

Dr. Saadet YÜKSEL

**Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak
Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan
İletişimin Gizliliğine Önleyici
Denetimle Müdahale**

Beta

Yayın No : 2689
Hukuk Dizisi : 1311

1. Baskı – Nisan – 2012 - İSTANBUL

ISBN 978 - 605 - 377 - 713 - 7

Copyright© Bu kitabın bu basısının Türkiye'deki yayın hakları BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı-Cilt : Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti.
Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No: 3 Taksim Beyoğlu/İST.
Tel: (0-212) 249 40 60 (Sertifika No. 13723)
Kapak Tasarım : Gökhan Ayrancı

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

*Sevgili Ağabeylerim Halil Yüksel,
Hakkı Yüksel ve Doç. Dr. Cüneyt Yüksel'e
sonsuz sevgilerimle...*

ÖNSÖZ

Özel yaşamın gizliliği hakkı ve korunması, Türk hukukunda, anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere dair günümüzde en çok tartışılan hususlardan birini oluşturmaktadır. Diğer toplumlarda da, farklı hukuki ve siyasi yapılanmalara rağmen, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin tartışmalar ve kaygılar benzer konularda yoğunlaşmaktadır. İççe geçmiş olan bu hususların açıklığa kavuşturulması aynı zamanda çalışmanın da ortaya çıkış amacı ve kapsamını ortaya koyacaktır. Buna göre, öncelikle özel yaşamın gizliliği hakkına müdahalenin yarattığı hukuki sorunlar kadar, hakkın kavram ve kapsamının açıklığa kavuşturulması noktasında da ortak bir kaygının mevcut olduğu söylenebilir. Nitekim teknolojinin getirdiği değişiklikler ve yaşam ilişkilerinin ve suçla mücadeledeki anlayışın bu yönde farklılaşması hemen her toplumda, farklı hızla da olsa, kendini gösterebilmiştir. Her toplumda, özel yaşamın ve iletişimin gizliliği demokrasi, güvenlik ve bağımsızlık hususlarıyla birlikte tartışılır hale gelmiş ve artan şekilde hukuki düzenlemelerin konusunu oluşturmuştur. Tüm bu özellikleri dolayısıyla, özel yaşamın ve iletişimin gizliliği hakkı sadece ulusal hukukların değil, uluslararası hukukun da üzerinde hassasiyetle durduğu konulardan biri olmuştur. Bu nedenle çalışmada, Türk hukukundaki mevcut düzenlemelere ve uygulamaya yansıyan anlayışa sadece eleştirel gözle bakılmamış; A.B.D. hukuku, Avrupa Birliği mevzuatı ve yargısal düzlemde A.B.D. Yüksek Mahkemesi (**Supreme Court**) ve AIHM yaklaşımıyla paralellik kurularak değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde özgün bir şekilde, özel yaşamın gizliliği hakkına dair tanımlama kaygısından uzak, kavrama yönelik bütünlüklü bir bakış açısı yansıtılabilmek amacıyla, kavrama ilişkin mevcut yaklaşımlar tartışılmıştır. Bu yönüyle hakkın koruduğu temel değerler bağlamında, hakkın kapsamı açıklanmaya çalışılmış ve bu hakkın korunmasında hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği gözler önüne serilmeye çalışılmıştır. Bu yolu izlemedeki temel amaç, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesinin özel yaşamın ve iletişimin gizliliği açısından yarattığı ihlale, mevcut çalışma ve bakış açılarından farklı olarak, anayasa hukukunun hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına dair esaslı unsurları açısından yaklaşımın istenmesi olmuştur. Buna göre, özel yaşamın gizliliği hakkı tek başına olabilmek, kişisel bilgi üzerindeki kontrol imkanı, mahremiyet, kişiye sınırlı ulaşım ve kişisel bağımsızlık yönlerinden ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu hakkın korunmasıyla gözetilen değerler, A.B.D. ve AB yaklaşımı da dikkate alınarak ve hatta kavramsal farklılıklar da açıklığa kavuşturularak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Türk hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizliliği ve denetlenmesi 1961 ve 1982 Anayasası'nı kapsar şekilde, Türk Anayasa hukuku ve iletişimin önleme amaçlı denetimine dair yasal dayanağı oluşturan 5397 sayılı Kanun çerçevesinde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bu bölümde de, A.B.D. ve Avrupa anlayışı iletişimin denetlenmesine dair kullandıkları farklı kavramlar bağlamında, Türk hukukuyla paralellik kurularak analiz edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda özellikle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin türleri olarak iletişimin dinlenmesi, tespiti, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi gerek teorik altyapı gerek uygulama bağlamında incelenmiştir.

Kişisel verilerin korunması üçüncü bölümde özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Zira telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi sonucu elde edilen bilgi "kişisel veri" kapsamında nitelendirilerek; Türk hukukunda özel ve gizli yaşam alanının ve böylece kişisel verilerin kural olarak korunduğu noktasından bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bağlamda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetimi dolayısıyla elde edilen bilginin kişisel veri olarak, kişisel verilerin korunması güvencelerinden yararlanması gerektiği bu bölüm açısından hem bir çıkış noktası hem de yeni yapılacak düzenlemeler açısından bir öneri olarak ortaya konulmaktadır. Korumaya ihtiyacı olanın bilgi mi yoksa kişi mi olduğu bu bölümde irdelenen esaslı meselelerden biridir. Bu bağlamda, Bu bölümde Türk hukukunda kişisel verilerin korunması açısından hassasiyetle göz önünde bulundurulan ve hatta Türk hukuk düzenlemelerine de yansıyan AB'nin ilgili Yönergeleri de ayrıntılı olarak incelenmiştir. Buna göre, kişisel verilerin korunmasına ilişkin, ilgilinin rızasının aranması, veri işleme sırasında ilgilinin bilgilendirilmesi, veri işlemenin gizliliği, veriye ulaşma, veriyi düzeltme, silme, veriye ulaşmayı engelleme, itiraz hakkı ve veri işleme faaliyetinin açıklığı gibi ilkeler gerek AB Yönergeleri gerek Türk hukukundaki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı dikkate alınarak açıklanmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise, Türk hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesinin şartları ve uygulanması ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Önleme amaçlı denetimin kapsam ve türleri, özgün bir şekilde A.B.D. hukukundaki iletişimin denetlenmesi tedbiriyle paralellik kurularak açıklanmıştır. Bu bağlamda, iki hukuk düzeni arasındaki farklılıklar da göz önünde bulundurularak, iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin Türk hukukundaki farklılık veya eksiklikler karşılaştırmalı bir bakış açısıyla yansıtılmıştır. 5397 sayılı Kanun ve TİB'in tedbire yönelik uygulaması, özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına dair önceki bölümlerde oluşturulan hukuki çerçeve dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Tedbirin hukuka aykırı uygulanması ve yaptırımını da idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğu ve ceza hukuku açısından irdelenmiştir.

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi ile ilgili ilkelerin, Avrupa ve A.B.D. yaklaşımındaki ortak ilkelerle düzenlendiği de göz önünde bulundurulursa; önleme amaçlı denetime ilişkin yasal dayanağı oluşturan düzenlemelerin, bu iki yaklaşımın

ve özellikle AİHM'nin benimsediği şekliyle özel yaşamın ve iletişimin gizliliğini sınırlandıracak bir yasa olarak, açıklık ve öngörülebilirlik gibi unsurları karşılayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği başlıca sonuç olarak ifade edilebilir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda savunduğum doktora tezimin böyle bir çalışmaya dönüşmesine değerli eleştiri ve görüşleriyle katkıda bulunan hocalarım Sayın Prof. Adem Sözüer'e, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'na ve Prof. Dr. Serap Yazıcı'ya çok teşekkür ederim.

Çalışmayı hazırlayabilmek için gerçekleştirdiğim literatür araştırmasının bir bölümünü Georgetown Üniversitesi ile International Law Institute'de gerçekleştirdim. Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yaptığım ikinci yüksek lisanstaki yoğun öğrencilik yılımda tamamladığım ve araştırmanın esaslı bölümünü oluşturan süreç ise, çalışmanın literatür taramasıyla sınırlı kalmayan bilimsel zenginlikle ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca iletişimin denetlenmesi konusunda Türkiye'nin yanı sıra A.B.D.'deki ilgili kişi ve kuruluşlardan bilgi alabilme fırsatı yakalamış olmam da, araştırma sürecinin öğretici ve özgün bir şekilde tamamlanmasını sağlamıştır.

Çalışmaya temel teşkil eden doktora tez çalışmasının hazırlanması süreci, çalışmanın son halini alarak bilimsel yayın haline gelmesi kadar verimli ve bir o kadar da zor bir süreçtir. Hem bu sürecin her aşamasındaki desteği hem de bu çalışmayı akademik titizlik ve derinlikle yürütüp sonuçlandırabilmemdeki katkısı için, tez danışmanlığımı da üstlenmiş olan ve aynı kürsüde birlikte çalışarak akademik deneyimini paylaşma fırsatı da bulmaktan büyük mutluluk duyduğum hocam Sayın Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'e müteşekkirim.

Gerek bu çalışmanın ortaya çıkmasında gerek lisans öğreniminden başlayarak öğrencilik yıllarımın ve akademik yaşantımın her adımında eşsiz desteğini esirgemeyen ve bana her zaman yol gösteren değerli hocam Sayın Prof. Dr. R. Füsun Sokullu-Akıncı'ya büyük teşekkürü borç biliyorum. Ayrıca çalışmanın ceza hukuku bölümüne ilişkin okumaları ve yardımı için Ar. Gör. Gülşah Bostancı'ya teşekkür ederim.

Yaşamda herkesin yakalama şansı bulamadığı gerçek arkadaşlığı hissettirerek bu çalışmanın hazırlanması gibi hayatın birçok zor dönemini benim için kolaylaştıran Ar. Gör. A. Elif Ulusu'ya dostluğu için çok teşekkür ederim.

Varlıkları ve sonsuz destekleriyle böyle bir eserin ortaya çıkmasını benim için daha anlamlı kılan sevgili annem Fatma Yüksel ve sevgili babam Mehmet Edip Yüksel'e, kardeşlerim Sibel Yücesoy, Halil Yüksel, Hakkı Yüksel, Mine Tutuk, Serpil Yüksel ve hem kişisel yaşamıma hem de hukukçuluğuyla akademik yaşamıma ışık tutarcasına yardımını esirgemeyen Doç. Dr. Cüneyt Yüksel'e koşulsuz sevgi ve anlayışları için minnettarım.

Saadet Yüksel
İstanbul, 2012

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKI ve KORUDUĞU DEĞERLER

I. ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ.....	7
A. Genel Olarak	7
B. Özel Yaşam Kavramına İlişkin Çeşitli Yaklaşımlar	9
1. Tek Başına Olabilmek Hakkı.....	9
2. Kişisel Bilgi Üzerindeki Kontrol İmkanı.....	16
3. Mahremiyet (Intimacy).....	20
4. Kişiyeye Sınırlı Ulaşım.....	25
5. Kişisel Özerklik / Bağımsızlık.....	27
II. ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ KAVRAMININ KAPSAM İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ	28
A. Özel Yaşamın Gizliliği Kavramının Koruduğu Değerler	28
B. Özel Yaşamın Gizliliğinin Tanımlanması Mümkün mü? Gerekli mi? ...	34
III. ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ AÇISINDAN AVRUPA BİRLİĞİ ve A.B.D. HUKUKUNUN YAKLAŞIM FARKLİLİĞİ.....	35

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN GİZLİLİĞİ VE DENETİMİ

I. KAVRAMLAR	53
A. İletişim	53
B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim	55
C. İletişimin Denetlenmesi	58

II. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ VE İLETİŞİMİN GİZLİLİĞİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	64
A. Özel Yaşamın Gizliliği Bakımından	64
1. 1961 Anayasasında Özel Yaşamın Gizliliği.....	64
2. 1982 Anayasasında Özel Yaşamın Gizliliği.....	66
B. İletişimin Gizliliği Bakımından	74
C. 5397 Sayılı Kanun'un Özel Yaşamın Gizliliği ve İletişimin Gizliliği Hakkının Sınırlandırılması Açısından Değerlendirilmesi	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK.....	87
II. AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİLER	88
A. Avrupa Birliği Yönergeleri	89
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	101
C. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.....	106
III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA DAİR TEMEL İLKELER	111
A. Kişisel Verilerin Kaliteli Olması.....	111
B. Kişisel Verinin İşlenebilmesi İçin İlgilinin Rızasının Aranması İlkesi ...	113
C. Hassas Verilerin İşlenmesi	114
D. Kişisel Verinin İşlenmesi Sırasında İlgilinin Bilgilendirilmesi	117
E. Kişisel Verinin İşlenmesi Sırasında Veriye Ulaşma, Veriyi Düzeltme, Silme, Veriye Ulaşmayı Engelleme ve İtiraz Hakkının Korunması.....	118
F. Veri İşlemenin Gizliliği ve Veri Güvenliği İlkesi	121
G. Veri İşleme Faaliyetinin Açıklığı.....	122
IV. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAĞLAMINDA ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİNE DAİR AVRUPA BİRLİĞİ YAKLAŞIMININ A.B.D. YAKLAŞIMIYLA GENEL BİR KARŞILAŞTIRMASI	123
V. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKININ KORUNMASI BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI	128
A. 1982 Anayasası ve Yürürlükteki İlgili Diğer Mevzuat Bakımından	128
B. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı	133

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN ÖNLEME AMAÇLI DENETLENMESİNİN ŞARTLARI VE
UYGULANMASI

I.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN ÖNLEME AMAÇLI DENETLENMESİNİN AMACI, KAPSAMI VE TÜRLERİ.....	145
A.	Genel Olarak.....	145
B.	İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Amacı.....	146
1.	Polis Bakımından.....	146
2.	Jandarma Bakımından.....	146
3.	Milli İstihbarat Teşkilatı Bakımından.....	147
C.	İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Kapsamı	147
D.	İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Türleri	149
1.	Genel Olarak	149
2.	İletişimin Tespiti	150
3.	İletişimin Dinlenmesi.....	154
4.	İletişimin Kayda Alınması	155
5.	Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi.....	156
E.	A.B.D. Hukukundaki İletişimin Denetlenmesi Tedbirlerinin Türk Hukukuyla Paralellik Kurularak Genel Olarak Değerlendirilmesi..	158
1.	Genel Olarak	158
2.	Elektronik İletişimin Gizliliği Kanunu / The Electronic Communications Privacy Act (ECPA).....	158
a.	Tel İle Gerçekleştirilen İletişimin Dinlenmesine Dair Kanun / The Wiretap Act.....	159
b.	Depolanmış İletişime Dair Kanun / The Stored Communications Act (SCA)	161
c.	Teknik Bilgileri İçeren Kayıtlara Dair Kanun / The Pen Register Act	162
3.	Yabancı İstihbarat Denetimi Kanunu / The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA).....	163
II.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN ÖNLEME AMAÇLI DENETLENMESİNİN KOŞULLARI VE UYGULANMASI..	165
A.	İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Koşulları.....	165
1.	Genel Olarak	165
2.	Tedbirin Uygulanacağı Kişiler.....	165

3. İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanmasıyla Önlenmesi Amaçlanan Suçlar	167
a. Polis ve Jandarma Bakımından	167
b. Milli İstihbarat Teşkilatı Bakımından	170
4. İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanmasında Suç İşleme İhtimali	172
5. İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Tedbirinin Talep Edilmesi ve Karar.....	176
a. Hakimın Kararının veya Yazılı Emrin İçeriği ve Bulunması Gereken Bilgiler	181
b. Tedbirin Süresi	184
B. İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanması.....	188
1. Tedbirin Yerine Getirilmesi	188
2. Gizlilik	190
C. Tedbire Son Verilmesi	191
D. Kayıtların Yok Edilmesi	193
III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN ÖNLEME AMAÇLI DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN VERİLERİN NİTELİĞİ ve KULLANIMI	195
IV. HUKUKA AYKIRI OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN ÖNLEME AMAÇLI DENETLENMESİ VE YAPTIRIMI	199
A. Hukuka Aykırılık	199
B. Tazminat	201
1. Genel Olarak	201
2. İdarenin ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu	202
3. Ceza Hukuku Açısından Sorumluluk	204
4. İdari Denetim	206
SONUÇ	207
KAYNAKÇA	211

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.y.	: yazara ait son zikredilen yer
AB	: Avrupa Birliği
A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: bakınız
bs.	: bası
C.	: Cilt
CIA	: Central Intelligence Agency
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇAŞÖMK	: 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
çev.	: çeviren
Doc.	: Document
DPT	: Data Protection Act
E.	: Esas Numarası
ECPA	: The Electronic Communications Privacy Act/
Ed. by	: editör/yayına hazırlayan
EU	: European Union
FAA	: Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act of 2008
FBI	: Federal Bureau of Investigation
FISA	: Foreign Intelligence Surveillance Act
GSM	: Global System for Mobile Communications

xiv

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği	: Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
IP	: İnternet protokol adresi
Jandarma Kanunu	: 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
K.t.	: Karar tarihi
L. Rev.	: Law Review
L. J.	: Law Journal
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
MİT Kanunu	: 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu
OECD	: Organization for Economic Cooperation on the Protection of Privacy
para	: paragraf
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
SCA	: Stored Communications Act
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TİB Yönetmeliği	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik
t.y.	: basım yeri yok
USA	: United States of America
U.S.	: United States
v.	: versus
v.d	: ve devamı