

4.12.2015 tarihli karar [BD]

*Olaylar* –Yayınevi Yazı İşleri Müdürü olan başvuran telefon konuşmalarının gizliliği hakkına müdahale edildiği şikâyetiyle, üç mobil şebeke operatörü hakkında dava açmıştır. Başvuran ilgili iç hukuk kuralları uyarınca, mobil şebeke operatörlerinin, önceden adli makamlardan izin almaksızın Federal Güvenlik Servisinin telefon konuşmalarını dinlemesine olanak tanıyan ekipmanlar kurduklarını iddia etmiştir. Ekipmanların kaldırılmasını ve telekomünikasyona erişimin yalnızca yetkili kişilere verilmesini sağlayacak bir tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemeler, başvuranın telefon konuşmalarının dinlendiğini veya mobil operatörlerinin korunan bilgileri yetkisiz kişilere ilettiklerini ispatlayamadığını tespit etmiş ve başvuranın talebini reddetmiştir. Başvuranın atıfta bulunduğu ekipmanların kurulması, konuşmaların gizliliğinin ihlal edilmesine neden olmamaktadır.

Başvuran AIHM önündeki yargılamalarda, Rusya’da cep telefonu konuşmalarının gizli olarak dinlenmesi sisteminin, Sözleşme’nin 8. maddesinin koşullarına uygun olmadığı hususunda şikâyette bulunmuştur. Mahkeme’nin bir Dairesi 11 Mart 2014 tarihinde yargı yetkisini Büyük Daire’ye devretmiştir.

#### *Hukuki değerlendirme – Madde 8*

(a) Mağdur statüsü – Mahkeme’nin Kennedy / Birleşik Krallık davasındaki yaklaşımı, dinleme tedbirlerinin gizliliğinin, etkin şekilde itiraz edilemeyen tedbirlerle ve ulusal adli makamların ve Mahkeme’nin denetimi dışında kalmakla sonuçlanmamasını sağlama ihtiyacı ile uygun hale getirilmiştir. Bu nedenle aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi durumunda, bir başvuran gizli denetim tedbirleri veya bu tür tedbirler verilmesine olanak tanıyan mevzuatın yalnızca var olmasından dolayı ortaya çıkan bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilir:

(i) Mevzuatın kapsamı –Başvuranın itiraz konusu mevzuatın hedef aldığı gruba ait olması veya mevzuatın, bir kişinin konuşmalarını dinletebildiği bir sistem kurulması yoluyla kullanıcıların tamamını doğrudan etkilemesi nedeniyle; Mahkeme, başvuranın gizli izleme tedbirlerine olanak sağlayan mevzuattan doğrudan etkilenip etkilenmediğini değerlendirerek, söz konusu mevzuatın kapsamını dikkate alacaktır.

(ii) İç hukuk kapsamında hukuk yollarının mevcut olup olmadığı –Mahkeme iç hukuk düzeyindeki hukuk yollarının mevcut olup olmadığını dikkate alarak bu tür hukuk yollarının etkinliğine bağlı olarak inceleme derecesini ayarlayacaktır. İç hukuk sisteminin, etkin bir iç hukuk yolu sunmaması durumunda, toplumda gizli izleme yetkilerinin kötüye kullanıldığı konusunda şüphe ve endişenin yaygın olmasının haksız bir durum olduğu söylenemez. Bu gibi durumlarda, izleme tehdidinin posta ve telekomünikasyon hizmetleri yoluyla ücretsiz iletişimi kısıtladığı ve böylelikle kullanıcılar ve potansiyel kullanıcılar bakımından 8. madde kapsamında güvence altına alınan hakka yönelik olarak doğrudan bir müdahale teşkil ettiği iddia edilebilir. Bu nedenle Mahkeme tarafından inceleme yapılmasına daha fazla ihtiyaç vardır ve bireylerin mücerret olarak bir kanuna itiraz etme hakları bulunmadığını öngören kurala yönelik bir istisna getirilmesi haklı gerekçelere dayanır. Bu gibi durumlarda bireyin, gizli izleme tedbirlerinin kendisine yönelik olarak uygulanmış olduğu konusunda bir riskin varlığını kanıtlaması gerekmemektedir. Aksine, ulusal sistemin etkin hukuk yolları sunması durumunda, kötüye kullanım konusundaki yaygın şüphenin haklı gerekçelere dayandırılması daha zordur. Bu durumlarda birey, kişisel durumu sebebiyle bu tür tedbirlere maruz kalma riski altında bulunduğunu kanıtlayabilmesi durumunda, gizli tedbirlerin veya gizli tedbirlere izin veren mevzuatın varlığı ile ortaya çıkabilecek bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilir.

Mevcut davada, itiraz konusu mevzuat doğrudan cep telefonu hizmeti kullanıcılarını etkilemiştir. Zira ulusal sağlayıcıların cep telefonu hizmetlerini kullanan herhangi bir kişinin, izleme hakkında bilgilendirilmeksizin cep telefonu görüşmelerini dinletebildiği gizli bir denetim sistemi ortaya konulmuştur. Ayrıca iç hukukta, gizli izleme tedbirlerine maruz kaldığından şüphelenen kişilere yönelik olarak etkin hukuk yolları öngörülmemektedir. Bu nedenle ilgili mevzuatın mücerret olarak incelenmesi haklı gerekçelere dayanmaktadır. Başvuran kişisel durumundan dolayı gizli izleme tedbirlerine maruz kalma riski altında olduğunu kanıtlamak durumunda değildir. Bu nedenle Sözleşme ihlalden dolayı mağdur olduğunu ileri sürme hakkına sahiptir.

Sonuç: ilk itiraz reddedilmiştir (oy birliğiyle).

(b) Esas hakkında – İtiraz konusu mevzuatın yalnızca var olması dahi başvuranın 8. madde kapsamındaki haklarının kullanılmasına yönelik bir müdahale anlamına gelmiştir. Cep telefonu konuşmalarının dinlenmesinin iç hukukta bir temeli vardır ve milli güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması, suçun önlenmesi ve ülkenin ekonomik refahının korunması konusundaki meşru hedefleri izlemektedir. İç hukukun erişilebilir olup olmadığı ve “öngörülebilirlik” ve “demokratik bir toplumda gereklilik” koşullarının karşılanması amacıyla yeterli ve etkin güvenceler içerip içermediğinin tespit edilmesi gereklidir.

(i) Erişilebilirlik – Gizli izleme tedbirlerini düzenleyen iç hukuk yollarının neredeyse tamamının resmi olarak yayınlandığı ve halka açık olduğu ortak bir görüştür. Diğer hükümlerin erişilebilirliği konusunda bazı ihtilaflar bulunmasına rağmen, Mahkeme bunların resmi bir bakanlık dergisinde yayımlandığını ve internette bulunan veritabanı üzerinden bunlara erişilebileceğini kaydetmiş ve bu konuyu daha fazla incelemeye gerek duymamıştır.

(ii) Gizli izleme tedbirlerinin uygulanma kapsamı – Dinleme kararına neden olan suçların mahiyeti yeterli derecede açıktır. Ancak iç hukukun birçok suç türü hakkında konuşmaların gizlice dinlenmesine olanak tanıması endişe konusudur. Ayrıca dinleme tedbiri, yalnızca bir şüpheli veya sanık bakımından değil, aynı zamanda bir suç hakkında bilgi sahibi olma ihtimali bulunan kişiler bakımından da verilebilir. Mahkeme önceki bir davada, dinleme tedbirlerinin, bir suç hakkında bilgi sahibi olan bir kişi bakımından 8. madde kapsamında haklı gerekçelere dayandırılabilirliğini tespit ettiyse de; mevcut davada iç hukuk kapsamında bu kategoriye uygulamada kimlerin girebileceğini netleştirmede kaydetmiştir. Ayrıca kanun kapsamında, Rusya'nın ulusal, askeri, ekonomik veya ekolojik güvenliğini tehlikeye düşüren olaylar veya faaliyetler nedeniyle görüşmelerin dinlenebileceği koşullar hakkında herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bunun yerine ilgili makamlara, hangi olayların veya eylemlerin bu tür bir tehlike yarattığının belirlenmesi ve tehlikenin gizli izleme tedbirlerini haklı gerekçelere dayandırmaya yetecek kadar ciddi olup olmadığı konusunda neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu durum suiistimal ihtimallerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

(iii) Gizleme izleme tedbirlerinin süresi – İç hukuk kötüye kullanıma karşı yeterli güvenceler sunan, dinlemelerin süresi ve yenilenmesine ilişkin açık kurallar içerirken, izleme tedbirlerinin sonlandırılmasına ilişkin hükümler keyfi müdahaleye karşı yeterli güvenceler sunmamıştır.

(iv) Diğerleri arasında dinlenen verilerin depolanması ve yok edilmesine ilişkin usuller – İç hukukta dinlenen verilerin saklanması, kullanımı ve iletimini düzenleyen ve izinsiz erişim veya ifşa riskinin aza indirgenmesini sağlayan açık kurallar bulunmaktadır. Ancak Mahkeme, ilgili kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edilmemesi durumunda, dinlenen materyallerin saklanması konusunda uygulanabilecek altı aylık süre kuralının makul olduğu kanısında olmasına rağmen; elde edilme amacıyla ilgisi olmayan herhangi bir verinin derhal yok edilmesi koşulu bulunmaması konusunda müteessir olmuştur. Açıkça ilgisi bulunmayan verilerin altı aylığına otomatik olarak saklanması 8. madde kapsamında haklı olarak değerlendirilemez. Ayrıca izlenen kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edilmesi durumunda, davayı gören yargıç iç hukuk kapsamında, delil olarak kullanılan ve dinlenen materyallerin saklanması veya yok edilmesine karar verme konusunda sınırsız takdir yetkisine sahiptir. Dinlenen materyallerin saklanabileceği koşullara ilişkin olarak sıradan

vatandaşların herhangi bir bulgusu yoktur. Bu nedenle iç hukuk kuralları bu konu hakkında yeterince açık değildir.

(v) Dinlemeler konusunda izin verilmesi – İzin verme usulleriyle ilgili olarak, telefon veya diğer iletişim araçlarının dinlenmesi konusunda mahkeme tarafından izin verilmelidir. Ancak adli denetim kapsamı olarak sınırlandırılmıştır. Özellikle gizli ajan veya polis muhbirleri veya örgüt ve operasyonel arama tedbirlerine ilişkin taktikler hakkında bilgi içeren materyaller yargıca sunulamaz ve bu nedenle mahkemenin inceleme kapsamından çıkarılır. Bu nedenle, ilgili bilgileri mahkemelere gönderememeleri; ceza gerektiren bir suç veya ulusal, askeri, ekonomik veya ekolojik güvenliği tehlikeye düşüren faaliyetlerden dolayı haklarında operasyonel arama tedbirleri talep edilen şüpheli kişiler bakımından yeterli bir temel olup olmadığını değerlendirme yetkisinden mahrum bırakılmıştır. Esasında, Rus yargıçlarının ilgili kişi hakkında “makul şüphe” bulunduğunu doğrulaması veya “gereklilik” ve “orantılılık” kriterlerini uygulaması talep edilmemiştir.

Ayrıca, ilgili iç hukuk kapsamında, dinleme taleplerinin veya izinlerinin içeriği bakımından herhangi bir koşul bulunmamaktadır. Sonuç olarak, mahkemeler zaman zaman, belirli bir kişi veya telefon numarası belirtmeksizin, ceza gerektiren bir suçun işlendiği bir alandaki bütün telefon konuşmalarının dinlenmesi konusunda izin vermektedir. Bazı izinlerde ise dinleme süresi konusunda bilgi verilmemektedir. Bu tür izinler, hangi görüşmelerin ne kadar süreliğine dinleneceği konusunda, emniyet yetkililerine oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Ayrıca acil durumlarda, önceden izin verilmeksizin görüşmelerin 48 saate kadar dinlenmesi mümkündür. Ancak acil usulün tedbirli bir şekilde ve yalnızca gerekli davalarda kullanılması konusunda yeterli güvenceler sunulmamıştır. İç hukuk kapsamında, ani ve ciddi bir tehlike içeren davalar bakımından acil usulün kullanımı sınırlandırılmamıştır ve kötüye kullanım olanakları yaratılarak bu usulün kullanıldığı durumların belirlenmesi konusunda yetkililere sınırsız takdir payı tanınmıştır. Ayrıca iç hukuk kapsamında bir yargıcın derhal acil dinleme durumları hakkında bilgilendirilmesi gerekmesine rağmen, yargıcın yetkisi dinleme tedbirinin 48 saatten fazla süreliğine uzatılması konusunda izin vermekle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Rus hukuku kapsamında acil usule ilişkin olarak etkin bir adli inceleme öngörülmemiştir.

Özet olarak Rus hukuku kapsamında öngörülen izin usulleri, gizli izleme tedbirlerinin rastgele, düzensizce veya gerektiği şekilde değerlendirilmeksizin alınmamasını sağlayacak kapasitede değildir. Bir başka güçlük de, emniyet yetkililerinin genel olarak, iç hukuk kapsamında görüşmelere erişim sağlamadan önce iletişim hizmeti sağlayıcısına mahkeme izni göstermekle yükümlü değilken; hizmet sağlayıcılarının yetkililere, bütün kullanıcıların cep telefonu görüşmelerine doğrudan erişimlerini sağlayan tesisatı hazırlamak zorunda olmalarıdır. Bu nedenle sistem kötüye kullanıma yatkındır.

(vi) Denetim– İç hukuk kapsamındaki, dinlenen verilerin yazıya dökülmesi veya kaydedilmesi konusundaki yasaklama, denetim organının, uygun bir mahkeme izni olmaksızın gerçekleştirilen dinlemeleri tespit etmesini imkânsız hale getirmektedir. Yetkililerin görüşmeleri doğrudan dinleme konusundaki teknik yeterliliğiyle birleştiğinde, bu hüküm hukuka aykırı dinlemelerin tespit edilmesi konusundaki denetleyici düzenlemeleri etkisiz kılmıştır.

Dinleme işlemlerinin uygun mahkeme izni temelinde gerçekleştirilmesi durumunda, adli denetim, önceden izin alma aşaması ile sınırlı kalmaktadır. Sonraki denetim işlemi Başkan, Parlamento, Hükümet, Başsavcı ve yetkili alt derecedeki savcılara verilmiştir. İç hukuk kapsamında, Başkanın, Parlatmentonun ve Hükümetin dinleme işlemlerini denetleme biçimi konusunda bilgi verilmemektedir. İncelemelerinin kapsamını tanımlayan düzenlemeler veya talimatlar, incelemenin gerçekleştirilebileceği koşullar veya izleme tedbirlerinin incelenmesi veya ihlallerin giderilmesine yönelik kamunun erişebileceği usuller bulunmamaktadır.

Yasal bir çerçeve en azından teoride, savcılar tarafından denetim yapılabileceğini öngörse de, pratikte kötüye kullanımlara karşı yeterli ve etkin güvenceler sunmamaktadır. Özellikle:

– savcılarının, bölge yürütme organlarına danışılarak atanması ve görevden çıkarılması nedeniyle savcılarının bağımsızlığı konusunda şüpheler mevcuttur ve her ikisinin de dinleme taleplerini onaylaması ve sonrasında uygulamayı denetlemesi nedeniyle örtüşen görevleri vardır;

– denetimlerinin kapsamı konusunda kısıtlamalar bulunmaktadır (savcıların gizli ajanların çalışmaları hakkında herhangi bir bilgisi yoktur ve karşı istihbarat ile bağlantılı izleme tedbirleri savcılar tarafından denetlenmemektedir; zira ilgili kişiler dinlendiklerinin farkında olmayacak ve böylelikle şikâyetle bulunamayacaklardır);

– yetkileri konusunda kısıtlamalar vardır, örneğin, ihlalleri durdurmak veya gidermek amacıyla tedbirler alabilecek ve sorumluların hesap vermelerini sağlayabilecek olmalarına rağmen, hukuka aykırı olarak elde edilen dinlenmiş materyallerin yok edilmesini gerektiren herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır;

– raporlarının yayınlanmaması veya bir başka şekilde kamuya açık olmaması nedeniyle, gerçekleştirdikleri incelemeler kamu denetimine ve bilgisine açık değildir;

– Hükümet, tespit edilen bir kanun ihlalinin durdurulması veya giderilmesi amacıyla tedbirler almayı öngören savcılar tarafından hazırlanan herhangi bir teftiş raporu veya kararı sunmamıştır.

(vii) Dinleme işleminin bildirilmesi ve mevcut hukuk yolları – Görüşmeleri dinlenen kişilere bildirim yapılmamaktadır. Dinlenen kişiye yönelik olarak ceza yargılamalarının başlatılmaması ve dinlenen verinin delil olarak kullanılmaması durumunda, ilgili kişi görüşmelerinin dinlendiğini bilemez.

Bir şekilde öğrenen kişiler ise ilgili veriler konusunda bilgi talebinde bulunabilirler. Ancak bu tür bir talepte bulunabilmek için, tabi oldukları operasyonel arama tedbirlerine ilişkin olaylar hakkında bilgi sahibi olmak durumundadırlar. Bu nedenle bilgiye erişim, kişinin görüşmelerinin dinlendiğini kanıtlayabilmesine bağlıdır. Ayrıca dinlenen kişilerin görüşmelerinin dinlenmesine ilişkin belgelere erişim sağlamaya hakları yoktur: yalnızca toplanan veriler hakkında “bilgi” alma yetkileri vardır. Bu tür bilgiler yalnızca sınırlı koşullar kapsamında diğer deyişle, bir kişinin suçunun kanun uyarınca kanıtlanmaması ve bilginin Devlet sırlarını içermemesi durumunda sunulmaktadır; Rus hukuku kapsamında operasyonel arama faaliyetlerinde kullanılan binalar, uygulanan yöntemler, dâhil olan yetkililer ve toplanan veriler hakkındaki bilgiler Devlet sırrı teşkil ettiğinden; dinlemeler hakkında bilgi edinme ihtimali yoktur.

Hükümetin atıfta bulunduğu adli tedbirler, yalnızca görüşmelerinin dinlendiği hakkında bilgi sahibi olan kişilere yöneliktir. Bu nedenle, dinlenen kişinin bilgilendirilmesi koşulunun veya yetkililerden dinlemeler hakkında bilgi alınması amacıyla talepte bulunulması için yeterli bir imkânın mevcut olmaması nedeniyle bu tedbirlerin etkinliği zayıflamıştır. Bu nedenle Rus hukuku kapsamında, dinlenen kişiye yönelik olarak ceza yargılamalarının başlatılmaması durumunda, gizli izleme tedbirleri konusunda etkin adli tedbirler mevcut değildir.

Özet olarak, görüşmelerin dinlenmesini düzenleyen iç hukuk hükümleri, keyfilik ve kötüye kullanım riski konusunda yeterli ve etkin güvenceler sunmamaktadır. İç hukuk kapsamında, “kanun niteliği” koşulu karşılanmamış ve “müdahale” “demokratik bir toplumda gerekli” olan hususlarla sınırlı tutmamıştır.

*Sonuç:* ihlal (oy birliğiyle).

Madde 41: İhlal tespit edilmesi manevi zararlara ilişkin olarak yeterli adil tazmin teşkil etmiştir (bk. Weber ve Saravia / Almanya (k.k.), 54934/00, 29 Haziran 2006, 88 sayılı bilgi notu; Kennedy / Birleşik Krallık, 26839/05, 18 Mayıs 2010, 130 sayılı bilgi notu; ayrıca, daha genel olarak Avrupa veri koruma kanunu hakkında el kitabı)