

TEKNİK İLERLEME VE CEZA HUKUKU

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

1) Teknik özellikler :

Yeni teknik cihazların gelişimi ile «özel hayata saygı hakkı»nın bağdaştırılması konusunda, aşağıdaki açıklamalarımızda 1968 tarihli İsviçre kanununa, diğerlerinden daha fazla önem verdik. Sebebi şudur. Bu konu demokratik rejime bağlı memleketlerden alınacak örneklerle daha iyi çözülebilir. Ayrıca İsviçre mehzalı kanunlarımızın getirdiği düzen, İsviçre 1968 kanununun benimsenmesinde bazı kolaylıklar sağlamaktadır. İsviçre kanununun gerekçesinde ses alıcı, nakledici, kaydedici, dinleyici cihazlarla resim çekici ve nakledici cihazların teknik özellikleri üzerinde de durulmuştur: Halen manyetik bantlı o kadar küçük cihazlar yapılmıştır ki bunları bir cepte saklamak ve bobin değiştirmeksizin saatlerce kaydetmek mümkün olabilmektedir. Dolma kalem, kol saati gibi dikkati çekmeyen cihazlar görülmüştür. Ufak bir evrak çantası gibi hazırlanmış, en küçük bir seste çalışan, sessizlik halinde kendiliğinden duran, hiç bir gürültü yapmadan işleyen aletler vardır. Gizli vericiler arasında bir kilometre veya daha fazla uzağa sesi iletenlere, bir kaç saat veya bir kaç gün çalışanlara rastlanmıştır. Vericilerin en kısa dalga üzerine ve ekseriya 60-110 megahertz'de çalıştıkları malûmdur. Bu suretle konuşmalar, küçüklükleri itibarile kolayca yerleştirilen bu cihazlarla, uygun bir mesafede (meselâ bir otomobil içinde) bulunan bir kaydedici aracılığı ile banda geçirilmektedir. Duvarlar ötesinden dinlemek artık güç değildir. Telsiz ve elde kullanılan mikrofonlar ayrı bir özellik gösterir. Telefon görüşmeleri ise bir «dinleme başlığı» geçirmek, bir banda almak suretile dinlenmektedir. Telefon hattı üzerine sadece iki pensle bu aletlerin yerleştirilmesi mümkün olabilmektedir. Telefon hatlarına bu şekilde minyatür vericiler de konulabilmektedir. Bundan başka telefon tellerine yerleştirilmesi zaruretini de kaldıran aletler de vardır. Bunların telefon konuşmasının geçtiği tellerin manyetik alanı için-

de herhangi bir yere konmaları kâfidir. Telefon hattına gizlice yerleştirilen bir başka ahize ile dinlemek şekli de vardır.

Gizli gözetleme fotoğraf cihazları, hattâ gizli televizyon alıcıları arasında cep modelleri yapılmıştır. Bunlar transistör esasına dayanmakta ve pil ile çalışmakta ve istenilen yere gizlice konulabilmektedir. Bu suretle kullanılan alıcı, belli bir mesafedeki tesbit edici cihaza resimleri gönderebilmektedir. Bundan başka, tamamiyle karanlık bir yerde geçenleri, enfraruj ışınları ile tesbit eden aletler de icat edilmiştir.

Özel kişilerin tertipleri, bu teknik araçların halk arasında fazlaca yaygınlaşması «özel çıkarlar adına casusluk» denilmesi mümkün uygulamalara sebep olmaktadır.

İsviçre kanununun gerekçesinde şunlara işaret olunmaktadır: Ses alıcıların, bilhassa küçük dinleme cihazlarının mütemadiyen gelişmesi, nisbeten ucuz olmaları, yakından veya uzaktan, başkaları arasındaki konuşmaları gizlice kaydetmeği mümkün kılmaktadır. Son zamanlarda bu aletlerin satılması ve kullanılması endişeyi gerektirecek derecede yaygınlaşmıştır. Bu suretle teknik gelişme, insan şahsiyetinin mahrem alanı için yeni ve ağır bir tehdit meydana getirmiştir. İnsan vakarına saygıdan yoksunluğa, şöhret veya kazanç hırsı eklenince bu tehlike daha da ağırlaşmaktadır.

İsviçre kanununun gerekçesinde ifade edildiği üzere özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı şu inanca dayanır: Kişi, devletin ve diğer kişilerin özel hayatına sızmalarına karşı korunmazsa, kişiliğini geliştiremez. Bu hakkı korumak, «hukuk devleti» nin görevidir.

2) Anayasa kuralları :

Anayasamıza (15) göre «özel hayatın gizliliğine dokunulamaz». Uygulamada bu Anayasa kuralının gereklerine uyulduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasaya göre (17) «haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz». Uygulamada «teknik dinleme» adı altında yetki istenmesine, ancak bazı resmî araştırmalarda ve sadece ilerde adliyeye intikalinde ibrazı lüzumlu görülen hallerde rastlanmaktadır.

Gizli dinleme ve kayıt uygulamasının memleketimizde hem hukukî, hem de teknik açıdan bazı tepkilere yol açtığı görülmektedir.

Bu iki yönlü tepkiyi birer örnekle daha berrakca açıklamak mümkündür :

a) İstanbul Sıkıyönetim Askerî Savcılığına (970/7) İstanbul Teknik Üniversitesi Telekomünikasyon Tekniği Kürsüsünün verdiği mütalâada (16.7.1970) açıklanan kanaat aynen şöyledir: «Bir ses bandındaki seslerin kime ait olduğunu, seslerin sahipleri konuşmaları yaptıklarını kabul etmedikleri müddetçe, fennî bir şekilde ve itiraz kabul etmeyecek tarzda (parmak izinde olduğu gibi) tesbit etmeye henüz imkân yoktur. Bu konu üzerinde batı memleketlerindeki çalışmalar da henüz olumlu sonuç vermemiştir».

b) Ankara Birinci Sorgu Hâkimliğine (969/593) bilirkişi sıfatı ile verdiği mütalâasında Doçent Dr. Nevzat Toroslu şu kanaatini açıklamıştır: «Dosyanın tetkikinden konuşmaların nasıl bir teknik ile dinlendiği anlaşılammakta ise de konuşanların bilgisi dışında bir dinlemenin bahis konusu olduğu aşikârdır. Bu çeşit uygulamaların Usul Kanunumuzun dayandığı esaslar bakımından meşru olup olmadığı üzerinde durulmak lâzım gelir. Ceza Usulünde her çeşit delil mahkemeye arzolanabilir. Fakat bir mahkemece «delil telâkkisi» ayrı bir konudur. Gayrı meşru usullerle elde edilen delillerin telâkkisi mümkün değildir. Hiç kimse tesbitine rıza göstermediği bir beyanı ile sanık olarak sorumlu tutulamaz. Aksi takdirde bu hal «sanıkların susma» hakkına aykırı düşerdi. Her ne kadar talepname ve fezlekedede «Teknik Dinleme» (!) için daha evvel mahkemededen karar alındığından bahsedilmekte ise de böyle bir karara veya suretine dosyada tesadüf edilememiştir. Böyle bir karar mevcut ise bunun arama kararları verilebilmesi için aranan şartları haiz olup olmadığının incelenmesinde zaruret vardır. 26-28 Mayıs 1970 tarihinde Lahey'de toplanan Avrupa Adalet Bakanları 6. Konferansına Türkiye Adalet Bakanı da katılmış ve karar metnine memleketimiz adına iltihak etmiştir. Bu konferansda rızasız dinleme tatbikatı ve özel hayata bu çeşit sızmalar reddedilmektedir. Bu durum dosyada mevcut Bakanlığın takip izni açısından da önemlidir. Meşru olmayan yollarla elde edilen delillerin mahkemelerce kabul edilmemesi gerekir».

3) Bakanlar toplantısı :

Lahey'de toplanan Avrupa Adalet Bakanları 6. Konferansına Türkiye Adalet Bakanı da katılmış ve bu konuda karara iltihak etmiştir. Konferans kararında şu fikirler yer almaktadır:

— İlmî ve teknolojik gelişmenin sonucu olan öyle yeni cihazlar yapılmıştır ki bunların kullanılması «özel hayata saygı hakkı»nı, şimdiye kadar rastlanmayan bir derecede, tehdit etmektedir. Bu yeni durumu karşılamak ve ister devletten, ister kişilerden gelsin, özel hayata sızmaları önlemek üzere, medenî hukuk ve ceza hukuku sahasında yeni kanunlara ihtiyaç vardır. Bu problem bütün Avrupa Devletlerinde kendini gösterdiği için milletlerarası bir iş birliğine de gidilmelidir.

Birleşmiş milletlerde, hukuk komisyonu, dinleme cihazları konusundaki mevzuatı incelemeğe ve bir rapor hazırlamağa memur edilmiştir (Document no. 2226, 26 avril 1967).

4) İnsan Hakları Komisyonu :

1970 yılında İnsan Hakları Komisyonuna, kendi memleketi aleyhine müracaat eden Avusturyalı bir sanık, bir başka şahıs ile arasında geçen konuşmayı gizlice tesbit eden bir bantın delil olarak kullanılmıyacağına karar verilmesini istedi. Zira mahkeme, bantların da hakikatın aranmasını kolaylaştıran bir delil olacağına karar vermişti. Sanık ise İnsan Hakları Komisyonuna yaptığı müracaat da şu gerekçeyi gösteriyordu: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre: «Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkına, mesken ve haberleşme (muhaberat) masuniyetine sahiptir». Komisyon, müracaatı kabul etti.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Devletimizin de katıldığı ve gereğinin de yapılması yükümü altına girildiği düşünülürse 8. maddenin yorumu önem kazanır. Bu maddedeki «muhaberat hakkı» kavramına yazılı olmayan haberleşmeler girecek midir? 1970 yılında Brüksel'de toplanan «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hakkında üçüncü milletlerarası toplantı»ya verilen raporda (Troisième colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 30 septembre— 3 octobre 1970 : Rapport de Jacques velu) olumlu sonuca varılmıştır (sh. 52). «Muhabere», «mükâleme» deyimleri şüphesiz, «haberleşme» kadar geniş kavramlar değildir. Fakat kamu haberleşmesi (haber alma hürriyeti) elbette farklı bir kavramdır. Fakat kişiler arasındaki haberleşmeyi dar tutmak için de sebep yoktur. Yukarda adı geçen raporda varılan sonuç şudur: Telefon, telgraf, radyo elektrik veya mahiyeti ne olursa olsun her türlü haberleşmeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi haberleşmeye saygı hakkına dahil sayar. Başkaları arasındaki ha-

berleşmeleri, herhangi bir araçla kasten ele geçirmeğe ilişkin hareketlerin meşru sayılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin gerektirdiği yükümlülükle bağdaşamaz.

5) Hususî hukuk hükümlerinin yetersizliği :

Hususî hukuk hükümlerinin kuvvetlendirilmesi yoluyla sır dokunulmazlığının bu teknik aletlerin getirdiği tehdide karşı korunması mümkün müdür? İsviçre ceza kanununun 179. maddesine yeni hükümler getiren 1968 kanununun gerekçesi Türk hukuku açısından da önemlidir. Bu gerekçeye göre, İsviçre medenî kanununun 28 (= MK. 24) ve borçlar kanununun (= BK. 49) maddesi manevî zararın, tazminat yoluyla tamiri, tecavüzün durdurulması imkânını sağlamaktadır. Nitekim Federal Mahkeme, daha 1918 yılında komşusunun konuşmalarını dinleyen kişiyi tazminata mahkûm etmişti. Bundan başka İsviçre borçlar kanununun 52/3. maddesi, (= BK. 52) bazı şartlar altında, zarar görenin kuvvete bile, başvurabileceğini kabul eder. Zilyedliğin ihlâline karşı İsviçre medenî kanununun 928 ve 929. maddeleri (= MK. 896, 897) bazı dâva haklarını da kabul etmiştir. Bu sebeple, meselâ komşu evdeki konuşmaları dinlemek için bir «duvar mikrofonu» yerleştirmenin bu hükümlere girdiği söylenebilir. Böyle bir dinleme cihazının, bir imalât veya ticaret sırrını öğrenmek maksadilâ kullanılması halinde, «haksız rekabet» ten ötürü bir hukuk dâvası açılması (1943 tarihli İsviçre haksız rekabet kanunu) düşünülebilir. Fakat bütün bu hükümlerin yetersiz kaldığı insan şahsiyetine ağır tecavüzlere rastlanmaktadır.

İsviçre kanununun gerekçesinde, hususî hukuk müeyyidelerinin yetersizliği karşısında, ceza kanunlarının sağladığı korunmanın da yeterli olmadığı sonucuna şöylece varılmaktadır: Rızası olmadan başkasının meskenine dinleme cihazının konulması, kaldırılması, kullanılması için giren kimse İsviçre ceza kanununun 186. maddesindeki (= TCK. 193) «konut dokunulmazlığını ihlâl» suçunu işlemiştir. Kiralayanın, bu maksat ile kiralanana yere girmesi de böyledir. Fakat bu yerlere girmeğe zaten mezun bir kimse dinleme aletini yerleştirmiş ise mesken masuniyeti suçtu meydana gelmiş olamaz. Ender de olsa, dinlenen konuşmanın siyasî, iktisadî veya askerî olmasına göre İsviçre ceza kanununun 272-274. maddelerine ticarî veya sınaî bir sır olmasına göre haksız rekabetin ceza hükümlerine girmesi mümkündür. Buna yaklaşan Türk ceza kanunu ve Türk ticaret kanununda da mevcut bulunmaktadır.

İsviçre kanununun gerekçesinde şu hususa da işaret edilmiştir: «Amerika'da, uzak veya yakın mesafeden, hattâ duvarların ötesinden, konuşulanları dinlemeye veya kaydetmeye yarayan pek küçük cihazların seri halinde imâl edildiği ve satıldığı öğrenilmiştir. Bu uygulamanın pek yakında İsviçre'ye de sızmasından korkmak gerekir. Bu suretle insanın şahsiyet hakları ağır bir ihlâl uğrayacaktır. Hususî hukuk, yeterli bir himaye sağlamış gözükmemektedir». Görülüyor ki İsviçre, diğer memleketlerden evvel, konuyu açık kanun hükümleri ile çözmeği başarabilmiştir.

Diğer yabancı memleketlerde özel kanunlar veya yeni ceza kanunları veya projeleri bu konuda hükümler koymuşlardır:

6) Diğer memleketlerin kanunları :

— 1970 yılında Fransız Hükûmetinin Fransız Danıştayının tetkikine sunduğu bir kanun tasarısı, bir kimsenin rızası olmaksızın, özel hayatına zarar verebilecek bir vesikanın müsaderesini mahkemen isteyebileceğini öngörmektedir. Tasarı herhangi bir cihazla dinleme, kaydetme, radyoda yayınlama suretile söylenen sözleri, özel bir yerde iken çekilen resimleri de kapsamaktadır. Tasarı, mahkemece, bir gazetenin bütün nüshalarının dahi müsadere edileceğini kabul etmektedir.

— 19 nisan 1967 tarihli Alman kanunu projesine göre dinleme cihazlarının yapılması, ithali ve satışı yasaklanmıştır.

— New York Devleti ceza kanunu 1965 yılında değiştirilmiş ve telefon konuşmalarını dinleyici, telgrafları kapıcı, başkaları arasındaki konuşmaları dinleyici cihazları, bu maksatlarla bulundurmaya suç saymıştır.

— Amerikan Hukuk Enstitüsünün (American law institute) Amerikan devletlerinde örnek sayılması maksadile hazırlanan (1962) «model ceza kanunu» nda dinleme ve kayıt cihazlarının kullanılmasının suiistimali cezalandırılmaktadır.

— Norveç ceza kanununun 145. maddesine 1958 yılında yapılan bir ek ile dinleme cihazı, yerleştirilmesi, kullanılması yasaklanmıştır.

— Başkalar arasındaki görüşmelerin dinlenmesi ve kaydedilmesi, 1965 yılında yapılan bir değişiklikle Avusturya ceza kanununun 310. maddesine eklenen hükümle suç sayılmıştır.

— İngiltere, İsveç ve Hollanda da bu konuda hazırlayıcı çalışmalara rastlanmaktadır.

a) 20 aralık 1968 tarihli bir kanunla İsviçre ceza kanunu değiştirilmiştir: İsviçre ceza kanununun 179. maddesine (TCK. 195) şu nitelikte bir hüküm eklenmiştir: Başkaları arasında geçen ve aleni olmayan bir konuşmayı, buna katılanların hepsinin rızası olmaksızın dinleme veya kayıt cihazı ile dinleyen veya kaydeden, kimse cezalandırılır. Bu şekilde elde edildiğini bilen veya bilmesi lâzım gelen bir kimsenin bundan kendine menfaat sağlaması veya başkasına bildirmesi de suçtur. Böyle bir hareket ile elde edildiğini bilen veya bilmesi lâzım gelen bir kimse bantı muhafaza eder veya başkasının onu ele geçirmesini sağlarsa cezalandırılır. Suçun takibi şikâyete bağlıdır.

Bu hükmün gerekçesinde ceza ile korumanın sadece aleni olmayan görüşmelere hasredildiği, aralarında şahsî bir ilişki olmayan bir topluluk önündeki konuşmaların bu hükme girmediği, rızanın suçu kaldırdığı, rızanın sarîh veya zımnî olabileceği bildirilmiştir. Aynı gerekçede, yalnız konuşmaların dinlenmesi veya kaydedilmesinin yasaklanmasının yeterli olamayacağı, bu bilgileri istismar eden veya başkasına duyuran kimselerin de cezalandırılması gerektiğine, bu itibarla müteakip bazı hareketlerin de cezalandırılması lüzumuna işaret olunmuştur. Suçun takibinin şikâyete bağlanmış olması da şöylece açıklanmaktadır: Eğer şikâyet aranmazsa, belki de pek mahrem, kişiye özgü bir alana adlî müdahaleye meydan verilmiş ve aleni celselerde bu belgeler, zarar görenin rızası hilâfına, başkasının bilgisine ulaştırılmış olacaktır.

b) İsviçre ceza kanununun 179. maddesine şu anlamda bir hüküm (1968) eklenmiştir: bir kimse, kendisinin de katıldığı aleni olmayan bir konuşmayı, diğerlerinin rızası olmaksızın kayıt cihazına geçirirse cezalandırılır. Suçun takibi şikâyete bağlıdır.

İsviçre ceza kanunu suçlunun, kendisinin katıldığı veya katılmadığı konuşmalar bakımından bir fark görmüştür. İki çeşit suç arasında cezada fark vardır.

c) İsviçre ceza kanununun 179. maddesine 1968 yılında yapılan bir ilâve ile bir kimsenin rızası olmaksızın, bazı cihazlar kullanarak onu seyrederek veya o kimsenin mahremiyetine dahil olan bir hali bir resim taşıyıcısı ile tesbit ederse cezalandırılır. Suçun takibi şikâyete bağlıdır.

Kanunun gerekçesinde cihazların gizli (bir ayna arkasından, kılıma tesisatına yerleştirilmiş, bir sigara kutusu veya elbisenin bir

tarafına konulmuş cihazlarla) kullanılmasının şart sayıldığı, meşru olan ile olmayan hareketleri hâkimin ayırabileceği, bildirilmektedir.

ç) İsviçre ceza kanunu (1968) PTT idaresinin müsaadesi ile yapılmış bir ilâve tesisatla bir telefon konuşmasının dinlenmesi halini suç saymamaktadır.

d) İsviçre ceza kanununun 179. maddesine 1968 tarihinde yapılan bir ilâve ile, meşru olmayan dinlemelerde veya meşru olmayan ses veya resim kaydında kullanılan teknik cihazların, imali, ithali, ihracı, elde bulundurulması, satılması, başkasına verilmesi, kiralanması, her ne şekilde olursa olsun tedavüle konulması, suç sayılmıştır. Yine aynı hükümle, maddî failin üçüncü kişinin menfaatinde hareket etmesi halinde, bu kişinin de, eğer suç işlendiğini biliyorsa ve önlemek için elinden geleni yapmamış ise, aynı ceza ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Eğer bu üçüncü kişi, kollektif veya komandit şirket veya şahıs şirketi şeklinde bir tüzel kişi ise, suçun cezası, onun adına hareket eden gerçek kişilere verilir.

— Hollanda'da ceza kanununun değiştirilmesi hakkındaki tasarıda (1970 Brüksel toplantısına verilen rapor: L'article 8 de la convention europeenne devant la legislation neerlandaise, L'.T.A.N. et un projet de loi neerlandais, 30 septembre 1970) «teknik cihazlarla meskun bir mahalde veya özel bir mahalde geçen konuşmaları dinlemek», «bunlardan başka mahallerde, fakat gizli olan konuşmaları dinlemek», «teknik cihazlarla telefon muhaberelerini dinlemek», «bu maksatlarla kullanılan teknik cihazları bulundurmak, bunların reklâmlarını yapmak», «bir kimsenin resmini gayri meşru şekilde teşhir etmek, yayınlamak» suç sayılmıştır, fakat aynı zamanda ceza soruşturması ve millî güvenlik açısından bu hükümlere istisnalar konulabileceğine de işaret olunmaktadır.

Nitekim 1970 yılında Almanya'da Karlsruhe Federal Mahkemesi «bazı hallerde telefon konuşmalarının dinlenmesinin gayri meşru sayılamıyacağına», «yaptıkları işlerin Anayasaya aykırı olduğundan şüphelenilen bazı kimseler hakkında başka yoldan delil toplanmasının mümkün olmaması halinde bu yola başvurabileceği, bu tedbirin, şüphelenilen kişi ile ilişkisi bulunan diğer kimselerin telefon konuşmalarına da uygulanabileceği» bildirilmiştir.

7) Doktrin :

Bazı yazarlarca tedbirler şöyle sıralanmaktadır :

— Bazı araçların imâl, ithal ve satışını yasaklamak veya tanzim etmek;

- Bu nitelikteki araçları kullanacak makam veya şahısların kanunla tâyin edilmesi, sayılması;
- Mahkemelerin bu çeşit araçları imha, müsadere yetkilerini arttırmak, bu yetkilerin kullanılmasını kolaylaştırmak;
- Zarar görenlerin tazminat haklarını bir kanun hükmü ile kolaylaştırmak;
- İftira suçunun cezasını arttırmak;
- Cevap (düzeltme) hakkını yeniden tanzim etmek ve bunu radyo ve televizyona teşmil etmek (bk. Juvigny raporu, s. 4).

8) Genel dinleme :

Özel Telekomünikasyon kabul edilmediğinden memleketimiz açısından önem taşımamakla beraber, bir ülkede genel bir dinleme merkezinin kurulup kurulamayacağı üzerinde durulacak bir konudur. 1969 yılında Danimarka'da OTAN'ın emrinde çalışan gizli bir dinleme merkezi ortaya çıkmıştı. Hollanda Parlamentosunda bir milletvekili, Hollanda'da da böyle bir merkezin bulunup bulunmadığını hükûmetten sordu, hükûmet cevap verecek durumda olmadığını bildirdi.

9) Usulsüz delil :

Usulsüz elde edilen delillere ne derece itibar edilecektir. Konunun bu yanı usul hukukunu ilgilendirir. Usulsüz (veya kanunsuz, yahut hukuka aykırı yollarla) elde edilmiş bir delile dayanarak hüküm verilebilir mi? Başkasına gönderilen mektubun, müvezzii tatmin suretile ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olması, şahadetten çekinmiş olan bir şahsın veya müvekkili ile avukatının telefon konuşmasının dinlenmiş, banta alınmış olması hallerinde bunlar delil olarak kabul edilecek midir? Zabıtanın telefon dinlemesi halinde de aynı şekilde düşünmek lâzımdır. Zira en gizli istihbarat işlemi için dahi, icrası halinde mazeret sayılması mümkün bir kanun hükmü (TCK. 49/1) yoktur. Zabıtanın karakolda tertip neticesi bir sanığı hile ile konuşturup gizlice dinlemesi «susma hakkı»na aykırı değil midir? Hâkimin kararı ile yapılması gereken bir aramanın böyle bir karar olmadan yapılması ve bu sırada bir delilin elde edilmesi halinde düşündürücü bir yön yok mudur? Ceza usulünde her çeşit delil getirilebilir, «delil serbestisi» asıldır. Fakat usul kanununda ayrıca «delil telâkkisi» kavramı mevcuttur. Hâkim her delili telâkki edemez.

Bu konuda bazı yabancı memleketlerden örnek vermek mümkündür :

a) «Telefon mükâlemelerinin mahremiyetinin ihlâl edilmemesi hakkı, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (18 aralık 1967): Dâvacının bazı bilgileri telefon ile nakletmekten sanık olarak Kaliforniya mahkemesince mahkûm edildiği, telefon kabinesinin dışına İstihbarat Servisince (F.B.İ) yerleştirilen bir dinleme ve kayıt aleti ile konuşulanların kaydedildiği ve bandın duruşmada dinletildiği, mahkûmiyet kararının İstinaf Mahkemesince tasdik edildiği, İstinaf Mahkemesinin bu çeşit dinlemede dâvacı tarafından işgal edilen yere fiilî bir tecavüzün bahis konusu olmadığını bildirildiği görülmüştür.

Yüksek mahkeme kararı şu gerekçelerle bozmuştur: Eğer bir kimse bir telefon kabinesini kullanırsa mevcut olduğuna inandığı bir sır mahremiyetine hakkı vardır. Anayasa yalnız maddî varlığı olan şeylerin değil, konuşmaların kaydını da müsadere sayar. Esasında Anayasa mahalleri değil, şahısları teminat altına almıştır. Bu sebeple bir mekâna maddî anlamda tecavüz şart değildir.»

b) Amerikan Yüksek Mahkemesine intikal eden bir başka olayda (Revue de la commission internationale de juristes, 1965, n. 2, s. 371) bir sanığın, suç ortağının arabasına ve onun rızası ile verici bir cihazın yerleştirilmesi ve sanığın itimat ederek o arabaya binmesi ve konuşmalar sırasında sanığın suçunu ikrar anlamına gelecek söz sarfetmiş olması, bunların arkadaki polis arabasından dinlenmesi ve kaydedilmesi ve nihayet bu bilgilerin delil olarak mahkemeye arz edilmesi, buna dayanılarak sanığın mahkûm edilmesi hakkındaki karar yüksek mahkemece şu gerekçe il bozulmuştur: Amerikan anayasasına göre, ceza dâvasında her sanığın bir avukatın kendisine yardım etmesini istemek hakkı vardır. Bu bir «avukata sahip olmak hakkı»dır. Sanığa zararlı olabilecek bir ifadenin federal memurlar tarafından, müdafii hazır olmaksızın tesbiti, anayasanın kabul ettiği «müdafie sahip olmak hakkı»nın ihlâlidir.

10) Resmî makamların işlemleri :

Bir çok memleketlerde, resmî makamların suç delili olarak tevdi ettikleri bant ve benzeri şeyleri, mahkemeler tahrifat mevcut olduğu gerekçesi ile red etmektedirler. Bu konuda her memlekette şikâyetler artmaktadır (bk. Rapport de Pierre Juvigny: Les realisations scientifiques et techniques modernes et leurs consequences sur la protection du droit au respect de la vie privée: Bruxelles,

3 octobre 1970). Bu şikâyetlerin bir sebebi de şudur: Modern devlette, idarenin her işlemi yargının denetimi altındadır. Fakat bir kısım işlemlerin bu denetime hukuken tabi saymakla beraber kasten bunun dışında kaldığı bir vakiadır. Bunlar gizli emniyet makamlarının işlemleridir. «Bu makamlar tarafından verilen bantlar, her demokratik cemiyette, yasama, yürütme ve yargılama üzerinde bir baskı silâhı, şantaj aracı halinde kullanılmaktadır» (bk. aynı rapor, s. 4). Emniyet makamlarının yürütmenin emrinde olması hemen her memlekette çekişmelere sebep olmaktadır. Bu konuda yapıcı nitelikteki çalışmalara, özellikle Birleşik Amerika Devletlerinde, İngiltere'de, İsviçre ve Skandinav memleketlerinde rastlanmaktadır. Bu memleketlerdeki çalışmalardan çıkan sonuçlar şunlardır: «Kamu düzeni», «kamu faydası» ne olursa olsun idareye «açığa imza» verilemez, «mahkemeler, anayasaya, hukukun genel prensiplerine dayanarak, bir dosyada mevcut vesikalardan herhangi birini gayri kanunî yollara başvurulmuş olması gerekçesi ile, red edebilirler» (Aynı rapor, s. 6).

Kanunlar, bu teknik araçları kullanabilecek resmî makamları sayması ve sayılan makamların hangi hallerde ve hangi koşullar altında bu yola başvurlarsa bunun meşru sayılacağını kesinlikle tâyin etmelidir (Aynı rapor, s. 6).

Emniyet makamlarının uygulamalarını denetleyecek organların kurulmasında zaruret vardır. Bu konuda adli makamlar denetim makamı olabilirler. Teknik ilerlemenin durmasını istemek mümkün olmadığına göre teknolojinin getirdiği yeniliklerle «özel hayata saygı hakkı» nı nasıl bağdaştırmak gerekeceği hususundaki hukuk yönü çalışmalarına ihtiyaç vardır. Halen teleobjektif, gizli dinleme vesair usullerle, bir insanın bütün hareketlerini gözetlemek mümkündür.

Diğer taraftan devlet bu teknik imkâna, kişilerden daha fazla sahiptir. Bu durum ayrıca ele alınmalıdır. Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu (644) yeni baştan ele alınmalıdır. «Mitçe hazırlanıp Başbakanın onayı ile tekemmül eden talimat» la (m. 9) konulan esasların Anayasa ve diğer kanunlar önündeki hukukî değerinin yeniden incelenmesi zaruri hale gelmiştir. Adli kararlar telefon dinleme hakkında şöyle bir hüküm mevcuttur: «Mahkeme kararı veya acele hallerde CMUK.nun 92. maddesindeki kayıt ve şartlarla konuşmaların kim tarafından dinleneceği yazılı olarak bildirilmek suretile, savcıların verecekleri kararlar üzerine telefon konuşmaları sözü edilen ilgililer tarafından dinlenebilir. Savcılar tarafından veril-

miş olan bu kararın hâkim tarafından tasdik edilmiş olup olmadığı araştırılır. Üç gün zarfında karar tasdik olunmadığı takdirde müteakip konuşmalar dinletilmez» (şehir içi telefon işletme rehberi m. 4). Bu hükmün yolladığı, usul kanununun 92. maddesi sanığa veya sanık tarafından gönderilen mektupların zabtına ait bir hükümdür. Bu itibarla adı geçen rehberin kanunî mesnedi sarîh değildir (bk. Hakkı Demirel, Posta Gizliliği, PTT. Bülteni, 1968, n. 30, s. 10). Görülüyor ki resmî makamların «teknik dinleme» sinin memleketimizde kanunî esaslarının araştırılması ve konunun açık hükümlerle yeniden düzenlenmesi gereklidir.

11) Sonuç :

Sinema bakımından, hususî şahısların ufak makinelerle kendi kendilerine film çekmeleri için elli sene beklemek gerekmiş, buna mukabil ses kayıt eden cihazların herkes tarafından kullanılır hale gelmesi için yirmi sene beklemek kâfi gelmiştir (bk. Communication de Daniel Becourt, troisième colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme, 30 septembre 1970, Bruxelles). Bugün çok uzak mesafelerden teleobjektif ile fotoğraf çekmek mümkündür. Serbest bırakılırsa gizli dinleme cihazlarının sür'atle yaygınlaşması için bir süre beklemeğe dahi lüzum kalmayacak gibidir.

Teknik «eski insan» kavramını değiştirmek üzeredir. Bu itibarla «mahremiyet» den geriye ne kalabileceğini tâyin etmek, zarurî olan ile olmayana ayırmak lâzım gelecektir. Uzay araştırmasına girişebilen bir insanlıkta değişikliğin yüzeyde kalması imkânsızdır. İnsanlığın geleceği bugünden başlamış gibidir.