kişilerin tespit edilmesine ve cezalandırılmasına yönelik olarak soruşturmaların etkin bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir.

6.4.2. Zararın Tazmini

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuka aykırılığından kaynaklanan zararın giderimi konusu iletişimin denetlenmesi tedbirleri uygulandıktan sonra tedbirlerin hukuksal denetiminin diğer bir yönünü oluşturmaktadır. CMK’nun 141. maddesinde hakkında hukuka aykırı olarak koruma tedbiri uygulanan kişilere maddi ve manevi zararlarının giderilmesini Devlettten talep etme hakkına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ne var ki bu maddede belirtilen koruma tedbirleri arasında gizli koruma tedbirlerine ve dolayısıyla tazminat ödenmesini gerektiren durumlar arasında hukuka aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine yer verilmemiştir. CMK’nun 141. maddesinde hukuka aykırı kararlara ve uygulamalara dayanan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden dolayı devletin mali sorumluluğuna yer verilmemiş olması sebebiyle, bu tür durumlarda devletin mali sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin olarak doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşleri ikiye ayırmak mümkündür.

İlk görüş, yargı erkinin özelliğinden dolayı yargı bağımsızlığına ilişkin Anayasanın 138. maddesi gereğince yargısal faaliyetlerden dolayı devletin sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre yargısal faaliyetten dolayı devletin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için yasalarda açık bir hükme yer verilmesi gerektiğinden ve mevzuata böyle bir hükmün mevcut olmamasından dolayı yargısal faaliyetlerden dolayı devletin sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁶⁴. Yargıtay da devletle hâkimler arasındaki ilişkinin istihdam eden ilişkisi olmadığını

⁴⁶³ *Craxi-İtalya* Davası, (No: 2), 17.07.2003, § 68 ve 76.

⁴⁶⁴ Bu görüşler için bkz.: Kaymaz, **a.g.e.**, s. 397-398.

ve hâkimlerin Anayasanın 40. maddesinde belirtilen ‘resmi görevliler’ kapsamına girmediğini belirterek bu görüş doğrultusunda karar vermiştir⁴⁶⁵.

İkinci görüş, ise yargısal faaliyetlerden dolayı devletin sorumluluğu yoluna gidilebileceğini, dolayısıyla hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerine maruz kalan kişilerin maddi ve manevi zararlarının giderilmesini Devlettten talep edebileceklerini ileri sürmektedir. Bu görüş sahiplerinin bir kısmı⁴⁶⁶ idari işlem ve eylemlerden dolayı idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrası ile kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına; bir kısmı ise⁴⁶⁷ Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadırlar.

Günümüzde bir hakkın ne oranda güçlü bir şekilde güvenceye alındığını belirlemekte ölçünün esas itibarıyla o hakkı korumaya yönelik olarak devletin yüklendiği pozitif edimler olduğu⁴⁶⁸ ve bir hakkın gerçek değerinin hakkın konusundan yararlanmanın tehlikede olması veya inkâr edilmesi durumunda kişiye

⁴⁶⁵ YHGK’nun 20.02.1991 tarih 1994/4 E. 1991/1 K. sayılı kararı: “...Hakimler görevlerinde bağımsız olduklarından ve yargı yetkisinin kullanılmasında hiçbir organ, makam, merci veya kişi kendilerine emir ve talimat veremeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunamayacağından, hakimlerin vermiş olduğu kararlardan dolayı Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa’nın 129/5. maddesine dayanılarak dahi İdare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmaz.

Öte yandan, Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın, kanuna göre, Devletçe tazmin edileceği ve Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu haklarının bulunduğu dair hükmün dahi hakimler hakkında yargısal görevlerinden dolayı yukarıda açıklanan nedenlerle uygulanması mümkün değildir.

Anayasa’nın yukarıda anılan 138. maddesindeki yargı bağımsızlığının ikinci önemli temeli, yasama ve yürütme organlarıyla idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olmaları; bu organlar ile idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştirememeleri ve bunların yerine getirilmesini geciktirememeleri hususudur. Bağımsız mahkemelerce verilen ve kesinleşen yargı kararları kesin hüküm olarak herkesi ve bu arada Devletin yasama ve yürütme organlarını da bağlar. Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla açılacak bir davada bu kesin hükümlerin yeniden ele alınarak tartışma sorumlu tutulması, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır. Çünkü Devlet, o hükmün oluşturulmasında hakimlere hiç bir emir ve talimat vermek, genelge göndermek, tavsiye ve telkinde bulunmak yetkisine sahip olmadığı için ve Devletin kendisi dahi bu hükümlere uymak zorunda olduğundan, istihdam eden sıfatıyla bu hükümlerin yanlış verilmesine sebebiyet verdiği ileri sürülemez ve tazminatla sorumlu tutulması cihetine gidilemez...”

⁴⁶⁶ Yokuş Sevük, *a.g.e.*, s. 116-117; Ünver, Hakeri, *a.g.e.*, s. 184; Erdem, *İletişimin Denetlenmesi*, s. 106.

⁴⁶⁷ Kerem Altıparmak, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, *TBB*, S. 63, 2006, s. 59; Kaymaz, *a.g.e.*, s. 401-402.

⁴⁶⁸ Uygun, *İnsan Hakları Kuramı*, s. 14.

hak taleplerini ileri sürme özel yetkisini vermesinde yattığı belirtilmektedir⁴⁶⁹. AİHS siteminde de özel hayata ciddi müdahale niteliği taşıyan tedbirlere karşı etkili usuli güvenceler öngörülmesi gerekli görülmektedir⁴⁷⁰. Nitekim AİHM *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davasında yasanın kötüye kullanmalara karşı etkili ve yeterli güvenceler öngörmesi ilkesinin haberleşmeye müdahale teşkil eden bütün tedbirler bakımından geçerli ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarını da içeren bir ilke olduğunu⁴⁷¹, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi için bu tedbirlere olanak tanıyan yasal düzenlemelerin tedbirlerin uygulanması sona erdikten sonra özellikle ilgisinin katılabileceği bir denetim sistemi öngörmesi gerektiğini⁴⁷² belirtmiştir.

Dolayısıyla yargı erki de devletin bir parçası olduğundan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuka aykırı şekilde uygulanması dolayısıyla kişilerin uğradıkları zararların devlet tarafından giderilmesi kabul edilmelidir. Doktrinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine CMK'nun 141. maddesinde yer verilmemiş olmasının büyük bir eksiklik olduğu yönünde büyük oranda görüş birliği bulunmaktadır⁴⁷³. Gerçekten iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kötüye kullanılmasına karşı bireylerin özel hayatlarına ve haberleşmelerine saygı hakkının güvencelerinden birisini teşkil etmesi amacıyla CMK'nun 141. maddesinde belirtilen koruma tedbirlerine telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi de eklenmeli, hem şüpheli veya sanık açısından, hem de tedbirden etkilenen üçüncü kişiler açısından devletin mali sorumluluğu tanınmalıdır.

⁴⁶⁹ Donnelly, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁷⁰ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 537.

⁴⁷¹ *Klass ve Diğerleri-Almanya* Davası, 06.09.1978, § 50.

⁴⁷² *A.k.*, § 57.

⁴⁷³ Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 414; Özbek, **a.g.e.**, s. 433; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 198; Yokuş Sevik, **a.g.e.**, s. 117; Kaymaz, **a.g.e.**, s. 402, dipnot 1044.

SONUÇ

Günümüzde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin, ülkenin ekonomik refahının, sağlığın, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ve suçun ya da düzensizliğin önlenmesine yönelik amaçlarda kullanılmaları halinde demokratik bir toplumda gerekli kabul edilmektedirler. Gerçekten özellikle organize suçluluğun, örgütlü suçların ve terör suçlarının demokratik sisteme ve insan haklarına karşı oluşturduğu tehditler günümüzde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ceza muhakemesinde uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte bu tedbirlerin ceza muhakemesinde kullanılmalarının zorunlu olması, devletlerin belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için uygun gördükleri her türlü gizli soruşturma tedbirlerine başvurmalarına olanak sağlamamaktadır. Çünkü ceza muhakemesinde gizli bir koruma tedbiri olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri, kişilerin özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygıdan oluşan özel hayata saygı hakkına yoğun bir şekilde müdahale teşkil eden tedbirlerdir. Dolayısıyla insan haklarının etkin bir şekilde korunması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından bu tedbirlere ilişkin yasal düzenlemelerin tarafı olduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası olan AİHS'nin 8. maddesi ile Anayasamızın 13. maddesi ile 22. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen güvencelere uygun olması gerekmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri CMK'nun 135 ila 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, uygulanabilecek koruma tedbirlerin belirtilmesi; tedbirin uygulanmasına karar vermede adli sistemin öngörülmesi; karar içeriğinde yer alması gereken bilgilere yer verilerek tedbirlerin kişi, telekomünikasyon aracı ve suç bakımından sınırlanması; tedbirlerin uygulama alanına giren suçların tek tek sayılmak suretiyle gösterilmesi; tesadüfen elde edilen bilgilerin ancak sınırlı bir çerçevede değerlendirilmesine olanak sağlanması; dokümanların yok edilmesi ve ilgiliye bilgi verilmesi yükümlülüğüne yer verilmesi gibi temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli güvenceleri içermektedir. Bu sebeple bir yandan temel hak ve özgürlüklerin, bir

yandan da demokratik düzenin korunması konusunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin CMK’da yer verilen düzenlemelerin hukuk sitemimizde önemli bir boşluğu doldurduğu görülmektedir.

Ne var ki bu düzenlemelerden bir kısmı ise adeta özet hükümler niteliğindedir. Gerçekten örneğin telekomünikasyon kavramının tanımına; görüntülü iletişimde görüntünün kaydedilmesinin sınırlanmasına; kaydedilen iletişimin tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiyle yapıldığının anlaşılması halinde dinlemeye son verilmesine; iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanacağı zaman dilimine ve tedbirlerin uygulanma süresinin başlama anına; elde edilen tesadüfi delillerin katalog kapsamında olmayan bir suçla ilgili olması durumunda elde edilen kayıtların yok edilmesine; iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulandığından üçüncü kişilere de bilgi verilmesine ve üçüncü kişilerin dosyayı inceleme haklarına; önleyici amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması yoluyla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağına ilişkin ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmemesi sebebiyle bu düzenlemelerin yasanın belirliliği ilkesi ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin etkin bir şekilde korunması açısından zayıf kaldığı görülmektedir.

Diğer taraftan, iletişimin denetlenmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması; iletişimin denetlenmesi yoluyla yapılan tespit ve kayıtların imhasından önce ilgililere bilgi verme zorunluluğunun aranmaması; iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanma sürecinin hukuka uygun olarak işleyip işlemediğinin hâkim tarafından denetlenmesini ve bu tedbirlerin hâkimin gözetimi altında uygulanmasını sağlamaya yönelik hükümlere yer verilmemesi; mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık dışındaki kişiler yönünden de uygulanabileceğine yönelik bir yasama iradesine yasa yerine yasa gerekçesinde yer verilmesi; suç örgütüne üye olma ve suç örgütüne yardım etme suçları ile suç örgütlerinin işlediği suçların katalog dışında bırakılması; iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuka aykırı şekilde uygulanması dolayısıyla kişilerin zararların giderilmesine CMK’nun 141. maddesinde yer verilmemesi gibi sebeplerle bu

düzenlemeler şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilerin haklarının etkin bir şekilde korunması açısından yetersizdir.

Bu bakımdan CMK'nun 135. maddesinin gerekçesinde yer verilen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin önemli boşluğun AİHS'ne ve AİHM'nin kararlarına uygun olarak doldurulduğu savı tümüyle haklı bir sav olamamaktadır. Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin düzenlemelerdeki ilgili bahislerde belirtilen eksikliklerin giderilerek öngörülen güvencelerin güçlendirilmesi AİHS ile AİHM standartlarına ve Anayasaya uygunluklarının sağlanması açısından zorunlu görünmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin AİHS ile AİHM standartlarına uygunluğu için yasanın kalitesi öncelikli koşul ise de, bu sonucun elde edilmesi için sadece yasanın kalitesinin yeterli olmadığı da belirtilmelidir. Gerçekten yasal düzenlemelerin AİHS ile AİHM standartlarına uygun bir şekilde uygulanması da insan haklarının etkili bir şekilde korunması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından zorunludur. Bu amaçla özel hayata saygı hakkının pozitif yükümlülükler getiren bir hak niteliğinde olduğu ve orantılılık ilkesinin gerçekleştirilmesi için özel hayata saygı hakkının kapsamının, niteliğinin ve öneminin gözetilmesi de bu açıdan gereklidir.

Günümüzde temel haklar, devletin sadece saygı göstermekle yetinmediği ve pozitif olarak desteklediği haklar, anayasal düzenin nesnel ilkelerini oluşturan 'anayasal değerler' ve 'kurumsal güvenceler' olarak anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak temel hakların, bireysel hakların kullanılabilmesi için gerekli şartları hazırlaması konusunda bireylerin devletten talep yetkisini içeren özne yönünün bulunduğu da kabul edilmektedir. Bu sebeple telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kötüye kullanılmaları durumunda TCK hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek için TCK'nda öngörülen suçları işleyen kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılması amacıyla soruşturmaların etkin bir şekilde yürütülmesi pozitif yükümlülüklerin fiilen gerçekleştirilmesi için zorunlu görünmektedir.

Ayrıca özel hayata saygı hakkının günümüzde bireyin diğel temel hak ve özgürlükleri kapsamına girmeyen tüm değelrlerini koruması altına alan ve diğel temel hak ve özgürlüklere nazaran genel bir hak niteliğı taşıyan demokratik siyasal siteminin işleyişinin bireysel temelini oluşturan sosyal bir hak olarak kabul edildiğı, bu sebeple özel hayata saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasının özel hayata saygı hakkının değışen şartlara, sosyal ihtiyaçlara ve somut hukuksal olayın özelliklerine göre esnek bir yaklaşımla ele alınmasına bağı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Akandji-Kombe, Jean-François: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2008.

Akmanlar, Bülent: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler”, **YD**, C. VIII, S. 4, 1982, s. 665-671.

Akıllıoğlu, Tekin: **İnsan Hakları: I Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Yayın No: 17, 1995.

Altıparmak, Kerem: “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **TBBD**, S. 63, 2006, s. 29-66.

Anayurt, Ömer: “Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, **MBD**, C. XXI, S. 197, 1997, s. 50-47.

Arai-Takahashi, Yutaka: **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerpen, Intersentia, 2001.

Araslı, Oya: “**Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası’nda Düzenlenişi**”, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

Bahçeci, Barış: “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2006, s. 515-535.

Bildirici, Faruk: **Gizli Kulaklar Ülkesi**, 2. bs., İstanbul, İletişim, 1998.

Centel, Nur: “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, **MÜHFHA**, C. VIII, S. 1-3, Y. 1994, 1995, s. 69-99.

Centel, Nur / Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Beta, 2006.

Çelik, Edip: **Milletlerarası Hukuk**, I. Kitap, İstanbul, Filiz, 1984.

Danışman, Ahmet: **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, SÜHFY, 1991.

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. I, İstanbul, Legal, 2004. (İHAMİ, C. I)

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II, İstanbul, Legal, 2004.

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. III, İstanbul, Legal, 2008.

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. IV, İstanbul, Legal, 2008.

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Mevzuatı / International Human Rights Instruments**, İstanbul, Beta, 1998. (İnsan Hakları Mevzuatı)

Donay, Süheyl: “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi”, **İÜHFH**, C. XXXIX, S. 1-4, 1976, s. 439-449.

Donnelly, Jack: **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan - Levent Korkut, Ankara, Yetkin, 1995.

Dönmezer, Sulhi: “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 537-564.

Dutertre, Gilles: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

Erdem, Mustafa Ruhan: “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, Nisan 2005, s. 97-107. (**İletişimin Denetlenmesi**)

Erdem, Mustafa Ruhan: **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin, 2001. (**Gizli Soruşturma Tedbirleri**)

Erdem, Mustafa Ruhan / Özbek, Veli Özer: “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 249-303.

Eren, Mehmet Selim: “Telefon Dinleme”, **İBD**, C. LXXV, S. 3, 2001, s. 761-791.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri / Human Rights Instruments**, C. I / V. I, Avrupa Konseyi Birinci Bölüm / Council of Europe First Part, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003. (**İnsan Hakları Belgeleri**)

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, 2. bs., İstanbul Beta, 2000.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2001. (**İnsan Hakları Hukuku**)

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara, Ankara Barosu, 2006. (**İşkence Yasağı**)

Gökçen, Ahmet: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Ankara, DEÜHF Döner Sermayesi İşletmesi Yayınları, No: 49, 1994.

Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. bs., Ankara, Turhan, 2002.

Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin, 2000. (**Türk Anayasa Hukuku**)

Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. bs., Bursa, Ekin, 2007. (**Anayasa Hukuku Dersleri**)

Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 4. bs., Ankara, İmaj, 1999.

Hakeri, Hakan: “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, **EÜHFD**, C. I, S. 1, 2006, s. 21-36.

Helvacı, Serap: **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, Beta, 2001.

İçel, Kayıhan: **Kitle Haberleşme Hukuku: Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet**, 4. bs., İstanbul, Beta, 1998.

İçel, Kayıhan / Sokullu Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih S. / Ünver, Yener: **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. bs., İstanbul, Beta, 2004.

Jayawickrama, Nihal: **The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Kaboğlu, İbrahim Özden: **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar**, 3. bs., İstanbul, Legal, 2006. (Anayasa Hukuku)

Kaboğlu, İbrahim Özden: **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge, 2002. (Özgürlükler Hukuku)

Kalabalık, Halil: **İnsan Hakları Hukuku: Ders Notları**, İstanbul, Değişim, 2004.

Kapani, Münici: **Kamu Hürriyetleri**, 6. bs., Ankara, AÜHFY, 1981.

Kaymaz, Seydi: **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2009. (İletişimin Denetlenmesi)

Kaymaz, Seydi: “Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi”, **İBD**, C. LXX, S. 1-12, 1996, s. 796-801. (Haberleşmenin Denetlenmesi)

Keenan, Kevin M.: **Invasion of Privacy: A Reference Handbook**, Santa Barbara, Abc-Clio, 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, 2. bs., Ankara, AÜHFY, 1993.

Kilkelly, Ursula: **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 2. bs., Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003.

Kuçuradi, İoanna: "Felsefe ve İnsan Hakları", Yay. Haz. İoanna Kuçuradi, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, 3. bs., Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2009, s. 73-80.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Beta, 1998.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2006. (Ceza Muhakemesi Hukuku)

Kuzu, Burhan: **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, 5. bs., İstanbul, Filiz, 1995.

Lambert, Hélène: **The Position of Aliens in Relation to The European Convention on Human Rights**, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

Macovei, Monica: **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 2. bs., Ankara, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2003.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: “Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam”,
Özel Yaşamın Gizliliği: Aile Yaşamı Konut Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması, Panel 18 Ekim 2008, Ankara, TBB, 2009, s. 100-109.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (Muyep) Tebliğleri II**, 23-28 Nisan 2007, Antalya/Alanya, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2008, s. 405-418.

Mowbray, Alastair: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford, Hart Publishing, 2004.

Örnekleriyle Türkçe Sözlük, C. III, 4. bs., İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı, 2004.

Özay, İlhan: **Günlükte Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002.

Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006.

Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhur: **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2001.

Özbudun, Ergun: “Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, C. I, Ankara, 1977, s. 275-295. (**Özel Haberleşmenin Gizliliği**)

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2005. (**Anayasa Hukuku**)

Özek, Çetin: **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa, 1999.
(Bilgilenme Hakkı)

Özek, Çetin: **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, İÜHFY, 1978. (Basın Hukuku)

Özel, Sibel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Öztürk, Bahri: “İletişimin Dinlenmesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 10, Ekim 2004, s. 32-33.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2006.

Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar, Yasemin / Alan, S. Esra: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009.

Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Der, 1982.

Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 5. bs., Ankara, Turhan, 1995. (I. Kitap)

Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, II. Kitap, 3. bs., Ankara, Turhan, 1993. (II. Kitap)

Reisoğlu, Sefa: **Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.

Ruiz, Blanca Rodríguez: **Privacy in Telecommunication: A European and American Approach**, The Hague, Kluwer Law International, 1997.

Sabuncu, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, 13. bs., Ankara, İmaj, 2007.

Sokullu Akıncı, Fusun: “Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye’deki Boyutları”, Yay. Haz. Yener Ünver, **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele: Panel 05 Ekim 2001 Bildiriler ve Tartışmalar**, İstanbul, Beta, 2002, s. 11-23.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin, 2007.

Soysal, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 7. bs, Ankara, Gerçek, 1987.

Sözüer, Adem: “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye’deki Boyutları”, Yay. Haz. Yener Ünver, **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele: Panel 05 Ekim 2001 Bildiriler ve Tartışmalar**, İstanbul, Beta, 2002, s. 25-69.

Sözüer, Adem: “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler”, **MÜHFHA**, C. IX, S. 1-3, Y. 1995, 1996, s. 255-271.

Sözüer, Adem: “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **Türkan Rado’ya Armağan**, İÜHFM, C. LV, S. 3, 1997, s. 66-110. (**Özel Haberleşmenin Denetlenmesi**)

Şahin, Cumhuri: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin, 2007.

Şahbaz, İbrahim: **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller**, Ankara, Yetkin, 2009.

Şen, Ersan: “Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku”, **İÜSBFD**, Y. 3, S. 3-4-5, İstanbul, 1993, s. 141-172.

Şen, Ersan: **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, Kazancı, 1996. (**Özel Hayatın Gizliliği**)

Şen, Ersan: “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **İBD**, C. LXVIII, S. 7-8-9, 1993, s. 502-531.

Şen, Ersan: “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 97-135. (**İletişimin Denetlenmesi**)

Şen, Ersan: **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, 4. bs, Ankara, Seçkin, 2010. (**Telefon Dinleme**)

Türkçe Sözlük, C. II, 9. bs., Ankara, Türk Dil Kurumu, 1998.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer: **Kişiler Hukuku Dersleri**, 5. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Taşkın, Mustafa: **Adli ve İstihbari İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2008.

Tanilli, Server: **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukuku’na Giriş**, 7. bs., İstanbul, Cem, 1993.

Tanör, Bülent: **İki Anayasa: 1961-1982**, 3. bs., İstanbul, Beta, 1994. (**İki Anayasa**)

Tanör, Bülent: **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 13. bs., İstanbul, Yapı Kredi, 2005.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2005.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2002.

Tosun, Öztekin: "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme", **İÜHFM**, C. XLI, 1976, s. 531-542. (**Gizli Dinleme**)

Tosun, Öztekin: "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, İÜHFY, 1977, s. 373-437.

Turhan, Faruk: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Asrı Yayın Dağıtım, 2006.

Uygun, Oktay: **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992. (**Temel Hak ve Özgürlükler**)

Uygun, Oktay: "İnsan Hakları Kuramı", **İnsan Hakları**, Ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi, 2000, s. 13-44. (**İnsan Hakları Kuramı**)

Ünver, M. Naci: **Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak: Açıklamalar-Karşılaştırmalar-İçtihatlar-İlgili Yasalar**, Ankara, Turhan, 2001.

Ünver, Yener: “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, No: 716, 1998 s. 385-464.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan: **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, TBB, 2006.

Üzeltürk, Sultan: **Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul, Beta, 2004.

Van Dijk, Pieter / Van Hoof, Godefridus J.H.: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

Vatan, Zeki: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 2009.

Yavuz, Hakan A. : “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBBD**, S. 60, 2005, s. 235-262.

Yenisey, Feridun: “İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma”, **AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1995.

Yıldız, Ali Kemal: “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 253-264.

Yokuş Sevük, Handan: “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, **TBBD**, S. 67, 2006, s. 41-56.

Yokuş Sevük, Handan: “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBBD**, S. 69, 2007, s. 97-124. (**İletişimin Denetlenmesi**)

Yurtcan, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Alfa, 1996.

Yurtcan, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. bs., İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2005. (**Ceza Yargılaması Hukuku**)

Yurtcan, Erdener: “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 10, Ekim 2004, s. 28-29.

Yüzbaşıoğlu, Necmi: “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, **İnsan Hakları**, Ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi, 2000 s. 397-406.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre: **Medeni Hukuk: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 416.

İnternet Kaynakları*:

<http://aihm.anadolu.edu.tr>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>

* İnternet kaynaklarından özellikle AİHS ile ilgili konularda ve AİHM’nin kararlarının İngilizce metinleri ile Türkçe çevirilerinin temin edilmesi konusunda yararlanılmıştır.