STRAZBOURG İÇTİHATLARINDA, TÜRK VE FRANSIZ HUKUKLARINDA TELEFON DİNLEMELERİ

Yrd. Doç. Dr. Ömer ANAYURT (*)

I- Haberleşmenin Gizliliği Hakkı Bağlamında Telefon Dinlemeleri

Son yıllarda teknolojik alandaki baş döndürücü ilerlemeler kuşkusuz insanın hayat şartlarını göz kamaştırıcı bir biçimde değiştirmekte ve geliştirmektedir. Ne var ki, bu gelişmenin insanoğluna sunmuş olduğu yararlara karşılık menfî sonuçları ve sosyal maliyetini de göz ardı etmemek gerekir.

Teknik alandaki ilerlemelerin insan hakları üzerindeki tehdit ve tehlikeleri, her geçen gün kendini daha da belirgin bir biçimde hissettirmektedir. Özellikle, kişi hürriyetlerine yönelik ihlâller günümüzde, gelişen teknolojiyle daha da yoğunluk kazanmıştır. Denilebilir ki kişi hürriyetleri arasında yer alan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı, bugünün teknolojisiyle düne göre daha kolay ihlâl edilebilmektedir. Telekomünikasyon alanındaki gelişmeler ile fertlerin **özel alanına** bugün kolayca girilebilmekte ve en mahrem bilgileri öğrenilebilmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkının bileşenlerinden biri olan haberleşmenin gizliliği hakkı, fertlerin bir iletişim aracıyla (mektup, telefon, telsiz, faks, elekronik haberleşme - e mail v.b.) duygu ve düşüncelerini, başkalarınca öğrenilme ve kayıt altına alınma endişesi taşımadan iletebilmesidir.

(*) **Sakarya Üniversitesi, İ.İ. Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.**

Kural olarak telefon dinlemeleri, haberleşmenin gizliliği hakkının tipik bir ihlâlini teşkil etmektedir. Bu ihlâl başlıca üç kaynaktan gelebilir: Fertler tarafından, idarî makamlardan ve yargı merciilerinden. Fertlerden doğan telefon dinlemeleri ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş ve böylece fert orijinli haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlâllere karşı bu hak mutlak koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Telefon dinlemeleriyle ilgili sorunların çoğu, idarî (les écoutes administratives) ve yargısal dinlemeler (les écoutes judiciaires) alanında görülmektedir. Kuşkusuz bugün her ikisi bakımından da böylebir tedbire başvuru zorunluluğuyla karşı karşıya bulunmaktayız (1). Özellikle ülkenin iç ve dış güvenliği, uyuşturuculuk, kaçakçılık, terörle mücadele, bir takım suçların açığa çıkarılması, sanıkların ele geçirilmesi bakımından telefon dinlemelerinin idarî ve yargı merciilerine kolaylıklar sağladığı ve önemli fonksiyon icra ettiği tartışılmaz ve bu açıdan da haberleşmenin gizliliği, idarî ve yargı makamlarının dokunamayacağı, mutlak bir alan olarak görülemez. Nasıl ki salt hürriyet aşkıyla bunlar görmemezlikten gelinemeyeceği gibi, haberleşmenin gizliliği hakkı da bu yararlar karşısında kurban edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 8/1. maddesinde *herkes aile, konut, haberleşme ve özel hayata saygı hakkına sahiptir* denildikten sonra 8/2'de, milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik istikrarı, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçların önlenmesi, genel ahlâk ve genel sağlığın korunması ile başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından bir demokratik toplumda zorunluluk teşkil etmesi halinde ve ancak kanunla bu hakka kamu otoritelerince sınırlama getirilebileceği belirtilmektedir.

II- Strazbourg Mahkemesi'nin Telefon Dinlemelerine Yaklaşımı

Strazbourg Mahkemesi (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) *âkid devletlerin ortak anayasa mahkemesi gibidir. Çünkü onların*

---

(1) C. LECLERCQ. **Libertés Publiques,** 2 éd., Litec Paris 1993, s. 186.

egemenliklerinin önemli tezahürlerinden olan yasama fonksiyonu ya da iç hukukun içeriğini belirleme üzerinde bir yargısal denetim icra eder; ***bir çeşit insan hakları anayasası*** *olarak görünen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, âkid devlet hukukunun denetimini gerçekleştirir* (2).

Mahkeme'nin konuyla ilgili olrakşu ana kadar dört kararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 6.9.1978 tarihli **Klass** kararıdır. Bu davada davacılar, Alman Anayasası'nın 10. maddesine göre çıkartılmış olan 13.8.1968 tarihli Kanunun (G 10), bazı şartlar altında, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin gizliliğinin kaldırılmasına imkân tanıdığını, posta gönderilerinin açılması, telefon mesajlarının okunması, telefon konuşmalarının kayıt edilip dinlenmesi konularında bazı kamu makamlarına yetki verdiğini, bunun ise Sözleşmenin 8/1. hükmünde yer alan özel hayatın gizliliği hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Strazbourg Mahkemesi, her şeyden önce, sözleşme metninde telefon iletişiminin açıkça zikredilmemiş olmasına rağmen, bu aracın özel hayatın bir parçasını oluşturduğunu ortaya koyduktan sonra, bu hürriyete kanunla getirilmiş olan sınırlamanın, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayılıp sayılmayacağı sorununu incelemiştir. Konuya, özellikle iki önemli noktadan yaklaşmıştır: Casusluk ve denetim alanındaki teklonojik ilerlemeler ve demokratik toplumu tehdit eden terörizm ile özel hayatın gizliliğinin korunması. Mahkeme, demokratik toplumun korunması konusunda âkid devlete, gerekli gördüğü önlemleri almada bir takdir marjı bırakılması zorunluluğunun altını çizmektedir. Bununla birlikte demokrasiyi koruma gerekliliği ve gerekçesi altında, kanunun, fert hak ve hürriyetlerini ortadan kaldırma aracına dönüşümünün engellenmesi bakımından fertlere gerekli güvencelerin sağlanması gereğini de vurgulamaktadır. Diğer taraftan Mahkemeye göre Alman Kanunu, telefon dinlemelerini bir takım esaslara bağlamaktadır: Ciddî kuşkuların varlığı; başka türlü bilgi ve delil elde etme imkânsızlığı, tedbirin yalnızca ciddî anlamda şüphelenilen şahıslar ve bağlantı içerisinde olduğu ki-

---

(2) Y. MADIOT, **Les Droits de l'Homme,** 2. ed., Masson, Paris 1991, s. 203.

işi-lerle sınırlı oluşu, elde edilen kayıtların yönetimi ve denetimi, bunların incelenmesi ve denetimiyle görevli ve beş milletvekilinden oluşan, Parlementoca seçilen iki organa (komisyon ve komite) yer vermekte, ayrıca da ilgililere, ***a posteriori*** bir yargı yolu tanımakta yani ilgiliye, hakkında uygulanan tedbirin sona erdirildiği andan itibaren yargı denetimini işletebilmesi imkânı sağlamaktadır. İşte bu esaslara dayalı olarak Mahkeme, bu davada idarî makamlara telefon dinleme yetkisi tanıyan kanun hükümlerinin sözleşmenin 8/2 hükmünde yer alan sınırlama sebeplerine uygun düştüğü sonucuna varmıştır (3).

Telefon dinlemeleri konusunda Strazbourg Mahkemesi, ikinci kararını, İngiltere'ye karşı açılmış olan **Malone** davasında vermiştir (4). Davaya konu olan sorunun kaynağı, İngiltere'nin İçişleri Bakanlığınca suçların önlenmesi ve açığa çıkarılması için polise sınırsız olarak telefon dinleme imkânı tanımasına ilişkin yetkilendirmesidir. Mahkeme, bu davada, haberleşmenin gizliliği hakkına müdahalenin ancak kanun yoluyla öngörülmesi (prescribed by law, prévue par la loi) gereğini söyledikten sonra, "kanunun, özel hayata ve haberleşmenin gizliliğine saygı bağlamında kullandığı terimler yeterince açık olmalıdır. Hangi durumlarda ve şartlar altında kamu otoritelerinin bu gizliliği kaldırabileceği yetkisi açıkça gösterilmelidir" diyerek, telefon dinlenilmesine ilişkin polise tanınmış olan bu yetkilendirmenin açık ve belirgin olmadığını, kimleri kapsamına aldığı, hangi durum ve şartlarda ve nasıl uygulanacağına dair bilgiler içermediğini ve böylece "demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü gereği olan kişiye asgari derecede bir hukukî güvence tanınmadığını", dolayısıyla Sözleşmenin 8/2 hükmü anlamında **kanunla öngörülme** şartının gerçekleşmemiş olduğuna karar vermiştir (5).

---

(3) Bk. L. E. PETTITI - E. DECAUX - P.H. IMBERT, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme,** Commentaire Article Par Article, Economica, Paris 1995, s. 313.

(4) 2.8.1984, Série A, N°. 82.

(5) Bk. PETTITI - DECAUX - P.H. IMBERT, age, s. 314; P. WASCHMANN, **Libertés Publiques.** Dalloz, Paris, s. 353.

Strazbourg Mahkemesi'nin bu konudaki diğer kararları ise **Huvig ve Kruslin** kararları olup aynı gün her iki kararla da Fransa, Sözleşmeyi ihlâlden dolayı iki kez mahkûm edilmiştir (6). Bunlardan Huvig davasına konu olan olay da Haute - Marne'da ticaretle uğraşan **Huvig çiftine** vergi kaçakçılığı yaptıkları isnadında bulunulur ve iki gün süreyle telefonları dinlemeye alınır. Kruslin davasına konu olan olayda ise Kruslin adlı şahıs, Terrieux adlı bir kişinin evinde misafir olarak bulunduğu sırada, dinleme altında bulunan bu kişinin evinden yapmış olduğu telefon konuşmasından elde edilen kayıtlar esas alınarak ömür boyu mahkûmiyet cezası alır. Adı geçen şahıslar, telefonlarının dinlenilmiş olması nedeniyle özel hayatlarının gizliliği hakkının ihlâl edildiği gerekçesi ile Sözleşme Organlarını harekete geçirirler. Mahkeme, bu davada yargısal telefon dinleme konusuna açıklık getirmeye çalışmıştır. Fransa, Ceza Usul Kanunu'ndaki (CPP) maddelerde böyle bir yetkinin bulunduğunu ve ayrıca jurisprudansın kararlarıyla da desteklendiğini ileri sürmüştür. Ne var ki Mahkeme, Malone kararındaki ifadelerine yer vererek, telefon-dinleme tedbirinin ancak bir kanun tarafından, bu yöntemin kullanım şart, usûl ve sınırlarının belirlenmesiyle mümkün bulunduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme, Klass ve Malone kararlarında olduğu gibi bu kararlarında da, muhtemel aşırılıklara karşı ne gibi güvencelerin sunulmuş olduğu konusuna özellikle eğilmiştir. Fransız telefon dinleme yönteminin, bu anlamda, fertlere yeterli güvenceler vermediği; çünkü hangi kategori şahısları kapsamına alacağı, hangi suçlarla ilgili olarak ve hangi süre ile uygulanacağı, hangi yöntemlerle kullanılacağı, gibi hususlar bakımından açık ve belirgin hükümler getirmediğini söyleyen Mahkeme'ye göre "bu alanda Fransız Hukuku, yazılı olsun ya da olmasın, kamu otoritelerinin takdir marjlarının kullanım yöntem ve alanı yeterince açıklıktan yoksundur". "Fertler bu yüzden demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğüyle istenilen asgarî derecede hukuk güvencesine sahip bulunmamaktadırlar". Bu durum Sözleşmenin 8. Maddesinin bir ihlâli sonucunu doğurur (7).

---

(6) 24.4.1990, A. N°. 176 - A ve 176 - B.

(7) Ayrıntılı bilgi içinbk., V. BERGER, **Jurisprudance de le Cour Européenne des Droits de l'Homme,** Sirey 3. éd., Paris 1991, s. 252.

Strazbourg Mahkemesi'nin içtihatları telefon dinlemeleri konusundaki jurisprudansını, yeterince açık bir biçimde belirlemeye imkân vermektedir. Her şeyden önce Mahkeme, terörizm tehditleri ve suçlulukla mücadele bakımından demokratik toplumların savunma aracı olarak, kamu otoritelerince telefon dinlemelerinin meşruiyetini kabul etmektedir. Bununla birlikte, demokrasinin bekçisi olan Devlete sunulan takdir marjının, demokratik kurumların yok edilmesi veya tehdit aracına dönüşmesini önlemek için zorunlu bir takım güvencelerin sunulmasını aramaktadır (8). Hukukun üstünlüğü ilkesinin çiğnenmemesi için, telefon dinlemeleri tedbirine ilişkin takdir marjının kullanım yöntem ve sınırlarının ve bu tedbiri gerçekleştirmeye yetkili olan kamu otoritelerinin hangi şart ve durumlarda buna başvurabileceğinin fertlerce kolayca ulaşılabilecek ve açıkça bilinebilecek bir kanunla düzenlenmesi gerekliliğinin altı çizilmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, fert hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından toplanan bilgilerin kullanımı ve gözetim tedbirlerinin objektif bir tarzda denetlenebilmesi için yeterince bağımsız ve tarafsız organların varlığına da büyük önem atfetmektedir (9).

Mahkemenin bu konudaki yaklaşımı aynı zamanda gerçekçi (realistik) yönünün güzel bir örneğini ortaya koymaktadır. Çünkü özel hayatın gizliliği ile kamu güvenliğinin korunması arasında bir denge kurmaya çalışılmıştır. Bu kararların tümünde, hürriyet - düzen ilişkisindeki denge kaygısı açıkça görülmektedir (10).

III- Fransa'da Telefon Dinlemeleri

A- 1991 Tarihli Kanuna Kadar Olan Dönemde

Fransa'da uzun zamandan beri telefon dinleme tedbirine başvurulmaktaydı. İdarî telefon dinlemeleri, 1960 tarihli ve yayımlanmamış bir **M. Debré** sirküleri esas alınarak gerçekleştirilmekteydi. Bunun ise hiçbir anayasal ve kanunî dayanağı bulunmamaktaydı. Kamu otoritelerince, telefon dinlemelerinin olmadığı,

---

(8) PETTITI - DECAUX - IMBERT, age., s. 315.

(9) Ibid., s. 315.

(10) MADIOT, age., v. 209.

zaman zaman söylenmekte (örneğin **G. Pompidou, şunu iyi biliniz ki kapılar dinlemekle devlet yönetilemez** diyerek bu konuda halka güven telkin etmekteydi) ve hatta her içişleri bakanı tarafından bunların kaldırıldığı ifade ediliyordu. Fakat çeşitli raporlar ve araştırma komisyonu incelemeleri bunların varlığını ortaya koyuyordu (11). Zaman zaman resmî ağızlar tarafından, devlet güvenliğine yönelik ihlâlleri önleme zorunluluğundan nâşi bu yola gidildiği açıkça dile getiriliyordu. Ancak, devlet güvenliğiyle hiçbir ilişkini bulunmayan bir siyaset adamı ile bazı gazetecilerin telefonlarının dinlendiği skandalı, Fransa'da bir anda ortalığı karıştırmıştı (12). Aynı şekilde, yargısal amaçlı telefon dinlemeleri de, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (CPP) 81. maddesindeki, sorgu hakiminin, gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla ilgili olarak gerekli gördüğü tüm bilgi vasıtalarına ve işlemlerine başvurabileceğine ilişkin düzenlemesine dayandırılmak suretiyle sıkça yapılmakta ve **Cour de Cassation** da (Fransız Yargıtayı) hile ile elde edilmemiş ve savunma hakları çiğnenmeksizin kullanılmaları halinde tereddütsüz geçerli sayılmaktaydı (13). Ne var ki Yargıtay Ceza Dairesi'nin, 24.11.1989 tarihli kararıyla, sorgu hakiminin izni olmadan kolluk görevlilerince yapılmış olan telefon dinlemelerinin geçersizliğini ortaya koyması, yeni bir tartışmayı daha gündeme taşıyordu.

Aslında Malone kararının hemen ardından, doktrinde **Morange, hiç şüphesiz ki yakın bir gelecekte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Malone kararında İngiltere'ye yönelik eleştirilerine, Fransa'nın da maruz kalacağı açıktır** sözleriyle (14), Fransa'yı bu konuda bir hukukî düzenlemeye gitmeye davet etmekteydi. Gerçekten de, Morange'ın bu düşüncesini açıkladığı tarihten yaklaşık beş yıl sonra, Fransa, Strazbourg Mahkemesi'nce iki kez Sözleşmenin 8. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Bu kararlardan henüz daha bir ay

---

(11) D. TURPIN, **Les Libertés Publiques.** Dunod, Paris 1995, s. 184.

(12) G. LEBRETON, **Libertés Publiques et Droits de l'Homme,** Armand Colin, Paris 1995, s. 261, dn. 28.

(13) Mahkemenin bu konudaki içtihatları için bk. TURPIN, age., s. 185.

(14) J. MORANGE, **Libertés Publiques,** PUF, Paris 1985, s. 157, dn. 92.

geçmeden Yargıtay, bir kararında, yargı merciilerinin telefon dinleme tedbirine başvurulabileceği suçları belirleme yoluna gidiyordu. Bu kararında Yargıtay, bu yola ancak kamu düzenini önemli ölçüde ihlâl eden suçların açığa çıkarılması veya ispataracı oluşturması amacıyla gidilebileceğini ifade ediyordu. Yüksek Mahkeme bu kararda ayrıca, bir adlî kolluk görevlisinin hileli yollardan bilgi elde etmesini ve bunu kayıt altına almasını yasaklıyordu (15). Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle iç hukuku, içtihatla ve Yasama organından önce uyumlu hale getirmenin yollarını arıyordu.

B- Fransız Telefon Dinleme Kanunu

Nihayet Fransa, 10.7.1991 tarihli ve 91-646 sayılı "Telekomünikasyon Araçlarıyla Yapılan Haberleşmenin Gizliliğinin Kaldırılması Hakkında Kanun"la (16) konuyu açıkça düzenleme altına alarak Sözleşmeyle uyumluluğunu sağlama yoluna gitmiştir. Kanun, yalnızca idarî telefon dinlemeleri ya da güvenlik gerekçeli telefon dinlemelerini (les interceptions de sécurité) düzenlememiş, ayrıca Ceza Usul Kanunu'na yedi yeni madde (100'den 100-7'ye) ekleyerek yargısal telefon dinlemelerinin de hukukî rejimini belirlemiştir.

Kanun, 3. maddesinde, idarî telefon dinlemelerine hangi hallerde başvurulacağını sayma yoluna gitmiştir. Böylece bu tedbirin aşırı kullanımını önlemek amacıyla bu uygulamayı belli amaçlara hasretmiştir. Maddede bunlar, millî güvenlik, Fransa'nın ekonomik ve bilimsel potansiyelinin temel unsurlarının korunması, terörizmin, adî ya da organize suçluluğun, 10.01.1936 tarihli Kanunla dağıtılmış olan özel milislerin yahut muharebe gruplarının yeniden örgütlenip faaliyete geçmelerini önlemek bakımından gerekli bilgilerin elde edilmesi amaçları olarak ifade olunmuşlardır. Doktrinde, bazı yazarlarca, maddede yer verilen amaçların oldukça geniş tutulduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür (17)..

---

(15) LEBRETON, age., s. 263 ve dn. 33.

(16) Bk. **JO.**, 13.7.1991.

(17) J. ROBERT - J. DUFFAR, **Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales,** Montchrestien, Paris 1993, s. 35.

7. maddede toplanan bilgilerin 3. maddede belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağından söz edilirken 5. maddede, bu bilgilerden ancak 3. maddede sayılan sebeplerden biriyle ilgili olanlarının kaydedileceği (kopyalanacağı) söylenmektedir.

Diğer taraftan Kanun, bu yönteme başvurmaya yetkili makamları da sınırlamak suretiyle, herhangi bir kamu görevlisinin kendi keyfince telefon dinleme veya dinlettirmesine ilişkin uygulamayı önlemek istemiştir. 4. maddeye göre telefon dinleme konusunda ancak savunma, içişleri ya da gümrüklerden sorumlu bakanın veya bunların yetkili kıldıkları şahsın yazılı ve gerekli teklifi üzerine, başbakan, veya onun tarafından yetkili kılınmış iki şahıs izin yetkisini haizdir. Şu halde telefon dinleme tedbirinin uygulanması ancak başbakan veya bu iki kişiden birinin gerekçeli ve yazılı izni ile mümkündür. Diğer taraftan iznin geçerlilik süresi dört ayla sınırlanmıştır. Fakat bu süre aynı şekil ve süre şartlarında yenilenebilir (m. 4, 6, 11). Belirtelim ki dinlemeye ilişkin izin kararında aynı anda dinlemeye alınacak olanların maksimum sayısının da belirtilmesi gerekmektedir. Bir başka önemli husus ise Kanunun 9 ve 12. maddelerinde yer almaktadır. Buna göre, yapılan kayıtlar on günlük sürenin sonunda yok edilecektir. Fakat, eğer konuşmalar Kanunun 3. maddesinde belirtilen amaçların gerçekleşmesi bakımından gerekli değillerse kayıtların derhal yok edilmeleri gerekir. Her bir kayıt ve imha işlemleri tutanakla yapılır.

Kanun, telefon dinlemeleri konusunda bağımsız bir idarî otoritenin denetim ve gözetimine de yer vermektedir. Yani, kanun hükümlerine uyulmasını gözetlemekle görevli bağımsız bir organ getirmektedir. Bu organ (CNCIS - Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité - Güvenlik Gerekçeli Telefon Dinlemeleri Millî Denetim Komisyonu) üç üyeden oluşmaktadır. Yargıtay Başkanı ile Danıştay Başkan Vekili'nin birlikte oluşturdukları dört kişilik bir liste üzerinden, Devlet Başkanınca, altı yıllık bir süre için seçilen bir başkan ile, Millet Meclisi Başkanınca, yasama süresi boyunca seçilen bir milletvekili ve senato başkanınca her bir kısmî yenilenmeden sonra seçilen bir senatör. Bu üç üye yeniden seçilemezler.

Komisyon başkanı, başbakanın gerekçeli izin kararını kırksekiz saat içerisinde alır. Eğer kararın hukuka aykırılığı konusunda şüpheye düşerse en kısa sürede Komisyonu toplar. Eğer Komisyon, iznin Kanun hükümlerine uygun olmadığı sonucuna varırsa yedi gün içinde (başbakanın gerekçeli kararının geldiği tarihten itibaren), başbakana, tedbirin uygulanmamasını tavsiye eder. Diğer yandan Komisyon, kendi girişimi yahut doğrudan ve kişisel bir çıkarı olan şahsın istemi üzerine telefon dinlemelerinin kanuna uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetler ve gerektiğinde uygulamaya son verilmesini tavsiye eder. Yani, Komisyonun denetimi, yalnızca başbakan kararıyla sınırlı değildir (BK. m. 15 ve 17).

İdarî telefon dinlemeleri konusunda Kanunun en fazla eleştirilen yönlerinden biri de, Komisyonun bir kanun dışı dinleme olduğu görüşündeyse, buna son verilmesini isteme yetkisinin olmayıp, sadece tavsiye niteliğinde görüş belirtebilmesine ilişkin düzenlemesidir. Başka bir deyişle, Alman Kanunu'nun tersine, Komisyon, kanuna aykırı dinlemeyi tespit etmesine rağmen, başbakan bunu sürdürebilmekte serbesttir. Ayrıca da, yine Alman Kanunundaki bağımsız denetim organında muhalefetin temsiline de yer veren hükmün Fransız Kanununda bulunmayışı, eksiklik olarak değerlendirilmektedir (18).

Strazbourg Mahkemesi, aslında Kruslin ve Huvig kararlarında daha ziyade yargısal telefon dinlemelerine yer vermiştir. Çünkü konu, özelde bu nitelikteydi (19). Mahkeme bu kararlarda yukarıda da değinildiği üzere Fransız sisteminin hangi şahıslar hakkında yargısal amaçlı telefon dinleme yoluna gidilebileceği, hangi suç türlerine karşı, hangi süre ile gidileceği, kayıtların nasıl tutulacağı, orijinal şekliyle ve tam olarak hakime nasıl ulaştırılacağı, kayıtların kullanımından sonra nasıl yok edilecekleri... gibi konularda hiçbir açıklık bulunmadığı ve fertlere yeterli güvenceler vermediği ve böylece fertlerin, "demokratik bir toplumda hu-

(18) Bk. WASCHMANN, age., s. 355-356; LEBRETON, age., s. 263.

(19) Klass ve Malone kararlarında ise konu özelde idarî telefon dinlemeleri üzerinedir.

ukun üstünlüğüyle istenilen asgari derecede bir koruma ve güvenceye sahip olmadıklarını" tespit etmiştir.

İşte bu nedenle Kanun, yargısal telefon dinlemeleri konusunda da hükümler göstermektedir (CPP'ye yedi madde ekleyerek). Her şeyden önce yalnızca cezaî alanda ve sorgu hakiminin emriyle ve onun denetim ve gözetiminde telefon dinlemelerine gidilebilir. Bu tedbire bütün suçlar bakımından değil en az iki veya iki yılı aşkın hapis cezası gerektiren suçlar için başvurulabilinir. Hakimin gerekçeli ve yazılı emrinde ayrıca bu koruma tedbirinin uygulama süresi de belirlenecektir ki bu süre dört ayı geçemez ve aynı şart ve süreyle uzatılabilir. Herbir dinleme, kayıt ve yazılım işlemi sorgu hakimince veya onun tarafından yetkilendirilen bir kolluk görevlisince bir tutanakla alınır. Bunlar mühürlenir ve süre bitiminde de aynı işlemlerle yok edilir, dosyalar boşaltılır. Bu hükümlerle yargısal telefon dinlemeleri de açıkça hukukî temelini bulmakta ve belirgin olarak düzenlenmiş kurallar çerçevesinde kullanılabilmektedir. Böylece haberleşmenin dokunulmazlığı ve daha genel anlamda özel hayatın gizliliği hakkı keyfilikten kurtarılarak güvenceye kavuşturulduğu söylenebilir (20).

IV- Tür Hukukunda Durum ve Öneriler

1982 Anayasası, "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" ana başlığı altında, bu hakkın üç bileşenini de ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. 20. maddede "özel hayatın gizliliği", 21. maddede "konut dokunulmazlığı" ve 22. maddede de "haberleşme hürriyeti"ne yer vermiştir.

Anayasa'nın 22. maddesinin 1. fıkrasında herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu söylendikten sonra ikinci fıkrasında haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hükme bağlanmış ve 3. fıkrasında bu hakka ilişkin müdahalelere değinilmiştir. Buna göre *kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.* Millî Güvenlik Kon-

(20) LEBRETON, age., s. 264.

seyi tarafından maddeye sonradan eklenmiş olan son fıkrasında ise haberleşme hürriyeti ve gizliliğine ilişkin istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda gösterileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere Anayasa'nın 22/3 hükmünde, herhangi bir açık ayrıma yer verilmeksizin her türlü telefon dinlemeleri (ister güvenlik gerekçeli - idarî telefon dinlemeleri, ister yargısal amaçlı dinlemeler olsun), hakimin ön iznine gerek olduğu, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciilerce istisnaen bu yolda emir verilebileceği söylenmektedir. Dolayısıyla telefon dinlemeleri konusunda idarî otoritelere doğrudan yetki tanınmamıştır. bu yetki, hangi türde ve hangi makam tarafından yapılacak olursa olsun hâkime aittir.

Diğer yandan, bu tedbirin uygulanması bakımından Anayasa kanuni bir düzenlemeye atıfta bulunmaktadır. Başka bir deyişle hangi durumlarda, hakimin izni altında telefon dinleme tedbirine gidilebileceğini kanun gösterecektir. Oysa hukukumuzda, bu anlamda ne bir kanunî düzenleme ve hatta ne de açıkça bir kanun hükmü yer almaktadır. Gerçi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 91/1'de *sanığa gönderilen mektup vesair mersule ve telgraflara posta ve telgrafhanede el konulabileceği* 91/2'de ise, sanık tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve soruşturma münderecatı önemli görülen mektuplara vesair mersule ve telgraflara da bu yerlerde el konulabileceğinden bahsedilmektedir. Doktrinde de telefon dinlemelerinin PTT'de el koyma tedbirinin bir türü olduğu (21), bu nedenle postada el koymaya ilişkin hükümlerin (CMUK 91 - 92) **kıyasen** (22) yahut **geliştirmeci yorum ilkesi** gereğince (23) telefon dinlemelerine de uygulanması önerilmişse de bu sonucun doyurucu olmaktan

---

(21) N. KUNTER, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8. b., Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1986, s. 676.

(22) Ö. TOSUN, "Ceza Mahkemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme", **İHFM,** 1976, S. 3-4'ten ayrı bası, s. 17 vd; Ö. TOSUN, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri,** C. I, Genel Kısım, İÜHF. Yay., İstanbul 1984, s. 910-911.

zak bulunduğu yine öneride bulunan müelliflerce açıkça ifade edilmiştir (24).

Geçtiğimiz aylarda DGM'nin polis birimlerini telefon dinlemeleri konusunda genel yetkilendirmesinin hiçbir pozitif dayanağı bulunmamaktadır. DGM'nin bu anlamda bir yetkisinin ne anayasal ne de kanunî hiçbir temeli yoktur.

Ülkemizde uzun zamandır kullanılan telefon dinleme tedbirinin (ister idarî birimlerce, ister yargı organlarınca kullanılsın) fertlere hiçbir güvence sunmayan, haberleşmenin gizliliği hakkını tamamen göz ardı eden, hukukî dayanaktan yoksun, keyfi bir uygulama olduğu açıktır. Hukuk devleti, fertlerin endişe ve korku altında yaşadığı, hak ve hürriyetlerinin güvenlik uğruna kurban edildiği bir devlet olmayıp, fertlerin hem güvenlik hem de hürriyet ihtiyacını dengede tutan, hukuk dışı uygulamalara karşı onlara güvence mekanizmaları sunan bir devlettir. Bu nedenle her şeyden önce, konu ister CMUK'da ister özel bir kanunda olsun bütün telefon dinlemelerini içine alacak biçimde açık ve belirgin olarak düzenlenmelidir. CMUK'nun 91. maddesi, bu tedbir bakımından hiçbir zaman yeterli olamayacağı gibi, pozitif hukuk bakımından da telefon dinlemelerine açık bir dayanak oluşturamaz. Mevcut haliyle bu tedbirin uygulanması, **kanunda gösterilen hallerde** haberleşme hürriyetinin ihlâl edileceğini söyleyen Anayasa'nın 22/3 maddesine aykırılığı bir yana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1 hükmünü de açıkça ihlâl etmektedir. Türkiye, bu Sözleşmenin âkid bir tarafı olup ferdî başvuru yolunu da açmıştır. Strazbourg Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatları da ortadadır. Türkiye burada yer aldığı sürece de, bir millî - üstü hukuk düzeni getiren ve **Avrupa Ortak Kamu Düzeni** tesisini amaçlayan Sözleşmenin hükümleriyle iç hukuk kurallarını ve uygulamalarını uyumlu hale getirmek durumundadır. Yakın bir gelecekte Sözleşme organlarının kararlarına muhatap olmayı beklemeden, bu konuda kanunî bir düzenlemeye gitmesi gereklidir. Çağdaş, demoktarik hukuk devletine yakışan da budur...

---

(24) "...Kanımızca konu özel bir düzenlemeye muhtaçtır" (TOSUN, age., s. 912). "Gizli dinleme, bütün gizli dinlemeleri içine alacak bir şekilde CMUK'da açık bir şekilde düzenlenmelidir" (ÖZTÜRK, age., s. 127).

KAYNAKÇA

BERGER, V : **Jurisprudance de la Cour Européenne des Droits de l'Homme,** Sirey, 3 éd., Paris 1991.

KUNTER, N. : **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8, b., Kazancı Hukuk Yay. İstanbul 1986.

LEBRETON, G. : **Libertés Publiques et Droits de l'Homme,** Armand Colin, Paris 1995.

LECLERCQ, C. : **Libertés Publiques,** 2. éd., Litec, Paris 1993.

MADIOTY, Y. : **Libertés Droits de l'Homme,** 2. éd., Masson, Paris 1991.

MORANGE, J. : **Libertés Publiques,** PUF, Paris 1985.

ÖZTÜRK, B. : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti,** DEÜHF Yay., Ankara 1991.

PETTITI, L.E/DECAUX, E/ IMPERT, P.H : **La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire Article Par Article,** Economica, Paris 1995.

ROBERT, J./DUFFAR, J. : **Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales,** Montchrestien, Paris 1993.

TOSUN, Ö. : **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri,** C. I, Genel Kısım, İÜHF Yay., İstanbul 1984.

———— : "Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme", **İHFM** Yay., İstanbul 1976, S. 3-4'ten ayrı bası, 1-19.

TURPIN, D. : **Les Libertés Publiques,** Dunod, Paris 1995.

WACHMANN, P. : **Libertés Publiques,** Dalloz, Paris 1996.