

# TÜRK VE ALMAN ANAYASA HUKUKLARI AÇISINDAN

## GİZLİ SES KAYDI

Dr. Fazıl Sağlam

### I. Genel Olarak

Gizli ses kaydı sorunu, anayasa hukukumuz açısından yeterince işlenmiş değildir. Özellikle Anayasa Mahkememiz bu konuyu anayasa hukuku açısından ele almamış, ses bandlarının yalnızca bir ispat aracı olarak yeterliliğine işaretle yetinmiştir.

Oysa gizli ses kaydı, ilk plânda anayasa hukukunu ilgilendiren bir konudur. Teknik olanaklar ses bandının gerçeğe yakınlık derecesini tespitte elverişli olsa bile, gizli ses kaydının doğurduğu anayasal sorunlar çözülmüş olamaz.

Gizli ses kaydının anayasal sorunlarıyla ilgili olarak daha geniş bir bakış açısı kazanabilmek için, karşılaştırmalı bir yöntemi yararlı gördük. Bu nedenle, önce Anayasamızı geniş ölçüde etkileyen Alman Anayasa Hukuku'na bir göz atacağız, sonra kendi Anayasa Hukukumuz açısından konuyu inceleyerek genel bir değerlendirmeye gideceğiz (1).

### II. Alman Anayasa Hukuku açısından Gizli Dinleme

Alman doktrin ve içdihatlarında ses bandlarının ispat aracı olarak yeterli olup olmadığı, yâni gerçeği kanıtlamaya elverişli olup olmadığı, hep ikinci plânda ele alınan sorunlardır. Asıl önem verilen konu, ses kaydının insan haysiyeti (Alman Temel Yasası m. 1,1) ve kişiliğini serbestçe geliştirme özgürlüğü (Alm. Temel Yasası m. 2,1) karşısındaki durumudur.

Kişiliği serbestçe geliştirme özgürlüğü insan haysiyetinin içeriği olarak görülür. (2) Bu açıdan her iki hüküm bir bütündür.

---

(1) «Gizli dinleme» sorununu çeşitli yönleri ile inceleyen bir eser olarak bkz. COŞKUN, E., Gizli Dinleme, May Yayınları, İstanbul 1974.

(2) MAUNZ—DÜRIG, Grundgesetz, Kommentar, München/Berlin, 4. Aufl, Art. 2. Abs. I, Rn.1.

Genellikle kabul edildiğine göre, Alman Temel Yasası'nın 2. maddesinin I. fıkrası, kişiye *kendi sözü üzerinde bir hak* tanımaktadır. (3) Başka bir deyişle bu madde kişiye, ağzından çıkacak her bir sözün tespit edileceğinden kuşku duymaksızın, adeta «müsvette yazı yazar gibi» rahatça konuşma hakkını sağlamaktadır. Günümüzde bu hakkı tehlikeye düşüren şey, gizlice yapılan ses kayıtlarıdır.

#### 1. Özel kişilerce yapılan gizli ses kaydı

Burada anayasa hukuku açısından önemli olan nokta, özel kişilerce gizlice kaydedilmiş olan konuşmaların resmî makamlarca bir değerlendirmeye tabi tutulup tutulamıyacağıdır.

Bu türlü ses kayıtları, *kişinin gizli yaşam alanını* (4) ihlâl ettiğinden, hukuka aykırı bulunmakta, ve devlet makamlarınca değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. (5)

14. 6. 1960 tarihli Federal Mahkeme kararı, sorunun «*kişiliği serbestçe geliştirme hakkı*» ile olan bağlantısını çok açık bir biçimde göstermektedir.

«Her düşünce açıklaması, bazan içeriği bakımından (az ya da çok), ama her zaman ses bakımından konuşanın kişiliğini belirtir. Buna göre, sözlerini kimin duyması gerektiğini, bunların kaydedilip kaydedilmeyeceğini... yalnızca konuşanın kendisi tespit edebilir. Sözlerinin ve sesinin banda veya başka bir ses aygıtına alınıp alınmayacağına, alındığı takdirde bunun tekrarlanıp tekrarlanmayacağına ve kimin önünde tekrarlanacağına karar verme hakkı bu kimseye aittir. Çünkü ses bandı üzerinde söz ve ses *konusandan ayrılır ve bağımsız bir varlık kazanır. Böylece insan kişiliğinden bir parça, devredilebilir bir görünüş kazanır.* Bir kimsenin kişilik değerlerine onun rızası dışında başkalarının tasarruf edilmesi... insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Düşüncesizce açıklanmış her bir sözün kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabileceği... bilinci içinde yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur ve sonuçta, insanların birbirleri ile olan ilişkilerini zehirler...»

Ancak Alman Anayasa Hukuku'na göre «*kişiliği serbestçe geliştirme hakkı*» *sınırsız değildir.* Alman Temel Yasası'nın 2, I. maddesi bu hakka

(3) MAUNZ—DÜRİG, Art. 2, Abs. I, Rn. 38.

(4) «Gizli yaşam alanı», Alman Hukuku'nda «insan haysiyeti» kavramı içinde bir unsur olarak ele alınmaktadır.

(5) MAUNZ—DÜRİNG, Art. 2, 1, Rn. 40; BGHZ 27, 284 (Urf. v. 20. 5. 1958); Urf. des BGH v. 14. 6. 1960, in NJW 1960, S. 1580

«başkalarının hakkı», «anayasal düzen» ve «örf ve adet hukuku» gibi sınırlar getirmiştir.

Uygulamada «*nefsi müdafâ*» ya da benzer durumların gizli ses kaydını haklı kıldığı kabul edilmektedir. «*Şantaj*» buna bir örnektir. (6) Bunun yanında iş hayatında telefonla yapılan anlaşmaların banda alınması, kişilik hakkına aykırı görülmemektedir.

## 2. Resmî makamlarca yapılan gizli ses kaydı

Yurttaşların konuşmalarını hileli yollardan banda almak, istisnasız bütün merciler için yasaktır. Bu türlü ses kayıtları, kuşkusuz, yargılamanın hiç bir evresinde değerlendirilemez. Burada istisna söz konusu değildir. (7)

MAUNZ - DURİNG'e göre, ne suça karşı geleneksel korunma mücadelesi ne de anayasanın korunmasını amaçlayan modern istihbarat örgütlerinin gerekliliği, konuşan kimsenin aldatıldığı bir ses kaydını haklı gösteremez. Özellikle herhangi bir savunma hizmetinde ortaya çıkmış olan teamül, anayasa hukuku açısından hiç bir surette nazara alınmamalıdır.

Dava ile ilgili kişilerin son soruşturma sırasındaki beyanlarının, ilerde, karar evresinde yargıçların belleklerini tazelemek amacıyla banda alınması gibi, hukuk yaşamımız içinde oldukça önemsiz görünecek olan bir olayda Federal Mahkeme şu yönde bir karar vermiştir: Gizli ses kaydı yalnızca karar evrinde bellek tazelemek için yapılmış olsa bile, kabul edilemez. İfade bulunan kişinin buna rıza göstermesi şarttır. İfade veren kişinin bilgi ve iradesine bu derece önem verilmesi, (8) konunun genel kişilik hakkı ile olan sıkı bağlantısı yüzündedir. Bunun gibi hazırlık soruşturmasında alınmış olan gizli ses kayıtları da aynı nedenle Anayasa'ya aykırı sayılmaktadır. (9).

«*Hukuk devleti içinde ses kaydının geçerliliği ve kullanma sınırları*» konusunda Mannheim Kamu Sorunları Enstitüsü tarafından 16, 17. Kasım 1956 tarihinde *Weinheim*'de düzenlenen sempozyumun kabul ettiği ilk karar, gizli ses kaydı konusunda Alman Hukuku'nun bugünkü durumunu özetler niteliktedir:

«Gizli ses kaydı, nerede olursa olsun..., hukuk düzenince korunan kişilik alanına bir tecavüz teşkil eder...»

## 3. Haberleşmenin gizliliği

Gizli ses kaydı konusunda Alman Anayasa Hukuku'nda yukarıda açıklanan ilkelerin ötesinde özel bir düzenlemeye de raslıyoruz.

(6) BGHZ 27, 284

(7) MAUNZ—DURİNG, Art. 2, I, Rn. 39

(8) SCHMİDT, JZ 1964, S. 538

(9) SIEGERT, DRİZ 1957, S. 103

Alman Temel Yasası'nın 10. maddesi haberleşmenin gizliliği ile ilgilidir. Bu maddenin 1968 yılındaki değişiklikten önceki metni haberleşmenin yasa ile sınırlanabileceğini öngörüyordu. Ancak aynı maddede işgal kuvvetlerinin bu gizliliği denetleme hakkı saklı tutulmuştu. 1955 yılında Federal Almanya'nın bağımsızlığı yeniden kurulduktan sonra şu esas kabul edildi: Alman Yasa Koyucusu, Alman makamlarına işgal devletlerinin denetim yetkisini verecek bir düzenleme getirdiği takdirde, işgal devletlerinin saklı tutulan hakları sona erecekti. İşte bu amaçla 1968 yılında 10. maddeye yeni bir fıkra eklenerek, haberleşmenin gizliliği ile ilgili yasa çıkarıldı.

10. maddeye eklenen yeni metin, haberleşmenin gizliliğinin, ilgilinin bilgisi dışında ve yargıç denetimini de kapalı tutarak sınırlanabileceğini öngörmektedir. Bu değişiklik ve yeni yasa hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal dâvası yasanın bir hükmü dışında reddedilmiştir. (10). İptal edilen hüküm ise, sınırlama amacının tehlikeye düşmediği halde dahi ilgiliyi durumdan haberdar etmemeyi öngörmekteydi.

Bu özel düzenlemeye göre, telefon konuşmalarının gizlice banda alınması mümkün olmaktadır. Ancak bu halde dahi yapılan gizli ses kaydının ispat değeri taşıdığını belirten bir karara raslayamadık. Kanımızca bu düzenleme, devletin gizli istihbarat örgütünün bilgi toplama fonksiyonu ile sınırlı olup, usul hukuku açısından başlı başına bir değer taşımamaktadır.

Özet olarak denilebilir ki, telefon konuşmaları dışında gizli ses kaydı Alman Anayasası'na aykırıdır.

Şunu da eklemek yerinde olur ki, Alman Ceza Kanunu'nun 298. paragrafında yapılan ve 1967 sonunda yürürlüğe giren bir değişikliğe göre her türlü gizli ses kaydı ve dinleme, suç hâline getirilmiştir.

### III. Türk Anayasa Hukuku Açısından Gizli Dinleme

Önce bir noktayı belirtmek yerinde olur. Gizli ses kaydının Anayasa'ya aykırılığı konusunda Alman Hukuku'nda dayanılan hükümlerin Anayasamızdaki karşılıkları daha kesin ve daha ayrıntılı formüllerle düzenlenmiştir. Başka bir deyişle gizli ses kaydının Anayasa'ya aykırılığı hukukumuz açısından evleviyetle varılacak bir sonuçtur. Anayasamızda konu ile ilgili temel hakların Alman Temel Yasası'na göre daha ayrıntılı olarak kalemeye alınmış olması bir yana, bu haklar bazı ek unsurlarla daha güçlü bir güvenceye bağlanmıştır.

#### 1. İlgili Anayasa hükümleri

Anayasamızın 14. maddesi, 10. madde ile birlikte ele alındığı takdirde bütün diğer hak ve özgürlüklerin *kaynağı* niteliği kazanmaktadır. Gerçekten temel hakları *insan kişiliğine bağlı* kılan ve *devlete*, «*insanın maddi*

«*manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlama*» ödevini veren 10. madde bu niteliği göstermektedir. Bu nedendir ki kişinin *mad-dî ve manevî varlığı* ve kişi özgürlüğü yalnız güvence altına alınmakla kalmamış, kişi dokunulmazlığı ve hürriyetinin *yargıç kararı* olmadıkça kayıtlanamıyacağı da hükme bağlanmıştır.

Özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü de aynı nitelikte görüldüğü için Anayasamızın 15, 16 ve 17. maddelerinde bu haklara ancak *yargıç kararı* ile dokunulabileceği belirtilmiştir.

Bunlardan özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı açısından belli nedenlerle *gecikmede sakınca bulunan* hallerde yargıç denetimine istisnalar getirilmişse de haberleşmenin gizliliği maddesinde böyle bir istisnaya yer verilmemiştir.

Bu maddelerin ışığı altında gizli ses kaydı açısından *genel* olarak söylenebilecek söz şudur:

Gizli ses kaydı sisteminin yerleşmesi ile toplum içinde yaratılacak olan *korku ve güvensizlik*, toplumsal ilişkileri asgariye indirecek ve kişinin *mad-dî ve manevî varlığını* geliştirme hakkını engelleyen zehirli bir ortam yaratacaktır.

Bunun dışında adı geçen Anayasa maddelerinden aşağıdaki sonuçları çıkarmak mümkündür:

a) Gizli dinleme genel olarak kişi dokunulmazlığının ağır bir ihlâlidir. Çünkü kişinin söz ve sesi onun kişiliğinin ayrılmaz bir parçasıdır.

b) Dinlemenin biçim ve yerine göre gizli dinleme, aynı zamanda Anayasa'nın özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya haberleşmenin gizliliği ile ilgili maddelerinin ihlâli niteliğini kazanır.

c) Yukarıda sözü geçen anayasal haklar, ilke olarak ancak yargıç kararı ile sınırlanabilir. Anayasa'nın 15 ve 16. maddelerinde yargıç denetimine getirilen istisnalar ancak milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından *gecikmede sakınca bulunan* hallerle sınırlıdır. Yâni «kamu düzeni ve millî güvenlik», özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını yargıç kararı dışında sınırlamak için başlıbaşına yeterli nedenler değildir. Bunların işleyebilmesi için bir ön koşul gereklidir. Yargıç kararına kadar geçecek sürenin kamu düzeni ve millî güvenlik bakımından *sakıncalı* olması.

Sınırlama için yargıç dışında kanunun göstereceği makamların yetkisi, yargıç yerine geçmek üzere değil, yargıç kararının alınabilmesi için gerekli olan süre içinde doğabilecek sakıncaları önlemek üzere tanınmış bir yetkidir. Şu halde kanunun yetkili kılacağı merciin sınırlama yetkisi, ilk fırsatta yargıç kararının alınabilmesi için gerekli olan makul bir süre ile sınırlı olmak zorundadır.

d) Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan haberleşmenin gizliliği ilke-

sini, yargıç kararı dışında sınırlamaya ise pozitif hukukumuz açısından olarak yoktur.

B - Gizli ses kaydı konusunda özel bir önem taşıyan diğer bir Anayasa hükmü de 33. maddenin 4. fıkrasıdır:

«Kimse, kendisinin veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.»

Sanığın susma hakkını taşıdığı bir konuda gizlice banda alınmış - sözlerinin kendisi aleyhinde bir delil olarak kullanılması, Anayasa'nın 33/4. maddesinin açık bir ihlâlidir. (11) Alman Federal Mahkemesi de 14. 6. 1960 tarihli bir kararında (12) Ceza Yargılama Kanunu'nun 136. maddesine dayanarak aynı sonuca varmıştır.

Öte yandan gizli kaydının değerlendirilmesi, düşünce özgürlüğü ile de ters düşer, kişinin düşünce ve kanaatlerini zorla açıklaması sonucunu doğurur. (13)

## 2. Anayasa Mahkememizin Mevcut Kararlarındaki Yetersizlik

A - 17 - 19. 8. 1971 tarih ve E. 1971/41, K. 1971/67 sayılı karar. (14)

Anayasa Mahkememiz bu kararında gizli ses kaydı sorununa doğrudan doğruya değinme fırsatını bulmuştur. Ancak ne yazık ki konuya anayasal bir yaklaşım getirmemiştir. Kararda şu görüşlere yer verilmektedir:

«Ses alma alanındaki ilerleme ve gelişmeler bugün o evrededir ki bir sesin belirli bir kişiye ilişkin bulunduğu hâlâ parmak izlerinde olduğu gibi kuşkusuzca ve kesinlikle saptanamamasına karşılık bir takım montaj yollarıyla ve gerekirse ses taklit etmede usta kişilerin yardımlarından da yararlanılarak bantlar istenildiği gibi doldurulabilmektedir. Bir toplantıda hazır bulunanlar, zamanında ve usulünce tutanaklarla saptanarak o toplantıya ilişkin bulunduğu ileri sürülen ses bandlarına böylece destek ve güç kazandırılmadıkça band çevirilerine hukuk yönünden tam bir güvenle bağlanılıp dayanılamıyacağı ortadadır.»

Görülüyor ki Anayasa Mahkememiz ses bandlarının yalnızca bir ispat aracı olarak *yetersizliği* üzerinde durmakta, gizli ses kaydının *anayasal haklar* karşısındaki durumu hakkında bir şey söylememektedir. Kararın bu eksikliğini yadırgamamak mümkün değildir.

(11) Karş. COŞKUN, E., age, S. 184, 185.

(12) Karş. COŞKUN, E., S. 183, 184

(13) Karş. COŞKUN, E., S. 183, 184

(14) İlgili metin için bkz. AYMKD, Sayı 11, S. 82, 83.

## B - Haberleşmenin Gizliliği İle İlgili Karar

Anayasa Mahkemesi 15, 16. 2. 1971 tarih ve E. 1971/31, K. 1972/5 sayılı kararında (15) haberleşmenin gizliliği konusunda sınırlamalar getiren ve bu sınırlamaların uygulanmasında sıkı yönetim komutanını yetkili kılan 1402 sayılı Sıkı Yönetim Kanunu'nun 3. maddesinin a fıkrasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu kararın gerekçesine kısa bir göz amakta yarar vardır:

[«Anayasa'nın değişik 124. maddesinin son fıkrasında]»... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla gösterilir» hükmüne yer verilmesinin özel bir ereği ve anlamı olmak gerekir...

...Sıkıyönetim gibi bir konuda Anayasa koyucu hürriyetlerin kısıtlanması bakımından özel maddelerinde ve 11. maddedeki hükümlerin sağladığı olanakları sıkıyönetim isterlerinin aşması ve o olanakların bu alanda yetersiz kalması olasılığını düşünmüş ve sıkıyönetimi başlıbaşına ve özel bir sınırlama nedeni olarak ele almayı ve hürriyetleri sıkıyönetimin gerekleri yönünden kanunla kayıtlama ve durdurma yetkisine öteki sınırlama kurallarından ayrı olarak sıkıyönetimi düzenleyen Anayasa maddesi içinde yer vermeyi öngörmüştür...

[1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesinin (a) fıkrası]... konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği konularında sıkıyönetim bölgeleri için bir takım sınırlamalar getirmekte ve bu sınırlamaların uygulanmasında sıkıyönetim komutanını yetkili kılmaktadır... Anayasa'nın 16. ve değişik 15. maddeleri zaten milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin buyruğu üzerine arama, girme ve el koymaya olanak tanımaktadır. Yalnız haberleşme hürriyetini düzenleyen 17. maddede böyle bir olanak yer almamıştır. Ancak 11. madde yoluyla bu hürriyetin sınırlandırılmasına gidilebileceği de ortadadır.»

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi Anayasamızın iki maddesi üzerinde toplanmaktadır:

a) Anayasa m. 11, b) Anayasa m. 124

a) Anayasa Mahkememizin 15 ve 16. maddelerde açıkça öngörülmüş olup, 17. maddede yer verilmeyen bir istisnaya 11. madde ile nasıl ulaştığını anlamak doğrusu güçtür.

11. maddenin yeni biçimi ile temel haklar konusunda genel sınırlama nedenlerini sıraladığı kabul edilse bile, bu nedenlere dayanarak belli bir hakka Anayasa tarafından getirilmiş olan bir ek güvenceyi kaldırmak bize mümkün gözükmemektedir. Çünkü 11. maddede sayılan genel sınırlama nedenleri hakkın kendisine yöneliktir; Anayasa'nın belli bir hakkı daha sağlam

(15) Kararın metni için bkz. AYMKD, Sayı: 10, S. 155—236.

bir güvenceye kavuşturmak için öngördüğü ek unsurlar, genel sınırlama nedenlerinin dışında kalır. Aksi halde 11. maddede yer alan « Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlama» şartının bir anlamı kalmaz.

Örneğin Anayasa'nın 22, 23 ve 24. maddelerinde yer alan sansür yasağı, 11. maddede sayılan sebeplere dayanılarak kaldırılamaz. (16)

Kaldı ki 11. madde ile Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ulaştığı sonuca ulaşmak mümkün olsa idi. Anayasa koyucusu 15 ve 16. maddelerde öngördüğü yargıç kararına. «geçikmede sakınca bulunan haller» bakımından bir istisna getirmek gereğini duymazdı.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin 11. madde ile ilgili bölümünde yatan mantık hak ve özgürlükler bakımından tehlikeli sonuçlar yaratacak niteliktedir. Örneğin bu mantığa göre sıkıyönetim komutanına verilecek olan bir tutuklama yetkisini Anayasa'ya uygun saymak mümkün olabilecektir. Oysa Anayasa Mahkemesi bir çok kararlarında yargıç niteliği taşımayan kimselere tutuklama yetkisi veren hükümleri iptal etmiştir. (17)

b) Gerekçenin 124. madde ile ilgili bölümüne gelince; Anayasa Mahkemesi bu maddede yer alan «... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla gösterilir.» hükmüne 11. maddenin esprisi dışında bir anlam vermektedir. Mahkemeye göre, 11. maddedeki genel ve diğer maddelerdeki özel sınırlama nedenleri sıkıyönetim isterleri açısından *yetersiz kalırsa*, 124. madde, bu isterlere uygun bir sınırlamaya imkân tanır.

Burada Anayasa Mahkemesi'nin pek üzerinde durmadığını sandığımız önemli bir soru ile karşı karşıyayız: 11. madde hangi alanda sıkıyönetim isterleri açısından yetersiz kalmaktadır?

11. maddeye bir göz atılırsa, burada kesin olarak engellenen şeyin «temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmak» olduğu görülür. Maddede bunun dışında genel sınırlama nedenleri sayılmış ve Anayasa'da yer alan diğer özel sınırlama nedenlerine gönderme yapılmıştır. Sıkıyönetim isterleri açısından bunların dışında kalan ciddi bir kategori göstermek güçtür. Üstelik 124. maddede yer alan hüküm, 11. maddede gönderme yapılan özel sınırlama nedenlerinden biridir. Böyle olunca 11. maddenin 2. fıkrasında yer alan «temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamıyacağı» ilkesi 124. madde için de geçerlidir.

Oysa Anayasa Mahkemesi'nin 124. maddeyi yorumlayış biçiminden

(16) Oysa Anayasa Mahkemesi yine aynı kararında sıkıyönetim komutanına sansür yetkisi veren 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesinin (c) fıkrasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır; bkz. AYMKD, Sayı: 10, S. 174 vd.

(17) Örnek olarak bkz. AYM 20.9.1963, E. 1963/59, K. 1963/225 (AYMKD, Sayı : 2, S. 41 + 43, 2. bastı.



sıkıyönetim içinde bir hakkın özüne dokunulabileceği anlamı çıkmaktadır. Gerçi sıkıyönetim dönemi ile normal dönem arasında hakların sınırlandırılması bakımından bir farklılık olması doğaldır. Ancak yasa koyucunun bu alanda sahip olduğu yetki hakkın özüne dokunacak bir nitelik kazanamaz. Aksi halde Anayasa Mahkemesi'nin yine aynı kararında, sıkıyönetim komutanına 30 günlük gözetim altında tutma yetkisini veren hükmü (1402 sayılı kanun m. 15, f. 3) iptal etmiş olmasının bir dayanağı kalmaz.

Sonuç olarak denilebilir ki, yargıç kararı olmaksızın haberleşmenin gizliliğini sınırlama konusunda sıkıyönetim komutanına yetki veren hükmü 124. madde ile de açıklamak inandırıcı gözükmemektedir (18).

#### IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Buraya kadarki açıklamalarımız, gizli dinlemenin ilke olarak Anayasa'ya aykırı olduğunu gösteriyor.

Bu kuralın istisnaları her şeyden önce *açık bir yasa hükmüne* dayanmak zorundadır.

Yargıç denetiminin Anayasa'ca şart bulunduğu durumlarda, yasalar, hangi sebeple olursa olsun bu koşulu ortadan kaldıramaz. Ancak, geçikmede sakınca olan haller bakımından yasa koyucunun yargıç dışı mercilere yetki vermesi Anayasa tarafından öngörülmüşse, bu merciler, ilk fırsatta yargıç kararı almak için gerekli olan makul bir süre ile sınırlı olmak koşulu ile bu yetkiyi kullanabilirler.

Son olarak hukukî bakımından önemli olan bir soruna, gizli ses kaydı yolu ile hukuka aykırı olarak toplanan bilgilerin, söz konusu kişi aleyhine mahkeme önünde bir delil olarak kullanılıp kullanılmıyacağı sorununa değinmek yerinde olur.

İstanbul Barosu'nun 2 Haziran 1975 tarihinde düzenlediği «Gizli Dinleme ve Hukuk» konulu sempozyumda (19) bu nokta başlıca *tartışma konusu* olmuştur.

Sempozyumda Askerî yargıçlar ve ceza usûl hukukçuları tarafından savunulan görüşe göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, gerçeği kanıtladığı ölçüde geçerlidir. Hukuka aykırılık, ancak bu yoldan delil elde eden kamu görevlisi için bir sorumluluk doğurur; bu kimseye yasanın öngördüğü yaptırım uygulanır.

(18) Adı geçen kararın aynı yönde bir eleştirisi için özellikle Taylan, Seçkin ve Givda'nın karşı oy yazılarına bkz, AYMKD, Sayı: 10, S. 192—205; aksi yönde bir eleştiri için bkz., Hirsch, E., Menschenrechte und Grundfreiheiten im Ausnahmezustand, Berlin 1974.

(19) Bu makale adı geçen sempozyumda sunduğum bildirinin düzeltilmiş ve genişletilmiş metnidir.

TÜRK VE ALMAN ANAYASA HUKUKLARI  
AÇISINDAN GİZLİ SES KAYDI

Kanımızca, gizli ses kaydının hukuka ve özellikle Anayasa'ya aykırılığı bir kez kabul edildikten sonra, ona bir delil değeri vermek mümkün değildir. Burada birbiriyle çatışan iki hukukî değer söz konusudur: a) Ceza mahkemesi hukukunun gerçeğe ulaşma amacı b) anayasal güvenceye bağlanmış temel hak ve özgürlükler.

Bu iki değer çatıştığında, hangisinin üstün tutulacağı, pozitif hukuk açısından çözülmüş bir sorundur. Hukuk düzenimiz içinde Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı tartışılmaz bir ilkedir. Kişi hak ve özgürlüklerini çiğneyen bir işlemin, kişi dokunulmazlığı ile yakından ilgili bir alanda hukukî değer taşıması, hukuk sistemimizle bağdaşmaz bir mantıktır.

İşkence yolu ile elde edilmiş bir itirafın delil değeri kazanmasına kadar varabilecek olan bu mantığın uygarlık tarihi içinde çok geri bir yerde kaldığını söylemek yanlış olmaz sanırız.