

**TEMEL HAKLAR VE İLKELER DOĞRULTUSUNDA
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ
VE
KİŞİSEL GÜVENLİK
“BİRİ BİZİ DİNLİYOR!”**

Hande Atay*

Özet: Şiddetin hakim olduğu bir dünyada, insan hakları ve hukuk devleti ilkesinin oldukça uzağında olan ülkelerden biri olan Türkiye, söz konusu güvenlik olunca, her insanını potansiyel birer tehlike olarak görmektedir. İnsanlara duyulan bu güvensizlik, sıklıkla “güvenlik” gerekçesiyle haklar ve özgürlükler üzerindeki kısıtlamalar olarak kendini göstererek kişi özgürlüğünün bir parçası olan kişisel güvenliği tehdit etmektedir. Yasal zeminler üzerinden de meşrulaştırılan güvensizlik, mevcut düzen içerisinde korku politikası temelinde bilinçli olarak şekillendirilmekte ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan insanlar, yapılan hukuksuzluklara razı gelmektedir. Suç işlenmesinden önce de “önleyici” düstûruyla ortaya çıkan iletişimin denetlenmesi tedbiri, ilgili kanunlarda güvenlik güçlerine ve istihbarat servislerine geniş yetkiler tanı. Haberleşme özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği gibi insan hakları, yasal düzenlemeler yerine güvenlik güçlerinin kişisel algıları tedbire dayanak edilerek savunmasız bırakılmıştır. İletişimin denetlenmesi tedbiri de, amacından çok uzak olarak, adeta bir “başucu tedbiri” olarak kullanılmaktadır. Bu tedbirlerin gizli olması ihlallerin belirlenmesi bakımından da ayrıca bir sorun yaratmaktadır. Oysaki açık müdahale niteliği taşıyan faaliyetlerin denetlenilebilirliği ve yasal düzenlemelerin objektif kistasları olması gerekliliği hukuk devleti ilkesi açısından hayati önem taşımaktadır. Sıklıkla gündemde yerini bulan ülke genelinde dinleme kararlarının veriliyor olması ve bu konuda bilgi edinme başvurularının dahi yapıyor olması konunun önemini ortaya koymaktadır. Bu bildiride insan hakları ve temel ilkeler doğrultusunda, CMK ve PVSK, JTGYK, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu düzenlemeleri incelenecek, somut örnekler doğrultusunda kişisel güvenlik kavramı irdelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Yasak Deliller, Önleme, Haberleşme Özgürlüğü, Ölçülülük İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Kanunla Sınırlama İlkesi, Demokratik Toplumun Gerekliliği İlkesi

* İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğrencisi

TEMEL HAKLAR VE İLKELER DOĞRULTUSUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ VE KİŞİSEL GÜVENLİK

“BİRİ BİZİ DİNLİYOR!”

GİRİŞ

Özgürlük ve güvenlik etrafında şekillenen insan haklarının sınırlanması konusu, terör, casusluk, iç güvenlik, dış güvenlik gibi devletin egemenlik kaygılarıyla daima bireysel özgürlükler aleyhine şekillenmiştir. Bu güvensizlik hali öylesine yoğunlaştırılmıştır ki bireyler hak ve özgürlük taleplerini bile kendilerine dayatılan güvenlik algıları çerçevesinde dillendirmeye başlamış ve bir süre sonra da istisnaların kurala dönüştüğü bir düzen içerisinde yaşamayı sessizce kabullenmişlerdir.

Küreselleşmenin teknoloji boyutuyla birlikte “devlet güvenliği” gerekçesiyle “kişi özgürlüğü ve güvenliği”ni sınırlamak çok daha kolay bir hale gelmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri de devletin uzun kulakları olarak şiddet tekeli içerisinde misyonunu yerine getirmek üzere konuşlanmıştır.

Devlet güvenliğinin kişi güvenliğiyle eş anlamlı olmadığı noktasına açıklık getirmek amacıyla bu çalışmada, öncelikle şiddet tekeli kapsamında gözetim boyutuna kısaca değinilecek, ardından güvenlik-özgürlük ikilemi genel olarak ele alınacaktır. Daha sonra haberleşme özgürlüğü ve iletişimin gizliliği hakkına getirilen sınırlamalar, ilkeler ve insan hakları bakımından ülkemizdeki kanunlar üzerinden incelenecektir.

LEVIATHAN’DA ŞİDDET TEKELİNİN YENİ GÖRÜNÜMÜ

Devlet, Hobbes’un deyimiyle *Leviathan*, ortaya çıktığı andan itibaren, sahip olduğu şiddet tekeli, toplumsal ilişkileri şiddetten arındırma veya toplumsal ilişkilerde şiddeti en aza indirme amacı doğrultusunda toplum gözünde sosyolojik meşruluğunu sağlamıştır (Sancar, 2000-01:30). Genel olarak şiddet eylemi de, yok etmek ve zorlamak olmak üzere iki ayırt edici nokta üzerinden tanımlanmış ve meşrulaştırıcı bir unsur her zaman yanında taşımıştır (Öztürk, 2007-08:115).

Tarihsel süreç içerisinde devlet, Leviathan sıfatına yakışır bir biçimde egemenliğinin sınırlarını zorlarken, küreselleşme sayesinde mevcut şiddet tekeli günümüzde kimi “çağdaş” görünümlere bürünmektedir. Küreselleşmeyle birlikte teknoloji, devlete toplumun en mahrem köşelerine sığacak kadar genişleme imkanı sunmuş ve dünya, parmaklıkları olmayan şeffaf bir hapishane haline dönüşmüştür. Devlet artık hapishaneleri, silahları, cezaları gibi fiziksel kuvvetiyle bireylerin sadece bilinçüstü kısmında değil; mobeseleri, görüntü ve iletişim kayıtları, teknik izlemeleri, internet denetimleri, parmak izi ve fotoğraf arşivleri, DNA bankası ve çipli kimlikleri ile bireylerin bilinçaltı kısmında da yerini almıştır. Şiddet tekeli bu yönüyle artık toplumu bir disiplin toplumu olmanın ötesinde bir “gözetim toplumu” olarak daha da uç bir noktaya taşımıştır. Foucault’un toplumdaki bu gözetim sürecini anlattığı üzere, Bentham’ın *Panopticon*’u misali görülmeden

gözetlenmeye olanak veren bir görünürlük tuzağı yaratılmakta; modern tutukluya dönüşen yurttaşlar üzerinde devlet iktidarının otomatik işleyişini sağlayan sürekli ve bilinçli bir görünüm yaratılmaktadır. Öyle ki artık fiziksel güç kullanmaya gerek kalmamıştır. Çünkü demir parmaklıklar, zincirler ve kocaman kilitler yoktur; devletlerin “güvenlik evleri” birer “emin olma evleri”ne dönüşmüştür (Foucault, 2006:296 vd.).

Esasında devlet tarih boyu, egemenliğini meşrulaştıran şiddet aracılığıyla somutlaşmış ve vücut bulmuştur. Yeni teknolojilerle birlikte özel ve kamusal alan arasındaki hattın zayıflaması sonucu gözetim potansiyeli sürekli olarak artmaktadır (Marx, 1996:2). Böylelikle devletin artık sadece kaba kuvvet uygulayan elleri yanında, gözleri ve kulakları da şiddet tekeli bir başka boyutuyla uygulamak üzere yerini almıştır. Adı geçen denetim süreciyse bireylerin gönüllü olarak yeniden üretecekleri “demokratik bir denetim” olacaktır ve “hayat kolaylaştırıcı” olarak sunulan teknolojik ürünleri kullanma konusundaki arzusuyla sistemin gönüllü ajanlarına dönüşen insanlar, bu süreci yenilemeye devam edeceklerdir (Ergur, 1998:55 vd.). Nitekim bir disiplin toplumunda, devlet de hareketini bu bireysel kanallardan oluşturan kılcallarla çalıştıracaktır (O’Neill, 2007-08:245).

Devletin elindeki şiddet tekelinin bu yeni boyutunun “görünürlük tuzağı” içerisinde toplumsal hayatın her anını ve her alanını kuşatması gerçeği karşısında ise devleti dizginleyecek bir başka kavram ortaya çıkmaktadır: hukuk devleti. Hukuk devleti, insan hayatını istila eden ve insan onuruna karşı endişe verici tehditler taşıyan yeni kurum ve uygulamalar karşısında, devlete karşı geliştirilmiş bir emniyet kemeri niteliğindedir (Sancar, 2000-01:40 vd.). Hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem meşruluk kaynağı hem de sınırı durumundadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, hukuk devletini “yasanın egemenliği” kavramına indirgemek, yasanın içeriğinin boşaltılıp formelleştirilmesi tehlikesi taşır. Zira hukuk devleti ile “kanun devleti” veya “mevzuat devleti” kavramları birbiriyle eşdeğer olmayıp; hukuk devletinin yasallığı, meşruluğunun yerini tutmamaktadır (Ökçesiz, 1998:23). Hukuk devletinde hukuk, tam tersine uygar bir toplumun temeli olan eşitlik, adalet ve insan haklarına dayanan evrensel anlamda hukuktur ve devletin bu anlamdaki hukuk çerçevesince hareket etmesi şartıyla hukuk devleti gerçekleşmiş olacaktır (Erdoğan, 2000-01:55 vd.).

ÖZGÜRLÜK-GÜVENLİK İKİLEMİ VE LEVİATHAN’IN İKİ KULAĞI:

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Şiddet tekeli frenleyen hukuk devleti kavramı özgürlük, güvenlik ve eşitlik olmak üzere üç temel unsura ihtiyaç duymaktadır. Fiili bir durumu ifade eden soyut özgürlük, birey-devlet ve birey-birey ilişkilerinde somutlaştırıldığında, “bireysel” bağımsızlıktan çok insanların karşılıklı bağımlılığıdır ve bu paylaşılmış özgürlük de zorunlu olarak “kısmi” bir özgürlüktür (Kaboğlu, 1993:12-13).

Özgürlük ve güvenlik birbiriyle zıt kavramlar olmayıp, aksine güvenlik sürekli kılınmış eşitlik ve daha çok özgürlükten başka bir şey olarak anlaşılmamalıdır. Her iki kavram açısından da önemli olan nokta keyfiliktir, zira özgürlüğü keyfilik sanmak güvenliği zorbalık olarak karşımıza çıkaracaktır (Ökçesiz, 2005:169). Nitekim aslında güvenlik de bir insan hakkıdır. Ancak güvenlik denilince bireyin

güvenliğinden çok devletin güvenliği ön plana çıkarılmakta ve “devlet güvenliği” gerekçesiyle “kişi güvenliği” hem sınırlamalarla hem de hak ihlallerinin meşrulaştırılma çabasıyla mütemadiyen tehdit edilmektedir. Türkiye’deki süreç de 12 Eylül askeri darbesinin kalıcı izlerinden biri olan 1982 Anayasası temelinde şekillenen kanunların, güvenlik gerekçesiyle insan haklarını sürekli kısıtlayan ve istisnaların kurala dönüştürüldüğü bir ortamda olağanüstülüğün olağanlığında yaşamaya alıştırılmanın bir portresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik bu “olağanüstü olağan rejim” yargıdan yasamaya, yürütmeden halka kadar herkes tarafından örgütlü bir biçimde kalıcı kılınmakta, hak talepleri dahi ancak bu zemin üzerinden ileri sürülebilmektedir.

İletişimin denetlenmesi konusunda karşımıza çıkan haberleşme özgürlüğü de özgürlük-güvenlik gerilimi anlamında sınırsız değildir. Zaten sınırsız gizliliğin sınırsız iyi olduğunu iddia etmek oldukça zordur (Marx, 1996:6). Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu noktasında ise kamu düzeni, kamu güvenliği, demokratik toplumun gerekleri gibi çeşitli sınırlama nedenleri ortaya çıkmaktadır. Toplumsal uyuma olanak veren iç barış anlamına gelen kamu düzeni, aynı zamanda özgürlüğün varlığı için asgari bir şart ve vazgeçilmez bir unsur olarak da ifade edilmektedir (Kapani, 1993:229). Kamu düzeni kavramı, düzenler sistemi içerisinde, kamu güvenliği, kamu huzuru, kamu sağlığı gibi diğer kavramları da kapsamaktadır. Bu genel sınırlama nedenlerine yöneltilebilecek bir eleştiri öngörülen istisnaların sayıca çokluğunun yanında, içeriklerinin de muğlak ve sübjektif olmasıdır. Örneğin söz konusu özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içerisinde düzenleyen 8. maddenin 2. fıkrası da aynı istisnaları öngörmüş, hakkın sınırlandırılması bakımından ulusal makamlara oldukça geniş bir takdir yetkisi vermiştir (Özdek, 2004:222). Ancak yine de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmece güvence altına alınan bir hak söz konusu olduğu için istisnaları dar yorumlama eğilimindedir (Klass/Almanya, 6.9.1978, para.42).

Yazık ki Jean Jacques Rousseau’nun “Devlet büyüdükçe, özgürlük de o oranda küçülür” düsturuyla yola çıktığımızda, kamu yararı, kamu düzeni, kamu güvenliği gibi özgürlüklere müdahale aracı olarak kullanılan bu istisnai kavramlar, takdir yetkisine bırakılmalarının birer sakıncası olarak sıklıkla, birçok devletin meslek sırrı veya devlet sırrı kavramlarını milli güvenlik amacıyla bahane yapmasına veya bu kavramları kötüye kullanmasına neden olmaktadır. Gerekli olduğu zamanlarda da milli güvenlik kavramının anlamı ve doğası yanlış yorumlanmaktadır (Kühne, 2004:105). Oysa ne kamu güvenliği devlet güvenliğiyle ne de kamu düzeni devlet düzeniyle aynı anlamdadır. Devletse dayattığı teamüllerinin aksine, kendi güvenliğini ya da düzenini sağlamak için değil, daha fazla eşit kılınmış özgürlük alanı yaratabilmek amacıyla kamu güvenliğini, kamu düzenini sağlamak doğrultusunda yalnızca insanlar için vardır.

ADIM ADIM İLETİŞİMİ DENETLEME KILAVUZU

İletişimin denetlenmesi kapsamında telefon konuşmalarının dinlenmesi, kaydı gibi işlemler adli ya da önleme amaçlarıyla gizli olarak yürütüldüğünden içinde yaşadığımız gözetim toplumunda artık hepimizin gizliliği o veya bu şekilde tehdit altındadır. AIHS m.8’in esas amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olup, devletlerin bu negatif yükümlülüğünün yanında pozitif bir

yükümlülüğü de bulunmaktadır (*X&Y/Hollanda*, 26.3.1985; Marckx/Belçika, 13.6.1986). Bu anlamda iç hukuk, bireye bu madde ile korunan haklara, telefon konuşmalarının gizlice dinlemeye ve denetlemeye alınmasıyla bağlantılı olarak, tedbirin kötüye kullanılması suretiyle yapılacak müdahalelere karşı koruma sağlamak zorundadır (Tezcan vd., 2004:408). Ulusal hukukunsa, resmi makamların gözetim veya iletişimin denetlenmesi gibi gizli tedbirleri almak konusunda yetkili olduğu hallere ve koşullara ilişkin yeterli açıklıkta olması gerekmektedir (Kühne, 2004:102).

Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Haberleşme Özgürlüğü ve Sınırlamanın

Sınırları

Kişinin özel ve aile yaşamını, konutunu ve haberleşmesini keyfî müdahalelere karşı koruyan bu hak, kişisel tercihlere ve yaşam tarzına karışılmamasını, özel alanında herkesin bağımsız ve özgürce hareket etmesini güvence altına alır. Ancak, küreselleşmenin iletişim boyutu, bu hakkın içeriğini önemli ölçüde değiştirmekte ve kişinin, başkalarının ilgi ve müdahalesine kapalı tutmak istediği bu özel alanının mahremiyetini korumak amacıyla hukuk sistemleri tarafından getirilen mevcut güvence mekanizmalarını anlamsız hale getirmektedir (Uygun, 2003:263).

Bireysel haberleşme ve özel hayat kavramlarının iç içe oluşu ise kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıktır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2004:333). Telefonların dinlenmesi, kaydı bu anlamda haberleşmenin gizliliğini ihlal yanında özel hayata da müdahale anlamına gelmektedir. Esasen “*gizlilik hakkı*” İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.12, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin “mahremiyet hakkı” başlıklı 17. maddesi ve AİHS’nin “özel hayatın ve ailenin korunması” başlıklı 8. maddesi gibi temel uluslararası belgelerde yer alan bir insan hakkıdır. Ancak teorik olarak gizlilik hakkını totaliter yönetimler dışında tüm ülkeler kabul etmekle birlikte resmi otoriteler daha sağlıklı kamu hizmetleri sunmak, suçla ve suçluyla mücadele etmek gibi makul nedenlerle sıradan insanlar hakkında da enformasyon toplayabilmektedirler ve hemen hemen hiç kimse kendisi hakkında nerelerde, ne gibi verilerin toplandığından haberdar olamamaktadır (Bozkurt, 2000:71).

Denetim, her şeyden önce kayıt etmektir; iletişim teknolojisinde bireysel kullanıma yönelik ürünlerdeki ayrıntılı mükemmelleşme, denetlenebilen nesneler evrenine bireyleri de dahil etmiştir. Bu denetimin bir sonucu olarak da sürekli izlenerek denetim altında tutulan bireylerin özgürlüklerine müdahale edilebilirlik fazlasıyla açık hale gelmiştir (Ergur, 1998:56). Hukukumuzda da tespit, dinleme, kayıt, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi gibi şekillerde ortaya çıkan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, AİHS m.8 ve Anayasa m.22 anlamında korunan haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil etmektedir.

Ancak kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğüne müdahale Anayasa m.22, m.13 ve AİHS m.8 uyarınca, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, ancak kanunla ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uyulmak şartıyla söz konusu olabilir.

Kanunla Sınırlandırma İlkesi

Kanunilik ilkesi, içi boş formel bir kanun gerekliliğini değil, haberleşme özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılmasına engel olacak nitelikte içi dolu bir hukuksal düzenlemeyi ifade etmektedir (Altıparmak, 2006:37). Sınırlamaya esas teşkil edecek kanunda aranacak olan başlıca koşul, AİHM içtihatlarınca, bireyin kendisini “disipline etmesine” imkan verecek yeterlilikte ve açıklıkta formüle edilmiş olmasıdır (Sunday Times/Birleşik Krallık, 26.4.1979, para.49). Kanun, bu öngörülebilirlik yanında, ilgili kişi tarafından ulaşılabilir olmalı ve ayrıca hukuk devleti ilkesine uygun olmalıdır (Kopp/İsviçre, 25.3.1998). Özellikle kullanılan teknolojinin gittikçe ilerlediği düşünüldüğünde, bu alanda açık ve kapsamlı kuralların bulunması kaçınılmaz bir gerekliliktir (Kruslin/Fransa, 24.4.1990, para.33; Huvig/Fransa, 24.4.1990, para.32). Nitekim telefon görüşmelerinin dinlenmesi, “kamusal güç ile ihlal” niteliğinde olup, AİHS m.8’de koruma altına alınan hakkın da ihlali anlamına gelmektedir (Malone/Birleşik Krallık, 2.8.1984, para.64).

İç hukukumuzda, konuyla ilgili dört temel kanun bulunmaktadır: suç işlendikten sonra adli denetimi düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve suç işlenmesini önleme amacıyla denetimi düzenleyen 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.

Önleme amaçlı denetim konusunda adı geçen bu üç kanunun eklenen ilgili maddeleri 2005 yılında jet hızıyla meclisten geçirilen 5397 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” nam-ı diğer “torba yasası” ile kolluk, jandarma ve MİT’e önleme denetlemesi kapsamında geniş yetkiler sağlamıştır. Bu kanuna göre önleme amaçlı iletişim denetlemelerini üç kurumun temsilcisinden oluşan “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” yürütecektir. Ayrıca telefonları dinlenecek kişi kategorileri CMK’nın aksine kanunda açıkça öngörülmemiş, “suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla” ifadesiyle suç işleme kuşkusu altında bulunmayan kişilerin dahi iletişiminin denetlenebilmesinin yolu açılmıştır (Altıparmak, 2006:48-49). Bu düzenleme kanunda açıklık ilkesine açıkça aykırı olmakla birlikte, bir başka aykırılık hukuki güvencelerin getirilmemiş olması sonucu ölçülülük ilkesine aykırı olarak keyfi müdahalelerin önünün açılmış olması bakımından kendini göstermektedir. Ayrıca polis ve jandarmadan farklı olarak MİT’e kamu kurumlarına ait arşivlerden, bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından ihtiyaç duyulan belge ve bilgilerin hakim kararı dahi olmaksızın alınabilmesi yetkisi verilmiştir. Bu hüküm de yargısal denetimi tamamen dışlamış olması bakımından özel hayatın gizliliğinin açık bir ihlalini oluşturmaktadır.

5271 sayılı CMK m.135 vd. maddelerde “gizli soruşturma tedbirleri” kapsamında düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirini “bir suç dolayısıyla” ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetki, *adli amaçlı* olması bakımından, işlenmiş olan bir suçun delillerine ulaşmak amacıyla suçun kovuşturmasıyla sınırlı tutulmuştur (Erdem, 2005:98). Bu tedbir yalnızca CMK m.135/6’da sayılan katalog

suçlar için başvurulabilen özel ve gizli bir koruma tedbiridir. Bu tedbirde, tedbirin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle ilgili kişiden bilgi edinilmesi söz konusudur, bir başka deyişle tedbir delile ulaşmak için kullanılan bir araştırma vasıtası niteliğinde görülebilir (Centel ve Zafer, 2008:391).

Amaca bağlılık ilkesi gereği, bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç doğrultusunda kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılması imkansızdır (Öztürk ve Erdem, 2006:592). Tedbire başvurulabilmesi içinse “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” gerekmektedir. Bu terimden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi anlaşılmalıdır (Özbek, 2005:567). Böylelikle haberleşme özgürlüğüne somut bir olay olmaksızın tahmine dayalı bir şekilde devletin müdahale etme olasılığı engellenmeye çalışılmıştır.

CMK m.137/3 c.2’de ise tedbir sonucu elde edilen bilgilerin on gün içinde savcının denetimi altında yok edileceği öngörülmüş, ancak bu, “tedbire son verilmesi” koşuluna bağlanmış, “tedbire son verilmesi” koşulu da “kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi” veya “hakim onayının alınmaması” koşuluna bağlı tutulmuştur. Diğer durumlarda kayıtların yok edilmeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Oysa anılan tedbirlerin gizli olma niteliği keyfi uygulama riskini daha da arttırdığı için, kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan tedbirlerin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir (Malone/Birleşik Krallık, 2.8.1984, para.67; Rotaru/Romanya, 4.5.2000, para.55).

2559 sayılı PVSK Ek madde 7’nin ilk fıkrasına göre, polis devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır ve devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar. Aynı şekilde **2803 sayılı JTGYK m.10** doğrultusunda jandarmanın sorumluluk alanı, görev sahası dışında, il ve ilçe belediye sınırları dışında kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerler olarak belirlenmiş ve Ek madde 5’te iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi konusunda benzer ifadeler kullanılmıştır. **2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.6’nın** ilk fıkrasında da benzer muğlak ifadeler kullanılmıştır.

Bu hükümler de kanunla sınırlama kuralı bakımından açıklık ve öngörülebilirlik şartlarından yoksundur. Genel geçer kavramların içini doldurma kısmı polislerin algılarına bırakılmıştır ki sivil toplum değerlerinin hızlı gelişimine karşı militer değerler hem tektip kalmakta hem de değişime direnmektedir. Değişime direnen muhafazakar yapıdaki güvenlik mensupları kendi mesleki değer ve ilkelerini toplumun genelinde görme eğilimindedirler. Bundan da öte, zamanla kendi tercihleri dışındaki düşünce ve yaşam tarzlarını bir tür tehdit olarak da algılayabilmektedirler (Cerrah, 2008:35). Bir başka açıdan da polis formasyonun

12 Eylül askeri rejimiyle birlikte “iç ordu” mantığıyla belirlenmiş olması göz önünde bulundurulduğunda görülmektedir ki polisin görev tanımında “zanlı” kavramının da ötesinde “suçlu” kavramının “düşman” kavramına dönüşmesi oldukça kolaydır (Bora, 2001:8). Nitekim ülke genelinde genel dinlemelerin yapılabilmesi de bu herkesi “düşman” gören algılara dayandırılmakta ve yaşanan hak ihlallerinden haberdar dahi olunamamaktadır.

PVSK Ek madde 7/2 ve JTGYK Ek madde 5/1 gereğince casusluk suçları hariç olmak üzere, CMK m.250 (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan Türk Ceza Kanunundaki örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile TCK’nin İkinci kitabında yer alan Devletin Güvenliğine, Anayasal düzene ve işleyişine, Milli savunmaya ve Devlet sırlarına karşı suçların önlenmesi amacıyla bu yola başvurulabilecektir. Söz konusu tedbir için belirlenen katalog suçların kapsamında da “devlet güvenliği” ağır basmış, “kişi güvenliği” ise büyük ölçüde hiçe sayılmıştır. Özel yorumlarca şekillenen “kamu düzeni” kavramının aslında “devlet düzeni”, “devlet refahı” şeklinde algılandığı konusunda bir başka örnek töre cinayeti tehlikesi altında olduğunu iddia eden eşler için hakim kararının katalog suçlar içerisinde yer almayan bir suç iddiası olduğu gerekçesiyle çıkarılamamış olmasıdır (“Telekulak Töreye Karşı İşlemiyor”, 2008).

Esasında önleme amaçlı yapılan denetlemeleri düzenleyen bu üç kanunda da Anayasada öngörülen sınırlama nedenleri aynen tekrarlanmıştır. Oysa Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa kuralının olduğu gibi kanuna geçirilmesi, Anayasa gereğine ve yönergesine uygun düşmeyeceği gibi yasal düzenleme işlevini de yerine getirmemektedir (Anayasa Mahkemesi, 25.4.1974, E.973/41, K.974/13, AYMKD, S.12, s.152; Gözübüyük ve Tan, 2007:787).

Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi

Kanunun açık, öngörülebilir ve erişilebilir olması şartı esasında devletlere ellerinde tuttukları yetki bakımından özel bir sorumluluk yüklemektedir. Devletler bu yetkileri yalnızca “gerekli” durumlarda kullanabilecek ve insan haklarını daha az kısıtlayan alternatifler daima tercih edilecektir (Born ve Leigh, 2008:36 vd.)

Bu ilke doğrultusunda, “demokratik toplum düzeni” AİHM tarafından, insan haklarına saygının, çoğulculuğun ve hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu ve siyasal katılım yollarının açık olduğu bir düzen olarak tarif edilmiştir (Handyside/İngiltere, 7.12.1976, para.48-49). Demokratik bir toplumda zorunluluk ifadesi ise, zorlayıcı bir toplum ihtiyacını karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği anlamına gelmektedir (Silver/İngiltere, 25.3.1983, para.97). Bu bağlamda demokratik toplumların casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerinden hareketle, devletin bu tür tehditlere karşı telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunlarının olmasının, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabileceği ifade edilmiştir (Klass/Almanya, 6.9.1978, para.48; Kilkelly, 2003:50).

Güvenlik ve istihbarat servisleri olası tehditler hakkında bilgi toplamak, bu bilgileri analiz etmek ve tehdit değerlendirmesi yapmakla görevlidir. Devletin jandarma, polis gibi diğer güvenlik güçleri için bir hareket noktası oluşturduklarından, bu tehdit değerlendirmelerinin, demokrasinin rehberliğinde yapılması öncelikle önem taşır; zira, söz konusu değerlendirmeler genelde ciddi siyasi içerikleri bulunan tehditlere öncelik verilmesini ima etmektedir (Born ve Leigh, 2008:32).

CMK m.135'te ağır müdahalenin bir gereği olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararının “derhal” hakim onayına sunulması ve yirmi dört saat içerisinde hakim kararının onay yönünde çıkması gerekmektedir. Ancak savcı kararının hakim tarafından yirmi dört saat sonunda onaylanmaması durumunda ilk yirmi dört saat içerisinde yakalama veya arama yapıldıysa ne olacağı belli değildir (Kunter vd., 2008:720). Bu durumda geçen süre içerisinde edinilen bilgilerin yakalama ve aramaya delil olarak kullanılması hakim onayı zorunluluğunun dolanılması sonucuna yol açacaktır ki bunu kabul etmek mümkün değildir (Erdem, 2005:102). Yine *ikincilik ilkesi* gereği, tedbire ancak “başka suretle delil etme olanağının bulunmaması” durumunda başvurulabilecektir.

PVSK Ek madde 7'nin ikinci fıkrasına göre, hakim kararı veya “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının “yazılı emriyle” iletişim denetlenebilecektir. **JTGK Ek madde 5**'in ikinci fıkrasına göre de aynı şekilde, hakim kararı veya “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının “yazılı emriyle” iletişim denetlenebilecektir. **Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.6**'da hakim kararı veya “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” MİT Müsteşarı veya yardımcısının “yazılı emriyle” iletişim denetlenebilecektir. “Gecikmesinde sakınca bulunan haller” deyiminden, derhal müdahale edilmediği takdirde, korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını haklı surette kabul ettirecek somut ve fiili unsurlarla belirtilen bir tehlikenin bulunması gereken haller anlaşılmalıdır (Kalabalık, 1998:319). Ancak özellikle “kamu düzeni”, “gecikmesinde sakınca bulunan hal” gibi deyimler uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli kavramlar olduklarından kesin çizgilerle belirlenmesi ve sınırlandırılması gereken kavramlardır (Gözübüyük ve Tan, 2007:787). Bu bakımdan bir devlet, egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği şeklinde bir yanılgıya düşmemelidir (Klass/Almanya, 6.9.1978, para.49).

Her üç kanun bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacak, ikinci bir yirmi dört saatin sonunda hakim kararı onaylamazsa tedbir derhal sona erecek ve kayıtlar on gün içerisinde yok edilecektir. Yine burada da yazılı emrin yirmi dört saat sonunda hakim onayına sunulması, hakim yirmi dört saat sonunda onay vermemesi durumunda ne olacağı belli değildir. Ayrıca hakim kararının hangi ölçütlere göre vereceği de kanunda öngörülmemiştir.

Önleme amaçlı yapılan izleme, dinleme gibi denetim faaliyetleri esasında tam bir idari kolluk faaliyeti olup, Anayasa tarafından korunan temel hak ve hürriyetleri

korumak amacıyla hakim kararı şart koşulmuştur. Bir başka deyişle denetimi hakim kararı koşuluna bağlama bu alanlarda idarenin keyfi hareket etmesini engellemeyi amaçlamaktadır (Altıparmak, 2006:64). Maalesef ki hakim kararı da çoğu zaman yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Bunun belki de en iyi örneği telekulak skandalının patlak verdiği 1 Haziran 2005 tarihli “Türkiye’yi Sarsacak Belge” başlıklı gazete manşetidir. Habere göre MİT Müsteşarlığı Diyarbakır Bölge Başkanlığı, 8 Nisan ile 30 Mayıs 2005 tarihlerini kapsayacak şekilde Türkiye’de GSM, sabit hat ve internet üzerinden yapılan tüm telefon görüşmelerinin detay bilgilerinin kendisine verilmesi için mahkeme kararı alınmasını istemiş ve Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi MİT’in talebi üzerine 6 Mayıs 2005’te aynı gün istenilen kararı çıkarmıştır (“Türkiye’yi Sarsacak Belge”, 2005). Ne ironidir ki Türkiye genelinde yapılan bu hukuksuz genel dinlemeyi kamuoyuna duyuran haberin ardından iki gazetecinin aleyhlerinde “yasaklanan bilgileri temin” başlıklı TCK m. 334’ten ve iletişimin izlenmesi kararını alan hakimın ismi açıklandığı için de “Terörle mücadelede görev yapan kamu görevlilerini hedef göstermek”le ilgili Terörle Mücadele Yasası’nın (TMY) 6/1 maddesi uyarınca üçer yıl hapis ve para cezasıyla cezalandırılmaları istemiyle dava açılmıştır (“Dinlendiğimizi Yazan İki Gazetecinin Üç Yıl Hapsi İstendi”, 2008). Aynı şekilde 12 Kasım 2007’de Jandarma Genel Komutanlığı’nın böyle bir genel denetleme yetkisi talep etmesi üzerine yapılan itiraz sonucu Yargıtay 9. Ceza Dairesi “*Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği açıktır*” vurgusuyla kararı bozmuştur (Yargıtay 9.Ceza Dairesi, 4.6.2008, E.2008/874, K.2008/7160; İlkiz, 2008:1). Yine hakim kararı konusunda çarpıcı bir başka örnek, İzmir’de yakın zamanda, rüşvet aldıkları iddiasıyla tutuklanan mahkeme başkanı ve hakimın hem kendilerinin hem de kardeşleri ve yeğenlerinin, olayı soruşturan savcının telefonlarının dinlenmeleri ile ilgili izin yazısını kendilerinin imzaladıkları ve hatta her ay yenilenen dinleme izni için gelen bu listeyi tam on kez imzalamalarına rağmen kendi numaralarını farketmemiş olduklarının ortaya çıkmasıdır (“Hakimler kazara kendilerini dinletmiş”, 2008).

Ölçülülük İlkesi

Nihayet Anayasa m.13’te de açıkça ifade edilen **ölçülülük ilkesi**, yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması anlamına gelip, amaçla araç arasındaki makul ölçünün korunması olarak ifade edilebilir (Anayasa Mahkemesi, 22.5.1987, E.1986/17, K.1987/11; AMKD, S.23, s.222). Birey ile kamu gücü arasındaki ilişkilerde ölçülülük ilkesi, devletlerin müdahalelerinin elden geldiğince sınırlanması özlemini ifade eder; yani haberleşme özgürlüğünün sınırlanmasıyla ulaşılmaya çalışılan amaç veya sonuç doğrultusunda alınan önlem zorunlu ve elverişli olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde bulunmalıdır (Kaboğlu, 1993:103).

CMK m.135/3’te tedbirin uygulanması süreye bağlı tutulmuştur; maddede belirtilen üç aylık sürenin bir defaya mahsus uzatılması ile en çok altı aylık süre boyunca tedbirin devam edebileceği öngörülmüş, ancak “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak” bu sürenin sınırsız biçimde uzatılabilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hem tedbire sağlanan güvenceler işlevsiz bırakılmış hem de ifadenin belirsizliği nedeniyle keyfi müdahalelere açık

kapı bırakılmıştır. Bu anlamda kuvvetli bir şüphe sebebi varlığı o ya da bu şekilde “örgüt faaliyeti çerçevesi”ne sokulabilecek ve kişi varsayımsal bir şekilde sınırsız olarak dinlenebilecektir. Örgütlü suçluluk bakımından sürenin sınırsız tutulmuş olması ölçülülük ilkesine açıkça aykırıdır.

PVSK Ek madde 7/2 ve JTGYK Ek madde 5/1 gereğince belirtilen suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi suçların hazırlık aşamasında ve suçlar işlendiği sürece söz konusu olacaktır.

Önleme amaçlı tespit ve dinlemeler suç işleninceye kadar olan aşamadan oluşur ve uygulama alanı çok daha geniş olmasına rağmen, koruma tedbiri niteliğinde bulunan CMK’dakine oranla daha az teminatlıdır (Özbek, 2005:569). CMK m.135’te iletişimin denetlenmesine, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ve suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda başvurulması öngörülmüşken, PVSK ve JTGYK’da iletişimin denetlenmesine hangi ölçütlere göre başvurulabileceği konusunda bir düzenleme yoktur. Bu doğrultuda söz konusu maddelerde, iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi basit bir şüphe üzerine bile söz konusu olabilecektir. Suç işlendikten sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesinde başta şüphenin yoğunluğu olmak üzere sıkı bir takım şartlar aramak, buna nazaran önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde basit bir şüphe ile hareket etmek büyük bir çelişki arz etmektedir. Oysa basit bir şüphenin varlığı, henüz bir suç dahi işlenmemişken ölçülülük ilkesi doğrultusunda yeterli olmamalıdır (Yokuş Sevük, 2006:54-55). Henüz bir suç işlenmesi söz konusu dahi değilken, haberleşme özgürlüğüne iletişimin denetlenmesi doğrultusunda yapılacak ağır bir müdahale niteliğinde olan bu tedbirin çok daha sıkı şartlara bağlanması gerekirdi.

Belirtilmelidir ki öngörülen prosedüre aykırı olarak yapılan dinlemeler hukuka aykırı delil niteliğinde sayılıp *delil değerlendirme yasağı* çerçevesinde değerlendirilecek ve hükme esas alınmayacaktır. Hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak Anayasa m.38/6 ve CMK m.206/2-a’da düzenlenen delil yasakları, ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve delil serbestisi temeline dayanan *maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin* de bir sınırını oluşturmaktadır. Ceza Genel Kurulu 15.10.2002 gün ve 8-191/362 sayılı kararında; “...*Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz*” demektedir. Yine hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin akibetini Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.9.1999 gün ve 213/219 sayılı kararında da “*Bir kanıt, yasa koruyucunun öngördüğü koşullara göre elde edilmemişse, hükümde, bu kanıta dayanılamayacaktır*” şeklinde ifade etmiştir (YKD, C.33, Şubat 2007, S.2, s.327-350). Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere delil elde etmek adına yapılan hukuka aykırı gizli dinlemeler, insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve/veya hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamayacaktır (İlkiz, 2009:1). Telefon dinlenmesi sırasında soruşturmaya bağlantılı olmayan başka suça ilişkin elde edilen deliller ise eğer katalog suçlar içerisinde yer alıyorsa yasak delil niteliğinde sayılmayacak ve CMK m.138 anlamında tesadüfen elde edilmiş delil doğrultusunda prosedür işleyecektir

(YCGK, 13.06.2006, E.2006/4.MD-122, K.2006/162; Yargı Dünyası, S.137, 2007, s.137).

Ayrıca söz konusu tedbiri savcı ve kolluğun yürütüyor olması, hakimnin veya mahkemenin, sözlü olan delili dinleme, yazılı olan delili okuma, eşya-iz şeklindeki delili bizzat görmesi anlamına gelen *vasıtasızlık ilkesi*yle de çelişmektedir.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

İdarenin hukuka bağlı olması ve faaliyetlerini demokratik esaslara göre yerine getirmesi aynı zamanda *hukuk devleti ilkesinin* de gereğidir. Yönetimde açıklık ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkan idare faaliyetlerinin halk tarafından görülebilir olması kuralının (Akılhoğlu, 1995:185) aksine iletişimin denetlenmesi tedbiri gizli olarak yürütülmektedir. Açıklık ve şeffaflık ilkelerinin demokratik gözetimin belkemiği olduğu gerçeği göz önüne alındığında gizlilik, güvenlik güçlerinin kanuna aykırı işlemlerine karşı kalkan vazifesi görebilmektedir. İşlemler gizli yürütüldüğünden, ilgili kişi tedbirin uygulanmasından önce veya uygulandığı esnada iletişiminin denetlendiğinden haberdar olamamaktadır.

Bu bağlamda **CMK m.137/4**'te ilgiliye haber verme yükümlülüğü düzenlenmiş ancak bu yükümlülük “verilerin yok edilmesi” koşuluna, bu koşul da “tedbire son verilmesi” koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu düzenlemenin böylesine zincirleme koşullar sürecini öngörüyor olması Anayasa m.36'da öngörülen hak arama özgürlüğü ve m.40'ta öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki ilgili, kararın yerine getirilmesinden ve genellikle de elde edilen delillerin yok edilmesinden sonra hakkında tedbir uygulandığını öğrenmekte ve bu nedenle de tedbirin uygulandığı sırada öngörülen hukuksal korunma imkanlarından fiilen yararlanamamaktadır. Bu nedenle sonradan başvuru denetim muhakemesi olanakları, yalnızca hukuka aykırılığının tespiti sonucunu doğurmaktadır (Erdem, 2005:106). Oysa devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetimdir (Danıştay 3. Dairesi, 22.11.1978, E.78/1158, K.78/1213; DD.34-35, s.194). Hukuksal korunma açısından sorun teşkil eden bir başka husus ise, söz konusu tedbirin CMK m.141'de öngörülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat güvencesi altına alınmamış olmasıdır. Diğer koruma tedbirlerine nazaran devlete daha açık bir müdahale imkanı sunan “gizli” denetlemenin hukuksal güvence bakımından çok daha hassas bir şekilde düzenlenmesi beklenirdi. Nitekim haberleşme özgürlüğüne yapılan bu müdahalenin kabul edilebilir olması için, tedbirleri uygulayan ve denetleyen yetkili makamlar ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi izleme sisteminin koşulları belli olmalıdır (Klass/Almanya, 6.9.1978, para. 50).

PVSK ve JTGYK'da ilgiliye haber verme yükümlülüğü dahi düzenlenmemiştir. Her üç kanun açısından da temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından getirilen Anayasa m.40'taki güvenceden bireylerin yararlanması çok zor görünmektedir. Özellikle iletişimin önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin yazılı emir hakkında, hakimnin aksine karar vermesi söz konusu olduğunda ilgiliye bilgi verilmesinin öngörülmemiş olması çok büyük bir eksikliktir (Yokuş Sevik, 2006:56).

Devletlerin takdir yetkisini sınırsız kullanmaları sonucu sıklıkla karşılaştığımız genel izleme ve/veya dinlemelerin dayanağı ise yasal olarak mevzuatta kendisini bulmaktadır. Oysaki bu tür ucu açık kavramları içeren yasaların sadece kendi başına varlığı bile yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına sokmaktadır. Bireylerin özel ve aile yaşamı ve haberleşme haklarını kullanmalarına “kamu makamlarının müdahalesi”ni oluşturan bu tehdit, kişiler belirli bir izleme önlemine maruz bırakıldıklarını ileri süremeseler dahi mağdur olduklarını iddia etme haklarının bulunduğu konusunda bir neden sağlamaktadır (Klass/Almanya, 6.9.1978, para.41).

İnsan haklarını sınırlamak için bu konuda kanun koyma gerekliliği bir çıkış noktası olarak alındığında, ortaya iki farklı içerim çıkmaktadır. Birincisi, bu yetkiler yasalar tarafından sağlanmalı; ikincisi, güvenlik güçlerinin ve istihbarat servislerinin kullandığı özel yetkiler hukuk üzerine temellenmelidir. Çünkü bu kurumların özel yaşama ve haberleşmeye müdahale etme yolunda yasal yetkisi varsa, yurttaşların da kanuna aykırı bir fiil meydana geldiğinde şikayette bulunabilmeleri için yasal bir prosedür bulunması gerekmektedir. Bu aynı zamanda, AİHS’ne imza atan diğer devletler gibi Türkiye’nin de, Sözleşme’nin 13. Madde’sinde dile getirilen tartışmaya açık insan hakları ihlallerine etkili bir çare sunma yükümlülüğünü yerine getirme yollarından biridir (Born ve Leigh, 2008:34).

Bütün bu açıklamalardan sonra ülkemizdeki ilgili kanunları bütün olarak değerlendirdiğimizde ortaya çıkan sonuç ise oldukça düşündürücüdür. Çünkü *“Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak Türkiye’de herkesin muhaberatı çok açıktır ve artık gizli dinlemenin yasallığı esastır”* (İlkiz, 2009:1).

SONUÇ

Özgürlük ve güvenlik ikileminden çıkış yolu genelde hep devlet lehine yorumlanmış, kişi özgürlük ve güvenliği daima ikinci plana atılmıştır. Özgürlükleri güvenlik gerekçesiyle sınırlama noktasında ise teknolojinin iletişim boyutu devletlerin şiddet tekelinin denetim ve gözetim aşamasını oluşturmuştur.

Ülkemizde de iletişimin denetlenmesine dair hak ve özgürlükler bakımından CMK’da nispeten daha “güvenilir” düzenlenen hükümler önleme amaçlı dinleme hükümleri sayesinde işlevsiz bırakılmıştır. Suç ve suçluyla mücadeleye dair her alanda olduğu gibi özellikle PVSK iletişimin denetlenmesi konusunda da CMK’nın içini oymayı büyük ölçüde başarmıştır. Temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ülkemizdeki kanunlar ne öngörülen şartları taşımakta ne de bireyleri gerekli güvencelerle korumaktadır. Pek çok insan hakkı konusunda olduğu gibi Türkiye iletişim özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkı bakımından da sınıfta kalmıştır. Bu düzenlemelerle herkes yasal olarak(!) dinlenme tehdidi altındadır, daha da kötüsü dinlendikten sonra haberdar olma, haberdar olursa dahi yargısal güvencelerden yararlanma ihtimali de oldukça düşüktür.

Leviathan’ın uzun kulaklarından kaçmak mümkün mü bilinmez. Ancak güvenlik paranoyasının bir sonucu olarak görünen o ki; kafatasımızın içindeki birkaç santimetrekep dışında, başka hiçbir şeye sahip değiliz (Orwell, 2007:31).

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu, T. (1995), *İnsan Hakları – I*, Ankara: AÜSBF İHM Yayınları.
- Altıparmak, K. (2006), Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, *İçinde: Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.19, S.63.
- Bora, T. (2001), Polis Partisi, *İçinde: Birikim*, S.141.
- Born, H., Leigh I. (2008), *İstihbaratı Hesap Verebilir Hale Getirmek*, İstanbul: TESEV Yayınları.
- Bozkurt, V. (2000), Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?, *İçinde: Birikim Dergisi*, S.136.
- Centel, N., Zafer, H. (2008), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Cerrah, İ. (2008), *Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme*, İstanbul: TESEV Yayınları.
- “Dinlendiğimizi Yazan İki Gazetecinin Üç Yıl Hapsi İstendi”, (2008, 17 Ekim), Bianet.
- Erdem, M. R. (2005), 5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi, *İçinde: Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.3.
- Erdoğan, M. (2000-01), “Hikmet-i Hükümet”ten Hukuk Devletine Yol Var mı?, *İçinde: Doğu Batı Dergisi*, Y.4, S.13.
- Ergur, A. (1998), Elektronik Denetimin Sınırlarında Demokrasi, *İçinde: Birikim Dergisi*, S.110.
- Foucault, M. (2006), *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara: İmge Kitabevi.
- Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, Ş. (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük Ş. ve Tan, T. (2007), *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt-I*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- “Hakimler Kazara Kendilerini Dinletmiş”, (2008, 17 Aralık), Taraf Gazetesi.
- İlkiz, F. (2008), Gizli Dinlemenin Gizliliği, www.bianet.org/bianet/kategori/insanhaklari/107813/gizlidinlenmenin-gizliliği , 23 Haziran 2008.
- İlkiz, F. (2009), Gizli Dinleme Esastır, <http://bianet.org/bianet/kategori/bianet/112581/gizli-dinleme-esastir> , 16 Şubat 2009.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1993), *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: Afa Yayınları.
- Kalabalık, H. (1998), İdarenin Kolluk Faaliyetleri Karşısında İnsan Haklarının Durumu ve Korunması, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998, Ankara.
- Kapani, M. (1993), *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Kilkelly, U. (2003), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Almanya: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü.
- Kunter, N., Yenisey, F., Nuhoglu, A. (2008), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kühne, H. H. (2004), Avukat Telefonlarının Dinlenmesi, Çev. Hakan Hakeri,

İçinde: Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan - Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Marx, G. T. (1996), Privacy and Technology, <http://web.mit.edu/gtmarx/www/privantt.html>, 5 Şubat 2009.

O'Neill, J. (2007-08), Disiplin Toplumu: Weber'den Foucault'ya, Çev. Mine Yıldırım, İçinde: Doğu Batı Dergisi, Y.10, S.43.

Ökçesiz, H. (1998), *Hukuk Devleti*, İstanbul: Afa Yayınları.

Ökçesiz, H. (2005), Özgürlük Güvenlik İlişkisinde Yedi Sav, İçinde: Hukuki Perspektifler Dergisi, S.4.

Orwell, G. (2007), *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev. Nuran Akgören, İstanbul: Can Yayınları.

Özbek, V. Ö. (2005), *CMK İzmir Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özdek, Y. (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi.

Öztürk, A. (2007-08), Bir Haklı Savaş Tartışması: Şiddet Meşru Olabilir mi?, İçinde: Doğu Batı Dergisi, Y.10, S.43.

Öztürk, B., Erdem, M. R. (2006), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Sancar, M. (2000-01), Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, İçinde: Doğu Batı Dergisi, Y.4, S.13.

"Telekulak Töreye Karşı İşlemiyor", (2008, 5 Eylül), Radikal Gazetesi.

Tezcan, D., Erdem, R., Sancakdar, O. (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

"Türkiye'yi Sarsacak Belge", (2005, 1 Haziran), Vatan Gazetesi.

Uygun, O. (2003), Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, İçinde: Anayasa Yargısı Dergisi, C.20.

Yokuş Sevik, H. (2006), Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, İçinde: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.19, S.67.