

BÜYÜK BİRADERİN GÖZETİMİNDEN ÇIKIŞ: TELEFONLARIN İZLENMESİNDE DEVLETİN SORUMLULUĞU

Kerem ALTIPARMAK*

“SAVAŞ BARIŞTIR
ÖZGÜRLÜK KÖLELİKTİR
BİLGİSİZLİK KUVVETTİR” **

““Smith!” diye haykırdı, tele ekrandan kulakları yırtan o ses. “6079, Smith W. Evet, sen! Lütfen daha çok eğil! İstesen daha iyisini yapabilirsin. Çaba göstermiyorsun. Eğil daha lütfen! Şimdi oldu yoldaş. ... Görüyorsunuz, dizlerimi bükmiyorum. Eğer isterseniz bunu hepiniz yapabilirsiniz.” Ve Winston, büyük bir çaba harcayarak yıllardır ilk kez, dizlerini bükmeden ayakuçlarına dokunma başarısını gösterdi.”¹

Giriş

1 Haziran 2005 günü, Kemal Göktaş imzasıyla, *Vatan Gazetesi*’nde yayımlanan “*Türkiye’yi Sarsacak Belge*” başlıklı haber, ülkemizde uygulandığı sıklıkla ileri sürülen ancak çoğunlukla belgelenemeyen hukuka

* Yrd. Doç. Dr. A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi.

** George Orwell’in *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* romanında, Okyanusya Devleti’ni yöneten partinin üç sloganı. G. Orwell (1984), (Çev.: Nuran Akgören) *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, (İstanbul: Can Yayınları)

¹ Orwell, s. 47.

aykırı telefon dinleme (ve izleme) konusunu bir kez daha kamuoyu gündemine taşıdı. Haber, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın 8 Nisan. 30 Mayıs 2005 arasında, Türkiye'de telekom hizmeti veren bütün şirketlerin telefon üzerinden gerçekleşen iletişimlerin dökümlerini elde etmek için hukuksal girişimde bulunduğunu bildirmekteydi. Haberde iletildiğine göre, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan konuyla ilgili yapılan başvuruya onay verirken şu ifadeleri kullanmıştı: *“Yurtdışı bağlantılı illegal silahlı terör örgütlerinin yasadışı faaliyetlerine yönelik olarak faillerin belirlenmesi, ele geçirilmesi ve suç delillerinin elde edilmesi ve eylem planlarının önceden öğrenilmek sureti ile engellenmesi başka yollarla mümkün olmadığından yurtdışı çıkışlar ve girişler dâhil olmak üzere Telsim, Turkcell, Avea, Türk Telekom AŞ uzak mesafe telefon hizmeti vermeye yetkili A, B, C tipi lisansı olan iletişim şirketleri tarafından işletilen ve telefon üzerinden yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerin MİT Müsteşarlığı'nca detay kayıtlarının alınması ve incelenebilmesi konusunda Anayasa'nın 22. maddesi ile 4422 sayılı Yasa'nın 2., 4., 11. ve 16. maddeleri uyarınca 08.04.2005 tarihleri ile 30.05.2005 tarihleri arasını kapsayacak şekilde izin verilmesine karar verilmiştir.”*

Her ne kadar söz konusu kararla elde edilen yetkinin dinleme değil, izleme olduğu söylenmişse de, emniyet yetkililerinin bu izlemeler sayesinde birçok olası olayın engellendiğini açıklamalarından da anlaşılacağı gibi, kayıtların izlenmesi sonucunda bazı kişilerin telefonları da dinlenmiştir.

Bu uygulamanın son derece yaygın bir şekilde yürütüldüğü ise 2 Haziran 2005 tarihli *Hürriyet Gazetesi*'nde yayımlanan *“10 Yıldır Sadece Geçen Mart Telefon İzlemedik”* başlıklı haberde görülmektedir. Nur Batur haberinde, ismi verilmeyen, emniyette istihbarattan sorumlu üst düzey bir yetkilinin, MİT'in Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nden aldığı izleme kararı konusunda, *‘Biz 10 yıldır 90'a yakın mahkeme kararıyla izleme uygulamasını sürdürüyorduk’* dediğini aktarmaktadır.²

Dinleme ve izleme yönünde verilen kararlar muhatapları tarafından bilinmediği için bu kararlara itiraz edilememekte ve bugüne kadar kaç tane bu yönde karar verildiği tespit edilememektedir. Ancak, gazetelerde

² Benzer bir açıklama Emniyet Genel Müdürlüğü Sözcüsü İsmail Çalışkan tarafından yapılmıştır. Bkz., *“Telefon izlemeleri gerekirse yeni yasal düzenlemeler yapılır”, Vatan*, 4 Haziran 2005.

yer alan haberlere göre MİT aynı talebi Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne yapmış, olumsuz cevap alınca Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur. Biz MİT tarafından yapılan başvurunun aynısının, 2000 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yapıldığını ancak bu başvurunun Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı tarafından reddedildiğini bir Yargıtay kararı sayesinde tespit edebildik.³ İşin ilginç yanı, konu Yargıtay önüne Başsavcı'nın talebi olmaksızın dinleme kararı alınamayacağı yönünde usulden red kararı veren Devlet Güvenlik Mahkemesi kararına karşılık Adalet Bakanlığı'nın yazılı emriyle gönderilmiştir. Bir başka deyişle, ilgili kararın da gösterdiği gibi 5 yıl önce de dönemin Adalet Bakanı, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın aynısının mahkemeler tarafından verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Benzer kararların 1990'lı yıllarda alındığı da bilinmektedir.⁴

Türkiye 1990'ların sonlarına kadar iletişimin dinlenmesi ve takibi için hiçbir kanuni düzenleme olmamasına rağmen yaygın bir şekilde telefonların dinlendiği bir ülke olagelmıştır.⁵ Bir ihtiyaç olan düzenlemenin bir türlü yapılmaması, buna karşılık hukuka aykırı dinlemelerin kesintisiz devam etmesi, en azından özel hayatın gizliliğine açık bir müdahale oluşturan bu uygulamanın yargı denetimine tabi olması için birçok hukukçuyu bu faaliyete bir kılıf bulmaya zorlamıştır.⁶

Keyfi uygulamalarla büyük bir "*Biri Bizi Gözetliyor Evi*"ne dönen Türkiye'de 4422 sayılı Kanun, bu keyfiliğe son verme amacıyla çıkarılmış⁷ ama bu yazıda verilen örneklerde de görüleceği gibi toplumu "*Büyük Birader*"in gözetiminden çıkarmaya yetmemiştir. Gerek Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı, gerekse Adalet Bakanı'nın karar hakkındaki yorumları, dinleme için alınacak Mahkeme kararları'nın bir formaliteden ibaret olduğunu düşündürmektedir. Kanun, kimi yargı yerleri⁸ ve idare tarafından biraz daha bürokrasiyle faaliyete devam

³ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 21.12.2000, E. 2000/27613, K. 2000/21500.

⁴ Bkz., Faruk Bildirici (2001), *Gizli Kulaklar Ülkesi*, (Ankara: İletişim), s. 348.

⁵ Bu konuda ilginç bir çalışma için bkz. Bildirici, *a.g.e.*

⁶ Bkz., aşağıda dipnot 33.

⁷ Kanun'un gerekçesi için bkz. Hasan Köroğlu (2001), *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422 Sayılı Kanun) ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Seçkin Yayınları).

⁸ Yukarıdaki Yargıtay kararı örneğinde görüldüğü gibi, herkesin bu düşüncede olmadığını not etmek gerekir. Bkz., yukarıda dipnot 3'deki karar.

şeklinde anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, iletişimin denetlenmesi konusunu yeniden düzenleyen yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan⁹ ve idari dinlemeyi çok daha kötü bir şekilde düzenleyen 5397 sayılı Kanun'dan¹⁰ da çok şey beklememek gerekir.

İşin daha vahim yönü şudur. Telekulak skandalının patlamasından sonra Türkiye'de ve dünyada meydana gelen terör faaliyetleri tekrar güvenlik uğruna insan haklarının aksıya alınması konusunu gündeme getirmiştir. Bu ortamda ilk feda edilecek özgürlüklerden birinin haberleşme hürriyeti olduğunu tahmin etmek güç değildir. Bu ise zaten mevcut "*Büyük Birader*" psikolojisinin artarak devam edeceğini göstermektedir. Bu ruh halinden çıkmanın tek yolu sağlıklı bir hukuksal çözüm formüle etmektir. Bu çalışmanın amacı işte bu çıkış yolunu tespit etmektir.

Bu amaçla ilk önce iletişiminin takip edildiğini kanıtlayamayanların hak ihlalinin mağduru olup olmadığı tartışılacak, ardından hak ihlalinin kaldırmak için en uygun yolun hangisi olabileceği üzerinde durulacaktır.

Tazminat Talebi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden¹¹ dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılacak davalardır.¹² Bu hükümden hareket eden bir grup hukukçu "[*Telefon*] izlemenin ancak yargılama süreci içinde ortaya çıkması halinde, o kişinin hizmet kusuru nedeniyle tazminat talebiyle idare aleyhine dava açmasının mümkün" olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹³ Bu görüş doğru fakat eksiktir. Doğrudur, çünkü hukuka aykırı bir şekilde

⁹ Bkz., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG, 17 Aralık 2004, s. 25673, md. 135-137.

¹⁰ 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 23 Temmuz 2005, s. 25884. Aşağıda belirtileceği gibi zaten bu kanun birçok olumsuzluğu içerisinde barındırmaktadır.

¹¹ İletişimin izlenmesine onay veren yargı kararının varlığının söz konusu idari faaliyetin idari işlem veya eylem niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı aşağıda tartışılmıştır.

¹² RG, 20 Ocak 1982, s. 17580, Md. 2 (b).

¹³ Örneğin bkz., Ankara Barosu avukatlarından Tezcan Çakır'ın *Hürriyet* gazetesine verdiği görüş: "İzlenene dava hakkı", *Hürriyet*, 03.06. 2005.

haberleşmesi izlenen veya dinlenen kişiler idareye karşı tazminat davası açabilirler. Eksiktir, çünkü izlendiğini veya dinlendiğini kanıtlayamasa bile, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararı gibi kararlarla Türkiye’de yaşayan herkesin haberleşme ve özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek mümkündür. Bu ikinci durumda dava açılabilmesi çok önemlidir, çünkü gizli dinleme ve izleme durumunda ilgililerin dinlendiklerin öğrenmeleri ve dava konusu yapmaları oldukça zordur. Bu nedenle, bu kişilerin açacakları davalarla idareyi hukuka uygun davranmaya zorlamaları hayali değilse bile çok zordur. Oysa yukarıdaki haberlerde verilen örneklerde görüldüğü şekilde alınan telefon izleme kararları herkesin hakkını ihlal etmekte ve herkese idareden hak talep etme hakkı vermektedir.

Hak İhlali-Mağdur

Şüphesiz, telefonu hukuka aykırı olarak dinlenen (veya izlenen) kişinin hakkı doğrudan ihlal edilmiştir ve bu eylem nedeniyle idareden tazminat talep edebilir, ancak aynı durumun telefonunun dinlendiğinden (izlendiğinden) haberi olmayan ama potansiyel olarak bu kapsamda bulunan kişiler açısından geçerli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda kullanılan, hakları doğrudan muhtel olanlar ifadesinden, ilk bakışta haberleşme hürriyetine müdahale edildiğini kanıtlayamayan kişinin tazminat talebinin kabulüne imkân olmadığı ileri sürülebilir. Ancak böylesi bir yaklaşım, telefon dinlemenin özelliğini göz ardı eden bir yaklaşımdır. Telefon dinleme, tamamen gizli olarak yürütülen bir faaliyetdir. İdarenin bu faaliyetine karşın gerekli güvencelerin olmadığı bir ortamda, vatandaşın telefonunun dinlendiğini kanıtlamasını istemek onu tüm hukuksal güvencelerden yoksun bırakmak anlamına gelecektir. Devlet, yetkisi altında yaşayanların haklarının ihlal edilmemesi için gerekli hukuksal alt yapıyı hazırlamak ve bu yapıyı uygun bir şekilde işletmekten sorumludur. Gerek hukuksal yapının oluşturulmasında, gerekse bu yapının işletilmesinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle sorumluluk tamamen devlete aittir.

Bu ilkeler ışığında, telefon dinleme veya izlemeye ilişkin davalarda, telefonunun dinlendiğini (veya izlendiğini) kanıtlayamayan kişilerin tazminat talep edip edemeyecekleri iki aşamalı bir şekilde tespit edilmelidir. İlk aşamada, kararın kendisine uygulanıp uygulanmadığı belli

olmayan kişinin hak ihlalinin “mağdur”u olup olamayacağı saptanmalıdır. Eğer gerekli güvencelerin mevcut olmadığı durumda izlendiğini kanıtlayamayan kişinin mağdur olabileceği kabul edilecek olursa, ikinci aşamada dinleme veya izlemede takip edilen usul nedeniyle bu kişinin hakkının ihlal edilip edilmediği de ayrıca tartışılmalıdır.

Mağdur

Bir kişinin iletişiminin kontrol edilip edilmediği konusunda kanıt sunamamasına rağmen mağdur sıfatını alıp alamayacağı sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından tartışılmıştır. Klass davasında, başvuru emniyet yetkilileri tarafından dinlendiklerini kanıtlayamayan, ancak o tarihte Federal Almanya’da geçerli olan kanun nedeniyle “dinlenmiş olabileceklerini” ileri süren kişilerdir. Hükümet savunmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin¹⁴ dava tarihinde yürürlükte olan 25. maddesinde¹⁵ düzenlenen kurala göre başvuru-
cuların “mağdur” sayılamayacağını ileri sürmüştür. İlgili hükme göre: “1. İşbu Sözleşme’de tanınan hakların Yüksek Akidlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu, hakkında şikâyet vaki Yüksek Akid Tarafın bu konuda Komisyonun yetkisini tanıdığını beyan etmiş olması halinde [...] Komisyona müracaat edebilir.”

Resmi çeviride “zarar gördüğü iddiasında bulunan” şeklinde ifade edilen bölümün, İngilizce¹⁶ ve Fransızca¹⁷ orijinallerinden “ihlalin mağduru olduğunu iddia eden”¹⁸ anlamı çıkmaktadır. Alman hükümeti anılan kişile-

¹⁴ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi. Sözleşme’nin resmi çevirisi için bkz., RG, 19 Mart 1954, s. 8662.

¹⁵ Sözleşme’ye ek 11. Protokol’le yapılan değişiklik sonucunda bu madde değiştirilmiş, Komisyon kaldırılmış, başvurunun aynı kişiler tarafından Mahkeme’ye yapılacağı kuralı düzenlenmiştir. Konuya ilişkin 34. madde şu şekildedir: “İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların yüksek taraf devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu Mahkeme’ye başvurabilir.” Maddenin resmi çevirisi Bakanlar Kurulu’nun 30 Mayıs 1997 tarih ve 97/9506 sayılı kararının ekinde yayımlanmıştır. Bkz., RG, 20 Haziran 1997, s. 23035.

¹⁶ “[...] claiming to be the victim of a violation [...]”

¹⁷ “[...] qui se prétend victime d’une violation [...]”

¹⁸ Bu yönde bir Türkçe çeviri için bkz., M. Semih Gemalmaz (2003), *İnsan Hakları Belgeleri: Avrupa Konseyi Birinci Bölüm*, C. I, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi), s. 50.

rin şikâyetlerinin telefonlarının dinlendiği gerekçesine değil, yürürlükte olan kanunun kendilerinin de dinlenmesine yol açacağı gerekçesine dayandığını, bu durumda anılan uygulamanın “mağdur” olmadıkları için başvurularının kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür.¹⁹

AİHM, Sözleşme’nin “*actio popularis*”e izin vermediğini not etmekle birlikte, bazı durumlarda kişiye doğrudan uygulanmamakla birlikte, kişiyi doğrudan etkilemek şartıyla bir yasanın varlığının bile kişinin haklarını ihlal edebileceğini belirtmiştir.²⁰ Bu yaklaşımın sonucunda bir kişinin, kendisine doğrudan uygulandığı iddiası olmasa bile, gizli önlemler alınmasını olanaklı kılan bir yasal işleme karşı başvuru yapması mümkündür. AİHM’nin burada oluşturduğu mantık şu şekilde açıklanabilir: Eğer devletlere kişilerin haberleşmelerini gizlice izleme imkânı verilir, izleme faaliyeti kişilere haber verilmeksizin yapılır ve ardından izlenme ihtimali olan kişinin başvurusu, mağdur olmadığı gerekçesiyle reddedilirse, Sözleşme’nin 8. maddesi tüm anlamını yitirebilir. Zira böyle bir senaryoda, dinlenen kişi haklarına yapılan müdahaleyi hiçbir zaman öğrenemeyeceği için kanunun doğrudan kendisini uygulanıp uygulanmadığını bilemeyecek, bunun sonucu olarak da özel hayatının ihlal edildiğini hiçbir zaman iddia edemeyecektir. Bu durumda, devlet yetkilileri bu tip gizli izleme faaliyetlerini ne kadar gizli tutarlarsa, müdahalelere hukuken karşı çıkma şansı o kadar azalacaktır.²¹

Klass vakasında Mahkeme, Federal Almanya’da yaşayan herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonunun potansiyel olarak takip edilebileceğini, bu nedenle tartışma konusu yasanın tüm posta ve telekomünikasyon kullanıcılarını etkilediğini belirtmektedir. Türkiye’deki telekulak skandalına ilişkin olarak AİHM’nin şu vurgusu özellikle hatırlatılmalıdır: “[...] bu izlenme tehdidinin bizzat kendisinin, posta ve telekomünikasyon hizmetleri yoluyla özgür iletişimi sınırlayan, dolayısıyla tüm kullanıcılar veya potansiyel kullanıcıların 8. Maddeyle korunan haklarına doğrudan bir müdahale niteliğinde olduğu ileri sürülebilir.”²² Yani Almanya’da yaşayan herkes, 25. maddedeki anlamda “potansiyel mağdur” durumundadır ve AİHM’ye başvurabilir. AİHM, bu yaklaşımını daha sonra Malone kararında da

¹⁹ Klass ve Diğerleri/Almanya, 06.09.1978, Series A no. 28, para. 28 ve 30.

²⁰ Id., para. 33. Farklı bir bağlamda bkz., Dudgeon/Birleşik Krallık, 22.10.1981, Series A no. 45; Norris/İrlanda, 26.10.1988, Series A no. 142.

²¹ Id., para. 34.36.

²² Id., para. 37.

tekrarlamıştır.²³ Mahkeme'nin bu içtihadı takip ettiği, 2005 yılında verdiği bir kabul edilebilirlik kararında da görülmektedir.²⁴

AİHM'nin söylediklerini Türkiye'deki telefon dinleme vakasına uygularsak şunları söylemek mümkündür: Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla MİT, *Hürriyet*'te yayımlanan habere göre 90 başka Mahkeme kararıyla diğer emniyet birimleri Türkiye'nin her tarafında yaşayan kişilerin iletişim araçlarının izlenmesi ve bazı durumlarda da dinlenmesini ve incelenmesini mümkün kılmışlardır. Bir başka deyişle, Türkiye'de tüm telefon şirketlerinin müşterileri sürekli olarak rızası alınmadan izlenme ve dinlenme tehdidi altındadır. Bu tehdit uzak bir tehdit de değildir. Bir istihbaratçı'nın verdiği bilgilere göre sadece 2004 yılında toplam 22.938 telefon dinlenmiştir.²⁵

Klass ve Iordachi davalarından farklı olarak Türkiye'deki durum sadece yasal mevzuattan²⁶ değil, yargısal ve idari pratikten ileri gelmektedir. Bu kararların ülkede yaşayan herkesin Anayasa'da korunan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetlerine müdahale olduğuna şüphe yoktur. Her an bir emniyet birimi tarafından dinlenebileceği düşüncesinde olan kişilerin özgürce iletişimde bulunabileceklerini söylemek mümkün değildir. Bir başka deyişle Türkiye'deki telefon abonelerinin mağdur olduklarını kanıtlamak için telefonlarının dinlendiğini veya izlendiğini göstermelerine gerek yoktur, çünkü idare herkesin telefonunu izlemekte, azımsanmayacak sayıda insanın telefonunu ise dinlemektedir.

Ne var ki, gizli bilgi edinmeye ilişkin bir kanunun varlığı her ne kadar herkesin haklarına müdahale anlamına gelse bile, müdahalenin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Bu konunun ayrıca incelenmesi gerekir.

²³ Malone/Birleşik Krallık, 02.08.1984, Series A no. 82, para. 64 ve 86; Halford/Birleşik Krallık, 25.6.1997, RJD 1997-III, para. 56.

²⁴ Iordachi ve Diğerleri/Moldovya, Başvuru no. 25198/02, 05.04.2005. Bu davada da başvuru sahipleri kendilerinin telefonlarının dinlendiği iddiasıyla değil, mevcut mevzuatın Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalini engelleyecek güvenceler taşımadığı iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur.

²⁵ Saygı Öztürk'ün haberine göre 2002 yılında 15 bin 874 ve 2003 yılında 16 bin 18 telefon dinlenmiştir. Bkz., "Seçmen kütüğü ÖSYM belgesi bile izleniyor", *Hürriyet*, 02.06.2005.

²⁶ Aşağıda görüleceği gibi 5397 sayılı Kanun'un çıkarılmasıyla mevzuat da AİHS'ye aykırı hale gelmiştir.

Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

Genel Öngörülebilirlik Kuralı

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini düzenlemektedir. Burada aranan kanun şartı elbette öyle veya böyle bir kanunun bulunması gerekliliği değil, bu hak ve hürriyetlerden yararlanılan kişilerin haklarının keyfi olarak sınırlandırılmasına engel olacak nitelikte bir hukuksal düzenlemenin olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yine özel hayatın gizliliğine ilişkin bir kararında belirttiği gibi, yasa koyucu Anayasa'daki genel sınırlama nedenlerini aynen kanunlara aktarmak suretiyle, Anayasa'daki kanunilik şartını yerine getirmiş olmaz. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "millî güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır ve bu nitelikte bir kuralın olduğu gibi yasaya geçirilmesi Anayasa Koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşmez ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez.²⁷

Anayasa Mahkemesi'nin burada kanun koyucudan beklediği "yasa kalitesi", AİHM'nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak hukuksal metinlerde aradığı öngörülebilirlik özelliğinden başka bir şey değildir. AİHM'ye göre, bir vatandaşın davranışlarını kendisine göre ayarlamasına imkân verecek yeterlilikte açıklıkla formüle edilmemiş bir hukuk kuralı, Sözleşme anlamında sınırlamaya dayanak olabilecek bir hukuk kuralı değildir.²⁸ Bu elbette, yasanın yoruma yer bırakmayacak şekilde yazılması anlamına gelmez ama en azından kişi, gerektiğinde hukuksal bir yardım alarak, davranışının sonuçlarının neler olabileceğini makul bir ölçüde öngörebilmelidir.

AİHM, telefon dinlemeye ilişkin olarak, öngörülebilirlik testini değerlendirirken önleyici veya kovuşturma amaçlı telefon dinlemenin

²⁷ 25.4.1974 gün ve E. 1973/41, K. 1974/13 sayılı karar, AYMKD. Sayı 12, s. 152. Aynı ilke Mahkeme'nin 18-22.11.1976 gün ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı Kararı'nda da tekrarlanmıştır. AYMKD, Sayı 14, s. 364-365.

²⁸ *Sunday Times*/Birleşik Krallık, 26.4.1979, Series A. 30, para. 49; Kopp/İsviçre, 25.3.1998, RJD 1998-II, para. 55.

öngörülebilir olmasının, ilgiliye haber verme anlamına gelmediğini, ancak düzenlenmelerin kişilere kamu otoritelerinin hangi şartlar altında bu gizli müdahaleyi gerçekleştirebilecekleri konusunda fikir vermesi gerektiğini belirtmiştir. İletişimin gizli olarak izlenmesi usulü ilgili kişiye veya kamuya açık olarak gerçekleştirilmediği için, idareye veya yargıçlara dinlemeye ilişkin olarak verilecek yetkinin sınırsız bir şekilde ifade edilmesi hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır.²⁹

Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin bu kararları ışığında, Türkiye'de telefon dinleme için dayanak olarak gösterilen bazı hükümlere ilişkin dinlemenin her halde haberleşme hürriyetini ihlal ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Yukarıda bahsedilen 2 Haziran 2005 günlü *Hürriyet Gazetesi* haberinde devamlı alınan mahkeme kararlarının 2937 sayılı MİT Yasası'nın³⁰ 4. maddesiyle, Polis Görev ve Salahiyet Yasası'nın³¹ ek 7. maddesine dayandırıldığı bildirilmektedir. İlgili kanun hükümleri şu şekildedir:

2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

"Ek Madde 7. (Ek: 16.6.1985 – 3233/7 md.)

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

2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu:

"Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri

Madde 4. Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

²⁹ Kruslin / Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176-A, para. 30 ve Huvig / Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176- B, para. 29; Kopp / İsviçre, 23224/94, 25.3.1998, para. 64; Khan / Birleşik Krallık, Başvuru no. 35394/97, 12.5. 2000, RJD 2000-V, para. 26.

³⁰ Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, RG, 3 Kasım 1983, Sayı: 18210.

a) Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

Her iki kanun hükmü de yukarıda bahsedilen kararların gerektirdiği genel öngörülebilirlik şartları açısından bile iletişimi denetlemek için gerekli hukuksal zemini sunmamaktadır. Ne bu hükümlere dayanarak yapılan idari kolluk faaliyeti niteliğindeki dinlemelerin,³² ne de Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesine dayanılarak yapılan adli kolluk faaliyeti niteliğindeki telefon dinlemeleri "kanunla sınırlandırma" kuralının gereklerini yerine getirebilir.³³ İletişimin izlenmesine ilişkin kuralların, ilgili hukuk kurallarında açıkça düzenlenmeden, farklı kurallardan içtihat yoluyla çıkarılması "öngörülebilirlik" şartının yerine getirilmesi için yeterli değildir.³⁴ Bu nedenle, bu hükümlere dayanarak yapılan tüm genel nitelikli telefon dinleme ve izleme faaliyetleri herkes bakımından hak ihlali anlamına gelmektedir."³⁵

³¹ Polis Görev ve Salahiyet Kanunu, RG, 14 Temmuz 1934, Sayı: 2751.

³² PVSK Ek Madde 7'nin bu yönde kullanılamayacağı yönünde bkz., Mustafa Ruhan Erdem (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Ankara: Seçkin Yayınları), s. 170.

³³ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmeden önce 1412 sayılı CMUK'taki postada el koyma hükümlerinin kıyas yoluyla telefon dinlemeye de uygulanabileceği veya alternatif olarak 91. maddedeki "vesair mersule" teriminin telefon, teleks gibi araçları da kapsayacak şekilde geliştirmeci yorumla okunabileceği ileri sürülmüştür. Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu görüşlere katılmak olanaksızdır. İlk görüş için bkz., Ö. Tosun (1984), *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. 1, (İstanbul: Acar Matbaacılık), s. 911; Ersan Şen (1999), "Türk Hukuku'nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen 'Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler'", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, (İstanbul: Alfa), 723, 732. İkinci görüş için bkz., B. Öztürk (1995), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, s. 478-479, (Ankara: DEÜ Yayınları) Bu görüşlerin genel bir değerlendirmesi için bkz. Âdem Sözüer (1997), "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon. Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İHFM*, C. LV, 67, s. 76 vd.; Bahri Öztürk/Veli Ö. Özbek/Mustafa R. Erdem (2001), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Baskı), s. 656-657.

³⁴ Örn. bkz., Huvig/Fransa, 24.4.1990, Series A. no. 176-B, para. 33-34; Kruslin/Fransa, 24.4.1990, Series A. no. 176-A; Valenzuela Contreras/İspanya, 30.7. 1998, başvuru no. 27671/95, RJD 1998-V, para. 57; Mutatis mutandis, Kopp/İsviçre, 25.3. 1998, RJD 1998-II, para. 73.

³⁵ Türkiye'deki telefon dinlemelerin Sözleşmeye aykırılığı konusundaki daha önceki bir çalışma için bkz. Ömer Anayurt (1997), "Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

Yukarıda anılan genel öngörülebilirlik ilkesi dışında, iletişimin dinlenmesi ve izlenmesi çok daha ayrıntılı güvencelerin varlığını gerektirmektedir. Sonuçta dinleme, tamamen gizli bir şekilde ve muhatabının bilgisi dışında yapılmaktadır. Bu konuda sıkı güvenceler getirilmediği takdirde, idarenin yetkisini keyfi bir şekilde kullanması mümkündür ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez.³⁶ MİT yetkililerinin ifade ettiği gibi, hemen her ülkede gizli dinleme yapılmaktadır. Ancak, bugüne kadar AİHM tarafından belli ölçütleri yerine getirmeksizin bu dinlemeleri yapan devletlerin AİHS'i ihlal ettiklerine dair çok sayıda karar verilmiştir.³⁷

AİHM'ye göre, iletişim alanında yetkinin kötüye kullanılmaması için iç hukuk düzenlemesi en azından şu güvenceleri sağlamalıdır: ilgili düzenleme yargı kararıyla telefonları dinlenecek kişi kategorilerinin, böyle bir karara neden olabilecek suçların niteliğinin, telefon dinleme süresinin, elde edilen konuşmaları da içeren özet raporların hazırlanmasında takip edilecek usulün, hâkim ve savunma tarafından gerçekleştirilecek olası inceleme için kayıtların bozulmamış ve tam olarak nakledilmesi amacıyla alınacak tedbirlerin ve özellikle sanık hakkında son soruşturmaya geçilmediğinde veya sanık beraat ettiğinde kayıtların hangi şartlar altında silinebileceği veya silinmesi gerektiği veya teyp kasetlerinin hangi şartlar altında imha edileceğinin bir tanımını vermelidir.³⁸

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yukarıda anılan kanunlardan farklı olarak iletişimin dinlenmesi veya tespiti konusunda

Hukuklarında Telefon Dinlemeleri", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. XXI, S. 197, s. 50.

³⁶ Halford/Birleşik Krallık, 25.6.1997, RJD 1997-III, para. 49

³⁷ AİHM; Hollanda, İsviçre, Fransa, İtalya, İspanya ve Birleşik Krallık aleyhine çeşitli tarihlerde yapılan telefon dinlemeye (izleme) ilişkin başvurularda Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

³⁸ Kruslin /Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176-A, para. 35 ve Huvig / Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176- B, para. 34.

³⁹ Kanun'un ve uygulamasının genel bir değerlendirilmesi konusunda şu eserlere bakılabilir. Hasan Köroğlu (2001), *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422) Sayılı Kanun ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Seçkin Yayınları); M. Naci Ünver (2002), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı); Mustafa Ruhan Erdem (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*,

ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.³⁹ Nitekim telefonların izlenmesine ilişkin haberlerin yayımlanmasının hemen ardından Adalet Bakanı Cemil Çiçek, söz konusu izleme faaliyetlerinin anılan dönemde yürürlükte olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'na uygun yapıldığını ifade etmiştir.⁴⁰ Konuyla ilgili yapılan suç duyurusunu inceleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı da aynı fikirdedir.⁴¹ Anılan Kanun'un 2. maddesi hangi şartlarda iletişimin dinlenmesi veya tespitin mümkün olduğunu göstermektedir. Bu düzenlemeye ek olarak çıkarılan Yönetmelik ise ilgili Kanun hükmünü çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve ek güvenceler getirmiştir.⁴² Kanun, yönetmelikle birlikte doğru bir şekilde uygulandığında, bazı şüpheler yaratmakla birlikte⁴³ Strasbourg standartlarını büyük ölçüde yerine getirecek düzeydedir.

4422 sayılı Kanun'un anılan hükmü şu şekildedir:

“İletişimin dinlenmesi veya tespiti⁴⁴

Madde 2. Bu Kanun'da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım

(Ankara: Seçkin Yayınları)

⁴⁰ Bakan Çiçek, basın toplantısında “Hâkim kararı olmadan böyle bir işlem yapılsaydı bu eleştirilebilirdi. Ama burada hâkim kararı var” ifadelerini kullanmıştır. “Telefon izlemeleri gerekirse yeni yasal düzenlemeler yapılır”, *Vatan*, 4 Haziran 2005. Aynı haberde, Emniyet Genel Müdürlüğü Sözcüsü İsmail Çalışkan'ın da dinlemenin hukuka uygun yapıldığını kendilerinin de benzer faaliyetlerde bulunduklarını ifade ettiği bildirilmektedir.

⁴¹ “MIT'te 'telekulak şikâyeti' işleme konulmadı”, *Hürriyet*, 24.6.2005.

⁴² Bkz., 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Bakanlar Kurulu karar no. 2000/1820, RG, 26 Ocak 2001, s. 24299.

⁴³ Örneğin Kanunun haklarında dinleme yapılamayacak kimseleri saymaması, özellikle müdafiyale sanığın görüşmelerinin de kanun kapsamında dinlenmesi durumunda Sözleşmeyi ihlal etme ihtimali söz konusudur. Bu sakınca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dinlemeye ilişkin hükümlerinde giderilmiştir. Bkz., md. 135-137. Öte yandan kanunun 1. maddesindeki suç tanımı da yeterince açık olmadığı gerekçesiyle kanunla düzenlenme şartına aykırı bulunabilir. Bu yönde bkz., Öztürk/Özbek/Er-dem, s. 654.

⁴⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu iletişimin denetlenmesi konusunda yeni hükümler getirmektedir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesiyle 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır. RG, 31 Mart 2005, s. 25772 (Mükerrer). Bunun yanında aşağıda incelenecek olan 5397 sayılı kanun da idari amaçlı dinlemeleri düzenlemektedir.

veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Dinlenme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hâkim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir.

Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşların da görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır."

Kanun'un verilerin kayıt ve incelenmesine ilişkin 4. maddesi ise şu şekildedir:

“Kayıt ve verilerin incelenmesi

Madde 4. Bu Kanun’da öngörülen suçların veya delillerinin ortaya çıkarılması için, suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunan kişilere ilişkin yer, kuruluş, çevre ve kurumdaki, Devletin ulusal güvenliği bakımından gizli kalması zorunlu olanlar hariç her türlü resmi ve özel kayıtlarla verileri incelenebilir.”

Ağır Ceza Mahkemesi’nin Kararı Kanun’a ve Dolayısıyla Anayasa’ya ve Sözleşme’ye Aykırıdır

Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin telefonların izlenmesine ilişkin kararı, Adalet Bakanı’nın iddiasının tersine, 4422 sayılı Yasa’ya birçok açıdan aykırıdır. Bir kere, Kanun’a göre sadece Kanun’da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefonlar dinlenebilir veya tespit edilebilir. Oysa Mahkeme kararında bu şekilde bir sınırlandırma yoktur. Yönetmelik bu konuyu daha da somutlaştırarak “İletişimi dinlenecek veya tespit edilecek kişinin eğer biliniyorsa kimliği”nin ve “Dinlenecek veya tespit edilecek iletişim araçlarına ait tür, numara, frekans gibi bilgiler”in de karara işlenmesi gerektiğini belirtmiştir (md. 9/a). Daha da önemlisi Yönetmeliğe göre “Dinleme veya tespiti belirli kişi bakımından karar verilir” (md. 10). Oysa Ağır Ceza Mahkemesi kararının kim hakkında verildiğini tespit etmek mümkün değildir.

4422 sayılı Kanun’un 2. maddesine göre “İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.” Yönetmelik bu konuda da daha ayrıntılı bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, hem talepte hem de kararda “Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli belirtilerin neler olduğu” belirtilmelidir (md. 9/c).⁴⁵ Burada söz konusu edilen “suç” genel anlamda bir suç değildir. Kararda belirtilmesi gereken somut bir suçtur. Buna rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi “Yurtdışı bağlantılı illegal silahlı terör örgütlerinin yasadışı faaliyetlerine yönelik olarak faillerin belirlenmesi” demek suretiyle

⁴⁵ AİHM, Huvig ve Kruslin davalarında hangi kategorideki kişilerin telefonlarının dinlenebileceğinin ve telefon dinlemeyi gerektirecek nitelikte suçların Fransız hukukunda tanımlanmamış olmasını bir ihlal sebebi olarak değerlendirmiştir. Huvig, para. 34.

MİT'e olası tüm faaliyetleri somutlaştırmadan, bu karara göre iletişimi izleme imkânı vermiştir. Böylesi bir karar, kuvvetli belirtilerin neler olduğunu ortaya koymaktan da tamamen uzaktır.

Bilgilerin somut bir suça ilişkin olarak edilmesi kanunun güvencelerini etkili bir şekilde kullanılabilmesi için de hayati önemdedir. Kanun'a göre: *"İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir."* Eğer bu Kanun kapsamındaki her türlü faaliyetin bir tek kararla incelenmesi mümkün olsaydı kanun koyucunun böyle bir hükmü öngörmesinin bir anlamı kalmazdı, çünkü bu tehlikenin her zaman devam ettiğini savunmak mümkün olduğunda verileri yok etmeye de gerek olmayacaktır. Oysa Kanun her bir somut önlemin ardından önleme ilişkin ihtiyaç ortadan kalkınca kayıtların da silinmesi gerektiğini düzenlemektedir.

Benzer şekilde Kanun'un ölçülülük ilkesini sağlamayı amaçlayan *"Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez"* hükmü de anılan kararda hiçe sayılmıştır. Çünkü bu hüküm her bir özel durumda, başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmeyi gerektirir. Nitekim Yönetmelik hâkim kararının bu konuda bir açıklama yapmasını gerektirmektedir. (md. 9/g) Şüphesiz bu değerlendirme genel bir değerlendirme olamaz. Yapılacak değerlendirme, bu imkânlılığı somut olayda denenilen yöntemler ve olası alternatifleri dikkate alarak test etmelidir. Ülkedeki her türlü iletişim hakkında alınan bir kararın böylesi bir değerlendirme yapmadığını tahmin etmek güç olmasa gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, AİHM'ye göre telefon dinlemeye ilişkin düzenlemenin belli şartları içermesi gereklidir. Ancak daha önemlisi, Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca yapılacak müdahalenin yasaya uygun olması gerekir.⁴⁶ Ulusal mevzuata uygun olmayan dinlemeler, mevzu-

⁴⁶ Resmi çeviride "kanunla derpiş edilmesi şartıyla". Fransızca metinde "prévüe par la loi", İngilizce metinde ise "in accordance with law" ifadeleri kullanılmaktadır. Burada İngilizce metin anlamı daha iyi karşılamaktadır ve Türkçeye "yasaya uygun olarak" şeklinde çevrilmesi mümkündür. Bu yönde bir Türkçe çeviri için bkz., Gemalmaz, s. 41.

atın “öngörülebilirlik” şartlarına uygun olup olmadığına bakılmaksızın hem Anayasa’yı hem de AİHS’i ihlal eder.⁴⁷ Bir başka deyişle kanunun yanlış uygulanması ikinci şartın, yani müdahalenin hukuka aykırılığı şartının oluşması için yeterlidir.

Kaldı ki, böylesi bir uygulama kanuna uygun olsaydı da yukarıdaki bilgiler ışığında Sözleşmeye uygun olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktı. Daha önce de belirtildiği gibi, iletişimin gizli olarak izlenmesi usulü ilgili kişiye veya kamuya açık olarak gerçekleştirilmediği için, idareye dinlemeye ilişkin olarak verilecek yetkinin sınırsız bir şekilde ifade edilmesi hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır.⁴⁸

Dinleme-Takip

Görüldüğü gibi mevcut kararlarla Türkiye’deki tüm telefon aboneleri için idareden tazminat talep etme imkânı doğmuştur. Bununla birlikte, olayın basında duyulmasından sonra, izleme faaliyetinin hukuka uygun olduğu yönünde bazı açıklamalar yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi Hükümet Sözcüsü ve Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in yaptığı açıklamadır. Çiçek’e göre “*yasalara aykırı bir durum söz konusu değil[dir], telefonların dinlenmesi farklı, izlenmesi farklı[dır]*.”⁴⁹

Bakan Çiçek bu şekilde, söz konusu olanın dinleme değil izleme olduğunda ayrıntılı bir karara gerek olmadığını, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararı benzeri kararlarla Türkiye’de herkesin telefonunun izlenebileceğini ifade etmektedir. Bu ifadeler, iki nedenle, tamamen yanlıştır.

İlk olarak, bu karara dayalı olarak sadece izleme yapıldığı, dinlemeye başvurulmadığı ifadesi gerçekçi gözükmemektedir. Hem bizzat Adalet Bakanı basın açıklamasında, hem diğer emniyet yetkilileri başka vesilelerle yaptıkları açıklamalarda, bu faaliyet sayesinde birçok suçun

⁴⁷ M.M./Hollanda, Başvuru no. 39339/98, 8.4.2003, para. 45; Craxi (No. 2)/İtalya, Başvuru no. 25337/94, 17.7.2003, para. 82; A/Fransa, 23.11.1993, Series A no. 277-B, para. 38.

⁴⁸ Bkz., yukarıda not 29.

⁴⁹ “MİT dinlemedi, izledi”, 6 Haziran 2005, CNNTürk İnternet Portalı, <http://www.cnnturk.com.tr/TURKIYE/haber_detay.asp?PID=318&HID=1&haberID=101762>; “Çiçek: MİT dinlemedi, izledi”, 7 Haziran 2005, ntvmsnbc.com İnternet Portalı, <<http://www.ntvmsnbc.com/news/327463.asp>>

engellendiğini ifade etmişlerdir. Bu örneklerden birinde, Emniyet'e bombalı eylem yapmak isteyen bir kadın militanın son dakikada düzenek çalışırken ele geçirildiği belirtilmektedir.⁵⁰ Böylesi bir bilginin sadece telefon izlenerek elde edilemeyeceği açıktır. Belli ki, emniyet güçleri bu ve benzeri kararlara dayanarak aynı zamanda dinleme de yapmışlardır. Bu konudaki haberlerin ardından hiçbir yetkili *"önce izleme emri aldık, buradan elde ettiğimiz bilgiler doğrultusunda da şu kişiler hakkında dinleme kararı çıkardık"* şeklinde bir açıklama yapmamışlardır. Bu durumda, izleme için alınan kararların dinleme için de kullanıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bir gazete haberine göre MİT bir bilgi edinme başvurusuna verdiği yazılı cevapta *"dinlemenin terörü önleme amaçlı gerçekleştirildiğini, herkesin dinlenmesi'nin söz konusu olmadığını belirterek"* aslında Ağır Ceza Mahkemesi kararının dinlemeyi de kapsayacak şekilde elde edildiğini kabul etmektedir.⁵¹ Nitekim istihbaratçıların verdikleri sayılar, açıkça Türkiye'de telefon dinlemelerinde de bu genel nitelikli kararlarla yetinildiğini göstermektedir.⁵²

İkinci olarak, telefonlar sadece izlenmiş olsa bile böylesi bir karar hukuka aykırı olacaktır. Bir kere 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki usul kuralları sadece dinlemeye değil ve fakat *"dinleme ve takip"*e ilişkindir. Bunun da ötesinde 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrası *"Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır"* hükmüne yer vermektedir. Öğretide *"yukarıdaki hükümler uygulanır"* ifadesinden hareketle, maddenin 4. fıkrasından sonraki güvencelerin bu tür kayıtlar hakkında uygulanamayacağı ileri sürülmekle birlikte,⁵³ bu konudaki belirsizlik uygulama Yönetmeliğinin 15. maddesiyle giderilmiştir. Yönetmeliğin 15. maddesi resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da, dinleme ve takibe ilişkin güvencelerin uygulanacağını belirtmiştir. Bu hükümler karşısında, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda sadece telefon kayıtlarının alınıp incelendiği varsayılsa bile karar yasaya aykırı bir şekilde alınmış olacaktır.

⁵⁰ "10 yıldır sadece geçen mart telefon izlemedik", *Hürriyet*, 2 Haziran 2005.

⁵¹ "MİT: Herkes dinlenmedi", *Radikal*, 7 Haziran 2005.

⁵² Bir istihbaratçının Türkiye'de dinlenen telefonlarla ilgili verdiği istatistikî bilgiler için bkz., dn 25.

⁵³ Öztürk/Özbek/Erdem, s. 658.

Yine belirtmek gerekir ki, izleme faaliyeti de haberleşme hürriyetine ve özel hayatın gizliliğine karşı yapılmış bir müdahale niteliğindedir. Haberleşmenin içeriği yanı sıra, haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi ve yerine ilişkin bilgiler de özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetlerinin koruma alanı içindedir.⁵⁴ Kamu otoritesinin, içeriğine bakmadığı gerekçesiyle, keyfi olarak, kimlerin kimlerle hangi saatlerde, ne kadar süre ile konuştuğunu saptama ve bundan kimi sonuçlar çıkarma hak ve yetkisi olamaz. Bu yönde yapılacak faaliyetlerin de belli ilkeler ışığında gerçekleştirilmesi gerekir. Strasbourg içtihadı da bu yaklaşımı doğrulamaktadır. AİHM'in ifade ettiği gibi, telefon konuşmalarının fiyatlandırılması ve buna ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle telefon şirketlerinin konuşma dökümlerini çıkarması tek başına özel hayata müdahale sayılamaz. Ancak bu verilerin, kişinin bilgisi haricinde ve hukuka aykırı olarak emniyet birimleri tarafından ele geçirilmesi ve kullanmasının özel hayata müdahale niteliğinde olduğuna da şüphe yoktur.⁵⁵ Bunun sonucu olarak AİHM, hukuka aykırı olarak yapılan izlemenin de Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶

5397 Sayılı Kanun Sonrası İletişimin Denetlenmesi Çok Daha Kolay Hale Gelmiştir

Bilindiği üzere, yeni çıkan CMK'nın, önleme amaçlı dinlemeye olanak vermediği ve bu nedenle emniyet güçlerinin özellikle örgütlü suçlarla mücadelede zafiyete uğratıldığı sıklıkla ifade edilmekteydi. Bu durumun önüne geçmek amacıyla, bu yazının yazıldığı dönemde Meclis Polis Vazife ve Selahiyet, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda değişikliğe giderek bu örgütlerin önleyici telefon dinleme ve takibinde bulunabilmelerini sağladı. Bu düzenlemeleri getiren 5397 sayılı Kanun'un Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne götürüldüğü bildirildi.⁵⁷ 5397 sayılı Kanun, önleme dinlemesi açısından 4422 sayılı Kanun'un yerini aldığı

⁵⁴ Sözüer, 72.

⁵⁵ Malone/Birleşik Krallık, para. 84. Ayrıca bkz., P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, Başvuru no. 44787/98, 25,9. 2001, para. 42 vd.

⁵⁶ Malone/Birleşik Krallık, para. 87. İngiltere'deki uygulamaya "metering" denmektedir.

⁵⁷ "Telekulak Yetkiye Takıldı", *Hürriyet*, 4 Ağustos 2005.

ve bu yazıda incelenen ihlallerin ağırlaşmasına yol açabilecek çok sayıda hüküm içerdiği için burada kısaca yeni yasadan da bahsetmekte fayda vardır.

Yasaya göre telefonların dinlenmesi için Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkan'ına doğrudan bağlı *"Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"* kurulacak, bu kurulun başına ise Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'nın teklifi üzerine Başbakan tarafından bir başkan atanacaktır. Yine Kanun'un 1-3. maddelerinde yer alan faaliyetlerin denetiminin, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları yanında Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyonlar tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Cumhurbaşkanı, haklı olarak bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek yasanın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Ne var ki 5397 sayılı Yasa'nın sorun oluşturan tek hükmü Başkan'ın yetkilerine ilişkin olanlar değildir. 5397 sayılı Yasa aynı zamanda 4422 sayılı Yasa'da belirtilen güvencelerin birçoğunu da içermemektedir. Yukarıda belirtildiği gibi 4422 sayılı Yasa'da kimlerin telefonlarının dinlenebileceğini tahdidi olarak belirtmiş *"suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan"* kimselerin iletişimlerinin dinlenebileceğini belirtmekteydi. 5397 sayılı Yasa ise *"suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla"* demek suretiyle bu sınırlamayı tamamen ortadan kaldırmıştır. Bu durumda, Kanun'un bu hükmüne dayanarak suç işleme kuşkusu altında bulunmayan kişilerin de iletişimi denetlenebilecektir. Bu düzenleme, telefonları dinlenecek kişi kategorilerinin Kanun'la açık bir şekilde belirlenmesi gerektiğini söyleyen AİHM içtihadına aykırıdır.⁵⁸

Yine 4422 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde öngörülen *"ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde"* dinleme ve takibe başvurulacağına ve *"başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitin karar verilemeyeceğine"* ilişkin güvenceler de yeni kanunda yer almamaktadır.⁵⁹ Bu kural ölçsüz müdahalelerin kapısını açmaktadır.

⁵⁸ Bkz., 38 nolu dipnot ve ilgili metin

⁵⁹ Adli dinlemeye olanak sağlayan 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi bu güvenceleri öngörmektedir.

Ayrıca 5397 sayılı Kanun uyarınca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için hakim kararı almaya gerek kalmamıştır. Bu kurumlardaki bilgiler için hâkim kararı alınması ancak bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde gereklidir. Bir başka deyişle, bu yazıda hâkim kararıyla yapılması eleştirilen herkesin iletişimini takip faaliyeti bundan sonra hâkim kararı olmaksızın doğrudan idare tarafından yapılacak ve vatandaşlar da bu durumdan hiçbir şekilde haberdar olmayacaktır. Bu hüküm, iletişimin izlenmesine ilişkin yargısal denetimi tamamen aradan çıkardığı için özel hayatın gizliliğinin açık bir ihlalini oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, 5397 sayılı Yasa, 4422 sayılı Yasa'nın layıkıyla uygulanmaması nedeniyle söz konusu olan olumsuzlukları çok daha ağırlaştıracak bir şekilde düzenlenmiştir. 5397 sayılı Yasa'nın kayıtların kamu hizmeti veren kuruluşlardan elde edilmesine ilişkin hükmü, yukarıda açıklanan gerekçelerle, uygulanmaya gerek olmaksızın Anayasa ve uluslararası sözleşmeleri ihlal edecek niteliktedir.

5397 sayılı Kanun'un izlemeye ilişkin hükümleri açısından aşağıda önerdiğimiz hukuk yollarına başvurma imkânı da yoktur. Bu durumda Kanun'un izlemeye ilişkin hükümleri aleyhine doğrudan AİHM'e başvurulması mümkündür.

İhlalin Giderimi

İletişimin denetlenmesine ilişkin faaliyetlerden kaynaklanan hak ihlallerinde, ihlali ortaya koymaktan belki de daha zor olan ihlalin giderimi için izlenecek doğru yolun bulunmasıdır. Bir yolun hak ihlalini gidermek için önerilebilmesi için aranacak en önemli şart bu yolun etkili olmasıdır.⁶⁰ Biz "*etkili*" kavramını sadece münferit olayda çözüm getirme anlamında değil ve fakat Türkiye'deki yaygın bir hak ihlali yöntemini

⁶⁰ Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre de devlet hak ihlali iddialarının incelenebilmesi için etkili iç hukuk yollarının sağlanmasını devletin ödevi olarak saymaktadır. AİHS, md. 13; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, md. 2. Bkz., Bakanlar Kurulu'nun 5851 sayılı Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Kararı, RG, 21 Temmuz 2003, Sayı 25175.

ortadan kaldırma potansiyeli olarak da algılıyor. Aşağıdaki çeşitli yöntemler bu bakış açısıyla değerlendirilecektir.

Bilgi Edinme Hakkı ve Etkili Denetim

Tüm Türkiye’deki iletişimin dinlendiğine ilişkin haberlerin gazetelerde yer almasından sonra, idarenin bu eylemine karşı neler yapılabileceği konusunda görüşler ileri sürülmüştür. Dinleme muhatabının bilgisi dışında gerçekleştirilen bir eylem olduğu için ilk akla gelen yol bu konuda Başbakanlığa bir bilgi edinme başvurusu yapmaktır. Bu görüş çeşitli hukukçular tarafından ileri sürüldüğü gibi, İstanbul bağımsız milletvekili Emin Şirin bu hakkını kullanmış ve MİT Müsteşarlığı kendisine verdiği cevapta dinlemenin terörü önleme amaçlı gerçekleştirildiğini, herkesin dinlenmesinin söz konusu olmadığını belirterek, dolaylı bir anlatımla dinlenenler arasında Emin Şirin’in bulunmadığını belirtmiştir.⁶¹

Kişinin dinlenip dinlenmediği konusunda bilgi edinme başvurusunda bulunması yararlı bir yöntem olmakla birlikte, hukuken “etkili” bir yöntem olduğunu savunmak güç gözükmektedir.

Birincisi, yukarıda açıklandığı gibi herkesi dinlemeye yönelik olarak alınan bir kararın kendisi bir hak ihlali oluşturmakta ve kişinin yapacağı başvuru ile dinlenmediğini öğrenmesi bu anlamda hak ihlalini ortadan kaldırmamaktadır. İkinci olarak, idarenin bu konuda vereceği cevabın doğru olacağını düşünmek de gerçekçi değildir. İdare tehlikeli olduğunu düşündüğü kişileri takip ettiğini iddia etmektedir. İdarenin tehlikeli olduğunu düşündüğü kişilerin böylesi bir başvuru yapması halinde kendilerine dinlenildiklerini söylemesini beklemek mümkün değildir. O halde idare rahatlıkla iletişimin takip ettiği bir kişinin başvurusunda, “hayır böyle bir faaliyetimiz olmamıştır” diyebilir. Bu durumda, bilgi edinme başvurusunun etkili bir hukuk yolu olmadığı açıktır. AİHM’nin yerleşik içtihadında belirtildiği gibi, idarenin kişilerin haklarına müdahaleleri etkili bir denetime açık olmalıdır. Bu denetim ise normal şartlarda, tarafsızlık, bağımsızlık ve usul güvenceleri sunan Mahkemeler tarafından yürütülür.⁶² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de “İnsan

⁶¹ “MİT: Herkes dinlenmedi”, *Radikal*, 7 Haziran 2005.

⁶² Rotaru/Romanya, başvuru no. 28341/95, RJD 2000-V, para. 59

Hakları ve Terörizmle Mücadele Konusunda Yol Gösterici İlkeler” başlıklı tavsiye kararında, telefon dinleme benzeri özel hayata müdahale niteliğini taşıyan önlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için Mahkemeye başvuru hakkının tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁶³

Devletin dinlediği kişiyi dinleme sonrasında haberdar etmesi gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır.⁶⁴ Aksi yönde görüşlerin varlığına rağmen,⁶⁵ kanımızca Strasbourg içtihadından dinlemenin sona ermesini takiben ilgililere dinlendiklerini bildirmek yönünde bir zorunluluk olduğuna dair bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. AIHM, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun aksine,⁶⁶ telefon dinleme konusunda temel ilkeleri belirlediği *Kruslin ve Huvig*⁶⁷ davalarında dinlenen kişilere sonradan bilgi verilmemesi konusuna değinmemiş, bu konu daha sonra Mahkeme önüne gelen davalarda da incelenmemiştir.⁶⁸ Bu konunun doğrudan tartışma konusu yapıldığı *Klass* davasında da Mahkeme, dinlemenin sona erdiği anda kişiye dinlendiğine ilişkin bilgi verilmemesinin tek başına ihlal doğuramayacağını, çünkü dinleme önleminin etkili olmasını sağlayan olgunun bu olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Ancak *Klass* kararında Mahkeme, aksine delil olmadığı sürece dava konusu dönemde ilgili yasanın Alman makamları tarafından tam olarak uygulandığını varsayması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰ Daha yakın tarihli bir kabul edilemezlik kararında, Mahkeme açıkça devletin hakkında

⁶³ Bakanlar Komitesi’nin Temmuz 2002’de kabul ettiği “Guidelines on human rights and the fight against terrorism” tavsiyesi, VI (Measures which interfere privacy), <www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8eng.pdf.>

⁶⁴ u yönde bir şart 1999 yılında hazırlanan CMUK tasarısında öngörülmüş ancak 5271 sayılı CMK’ya alınmamıştır. Bkz., Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey (1999), *Karşılaştırmalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1999 Tasarısı: Gerekçeler*, (Alkım: İstanbul), md. 104/4.

⁶⁵ Erdem, s. 154; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar (2003), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları), s. 294; Öztürk/Özbek/Erdem, s. 695.

⁶⁶ Komisyon *Kruslin* davasında telefonları dinlenen kişilerin hakkında daha sonra takipsizlik kararı verilmesi halinde bu kişilerin bilgilendirilmesine ilişkin bir kuralın iç hukukta bulunmamasını Sözleşmeyi ihlal eder nitelikte bulmuştur. Bkz., *Kruslin/Fransa*, 14.12.1988, Kom. Raporu, para. 69.

⁶⁷ *Kruslin*, para. 35 ve *Huvig*, para. 34.

⁶⁸ Örn. bkz., *Valenzuela Contreras/İspanya* kararında *Huvig/Kruslin* standartları tekrar sayılmış, muhatabın bilgilendirilmesinden burada bahsedilmemiştir. 30.7. 1998, başvuru no. 27671/95, RJD 1998-V, para.46.

⁶⁹ *Klass*, para. 58.

⁷⁰ *Id.* para. 59.

kovuşturma açılmayan kişiye telefonunun dinlendiğini bildirmemesinin diğer güvencelerin bulunması durumunda Sözleşme'yi ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Mahkeme'nin eleştiriye açık⁷² bu yaklaşımından şu sonuca ulaşmak mümkündür: Eğer kanun, dinleme öncesi etkili bir yargısal denetim mekanizması öngörüyorsa ve bu sistem layıkıyla işletiliyorsa, dinleme sonrası bilgi verme yönünde bir mekanizma olmaması sorun yaratmaz.

Türkiye'de devletin telefon dinleme ve izleme faaliyetlerini vatandaşlara bildirme yükümlülüğü iki gerekçeye dayandırılabilir. Birincisi, gündeme gelen olaylarda mevcut kanunlar gereği gibi uygulanmadığı için dinleme ve izleme öncesi güvenceler anlamsız kılınmış, bu nedenle alınan önlemin dinleme sonrası yargısal denetimi özel bir önem kazanmıştır. Bu imkânı sağlamak için kişilerin dinleme faaliyetlerinden haberdar edilmesi gerekir. Ayrıca, Anayasa'nın 40. maddesine göre *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurucağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* Bu hüküm uyarınca dinleme faaliyeti sona erip, dinlemenin nedeni olan tehlike ortadan kalktığında dinlenen kişinin bilgilendirilmesi devletin görevidir. Ancak bu yolun etkili sayılabilmesi için, devletin kişiye olası ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracabilecek hukuk yollarını göstermesi gerekir. Bir başka deyişle, bilgi edinme veya bilgi edindirme yargısal denetimin yerini alamaz.

Suç Duyurusu-Tazminat Talebi

Telekulak haberinin basında duyulması sonrasında ileri sürülen iddialardan biri de dinleme ve izleme karar mekanizmasında rol alan kişilerin cezai sorumluluğuna başvurulacağıdır. Nitekim Diyarbakır Barosu başkanı Sezgin Tanrıku ve DEHAP Genel Başkan Yardımcısı Hatice Korkut Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin telefon izleme kararı aleyhine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde suç duyurusunda bulunmuşlardır.⁷³ Elbette bu suç duyurusunun savcılık tarafından

⁷¹ Greuter/Hollanda, Başvuru No. 40045/98, 19 Mart 2002 tarihli kabul edilemezlik kararı.

⁷² Van DIJK P./van HOOFF G.J. H./ vd. (1998), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (The Hague : Kluwer Law International, 3rd ed), s. 707-709.

⁷³ "Emniyet: Dinleme Hukuku", *Radikal*, 04.06.1005; "İzleme' Kararına Diyarbakır Barosu'ndan Dava", BİA Haber Merkezi, 08.06.2005 (<<http://www.bianet.org/2005/06/08/62120.htm>>)

ciddi bulunması durumunda, iddialar yargı tarafından inceleneceği için suç duyurusunda bulunma bilgi edinme talebinden farklı olarak etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte, bu yönde yapılacak bir başvuru tazminat talebinin geçerliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bir kere, kişiler kendileri açısından kullanılabılır etkili hukuk yollarından birini veya birkaçını bir arada kullanabilirler. Bu nedenle suç duyurusu ile birlikte tazminat talep etmenin önünde hiçbir hukuki engel yoktur.

İkinci olarak, suç duyurusunda sonuca ulaşmak daha zor gözükmektedir. Ortada bir suç bulunduğunu kanıtlamak, hizmetin kusurlu ve hukuka aykırı bir şekilde işletildiğini kanıtlamaktan daha zordur. Söz konusu ihlalin mahkeme kararına dayandığı düşünüldüğünde, böylesi bir girişimin başarı şansının çok düşük olduğunu tahmin etmek güç olmayacaktır. Nitekim, Cumhuriyet Savcılığı bu yönde yapılan başvuruyu MİT'in, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına dayanarak yaptığı takip ve dinlemenin usul ve mevzuata aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle işleme koymamıştır.⁷⁴

4422 sayılı Kanun, bu Kanun'dan kaynaklanabilecek suçları "Gizliliğin ihlali, yetkililerin sorumluluğu ve cezalandırılması" başlığı altında 10. maddesinde düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre "Bu Kanun gereğince yürütülen işlemler ve hazırlık soruşturması sırasında alınan kararlar gizlidir. Gizliliği ihlal edenler hakkında iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."⁷⁵ Görüldüğü gibi, bu hüküm, doğrudan alınan kararın hukuka aykırılığına değil, kararı açıklamanın hukuka aykırılığına ilişkindir. Aynı maddenin 3. fıkrası "Bu Kanun'un uygulanması ile ilgili yetkilerin suiistimal edilerek başka kanun hükümleri ihlal edilirse, o kanunlarda yazılı cezalar yarıdan bir katına kadar artırılır" diyerek hukuka aykırı bir şekilde dinleme veya izleme yapanların ancak başka kanunlar yoluyla cezalandırılacağını belirtmektedir.

⁷⁴ "MİT'te 'telekulak şikayeti' işleme konulmadı", *Hürriyet*, 24.6.2005. Takipsizlik kararındaki "usul ve mevzuata uygunluk" saptaması kesinlikle yanlıştır. Bu konu yukarıda tartışıldığı için tekrar burada üzerinde durulmayacaktır.

⁷⁵ İlginç bir şekilde mahkemeler bu hükme dayanılarak açılan davalarda, yeni TCK'ya bakmadan 4422 sayılı Yasa'nın yürürlükten kalktığı gerekçesiyle beraat kararı vermektedir. Bkz., "Milliyet'e bir Beraat Daha", *Milliyet*, 18 Haziran 2005.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu⁷⁶ bu konuyu açık bir şekilde düzenlemiştir. Anılan Kanun'un 132. maddesinin 1. fıkrasına göre *"Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* Kanun'un 136. maddesine göre ise, *"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* 137. maddeye göre bu suçların kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde ise ceza yarı oranında artırılacaktır.

Ne var ki, bu yazıda söz konusu edilen izleme ve dinleme faaliyetlerinin hiçbirisi 5237 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden sonra gerçekleştirilmemiştir. Bu durumda, söz konusu faaliyetlere aleyhe bir hüküm içermeyişi takdirde Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁷⁷ hükümleri uygulanacaktır. Bu Kanun'un ilgili hükümleri ise 5237 sayılı Yasa'da olduğu gibi açık değildir. Bir kere, 765 sayılı Yasa'nın konuyu düzenleyen 195. maddesi genel olarak haberleşmenin gizliliğini ihlal etme hükmünü içermemekte, hangi iletişim araçlarına müdahalenin suç sayılacağını açıkça saymaktadır. Her ne kadar maddede *"[f]ail telefon mükalematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa [...] hapsolunur"* demekteyse de telefon kayıtlarının izlenmesi bu kapsamda değerlendirilemez. Ayrıca, Kanun'un 199. maddesi uyarınca, bu cürüm hakkında takibat yapılması alakadar olanların şahsi davasına bağlıdır. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin dinleme faaliyetine ilişkin yapılan başvuruda yapılacak olası savunmada, bu kararla sadece telefonların izlendiği, içeriklerinin dinlenmediği bu nedenle konuşma mahremiyetinin ihlal edilmediği ileri sürülecektir. Bu karara dayanarak dinleme yapıldığına dair şüpheyi yer bırakmayacak şekilde açık bir delil bulunamadığı sürece bizce de bu hükümler karşısında hukuka aykırı izlemenin cezalandırılması mümkün gözükmemektedir. Dinlemenin kanıtlanamadığı durumlarda, hem konuşma mahremiyetinin ihlal edildiğinin hem de doğan zararın ispatı zor olduğundan sorumluların cezalandırılması kanımızca güçlü bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

⁷⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, 12 Ekim 2004, Sayı: 25611.

⁷⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, 13 Mart 1926, Sayı: 320.

Hâkimlerin Sorumluluğu

Telefon dinlemeden kaynaklanan sorumluluk tartışmasında göz ardı edilmemesi gereken bir nokta da kararı veren hâkimin sorumluluğudur. MİT yetkilileri, ellerinde bir yargı kararı bulunduğunu, kendilerinin buna uygun olarak izleme yaptıklarını ileri sürmektedirler. Bilindiği üzere, kural olarak hâkimler verdikleri yargı kararları nedeniyle sorumlu tutulamazlar.⁷⁸ Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁷⁹ bazı istisnai durumlarda hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğuna dayanarak tazminat davası açılabilceğini öngörmüştür. HUMK'un 573. maddesine göre, hâkimler hâkimlik görevini yaparken yargısal faaliyet nedeniyle vermiş oldukları zararlar nedeniyle sorumlu tutulabilirler. Telefon dinleme ve izleme konusunda, 573. maddenin karar veren hâkimin sorumluluğuna yol açabilecek 3 ayrı fıkrası dikkati çekmektedir. Maddenin 1. fıkrasına göre hâkim; iki taraftan birini tesahüp ve iltizam veya gazez ve nefsaniyet dolayısıyla diğeri aleyhine karar verirse, 2. fıkrasına göre kabili tevil ve izah olmayacak surette vazih ve sarahati katiye kanuniye'ye mugayir karar verirse ve nihayet 7. fıkrasına göre memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterirse tazminat yükümlülüğü doğar.

Genel izleme yönünde karar verilmesi durumunda, hâkimin 1. fıkradaki benzeri bir gazezinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle 1. fıkranın genel izleme aleyhine açılacak davalarda uygulanması mümkün değildir. 2. fıkra ise, kabili tevil ve izah olunamayacak surette açık kanun hükümlerinden bahsetmektedir. Bu fıkradan kaynaklanan sorumluluk hali için yargıcın kasıtlı hareket etmesine gerek yoktur, basit bir ihmal dahi yeterlidir ve yukarıda açıklandığı üzere anılan karar 4422 sayılı Yasa'ya birçok açıdan aykırıdır. Ancak, bu durum 4422 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin kabili tevil ve izah olunamayacak surette açık olduğu anlamına gelmeyebilir. Gerçekten de, gerek haberin gündeme gelmesiyle Adalet Bakanı'nın yaptığı açıklamalar, gerek 2000 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yaptığı başvurunun

⁷⁸ Aşağıda görüleceği gibi yargıçların idari faaliyetleri nedeniyle verecekleri zararlar tam yargı davasına konu olabileceği gibi, yargıçların haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluk da genel hükümlere tabidir. Örn. bkz. Yargıtay 4. HD, 10.6.1999, K. 4284/5514, aktaran E. Günay (2000), *Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hakimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları*, (Ankara: Seçkin) s. 98.

reddedilmesi üzerine dönemin Adalet Bakanı'nın yazılı emirle bozma isteminde bulunması ve gerekse olay sonrasında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın takipsizlik kararında yaptığı yorumların da gösterdiği gibi, en üst düzeydeki yetkililer bile Kanun'un bu şekilde yorumlanabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, yukarıda anılan haberlerin doğru olduğu varsayılırsa bugüne kadar Türkiye'de bu yönde onlarca karar verilmiştir. Bu durumda, hükmün şüpheye yer bırakmayacak düzeyde açık olmadığı ileri sürülebilir.

Nihayet, Kanun'un 7. fıkrasında hâkimin görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi halinde sorumluluğu doğabileceği düzenlenmektedir.⁸⁰ Yargıtay'a göre hâkimin bu hükme göre sorumlu tutulması için özensiz olduğunun saptanması yeterlidir, kasıtlı olarak hareket ettiğinin tespit edilmesine gerek yoktur. Hatta telefon dinleme gibi acil bir şekilde karar alınması gereken durumların varlığı, özensiz davranmanın varlığını haklı kılmayacaktır.⁸¹ Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, Kanun'un ilgili hükmünün uygulanması için gerekli şartların oluşup oluşmadığını incelememiş, herkesi kapsayacak bir izleme kararı çıkarmıştır. Bu nedenle özensizce verilen kararın sorumluluk yaratacağı düşünülebilir. Ancak, herkesi kapsayacak şekilde verilen telefon izleme vakalarında ihmalden çok, yasayı bu şekilde yorumlama durumu söz konusudur ki, yukarıda açıklandığı üzere yasanın bu şekilde yorumlanabileceğini söyleyenlerin sayısı da az değildir.

Hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hukuka aykırılık yanında zararın da doğması gerekmektedir. Yargıtay hukuka aykırı bir telefon dinleme kararının 573. madde uyarınca hâkimin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağını incelediği yakın tarihli

⁷⁹ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, RG, 2, 3, 4 Temmuz 1927, Sayı: 622-624.

⁸⁰ Bu fıkranın, hâkimlerin hiçbir makamdan emir almayacağı esasında hareketle sadece hâkimlerin idari faaliyetlerinden dolayı sorumluluklarına ilişkin olduğu ileri sürülmüştür. Bir diğer görüş maddenin sadece hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden sorumluluğuna ilişkin olduğunu dikkate alarak, burada da söz konusu olanın nizasız kaza faaliyetleri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz., Baki Kuru (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, (İstanbul: Demir-Demir, 6. Baskı), s. 5838. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği gibi Yargıtay bu fıkrayı da tüm yargı faaliyetleri açısından uygulamaktadır. Aynı yönde bkz., S. Aydınalp (1997), *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Dayınlarlı), s. 142-43.

⁸¹ 4. HD, E. 2001/9259 K. 2001/12483 T. 11.12.2001.

bir kararda “*Karar, hukuka aykırı olsa bile, uygulamaya konulmadığından zararın doğduğu da söylenemez*” demektir. Yargıtay’a göre davacı, karar gereğince, telefonlarının dinlendiğini ve izlendiğine ilişkin kanıt getiremezse, zararın doğduğunu ortaya koyamamış demektir. Sorumluluk için hukuka aykırılık yeterli olmayıp zararın varlığı da gereklidir.⁸² Biz yukarıda açıklanan AİHM kararları ışığında herkesi etkileyecek nitelikteki iletişimin denetlenmesi kararlarında, zararın dinleme olmasa bile gerçekleşmiş sayılması gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, hakkında dinleme kararı verilmiş kişi hakkında bile dinlendiğine ilişkin kanıt istendiği düşünüldüğünde, izlendiği veya dinlendiği konusunda kanıt sunamayan kişiler açısından hâkimlerin sorumluluğunu talep etmenin zorluğu ortadadır.

Aslında, sorunun çözümü açısından hâkimlerin hukuki sorumluluğuna gitmek doğru bir tercih de değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hâkimlerin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığını her kararda tartışmaya açmak, verdikleri her kararın bir tazminat davasına yol açacağı sanısı doğuracağı için adaletin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesine engel olacaktır. Daha da önemlisi, yukarıdaki haberlerin de gösterdiği gibi, Türkiye’de telefon dinleme sorununun kaynağı bir hâkimin hukuka aykırı karar vermesi değil, bir kamu hizmetinin yanlış örgütlenip, kötü işlemesidir. Özellikle, telefonunun dinlendiğini kanıtlayamayan kişiler açısından söz konusu hak ihlali, herhangi bir hâkim kararından değil, herkesi izlemeye ilişkin alınan onlarca kararla oluşturulan paranoya ortamından kaynaklanmaktadır. Bu yönde şikayeti olabilecek çok sayıda kişinin bir yargıcı dava etmesi adil olmayacağı gibi sorunu ortadan kaldırmak için de doğru yöntem sayılabileceği şüphelidir. Her ne kadar, kötü işleyen bu hizmetin belirli aşamalarında hâkim kararı varsa da, kanımızca bu karar telefon dinleme faaliyetini bir bütün olarak yargı faaliyetine dönüştürmez. Bu nedenle, telefonların izlenmesinden kaynaklanan hak ihlali iddialarında esas incelenmesi gereken devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır.

Devletin Sorumluluğu

Anayasa’nın 40. maddesine göre “*Kişinin, resmî görevliler tarafından*

⁸² 4. HD, E. 2001/9259 K. 2001/12483 T. 11.12.2001. Karar daha sonra Hukuk Genel Kurulu tarafından da onanmıştır. Bkz. HGK, E. 2002/4-277, K. 2002/344, T. 1.5.2002.

vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, Kanun'a göre, Devletçe tazmin edilir." İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu için faaliyet idari bir faaliyet olarak değerlendirildiğinde, devletin faaliyetinden dolayı sorumlu tutulacağına da şüphe yoktur. Devletin yargı faaliyetlerinden sorumluluğu söz konusu olduğunda ise farklı bir rejim uygulanmaktadır. Biz burada devletin sorumluluğu meselesini, yargı faaliyetinden sorumluluk ve idari faaliyetten sorumluluk olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz. İlk alt başlıkta, izleme yönünde alınan mahkeme kararlarının idarenin sorumluluğunu kaldırdığını varsayarak devletin bu yargı kararı nedeniyle sorumlu olup olamayacağını tartışacağız. İkinci alt başlıkta ise, izleme yönünde verilen kararın faaliyetin idari niteliğini ortadan kaldırmadığı tezini açıklamaya çalışacağız.

Bir Yargı Kararı Olarak İzleme Kararı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, devletin yargı organlarının faaliyetlerinden sorumlu olup olmayacağı tartışılırken organik değil fonksiyonel bir ayrıma gidilmektedir. Bunun sonucu olarak, yargı makamlarının idari nitelikteki faaliyetlerinin tam yargı davasının konusu olacağına dair bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkündür.⁸³ Bu konuya, telefon dinleme veya izlemeye izin kararının idari faaliyeti yargısal faaliyete çevirip çevirmediğini değerlendirirken aşağıda tekrar döneceğiz. Ancak burada öncelikli olarak incelenmesi gereken konu, mahkemelerin telefon dinleme konusunda verdikleri kararların bir yargı faaliyeti olduğu kabul edildiğinde bu faaliyetten dolayı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.

Türkiye’de devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu olup olmayacağı sorunu çok sınırlı bir şekilde tartışılmış, yargı yerlerinin bu konudaki cevabı ise genellikle olumsuz olmuştur. Öğretide ise devletin yargı yerlerinin faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu konusunda genelde üç görüş ileri sürüldüğü görülmektedir.⁸⁴ İlk görüşe göre devlet hiçbir

⁸³ Bu yönde bkz., Danıştay 5. D., 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911, DD., S. 92; Yargıtay HGK, 28.5.1997, E. 1997/4-2, K. 1997/33; Yargıtay HGK, 24.9.1997, E. 1995/5, K. 1997/36. Kuru, s. 5381; N. M. Berkin (1977), "Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu", *İÜHFD*, C. 43, s. 181, 187. Yargıcın vesayet dairesi sıfatıyla yaptığı faaliyetlerden doğan sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, md. 468.

⁸⁴ Farklı görüşlerin tezleri için bkz., Aydınalp, s. 231 vd.

şekilde yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulamaz. İkinci görüşe, göre devletin yargı fonksiyonunun faaliyetlerinden dolayı olarak sorumlu tutulması mümkündür. Nihayet üçüncü görüşe göre devlet hâkimlerin davranışlarından dolayı doğrudan sorumlu tutulabilir.

Devletin yargı faaliyetlerinden hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı görüşü doğru değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 40. maddesine göre kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar Devletçe tazmin edilir. 40. maddede, 125. maddenin aksine idarenin işlem ve eylemlerinden değil devlet faaliyetlerinden söz edilmektedir. Gerçekten de doğru olan devletin yargı da dâhil olarak her türlü faaliyetinden dolayı hak ihlallerinden sorumlu olmasıdır.

40. madde zararın "*Kanun'a göre*" tazmin edileceğini belirtmektedir. Kanun koyucu, yargı organlarının bazı faaliyetlerinden doğan zararın devlet tarafından karşılanacağını açıkça düzenlemiştir. Örneğin, mülga 466 sayılı Kanun haksız tutuklama ve yakalamalarda yargıcın kusuru olsun olmasın devlete karşı dava açılabilmesini öngörmekteydi.⁸⁵ Yeni CMK, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığı altında (md. 141), devlete karşı dava açılacak koruma tedbirlerinin kapsamını genişletmiştir. 141. maddede, yakalama ve tutuklamanın yanında arama ve el koymadan doğan zararlardan dolayı devletten tazminat istenmesi öngörülmüşken aynı durum telekomünikasyonun denetlenmesinden kaynaklanan zararlar için öngörülmemiştir. Muhtemeldir ki, kanun koyucu burada maddi bir zararın söz konusu olmadığını düşünmektedir. Ancak, 141. madde hem maddi hem de manevi zararların karşılanacağını öngördüğüne göre hükmün her türlü koruma tedbirini içerecek şekilde genişletilmesi gerektiği söylenebilir.

Devletin yargı faaliyetinden sorumluluğu bazen de uluslararası yargı kararları ile tespit edilmektedir. Mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmaması⁸⁶ veya yargılamanın makul süreyi aşması⁸⁷ gibi. Taraf olduğumuz uluslararası andlaşmaların, bu andlaşmalardaki hakların

⁸⁵ Bkz. Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, RG, 15.5.1964 -11704.

⁸⁶ Örn. İncal/Türkiye, başvuru no. 22678/93, 9.6.1998; Çıraklar/Türkiye, başvuru no. 19601/92, 28.10.1998; Hulki Güneş/Türkiye, başvuru no. 28490/95, 19.6.2003.

⁸⁷ Örn. Yağcı ve Sargın/Türkiye, başvuru no. 16419/90, 16426/90, 8.6.1995; Büker/Türkiye, başvuru no. 29921/96, 24.10.2000.

ihlali karşısında iç hukukta etkili başvuru yollarının mevcudiyetini bir zorunluluk olarak gördüklerine göre, eğer bu andlaşmalarla korunan hakların ihlaline yargılama faaliyeti sebebiyet veriyorsa, bu faaliyetler karşısında devlete karşı tazminat davası açılabilmesinin mutlak gerektiğine şüphe yoktur.

Yasayla açıkça devletin yargı faaliyetinden ne şekilde sorumlu olacağı belirtilmemişse yine de Anayasa'nın 40. maddesi dayanak yapılarak devletten tazminat istenebilir mi? Bir görüş bunun mümkün olmadığı yönündedir.⁸⁸ Yukarıda belirtildiği üzere devletin hâkimlerin faaliyetlerinden sorumlu olabileceğini ileri süren görüşler, devletin bu sorumluluğunun doğrudan ya da dolaylı olmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Devletin dolaylı sorumluluğu bulunduğunu savunan görüşe göre, yargıç devlet tarafından istihdam edildiğine göre devletin tıpkı özel hukuktaki hizmet akdindeki gibi çalıştırdığı kişinin hatalarından dolayı sorumlu tutulması mümkündür.⁸⁹ Devletin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine dayandıran bu görüşün öğretide çok taraftarı olmadığı gibi⁹⁰ bu görüş Yargıtay tarafından da kabul edilmemektedir.⁹¹ Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği gibi BK 55. maddesinde öngörülen sorumluluğun gerekçesi çalışanın, çalıştırının emir ve talimatı, denetim ve gözetimi altında çalışmasıdır.⁹² Oysa hâkimler Anayasa gereği kimsenin emir ve talimatı altında çalıştırılmazlar. Bu nedenle BK 55. maddesine dayanarak devletin yargıçların faaliyetleri nedeniyle sorumluluğuna gitmek mümkün değildir.

İkinci görüş ise, yargısal faaliyetin devlet adına ve onun organı olarak yürütülmesi karşısında yargıcın faaliyetleri nedeniyle devletin sorumluluğunun Medeni Kanun'un "*Organlar, hukukî işlemleri ve diğer*

⁸⁸ R. Sarıca (1949), *İdari Kaza*, C.I, s. 205.

⁸⁹ Bkz., İ. H. Karafakih (1956), "Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyetleri", *AÜSBFD*, C. XI., S. 3, s. 39, 46.

⁹⁰ M. R. Belgesay (1960), "Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti", *AD*, C. 51, s. 343, 346, O. Özdeş (1971), "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet", *DD*, S. 2, s. 9, 16; A. Kılıçoğlu (1973), "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", *AÜHF*, C. XXX, s. 233, 266; Berkin, 183; Aydınalp, 252.

⁹¹ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6., s. 826; Yargıtay 4 HD, 22.2.1999, 9027/1342, YKD. 1999/7, s. 915.

⁹² BK 55. maddesinin uygulanması halinde devlet istihdam eden olarak gereken özene gösterdiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilir. Oysa bilindiği üzere kamu hukuku kuralları uygulandığında, devletin kusursuz sorumluluğuna da gidilebilmektedir.

*bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar” hükmüne*⁹³ dayandırılabilceğini ileri sürmektedir.⁹⁴ Burada ileri sürülebilecek bir tez, bir kamu hizmeti yerine getiren yargı organlarının faaliyetlerine özel hukuk değil, kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiğidir. Buna karşı ileri sürülen bir görüş, kamu kurumlarının sadece kurumun teşkilatı ve işleyişi açısından kamu hukuku kurallarına tabi olacağı, özel kişilerle devletin ilişkileri açısından Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir sorun bulunmadığıdır.⁹⁵

Kanımızca, devletin yargı faaliyetlerinden doğan sorumluluğunu Medeni Kanun’un 50. maddesine dayandırmaya hukuken bir engel yoktur. Ancak devletin yargı faaliyetlerinden sorumlu tutulmasının başka anayasal güvenceleri ihlal edip etmeyeceği de tartışılmalıdır.

Fonksiyonel açıdan yargı faaliyetlerinden dolayı devletin sorumlu tutulamayacağına ilişkin öğreti⁹⁶ ve yargı kararlarına⁹⁷ hâkim olan görüşün iki önemli dayanağı vardır. Bunlardan birincisi, Anayasa’nın 138 vd. maddelerinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı güvencesinin yargılama faaliyetlerinin dava konusu olması halinde zedelemeyeceği düşüncesidir.⁹⁸ İkinci önemli dayanak ise hâkimlerin yargılama faaliyetlerine karşı öngörülmüş olan kanun yollarının böyle bir ihtiyacı anlamsız kılacağı,⁹⁹ hatta kesin hükümlerin yeniden ele alınarak tartışma konusu yapılması ve yanlış karar verildiğinden bahisle Devletin tazminatla sorumlu tutulmasının, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesine de aykırı olacağı düşüncesidir.¹⁰⁰

Devletin yargı faaliyetlerinden idari faaliyetler gibi sorumlu olmasının zorunlu olarak yargıçlık güvencesini tehlikeye atacağı doğru değildir. Bir kere, yargı faaliyetlerinden doğan zarar çoğu durumda

⁹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 50. Aynı konu 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 48. maddesinde de düzenleniyordu. Devletin doğrudan sorumluluğunu savunanlar genelde bu hükme dayanmaktaydılar.

⁹⁴ Berkin, 188; Belgesay, 346; Kılıçoğlu, 266.

⁹⁵ Belgesay, 344.

⁹⁶ T. Tan ve Ş. Gözübüyük (1999), *İdare Hukuku –İdari Yargılama Hukuku*, C.2, (Turhan: Ankara), s. 296; Özdeş, 9.

⁹⁷ Yargıtay HGK, 14.1.1976, E. 1975/5, K. 1976/4 ve 14.1.1987, E. 1986/1, K. 1987/1

⁹⁸ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6. s. 826, 829; Belgesay, 345; Aydınalp, 236.

⁹⁹ Kılıçoğlu, 235.

¹⁰⁰ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6. s. 830.

yargıcın kusurundan kaynaklanmaz. Örneğin, davanın yargıcın kusuru dışında, vakanın karmaşıklığı nedeniyle uzaması nedeniyle kişinin zarara uğraması durumunda, yargıç tamamen hukuka uygun da davransa kişinin zararının doğmasına engel olamamış olabilir. Bu nedenle ödenen tazminatın yargıca rücu edilmesi gibi bir sorun bu gibi durumlarda söz konusu olmayacaktır. Öte yandan yargıcın kusuruyla doğan zararlarda da yargıcın rahat çalışabilmesi için zararın yargıca rücu edilmesi yasaklanabilir ya da çok sıkı şartlara bağlanabilir ki bu durum devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmasının yargı faaliyetlerini olumsuz etkileme ihtimalini ortadan kaldırır.

Yargı faaliyetlerinden doğan zararların kanun yolları kullanılarak giderilmesi ve bunun kesin hüküm olarak tekrar tartışmaya açılmaması gerektiği iddiası da ayrıca incelenmelidir. Gerçekten de yargılama faaliyetinden kaynaklanan bir aksaklık kanun yolları ile giderilebilecektir. Hatta doğrusu da budur, aksi takdirde ortada kesin bir hüküm bulunan hallerde, zarar gördüğünü iddia eden kişi bu kesin hükmün tekrar yargılanması yolunu açar ki, bu hukuk sistemimiz açısından kabul edilemez bir durumdur. Ne var ki, bu yazının konusunu oluşturan telefon dinleme vakası, bu tezin her zaman için geçerli olmadığını açıklıkla ortaya koymaktadır.¹⁰¹ Yargı tarafından verilen bazı kararlar, hakkı ihlal edilenler tarafından zamanında öğrenilemediği için bu kararlara karşı kanun yoluna başvurmak ve söz konusu zararı ortadan kaldırmak mümkün olmamaktadır.

Kaldı ki, zarar gören taraf haberdar olsa bile bazı yargı faaliyetlerinden doğan zararların kanun yollarına başvurmak yoluyla giderilmesi mümkün değildir. Çoğu durumda yargılamanın sebep olduğu zararın nedeni olan olaylarla, kesin hükmün konusunu oluşturan olaylar örtüşmez.¹⁰² Bu açıdan bir Danıştay kararı ilginçtir. Sözü geçen davada davacı, maliki olduğu ve içerisinde alt kiracısının ölü bulunması nedeniyle mühürlenene evin, gereksiz biçimde uzun süre mühürlenerek kapatılması nedeniyle mahrum kaldığını ileri sürdüğü kira gelirinin yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle dava açmıştır. Danıştay 10. Dairesi dava konusunun bir yargı faaliyeti olduğu gerekçesiyle davanın reddi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰³ Oysa bu davada davacı lehine

¹⁰¹ Benzer olarak bkz., Karafakih, 41; Belgesay, 347-348.

¹⁰² Kılıçoğlu, 234.

¹⁰³ Danıştay 10. D. 15.06.1995, E. 1994/557, K. 1995/3190, DD. 91.

hükmedilecek tazminatın, adam öldürme davasına ilişkin verilen adli mahkeme kararlarına etki etmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak, Devlet, Anayasa'daki diğer güvenceler ihlal edilmediği takdirde Medeni Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulabilecektir. Telefon izleme ve denetlemeye ilişkin kararlarda da bu ilkelerin ihlali söz konusu olmadığından devlete karşı dava açılması mümkün görülmektedir.

İdari Faaliyet Olarak İzleme ve Dinleme

Buraya kadar yapılan tartışma, iletişimin denetlenmesi yönünde verilen yargıç kararının denetleme faaliyetini idari bir faaliyet olmaktan çıkarıp yargısal faaliyet haline getirdiği varsayımından hareket ederek yapıldı. Kanımızca bu varsayım da çok doğru değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargı fonksiyonun klasik tanımı, hukuk düzeninin ihlal edildiğine dair bir iddianın gerçekliğinin tespit edilmesi ve ihlalin gerçek olması üzerine hukuk düzeninin yeniden tesisi olarak yapılmaktadır.¹⁰⁴ Özellikle idari telefon dinleme faaliyetinde bu unsurların gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir.

Bunun da ötesinde, Azrak'ın çarpıcı bir şekilde ortaya koyduğu gibi yargı ve idare faaliyetleri arasındaki fark sanıldığı gibi büyük değildir.¹⁰⁵ Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasındaki en önemli ve belki de yegâne fark, birincisinin organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merci ve ajanlar tarafından yerine getirilmesidir.¹⁰⁶ Bu farklılığın asli amaçlarından biri kişilere idare tarafından yönelebilecek tehditleri idareden bağımsız bir organa başvurmak suretiyle engellemek veya zararın giderilmesini sağlamaktır.

Danıştay'a göre bir yargı merciinin tesis ettiği işlemin, yargısal değil, idari olduğunu kabul edebilmek için de, söz konusu işlemin bütünüyle idare işleviyle ilgili olması, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılmasına

¹⁰⁴ M. Günday (2003), *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi), s. 11.

¹⁰⁵ Ü. Azrak (1969), "Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", *İÜHFM*, C. 34, s. 129.

¹⁰⁶ Azrak, 155.

ilişkin bulunmaması gerekir.¹⁰⁷ Kanımızca burada incelenmesi gereken konu sürecin bir aşamasında yargı kararının bulunup bulunmaması değil, yürütülen faaliyetin niteliğinin ne olduğudur. Suçları önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetleri özü itibariyle idari bir faaliyettir ve bu hizmetin yürütülmesinde ortaya çıkan kusurlar da hizmet kusuru olarak nitelendirilmelidir.

Bu söylenenler yargıç kararının varlığına bağlanan kolluk tedbirlerinin uygulanması açısından özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, özellikle önleme amaçlı yapılan arama, izleme, dinleme faaliyetleri tam bir idari kolluk faaliyeti olup, Anayasa tarafından korunan temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla, hâkim kararının varlığı şartına bağlanmıştır. Bir başka deyişle, hâkim kararı koşuluna bağlama bu alanlarda idarenin keyfi hareket etmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Ancak, unutulmaması gereken şudur; eğer böyle bir güvence olmasa, bu alanlarda hukuka aykırı olarak yapılacak idari faaliyetler daha sonra idari dava yoluyla ayrıntılı bir yargılama sürecinin konusu olabilecektir. Telefon dinleme vakalarında olduğu gibi idarenin tüm Türkiye’yi kapsayacak kararları mahkemelerden alıp, daha sonra bu kapsamda yapacakları faaliyetlere karşı devlete dava açılmayacağı kabul edilecek olursa, temel hakları güvenceye almak amacıyla getirilmiş olan hâkim kararı şartı, tam tersine temel hak ve hürriyetleri onarılmaz bir şekilde zedelemeye başlayacaktır. Çünkü idare tüm sorumluluğu kararı veren Mahkemeye devredecek, Mahkeme de yargılama faaliyetinde bulunduğu için devlete dava açılmayacak ve bu durumda hak ihlali muhatapsız kalacaktır. Gerek Adalet Bakanı’nın, gerekse yapılan suç duyurularını takipsizlik kararı ile sonuçlandıran Savcının tavrı söylediklerimizi doğrulamaktadır. Bu olayda MİT’in yaptığı gibi Türkiye’deki herhangi bir mahkemeden tüm Türkiye’yi kapsayacak bir karar almak, bu yaklaşımla tüm yargısal güvenceyi yok etmek için yeterlidir. Gerçekten de haberlere göre MİT önce Ankara Ağır Ceza Mahkemesi’nden karar almak istemiş, bunda başarısız olunca Diyarbakır’a yönelmiştir.

Bu konuda Bilgen’in gazete toplatma konusunda verdiği bir örnek, telefon dinleme için de aynen geçerlidir: *“İdarenin emriyle günlük bir gazetenin dağıtımının önlenmesi veya toplatılması mümkün bulunmaktadır. İdare tarafından alınan dağıtımın önlenmesi veya toplatma kararlarının yetkili*

¹⁰⁷ Danıştay 10. D., 20.9.1990, E. 1990/2918, K. 1990/1760, DD., S. 82-83, s. 1001; Danıştay 10. D., 15.1.1992, E. 1991/3500, K. 1992/46, DD., S. 86., s. 584.

hâkim tarafından onaylanmaması halinde ilgililerin zararları devlet tarafından tazmin edilecek ve fakat kararın hâkim tarafından verilmesi halinde açılan ceza davası beraetle sonuçlanırsa ‘adaletin kestiği parmak acımaz’ denilecek ve tazmin edilmeyecektir... Bu çözüm kabul edilmemelidir. ... Mahkemelerin kullandığı egemenlik de ‘kutsal, mistik, metafizik, hukuk dışı ve sınırsız’ olma niteliğini kaybetmiştir.”¹⁰⁸

Bu yazıda tartışılan kararlar Türkiye’de idari kolluk faaliyetinin kusurlu bir şekilde işletilmesine sebep olmuş ve bu kusur Türkiye’de yaşayan herkesin özgürce haberleşme olanağını tehdit edecek düzeye gelmiştir. Bu durumun varlık sebebi sadece verilen bir yargıç kararı değil bir bütün halinde bu hizmetin kötü işlemesidir. Takip sürecinin bir aşamasında yargının devreye girmiş olması faaliyetin niteliğini değiştirmez.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, biz devlet aleyhine herkesin iletişimini izlemeye yönelik faaliyetlerinden dolayı tam yargı davası açılabileceğini düşünüyoruz. Bu alternatiflerin kabul edilmemesi halinde ise AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM’ye başvurmak mümkün olacaktır.

Sonuç

Son dönemde üst üste gelen haberler Türkiye’de idarenin özel hayata yoğun ve keyfi bir şekilde müdahalesinin örneklerini sunmaktadır. Türkiye’de her yıl milyonlarca insanın iletişimi izlenmekte, onbinlercesinin ise iletişimi dinlenmekte ve kaydedilmektedir. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe girinceye kadar hukuki dayanağı olmaksızın yürütülen bu faaliyet, şimdilerde Mahkemelerden genel ve soyut nitelikli kararlar alınmak suretiyle devam ettirilmektedir. Bir şeyler yapılmazsa aynı uygulamanın, güvenceleri ciddi bir şekilde budayan 5397 sayılı Yasa döneminde de devam edeceğine şüphe yoktur.

“Büyük Birader” ısrarla bizlere telefon dinlemenin faziletlerini açıklarken,¹⁰⁹ aslında bizden BBG evinden çıkmamamızı talep etmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁸ P. Bilgen (1995), *İdare Hukuku Ders Notları, İdari Yargıya Giriş*, İstanbul, s. 374’den aktaran, Aydınalp, s. 246.

¹⁰⁹ Büyük Birader terimini geniş anlamak gerekir. Gerçekten, yöneticilerin iletişimi

Dünyada ve özellikle Türkiye’de artan şiddet olayları, önümüzdeki günlerde bu faziletleri daha da yoğun bir şekilde hissettirecektir. Bu yazı bir kez daha hukuka bağlı kalınarak da bu faziletlerden yararlanmanın mümkün olduğunu savlamaktadır. Ne var ki, bu sav bugüne kadar *“Büyük Birader”*’in gözetiminden çıkmak için yeterli olmamıştır.

“Büyük Birader”’in gözetiminden çıkışın tek yolu iletişiminin izlendiğini kanıtlayamayanların etkili bir hukuk mücadelesi vermesi, yani devletten tazminat istemesidir. Böyle bir talebin hukuken geçerlilik kazanabilmesi üç şartın varlığına bağlıdır: 1. Telefonunun dinlendiğini kanıtlayamayanların da genel nitelikli dinleme ve izleme kararlarının mağduru olduğunu ortaya koymak, 2. İdarenin haberleşme hürriyetine yaptığı bu müdahalenin hukuka aykırılığını kanıtlamak, 3. İhlalin giderilmesi için etkili hukuk yollarını kullanmak. Biz, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, her üç şartın da güncel izleme haberleri açısından mevcut olduğunu düşünüyoruz.

Tabii bir alternatif daha var. *“Winston: Ama olsun, her şey yolundaydı, çekişme son bulmuştu. Kendisine karşı zafer kazanmıştı. “Büyük Birader”i seviyordu.”*¹¹¹

izlemenin ne kadar gerekli olduğuna dair açıklamalarının yanında, son telekulak skandalının ardından söz konusu faaliyeti meşrulaştırmak için yapılmış şu haberler gözden kaçmamıştır: *“Hepsi Reis’e hayran”* (Sedat Peker’in özel görüşmelerinin yayımlandığı haber), *Milliyet*, 05.06.2005; *“İzlemeye Takıldılar”* (İstanbul Emniyeti’nin İzlemesine takılan üç terörist hakkında haber), *Halka ve Olaylara Tercüman*, 8 Haziran 2005. İkinci haber şu ifadeleri içermektedir: *“Telefonda teknik izleme”*’nin son ödülü İstanbul’da alındı.”

¹¹⁰ Burada üzülererek belirtelim ki, Büyük Birader bu faaliyetinde fazlasıyla başarılıdır. Bu çalışma dolayısıyla ziyaret ettiğimiz internet forumlarında katılımcılar ezici bir şekilde MİT ve Emniyet tarafından takip edilmekten hiç çekinmediklerini, bundan çekinenlerin bölücü ve teröristler olduklarını ifade etmişlerdir.

¹¹¹ Orwell, 239.