

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

Nagihan TÜRKEL

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

2010

YEMİN METNİ

Tezsiz Yüksek Lisans projesi olarak sunduğum “ **Özel Hayatın Gizliliđini İhlal Suçu**”adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gűsterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Nagihan TÜRKELE

İmza

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu
Nagihan Türkel

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku

Teknoloji ve bilgi çağı olarak nitelendirdiğimiz bu dönemde her geçen gün gelişen ve değişen teknolojiden hayatımızın her alanında yararlanırken bir yandan da haklarımız ve özgürlüklerimizin de tehlike altında olduğunu görmekteyiz. İhlal edilen hakların başında da özel hayatın gizliliği hakkı yer almaktadır. Bu sebeptir ki, hakkın korunması amacıyla ceza yaptırımlarının yasayla öngörülmesi gerekmiştir. Söz konusu koruma, bir yandan gelişen teknolojiden yararlanan bireylerin müdahalesinden diğer yandan yine teknolojiyi kullanan ve suçla mücadele eden devletin başvurduğu tedbirlerin yasallığını sağlama gereksiniminden doğmuştur.

İncelememizin konusu da özel hayatın gizliliğini ihlal suçudur. 5237 sayılı TCK ile ilk kez özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Konumuzun daha iyi anlaşılması için içeriği bir anlamda muallak olan özel hayat ile özel hayatın gizliliği ve korunması kavramları, konunun uluslararası boyutuyla ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve mahkeme kararları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise özel hayatın gizliliği hakkının mevzuatımızda yer alan düzenlemelerine yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun TCK m. 134'deki düzenlemesi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Mahremiyet, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu.

ABSTRACT

MASTER THESIS

Crime of invasion of private life's secrecy

Nagihan TÜRKEL

**Dokuz Eylul University
Institute Of Social Sciences
Department Of Public Law
Public Law**

In this era of which we call as technology and information era; while we are taking advantages of developing and evolving technology in any field of life, we are also aware of that our rights and freedoms are at stake. The right of secrecy of private life is the most common right that is invaded. For this reason; in order to protect the right , there appeared a need to provide punitive sanctions by laws. Aforementioned protection has arisen from invasion of individuals using technology on one hand, and the need to provide legal background to precautions that are used by state using technology and fighting against crime on the other.

Our study aims to study the crime of invasion of private life's secrecy. In Turkey, this crime is regulated by the Turkish Penal Code , numbered 5237. For making the subject clearer, terms of private life and protection of private life are tried to be explained in light of especially European Convention on Human Rights and juridical writs.

In second chapter, we discussed the regulations on right of secrecy of private life taking place in our legislation. And in third chapter, regulation taking place in Turkish Penal Code artc. 134 about crime of invasion of private life's secrecy is broadly examined.

Key words: private life, right of secrecy of private life, protection of secrecy of private life, crime of invasion of private life's secrecy.

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI.....	3
A. Genel Olarak	3
B. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Kavramı	4
C. Özel Hayat Kavramını Oluşturan Öğeler	9
II. ULUSLARARASI ALANDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI	14
A. Uluslararası Sözleşmelerde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı.....	14
1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	15
2. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletler Arası Sözleşme.....	17
3. Özel Hayata Saygı Konulu Kuzey Memleketleri Hukukçular Kongresi.....	17
4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	19
a. Genel Olarak	19
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Düzenlemesi.....	21
c. Sözleşmeye Göre Özel Hayat Kavramı, Kapsamı ve Müdahaleler.....	22
(1) Özel Hayata Saygı Hakkı	22
(i) Cinsel Hayat ve Tercihler.....	23
(ii) Kişinin Beden ve Ruh Bütünlüğü	24

(iii) Gizli Dinleme ve İzlemeler	24
(iv) Ad, Fotoğraf, Nam- Şöhret, Yaşam Tarzı	26
(v) Kişisel Veriler	28
(vi) Basın Yayın Yoluyla Özel Hayata Müdahale.....	29
(2) Aile Hayatına Saygı Hakkı	30
(3) Konut Dokunulmazlığı Hakkı.....	32
(4) Özel Haberleşmenin Gizliliği	35
(5) AİHS'ye Göre Özel Hayata Müdahalede Hukuka Uygunluk Sebepleri	38
5. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı	40
6. Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi.....	42
B. Mukayeseli Hukukta Özel hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı	42
1. Anglo-Sakson Hukuku.....	43
a. Amerika.....	43
b. İngiltere	47
2. Kıta Avrupası Hukuku	50
a. Almanya	50
b. İsviçre.....	52
c. Fransa.....	53
d. İtalya	55

İKİNCİ BÖLÜM

MEVZUATIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

I. ANAYASALARIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ	57
A. Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönem.....	57
B. Cumhuriyet Anayasaları.....	57
1. 1924 Anayasası.....	57
2. 1961 Anayasası.....	58
3. 1982 Anayasasında Yer Alan Düzenleme.....	59
a. 2001 Değişikliklerinin Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi	62

b. Cevap ve Düzeltme Hakkı	64
II. TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE	
DAVA YOLLARI.....	64
A. Genel Olarak	64
B. Önleme davası.....	67
C. Saldırıya Son Verilmesi Davası	67
D. Tespit Davası	67
E. Kazancın İadesi Davası	68
III. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE DAVA	
YOLLARI.....	68
A. Genel Olarak	68
B. Maddi Tazminat Davası	68
C. Manevi Tazminat Davası.....	69
IV. RADYO VE TELEVİZYON KANUNLARI.....	70
V. BASIN KANUNU	71
VI. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU	72
VII. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU	74
VIII. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA GÖRE ÖZEL	
HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI	75
A. Beden Muayenesi Ve Moleküler Genetik İnceleme	76
B. Arama Ve Elkoylma	76
C. İletişim Denetlenmesi.....	78
1. Önleme Dinlemesi	78
2. Adli Amaçlı Dinleme.....	80
D. Gizli Soruşturmacı	81
E. Teknik Araçlarla İzleme	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TCK'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU(TCK m. 134).....	84
A. Genel Olarak	84

B. Suçun Maddi Unsurları.....	86
1. Suçla Korunan Hukuki Değer- Suçun Hukuki Konusu	86
2. Fail-Mağdur.....	88
3. Hareket-Netice-Nedensellik Bağlantısı	89
4. Suçun Nitelikli Unsurları	95
a. TCK M.134’de Yer Alan Nitelikli Haller	95
b. TCK M.137’de Yer Alan Nitelikli Haller.....	98
C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Özel Hayatın Gizliliği.....	102
1. Haklı Savunma	103
2. Yasa Hükmünü Yerine Getirme	104
3. İlgilinin Rızası	104
4. Hakkın Kullanılması	105
a. Hakkın Kullanılması Kapsamında Basının Haber Verme Hakkı.....	105
b. Hakkın Kullanılması Kapsamında Savunma Dokunulmazlığı	117
D. Suçun Manevi Unsuru	118
E. Teşebbüs	119
F. Suçluların Çokluğu(Suçta İştirak).....	119
G. Suçların Çokluğu(Suçların İttimai)	119
H. Muhakemesi.....	121
1. Kovuşturma	121
2. Uzlaşma.....	123
3. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	123
4. Hapis Cezasının Ertelenmesi.....	123
5. Görevli Mahkeme	124
6. Yaptırım ve Dava Zamanaşımı.....	124
I. Uygulamadan Karar Örnekleri.....	127
1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	127
2. Yargıtay Kararlarında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu.....	129
SONUÇ.....	134
KAYNAKLAR.....	137

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AD	Adalet Dergisi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
BK	Borçlar Kanunu
c	Cümle
CD	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
E	Esas
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
m	Madde
K.	Karar
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
MK	Medeni Kanun
No	Numara
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı

s	Sayfa
ss.	Sıra Sayfa
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
US	United States(Birleşik Devletler)
VUK	Vergi Usul Kanunu

GİRİŞ

Teknoloji her geçen ve hızla değişip gelişirken bizler bir yandan teknolojinin sağladığı nimetlerden yararlanıp diğer yandan da yine teknolojinin sağladığı imkânlar nedeniyle çeşitli hak ihlallerine maruz kalmaktayız. İhlal edilen hakların başında özel hayatın gizliliği hakkı yer almaktadır.

Bu hakkın korunması bakımından da incelememizin konusu olan Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda ilk kez düzenlenmiştir. Çalışmamızda özellikle konumuzun iyi kavranılabilmesi için özel hayat kavramının çeşitli tanımlarına yer verilmek suretiyle incelememiz başlamıştır. Ancak her olayın özelliklerine göre ele alınması ve gelişmeye açık olması diğer yandan oldukça geniş bir kavram olması nedeniyle özel hayat kavramı üzerinde tam ve tek bir tanımda uzlaşılamamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre özel hayat deyimi, “yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından” daha geniş olup bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hem cinsleriyle özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ise bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır.

Özel hayat, uluslararası düzenlemelerle de korunması gereken insan hak ve hürriyetlerinin kapsamına dahil edilmiş, korunmaya çalışılmıştır. 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.12), Avrupa Konseyi’nin 04.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmesi (m.8), 16.11.1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklarına İlişkin Milletlerarası Sözleşme (m.17), BM’in 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi (m.11) Avrupa Konseyi’nin 1993 tarihli Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi (m.7) söz konusu düzenlemelere örnek olarak verilebilir.

Pek çok ülke özel hayatın gizliliği hakkının korunması amacıyla yasal düzenlemeler yapma yoluna gitmiş veya yargı kararlarıyla içtihatlar oluşturmuştur. Özellikle Amerika, İngiltere, Almanya gibi bazı ülkelerin söz konusu hakkı koruma yöntemlerine yer verilmiştir. Bir yandan da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ele alınmış, özel hayatın gizliliği hakkına vermesi gereken önemin zamanla özellikle teknolojinin gelişmesiyle arttığı gözlemlenmiştir. Başvurucuların lkelerinde uğradıkları ihlallerin Mahkeme tarafından tespiti ve gerekçeleri kararları hem koruma sürecinin gelişimi hem de diğer devletler açısından yasal düzenlemeler ve uygulama bakımından aydınlatıcı olması nedeniyle önem arz etmektedir.

Ülkemizde zel hayatın gizliliğinin korunması da yasalar ve içtihatlar yoluyla gerçekleşmektedir. Türk Ceza Kanunumuzda zel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu konulu incelememizde özetle Anayasalarımız, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Radyo Televizyon Kanunları, Basın Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve en nihayetinde Türk Ceza Kanunu m. 134 anlamında suç, ayrıntılı olarak ele alınmış, uygulamaya ilişkin olarak da Anayasa Mahkemesi kararları ve Yargıtay içtihatlarına yer verilmiştir. Ancak bilindiği üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun'da yer aldığından ve m.134'n torba hüküm olmasından dolayı itihatlarımız henüz zenginleşememiştir.

Çalışmamızın amacı ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun'da ilk kez düzenlenen zel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu'nu inceleyerek yukarıda da arz ve izah edildiği üzere gerek uluslararası düzeyde gerekse de ülkemizde net bir tanımı yapılamamış özel hayat kavramını, özel hayatın gizliliği ve korunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihatları ile diğer ülkelerdeki yasal düzenlemeler, uygulama örnekleriyle ortaya koyarak açıklamaya çalışmak, maddenin uygulanmasında meydana gelebilecek sorunlara ışık tutmaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

A. Genel Olarak

Her insanın kendine ait bir özel hayat çevresi vardır. Bu, bireyin küçük dünyasını oluşturur ve devlet müdahalesine karşı korunmuştur¹.

Çağdaş, demokratik hukuk devletlerinde geçerli olan ilkeye göre kişi her yönüyle bir bütündür ve özel hayat da bu bütünün en önemli parçalarından biridir. Bu sebeple bireye, devlet veya özel kişilerce rahatsız edilemeyeceği kendisi ve yakınlarıyla baş başa kalabileceği, maddi ve manevi varlığını geliştirebileceği özerk bir alan sağlanmalıdır².

Özel hayat, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışdır³. Esasen özel hayat oldukça geniş bir kavram olduğundan her zaman geçerli ve genel bir tanım yapmak güçtür. Bu sebeple özel hayat çeşitli kaynaklarda “herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”⁴, “kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümü”⁵, kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesi istedikleri yönleri”⁶ gibi farklı tanımlamalar ile yer almıştır.

Özel hayat kavramı bakımından öncelikle Avrupa Konseyi Danışma Meclisi’nin 23.01.1970 tarihli kararını ele almak gerekir. Çünkü bu karar, özel hayatın gizliliği ve korunmasına bir tanım getirerek daha sonraki pek çok karara yol gösterici olmuştur. Bu karara göre özel hayata saygı, kişinin yaşantısını istediği

¹ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı(Açıklamalı- Gerekçeli- İhtihatlı)**, C: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 915.

² Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, C: 1, Ankara, 1977, s. 265.

³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=%F6zel+hayat&ayn=tam>, (15.08.2010).

⁴ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1978, s. 259.

⁵ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 1982, s. 127.

⁶ Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku**, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 133.

biçimde ve dış müdahalelerin en aza indirildiği bir şekilde sürdürebilmesidir. Bu hakkın kapsamına, kişinin özel hayatı, aile hayatı, ev yaşantısı, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel fotoğraflarının izinsiz yayımlanmaması, hukuka aykırı bir biçimde dinlemeye maruz kalmaması ve gözetlenmemesi, özel yazışmalarından gizlice yararlanılmaması ve gizli olarak elde ettiği bilgilerin yayımlanmaması gibi haklar girmektedir⁷.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre ise, özel hayat deyimi, “yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından” daha geniş olup bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hem cinsleriyle özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM), kavramı sadece bir kişinin iç dairesi şeklinde tanımlamak suretiyle sınır çizmenin çok kısıtlayıcı olduğunu düşünmektedir⁹.

Öte yandan bireyin korumaya değer özel yaşamında zihinsel ve fiziksel dokunulmazlığı ile moral ve entelektüel özgürlüklerinin korunması, onuru ve şöhretinin haksız fiillere karşı korunması, adı, kimliği veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması, izlenme, gözetlenme veya tacizlere karşı korunması, mesleki sır kapsamına giren bilgilerin açıklanmasına karşı korunması unsurlarının yer aldığı kabul edilmektedir¹⁰.

B. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Kavramı

Özel hayatın gizliliği, bugün bütün modern demokratik toplumlarda benimsenmiş bir Anayasa Hukuku ilkesidir¹¹. Hukukumuzda özel hayatın gizliliği kavramı temel bir hak olarak 1961 ve 1982 Anayasalarımızda bu konuda ayrıntılı düzenlemeler olmasına rağmen bu hakların uygulanmasını gösteren ve tanımını yapan düzenleme mevcut değildir.

⁷ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Özel Yaşamın Gizliliği”, **Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanı Anısına Panel**, Ankara, 18.10.2008.

⁸ Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 334.

⁹ Katherine Olley, “AİHS 8. Madde”, [www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate(8).tur.doc), 05.10.2008.

¹⁰ Özbek, s. 917; Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 169 vd.

¹¹ Özbudun, s. 265.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddesi olan 8. madde de bu hakkın tanımını vermemektedir. Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı üzerinde ortak bir tanıma varılamamıştır. Bu durum, özel hayat kavramının yukarıda izah edildiği üzere hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirgin bir içerik ve belli sınırlara sahip bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı, “yalnız kalma hakkı” ya da “kamuyu ilgilendirmeyen konularda kişinin kamuya haksız ya da istenmeyen ifşalardan uzak tutulması”¹² olarak tanımlanırken genel anlamda, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır¹³.

Özel yaşamın gizliliği hakkının birinci kuşak(klasik) haklar arasında yer aldığı, ayrıca ikinci ve üçüncü kuşak haklarla da yakın bağlantılı bir hak olduğu ileri sürülmektedir. Bir hak konusu olarak özel yaşamın korunması anlayışı, değişik felsefi görüşlerle temellendirilmeye çalışılmaktadır. Bunlardan biri, özgürlük idealinin asli elemanlarından sayılan “kişisel özerklik” ya da “bireysel dokunulmazlık” anlayışıdır. Bir diğeri yararcılık felsefesinden beslenen ve devletin müdahalesinden uzak kaldığı ölçüde bireyin kendisi daha mutlu hissettiği varsayımına dayanan bireyin mutluluğu ilkesidir. Bir başkası ise koruma altına alınmış bir özel yaşamın insan onuruna daha çok yakıştığı ve bireyin bağımsızlığını güvence altına aldığı düşüncesidir¹⁴.

Özel hayat kavramı, Anglo-Amerikan Hukukunda XIX. Yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Bu yıllarda topluma mal olmuş kişilere ya da politik şahsiyetlere karşı basının gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında bu hakların desteklenmesi ve kabul edilmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra pek çok eyalet gerek çıkardıkları yasalar gerekse mahkeme kararları ile hakkı tanıma yoluna gitmişlerdir. İngiltere’de ise bu süre daha geç olmuş Almanya 1940, 1950’lerde mahkeme kararları ile açıkça bu hakkı tanımaya

¹² Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, Harward Law Review, Vol 4, 1890, ss. 193-195, 213-215, <http://www.heinonline.org> , 29.11.2009.

¹³ Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, ss. 251, 252.

¹⁴ Üzeltürk, s. 6.

başlarken, Fransa yasal düzenlemesini ancak 1970'lerde yapabildiği¹⁵. Özel hayatın korunması Anglo-Amerikan Hukukunda "privacy" olarak adlandırılmıştır. Dilimize bu kavramı, mahremiyet olarak çevirmek mümkündür. Ancak bu kavram özel hayatın tüm unsurlarını kapsar nitelikte değildir. Bu sebeple ilgili kavramın karşılığı olarak "özel hayatın gizliliği" ifadesini kullanmak özellikle yasa metnindeki düzenleme de gözetildiğinde doğru olacaktır. Ancak özel hayatın gizliliğini, kamu işlerindeki gizlilik "secrecy" kavramından ayırmak gerekir. Bu iki kavram farklı amaçlara hizmet eder. Hatta bir bakıma aralarında ters yönlü bir ilişkinin varlığından söz edilir. Gerçekten genellikle kamu işlerinde gizliliğe en az yer veren rejimler, özel hayatın gizliliğine en çok saygı gösterenlerdir. Kamu işlerinin önemli bir bölümünün gizli yürütüldüğü rejimler ise özel hayatın gizliliğine fazla önem vermeme eğilimindedirler¹⁶.

Bireye değer veren bütün siyasal sistemlerde özellikle insan haklarına saygılı, çağdaş, demokratik hukuk devletlerinde özel hayatın gizliliğinin korunması temel bir olgudur. Özel hayatın gizliliğine en çok saygı gösteren ve değer veren siyasal rejim demokratik rejimdir. Totaliter rejimler, kamu işlemlerinde gizlilik ilkesine büyük ölçüde başvurdukları halde özel hayatın gizliliğine pek az saygı gösterirler. Kişinin kendi düşünceleriyle, iç dünyasıyla baş başa kalabileceği özel hayat alanını alabildiğince daraltma çabası içindedir. Demokratik rejimlerde ise tam tersine, kamu işlemlerinin açıklığı, özel hayatın gizliliği esastır. Bireyi en yüksek değer olarak gören kişi haysiyetine saygıyı temel ilkelerden biri olarak kabul eden liberal demokratik teori, bireyin maddi ve manevi varlığını, yaratıcılık yeteneğini serbestçe geliştirebilmesi için ona devletin müdahale edemeyeceği özerk bir alan tanımayı vazgeçilmez nitelikte sayar. Böyle bir özerk alan, kişiliğin gelişmesi ve bireysel özelliklerin korunabilmesi bakımından zorunludur. Fakat demokratik sistemlerde bazı kamusal işlemler zaman zaman gizli yürütülebildiği gibi özel hayatın gizliliğinin de bir takım istisnaları vardır. Belli ölçüde gizlilik demokratik sistemler bakımından da fonksiyonel ve kaçınılmaz bir nitelik taşıyabilir. Bu hakkın mutlak kabul edilmesi demokratik sistemle çatışabilir. Örneğin, bazı suçların takibi, önlenmesi, kamu

¹⁵ Barendt Eric, "The Right To The Protection Of Privacy", Conferance On Freedom Of Expression And The Right To Privacy, Strasburg, 23 September 1999, aktaran Hanımeli Çağlayan, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136.zip>,(06.10.2008).

¹⁶ Özbudun, ss. 266-267.

düzeni, milli güvenlik, basın özgürlüğü ve kamuoyunun olup bitenleri bilme hakkı gibi. Özel hayatın gizliliği ilkesi ile bu ilkenin çatışabileceği değerler arasında başarılı bir “denge” kurulması, hakların mutlak olarak korunmasından önemlidir¹⁷.

Devletin suçla mücadelesinde kamu yararı nedeniyle ve oranlılık ilkesi çerçevesi içinde özel yaşam alanına müdahale mümkün olabilmelidir. AİHM özel hayatın sınırlandırılmasını, sınırlamanın ancak kanunla yapılması, meşru bir amaca dayanması ve demokratik bir toplum için gerekli olması durumunda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Böyle bir durumda oranlılık ilkesi, kamu yararı ve özel hayatın korunması arasında genel bir değerlendirme yapılması zorunluluğu yanında müdahalenin ya da alınan tedbirin gerekli olup olmadığı, amacına ulaşıp ulaşamayacağına da dikkat edilmelidir¹⁸.

Demokratik toplumdaki anlaşılması gereken ise hukukun üstünlüğü, hukuk devleti biçiminde somutlanmış ve yaşama geçirilmiş toplumdur¹⁹. Hukuk devletinin özellik ve niteliklerini Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme 1992/8E. Ve 1992/39K. ve 16.06.1992 tarihli kararında “Hukuk devleti olmanın temel koşulu, devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her eylem ve işlemi hukuka uygun olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu gerçekleştirerek sürdüren anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan hukuku tüm devlet organlarında egemen kılan anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasanın da bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir²⁰ demiştir.

Özel hayatın gizliliği iki tür korumaya gerek göstermektedir. Birincisi, gizliliğin özel kişilerin tecavüzlerine karşı korunmasıdır ki, bu bir yandan ceza mevzuatı bir yandan da özel hukukun kişilik haklarını koruyucu hükümleri yoluyla

¹⁷ Özbudun, s. 270.

¹⁸ Özbek, s. 917; Gölcüklü ve Gözübüyük, ss. 373, 331.

¹⁹ Enis Coşkun, **Küresel Gözaltı-Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme**, Ümit Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 209.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 16.06.1992, 1992/8E., 1992/39K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (13.08.2010).

sağlanmaktadır. İkinci tür koruma ise özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya devletin tecavüzlerine karşı korunmasıdır²¹.

Gerek Anayasa ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) m. 8, özel hayatın korunması, aile hayatının korunması, konutun korunması, haberleşme hakkının korunması bakımından koruma sağlamaktadırlar. Devletin bu hakların korunması bakımından ise iki tür yükümlülüğü bulunmaktadır. Negatif yükümlülük dediğimiz yükümlülük, devletin yetki alanı içinde bulunan herkesin özel hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı göstermesi, müdahale etmemesi ve bu hakları bizzat çiğnememesidir. Pozitif yükümlülük ise devletin yukarıda saydığımız haklara bizzat müdahale etmemesinin yanında bu hakların çiğnenmemesi ve başkaları tarafından da müdahale edilmesini engellemek amacıyla gerekli önlemleri alma yükümlülüğüdür²². Ülkemizde de özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı kabul edilmiş ve özel hayatın gizliliğinin kişinin en temel haklarından olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle de devlet organları, bu hakka yönelik her türlü saldırıyı önlemek görev ve yükümlülüğü altındadır. Saldırıyı önlemeye yönelik her faaliyet aynı zamanda devletin kendi varlığını sürdürmek açısından büyük önem taşır. Aksi düşünce kişinin sürekli olarak özel hayatlarına müdahale edildiği ve bireyin de sürekli olarak her yaptığı hareketin veya davranışların izlendiğini hissetmesi, güvensizlik ve korku ortamına yol açar ve bireyler de bu durumda baskı altında bulunacağı için ahlak ilkelerini çiğneyen bir tutum içine girip toplum huzurunun ve güvenliğinin tehlikeye düşmesine yol açabilirler. Bu da devletin varlığını yakından ilgilendirmektedir²³.

Hayatın gizli alanının mutlak dokunulmaz olması karşısında bu alana yapılacak müdahale hukuka aykırıdır. Ancak özellikle devletin suçla mücadelesinin

²¹ Özbudun, s. 267.

²² 26 Mart 1985 tarihli AİHM x ve y- Hollanda davasında “8. madde devleti sadece müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz. Bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğansında olan pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler anlamında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerir” denilmiştir, aktaran, Özbek, s. 919; Üzeltürk, s. 11; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 332; Mustafa Tarık Şentuna, **Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 9; Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S: 1, 2007, s. 136.

²³ Enis Coşkun, **Gizli Dinleme**, May Yayınları, İstanbul 1974, s. 110 vd.

bir gereği olarak hayatın özel alanına müdahalesi mümkün olabilmelidir. Bu da oranlılık ilkesi gözetilerek tedbirden beklenen fayda ile ihlal edilen menfaat arasındaki dengenin sağlanmasıyla gerçekleşmelidir. Denge, ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu an hayatın özel alanı ihlal edilmiştir.

C. Özel Hayat Kavramını Oluşturan Öğeler

Yukarıda da ayrıntılarıyla izah edildiği üzere gerek özel hayat gerekse de özel hayatın gizliliği ve korunması tanımlarında tespit edilen ortak husus hukuk sahasında sadece gerçek kişilerin, insanın, toplumsal bir varlık olduğu ve yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte sürdürebileceği gerçeğinden hareketle, yaşamın kamuya açık(ortak) ve özel olmak üzere iki yönünün bulunduğu kabul edilmesi gerekir²⁴. Özel yanının da özel hayat alanı ve hayatın gizli alanı olarak ikiye ayrıldığı kabul edilir²⁵.

Hayatın genel yanı, ortak hayat alanı, hayatın genel yönü ise kişinin diğer insanlarla paylaştığı, sosyalleşmesinin gereği olarak toplumca bilinip gözlenebilen geniş bir alandır²⁶. Hayatın genel yanı, kamuya açık alanda yaşanır ve kural herkese açıktır. Kişi bu hayat alanında yaşarken bunu gizleme gereğini duymamaktadır. Örneğin kişinin alışverişe çıkması, ailesi ile maça ya da sinemaya gitmesi, lokantada yemek yemesi, dostlarıyla bir çay bahçesinde veya gece barda bir şeyler içmesi, oturduğu sitede denize veya havuza girmesi gibi²⁷. Herkesin paylaştığı, rahatlıkla girip çıktığı, faaliyette bulunduğu bu alan kişilik haklarının konusuna girmez. Başka kişilerin bu alana sızması, bilgi edinmeleri ve bunları başkalarına aktarmaları da engellenemez.

Hayatın özel yanına ilişkin olan özel hayat alanı ise istenirse ancak en yakın bir veya birkaç kişiyle paylaşılabilen esasen gizli olan nisbi sınırlar barındıran bir alandır. Birey özel hayat alanına giren olayların da gizli kalmasını başkaları

²⁴ Özbek, s. 916.

²⁵ Nurullah Aydın, **Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 227 .

²⁶ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 28; Aydın, s.227; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 125.

²⁷ Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya 1991, s. 855; Özbek, s. 916.

tarafından bilinmemesini ister²⁸. Özel hayat alanı, kişinin üzerinde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerinin oluşturduğu alandır. Bireyin özel hayatına ilişkin faaliyetlerinin rızası dışında başkaları tarafından öğrenilmesi ve üçüncü kişilere aktarılması kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaktadır²⁹. Ancak bu alan gizli hayat alanına nazaran daha alenidir. Giz alanından farkı, bu alanın sosyal ilişkiye açık olması yani sosyal ilişki boyutudur³⁰. Bu alenilik herkes tarafından bilinme anlamında değil, sadece olayların meydana gelme şekliyle birlikte belirli vasıf ve sayıda kişilerle paylaşımın söz konusu olması anlamındadır. Bu sebeple bu alana giren olayların üçüncü kişilere duyurulması halinde özel hayat alanı ihlal edilmiş olur. Özel hayat kişinin mesleki hayatı, aile hayatı gibi yani kapısının arkasında yaşadığı “iç hayat” olarak algılanmalıdır. Oysa ortak hayat, kişinin sosyal hayatı yani onun hem cinsleriyle ilişkiler kurmasına yarayan “dış hayat” olarak algılanmalıdır. Bir kimsenin kiminle nişanlandığı veya arkadaşlık yaptığı, sadece kendisini ve belirli kişileri ilgilendirdiğinden kişinin bu faaliyeti özel hayat alanına girer³¹.

Hayatın gizli alanı ise, kişinin kimseyle paylaşmadığı sır, gizli duygu ve düşünce alanıdır. Bu alana kişinin kendisiyle baş başa kaldığı alan, kişinin son sığınağı da denebilir. Gizli hayat alanı, kişinin başkaları tarafından bilinmesini, öğrenilmesini istemediği olay ve davranışlardan oluşan alandır. Kişi, gizli hayat alanına giren olayları, belki sadece özel olarak en fazla yakınlık hissettiği kimselere (anne, baba, eş, kardeş, sırdaş vs.) duyurur. Bu itibarla gizli hayat alanı, bir kimsenin hayatının en özel ve gizli kısmını oluşturur. Kişinin sırları, en gizli duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları, dilekleri gibi hayat olayları bu alana girer³². Kişinin gizli alanını kişinin gizli tuttuğu ve gizli tutmakta meşru çıkarlarının bulunduğu olaylar meydana getirir³³. Bu alan bireyin hiç kimseyle paylaşmadığı duygularını, düşüncelerini, sırlarını, ümitlerini, korkularını içine alan ve kendisiyle

²⁸ Özbek, s. 917; Danışman, s. 855.

²⁹ Şen, ss. 228-230.

³⁰ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 140.

³¹ Özbek, s. 917; Dural ve Öğüz, s. 126.

³² Özbek, s. 917; Dural ve Öğüz, s. 126.

³³ Aydın, s. 227.

baş başa kaldığı yani kendisini sakladığı alandır³⁴. Birey kendi giz alanını oluşturan öğeleri, yakınlarıyla paylaşma ihtiyacı duyabilir. Duygu ve düşüncelerini açabilir. Sırlarını paylaşabilir ama bu durum giz alanlarının gizli olmaktan çıktığı anlamına gelmez. Başkalarının bu alana müdahalesine imkân vermez. Gizli yaşam alanındaki öğeleri paylaşan kişilerin bu duruma saygı gösterip diğer kişilere aktarmaması gerekir. Aksi davranış, suç niteliğini taşıyacaktır.

Hayatın gizli alanına girilmesi kişi için bir yıkımdır. Bu nedenle her türlü müdahaleye karşı mutlak olarak korunmuştur ve dokunulmazdır³⁵. Buna karşılık özel yaşam alanı ise, üçüncü kişiler ve devlet müdahalesine karşı korunmuş olmakla birlikte özellikle devletin suçla mücadelesi bakımından dokunulmaz değildir. Bu yönüyle nisbi bir korumaya sahiptir³⁶.

Gerçekten kişinin gizli hayatı dokunulmaz olmalıdır. Zira bu alanın ihlali onun onuru ve dolayısıyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını da ortadan kaldırır. Ancak bu mutlak dokunulmazlık hayatın gizli alanı ile sınırlı olmalıdır.

Hayatın genel yanı, kamuya açık alanda yaşanır ve kural olarak herkese açıktır. Kişi bu hayat alanında yaşarken bunu gizleme gereğini duymamaktadır. Fakat bu alan herkesin rahatlıkla müdahale edebileceği bir alan değildir. Bu alana da ancak çok sınırlı olarak müdahale edilebilir. Bu alandaki faaliyetler ve davranışlar sürekli olarak izlenemez ve kaydedilemez. Örneğin izin alınmadan ses kaydı ya da fotoğraf çekimi hukuka aykırıdır.

Erving Goffman ve Kurt Lewin gibi sosyologlara göre bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, iç içe geçmiş çemberlere benzetilebilir. Bu çemberler üç kısımdan oluşmaktadır. En iç çemberde “çekirdek benlik” denilen bireyin hiç kimseye paylaşmadığı, sırlarını, düşüncelerini, duygularını, korkularını, ümitlerini içine alan ve kendisiyle baş başa kaldığı nihai bir sığınaktır. İkinci çemberde, kişinin arkadaşlarıyla, dostlarıyla yani en yakınlarıyla paylaştığı duygu ve düşünceler çemberi gelmektedir. En dış çemberde ise kişinin herkese açıklamaktan ve

³⁴ Özsunay, ss. 91-93.

³⁵ Özbek, s. 917; Şimşek, s. 140.

³⁶ Özbek, s. 917.

paylaşmaktan çekinmediği, kamunun bilgisine sunduğu konular bulunmaktadır³⁷. Bireyin “çekirdek benliği”ne zorla veya psikolojik yöntemlerle girilmesi, mutlak sınırlarının başkalarınca öğrenilmesi, onun için en büyük tehdittir. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireysel özelliklerinin ve bireysel seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi bakımından da zorunludur. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, kendisine neyi saklı tutacağını hür iradesiyle belirleyemiyorsa seçmede bulunma, kendi hayatına dilediğince yön verme hürriyetinden de geniş ölçüde yoksundur. Nihayet toplumun kültür ve düşünce hayatının gelişmesi de özel hayatın gizliliğinin korunmasını gerek gösterir. Bir çok düşünce, görüş, sanat eseri, kamuya açıklanacak biçime ulaşmadan önce, bireyin kendi iç dünyasında bir olgunlaşma sürecinden geçmek zorundadır³⁸.

Diğer yandan kamuya mal olmuş kişilerin durumu önemlidir. Kamuya mal olmuş kişiler ses, sinema sanatçıları ve sporcular gibi ünlü kişilere, kamuda görev yapan kişilerden oluşmaktadır. Yasa koyucu “özel hayat” ve “özel hayatın gizliliği” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusuna değinmediği gibi “kamuya mal olmuş kişiler” kavramı da muallâk kalmıştır. Amacın her ne kadar kavramların içini uygulamaya bırakmak olduğu düşünülebilse de “suçta ve cezada kanunilik” prensibinin mutlak olarak uygulandığı ceza hukukunda normlarda açıklama ve tanımlamalara yer verilmelidir. Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları bilinmek istendiğinden kamuya ait alanlarda özel hayatlarına ilişkin olay meydana geldiği zaman bu olayın duyurulması kişilik haklarına saldırı niteliği taşımamakta haber niteliğini alabilmektedir³⁹.

Ancak kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına her müdahale de haklı kabul edilemez. Ancak üstün bir kamu menfaati söz konusu olduğu durumlarda buna cevaz verilebilir. Görüldüğü gibi kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının diğer bireylere göre daha sınırlandırılmış ve daraltılmış olduğu açıktır⁴⁰.

³⁷ Özsunay, ss. 91-93; Özbudun, s. 266.

³⁸ Özbudun, s. 266.

³⁹ Şen, s. 237; Mustafa Durul, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 147.

⁴⁰ Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, s. 336; Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 137; Şen, s. 237; Kazancı, s. 133.

Bildiğimiz üzere, tanınmayan kişilerin özel hayatı bu kişileri tanıyanların dışında kimseyi ilgilendirmemektedir. Oysa tanınmış kişiler söz konusu olunca durum tamamen değişmektedir. Sinema yıldızı, sporcu, politikacı gibi kişilerin hareketleri, jestleriyle ilgili merak, halkın önemli bir kesimini ilgilendiren “genel merak” şekline dönüşmektedir. Basının belli bir kısmı, her gün, hafta, ay meraklı okuyucu kitlesine bu konuda kimsenin bilmemesi gereken başkalarına ait mahremiyeti yazı ve fotoğraflarla aktarmaktadır. Bu yolla kazançlı bir ticaret yapılmaktadır. Batı ülkelerinde konuyla ilgili mahkeme kararlarının çokluğu da akıllı bir şekilde yürütülen skandal endüstrisi toplumda bir çeşit teccüs⁴¹ hastalığı yaratmıştır. Konuyla ilgili olarak şu soru sorulmaktadır “acaba çağdaş toplumun tiryakisi olduğu yeni afyonun adı dedikodu mudur?”⁴².

Her ne kadar yargı kararları ve doktrin kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının belirli alanlarına müdahale edilebileceği ve bunlar hakkında bilgi toplanması ile kamuya bilgi aktarılmasının hukuka uygun sayılacağı kabul edilmekte ise de bu düşüncenin isabetli olmadığı, esnek bir anlayıştan ibaret olduğu, dolayısıyla bireyin anayasal güvence altındaki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında müdahale konusunda başkalarına geniş ve keyfi imkânlar tanındığı ileri sürülebilir. Bu sebeple özel hayatın gizliliğinin korunması konusunda kamuya mal olmuş kişi-kamuya mal olmamış kişi ayırımının yapılmasının doğru olmadığı, bireyin rızası olmadıkça ve 1982 Anayasasının 20., 21., ve 22. Maddelerinde gösterilen sınırlamalar kapsamında yasal düzenlemeler oluşturulmadıkça hiç kimsenin özel hayatına müdahale edilemeyeceği gibi aksine tüm davranışların TCK m.134. madde kapsamında suç teşkil edeceği iddia olunabilir. Bu anlayışa göre birey kamuya mal olmuş şahsiyet bile olsa kamuyu ilgilendiren bir şahıs olduğundan bahisle özel hayatla ilgili görüntü ve bilgilere izinsiz veya yasal düzenlemeler dışında ulaşılması suç sayılacaktır. Özel hayatın sert bir şekilde korunması yönündeki anlayış “basın hürriyeti”, “bilgi edinme hakkı”, hakkın icrası kapsamında kalan bir mesleğin gereklerinin yerine getirilmesi olarak adlandırabileceğimiz. Hukuka uygunluk sebeplerini tümünden reddettiği için isabetli görülmeyecektir. Ancak diğer taraftan

⁴¹ Teccüs, öğrenme merakı, araştırıp bir şeyin gerçeğini bulma; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

⁴² Danışman, ss. 3-4.

bireyin önemli bir hakkı olarak kabul edilen özel hayat hakkına genişlik ve müdahale edilmezlik tanınması açısından da savunulabilir bir düşünce olabileceğini ifade etmek isteriz⁴³.

Kişi ne kadar tanımış olursa olsun bir giz alanı vardır. Bu alan giren değerlerin korunmasını isteme hakkı vardır. Örneğin duygusal ve cinsel yaşam kişilerin en sık olarak başkaları ile paylaşmak istemediği alan olmaktadır. Ancak gelişen teknoloji sayesinde çok küçük araçlarla ses ve görüntü kaydetme mümkün olabildiğinden bu alana dâhil olan değerler günümüzde daha çok tehdit altındadır⁴⁴. Fakat her şeye rağmen, Warren ve Brandeis'in 1890 yılında yayımlanan "The Right to Privacy" başlıklı makalelerinde değindikleri üzere⁴⁵, hukukun amacı; ilişkileri konusunda toplumun herhangi bir meşru ilgisi olmayan kişileri, istenilmeyen ve istenmemiş aleniyetin içine çekilmekten korumak ve tüm kişileri, mevkileri ya da durumları her ne ise, gizli tutmayı tercih ettikleri hususların, onların istekleri hilafına alenileştirilmesinden korumaktır. Suçlanması gereken ve engellenmesi gereken bireysel mahremiyetin haksız şekilde saldırıya uğramasıdır.

II. ULUSLARARASI ALANDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

A. Uluslararası Sözleşmelerde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı

Özel hayatın gizliliği hakkı aynı zamanda özel hukuk anlamında da kişilik hakkı niteliğindedir. Bu konu hem kamu hem de özel hukuk alanında çalışmaların konusu olmuş ve bu hususta büyük mesafe katedilmiştir. Söz konusu gelişmeye özellikle Birinci Dünya Savaşı sonrasında tanık olmaktadır. Gerçekten 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bunu doğrulayan en önemli delillerdir.

⁴³ Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006(YTCK Yorumu), ss. 590-591.

⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 136; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 441.

⁴⁵ Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", Harward Law Review, Cilt: IV, No: 5, 15 Aralık 1890, <http://heinonline.org>. (16.11.2009).

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Birleşmiş Milletler, insan hakları sorununa büyük önem vermiş ve insan haklarının tanınması için büyük çaba harcamıştır. Bu amaçla 10.12.1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edilip ilan edilmiştir⁴⁶. Bu bildirge ile hak ve özgürlüklerin evrensel ölçüde ve etkin olarak tanınıp uygulanması amaçlanmıştır ve tüm ülkeler ve halklar için erişilebilecek ortak ülküler belirlenmiştir.

Özel hayat hakkı, bir insan hakkı olarak uluslar arası alanda ilk kez bu bildirgeyle tanınmış ve kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen birinci kategori içinde yer almıştır(m.1-14).

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. Maddesinde özel hayat hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre *“hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, onur ve ününe saldırılamaz. Herkesin bu tür karışma ve saldırılara karşı yasal korunma hakkı vardır”* denilmiştir. Bu bildirge ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı devletler tarafından temel bir hak olarak kabul edilmiştir⁴⁷.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı da değinilmesi gereken bir diğer konudur. BM Teşkilat Antlaşmasında açıkça Genel Kurulun hangi konularda üye devletlere zorlayıcı gücü bulunan kararlar alırdabileceği düzenlenmiştir. Buna göre Teşkilat Anlaşmasına göre genel kurulun bu konuda yetkisinin bulunmadığı açıktır. Esasen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bir bildiriden ibarettir. Sözleşme niteliği taşımamaktadır. Üye devletler de bu bildiriye imzalayıp Anayasalarındaki usullere göre tasdik etmemişlerdir. Böyle olunca da İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, üye devletler açısından zorlayıcı bir etkiye sahip olmayıp sadece tavsiye niteliğinde bir bildirgedir⁴⁸. Ancak her ne kadar bağlayıcılığın söz edemesek de insan hak ve özgürlüklerinin neler olduğuna ve bunların korunmasının sağlanmasına yönelik muhtevası ile üye devletler açısından ulaşılması gereken hedefleri gösteren bildirge son derece önemlidir.

⁴⁶ Suat Bilge, **İnsan Hakları El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, ss. 21-29.

⁴⁷ Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara, 1992, s. 69.

⁴⁸ İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1987, s. 337.

Ülkemizde ise her ne kadar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi milletlerarası anlaşma gibi onaylanmamış ve bu niteliği haiz bulunmasa da bu bildirmede düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunması ilkesine hem 1961 hem de 1982 Anayasasında yer almıştır. 1982 Anayasası m. 2’de “*Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir devlet olduğu*” temel bir ilke kabul edilmiştir. İzah edilen nedenle, insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Türk Hukuku açısından bağlayıcı olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki, Anayasamızın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünün başında yer alan genel gerekçede, “insan hak ve özgürlükleri düzenlenirken iç hukukun parçası haline gelen andlaşma ve sözleşmeler, özellikle 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi göz önüne alınmıştır” denilmek suretiyle desteklenmiştir.

Bilim ve teknolojinin olağanüstü gelişimi ve buna bağlı olarak yapılan buluşlar kişilerin özel hayat alanının daha da daralmasına ve bu alana yapılan müdahalelerin artmasına sebebiyet vermiştir. Birleşmiş Milletler Teşkilatı da pek çok kişi ve kuruluş gibi bu konuda pek çok alanda çalışma yapmıştır. Sonuç olarak üye devletlere yönelik bazı tavsiyelerde bulunulmuştur. Örneğin; kayıt teknikleri vb. alanlardaki ilerlemeler karşısında kişilerin özel hayatına ve ulusların egemenliğine saygılı olunması gerekmektedir. Elektronik kişilerin haklarına zararı dokunmaması için demokratik toplumlarda bunlarla ilgili bir kısıtlama konulmalıdır. Bilim ve teknolojinin demokratik hak ve özgürlüklere zarar verebilecek bir biçimde kullanılması önlenmelidir. Devletler kişilerin özel hayatlarını modern teknik araç ve gereçlerle yapılan müdahalelere karşı korumayı sağlamak amacıyla yürürlükteki kanun metinlerini değiştirmelidir⁴⁹.

Bazı davranışların da cezalandırılması gerektiği konusunda tavsiyede bulunulmuştur. Şöyle ki; İki veya daha çok kişi arasında yapılan konuşmaların gizlice dinlenmesi veya kayda alınması, konuşmacının kendi rızası varsa veya ulusal güvenliğin gerektirdiği durumlarda veya ağır suç hallerinde, resmi makamlar tarafından verilen emre uygun olarak yapılmış ise ceza verilemez⁵⁰.

⁴⁹ Naklen Coşkun, ss. 135-136.

⁵⁰ Coşkun, s. 136.

2. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletler Arası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 16.11.1966 tarihinde benimsenen ve imzaya açılan bu sözleşme 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır⁵¹.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletler Arası Sözleşme ile özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. Nitekim m.17/1'de kişinin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmesi güvence altına alınmıştır. Sözleşme m.17/2'de ise özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik yapılacak saldırı ve müdahalelere karşı, herkesin kanun tarafından himaye edilme hakkının bulunduğu belirtilmiştir⁵².

Bu sözleşme ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılacak kanunsuz ve keyfi müdahalelere karşı güvenceler getirmiş, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla bir denetim mekanizması da oluşturmuştur. Ancak bu mekanizma günümüzde işlevsel değildir. Zira, söz konusu mekanizma ile sözleşmeye göre, İnsan Hakları Komitesi kurulacak ve devletler ve kişiler bu komiteye sözleşme ile güvence altına alınmış hakların ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceklerdir. Ancak amaçlanan etkin denetim sağlanamamıştır. Esasen bunun sebebi, Komitenin başvuruları karara bağlama yetkisinin olmamasıdır. Sonuç olarak ihlal sadece bir uluslararası organda tartışılmakla kalmakta, ihlal sonucunda bir yaptırım yoluna gidilememektedir⁵³.

3. Özel Hayata Saygı Konulu Kuzey Memleketleri Hukukçular Kongresi

Bu kongre Stockholm'de 22-23 Mayıs 1967 tarihinde toplanmış ve kuzey ülkeleri hukukçuları ve hukuk uzmanları kongreye katılımcı olmuşlardır. Bu tarihte hukukçular gelişen teknoloji ve bilim karşısında kişilerin özel hayatlarına yapılacak müdahaleler sebebiyle doğacak hak ihlallerinin tartışılacağı "özel hayata saygı

⁵¹ Danışman, s. 21.

⁵² Şen, s. 74.

⁵³ Edip Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, 1. Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 301.

hakkı” başlıklı bu kongreyi toplamışlardır. Bu kongre aynı zamanda özel hayata saygı hakkının uluslar arası boyutta ele alındığı ilk kongredir.

Kongreye öncelikle başlığın yani “özel hayata saygı hakkının” tanımlanmasıyla başlanmıştır. Buna göre, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın kendi varlığını dilediği gibi sürdürmesi hususunda serbest olmasıdır⁵⁴. Bu serbesti sağlanırken kişinin korunacağı konular ise konut dokunulmazlığı, üstünün aranması, tıbbi, fiziki, psikolojik araştırmalar, kişi hakkında yapılacak gerçeğe aykırı açıklamalar, haberleşmeye el konulması, telefon, telgraf haberleşmesinin dinlenmesi, elektronik gözetleme ve dinleme cihazlarının kullanılması, basın yoluyla yapılan ihlaller, özel hayata ilişkin bilgilerin kamuya sunulması, kamu makamlarınca veya meslek sahiplerince elde edilen sır teşkil eden bilgilerin açıklanması, bir kişinin takibi, dinlenmesi, telefon edilmek suretiyle taciz edilmesi olarak tespit edilmiştir⁵⁵.

Kongrede özel hayatın gizliliği ve korunması ile diğer hak ve hürriyetlerin korunmasından bahsedilmiş olmakla birlikte bu hakların sınırsız olmadığı, kamu düzeni, kamu menfaatine uygun olarak kullanılması gerektiğine işaret edilmiştir. Sınırlamalar konusunda ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine atıf yapılmıştır. AİHS m.8 ile özel hayat hakkını, temel hak ve özgürlük olarak kabul etmiş ve bu maddenin ikinci fıkrasında ise bu hakkın kamu otoritesince ancak hukuka uygun olara demokratik toplum düzeninin zorunlu kıldığı ölçüde sınırlandırılabileceğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca özel hayata yapılan saldırılara karşı bireyleri korumak amacıyla devletler tarafından gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği, hukuka saygılı devletler açısından bunun bir zorunluluk olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeleri yapmayan veya gerçekleştirmeyen devletlerin hukuka saygılı devlet olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir⁵⁶.

⁵⁴ Fikret İlkiz ve Barış Günaydın; “Kişilik Hakları Medyada Etik ve Yargı Kararları”, **Küresel İletişim Dergisi**, S: 2, Güz, 2006, s. 3.

⁵⁵ Şen, s. 76.

⁵⁶ Şen, ss.77-78, Süheyl Donay, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, Onar Armağanı, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:39, 1974, s. 439.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

a. Genel Olarak

İnsan hakları kavramının hem uluslararası hem de anayasal boyutu vardır. İnsan hakları deyimi geniş kapsamlı olup, bir yandan insanların haklarını devlet organlarına karşı korunmasını; diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir⁵⁷. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, devlete verilen gücünün sınırsız olmaması ve kontrol edilmesi gerektiği hissedilmiştir. İnsan haklarına saldırıların önlenmesi ve dünyanın bu tür acılara tekrar dönmemesi için yeni arayışlara ve güvencelere ihtiyaç duyulmuştur. 1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi, bu anlayışın ilk ürünlerinden biridir. Kurulmasıyla birlikte ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin ana amacı, kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğüne bağlı olarak bu amacı paylaşan üyeler arasında hukuki bütünleşmeyi sağlamaktır⁵⁸.

Konsey birçok sözleşme ve tavsiye kararı kabul etmiştir. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması için devletlerin tek taraflı olarak ihlal edemeyecekleri uluslar arası standartların saptanması gerektiğinden yola çıkılarak kabul edilen sözleşmeler arasında en önemlisi olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi adıyla anılan "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme" Avrupa Konseyince 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 03.10.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve ek protokolü, ülkemiz tarafından 18.05.1954 tarihinde 6366 sayılı kanunla onaylanmıştır. Ayrıca sözleşmenin 25. Maddesinde yer alan "bireysel şikâyet hakkını" 27.01.1987'de, 46. Maddesinde yer alan "Divan'ın yargı yetkisini tanımayı" da 22 Ocak 1990 tarihinde ayrı bir beyanla

⁵⁷ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 3.

⁵⁸ Gölcüklü ve Gözübüyük, ss. 7-8; Said Vakkas Gözlügöl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuza Etkisi**, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara 1999, ss. 79-80; Mustafa Yıldız; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 5, 6.

⁵⁹ Kemal Başlar; **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, 2008 Ankara, s. 30; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 10; Coşkun Can Aktan, İstiklal Yaşar Vural ve Tülay Aktan, **Haklar ve Özgürlükler Antolojisi**, 2. Bası, Hak-İş Yayınları, Ankara 2003, s. 29; Ayhan Bozlak, "Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu yetkilerin Kullanılması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış", **Adalet Dergisi**, S:31, Mayıs 2008, s. 97; Yıldız, ss. 5,6.

kabul etmiştir. Böylece Türkiye, sözleşmenin tüm hükümleri açısından hukuken sorumlu bir “taraf devlet” statüsünü kazanmıştır⁶⁰.

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi amacıyla sözleşme ile “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu” ve “Avrupa İnsan Hakları Divanı” kurulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu çalışmalarına 18 Mayıs 1954, Divan ise 21 Ocak 1959 yılında başlamıştır. Ancak 11 No.lu protokolle, Komisyon ve Divan ayrımına son verilerek değişikliğe gidilmiştir⁶¹.

AİHS ile temel hak ve özgürlükler ayrı ayrı düzenlenmiş, hangi hallerde sınırlandırılacağı belirtilmiş ve getirdiği koruma mekanizmasıyla hak ve özgürlükleri güvence altına almıştır. Sözleşme gerek kişilere bireysel başvuru hakkı tanıyarak uluslar arası hukuk sujesi haline getirmesi ve gerekse getirdiği mekanizmalar sayesinde hak ve özgürlüklerin uluslar arası düzeyde korunması açısından diğer uluslararası sözleşmelerden ve belgelerden ayrı bir öneme sahiptir. Örneğin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası sözleşme ile temel hak ve özgürlüklerin korunması için denetim mekanizması kurulmuş ve bu denetimi sağlamak için İnsan Hakları Komitesi oluşturulmuş olmasına rağmen Komitenin kendisine yapılan başvuruları bir kararla sonuçlandırma yetkisi olmadığı için ihlalleri önleme konusunda etkili olamamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin en önemli özelliği bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır. Böylece sözleşme ile koruma altına alınmış hak ve özgürlüklerinin ihlali iddiası ile devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmektedir. Nitekim bu sebeple bireysel başvuru hakkının sözleşmenin bel kemiği niteliğinde bir hak olduğu kabul edilmiştir⁶². Bireysel başvuru hakkı ile devletler ve uluslararası örgütler yanında bireyler de uluslar arası hukukun sujesi haline getirilmiştir.

⁶⁰ Gölcüklü Feyyaz, “Uluslararası Belgeler Ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı , Temmuz-Ağustos, 1998, s. 1272.

⁶¹ Durmuş Tezcan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Oluşumu ve Türkiye’ye İlişkin Bazı Davalar Hakkında Gözlemler”, **İzmir Barosu Dergisi**, C: 72, S: 10-11-12, 1998, s. 50 vd.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, 2002, s. 82 vd.

⁶² Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 13 vd.; Orhan Kemal Cengiz, “Uygulamacılar İçin AİHM’ne Başvuru Rehberi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y: 65, S:3, Temmuz 1999, s. 43 vd.

Ayrıca sözleşmenin tarafı olan devletler, sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasından ayrı ayrı sorumludur. Sözleşme ile “ortak güvence sistemi” benimsenmiştir. Her sözleşmeci devlet, diğer sözleşmeci devletin sözleşmeye uygun hareket edip etmediğini denetlemekle yükümlüdür. Ancak esasında sözleşme kapsamında olan bireylerin haklarının korunması ya da sözleşmeye saygı gösterilmesi amacıyla var olan bu yükümlülük günümüzde devletlerin kendi çıkarları veya uyruklarının çıkarları için ya da siyasal bir baskı aracı olarak kullanılmaktadır⁶³.

Her ne kadar sözleşmede işlevsellik sağlanmışsa da hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinden bahisle AİHM’ne başvuru iç hukuk yollarının tüketilmesi koşuluna bağlandığından güvence ikincil niteliktedir.

Diğer yandan sözleşme karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancılar da yararlanır. Temel haklar tek tek sayılmışsa da bu haklar mutlak olmayıp bazı sınırlamalar getirilmiştir. Sözleşme ile ulusal hukuk etkilenmektedir. Yargısal organlara sözleşme ile koruyuculuk görevi verilmiştir. Devletin çekince koyma hakları sınırlandırılmıştır.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Düzenlemesi

AİHS “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlığı altında düzenlenen 8. Maddesinde kişilerin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır. AİHS m. 8’e göre;

“ Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”.

⁶³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 88 vd.; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 142.

AİHS'nin 8/1. maddesinde yer alan haklar aslında, bir bütün teşkil eden “özel hayat” kavramının farklı unsurlarıdır. Özel-bireysel hayat da aile hayatı ve haberleşme özgürlüğü hakkı gibi özel hayat kavramının farklı yönleridir.

Maddenin birinci fıkrasında koruma ve güvence altına alınan haklar ve özgürlükler sıralanmış, ikinci fıkrasında ise korunan bu hak ve özgürlüklerin mutlak olmadığı, hangi amaçla ve ne ölçüde sınırlamaya gidilebileceği açıklanmıştır. Sınırlamaların istisnailiği, sınırlamaların ancak m.8/2'de sayılan hallerde kamu organları eliyle gerçekleştirileceği koşul olarak sürülmek suretiyle açıklanmıştır.

AİHS m.8/1'de güvence altına alınan özel yaşam hakkı ve aile yaşamına saygı, konuta ve haberleşmeye saygı hakları sıralanmıştır.

c. Sözleşmeye Göre Özel Hayat Kavramı, Kapsamı ve Müdahaleler

(1) Özel Hayata Saygı Hakkı

AİHS'de özel hayat kavramı ve bunun unsurlarını oluşturan hakların tanımı yapılmamıştır. Gün geçtikçe gelişen teknoloji karşısında bu kavramların tanımının zaman içinde yetersiz kalacağı açıktır. Bu nedenle AİHM her olayın özelliğine ve koşullarına göre değerlendirme yapmakta, böylece durum ve zamanın ihtiyaçlarına göre geliştirici bir yorumla, bu kavramlara belli bir içerik kazandırmaktadır⁶⁴.

AİHM'ye göre “özel (bireysel) hayat”, “gizlilik” hakkından daha geniş bir anlamı ifade etmektedir⁶⁵.

AİHM özel hayat ile ilgili bir kararında, “bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı,

⁶⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 331.

⁶⁵ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, , 2. Baskı No:1, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, s. 9; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 331; Tezcan, Erdem ve Sancaktar, s. 282.

başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir” denmiştir⁶⁶.

AİHS organları “özel (bireysel) hayat”ın sadece gizlilik özelliğini taşımadığını, bunun yanı sıra, kişinin kişiliğini oluşturup geliştirebileceği bir alanı ifade ettiğini, bu bağlamda farklı olması ve kişinin kendi durumunu ve ilişkilerini ve bedenini kontrol etmesi demek olan özerkliği de “özel (bireysel) hayat” kavramı içinde değerlendirmektedirler⁶⁷.

Daha önceki incelemelerimizde de değindiğimiz üzere özel hayat kavramının tanımı kavramın niteliği gereği sözleşme metninde de yapılmamıştır. Kavram, her somut olayda ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilecektir. Nitekim AİHM kararları da bu yöndedir⁶⁸. Başlıklar altında inceleyeceğimiz müdahaleler beraberinde verilen kararlar özel hayat kapsamı konusunda bize ışık tutacaktır.

(i) Cinsel Hayat ve Tercihler

Kişinin cinsel hayat ve tercihleri özel hayatının unsurlarındandır. Bu bağlamda kişinin cinsel ilişkiler dahil çeşitli türden kuracağı ilişkilerde cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi Sözleşme’nin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir. Kişinin özel hayat alanının temel unsurlarından biri olan özel cinsel davranışlarının, sırf başkalarında şok etkisi yarattığı veya rahatsız ettiği için yasaklanamayacağı, eşcinsel ve cinsel ahlaka aykırı davranışların özel hayatın kapsamında yer aldığı pek çok kararda dile getirilmiştir⁶⁹.

İngiltere’ye karşı 27.09.1999 tarihli Lusting-Praen, Beckett, Smith ve Grady kararlarında başvuruçuların eşcinsel olmaları nedeniyle ordudan atılmalarında da sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğer yandan 17.11.1986 tarihli İngiltere’ye karşı Ress kararında devletlerin homoseksüellerin evlenmelerine izin

⁶⁶ Niemietz – Almanya davası, 16.12.1992, aktaran Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C: I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 944.

⁶⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 190; Kilkelly, s. 10.

⁶⁸ Dutertre, Gilles; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s. 287.

⁶⁹ Norris-İrlanda, 26.10.1988, Seri A – 42, p. 38, aktaran Kilkelly, s. 45-46; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 383.

verme yükümlülükleri yoktur. Mahkemeye göre trasseksüellerin birbiriyle evlenmelerini yasaklayıcı hükümler Sözleşmeye aykırı değildir⁷⁰.

(ii) Kişinin Beden ve Ruh Bütünlüğü

Zora dayalı olarak vücudun muayene edilmesi ve kan örneği alınması, komisyonun değerlendirmesine göre AİHS m. 8'e müdahale oluşturur⁷¹.

Ancak bilindiği üzere mahkeme öncelikle sözleşmenin uygulanabilirliğinin olup olmadığına ve ihlalin varlığına dair inceleme yapar. Daha sonra ise müdahale tespit edilirse Mahkeme müdahalenin meşru olup olmadığını 05.07.1999 tarihli Matter/Slovakya davasında, olduğu gibi ele alır. Olayda paranoyak psikoz hastası olan başvurucunun, akıl sağlığının kontrol edilmesi için zorla psikiyatri hastanesine götürülmesinin varılan sonuçla orantısız olmadığına ve 8.maddenin 2. fıkrasına uygun olduğuna karar verilmiştir⁷².

Diğer yandan 29.06.2006 tarihli Panteleyenکو/Ukrayna kararında Mahkeme, başvurucunun psikiyatrik durumuna ilişkin gizli bilgilerin hakim tarafından taraflara ve kamuya açık durumlarda açıklanması, bu konudaki usullere uyulmaması ve ayrıntıların dava açısından önemli olmaması karşısında, Sözleşme m.8'in ihlali olarak değerlendirmiştir⁷³.

(iii) Gizli Dinleme ve İzlemeler

Akustik ve optik araçlarla gizli gözetlemeye yönelik tedbirlerin AİHS m.8'e müdahale oluşturduğu, Sözleşme organlarının birçok kararında açıkça vurgulanmıştır. Devlet organları tarafından gözetlenmeksizin herkese açık biçimde de olsa hareket etme yeteneğinin m.8'in koruma alanına girdiği konusunda şüphe yoktur. AİHM telefon konuşmalarını da özellikle Almanya'ya karşı 06.09.1978

⁷⁰ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 383; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 336.

⁷¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 388.

⁷² Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s. 313.

⁷³ Durmuş Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2009, s. 199.

tarihli Klass⁷⁴ ve diğerleri kararı ile İngiltere'ye karşı 24.04.1990 tarihli Kruslin/Huving kararı bakımından bu bağlamda ele alınmıştır. Bir polis memurunun yardımıyla özel bir kişi tarafından yapılan telefon konuşmasının kayda alınması⁷⁵ m.8'in ihlali iken polisin güvenilir kişi kullanması, telefon dinleme ile bağlantılı da olsa özel yaşama müdahale oluşturmayacağı 15.06.1192 tarihli İsviçre'ye karşı Ludi kararında değerlendirilmiştir⁷⁶.

Mahkeme istihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli oldu durumlarda sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir. Bu durumda mahkeme demokratik toplumların çok sofistike casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini bunun sonucu olarak da Devletin bu tür tehditlere etkin bir biçimde karşı çıkabilmek için kendi yargı alanı içinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğinden etkilenmiştir. Mahkeme, posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olması, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabilir görüşünü kabul etmek zorunda kalmıştır⁷⁷.

Sokak ve meydanlara yerleştirilen kameralara ilişkin ise Mahkeme, 28.01.2003 tarihli Peck/ Birleşik Krallık davasında, özel yaşama ait beklentilerin zayıf olduğu kamusal bir alanda, sadece görüntü alınmasının özel hayata müdahale olmadığını, ancak bu görüntülerin kaydedilmesini ve sistematik ya da geçici olarak saklanmasını özel hayatın ihlali saymıştır⁷⁸. Şöyle ki, karar konu olayda başvuru kişisel ve ailevi olaylar sonucu depresyonda olduğu bir gece şehir merkezinde elinde bir bıçakla bileklerini keserek intihara teşebbüs etmiş ve trafiğe cephe parmaklıklara

⁷⁴ 06.09.1978 Klass/Almanya davasında Mahkeme, m. 8 anlamında korumanın gerektiği konusunda prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının arzu edilebilir olduğuna dikkat çekmiş ancak denetim amaçlı kontrol yetkisi mahkemelere değil de bir Parlamenter Kurul'a ve Kurul tarafından atanan G10 Komisyonu adı verilen bir organa vermiş olmasına rağmen Mahkeme Alman sistemini onaylamıştır. Bu kararın nedeni, her iki organın da gözetimi yapan yetkililerden bağımsız olduğu ve etkin ve sürekli kontrol edebilmeye yeterli güce sahip olduğu konusunda Mahkeme'nin tatmin olmuş olmasıdır; Kilkelly, ss. 50, 51.

⁷⁵ Fransa'ya karşı 23.11.1993 tarihli A. Kararı; Tezcan ve diğerleri, s. 387.

⁷⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 387.

⁷⁷ Kilkelly, ss. 49, 50.

⁷⁸ Üzeltürk, s. 195.

yaslanmıştır. Kapalı devre televizyon izleme sisteminde polisle doğrudan iletişime geçebilen belediye görevlisi bu olayı görünce polise bildirmiştir. Belediye sistemle ilgili gerçek programlar hazırlamış birine de başvuru konu olmuştur. İki fotoğrafı da yazılı ve görsel medyaya verilmiştir. Ancak bilindiği üzere kamusal alanda bile özel yaşam sahasına girebilecek bir etkileşim bölgesi vardır. Sokakta yürüyen bir kişi kaçınılmaz olarak orada bulunan başkaları tarafından görülecektir. Bir anlamda teknolojik aletlerle kişinin izlenmesi yanı türden bir olaydır. Olayda başvuru, yayınlanan iki fotoğrafiyle ilgili olarak maskelemenin yetersiz olduğunu, izleyenlerce tanındığını, ailesi, komşuları ve arkadaşları üzerinde olumsuz etkiler bıraktığını, bu durumun özel hayata müdahale olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme de kararında başvurunun hareketlerinin sistem tarafından kaydedilmesi ve polise bildirilmesi üzerine olmayıp görüntülerinin medya verilmesi sebebiyle özel hayatının ihlal edildiği gerekçesiyle esasen başvurunun yapıldığına dikkat çekmiştir. Nitekim söz konusu sistem başvuru hayatta kalmasını sağlamıştır. Basının görüntülerinin yayınlamasının ciddi müdahale oluşturduğuna karar verilmiştir. Yayında da meşru bir amaç güdülmemiştir. Maskeleme yetersizdir. Mahkeme başvuru için rızasının alınabileceğini ya da maskelemenin yeterli yapılabileceğine dikkat çekmiştir. Bu nedenlerle yapılan yayın Sözleşme m.8 ve m. 13'ü ihlal eder nitelikte bulunmuştur⁷⁹.

(iv)Ad, Fotoğraf, Nam- Şöhret, Yaşam Tarzı

Kişilerin adı, fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi ve yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar da özel hayat mozaığının parçalarıdır⁸⁰.

Kişi adlarının düzenlenmesine ait konular m. 8'e göre özel hayat ve aile hayatının kapsamına girmekle beraber, Mahkeme'nin şimdiye kadar bu konuda söz konusu hükmün ihlal edildiği yönünde hiç karar almamış olması bunun fazla önem verilmeyen bir konu olduğu fikrini vermektedir. Taraf devlet arasında kabul edilebilir ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda çok az ortak zemin olduğu için Mahkeme bu konuda geniş bir takdir hakkına izin verir. Ad değişiklikleri ve

⁷⁹ Peck v. Birleşik Krallık, 28.01.2003 tarih, 44647/98E., Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, 03.05.2009.

⁸⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 336.

seçimlerindeki sınırlamalara ait düzenlemeleri açıklayan kabul gören kamu yararı konuları olduğunu ifade etmiştir. Ancak evlilik durumunda kadın ve erkeklere farklı kurallar uygulanmasının m.8 ve m.14'ü ihlal eden ayrımcılık olduğu sonucuna 22.02.1194 tarihli Burghartz-İsviçre kararında varılmıştır⁸¹.

Ünal Tekeli/Türkiye davasında da başvurucu yalnızca kızlık soyadını kullanmak için dava açmış Mahkeme, m.8 ve m.14'ün birlikte ele alınması gerektiğine ve başvuranın mağdur olduğuna karar vermiştir⁸².

Mahkeme; Sterjna, Finlandiya ve Guillot/Fransa davalarında, ismin söylenmesinde güçlük, ismin pek çok lakap takılmasına yol açması gibi hususları ele alarak değerlendirme yapmış, kişinin isminin söylenmesindeki güçlüğü veya bu isme yönelik alay edilmesi gibi sebeplerin ismin değiştirilmesi için tek başına yeterli sebepler olmadığını benimsemiş, devletlerin bu konudaki geniş takdir hakkını ortaya koymuştur⁸³.

Kişinin fotoğrafları da onun kişiliğinin ve özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Özellikle hayatının gizli yönü ile ilgili olarak çekilen fotoğrafların önemi büyüktür. Kişinin herkese açık alanlardaki davranışlarının fotoğraflanması her zaman özel hayata müdahale niteliği taşımaz ancak özel hayatını yaşadığı ortamlarda ve yerlerdeki davranışlarının fotoğraflanması özel hayata müdahale teşkil eder.

Mahkeme, 19.05.1994 tarihli Friedl/Avusturya davasında Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir kişinin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağına çekilen fotoğrafa konu olan olayın özel hayat ya da kamu olayı ile ilgili elde edilen fotoğrafların belli amaçlar için mi kullanılacağına ya da kamuya açıklanıp açıklanmayacağına bağlı olacağına, toplumsal bir gösteri sırasında çekilen fotoğrafların saklanması özel hayata müdahale teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁸⁴.

⁸¹ Kil Kelly, s. 43; 22.02.1994 tarihli Burghartz/İsviçre kararı, bir kişinin soyadının önüne aile adını koyma hakkı ile ilgili olup İsviçre yasaları buna yalnızca kadınlar bakımından izin vermektedir, Tezcan ve diğerleri, s. 388.

⁸² Tezcan ve diğerleri, s. 201.

⁸³ Kil Kelly, s. 43.

⁸⁴ Kil Kelly, s. 35.

(v) Kişisel Veriler

Özel hayatın kapsamına kişinin cinsiyeti, medeni hali, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili zorunlu yanıtlanacak soruları içeren nüfus sayımları, polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi gibi hususlar “ özel (bireysel) hayat”ın kapsamında sayılmıştır⁸⁵.

Kişisel nitelikli verilerin korunması, özel yaşamın korunması hakkının önemli bir uzantısıdır. Kişiler hakkında veri toplanması ve depolanması özel hayatın koruma alanına müdahale oluşturur ve bu nedenle de yasal dayanağı gerekli kılar. Bu konuda İsveç’i ilgilendiren 06.06.2006 tarihli Segerstedt Wiberg ve diğerleri kararı yol göstericidir. Başvurucular İsveç Güvenlik Polisi tarafından haklarında tutulan kayıtları görmek konusundaki talepleri kabul görmeyen İsveç vatandaşlarıdır. Talebin reddedilme gerekçesi kayıtların verilmesinin ulusal güvenliği tehdit edebileceği veyahut polis faaliyetlerine zarar verilebileceğidir. Polisler ve ulusal mahkeme, 1980 tarihli ulusal bir kanunun ilgili hükümlerine dayanmaktayken başvurucular, özel yaşama saygı, ifade özgürlüğü, etkili başvurma haklarına dayanmışlardır. AİHM’e göre başvurucular hakkındaki bilgilerin tutulması ve saklanması 1998 tarihli Polis Veri Kanununa dayanan bir yasal temele sahiptir. Buna ilaveten yetkili mercilere bu konuda tanınan takdir hakkının kapsamı ve kullanılma tarzı yeterli belirlilikle kanunda düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu bilgilerin saklanması Sözleşme’de belirlenen suçun önlenmesi ve ulusal güvenliğin korunması meşru amaçlarına uygundur. Buna karşılık Mahkeme’ye göre kendisine verilen bilgiler ışığında söz konusu bilgilerin saklanmasına devam edilmesi Segerstedt Wiberg açısından gerekli olsa da diğer başvurucular bakımından değildir. Bununla birlikte İsveç’in AİHM’e söz konusu bilgilere tam erişim sağlamaması bakımından hukuka aykırılık yoktur, çünkü İsveç, başvurucuların menfaatlerine göre, ulusal güvenliğe ve terörle mücadeleye ilişkin çıkarlarını üstün tutmaya yetkilidir⁸⁶.

⁸⁵ Kilkely, s. 12.

⁸⁶ Tezcan ve diğerleri, s. 198.

Özellikle ulusal güvenlik açısından önemli olan bir göreve alınacak kişilerin geçmişleri ile ilgili olarak bilgi toplanması ve güvenlik soruşturması yapılması özel hayata bir müdahale teşkil etse de, genelde kabul gören bir uygulamadır. Ancak bunun için de kötüye kullanmaya karşı gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini Mahkeme Leander/ İsveç kararında da vurgulamıştır. Şöyle ki, Mahkeme, başvurucu hakkında güvenlik soruşturması yapılması ve elde edilen bilgilerin doğruluğuna karşı başvurucuya itiraz hakkı verilmemesinin özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturduğuna, iç hukukta yasaya dayanan bu müdahalenin hukuken öngörülebilir olduğuna, müdahalenin ulusal güvenliği koruma amacını taşıdığına, müdahale devletin takdir alanı içinde kaldığından istismara karşı yeterli ve etkili güvenceler getirildiğinden demokratik toplumda gerekli olan müdahale nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸⁷.

(vi) Basın Yayın Yoluyla Özel Hayata Müdahale

Basın ve kitle iletişim özgürlüğü AİHS m. 10'da düzenlenmiş olup m.10/2'de yer alan sınırlama sebeplerinden biri de başkalarının şöhret ve haklarının, bu çerçevede de kişilik haklarının korunmasıdır. Bu haklar, kişisel ve mesleki şeref ve haysiyet, kişi veya aile gizliliği, kişilerin resimleri üzerinde haklar olarak sayılabilir. Kişilik haklarının diğer bir unsuru, özel yaşamın gizliliğidir. Kişinin özel yaşamının ve özellikle de başkalarıyla paylaşmak istemediği, belli şahıslar dışında herkese saklı tutmayı arzu ettiği sır alanının yayın konusu yapılması, kişilik hakkına tecavüz niteliğindedir. Bu nedenle yakın kişilerle olan ilişkiler, hatıra defteri, özel mektuplar, kişinin bahçesinde bulunduğu çekilen fotoğraflar, bu kişinin izni olmaksızın yayımlanamaz. Keza, kişinin sır alanı dışında kalan ortak yaşam alanı da ancak basına açık nitelik taşıdığı ölçüde(konferans, seminer gibi) özel izne gerek olmaksızın yayımlanabilir. Bu bakımdan örneğin genç bir kızın plajda mayolu fotoğrafı, plaj herkese açık olsa da izni olmaksızın yayımlanamaz. Elbette ki, kamuya mal olmuş kimselerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı, diğer vatandaşlara oranla daha dardır. Kamuya mal olmuş kişilerin görevlerine ve meslek hayatlarına ilişkin olmayan özel yaşamları, sır alanları, izinsiz yayımlanamaz,

⁸⁷ Tezcan ve diğerleri, s. 387; Kilkelly, s. 24; Dutertre, s. 289; Muammer Ketizmen, **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.200.

fotoğraflanamaz. Bu açıdan halkın ünlü kişilerin hayatını merak etmesi, bu kişilerin özel hayatını basına malzeme yapma hakkını kimseye vermez. İşte bu çerçevede yukarıda anılan koşullara uygun olmayan bir yayımın yapılmak istenmesi durumunda, mağdurların şöhret ve haklarını korumak amacıyla yayımın durdurulması, toplatılması veya açılacak bir davada bu kimselerin herhangi bir yaptırıma mahkûm edilmesi(yaptırımın ölçsüz olmaması kaydıyla) ihlal olmayacaktır⁸⁸.

Basın özgürlüğü ile kişinin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı karşı karşıya geldiğinde kişinin kamuya mal olma derecesi, özel hayata müdahalenin niteliği ve derecesi ile devletçe bu konuda alınan önlemlerin etkin ve telafi edici olması gibi hususlar dikkate alınacaktır⁸⁹. Komisyon R. Brüggemann et Scheuten/Almanya davasında⁹⁰; görevleri veya uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişilerin hayatlarının gizli alanının bir kısmını kaybedeceklerini, bu gibi durumlarda kişilerin özel hayatlarına saygı isteme haklarının önemli ölçüde daralacağını belirtmiştir. Ancak bu kamuya mal olan kişilerin hayatlarının her safhasının herkese açık olduğu anlamına gelmemektedir.

Ayrıntılı olarak basın özgürlüğü kısmında ele alacağımız Prensesc Carolin davasında AİHM, “Salt kamuoyunun merakını tatmin etmek için yayınlanan özel yaşamın ayrıntılarına ilişkin fotoğraflar toplumun genel çıkarıyla ilgili bir tartışmaya katkıda bulunulamaz” sonucuna varmış ve Prensescin resimlerinin yayınlanmasında “kamu yararı” görmemiş, Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararını AİHS’nin “özel hayatın korunmasına” ilişkin m. 8’e aykırı bulmuştur⁹¹.

(2) Aile Hayatına Saygı Hakkı

Bireyin aile hayatına saygı hakkını konu alan hükmün koruduğu aile, sözleşmedeki öteki kavramlar 26.03.1992 tarihli Beldjoudi/Fransa kararında değinildiği gibi otonom bir kavramdır⁹².

⁸⁸ Tezcan ve diğerleri, s. 273.

⁸⁹ Kilkelly, s. 13.

⁹⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 336.

⁹¹ Sefa Reisoğlu, “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 301, 302;

⁹² Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 336.

AIHS m.8/1 anlamında aile kavramı geniş anlaşılmaktadır. Her şeyden önce aile, anne-baba ve ister meşru, isterse gayri meşru olsun, bunların çocukları ile olan ilişkilerini içermektedir. AIHM, 12.07.2001 tarihli K ve T kararında (de facto) sıkı kişisel ilişkiler bulunan kişilerin de bu maddeden yararlanabileceğini belirtmiştir⁹³. Ortada bir aile hayatı vardır diyebilmek için bireyler arasındaki ilişkilerin yeter düzeyde gerçek ve yakın olması gerekir⁹⁴. Bu ilişkiler aile birliğinin bozulmasından sonra da devam edebiliyorsa 21.06.1988 tarihli Berrehab/Hollanda ve 27.10.1994 tarihli Kroon/Hollanda kararlarında değinildiği üzere, m. 8 uygulanma alanı bulacaktır⁹⁵.

Özet olarak Komisyon ve Mahkeme gerçek bir aile hayatının varlığını araştırırken ilgililer arasındaki kan bağı derecesi ile birlikte bireysel ve insancıl ilişkilerin gerçek bir aile hayatını gösterir düzeydeliğini, birlikte yaşamak, duygusal bağlantı, iktisadi bağımlılık gibi hususları da göz önünde tutmaktadırlar⁹⁶.

Diğer yandan uygulamada yoğun tartışmalara neden olan konu ünlü kişilerin özel hayatına ilişkin medya tarafından yapılan yayınlardır. Bilindiği gibi bir mankenin sevgilisiyle yaptıkları ya da bir şarkıcının eşiyle kavgaları gibi hususlar kitle iletişim araçlarıyla kamuoyuna duyurulduğunda ilgili kişiler, özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmakta medya ise bu yayınların halkın ilgisine mazhar olduğunu, gazetecilik görevlerini yapmakta olduklarını savunmaktadır. Von Hannover/Almanya kararı bu konuda en iyi içtihat niteliğindedir⁹⁷.

Aile yaşamının korunması açısından her gün daha güncel hale gelen bir mesele de çevresel haklardır. 26.10.2006 tarihli Ledyayeva/Rusya davası da bu konuda yol göstericidir. Başvurucular evlerinin yakınının bir çelik işletmesinin sağlıklarını ve iyiliklerini tehdit ettiğini öne sürmüşlerdir. Cherepovets çelik işletmesi 1985'lerde kurulmuş olup Rusya'daki en büyük çelik dökümcüsüdür ve söz konusu şehirdeki havaya salınan toplam endüstriyel emisyonun %95-96'sına yol

⁹³ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 388.

⁹⁴ Kom. K. X. et Y/ İngiltere, 08.02.1972, no. 5269/71, Rec. S. 104; Singhet Uppel/ İngiltere, 02.05.1979, no. 8244/78, DR 17, s. 149 ve DR 20, s. 29, aktaran Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 337.

⁹⁵ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 337.

⁹⁶ Beldjoudi/Fransa, 26.03.1992, A 234, s. 71, 79, aktaran Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 338.

⁹⁷ Tezcan ve diğerleri, s. 204.

açmaktadır. Mahkeme bu kararında 2005 tarihli Fadeyeva/Rusya kararındaki tespitlerine atıf yapmıştır. Mahkeme, ciddi çevre sorunlarına karşı başvuruçuların haklarının korunması için Rusya'nın önlem almadığını tespit etmiştir. Zira, Hükümet yüksek toksik madde bulunan ve bu nedenle oturulamaz olan sıhhi güvenlik bölgesinde yaşayan başvuruçuları başka yere yerleştirmemiş, başka yere taşınmaları için tazminat temin etmemiştir. Bu nedenle de m.8 ihlal edilmiştir⁹⁸.

(3) Konut Dokunulmazlığı Hakkı

Genel tanımıyla konut kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerdir. Komisyon ve mahkeme meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğü yeri de m.8 anlamında konut saymıştır⁹⁹.

Konut, barınmak için oturlan yerdir. Oturmanın süreklilik arz etmesine gerek yoktur. İster kiralık olsun ister ilgilinin mülkiyeti altında bulunsun her türlü konut, bu korumadan yararlanır. Konutun eklentileri de konut gibi korumadan yararlanır. Cezaevleri konut sayılmasa da buraya yönelik müdahalelerin örneğin aramanın her halde özel yaşama müdahale oluşturduğundan şüphe etmemek gerekir. AİHM, konut deyimini daha geniş yorumlamakta ve bu bağlamda bir avukatın bürosunda yapılan aramayı da konut dokunulmazlığına müdahale olarak değerlendirmektedir. 16.12.1993 tarihli Niemetz/ Almanya kararı buna örnektir¹⁰⁰.

Mahkeme, oturulmakta olan evin kamulaştırılmasını konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak nitelendirmekte ise de bu müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığı m.8/2'de düzenlenen ölçülere göre değerlendirilecektir¹⁰¹. Şunu da belirtmek gerekir ki, kamulaştırma konusunda devletlere sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle geniş bir takdir hakkı tanınmıştır¹⁰². Ayrıca bir Çingenenin kendisine ait arsa üzerinde bulunan karavanda yaşamasının engellenmesi 25.09.1996

⁹⁸ Tezcan ve diğerleri, s. 209.

⁹⁹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 340.

¹⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 400; Gölcüklü ve Gözübüyük, ss. 340, 341; Tezcan ve diğerleri, s. 210.

¹⁰¹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 340.

¹⁰² Kilkelly, s. 56.

tarihli Buckley/İngiltere kararında konut dokunulmazlığının ihlali kabul edilmiştir. Oturulan evin kamulaştırılması da konut dokunulmazlığının ihlalidir¹⁰³.

Arama ve el koyma karşısında devletçe gerekli yasal düzenlemenin yapılarak konuta saygı gösterilmesi hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Böyle bir yasal düzenlemenin nasıl olması gerektiği Camenzina-İsviçre kararında ele alınmıştır. Dava konusu olayda arama tek bir kamu görevlisi tarafından ve başvurucuya hakkındaki dosyayı inceleyip avukatını arama fırsatı verildikten sonra, başvurucunun da hazır bulunduğu anda yapılmıştır. Yaklaşık iki saat süren aramada, bütün ev aranmış ancak herhangi bir belge incelenmemiş veya herhangi bir şeye el konulmamış, dolayısıyla müdahalede bulunulmadığı kabul edilmiştir. Arama ve el koyma karşısında devletçe gerekli yasal düzenlemenin yapılarak konuta saygı gösterilmesi hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Böyle bir yasal düzenlemenin nasıl olması gerektiği Camenzina-İsviçre kararında değerlendirilmiştir.

Somut olayda arama tek bir kamu görevlisi tarafından ve başvurucuya hakkındaki dosyayı inceleyip, avukatını arama fırsatı verildikten sonra, başvurucunun da hazır bulunduğu şekilde yapılmıştır. Yaklaşık iki saat süren aramada, bütün ev aranmış ancak herhangi bir belge incelenmemiş veya herhangi bir şeye el konulmamış, dolayısıyla müdahalede bulunulmadığı kabul edilmiştir. İsviçre kanunlarındaki şu özelliklerin mahkemece yeterli korumayı sağladığı belirlenmiştir. Arama, sadece sınırlı sayıdaki üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel olarak eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, bu görevden ayrılmakla yükümlüdür. Evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa arama yapılabilir. Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durum haricinde aramalar pazar ve tatil günlerinde ve gece yapılamaz; bir aramanın başında, araştırmayı yürüten yetkili kimliğini göstermeli ve söz konusu yerdeki kişiye aramanın nedeni hakkında bilgi vermeli ve arama sırasında söz konusu kişinin veya akrabasının veya evdeki başka bir üyenin de hazır bulunması

¹⁰³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

istenmelidir. Prensipte, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli kamu yetkilisi de olmalıdır. Aramaya katılan kişilerin önünde arama konusunda bir rapor hazırlanmalı ve eğer isterlerse söz konusu kişilere ve arama emrinin ve raporun bir kopyası verilmelidir. Belge aranması özel kısıtlamalara tabidir; mevcut şartlar ne olursa olsun, şüphelinin yasal bağlamda bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır; arama kararından etkilenen ve arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden çıkarı olan herkes, federal mahkemeler şikâyetinde bulunabilir, kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan şüpheli, ortaya çıkan zarar için tazminat talebinde bulunabilir¹⁰⁴.

Terörizm şüphesiyle yapılan aramalar ise zorunluluk açısından yapılacak değerlendirme göz önünde bulundurulmaktadır¹⁰⁵. Devletler, özellikle terörizmle mücadele ederken özel hayata, konuta ve haberleşme hakkına müdahale konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Bununla beraber devletler terörizmle mücadele ederken de varılmak istenen amaçla vatandaşların haklarına saygı gösterilmesi arasındaki dengeyi koruyacak bir tutum ve dikkat içinde olmalıdır. Demokrasiyi tahrip etmeden demokrasiyi korumak devletlerin temel görevidir¹⁰⁶.

Diğer yandan AIHM Büyük Dairesi, 08.07.2003 tarihli İngiltere'ye karşı Hatton ve diğerleri kararında Sözleşmenin temiz ve gürültüsüz bir çevrede yaşama yönünde açık bir hak içermediği ancak bir kişinin doğrudan ve ciddi olarak gürültü ve çevreye yönelik başkaca kirlenmeden dolayı rahatsız edildiği yerde AIHS m.8'in uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Çevre sorunlarında m.8'in devletin yol açtığı bir kirlenmeden ileri gelebileceği gibi devletin özel sektörü uygun biçimde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından da kaynaklanabilir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Kilkelly, ss. 58, 59; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 340.

¹⁰⁵ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

¹⁰⁶ Sefa Reisoğlu, **Uluslar arası Boyutuyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 89.

¹⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 402; "Konuta saygı hakkının devletlere yüklediği pozitif mükellefiyet, özel kişilerden gelebilecek tecavüzlere karşı da bu hakkı koruyacak tedbirlerin alınmasıdır", Mah. K., Velosa Baretta/Portekiz, 21. 11. 1995, A 334, s. 11-12, aktaran Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

(4) Özel Haberleşmenin Gizliliği

Mahkeme, Sözleşme'nin resmi Fransızca ve İngilizce metnindeki “correspondance”, “correspondence” kelimesinin sadece sözlük anlamındaki yazışmayı değil fakat her çeşit yol ve araç aracılığıyla(mektup, telefon, telsiz vb. gibi) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi ifade ettiğini 06.09.1978 tarihli Klass/Almanya ve 02.08.1984 tarihli Malone/İngiltere kararlarında belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki, bireysel haberleşme aynı maddede yer alan ve çok daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın özel yönünü teşkil eder¹⁰⁸.

Sözleşme m.10'da düzenlenen “kitle haberleşmesi” (mass media) m.8 kapsamı dışındadır.

Haberleşme özgürlüğüne yapılan tipik müdahaleyi telefon ve diğer haberleşme araçlarının gizlice dinlemeye alınması oluşturur. İletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı yoksa devletin gözetim ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiği önem taşımaz¹⁰⁹.

Klass ve diğerleri/Almanya kararında telefon konuşmalarının gizli dinlemeye alınmasının güvenlik, suçların önlenmesi, kamu düzeni gerekçeleriyle mümkün olabileceğini tespit etmiştir. Önemli olan bu tür tedbirlere başvurmak için gerekli olan koşulların yasa koyucu tarafından ayrıntılı olarak tespit edilmesi, olası kötüye kullanmalar için tedbir alınmasıdır¹¹⁰.

Nitekim AİHM, söz konusu tedbirlerin demokrasiyi korumak yerine onun altını oymak veya onu ortadan kaldırmak amacıyla da kullanılabilmesine işaret etmektedir. Bu ölçüler içerisinde yapılan değerlendirme sonucunda AİHM, İngiltere'ye karşı 02.08.1984 tarihli Malone kararında m.8'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Klass kararında olduğu gibi, Mahkeme, fiilen dinlemenin ispat edilmesi zorunluluğunu aramaksızın bizzat gizli dinleme olanağının özel yaşam temel hakkına

¹⁰⁸ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

¹⁰⁹ Frowein/Peukert, Art.8 No.34, aktaran Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 402;

¹¹⁰ Tezcan ve diğerleri, s. 252; Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **Türkan Rado’ya Armağan**, C: LV, S: 3, İÜHFİM, 1997, s. 76; Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, 2001, s. 152.

müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Sözleşme m.8/2'ye göre bu tür müdahaleler kanun tarafından öngörülmesi ve demokratik bir toplumda belirli amaçlar için zorunlu olmalıdır. AİHM kanunla öngörülmüş olma koşulunu herkes tarafından ulaşılabilir ve bireyin davranışlarının sonuçlarını tahmin edebilecek kadar açık formüle edilmiş düzenleme anlamında yorumlamaktadır. İngiltere'de kanun olarak çıkarılmamış basit örf ve adet hukuku olan bir çok düzenleme mevcuttur. Mahkeme bu kararda müdahalenin kanunla öngörülmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Bu yüzden ayrıca müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği incelenmemiştir¹¹¹.

Kruslin/Huving kararında da AİHS m.8/2 anlamında bireye yeterli güvence sağlanmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Mahkeme tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecekse gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye sonradan bilgi vermenin önemini sürekli vurgulamıştır¹¹².

Telefon konuşmalarının 25.06.1992 tarihli İsviçre'ye karşı Ludi kararında da haberleşme kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Kararda kamu düzeni ve kamu sağlığını yakından ilgilendiren uyuşturucu kaçakçılığı suçu nedeniyle suç ve failerin ortaya çıkarılması amacıyla başvurunun telefonlarının dinlenip kayda alınmasına m.8'in ihlali olmadığına karar verilmiştir.

Diğer yandan özel kişi ile işbirliği yaparak bir telefon konuşmasının kaydına yardımcı olan polis görevlisinin bu hareketi resmi makamların haberleşmeye müdahalesidir ve meşruluk koşullarının yokluğu halinde devlet bundan 12.07.1988 tarihli Schenk/İsviçre kararında değerlendirildiği üzere sorumlu olacaktır¹¹³.

İtalya'ya karşı 17.07.2003 tarihli Craxi 2 kararına konu olayda savcı gizli dinlemeye alınan telefon görüşmelerinin delil olarak kabul edilmesini talep etmiş ve dinlenen konuşmalardan bir bölümünü mahkemeye sunmuştur. Gizli dinlemeye alınan görüşmelerin duruşmada okunması ve basına verilmesi bu hakka müdahaledir. Basında yargılamaya ilişkin olarak çıkan haber ve yorumlar yargılamanın halka açıklığının bir sonucudur. Yalnızca medya değil, aynı zamanda kamuoyu da özellikle

¹¹¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, ss. 406, 407.

¹¹² Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 407; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

¹¹³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

başvurucunun İtalya'nın eski başbakanı olduğu göz önünde bulundurulursa bunları alma hakkına sahiptir. Bununla birlikte kamuoyunun gözü önünde bulunan kişiler de başka kişiler gibi AİHS m.8'in korumasından aynı ölçüde yararlanır. Bu yüzden Divan, kamuoyunun bilgi edinmeye yönelik olarak başlatılan dava ile doğrudan bağlantısı varsa ancak bu takdirde haklı sayılabileceği görüşündedir. Oysa gazete yayınlanan konuşmalardan bazıları tamamen özel nitelikte olup başvuru ve karısının avukatlarıyla daha önceki meslektaşları ve Berlusconi'nin eşi ile olan ilişkileri ile ilgili olup bu konuşmaların içeriğinin kendisine karşı yürütülen dava ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu yüzden basında bu konuşmaların yayınlanması için acil bir toplumsal gereksinim bulunmadığından müdahale izlenen haklı amaçla orantılı ve bu yüzden demokratik toplumda zorunlu değildir. Divan, devletin özel yaşama ve mektupla haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının garanti altına alınması için dinlenen konuşmaların basına nasıl sızdırıldığını aydınlatmak için etkili bir soruşturma yapmak yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir. Bu yönde etkili bir soruşturma yapılmadığı için ve gizli dinlemeye alınan telefon konuşmalarının duruşmada okunması sebebiyle Mahkeme, Sözleşme m.8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹⁴.

Komisyon ve mahkeme özellikle ceza ve tutukevlerinde bulunan kişilerin dışarıdaki yakınları veya avukatları ile haberleşmesinde yaşanan pek çok olayı m.8 açısından incelemiş, bu konuda zengin ve çeşitli bir içtihat oluşmuştur. Ceza ve tutukevi hayatının bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, buradaki kişilerin haberleşme özgürlüğü ve hakkına müdahaleyi meşru kılmaz. Mahpus kişinin özel durumu da göz önünde tutularak vaki müdahalenin meşruluğu m.8/2 anlamında irdelenmek gerekir¹¹⁵.

Sözleşme haklarının tutuklular tarafından kullanılması hakkında zımni sınırlandırmalar olduğu konusunda geçmişte çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen, mahkeme 17.06.1971 tarihli Golder/Birleşik Krallık davasında bu görüşü reddetmiştir. Ancak hüküm giymiş bir tutuklunun haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale etme gereğinin tutuklu olma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilmesi gerektiği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

¹¹⁴ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 408.

¹¹⁵ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

Ancak Mahkeme, olgular temelinde bir tutuklunun avukatıyla haberleşmesini önleyen kararın m.8'i ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹⁶.

Ancak hemen belirtelim ki, Mahkeme bir çok kararında infaz kurumunun düzenini sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu bağlamda hükümlülerin yazışmasının denetime tabi tutulabileceğini açıkça vurgulamış olmakla birlikte İngiltere'ye karşı Silver ve diğerleri, Boyle ve Rice McCallum kararlarında hükümlülerin gönderdiği mektupların denetime tabi tutulması ve bazılarının alıcılara gönderilmemesi nedeniyle İngiltere'yi mahkum etmiştir. Schöenberger/Durmaz kararında avukatın sanığa hiçbir beyanda bulunmama hakkı olduğu, ifade verdiği takdirde bunun kendisi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi, ifade vermemesinin kendi menfaatine olacağı yönünde ifadeler içeren ve tutuklu olan sanığa gönderilen mektubun savcı tarafından muhatabına ulaştırılmaması ve dört gün sonra avukatına geri gönderilmesi nedeniyle haberleşme saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir. Diğer yandan AİHM, m.8'in mektupla haberleşme konusunda hükümlü ve tutuklulara olanak tanınmış olması durumunda ayrıca bir de telefon görüşmesi yapmaları yönünde bir garanti içermediği sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar tutuklu ve hükümlülere kendileri tarafından gönderilen mektuplara sansür uygulanabilir ise de bunun için gerekli koşulları belirleyen ve niteliği, nasıl yapılacağını ve süre açısından çerçevesini belirleyen ayrıntılı düzenlemelere gereksinim olup otomatik sansür Sözleşme'ye uygun değildir¹¹⁷.

(5) AİHS'ye Göre Özel Hayata Müdahalede Hukuka Uygunluk Sebepleri

Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler sınırlıdır; istisna hallerine tabidir. Yani bu hakların belli şekillerde ve belli amaçlar için sınırlandırılması mümkündür. İşte AİHS m.8/2, hangi hallerde bu hakların sınırlandırılabilceğini ve bu sınırlandırmanın nasıl yapılacağını genel hatları ile ortaya koymaktadır¹¹⁸.

¹¹⁶ Kilkelly, s.47; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 407.

¹¹⁷ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, ss. 410, 411; Tezcan ve diğerleri, s. 252.

¹¹⁸ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, , Ankara, 9-13 Ocak 2001, ss. 299-300.

Mahkeme kendisine başvuru geldiği zaman üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Birinci aşamada başvuru, AİHS’de korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediği incelenmekte giriyorsa; devletin, kişilerin haklarına saygı gösterme konusunda pozitif yükümlülüğü var olup olmadığı, varsa bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği irdelenmektedir. İkinci aşamada yapılan işlem veya alınan önlemin bir müdahale oluşturup oluşturmadığının belirlenmekte son olarak da müdahaleyi m.8/2 hükmünün meşru kılıp kılmadığı hususu irdelenerek sonuca varılmaktadır¹¹⁹.

Sözleşme m.8/2 gereğince meşru bir amaçla, demokratik toplumun zorunlu sınırları içinde kalarak ve yasayla öngörülmüş olma şartı ile aşağıdaki durumlarda sınırlanabilmektedir.

Müdahalede bulunması gereken meşru amaç m.8/2’de sayılmıştır. Buna göre “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için” söz konusu olabilir. Müdahalenin meşru amacını veya amaçlarını ispatlamak davalı devlete aittir. İkinci fıkrada sayılan amaçlar genel nitelik taşıdıklarından davalı devletler kolaylıkla müdahalenin meşru amacını açıklayabilmektedirler. Nitekim kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması ulusal güvenlik; tutukluların yazışmalarına müdahale edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi amacına yönelik olabilmektedir¹²⁰.

Müdahale hukuka uygun olmalıdır. Sözleşmede “kanun” teriminin yerine “hukuk” teriminin kullanılmış olduğu dikkat çekmektedir. Bunun nedeni ise taraf devletlerin yazılı hukuk sistemi dışında İngiltere örneğinde olduğu gibi Common Law yani örf ve adet hukukunu benimsemiş olabilmeleridir. Bu sebeptendir ki, mahkeme artık “kanunla düzenleme” yerine sınırlamanın o ülke hukukuna uygunluğu koşulunu arayacaktır. Yazılı hukuku benimsemiş ülkeler bakımındansa

¹¹⁹ Gölcüklü ve Gözübüyük, ss. 331, 373; Kilkelly, s. 8, 22 vd.

¹²⁰ Kilkelly, s. 28; Sefa Reisoğlu, Uluslar arası Boyutuyla İnsan Hakları, s. 88.

hukuk terimi kanun terimini karşılamaktadır. Yani iç hukukta sınırlamalar kanunla düzenlenmiş olmalıdır¹²¹.

Ayrıca bu sınırlamaların kaynağı olan hukuk kurallarının “ulaşılabilir, anlaşılabilir ve öngörülebilir” olması gerekir. Vatandaşlar, olaya uygulanacak norm hakkında kolayca bilgi sahibi olabilmeli, kolayca anlaşılabilirmeli ve norm da yeterli açıklıkta ve kesinlikte olmalıdır¹²².

Mahkemenin 8. Maddeye ilişkin inceleme yaparken başvurduğu diğer koşul ise demokratik bir toplumda duyulan zorunluluktur. Mahkeme denetleme sırasında demokratik toplum düzeninde duyulan zorunluluk koşuluna uygunluğu, o devletin iç hukuku, toplumsal değerleri ve yaşam tarzlarını gözетerek değerlendirecektir¹²³. Üye devletlerin sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin tamamını, ülkesinde sağlayarak sadece kanunla ve sözleşmenin öngördüğü ölçüler içinde sınırlandırma yapmayı kabul etmesi halinde demokratik bir toplumda öngörülen zorunluluk esasının gerçekleşeceği belirtilmiştir¹²⁴.

5. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı¹²⁵

Kararın başında da belirtildiği üzere özellikle Prenses Diana'nın ölümüyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve bu hakkın kamusal figürlere yansımaları öne çıkmış, basın yoluyla özel hayatın gizliliğinin ihlali hallerinde yapılması gerekenler maddelerle ele alınmıştır.

Söz konusu kararın maddelerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın gizliliğini, mahremiyet hakkını yeterli şekilde koruduğuna değinilmiştir. 13. Maddede bütün üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onayladığı, çoğu

¹²¹ Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkisi**, İstanbul 1993, s. 267.

¹²² Batum, s. 267; Kilkelly, s. 26.

¹²³ Batum, s.253.

¹²⁴ Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı ve Türkiye”, **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara 1998, ss. 229-230; Sefa Reisoğlu, Uluslar arası Boyutuyla İnsan Hakları, s. 88.

¹²⁵ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı” (Çev: Araş. Gör. H. Burak Gemalmaz), **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, ss. 137-139.

ulusal mevzuat sistemi bu korumayı güvence altına alan düzenlemeler içerdiği için mahremiyet hakkını güvenceye alan yeni bir sözleşme önerisinin kabul edilmesine ihtiyaç olmadığı inancı ifade edilmiştir.

Öneriler ve hatırlatmalardan ibaret kararın 4. Maddesinde “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde korunduğu şekliyle mahremiyet hakkı, Meclis tarafından 428(1970) Kararda bulunan kitle iletişim basını ve insan hakları hakkında bildiri içinde, “bir kişinin hayatını minimum müdahaleyle yaşaması hakkı” olarak zaten tanımlandığı hatırlatılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ve ifade özgürlüğü haklarının dengelenmesi gerektiği, bu hakların eşit oldukları ve aralarından hiyerarşik bir sıra olmadığı 10 ve 11. maddelerde yer almıştır.

Toplumsal figürlerin toplumda işgal ettikleri ve çoğu durumda tercihle edinilen özel konumlarının otomatik olarak mahremiyetlerine artan bir baskı getirdiğini kabul etmek zorunda oldukları belirtilerek özellikle çoğu seçmen olan okuyucuların politikacıların özel yaşamlarıyla ilgili olayları öğrenmelerinin meşruluğuna 6. ve 9. Maddelerde değinilmiştir. Meclis üye devletlere mahremiyet hakkının korunması amacıyla atılacak adımları sıralamıştır.

Konumuzla özellikle bağlantılı olan karar m.14/5’dir. Buna göre “insanların özel yaşamlarında beklediği normal huzur ve dinginlikten faydalanmasını önleyen veyahut gerçek bir fiziksel zarara yol açan bir şekilde izleyerek ya da kovalayarak kişileri fotoğraflamak, filme çekmek ya da kaydetmek yasaklanmalıdır” önerisi yer almış, üye devletler mağdur haklarının daha iyi korunmasını sağlamak için mahkemelere ulaşmayı kolaylaştırmaya ve basın suçlarıyla ilgili yasal usulleri basitleştirmeye çağırılmıştır.

6. Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi

Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi 05.05.1989 tarihinde Strazbourg'da imzaya açılmış ve 1 Mayıs 1993'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise bu sözleşmeyi 22.11.1993 tarihinde 93/5038 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır¹²⁶.

Sözleşme'nin amacı, belirlenen ortak kurallar çerçevesinde taraf ülkeler arasında sınır ötesi televizyon yayınlarının serbestçe yapılabilmesine imkân sağlamaktır¹²⁷.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, "yayıncının sorumlulukları" başlıklı m.7'de yayıncının uymak zorunda olduğu hususlar düzenlendiğinden zımni de olsa özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına da işaret edilmiştir¹²⁸. Bu maddede televizyon program hizmetlerinin sunuş ve içerik bakımından tüm unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması, edebe aykırı olmaması, pornografi içermemesi, şiddet eğilimini körüklemeyecek veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması ve kamuoyuna gerçekleri doğru olarak sunması gerektiğinden bahsedilmiştir. Sözleşmeye aykırı yayın yapılması durumunda 24, 25 ve 26. maddeler uyarınca ilgili televizyon programının yayınının durdurulması için dostane çözüm yoluyla ve hakem yoluyla çözümlere yer verilmiştir.

B. Mukayeseli Hukukta Özel hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı

Diğer ülkelerdeki düzenlemeleri ve hakkın gelişimini incelerken karşımıza bu ülkelerin hukuk sistemlerinin farklılığından kaynaklanan bir ayrım çıkmaktadır. Çünkü özel hayatın gizliliği ve korunması, Anglo- Sakson Hukuku'nda Common Law sisteminin özelliği dolayısıyla mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Diğer yandan Kıta Avrupası Hukuku dediğimiz İsviçre, Almanya, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde uygulanan sistemde ise söz konusu hak, yine sistemin özelliği dolayısıyla yasal düzenlemelerle sıkı güvencelerle koruma altına alınmıştır.

¹²⁶ R.G: 12.12.1993, S: 21786.

¹²⁷ Gürsel Öngören, *Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları*, İstanbul, 1995, s. 33 vd.

¹²⁸ Şen, s. 80.

1. Anglo-Sakson Hukuku

a. Amerika

Amerika'da 1890 yılına dek ne özel hukuk ne de kamu hukukunda özel hayatın gizliliğinden söz edilmektedir. Belirtilen tarihe kadar anılan hakkın ihlalden doğan sorunlar, bu sorunların "Common law" da kabul edilen "mülkiyet hakkına tecavüz, hakaret, yanlış tanıtmaya, görevin kötüye kullanılması, sözleşmeye aykırı hareket gibi durumlara" uymaları halinde "Common law" daki bu konulara ilişkin kalıplar içerisinde çözülmeye çalışılmıştır. "Common law"ın yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri(ABD) Anayasasında yapılan değişiklikler sonucu özellikle 3. (konut dokunulmazlığı – barış zamanında) 4. (kişinin konut, eşya ve kâğıtlarındaki dokunulmazlığı), 5. (kişinin kendi aleyhinde tanıklığa zorlanamayacağı) maddeler özel hayatın gizliliğinin korunmasına yardımcı olmuştur. Nihayet posta görevlilerinin posta mektuplarını açmalarını yasaklayan 1792, başkalarının posta mektuplarını açmalarını yasaklayan 1825 tarihli federal kanunlar da özel hayatın korunmasına yardımcı olmuştur. Kısacası 1980 yılına gelinceye dek ABD hukuku özel hayatı koruma alanında İngiliz hukukundan bir hayli öndedir¹²⁹.

1890 yılından başlayarak kitle haberleşme araçlarının özel hayata ilişkin yöntemleri, yetkililerin suçları önlemek için başvurdukları gözetim yöntemleri ve istihbarat teknikleri, iş dünyasında rekabet karşısında o güne dek doktrin ve mahkemelerin özel hayatı korumak için ustaca ve etkin bir şekilde başvurdukları "Common law" yetersiz kalmıştır.

1965 yılında verdiği bir kararda mahremiyet alanının ABD Anayasası tarafından zımnen tanındığını karara bağladı. Özel hayatın gizliliğinin korunması doktrinde "rahat bırakılma", diğer adıyla "yalnızlık hakkı" ile sağlanmaktadır. Bu hak kişiyi bireysel yaşamında araştırmalara ve bunların yayınlanmasına karşı korumaktadır. Ancak bu hak kişinin tanınmış biri olması halinde basın özgürlüğü nedeniyle bir sınırlamaya tabii tutulmuştur. Kamu veya özel sektörde işe girmek isteyen kişinin verdiği bilgilerin anılan hakla çatıştığı açıktır. İşte bu tür belgelerin bir cihaza kaydedilmesi ve anılan bilgilerin başkalarına aktarılmasını önlemek için üç

¹²⁹ Danışman, ss. 44- 49.

federal kanun çıkarılmıştır. 1970 tarihinde çıkarılan bir federal kanunla hükümet görevlileri tarafından dinlenen telefon konuşmaları mahkemelerin denetiminde olarak güvenceye bağlamıştır. Kanunların boşluklarını ise Yüksek Mahkemenin kararları tamamlamaktadır. Mahkemeye göre, bireyler arasındaki muhaberat, muhabereleşen bireylerin kimlikleri de gizlilikten yararlanır¹³⁰.

Amerika'da özel hayatın gizliliği hakkının(the right of privacy) günümüzde de en önemli bireysel haklardan biri olduğu kabul edilmiştir. Özel hayatın gizliliği hakkının iki yönü bulunmaktadır¹³¹. Birincisi, bireyler bu hakla, yönetimin sebepsiz arama ve alıkoyma faaliyetlerine karşı korunurlar. Bu husus ABD Anayasasının dördüncü düzenlemesi(Fourth Amendment of the United States(US) Constitution) tarafından teminat altına alınmıştır¹³². Örneğin, polis mahkemeden alınmış bir arama emri(warrant) olmadıkça, kimsenin evini veya işyerini arayamaz. Ancak polis, evinizde uyuşturucu gibi bir suç delilinin olduğundan şüpheleniyorsa, bunu hakimi ikna ederek ve araştırma izni almak suretiyle yapabilir. Eğer polis birinin evinde veya işyerinde suç aleti olduğundan şüpheleniyorsa, mahkemeden arama izni olmadan eve girip arama yapıp suç delili bulmuşsa buna hukukta kanunsuz araştırma(unlawful search) adı verilir. Kanunsuz araştırma(unlawful search) neticesinde elde edilen delillere istinaden hakim karar veremez¹³³.

Mahkemeler uygulamalarında, ABD Anayasasını(Fourth Amendment of the US Constitution) göz önünde bulundurarak, kanunsuz araştırma neticesinde elde edilen delilleri, geçerli bir delil olarak göz önünde bulundurmamaktadırlar¹³⁴. Örneğin, O. J. Simpson davasında, polisin kanunsuz araştırma yapmasına istinaden, mahkeme Simpson'un tahliyesine karar vermiştir¹³⁵.

¹³⁰ Danışman, ss. 44- 49.

¹³¹E. T. Patterson, **The American Democracy**, 1994, s.109, aktaran Mustafa Can, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm>, 16.11.2009.

¹³² Patterson, s. 137.

¹³³ R. A. Anderson, **Business Law&the Legal Environment**, 2000, s. 5 vd., aktaran Can, s. 2; L.Y. Smith, **Business Law&The Regulation of Business**, 1998, s. 3 vd., aktaran Can , s. 2

¹³⁴ Fourth Amendmend of the US Constitution; 'İnsanların kişilikleri, konutları, evrakları ve ilişkileri sebepsiz araştırma ve alıkoymalara karşı, Anayasa teminatı altındadır. Hiç kimse tarafından özel hayatın gizliliğine müdahale edilemez. Ancak hakim kararı(warrant) ve kanunda belirtilen hallerde müdahale söz konusu olabilir' demektedir.

¹³⁵ Bu davaya ilişkin olarak polis, mahkemeden Simpson'un evinin aranması için arama izni(warrant) talep etmiş ve izni almıştı. Fakat evi ararken polis evin önünde park halinde bulunan Simpson'a ait

Özel hayatın gizliliği hakkının ikinci yönü, bu hakkın, diğer kişilerin müdahalelerine karşı korunmasını içerir. Buna göre, vatandaşların özel hayatı kamu araştırmasına konu olamaz. Bu husus eyaletleri çoğunda daha da genişletilmiştir. Amerika'da üst derece mahkemesi, Roe v Wode 410 US 113 (1973) kararında kadınların kürtaj yaptırma haklarını özel hayat kapsamında değerlendirmiş ve kadınların bu hakka sahip olduğu yönünde karar vermiştir¹³⁶.

ABD Başkanı Clinton ile ilgili olarak basın tarafından sızdırılan özel bilgiler, özel hayatı gizliliğine ilişkin olarak yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle özel hayatın gizliliğinin kamu görevi esnasında korunup korunmayacağı veya nereye kadar korunması gerektiği tartışmasını başlatmıştır. ABD hukukunda halen, özel hayatın devlet yönetimi ile ilgisi olup olmadığı, resmi görevlilerin özel hayatlarının gizliliğini, bu görevleri esnasında devam ettirip ettiremeyecekleri, bu tür görevlilere daha geniş bir özel alan oluşturulmasının gerekip gerekmediği, bazı iş alanlarında yapılan uyuşturucu testinin, özel hayata müdahale anlamına gelip gelmediği gibi hususlar halen tartışılmaktadır¹³⁷.

1967 yılında verilen Berger v. New York, 388 U. S. 41 (1967) kararında Yüksek Mahkeme, polis memurlarına hakim kararıyla özel konutlara girerek dinleme cihazları yerleştirme yetkisini veren bir New York Eyalet Kanununu Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre Anayasa'ya aykırılık nedeni hakim kararının belli bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olması ve zaptedilecek konuşmaların açıkça belirtilmiş bulunması şartına bağlı tutulmamasıdır. Yüksek Mahkeme, sözü geçen eyalet kanununda öngörülen yöntemin yeter derecede açıklık, ayrıntı ve güvence taşımayan genel bir arama olduğu sonucuna varmıştır¹³⁸.

aracı da aramış ve cinayete ilişkin deliller bulmuştu. Mahkeme, Anayasa düzenlemelerini(Fourth amendmend of the US Constitution)göz önünde bulundurarak, arama izninin eve ilişkin olduğu, dolayısıyla araçtan elde edilen bu delilleri kanunsuz araştırma(unlawful search) olarak kabul etmiş ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu delillere istinaden, kişiyi suçlamayacağı yönünde karar vermiştir, Can, s. 2.

¹³⁶ A. R. Anderson, ve diğerleri, **Business Law and The Legal Environment**, 1999, s. 5, aktaran, Can s. 2.

¹³⁷ Patterson, s. 138 vd. aktaran, Can, s. 3.

¹³⁸ Özbudun, s. 279.

Özel hayatın gizliliğiyle ilgili olarak State v Favord(Wash) 910 P2d 447 (1996) kararı¹³⁹ bir kişinin komşusunun seslerini dinlemesi ve kayıt altına almasıyla ilgilidir. Olayda komşusunun hal ve hareketlerinden şüphelenen birisi, kendi elde ettiği dinleme araçlarıyla komşusunun telefonlarını dinlemeye başlamış ve bunları uzun süre kayıt altına almıştır. Bu sırada komşusunun bir suç organizasyonu içerisinde olduğunu tespit etmiştir ve durumu elde ettiği kayıtlarla birlikte polise bildirmiştir. Polis bunun üzerine mahkemeden bir arama izni alarak ihbar edilen kişinin evinde arama yapmış, evde çok sayıda suç delili bularak kişiyi gözaltına almıştır. Olay mahkemeye intikal edince ilk derece mahkemesi kişinin suçlu olduğu kanaatine varmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunan kişi, üst derece mahkemesine itiraz ederek kendisini suçlayıcı delillerin özel hayatın gizliliğine müdahale edilerek ve kanunlara aykırı olarak elde edildiğine dikkat çekmiştir. Üst derece mahkemesi kararında, itirazı haklı bularak, mahkemenin kanunsuz elde edilen delillere göre karar veremeyeceğini, üstelik komşunun davranışının da gizlilik düzenlemelerini (Privacy Act ya da Privacy Law) ihlal ettiğini de ifade etmiştir. Ayrıca kanunun ihlal edilmesi neticesinde elde edilen delillerin ceza davasında savunmaya karşı kullanılamayacağını da belirtmiştir.

Amerikan öğretisine göre, özel hayata müdahale sayılan hallerden bazıları kişinin resim, ad gibi kişiliğini oluşturan değerlerinin ticari veya reklam amacıyla izinsiz kullanımı, rıza dışı özel yaşam ve özel sorunlarına sızmalar, özel yaşama ilişkin görüntü ve ayrıntıların yayınlanması, kişinin kamuoyunda yanlış tanıtılmasıdır¹⁴⁰. Özel hayatın gizliliği ve korunması, başta da izah edildiği üzere Common Law sisteminin bir getirisi olarak mahkeme kararlarıyla sağlanmış ancak diğer yandan da Amerikan hukukunda, federe ve federal düzeyde ortaya konulan kanunlarla da bu hak, güvence altına alınmıştır. Söz konusu kanunlar arasında federe nitelikte olanlara, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin Virginia, Oklohoma kanunlarını; gözetleme konusunda Alabama, California kanunlarını; haberleşmenin gizliliği konusunda Oregon, Washington ceza kanunlarını; tecavüze uğrayan kişinin kimliğinin açıklanmasının önlenmesi konusunda Florida, Güney

¹³⁹ Anderson ve diğerleri, s. 13, aktaran, Can, ss. 3, 4.

¹⁴⁰ Özsunay, ss. 177- 178; Danışman, ss. 44- 49.

Carolina kanunlarını; gizli dinlemeyi yasaklayan New York ve Tennessee kanunlarını örnek olarak gösterebiliriz¹⁴¹.

Mapp v. Ohio kararında Yüksek Mahkeme, kanuna aykırı dinlemeler suretiyle elde edilen delillerin eyalet kovuşturmalarında kullanılabilmesi hakkındaki görüşünü değiştirmiş ve kanuna aykırı yollarla elde edilmiş delillerin mahkemece kabul edilmemesi kuralı (exclusionary rule) eyaletler bakımından da geçerli olması gerektiğine hükmedilmiştir. Gerekçede de söz konusu kuralın özel hayatın gizliliği hakkının asli bir unsuru olduğuna, aksini ileri sürmenin özel hayatın gizliliğini kağıt üzerinde tanıyıp gerçekte inkar etmek olacağına ve delillerin hukuka uygunluğunu belirleyecek standartların federal mahkemelerde ayrı, eyalet mahkemelerinde ayrı olmayacağına yer verilmiştir¹⁴².

Düzenlemelerden ve mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere Amerikan Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, bireysel haklar arasında en önemli haklardan sayıldığından özellikle hızla gelişen teknoloji karşısında korunmaya devam edilmektedir.

b. İngiltere

İngiliz hukukunda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, Common Law hukuk sistemine uygun olarak mahkeme kararları ve kanunlar ile güvence altına alınmıştır.

Younger Komitesi tarafından 1972 tarihinde sunulan raporda ise, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamının kesin olarak açıklanmasının zor olduğu belirtilmiş fakat bu hakkın iki cephesinin bulunduğu da ifade edilmiştir. Birincisi, özel hayatın gizliliği ve korunmasıdır; ikincisi ise kişinin kendisi hakkında nasıl ve ne dereceye kadar bilgi verebileceğini kendisinin tayin etmesidir¹⁴³.

¹⁴¹ Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 1809.

¹⁴² Ergun Özbudun, s. 279.

¹⁴³ S. H. Bailey, D. J. Harris ve B. C. Jones, **Civil Liberties Cases and Materials, Second Edition**, London Butter Worths, 1985, s. 351, aktaran, Şen, s. 48.

İngiliz hukukunda haklar, dava kalıpları ile sağlandığından, özel hayatın korunmasına ilişkin dava kalıbı bulunmadığında bu hak çoğu zaman mülkiyetin korunmasına ilişkin kalıplar gibi kalıplarla korunmaktadır. Örneğin, kişinin özel mülküne izinsiz girilip dinleme cihazı yerleştirilmesinde o kişinin özel hayatı ve gizliliğinin korunması hakkı ihlali nedeniyle değil; mülkiyet ve kullanım hakkı ihlal edildiği için dava açılabilen ve yaptırım uygulanabilmektedir. Ceza hukuku alanında özel hayata ilişkin bir hususu kamuoyunun dikkatine sunmak ve bu şekilde o kişiyi küçük düşürmek “defamation” kapsamında kabul edilmiştir. İngiltere’de tanınmış, kamuya mal olmuş kadın yazar, evinde tayarlarını beslerken fotoğrafını izinsiz çeken ve yayımlanan kitabının daha fazla satılmasını amaçlayan yayın evi sahibinin bu müdahalesi karşısında fotoğrafının izinsiz yayımlanamayacağı gerekçesiyle tecavüzün durdurulması talebiyle dava açmıştır. Mahkeme özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlal edildiğini belirterek bir ara kararı ile tecavüzün durdurulmasına karar vermiştir¹⁴⁴.

İngiliz mahkemeleri kendisine nakledilen bir bilgiyi izinsiz olarak üçüncü kişilere aktarmayı böylece güvenin ihlalini(Breach of Confidence) özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını da kapsama alacak şekilde uygulamıştır. Devlet Sırları Hakkındaki Kanunu ile de resmi makamların elindeki özel kişilere ait sırlar korunmuştur. 1949 tarihli Telgraf Kanunu ile gizli dinleme yasaklanmıştır. 1981 tarihli İngiliz Telekomünikasyon Kanunu ve 1984 tarihli Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun ile de telekomünikasyon ve bilgisayar yoluyla kişisel bilgilerin yetkisiz kişilerce elde edilmesi, özel hayatın gizliliğine müdahaleler önlenmeye çalışılmıştır¹⁴⁵. İngiltere’de telefon, faks gibi haberleşme araçlarının kontrolüne ilişkin tedbir tali nitelikte görülmekte ve en son başvurulması gereken tedbir olarak müracaat edilebileceği kabul görmektedir¹⁴⁶. Özel hayatla ilgili konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da İngiliz Hukuku üzerinde etkili olmaktadır.

¹⁴⁴ Bailey, Harris ve Jones, s. 362, aktaran, Şen, s. 49.

¹⁴⁵ Şen, s. 50.

¹⁴⁶ Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma(Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1994, ss. 189- 191.

Konumuzla ilgili bir olay İngiltere mahkemelerinde dava konusu olmuştur. Son zamanlarda birçok kişinin üyesi olduğu sosyal paylaşım sitesi olan Facebook'da özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği olayla ilgili Applause Store Productions Limited and Firsh v Raphael sonuçlanmıştır. Dava aynı zamanda hakaret ve özel yaşam konularını içeren ilk dava özelliğini taşımaktadır. Olay, İngiltere'de Facebook üzerinde açılan sahte profil açılmasıyla başlamıştır. İsmi belli olmayan bir kişi tarafından Facebook üzerinde Bay Firsh adına gerçek bilgiler içermeyen uydurma bir profil ve yine aynı şekilde anonim olarak "Matthew Firsh size Nasıl Yalan Söyledi?" başlığıyla bir grup yaratılmıştır. Bu grup Bay Firsh ve şirketi hakkında borç ödemeleriyle ilgili olarak haksız ve küçük düşürücü suçlamalara yer vermiş profilde Bay Firsh gerçeğe aykırı olarak homoseksüel olarak tanıtılmıştır. Bu sahte profil Facebook üzerindeki homoseksüel gruplara da eklenmiş, Facebook üzerinde 16 gün kaldıktan sonra Bay Firsh'den gelen talep üzerine kaldırılmıştır. Yargılama sırasında Bay Firsh, Facebook'un Sahte profili ve sahte grubu yaratan kullanıcının kayıt detayları, sahte profil ve sahte grup yaratılırken kullanılan bilgisayarın ip adresi; bu IP adresini kullanan bilgisayardan yapılan Facebook işlemlerinin detaylarını ifşa etmesini gerektiren bir mahkeme kararı elde etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, savunmanın o gece Bay Raphael'in evde parti verdiği ve yabancı bir grubun da partiye katıldığı ve tüm gece kaldığı, bu sebeple yabancıların bu bilgisayar aracılığıyla suçu işlemiş olabilecekleri yönündeki beyanlarına rağbet etmeyen mahkeme, Facebook'dan elde edinilen kanıtlara dayanılarak Bay Raphael'in sahte profili ve sahte grubu yaratan kişi olduğuna ve iftira, hakaret ve özel hayatın gizliliğinin ihlali suçları nedeniyle para cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir¹⁴⁷.

¹⁴⁷Ashley Hurst Olswan; "Facebook: Reputational Risks For Corporates", 26.08.2008, <http://ipandit.practicallaw.com/2-383-1310>, 07.08.2010.

2. Kıta Avrupası Hukuku

a. Almanya

Alman Medeni Kanunu (BGB), bağımsız olarak özel hayatın korunmasına ve özel hayatın da içinde yer aldığı genel kişilik haklarını korumaya yönelik hükümlere yer vermemiştir¹⁴⁸.

BGB'nin bu konudaki menfi yaklaşımına rağmen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, BGB ve diğer kanunlardaki kişisel değerleri konu alan hükümler aracılığıyla belli bir oranda korunabilmiştir. Örneğin kişinin yaşamı, bedeni, sağlığı ve özgürlüğü üzerindeki hakları açıkça korunmuştur. Bunun dışında, ad üzerindeki hakkı ayrıca özel bir koruma görmüştür. Keza özel düzenlemeler vasıtasıyla kişinin fotoğrafı üzerindeki hakkı haksız yayımlara karşı güvence altına alınmıştır. Kişinin şeref ve haysiyeti de, hem ceza hukuku ve hem de medeni hukuk açısından koruma altına alınmıştır¹⁴⁹.

Ancak bu düzenlemelerin kişinin şahsiyet haklarının bütününe ve özellikle, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yeterli güvenceler sağladığı söylenemez. BGB'de ele alınan değerler arasında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının sayılmaması, bu hakkın Alman özel hukukunda mutlak bir hak niteliğini taşımadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, BGB'de mutlak hak niteliğini taşıyan değerlerin dışında kalan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik tecavüzler sebebiyle hukuki bir sorumluluğun ortaya çıkması imkânı da yoktur¹⁵⁰.

Diğer yandan 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 1. maddesinde, insan şeref ve haysiyetinin kutsal olduğu ilan edilmek suretiyle, kamu kudretini kullananların buna saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduklarının bildirilmesi ve 2. maddesinde de herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlaka

¹⁴⁸ Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasa'sında Düzenlenişi**, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s. 71; Şen, s. 30.

¹⁴⁹ Özsunay, s. 162; Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları(İÜHFY), İstanbul, 1980, s. 476; Şen, s. 30.

¹⁵⁰ Araslı, s. 71.

aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının bulunduğu açıklanması, durumu değiştirmiştir. Böylece Anayasada düzenlenmiş bulunan genel kişilik hakkı ve bu hak kapsamına giren özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı mutlak bir hak niteliğini kazanmıştır¹⁵¹.

Alman kamu hukuku alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı Anayasa hukukunda ayrı bir başlık altında düzenlenmemiştir. Bununla beraber bu hakkın anayasal temelini, 1949 Alman Anayasası m.1 ve 2’de düzenlenmiş olan “kişiliği serbestçe geliştirme hakkı”nın oluşturduğunu söylemeliyiz. Bu hükümler dışında 1949 Alman Anayasası’nın 10. maddesinde mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği ve 13. maddesinde de konut dokunulmazlığı birer temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Sonuç olarak Anayasa tarafından korunan bu temel haklar sebebiyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının anayasal güvence altında bulunduğunu ifade edebiliriz¹⁵².

Alman ceza hukukunda, sadece özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılacak tecavüzleri suç kabul eden bir hükmü bulabilmek mümkün değildir, fakat çeşitli hükümler vasıtasıyla anılan hakka güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Alman Ceza Kanunu’nun paragraf 123. ve 124. hükümlerinde, mülkiyet hakkının korunması esasına değil, kişi hürriyetinin korunması esasına dayanan konut dokunulmazlığının ihlali suç olarak düzenlenmiştir¹⁵³.

Aleni olarak söylenmemiş sözlerin gizliliğinin korunması da Alman Ceza Kanunu’nun 201. paragrafında düzenlenmiştir. Bir kişinin kamuya hitap etmeyen konuşmalarının, ses kaydetme yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından banda kaydedilmesi ve böyle bir kaydın kullanılması ve de üçüncü bir kişinin istifadesine sunulması yasaklanmıştır. 201. paragraf, sadece seslerin banda kaydedilmesini değil, aynı zamanda telefon dinlenmesini ve her türlü gizli dinleme aletini kullanmak

¹⁵¹ İmre, s. 444; Şen, s. 31.

¹⁵² Şen, s. 32.

¹⁵³ Hans-Heinrich Jescheck; **Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**(Çev. Feridun Yenisey), Birinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 75; Şen, s. 32.

suretiyle kamuya hitap etmeyen konuşmaların tespit edilmesini de suç olarak düzenlemiştir¹⁵⁴.

Yine ceza kovuşturması ile ilgili olarak Alman Ceza Yargılaması Hukuku'nda kişilerin özel hayat alanlarına müdahale edilebilmekte ve ceza yargılamasında kullanılmak amacıyla bazı eşyalarına elkonulabilmektedir¹⁵⁵. Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bazı hallerde gizli dinleme yapılabileceği öngörülmüş ancak gizli görüntüleme ile ilgili düzenleme yapılmamıştır¹⁵⁶.

b. İsviçre

İsviçre Hukukunda özel hukuk ve kamu hukuku düzenlemeleri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına gereken önemi vermiş ve yeterli güvenceli sağlamaya çalışmıştır. Karşılaştırmalı hukuk içerisinde İsviçre Hukuku, anılan hakkın güvenceye alınması konusunda kendisine düşen yeterli çalışmaları yapmış ve halen yapmaktadır¹⁵⁷.

İsviçre'de özel hukuk alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının “genel kişilik hakkı” anlayışı içerisinde korunduğu görülmektedir. Bu genel kişilik hakkı, İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. ve 28. maddelerinde düzenlenmiş ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını da kapsamına almak suretiyle kişiye gelebilecek bütün tecavüzlere karşı güvence sağlamıştır. İsviçre'de kamu hukuku alanında ise, anayasa hukuku açısından İsviçre Federal Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, bu kavrama yer vererek açıkça düzenleyen herhangi bir hükme rastlanmamaktadır¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Hans-Heinrich Jescheck, s. 76; Şen, s. 33.

¹⁵⁵ Feridun Yenisey, **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993, s. 149 vd.

¹⁵⁶ Fazıl Sağlam, “ Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi(AÜSBFD)**, C. XXX, No: 1-4, Ankara, Mart – Aralık 1975, ss. 107-116.

¹⁵⁷ Şen, s. 39.

¹⁵⁸ Araslı, s. 77.

İsviçre ceza hukuku bakımından kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, 20.12.1968 tarihli kanunla özel olarak güvence altına alınmıştır¹⁵⁹. Bununla birlikte 1968 tarihli kanundan önce de İsviçre Ceza Kanunu özel hayatla ilişkili hususları (kişinin konutu, üstü, eşyası, bedeni ve sağlığı gibi) koruyucu hükümler içermektedir¹⁶⁰. 1968 tarihli kanunla birlikte “başka kişiler arasındaki konuşmaları dinleme ve kaydetme”, “konuşmaları izinsiz tespit etme”, “kişiye ait sirlara veya özel alanına bir görücü cihaz ile girerek ihlal etme”, “dinleme, ses alma ve görüntü tespit etme cihazlarını piyasaya sürme ve bunların reklamını yapma”, “telefonu kötüye kullanma” fiilleri suç olarak kabul edilmiştir¹⁶¹.

Konumuzla bağlantılı olarak İsviçre Ceza Kanunu m. 179’da bir kimsenin rızası olmaksızın özel hayatın gizliliğine ilişkin bir faaliyetini, görüntü alan bir aygıtla gözetleyen veya bir görüntü taşıyıcısı üzerine tesbit eden kişinin fiili suç teşkil edecektir(m.179 quarter/1). Bu hükümde, kişinin rızası olmaksızın özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren faaliyetlerine görüntü kaydedici vasıtalarla yapılabilecek bu çeşit tecavüzleri yasaklamıştır. Yine bu suç vasıtasıyla öğrendiğini bildiği veya bilmesi gerektiği bir fiilden çıkar sağlayan veya o fiili bir üçüncü kişinin öğrenmesine neden olan ya da bu suç aracılığıyla elde edildiğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen, çekilmiş bir görüntüyü muhafaza eden veya üçüncü kişinin öğrenmesine sebep olan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçun takibini de şikâyete bağlamıştır¹⁶².

c. Fransa

Fransız Hukuku, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına güvence sağlayan düzenlemelere yer vermiştir. Fransa’da başlangıç olarak özel hukuk alanında, Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin bir düzenlemeyi kapsamına almamıştır. Ayrıca, kişiliğin tamamını veya diğer kişisel değerleri korumak için de herhangi bir özel hüküm mevcut

¹⁵⁹ Özsunay, s. 174.

¹⁶⁰ Danışman, s. 79.

¹⁶¹ Öztekin Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Suçları”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul 1977, ss. 384-385.

¹⁶² Şen, s. 39.

değildir. Fransa’da kişiliğin ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınması, Code Civil’in 1382. ve 1383. maddelerine dayanmaktadır. Bu maddelere göre, kusurlu bir fiil ile hukuka aykırı olarak başkasına zarar veren kimse, neden olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Fransız mahkemeleri bu hükümlerden özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılan tecavüzlerde de geniş olarak yararlanmışlardır. Örneğin, kişinin mektuplarının açıklanması, konuşmalarının dinlenmesi gibi hallerin kusurlu davranış olduğu kabul edilmiştir¹⁶³.

Fransız kamu hukuku alanında ise, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur, fakat Fransız Anayasası bu hakkı ayrı bir hak olarak düzenlememiştir. Bununla birlikte Fransız Anayasası’nın başlangıç hükümlerinde, bu Anayasanın ayrılmaz bir parçası olarak gösterilen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin özgürlük, mülkiyet ve güvenlik ilkelerini benimsemesi sebebiyle kişisel değerlerin ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının anayasal güvenceden yararlandığı söylenebilir¹⁶⁴.

Ceza Hukuku alanında doğrudan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını güvence altına alan 17.07.1970 tarihli “Özel Hayatın Korunması Kanunu” adını taşıyan düzenlemenin 23. Maddesi, Ceza Kanununa(Code Penal) beş yeni hüküm eklemiştir. Bu hükümlerle bir kişinin söz ve görüntüsünün yayınlanması, kullanılması ve bu yolla elde edilen görüntünün montajı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır¹⁶⁵.

Fransız ceza yargılaması hukukunda ceza kovuşturması amacıyla haberleşme araçlarının denetlenmesi mümkündür. Fakat bu denetleme, işlendiği iddia olunan her suç bakımından mümkün olmayıp failin işlediği suç dikkate alınmak suretiyle verilmesi imkân dâhilinde olan cezaya göre haberleşme araçlarının dinlenmesi ve yargılamada delil olarak kullanılabilmesi halinde söz konusu olabilir. En az iki yıl

¹⁶³ Özsunay, ss. 170- 172.

¹⁶⁴ Akın, s. 296; Araslı, s. 84; Şen, s. 41.

¹⁶⁵ Şen, s. 41.

hürriyeti bağlayıcı ceza alma ihtimali bulunan suçlar söz konusu olduğunda haberleşme araçları ile yapılan haberleşmenin denetlenmesine imkân tanınmıştır¹⁶⁶.

d. İtalya

İtalyan hukuku, özel hukuk alanına ilişkin bir düzenleme olan İtalyan Medeni Kanunu'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında bahsetmemiş, fakat İtalyan doktrini yorum yoluyla kişinin böyle bir hakka sahip olduğunu savunmuştur¹⁶⁷.

Kamu hukuku alanında İtalyan Anayasası'nda kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında açıkça söz edilmemiştir. Ancak özel hukuk alanındaki doktrin görüşü burada da etkili olarak anılan hakka her bireyin sahip olduğu fikri benimsenmiştir. 1947 İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. , 14. ve 15. maddeleri de kişinin özel ve aile hayatı kapsamına giren hususlara ve ilgili temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. İtalyan Anayasası'nın 13/2 ve 13/3. maddesine göre, “adli makamların gerekçeli kararlarına ve yalnız kanunlarda gösterilen hal ve şartlara dayanılmadıkça hiç kimse tevkif edilemez, kontrole, şahsen aranmaya ve şahsi hürriyeti başkaca sınırlamalara tabi tutulamaz. Kanunda açıkça gösterilen bazı olağanüstü zorunluluk ve ivedilik durumlarında güvenlik makamları geçici tedbirler alabilirler; bu tedbirler, kırk sekiz saat içinde adli makamlarca uygun görülmezlerse kaldırılmış sayılırlar ve hiçbir sonuç doğurmamış olurlar.” Yine 14. maddesine göre, “konuta dokunulamaz. Konutlarda araştırma yapılması ya da eşyaya el konulması, ancak kanunun tespit edeceği durumlar ve şekiller içinde olabilir.” 15. maddesine göre ise “yazışma ve diğer her türlü haberleşme hürriyetine ve gizliliğine dokunulamaz. Bunlar ancak adli makamların gerekçeli kararları ile sınırlanabilir”¹⁶⁸.

Görüleceği üzere, İtalyan Cumhuriyeti Anayasası açıkça özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında söz etmemiş, fakat özel hayat kapsamına giren değerler ile

¹⁶⁶ Gökçen, ss. 189-190.

¹⁶⁷ Özsunay, s. 173; Şen, s. 43.

¹⁶⁸ Şen, s. 44.

hak ve hürriyetlere yer vermek suretiyle, neticede kişinin özel ve aile hayatını da güvence altına almıştır. İtalyan ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanına özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının dâhil edilmesi, 06.04.1974 tarihli ve 98 sayılı Özel Hayatın ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Kanun ile olmuştur. Bu Kanunla getirilen değişiklikler ve ilaveler ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı güvence altına alınmıştır. Diğer yandan İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 1974 tarihli Kanunla getirilen değişiklikler ve ilaveler ile özel hayatın gizliliği ve korunması gerçek anlamda güvence altına alınmıştır. Şöyle ki, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m 226 gereğince geniş yorumlama yapıldığında, ceza kovuşturması dışında hiç kimsenin başkalarının özel hayat alanına giren faaliyet ve hususlarına müdahale edebilme ve bunun hukuka uygun olduğunu savunabilme hakkı yoktur. Haberleşmenin ve konuşmaların engellenmesi, kesilmesi, gizlice dinlenmesi izninin ancak araştırmanın yapıldığı yer sorgu yargıcının bakmakta olduğu, kaçakçılık, uyuşturucu madde, telefonla tehdit gibi suçların davalarında vereceği gerekçeli karar ile mümkün olabilmektedir. Görüldüğü üzere İtalyan Kamu Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına özellikle 1974 tarihli Kanun ile yeterli güvence sağlayan düzenlemeler mevcuttur¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Şen, s. 47.

İKİNCİ BÖLÜM

MEVZUATIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

I. ANAYASALARIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

A. Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönem

Osmanlı devri anayasal düzenlemelerinde, özel hayatın gizliliği hakkında açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Çünkü o dönemlerde Osmanlı toplumunda, henüz birey bilincinin gelişmediğini görmekteyiz. Sened-i İttifakın 1. ve 5. şartı, padişahın kişiliğinin korunmasından bahsetmektedir. Tanzimat fermanında kişilerin, ırz, namus ve malının korunması ve kişi güvenliğinden hareketle özel yaşamın da korunmasına doğru bir gidiş sezilmektedir. Islahat fermanında ise, inanç, dil, din, mezhep özgürlüğü gayrimüslimlere tanınırken, yine dolaylı olarak, kişilerin özerklikleri anlamında özel hayatın korunduğu görülmektedir. 1876 Kanun-i esasının 22. maddesi özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgili sayılabilecek bir hüküm getirmektedir. Söz konusu hüküm konut dokunulmazlığı ile ilgilidir. Buna göre, yasaların kararlaştırdığı durumlar dışında, yetkililer meskene zorla giremeyeceklerdir¹⁷⁰.

B. Cumhuriyet Anayasaları

1. 1924 Anayasası

Cumhuriyetin ilk anayasasında, temel hak ve hürriyetler liste halinde sayılmıştır. Ancak, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde sistematik bir yöntem izlenmemiştir. Belirtelim ki, temel hak ve hürriyetler sistematik olarak, ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenecektir. 1924 Anayasasının beşinci bölümünde yer alan ve Türklerin kamu hakları başlığı altında düzenlenen 70. maddesinde, özel hayat kavramıyla yakından alakalı, kişi dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Madde

¹⁷⁰ Üzeltürk, s. 13.

aynen şöyledir; “*kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarından*”. Anayasanın 71. maddesinde de, özel hayatla doğrudan alakalı olarak, cana, mala, ırza, konuta hiçbir türlü dokunulamaz, hükmü getirilmiştir. Yine, Anayasanın 76. maddesinde de, kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz, hükmü getirilmiştir. 81 madde hükmü ise, postalara verilen kâğıtlar, mektuplar ve her türlü emanetler yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz, şeklindeki bir düzenlemeyle, haberleşmenin gizliliği hakkını, anayasal güvence altına almıştır¹⁷¹.

2. 1961 Anayasası

Özel hayat kavramı Anayasamıza ilk defa 1961 Anayasasının ikinci kısmının ikinci bölümünde “Özel Hayatın Korunması” başlığıyla girmiştir.

1961 Anayasasında, temel hak ve Özgürlükler ikinci kısımda düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel hükümler, ikinci bölümde, kişinin hakları ve ödevleri, üçüncü bölümde, sosyal ve iktisadî haklar ve ödevler, dördüncü bölümde ise siyasî haklar ve ödevler düzenlenmiştir. Sosyal hak ve ödevler, ilk defa sistematik olarak 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Bu 1961 Anayasasının getirmiş olduğu önemli bir yeniliktir¹⁷².

1961 Anayasasında, özel hayatın gizliliği ve korunması hak ve hürriyeti ile ilgili hükümler, 14. 15. 16. ve 17. maddelerde düzenlenmiştir. 14. maddede kişi dokunulmazlığı, 15. maddede özel hayatın gizliliği, 16. maddede konut dokunulmazlığı, 17. maddede ise, haberleşmenin gizliliği hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir.

Anayasanın 15. maddesine göre, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması esastır. Kanunu açıkça gösterdiği hallerde, usulünce verilmiş hâkim kararı

¹⁷¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukuku Temel Metinleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, ss. 23-24.

¹⁷² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 72 vd.

olmadıkça; kamu düzeninin gerektirdiği hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri olmadıkça, kimsenin üstü özel kâğıtları ve eşyası aranamayacaktır. Bunun yanı sıra, Anayasanın 11. maddesinde belirtilen güvenceler, 15. madde açısından da geçerli kılınmıştır. Söz konusu hak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yapılacak tüm bu düzenlemeler "hakkın özünü" dokunmayacak nitelikte olacaktır.

1488 sayılı kanunla yapılan 1971 değişikliği ile 15. maddenin ikinci fıkrasında, kişinin üzerinin, özel kâğıtlarının ve eşyasının dokunulmaz olduğundan bahsedilerek mevcut olan koruma alanı genişletilmiştir. Ayrıca değişiklikle, özgürlüğün sınırlanması için getirilen kamu düzeni sebebinin yanına milli güvenlik kavramı ilave edilmiş ve bu sebeplerle gecikmesinde sakınca varsa hâkim kararı kaydının dışına çıkılabileceği ve kanunen yetkili merci kararı ile özgürlüğün sınırlanmasının mümkün olabileceği ifadeleri eklenmiştir.

3. 1982 Anayasasında Yer Alan Düzenleme

1982 Anayasasının ikinci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı altında, 20/1. maddede “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” denilerek; özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı, kişinin bu hakka saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğu vurgulanmış, 21 ve 22. maddelerde aynı üst başlık altında sırasıyla konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetleri düzenlenmek suretiyle bu hakların da özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamında oldukları belirtilmiştir¹⁷³.

Bireyin özel hayatı, sır alanı ve aile hayatından oluştuğu için 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak özel hayat kavramıyla birlikte 20. maddede aile hayatını da düzenlemiştir¹⁷⁴. Bu düzenlemelerle kişiye kendisi ve istediği kişilerle baş başa kalabileceği ve başkalarınca tedirgin edilemeyeceği özel bir alan sağlayabilmenin amaçlandığı açıktır.

¹⁷³ Suna Killi, Şeref Gözübüyük, **Sened-i İttifaktan Günümüze Kadar Türk Anayasa Metinleri**, 3. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 298-299.

¹⁷⁴ Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, **Gereğeli İctihatlı 1982 Anayasası**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s. 104.

Hem 1982 Anayasası'nda, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasında, haberleşme hürriyeti ile konut, aile hayatı ve özel hayatın birbirinden ayrılamayacak kavramlar olduğu görülmektedir. Konut dokunulmazlığı özel hayatın gizliliğinin sağlanması ve korunması açısından çok önemli bir kriterdir. Bireyler özel ve gizli yaşamlarının büyük kısmını evleri ve ikamet ettikleri yerlerde gerçekleştirmektedirler. Konut içerisinde yapılan her türlü müdahale toplum yapısı ve işleyişi ile ilgili olarak çok önemli bir unsur olan aile yaşantısına da zarar verebilir. Konut, her türlü ihlalden masum tutulmadıkça kişinin özel hayatı korunmuş olamaz.

03.10.2001 tarih 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikte 20. Maddenin birinci fıkrasının “*Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır*” şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre, “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça*” bu hakka müdahale edilemeyeceği, belirtilmek suretiyle Anayasanın 13'üncü maddesindeki değişikliğin sonucu olarak, özel hayatın gizliliğine ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede tahdidi olarak gösterilmiştir¹⁷⁵. Maddenin devamında “*Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*” denilmiştir. Hakim kararı olmadan eşyaya, elkoyma gibi müdahalelerin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeden şu sonuç çıkmaktadır; özel hayatın gizliliği hakkına bir tecavüz oluşturan arama ve elkoyma işlemleri, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde verilen hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili makamın emriyle gerçekleştirildiği

¹⁷⁵ Bülent Arı, Selim Aslantaş, **Adalet Kitabı**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007, s. 287; Kenan Özdemir; “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, **Adalet Dergisi**, S:23, ss. 7 -8.

takdirde hukuka uygun sayılır ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmemiş olur¹⁷⁶.

20. maddenin ikinci fıkrasının ilk hali ile 2001 değişiklikleri arasındaki en önemli farklılıklardan birisi maddenin ilk halinde “kanunun açıkça gösterdiği hallerde” hakim kararı şartı söz konusu iken; 2001 değişikliği sonrası özel hayatın gizliliği hakkına müdahale edebilmenin temel prensibinin hakim kararının varlığıyla olması gerektiğidir. Ayrıca bu kuralı netleştirmek için maddenin ilk halinde “gecikmesinde sakınca olan hallerde, kanunen yetkili kılınmış merciin emri” ile bu hakka müdahale mümkün iken, 2001 değişikliği ile emrin yazılı hale getirilmesi gerektiği ve yetkili merciin, kararını 24 saat içinde görevli hakim onayına sunması şartı düzenlenmiştir. Hakimin de kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklaması gerekmektedir, aksi halde hakim kararına dayanmayan el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

5982 sayılı ve 07.05.2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesiyle 20. maddeye bir fıkra eklenmiş; bu fıkra ile özel hayat kapsamında kişisel veriler ayrıca koruma altına alınmıştır. Ancak bu değişiklik kanunu 13.05.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olmakla beraber henüz halk oylamasına sunulmamıştır¹⁷⁷. Bu hükme göre, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”¹⁷⁸.

1982 Anayasasında özel hayatın korunmasıyla ilgili maddelerden biri de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddedir. Maddenin ikinci

¹⁷⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya; **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 337.

¹⁷⁷ RG, 13.05.2010, S: 27580.

¹⁷⁸ Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması(TCK m.132-134)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 43.

fikrasında bu hürriyetin sınırlanabileceği durumlar sayılırken “özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması” amacıyla bu hakkın sınırlanabileceği düzenlenerek özel ve aile hayatının gizliliği gerekçesiyle, bu hakka müdahale edilebileceği belirtilmiştir.

Aynı gerekçeyle sınırlama basın hürriyeti açısından da geçerlidir. Çünkü Anayasanın basın özgürlüğünü düzenleyen 28’inci maddesinin üçüncü fıkrası bu konuyla ilgili “Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27’nci maddeleri hükümleri uygulanır” diyerek 26. maddeye atıf yapmıştır.

Anayasanın 41. maddesinde de “ailenin korunması” konusunda devlete gerekli teşkilatı ve sistemi kurma ve bununla ilgili tedbirleri alma görevi yüklenmiştir.

Ayrıca Anayasanın 17’inci maddesinde kişinin en temel haklarından olan maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek hakkına sahip olduğu belirtilmiş, devamında “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” denilmiştir. Her ne kadar bu hak genel bir kişilik hakkı olarak değerlendirilebilirse de bu hakkın kullanılması durumunda kişinin özgür iradesini ortaya koyabilmesi açısından özel hayatın kapsamında olduğu düşünülebilir. Nitekim özel hayatın unsurlarından biri olan gizlilik, kişinin mahremiyeti olan vücut ve sağlık bütünlüğünü de içermektedir.

a. 2001 Değişikliklerinin Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi

2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerinin genel gerekçesi şöyle denmektedir;

“1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin

yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş, demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir”.

2001 Anayasa değişiklikleriyle 13. maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmıştır. Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Özel sınırlandırma sebepleri Anayasanın 20, 21 ve 22’inci maddelerinde tek tek sayılarak tahdidi bir şekilde düzenlenmiştir.

2001 düzenlemesiyle, “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak” özel hayatın gizliliğinin sınırlanabilmesi öngörülmüştür¹⁷⁹. Bu düzenlemede maddenin 1982 Anayasasındaki ilk halinde olmayan ve İHAS’ın 8’inci maddesinden esinlenen “suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” yeni sınırlama sebepleri olarak düzenlenmiştir; buna karşın “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin korunması, genel asayiş kamu yararı ve maddesinde düzenlenen özel sınırlandırma sebebi olarak, adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar” sınırlama sebebi olmaktan çıkarılmıştır.

Düzenlenen yeni sınırlama sebepleriyle ilgili, TBMM Anayasa Komisyonu gerekçesinde söz konusu değişikliklerin AİHS ile paralellik kurmak amacıyla yapıldığı belirtilmiştir. Anayasa da var olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayat ve aile hayatının korunmasının düzenlendiği 8’inci maddede olmayan sınırlama sebebi “kamu düzeni” kavramıdır; AİHS’de olup da 1982 Anayasasının son şeklinde olmayan sınırlama sebepleri “kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması” gibi sebeplerdir¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 155, 156.

¹⁸⁰ Üzeltürk, s. 69.

b. Cevap ve Düzeltme Hakkı

Cevap ve düzeltme hakkı, öğretilerde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Cevap ve düzeltme hakkı, kitle iletişim araçlarıyla haklarında yayın yapılmış olan birey ya da kuruluşların bu yayınlara ilişkin kendi menfaatleri açısından yapmayı uygun gördükleri açıklamalarının aynı yayın organında ve aynı şekilde yayınlanmasını isteme hak ve yetkileridir¹⁸¹. Diğer bir tanıma göre cevap ve düzeltme hakkı ise “kitle haberleşme araçlarıyla yapılan yayınlar sebebiyle resmi makam ve mercilere, gerçek kişilere, özel ve kamu tüzel kişilerine, adli yargılamanın çok ağır işleyişi nedeniyle garanti temin eden müessesedir”¹⁸².

Özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte bir yayın yapılmışsa, yayımla birlikte kişinin şeref ve haysiyetine saldırı niteliğinde yanlış bilgiler verilmişse, kişi aynı yolla kendisini savunmak için cevap ve düzeltme hakkına da sahip olacaktır. Zira, Anayasa m. 32’de kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması durumunda kanunla düzenlenecek bir hak olarak “cevap ve düzeltme hakkı” belirtilmiştir. Böylece haksız yayının zararlı sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Anayasa ile yapılan bu düzenlemeye çeşitli kanunlarda da yer verilmiştir. Basın Kanunu m.14, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m.27 ve Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkındaki Kanunu m.28 örnektir.

II. TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE DAVA YOLLARI

A. Genel Olarak

4721 sayılı Medeni Kanunda(MK)¹⁸³ özel hayat adı altında bir düzenleme bulunmamakla birlikte 23, 24, 25. maddelerde genel olarak; 26 ve 27. maddelerde

¹⁸¹ Sulhi Dönmezer, “Mukayeseli Hukuk Muvacehesinde Yeni Basın Kanununa Nazaran Cevap Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 19, S: 1-4, s. 67; Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, 1.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 146.

¹⁸² Sahir Erman ve Çetin Özek, **Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 182.

¹⁸³ R.G., 08.12.2001, S: 24607.

özel olarak, kişilik haklarını koruyucu nitelikte düzenlemeler mevcuttur. Özel hayatın korunması da kişilik hakları kapsamında olan değerlerdendir. Bu nedenle kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler, özel hayatın korunması bakımından da geçerlidir. 23'üncü maddede “kişiliğin korunması vazgeçme ve aşırı sınırlandırmaya karşı koruma” başlığı adı altında “kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez” demek suretiyle şahsın kendi rızasıyla yapılacak saldırılara karşı korunması amaçlanmıştır. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka aykırı ya da ahlaka aykırı olarak kısıtlayamaz.

Örneğin kişinin cinsel hayatının tamamının gözler önüne serilmesine yönelik rızası, devredilmez ve vazgeçilemez özelliklere sahip kişilik hakkı söz konusu olduğundan özel hayatın tamamını ortadan kaldırması nedeniyle geçersizdir¹⁸⁴. Ancak kişi kendi rızasıyla özel hayatının belli bir kısmına müdahale edilmesine rıza gösterebilir. Örneğin kişinin mektuplarının bir programda okunmasına müsaade etmesi gibi.

MK m.23/3'e ancak “yazılı” rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması mümkün kılınmış fakat bu borcunu yerine getirmeyen kişiden borcun ifası veya ifa etmemeden dolayı maddi ya da manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır¹⁸⁵.

Kişi özgürlüğünden tamamen vazgeçemez ancak kişilik hakları ve bunlardan olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkından belli ölçülerde kişi feragat edilebilecek, söz konusu hak bazı hallerde sınırlandırılabilir. Şöyle ki, MK m. 24'te zarar görenin rızası, üstün nitelikte bir kamu yararının veya özel yararının varlığı ve kanunun verdiği yetkiye dayanılması bunlara örnektir. Yani özel hayata müdahale edilmesine önceden rıza gösterilmişse ya da müdahalede bulunulmasından sonra icazet verilmesi durumlarında zarar verenin sorumluluğu olmayacaktır.

¹⁸⁴ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 1993, s. 179.

¹⁸⁵ Dural ve Ögüz, s. 138.

Ancak bu müdahalenin sınırını da MK m. 23'deki düzenleme oluşturmaktadır. Zira, hukuka ya da ahlaka aykırı şekilde, özgürlüğü ortadan kaldırıcı nitelikte sınırlandırma yapılamayacaktır¹⁸⁶.

Medeni Kanunda ise özel hayatın korunması ile ilgili bir madde bulunmadığından genel koruma yoluna başvurulabilecektir. Şöyle ki, MK m. 24'de hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. 25. madde de kişinin bu saldırılara karşı açabileceği davalar belirtilmiştir. Yasa hükmünde aynen;

“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır” denilmiştir.

Yasa hükmünde de izah edildiği üzere, halen mevcut olmamakla birlikte bir takım eylem ve belirtilerden, çok yakın bir zamanda saldırının gerçekleşeceği hallerde veya saldırıya uğranılmış olup da bunun devam edeceği anlaşılan durumlarda, saldırının önlenmesi davası açılır. Kişinin özel hayatın gizliliği, derhal-pek yakında meydana gelecek bir saldırıya uğrama tehlikesi altında ise “saldırının önlenmesini- yasaklanmasını” isteyebilir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 137.

¹⁸⁷ İsviçre Medeni Kanunu m.28'de haksız saldırının önlenmesi davasını saldırının derhal veya pek yakında meydana gelecek olması koşuluna bağlamış, ülkemiz uygulaması da MK m. 25 anlamında İsviçre metni dikkate alınarak değerlendirilmelidir, aktaran Reisoğlu, Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, s. 311.

B. Önleme davası

Önleme davasının amacı, hukuka aykırı olan özel hayata saldırı niteliğindeki eylemi engellemek veya bunun tekrarını önlemektir. Saldırının sonucuna ilişkin değildir. Önleme davasının açılabilmesi için tecavüz tehlikesini oluşturan kişinin kusurlu olması gerekmediği gibi muhtemel bir zarar tehlikesinin bulunması da gerekmemektedir¹⁸⁸. Örneğin, bir dergide özel hayatına ilişkin mektup ve resimlerinin yayınlanacağını duyan kişi, önleme davası açabilecektir.

C. Saldırıya Son Verilmesi Davası

Özel hayatın gizliliğini ihlal edici nitelikteki saldırı halen devam ediyorsa kişi, saldırıya son verilmesini- saldırının durdurulmasını talep edebilecektir. Saldırı sona ermişse dava konusuz kalacaktır. İzni olmaksızın bir kişinin resminin gazete ve dergide kullanıyor olması, saldırıya son verme talep edilebilecek duruma örnektir. Bu dava ile saldırı durdurularak daha fazla zararın önlenmesi amaçlanır. Bu nedenle dava geleceğe etkili bir davadır¹⁸⁹.

D. Tespit Davası

Özel hayata yapılan müdahale sona ermiş dahi olsa etkisi devam ediyorsa kişi, saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa MK m. 25 gereğince kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini mahkemeden talep edebilir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Dural ve Ögüz, s. 95; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, ss. 161, 162; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C: 1, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları, Ankara 2002, s. 417; Nusret İlker Çolak, **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 196; Zakir Avşar, Gürsel Öngören, **Radio ve Televizyon Hukuku**, Radio ve Televizyon Üst Kurulu Yayını, Ankara, 2003, s.156.

¹⁸⁹ Dural ve Ögüz, s. 142; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 130; Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, s. 159; Akipek ve Akıntürk, ss. 415, 416; Çolak, s. 196; Avşar ve Öngören, s. 158.

¹⁹⁰ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, ss. 529-530; Dural ve Ögüz, s. 144; Reisoğlu, Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, s. 311; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 163; Akipek ve Akıntürk, ss. 418-420; Çolak, s. 197; Avşar ve Öngören, s. 160.

E. Kazancın İadesi Davası

Özel hayatın gizliliğine haksız saldırıda bulunan kişi, bundan dolayı haksız bir kazanç sağladıysa özel hayatına müdahale edilen, Borçlar Kanunu(BK) m. 414'de düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükmü gereğince bu kazancın kendisine verilmesini talep edebilecektir¹⁹¹. Örneğin bir kimsenin özel yaşamı veya resimleri hukuka aykırı bir şekilde yayın veya film konusu yapılmışsa ve kişilik haklarına yönelik bu haksız saldırı nedeniyle bir kazanç elde edilmişse kişilik hakları ihlal edilen, bu kazancın kendisine verilmesini BK m. 414 çerçevesinde talep edebilecektir. Ancak somut olayda, bu kazancın ne kadarının özel hayatın gizliliğini ihlal eden haksız saldırı sonucu elde edildiğinin mahkemece incelenip belirlenmesi gerekir¹⁹².

III.TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE DAVA YOLLARI

A. Genel Olarak

MK m. 25 gereğince özel hayatına müdahale dilen kişiler, maddi tazminat davası açabileceklerdir. Borçlar Kanunumuzda da özel hayata müdahale niteliğindeki saldırılara karşı uygulanacak yaptırım düzenlenmemiştir. Ancak bu kişiler Borçlar Kanunu(BK) m. 41 gereğince zararlarının tazmini yoluna gidilebilmektedirler.

B. Maddi Tazminat Davası

Maddi tazminat davası açabilmek için kişinin özel hayatına kasten veya ihmalle müdahale edilmesi ve işlenen bu haksız eylemden dolayı, kişinin mal varlığında bir azalma olmalıdır. Bu azalma ile zarar verenin kusurlu eylemi arasında

¹⁹¹ Dural ve Ögüz, s. 145; Reisoğlu, Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, s. 312; Cevdet Yavuz; **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 520; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, ss. 173, 174.

¹⁹² Reisoğlu, Basın Özgürlüğü Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, s. 312; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 432; Çolak, s. 199.

illiyet bağı bulunmalıdır¹⁹³. Örneğin bir ünlünün evli bir kişiyle ilişki fotoğraflarının dergide yayımlanması TV programının reytinginin düşmesine ve işine son verilmesine sebep olduysa meydana gelen zarar ve hatta saldırının önlenmesi, düzeltme ilan masrafları maddi tazminat kapsamına girecektir.

C. Manevi Tazminat Davası

BK'nın 3444 sayılı yasayla değişik 49. maddesi; kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişinin bu sebeple kendisine bir miktar para ödenmesini dava edebileceğini öngörmüştür. Özel hayata müdahale niteliğindeki saldırılarda, bu madde gereğince manevi tazminat da istenebilmektedir. 49. madde 3444 sayılı yasayla değiştirilmeden önce manevi tazminata karar verilebilmesi için failin "kusurunun hususi ağırlığı" bir şart olarak yer alıyordu. Ancak bu değişiklikten sonra yeni metinde kusurdan söz edilmemiş, manevi zararın ağır olması koşulu da getirilmemiştir. Bu nedenle, değişiklikten sonra zarar verenin manevi tazminat ödemesi için ağır kusurlu olması mahkemelerce aranmamıştır. Madde metnin de kusurdan hiç bahsedilmemiş olması, manevi tazminat yönünden kusursuz sorumluluk esasının mı kabul edildiği sorusunu ortaya atmıştır. Ancak bu hususta baskın görüş, manevi tazminat isteyebilmek için kural kişiliğe yönelik kusurlu bir saldırının varlığıdır. Diğer yandan tecavüz kusursuz sorumluluk hallerinden kaynaklanıyorsa da manevi tazminat istenebilecektir¹⁹⁴.

BK. m. 49 gereğince manevi tazminat talep edebilmek için gerekli koşullara kısaca değinmek gerekirse, bir kimsenin şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı bulunmalı, bu saldırı kişide manevi zarara yol açmalı, meydana gelen zarar ile saldırı arasında illiyet bağı bulunmalı ve son olarak da zarar verenin kusurlu veya kusursuz sorumluluk halinin olayda bulunması gerekmektedir. Tazminat miktarı

¹⁹³ Dural ve Ögüz, s. 146-147; Reisoğlu, Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, s. 312; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, ss. 165-167; Akipek ve Akıntürk, ss. 424-427; Çolak, s. 198; Avşar ve Öngören, ss. 161- 168.

¹⁹⁴ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, ss. 679-680; Aynı yönde bkz. Dural/Ögüz, ss. 147-150; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, ss. 167-171.

somut olayın özellikleri, yapılan saldırının niteliği, saldırıya uğrayanın çektiği ızdırap, talep edilen miktar ve saldıranın durumu gözetilerek takdir edilecektir¹⁹⁵.

IV.RADYO VE TELEVİZYON KANUNLARI

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun¹⁹⁶ genel yayın ilkeleri başlıklı 5'inci maddesinin j bendinde "kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak" genel yayın esaslarından sayılmış, bu yolla özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı güvence altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince, özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte yayınlar yapılmaması gerekmektedir. Kanunun 9/2. maddesinde insan haklarına saygılı olmak, kurumun görevleri arasında belirtilmiştir. Kanunun ilk düzenlemesinde denetlemeler için Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu görevlendirilmişken 13. 04. 1994 tarihinde kabul edilen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un¹⁹⁷ 36. maddesiyle bu kurul kaldırılarak Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görevlendirilmesi düzenlenmiştir.

2954 sayılı kanunun 27'inci maddesinde yayınlarla kişinin haysiyet ve şerefinde dokunulması ve gerçeğe aykırı yayın yapılması durumlarında, kişilerin düzeltme ve cevap hakkının olduğu düzenlenmiştir. Bu husus 3984 sayılı kanunun 28. maddesinde yer almıştır. Maddede kişilik hakkına saldırılan kişinin Sulh Ceza Mahkemesine düzeltme ve cevap hakkı için başvurabileceği belirtilmiş, ayrıca özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişinin genel hükümlere göre tazminat davası açma hakkının olduğu da vurgulanmıştır.

3984 sayılı kanunun 4. maddesinde radyo, televizyon ve veri yayınlarının hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin devamında uyulması gereken yayın ilkeleri

¹⁹⁵ Oğuzman ve Öz, s. 681 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 311 vd; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 199-205; Akipek ve Akıntürk, ss. 427-432; Çolak, s. 199; Avşar, Öngören, ss. 168- 174.

¹⁹⁶ R.G., 14.11.1983, S: 18221.

¹⁹⁷ R.G., 20.04.1994, S: 21911.

ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak özel hayatın gizliliği hakkı 4. maddedeki yayın ilkeleri arasında sayılmamış ancak 2002 yılında 4756 sayılı kanunla yapılan değişiklikte f bendi “Özel hayatın gizliliğine saygılı olunması, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında kişilerin özel hayatının yayın konusu yapılmaması” şeklinde değiştirilmiş ve bu yolla yayın ilkeleri arasına dahil edilmiştir. Buna göre kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlarda, kişilerin özel hayatları yayın konusu yapılabilecekti.

Ancak kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlarda özel hayatın yayın konusu yapılması şeklindeki bu düzenleme 4. maddenin s bendinde belirtilen “program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması” gerekliliğine aykırılık teşkil etmekteydi. Nitekim daha sonra maddenin özel hayatla ilgili kısmı 4771 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile değiştirilerek -f bendi her hangi bir istisna gözetmeden “özel hayatın gizliliğine saygılı olunması” biçiminde nihai olarak değiştirilmiştir.

V. BASIN KANUNU

5680 sayılı Basın Kanunu¹⁹⁸ 09/06/2004 tarihinde kabul edilen 5187 sayılı yeni Basın Kanunu¹⁹⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Basın Kanununda olduğu gibi yeni Basın Kanunu’nda da özel hayatı koruyucu ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Kişilerin özel hayatlarına basın yoluyla saldırıların oldukça kolay ve fazla olduğu günümüzde bu hususun ayrıca düzenlenmemesi, kanun açısından önemli bir eksikliklerdir.

Eski Basın Kanununun 33. maddesinde düzenlenen ve yeni Basın Kanunu 21. maddede genel hatlarıyla korunan Türk Ceza Kanunu(TCK)’ndaki ırza geçme, ırza tasaddi, kızlık bozma, sarkıntılık, evlenme vaadi ile kızlık bozma, alıkoyma suçlarıyla ilgili haber ve yazılarda mağdurların kimliklerini açıklamak, bilgi ve resimlerini yayınlamak; 21. maddenin son fıkrasında ise on sekiz yaşını doldurmayan suç faillerinin ve mağdurlarının kimliğini açıklamak, tanınmalarına yarayacak bilgi

¹⁹⁸ R.G., 27.04.1950, S: 7564.

¹⁹⁹ R.G., 26.06.2004, S: 2504.

ve resimlerini açıklamak yasaklanmıştır²⁰⁰. Bu maddenin özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını güvenceye alan bir hüküm olduğu değerlendirilerek, kişilerin özel hayatının, onur ve saygınlığının, genel ahlak ve adabın bu şekilde korunacağı ifade edilmiştir²⁰¹. 3. maddenin devamında bu yasağın yaptırımını düzenlenmiştir. Basın Kanunu'nun 14. Maddesinde “düzeltme ve cevap” başlığıyla, süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması durumlarında, bundan zarar gören kişilerin göndereceği suç unsuru içermeyen ve üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyen, düzeltme ve cevap yazısının ilgili yayımın yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlanacağı belirtilmiştir.

5187 sayılı yeni Basın Kanunu yürürlüğe girdiğinde henüz 5237 sayılı TCK kabul edilmediği için 21. maddede belirtilen 765 sayılı eski TCK' daki suçların bir kısmı değiştirilerek düzenlendiği; kızlık bozma, evlenme vaadiyle kızlık bozma gibi suçlar yeni kanunda düzenlenmediği ve ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun ilk defa yeni TCK ile düzenlenmiş olması hususları gözetildiğinde yeni Basın Kanununun güncelliği bulunmamaktadır.

VI. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun(FSEK)²⁰² 19, 83, 84, 85 ve 86 maddelerinde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmakta ve kişinin sözleri, resimleri ve mektupları üzerinde sahip olduğu haklar ve bu hakların ihlali durumunda uygulanacak hukuki ve cezai yaptırımlar düzenlenmektedir.

FSEK' nın 83. maddesinde bir kişiye veya esere ait olan ad, alamet veya çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibas yapılmak suretiyle başka bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılmayacağını hükme bağlamıştır. 84: maddenin birinci fıkrası kişiye mahsus bir işaretin, resmin veya sesin tespitinin yapılarak çoğaltılmasını veya yayınlanmasını yasak etmiştir. İkinci fıkrada da eser mahiyetinde

²⁰⁰ Timur Demirbaş; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 362.

²⁰¹ Şen, ss. 178-179; Özek, ss. 317-318.

²⁰² R.G., 13.12.1951, S: 7981.

bulunmayan her çeşit fotoğrafı, benzer usullerle tespit edilen resimleri ve sinema eserlerinin korunması düzenlenmiştir.

FSEK' ın 85. maddesine göre mektup, hatıra ve buna benzer yazıların eser vasfı taşıması dahi yazarların, eğer yazar ölmüşse 19. maddede öngörülen yazı sahibinin tayin etmiş olduğu vasiyeti tenfiz memuru, eğer böyle bir tayin yok ise kanuni mirasçılarının rızası alınmadan yayınlanamaz; ancak ölümden itibaren on yıl geçmişse rıza şartı aranmaz. Ayrıca mektupların yayınlanması durumunda mektubun gönderildiği kişinin, eğer ölmüş ise kanuni mirasçılarının rızasının olması şarttır. Burada da ölümden itibaren on yıl geçmişse rıza şartı aranmayacaktır²⁰³.

Maddenin devamında BK' nın 49. maddesine atıf yapılarak hakkı ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunla²⁰⁴ değiştirilen 85. maddenin üçüncü fıkrasında TCK da “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” kısmında düzenlenen 132, 134, 139 ve 140. maddelere atıf yapılarak bu yöndeki müdahalelere belirtilen maddeler gereğince cezai yaptırım uygulanacağı; son fıkrasında da MK' nın 24'üncü maddesine atıf yapılarak hak sahibinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal faydanın varlığı ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde müdahalenin hukuka uygun olacağı düzenlenmiştir. (85/3-4)

Kanunun 86'nci maddesinde eser niteliğinde bulunmasa dahi resim ve portrelerin, buna sahip olan kişinin ve ölümü halinde izin vermeye yetkili kişilerin rızası olmadan teşhir edilemeyeceği ve kamuya sunulmayacağı belirtilmiştir. Zira bir kimsenin dış görünüşü üzerindeki hakkı, onun kişilik haklarındandır. Bunun istisnaları ise memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol alan kişilerin resimlerinin çekilmesi; radyo ve TV haberleri, kişilerin katıldığı özel olmayan toplantılar, resmi törenler ve günlük olaylarla ilgili tasvirler veya çekilen fotoğraflar sayılmıştır. Kişinin görüntüsü, resmi, yayınlanan bir haberde herhangi bir kimse olarak yer

²⁰³ Mustafa Albayrak, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar”, **Adalet Dergisi(AD)**, S:16, Temmuz, 2003, s. 142.

²⁰⁴ R.G., 08.02.2008, S: 26781.

alıyorsa, bir ayrıntı niteliğinde ise, kim olduğu tespit edilse dahi eylem hukuka uygundur²⁰⁵.

Kamuya mal olmuş, ülkenin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan devlet yöneticilerinin, sanatçıların veya futbolcuların resimlerinin çekilmesine katlanması gerekmektedir. Bu, kamunun öğrenme hakkının sonucudur. Ancak resmin yayınlanmasının özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz niteliği taşımaması gerekir. Aksi halde hakkın ihlali söz konusu olacaktır. Ayrıca haberler, kişilerin cinsel yaşayışı veya ev hayatını değil, kamunun öğrenme hakkına yönelik kamusal alandaki faaliyetlerini içermelidir²⁰⁶.

86'ncı maddenin devamında 85. maddede olduğu üzere, hakkın ihlali durumunda BK., TCK. ve MK. anlamındaki sorumluluklar da belirtilmiştir.

VII. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU

Demokratik bir toplumda bilgi edinme özgürlüğü, devlet organlarının yurttaşlar tarafından kontrol edilmesini ve yurttaşların katılımcılığını sağlamaktadır. Bu husus ancak yurttaşların devletin faaliyetleri hakkında kapsamlı bir bilgiye sahip olmaları halinde mümkün olabilir. Bilgi edinme özgürlüğü aynı zamanda kamuoyunun şekillenmesine de hizmet eder ve şeffaf ve açık bir toplumun temel ilkesini oluşturmaktadır²⁰⁷.

Hukukumuzda 4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanunu²⁰⁸, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulama alanı bulan kanun ile herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, ilgili kurum ve kuruluşlara bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir.

²⁰⁵ İlknur Serdar, **Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 92.

²⁰⁶ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 677; **Özek**, ss. 254-255.

²⁰⁷ <http://datenschutz-berlin.de/content/Informationsfreiheit>., aktaran Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 143.

²⁰⁸ R.G., 09.10.2003, S: 25269.

Bilgi edinme hakkının istisnaları 15 ve 27'inci maddeler arasında sayılmıştır. Yargı denetimi dışında kalan işlemler, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler, devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler, idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, fikir ve sanat eserleri, ticari sır, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi ve tavsiyeler ve mütalaa talepleridir.

Kanunun 21'inci maddesinde, kişinin izini dışında özel hayatın gizliliği kapsamında olan, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluş tarafından ilgili kişiye en az yedi gün önce haber verilerek, yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilecektir.

Kanundaki düzenlemeye göre, özel hayata ilişkin bilgilerin kişinin rızasıyla açıklanması önemlidir. Ancak bu bilgilerin üçüncü kişileri de ilgilendirmesi durumunda açıklama hususundaki nihai kararın daha isabetli olması için Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu tarafından verilmesi uygun olacaktır. Ayrıca kamu yararı gerektiren durumlarda yazılı rıza ile bilgilerin açıklanması halinde rızanın verilmesine ilişkin hususların medeni hukuktaki çerçevede olması gerekir²⁰⁹.

VIII. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA²¹⁰ GÖRE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından TCK'da yapılan yeni düzenlemelere paralel olarak Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)'da özel hayatın gizliliği hakkı korunmuş, bu hakka müdahale teşkil edebilecek koruma tedbirleri ile söz konusu tedbirlere başvuru koşulları düzenlenmiştir.

Beden muayenesi ve moleküler genetik inceleme(CMK m.75/-82), arama ve elkoyma(CMK m. 116-134), iletişimin denetlenmesi(CMK m.135), gizli

²⁰⁹ Üzeltürk, s. 116.

²¹⁰ R.G., 17.12.2004, S: 25673.

soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme(CMK m. 139-140) özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilintilidir.

A. Beden Muayenesi Ve Moleküler Genetik İnceleme

CMK m.75’de beden muayenesi düzenlemiştir. Buna göre, şüpheli ve sanığın beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi şeklinde ayrılmış; dış beden muayenesi için mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından bir karar verilmesine gerek görülmeden soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi yapabilmesi öngörülmüştür. İç beden muayenesi bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da karar verebileceği düzenlenmiştir. Mağdurun iç beden muayenesi konusunda da CMK m.76 gereğince gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı yeterli olacaktır.

CMK m.78’de kişilerin vücutlarından alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme, soy bağının belirlenmesi, şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının tespiti ve bulunan, kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde incelemenin ancak hâkim kararıyla mümkün olabileceği hüküm altına alınmıştır. Genetik inceleme sonuçları ve gizlilik bakımından da CMK m. 80’de düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup başka bir amaçla kullanılamayacaktır. Dosya içeriği, yetkili kişiler dışında başkalarıyla paylaşılamaz niteliktedir. Elde edilen bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilecek ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilecektir.

B. Arama Ve Elkoylma

Ara ve elkoylma da özel hayatın gizliliği hakkının yasalara aykırı olarak çokça ihlal edildiği tedbirlerdendir.

CMK m. 119 değiştirilmeden önce aramanın hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapabileceği düzenlenmiştir.

5353 sayılı kanunla²¹¹ arama kararı başlıklı m. 119 değişiklik yapılarak Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle de arama yapılabileceği ancak konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçlarının Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhal bildirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür²¹². Bunun yanında avukat bürolarının aranmasında da istisnai bir düzenleme yapılmış ve avukat bürolarının aranması ancak mahkeme kararıyla ve Cumhuriyet Savcısının denetiminde mümkün olabileceği hüküm altına alınmıştır.

Delil olarak değerlendirilen eşya, yanında bulunduran kişi tarafından rızasıyla verilmez ise bu eşyaya elkonulabilir. (md. 123/2)

Postada el koyma tedbirine ise CMK m. 129 gereğince ancak hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla başvurulabilecektir.

CMK m.128'de taşınmaz hak ve alacaklara el koymayı düzenlemiş, bu tedbire başvurmayı, hâkim kararı ile suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair "kuvvetli şüphe sebebi" bulunan haller ve maddede sayılan katalog suçlarla sınırlamıştır.

CMK m. 134'de de bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma düzenlenmiş olup tedbirin uygulanması hâkim kararına bağlanmıştır.

²¹¹ R.G., 01.06.2005, S: 25832.

²¹² Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, ss. 535-542.

C. İletişim Denetlenmesi

İletişim denetlenmesi tedbiri de, haberleşmenin yani muhaberatın özel hayatın önemli bir unsuru olması bakımından önemlidir. Haberleşme özgürlüğünün gelişen teknolojinin olumsuz etkilerinden korumak için bu hürriyete hangi koşullarda ve nasıl müdahale edilebileceğine ilişkin yasalar yürürlüğe konulmuş ayrıca bu hürriyetin düzenlenen yasal sınırların haricinde tam manasıyla korunabilmesi için uluslar arası sözleşmeler akdedilmiştir²¹³.

Haberleşme özgürlüğü AİHS m. 8 bakımından da ele alınmalıdır. AİHS haberleşme kavramının kapsamına her türlü yazılı veya sözlü ileti/gönderiyi dahil etmiştir. AİHS m.8 ile haberleşme kavramı kapsamına giren her türlü yazılı ve sözlü gönderilerin içine telefon, mektup ve diğer tüm haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşme dokunulmazlığının kanunlarla korunması gerektiği yönünde üye devletlere ait bir yükümlülük öngörmüştür²¹⁴. Bir hakka tecavüz edildiği iddiası Mahkeme önüne geldiğinde AİHS m.8/2 uyarınca, ilgili hükmün kapsamına giren bir müdahalenin varlığı, taraf devletin yasal düzenlemelerine uygunluk, müdahalede meşru amacın varlığı ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği incelenir.

Hukukumuzda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması önleme amaçlı ve suç sonrası yapılan adli amaçlı dinleme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1. Önleme Dinlemesi

Önleme dinlemesi, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na(PVSK Ek 7. Maddeye ilave edilen ek fıkralar), 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu'na(Ek 5. Madde) ve 237 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na(6. Maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ve

²¹³ Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2008(Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir), s. 31.

²¹⁴ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 405.

sonra gelmek üzere eklenen fikralar) önleme maksatlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler yapılmak suretiyle yasal temellere oturtulmuştur.

Önleme dinlemesi ile adli amaçlı dinlemeyi birbirinden ayırmak gerekir. Kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından daha hassas ve itina ile uygulanması gerektiğini ve bu husustaki yasal düzenlemelerin çerçevesinin kesin kesin sınırlarla belirlemek ve hak ve hürriyetlere müdahale bakımından geniş tutulmak suretiyle kabul edilmesinin isabetli olacağını düşündüğümüz önleme dinlemesinde, henüz ortada bir suçun işlendiği iddiası bulunmamakta olup işlenebilme veya sonuçları ağır olabilecek nitelikteki suçlara geçiş yapılabilme ihtimali söz konusudur²¹⁵.

Ortada hiçbir somut ve haklı gerekçe olmaksızın sırf telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti konusunda yetkilendirildiğini düşünen polis, jandarma veya Milli İstihbarat Teşkilatı(MİT) mensupları, soyut ihtimallerden hareketle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini gerçekleştiremez. Geniş şekilde önleme dinlemesi yapılması gerektiğini savunmak ve önleme dinlemesi sonuçlarının delil olarak kullanılmamasını, haberleşme özgürlüğünün kişi güvenliğinin ve sanık haklarının korunmasında yeterli saymak doğru değildir. Bireyin özel hayatı kapsamındaki haberleşme özgürlüğü, müdahale sınırlarının önceden belirlenmesi, bu müdahalelerin hukukilik denetiminin yapılması ve hukuka aykırı davranışların da sorumluluklarının da kabul edilmesi suretiyle güvence altında tutulabilir²¹⁶.

Gerek bireyin özel hayatı ve gerekse bu kapsamda yer alan haberleşme özgürlüğü, hangi gerekçe ve sebeple olursa olsun sürekli takip imkânına tabi tutulabilecek, sürekli müdahale edilebilecek kamuya açık alanlardan değildir. Bunun aksi uygulamalar ve düzenlemeler 1982 Anayasa m. 13'e aykırılık teşkil edecektir²¹⁷.

Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini öngören düzenlemelerdeki ortak hükme göre "Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK hükümlerine göre işlem yapılır".

²¹⁵ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 40.

²¹⁶ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 40.

²¹⁷ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 40.

Bu hüküm, Ceza Hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebi ortaya koymaktadır. Çünkü TCK m. 132-140. Maddeler arasında “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” öngörülmüş, bu anlamda bir kimsenin haberleşmesinin ve görüşmesinin gizliliğinin ihlali suç sayılmıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi görevinde bulunanlar bakımından suçun işlenmemesi ve özel hayatın gizliliğinin korunması ve yasal düzenlemeler arasındaki çelişkiyi önlemek amacıyla yukarıda yer verilen ortak hükme ihtiyaç duyulmuştur. Ayrıca bu hükümle usul ve esaslara aykırı yollarla önleme amaçlı dinleme yoluyla elde edilen kayıtların delil olarak kullanılmasına imkân vermemektedir²¹⁸.

2. Adli Amaçlı Dinleme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.135-138 arasında iletişim denetlenmesi tedbiri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tedbirin ikincil nitelikte olduğu öngörülmüştür. Bu yolla kişinin haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahalenin geniş tutulmaması hedeflenmiştir.

CMK m. 135’de düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin kapsamını; iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir.

CMK, söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için bir suç dolayısıyla ceza soruşturması ve kovuşturması yapılması, bu kapsamda şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi ön koşuluna bağlamıştır. Diğer yandan CMK m. 135’de iletişimin denetlenmesi ve kayıt altına alınması tedbiri ancak kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınmasına konu fiilin m. 135/6’da sayılan suçlardan birinin kapsamına girmesi durumunda uygulanabilecektir. İletişimin denetlenmesi tedbiri ancak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla uygulanabilecektir. Cumhuriyet savcısının kararını, derhâl hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin kararını en geç yirmi dört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi

²¹⁸ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 47.

halinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı da hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucu, kişi güvenliği kadar önem taşıyan bir kişi hak ve hürriyeti olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini önlemek amacıyla suç delili veya failin yakalanması için haberleşme hürriyetine yapılabilecek müdahaleler oldukça sınırlanmıştır. Bu yolla kişi hak ve özgürlüklerine karşı otoriteden gelebilecek ve kolaycılık olarak nitelendirilebileceğimiz yöntemlerin uygulanma olasılığı kalmamıştır²¹⁹.

Diğer yandan CMK m. 135/2 gereğince, tanıklıktan çekinme hakkının bir sonucu olarak kanun koyucu, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasındaki iletişimin kayda alınması yasaklanmıştır. Kayda alınma gerçekleşikten sonra bu durum anlaşıldığında kayıtların kanun hükmü gereğince derhal yok edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada şüpheli veya sanığın suçla ilgisi olmayan özel ve aile hayatına ilişkin kişilerle örneğin; eşi, nişanlısı, sevgilisi veya arkadaşlarıyla yapmış olduğu özel ve aile hayatı içerikli konuşmalarının kayıt altına alındığı, kayıt içerisinden çıkarılmadığı, bu konuşmaların aleniyet kazanarak özel hayatlarının ihlal edildiği görülmektedir. Bu hukuka aykırılığın kamu ve yargı görevlileri bakımından görevin ihmali, görevin kötüye kullanılması hatta özel hayatın gizliliğinin ihlali suçları kapsamında değerlendirilebilecektir²²⁰.

D. Gizli Soruşturmacı

Bir takım suçların ortaya çıkarılması delil elde edilmesindeki güçlük sebebiyle imkânsız hale geldiğinden suçu ve suçluları elde etme kapsamında özel soruşturma usulleri belirlenmiştir. Bunlardan biri de CMK m. 139'da düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir. Yasada, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

²¹⁹ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, ss. 54, 55.

²²⁰ Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 91.

Cumhuriyet savcısı kararı görevlendirilir. Ancak kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirileceği düzenlenmiştir²²¹. Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli soruşturmacı asli veya ferî fail değildir. Ancak, sadece girdiği suç örgütünün sınırları içerisinde kalarak, organizasyonun zaten işlemekte olduğu suça iştirak edebilir²²².

Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz²²³. Soruşturmacı kamu görevlisi olmalıdır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi hakkındaki karar ve diğer belgeler, cumhuriyet başsavcılığınca muhafaza edilir. Görev sona ermesinden sonra da bu bilgiler gizli tutulur²²⁴.

CMK m. 139'da düzenlenen gizli soruşturmacı tedbirine başvurulması iletişimin denetlenmesi tedbirinde olduğu gibi ancak katalog suçlar kapsamında mümkün olabilecektir. Bunlar, uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (m. 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlardır.

CMK m. 139'da gizli soruşturmacı tedbiri de hüküm altına alınmış ve yapılan düzenlemeyle bir yandan delil elde edilmesi güç olan suç ve suçlulara ulaşabilmek diğer yandan hak ihlallerinin önüne geçmek amaçlanmıştır. Gizli soruşturmacı tedbirinin uygulamasından özel hayatın gizliliğinin ihlali halleri meydana

²²¹ Nur Centel, Hamide Zafer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş 3. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, 2005, s. 322 vd.

²²² Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, No: 14, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 82.

²²³ Ali Şafak, Vahit Bıçak, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, İstanbul, Ağustos, 2005, s. 173.

²²⁴ Centel ve Zafer, s. 322 vd.

gelebilecektir. Ancak bilindiği üzere, Anayasa ve yasalar çerçevesinde uygulandığında ihlallerin hukuka uygunluğu söz konusu olacaktır.

E. Teknik Araçlarla İzleme

CMK m. 140'da teknik araçlarla izleme tedbirine yer verilmiş ve söz konusu tedbire kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, sayılan katalog suçlar bakımından şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Tedbir, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla uygulanabilecektir.

Diğer tekniklerde olduğu gibi amaca bağlılık kuralı geçerlidir. Hangi suç nedeniyle tedbir kararı alındıysa suçun aydınlatılması amacıyla elde edilen deliller kullanılabilir. Elde edilen bilgi, ses ve görüntüler ceza soruşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısı gözetiminde derhal yok edilir. Burada herhangi bir süre öngörülmemiştir.

Kanun açıkça, kişinin açık yerlerdeki ve iş yerindeki faaliyetlerinin bu madde kapsamında izlenebileceğini öngörmüştür. Özel hayatın sır alanı ve özel hayat alanına göre daha sınırlı korunan hayatın genel alanı izlemeye tabi tutulmaktadır. Düzenleme gereği kişinin konutunda söz konusu tedbir uygulanamayacaktır²²⁵.

²²⁵ Centel ve Zafer, s. 325.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TCK'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU(TCK m. 134)

A. Genel Olarak

Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 5237 sayılı TCK Dokuzuncu Bölümde düzenlenmiş olup Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlığı altında m. 134'de düzenlenmiştir.

Yasa hükmünde aynen “(1)Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde cezasının sınırı bir yıldan az olamaz.

(2)Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır” denilmiştir.

Gereğede de değinildiği üzere, maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece gizli yaşam alanına girilerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır. Failin eylemi, başkasının özel yaşamını izleme, dinleme, okuma, gözleme şeklinde ise m.134/1'de düzenlenen suçun basit şekli gerçekleşir. Örneğin bir kimsenin evinde gizlice gözetlenmesi bu suç oluşturur.

İkinci fıkrada ise bu yolla elde edilen saptama ve kayıtların herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun nitelikli hallerindedir.

Yine maddenin ikinci fıkrasında kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi birinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşası, yayılması yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla gerçekleşir. İfşa, açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir. Ancak, özel hayatın gizliliğini ihlal eden görüntü veya seslerin ifşa edildiğinden söz edilebilmesi için yalnızca ses veya görüntülerin değil bunun ilgili olduğu kişi veya kişilerin de açıklanması gerekir. Ses veya görüntülerin bir kişiye dahi açıklanması yeterlidir. Suçun oluşması için ses veya görüntülerin tümünün açıklanması veya ifşanın “aleni” olması aranmamıştır²²⁶. Örneğin iki insanın arasındaki cinsel ilişkilerin veya fantezilerin tarafların rızası olmaksızın gizli bir kamera veya çağdaş teknolojinin insan hizmetine sunduğu ve fark edilmeyecek derecede küçük boyutta üretilen ve konuta, iş yerine veya bir otel odasına ya da saunaya gizlice yerleştirilen video kameralar ve gizli ses dinleme cihazları ile tespit edilip çeşitli nedenlerle ve menfaatlerle kamuya ifşa edilmesi halinde TCK m.134/2 gerçekleşecektir²²⁷.

Suçta konu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Görüntü veya sesler, örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi m.134/1’de tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle de elde edilmiş olabilir.

CMK m.140 gereğince, belirli suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde şüpheli veya sanığın yalnızca kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve iş yerinin teknik araçlarla izlenebilmesine, ses veya görüntü kaydı alınabilmesine hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği, bu madde hükümlerinin kişinin konutunda uygulanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple adli bir kovuşturma ve soruşturmada delil elde etmek amacıyla da olsa kişinin kamuya açık olmayan yerlerdeki ve konutundaki özel yaşamına ilişkin ses veya görüntülerin kaydedilmesi ve bunun ifşa edilmesi m.134/2 anlamında suç teşkil edecektir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye

²²⁶ Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 368.

²²⁷ Şen, s. 108.

verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi halinde söz konusu suç oluşmayacaktır.

İfşanın basın ve yayın yoluyla yapılması suçun nitelikli hallerindedir. Görüntü veya ses dışındaki bir hususun ifşa edilmesi madde kapsamında değildir.

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçla Korunan Hukuki Değer- Suçun Hukuki Konusu

Bu suçla korunan değer, özel hayattır. Madde Anayasa'da yer alan "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*"(m.20) düzenlemesinin yaptırımını oluşturmaktadır.

"Özel Hayat" kavramının bir burjuva kavramı olduğu, ayrıcalıkları üzerine titreyen sosyal bir sınıfın –burjuva sınıfı- bu ayrıcalıklardan dolayı komşularından uzak durmaya çalıştığı bir dönemde ortaya çıkmış ve giderek toplumun bütün kesimlerine ve de fertlerine münhasır bir hak haline gelmiş olduğu söylenmelidir. Her bireyde mevcut olan ölçülülük ve edep duygusu, insanın maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi için bir zorunluluk olup özel hayatın gizliliği olmaksızın kişi özgürlüğünden de söz edilemez. Özel hayatın gizliliği varlığımızın özgür olmasının görünümlerinden biridir²²⁸. Kişinin hayatının belirli bir kesitinde(özel hayat alanında) kendisini korkusuzca ifade etmesi ve bu sayede kişiliğini geliştirmesi esastır. Kişinin özel hayat alanında değerlendirilen faaliyetleri yaparken veya bu faaliyetleri yerine getirirken çıkardığı seslerin izlenmesi ses ve görüntü kaydeden aletlerle kaydedilmesi, onun korkusuz şekilde bu faaliyetlerde bulunmasını engeller. Özellikle kayıt halinde yaşanan olayları sabitlenmekte ve kalıcı hale gelmektedir. Özel hayatın gizliliğine saygı hakkı, kişilere, kişiliğini serbestçe geliştirebileceği bir alan sağlamak ve korumak amacına hizmet eder²²⁹. TCK'da düzenlenen bu suç tipiyle kişilerin, kişiliğini serbestçe geliştirebileceği alanlar korunmaktadır. Bu nedenle bir suçun işlenişinin izlenmesi veya bu suçun

²²⁸ Özbek, s. 941.

²²⁹ Özbudun, s. 265.

izlerini taşıyan kişilerin görüntülerinin yayınlanması, bu suçları oluşturmaz. Aksi takdirde suç olgusu, özel hayat kapsamında koruma ile karşılanmış olacaktır²³⁰.

Özel hayat kişinin hayatının dışarıdan gizlediği ve başkalarının öğrenilmesinin arzu etmediği kısmıdır. Özel hayat kanunla izin verilen bazı hallerde müdahale edilebilen bir değerdir. Örneğin CMK'da düzenlenen arama, iletişimin denetlenmesi gibi tedbirler hukuka uygun şekilde uygulandığı müddetçe bu kapsamdadır. Özel hayatın gizli alanı olarak da nitelendirilebilecek örneğin kişinin cinsel hayatı gibi bir de sır alanı vardır ki, bu alana hiçbir şekilde müdahale edilemez.

Özel hayat kavramı, hayatın gizli alanı kavramından daha geniştir. Gizli hayat alanı, özel hayatın hiçbir şekilde dokunulamaz çekirdek alanını oluşturmaktadır. Gizli yaşam alanı, özel hayatın merkezinde yer alır. Özel hayat alanını koruyan bir düzenleme hayatın gizli yanını da öncelikle korur. Gizli hayat ve özel hayat olayları suçun konusunu oluşturur. Kamuya açık alanlarda yaşanan olaylar, özel hayat alanını oluşturmamaktadır²³¹.

Bu suçun hukuki konusu, özel hayat alanına giren tüm faaliyetlerdir. Ancak konuşma ve haberleşme ile kişisel veri niteliğindeki hususlar bu suçun konusunu değil, ilgili suçların konusunu oluşturur. Kişinin konut içinde geçen yaşamı da özel yaşam alanına girmekle birlikte, konuta girme veya girdikten sonra çıkmama biçiminde gerçekleşen ihlaller, TCK m.134 değil, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun düzenlendiği m.116 kapsamında ele alınmalıdır. Buna karşılık girme ve çıkmama dışında kalan konut dokunulmazlığına yönelik tüm ihlaller, konut içindeki yaşam da özel yaşamdan ayrı düşünülmeğe göre, m.134 kapsamına girecektir. Örneğin konuta yönelik olarak gizli dinleme veya dışarıdan gizli dinlemeye alınması m.134 çerçevesinde cezalandırılacaktır. Diğer yandan m.134 "haberleşme" dışında özel yaşam alanına yönelik ihlaller bakımından uygulanabilir. Her ne kadar haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmanın gizliliği de özel yaşam alanı içine girmekte ise de haberleşmenin gizliliği m.132 ile özel olarak korunduğu için

²³⁰ Zafer, s. 184.

²³¹ Zafer, s. 190.

m.134, bunun dışında kişinin özel yaşamına yönelik müdahaleler açısından uygulama alanı bulacaktır²³².

2. Fail-Mağdur

Fail, özel hayatın gizliliğini ihlal eden kişidir²³³. Suç, özgü suç özelliği göstermemektedir²³⁴. Oysa ki, 765 s.lı TCK’da suç, sırrın ifşası şeklinde düzenlenmiş ve suçun faili de ancak “resmi kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olan kimse” olabilirken kanunumuzda suç, herkes tarafından işlenebileceği gibi herkes suçta mağdur olabilmektedir.

Özel hayat olayını yaşayan kişi dışındaki herkes, bu suçun faili olabilir. özel hayat olayı birden fazla kişi ile birlikte gerçekleştirilen kolektif bir faaliyet ise taraflar birbirlerine karşı da korunur. Bu halde, ikili veya çoklu faaliyetlerde, bu faaliyetin tarafları da suçun faili olabilir. Örneğin bir kimsenin bir cinsel birlikteliğini kameraya alıp bunu yayınlaması gibi²³⁵.

Kişinin adli makamlara delil hazırlamak için karşı tarafın özel yaşam faaliyetine katılması ve bu faaliyeti kaydetmesi ve daha sonra bu kayıtları adli makamlara iletmesi hali özellik arz eder. Kanun, özel hayata saygı hakkı çerçevesinde konusu suç teşkil eden bir faaliyeti korumaz. Kişi, kendisinin doğrudan ya da dolaylı olarak mağdur olduğu bir suçun delilini hazırlamak için özel yaşam olayına katıldığında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili olmamalıdır. Özel hayat olayına katılan ve kayıt yapan kişinin, suçun gerçek mağduru olması halinde, kayıt yapması ve bu kayıtları kullanması, özel hayatın gizliliğini ihlal ve ifşa suçlarını oluşturmaz²³⁶.

Diğer yandan TCK m.137’de suçun nitelikli hali düzenlenmiş olup buna göre, failin bir kamu görevlisi olması ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak

²³² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

²³³ Aydın, s. 228.

²³⁴ Zafer, s. 186.

²³⁵ Zafer, s. 186.

²³⁶ Zafer, s. 186.

suretiyle ve belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Tüzel kişiler suç faili olamaz ise de bu suçların da işlenmesinden dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmedilir(m. 140). Zira bu suç bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle de işlenebilir.

Ayrıca suçun mağduru herkes olabilir. Herkesle kastedilen kamuya mal olmuş olan kimseler de dahil olmak üzere herkestir. Kamuya mal olmuş kimseler de özel hayatlarına saygı konusunda diğer insanlarla aynı haklara sahiptir. Bir kişinin gündemde olması onu özel hayatına saygı hakkından mahrum etmeyi gerektirmez²³⁷.

Özel hayat alanı, insan olmanın ortaya koyduğu faaliyetleri kapsayan ve hukuk sahasında sadece gerçek kişilerin sahip olabileceği bir hayat alanıdır²³⁸. Bu nedenle her gerçek kişi suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler suçun mağduru olamaz. Ayrıca ölen kişinin özel hayatı olmadığından ve kişi de sayılmayacağından ceset, suç mağduru olamaz. Ancak bir cenaze töreninin veya taziyenin görüntülenmesi halinde ölen kişinin akrabaları mağdur olabilir²³⁹.

3. Hareket-Netice-Nedensellik Bağlantısı

Yasa hükmünde iki farklı fiile yer verilmiştir. Bunlardan ilki, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal, ikinci de kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşadır.

Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal bakımından bu suçun maddi unsurunu özel hayatın gizliliğini ihlal oluşturur.

Özel hayatın gizliliğini ihlal ifadesi kanunilik ilkesi bakımından sorunlu olabilir. Zira özel hayattan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yukarıdaki açıklamalar burası için de geçerlidir. Diğer yandan nelerin madde kapsamına girmediğini ortaya

²³⁷ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu- 8130”, (Çev: Onur Özcan), **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 146.

²³⁸ Şen, s. 230.

²³⁹ Zafer, ss. 187-188.

koymak da madde kapsamına giren fiillerin neler olduğunu ortaya koymak bakımından geçerli bir yoldur. İfade etmek gerekir ki, esasen özel hayata ilişkin olan haberleşme ile kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğine ve kişisel verilere yapılan müdahaleler ayrıca düzenlendiği için (m.132, 133, 135, 136, 138) bu düzenlemelerdeki suçlar oluşur. O halde m.134 anlamında özel hayatın gizliliği, haberleşme, konuşma ve kişisel veriler dışında kalan özel hayat alanına ilişkin faaliyetleri kapsar²⁴⁰.

Tanımsızlığın olumlu yanı, teknolojik ve sosyal gelişmelerin ortaya çıkaracağı müdahalelerin yasal değişikliğe ihtiyaç duyulmadan bu suç kapsamında değerlendirilmesine imkan sağlamasıdır. Olumsuz yanı ise böyle belirsiz kavramın suçun konusunu teşkil ediyor olmasının suçta kanunilik ilkesini zedeler nitelikte görülmesidir. Bu tür kavramların kapsamı ve uygulama alanı ancak yorum yoluyla ve içtihatlarla ortaya konulabilir²⁴¹.

Hükümde özel hayatın gizliliğinden söz edildiğine göre, hayatın gizli alanının evleviyetle korumadan yararlandığı söylenmelidir. Bu anlamda kişinin cinsel yaşamına müdahaleler özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, hayatın genel yanının da tümüyle korumasız olduğu düşünülmemelidir. Genel hayat alanı içinde geçen süre içinde kişinin görüntülenmesi, fotoğrafının çekilmesi de özel hayatın gizliliğini ihlal eder. Yine kişinin fotoğraf albümünde yer alan fotoğrafları da bu kapsamdadır. Gerçekten özel hayat, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlanmamalı ve bu alanın dışında kalan dış dünya ile birlikte düşünülmelidir. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da içerir²⁴².

Bireyin kamuya yanlış tanıtılması da bir ihlal sayılmalıdır. Bu anlamda özel hayat sadece dışarıdan içeriye yapılacak müdahalelerle değil, içeriden dışarıya karşı da korumaktadır²⁴³. Bu ihlalin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada serbest hareketli bir suç söz

²⁴⁰ Özbek, s. 942.

²⁴¹ Zafer, s. 188.

²⁴² Özbek s. 942; Zafer, s. 196.

²⁴³ Özbek, s. 943.

konusudur. Gizliliğe müdahale niteliğindeki her türlü davranış, ihlal içinde değerlendirilmelidir²⁴⁴. Örneğin kişinin özel hayatının gizliliğini çıplak gözle izlemek veya kulak yoluyla doğrudan doğruya dinlemek fiilleri madde kapsamındadır. Evinin banyosunda duş alan mağduru çıplak gözle veya dürbünle gizlice seyreden veya eşler arasında yapılan özel hayata dair konuşmaları dinleyen fail, 134. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur²⁴⁵. Gizliliğin ihlali gizli bilgilerin bunu öğrenmeye yetkili olmayan bir kişi tarafından öğrenilmesiyle gerçekleşmiş olacaktır. Bunun açıklaması ya da birden fazla kişinin gizli bilgileri öğrenmesi gerekmez²⁴⁶.

TCK m.134/1’de özel hayatın gizliliğinin ihlalini suç saydığından esas itibariyle özel hayata ilişkin sadece görüntü ve seslerin değil, aynı zamanda özel hayata ilişkin sırların da korunması gerekmektedir. Kişiye ait sırlarla ilgili olarak özel hayatın gizliliği iki şekilde ihlal edilebilir. İlki mağdurun sırları bilgisi ve rızası dışında öğrenilebilir ki, bu anda suçun oluştuğu kabul edilir. İkincisi, özel hayata ait sırlar kamu görevi gereğince veya bir meslek ve sanatın icrası kapsamında öğrenilebilir ki, bu öğrenme anında suç oluşmayıp fail tarafından sırlar başkalarına aktarıldığında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu gerçekleşir. Burada fail hakkında 134. Maddenin birinci fıkrası ile failin taşıdığı sıfat ve suçun işlenişine göre 137. Maddede öngörülen cezayı ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır. 137. Maddede gösterilen nitelikleri taşıyan fail, ya öğrenmemesi gereken sırra ulaşırken veya hukuka uygun yoldan ulaştığı sırrı başkalarına yaymaması gerektiği halde yaymak suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işleyebilir²⁴⁷. Ancak ifade etmek gerekir ki, TCK m.134/1 oldukça geniştir. Zira kişilerin aleni olmayan hemen her davranışları özel hayat kapsamındadır. Dolayısıyla bu hükmün bir torba hüküm olduğu söylenebilir²⁴⁸.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa suçunda ise “özel hayat” kavramı değerlendirilmelidir. Bu bakımdan mağdurun kişiliği, sosyal kültürel

²⁴⁴ Özbek, s. 943.

²⁴⁵ Şen, YTCK Yorumu, s. 591.

²⁴⁶ Özbek, s. 943; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (1-140. Madde)**, Cilt: 1, Ankara, 2007, s. 1034.

²⁴⁷ Şen, YTCK Yorumu, s. 592.

²⁴⁸ Özbek, s. 943.

ve varsa politik kimliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda politikacı, sanatçı gibi kişilerin özel hayat alanının diğer kişilere göre daha dar olduğu söylenmelidir. Ancak bu söz konusu kişilerin özel hayatının olmadığı ve maddenin koruması dışında kaldığı anlamına da gelmez. Hâkim bunu somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir²⁴⁹.

TCK m.134/2’de kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin sadece ifşa edilmesi suç sayılmıştır. İkinci fıkrada tanımlanan suç ile ilk fıkrada gösterilen suç birbirinden farklıdır. Bu sebeple aynı fail iki suçu da işleyecek olursa ikisinden de cezalandırılacaktır. Şöyle ki, ikinci fıkrada özel hayata ait görüntü veya ses kayıtlarının yetkisiz kişi veya kişiler tarafından öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Burada kullanılan “ifşa etmek” kavramı sadece görüntü veya ses kayıtlarının kamuoyuna duyurulması veya aleni hale getirilmesi anlamını taşımayıp aynı zamanda öğrenme yetkisi olmayan kişi veya kişilerin görgüsüne sunulmasını da içermektedir. Bu fıkrada tanımlanan suçun failinin görüntü ve seslere hukuka uygun yoldan ulaşım ulaşımadığının önemi yoktur. Fail, birinci fıkrada tanımlanan suç işlenerek kendisi veya başkası tarafından elde edilen fakat ifşa edilmemesi gerektiği halde ifşa edilerek veya bilgi ve görgüsüne sunulması gereken kişiler dışında kalanlara ifşa edilmek suretiyle de hükümde tanımlanan suçu işleyebilecektir²⁵⁰.

TCK m.134/2’ye göre özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi suçunu düzenlemiş ve yalnızca görüntü ve sesler dâhil edilmiştir. Kişiye ait özel hayata ilişkin sırrın ifşa edilmesi ise 765 sayılı TCK’da düzenlenen “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” içinde yer alan m.198’de düzenlenmiş ve suç sayılmışken kanunumuzda benzeri bir düzenlemeye gidilmemiştir. TCK m.134/1 gerekçesinde “Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır” denmektedir. Bu noktadan hareketle bir an için sırrın korunmasının özel hayatın gizliliği kapsamına alınmadığı düşünülebilir. Ancak konuyu TCK m. 134 ve m. 239 bakımından ele almak gerekecektir. Buna göre sırrın gizliliğinin ihlali ya yetkisi olmadığı halde sırrı öğrenmekle veya hukuka uygun şekilde öğrenilen bir sırrın hukuka aykırı olarak başkalarına aktarılması yoluyla

²⁴⁹ Özbek, s. 943.

²⁵⁰ Şen, YTCK Yorumu, ss. 594-595;

gündeme gelebilir. Bir avukatın veya hekimin meslek icabı öğrendiği sırrın gizliliğini bozmaması ve sırrı kendisine saklaması gerekir. Bu durumda fail, sırrın gizliliğini saklayıp da hukuka uygun bir neden olmaksızın başkalarına bildirecek ve ifşa edecek olursa esas itibarıyla m.134/2’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ifşa edilmesi suçunun işlenmiş sayılması gerekir. Ancak bu fıkrada ayrıca sırrın ifşasından bahsedilmediğinden bu şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal eden failin TCK m.134/1 gereğince suç işlediği kabul edilmelidir. Örneğin avukatına veya hekimine eşcinsel olduğunu söyleyen kişi tarafından verilen bu sırrın o avukat veya hekim tarafından saklanması gerekmektedir. Meslek icabı öğrenilen bu sır, başkalarına aktarıldığında mağdurun onur, şeref ve saygınlığının rencide edilip edilmediğine yani hareket suçunun oluşup oluşmadığına bakılmaksızın özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır²⁵¹.

Sırrın saklanması istisnaları da vardır. Bunlar yasal düzenleme, mağdurun rızası, hukuka uygunluk sebeplerinden kaynaklanabilir. Örneğin 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.11 gereğince adli sicil ve arşiv bilgileri gizli olup görevliler tarafından bu bilgiler açıklanamaz. Ancak aynı hüküm Adli Sicil Kanunu hükümlerinde gösterilen kişi, kurum ve kuruluşlara adli sicil bilgilerinin verilebileceğini, bunların da verilme amacı dışında kullanılmayacağını ifade etmiştir. Adli sicil bilgilerini verebilecek olanlar Adli Sicil Kanunu m. 7 ve arşiv bilgileri verilebilecek olanlar da aynı Kanununun 10. Maddesinde gösterilmiştir.

Sırrın ifşa edilmesine mağdur da rıza gösterebilir ki bu durumda TCK m.26/2’de düzenlenen hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecektir.

Yukarıda değinildiği üzere, TCK’da “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Kısımın “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer alan ve ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçunu düzenleyen 239. Madde inceleme konumuzla bağlantılıdır. Şöyle ki, yukarıda ayrıntısıyla izah edildiği üzere, meslek veya sanat gereğince hukuka uygun yoldan özel hayata ilişkin sırların öğrenilmesinde sorun yokken bu sırların hukuka aykırı olarak başkalarının bilgisine sunulması halinde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmiş olacağı açıktır. TCK m. 239 da sıfat veya görevi,

²⁵¹ Şen, YTCK Yorumu, ss. 592-593.

meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere verme veya ifşa etme, müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin hukuka aykırı yoldan elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. 239. Madde müşteri sırrı sayılan hususların başkalarına açıklanması veya ifşa edilmesinin mağdur bakımından zarar verici nitelik taşımasını veya zarar vermesini de unsur olarak aramamış, “müşteri sırrı” kavramı içine giren bilgi ve belgelerin hukuka aykırı şekilde açıklanmasını suç saymıştır²⁵².

239. maddenin yasanın sistematigi içindeki yeri gözetildiğinde “müşteri sırrı” kavramının doğrudan doğruya özel hayata ilişkin sırları içine aldığı söylemek mümkün olmayacaktır. Ancak yasa koyucu “müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belge” ibaresine yer vermiş ve bu ibareyi sınırlamayı meslek ve sanatın icrasında öğrenilen özel hayata ait sırların da korunmasını zımnen sağlamıştır. Bölüm başlığı “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” ve madde başlığında da korunan hukuki yararın ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu olduğu dikkate alındığında 239. Maddede tanımlanan suçun iktisadi alanı ve mağdurun mesleki sırlarını kapsadığı, bu maddeyle özel hayata ait sırların korunmasının amaçlanmadığı ileri sürülebilir. Ancak yasa düzenleme tekniği bakımından değerlendirildiğinde m. 239’da düzenlenen suçun “özel hayata karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmediği, bu sebeple de fiille ilgili suç tanımının “kanunilik” ilkesi ihlal edilmeksizin bir başka kısım veya bölümde tespit edilmekle o ceza normunun olaya ve faile uygulanması gerekeceği ortadadır. Diğer yandan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu(VUK) m.5’de de vergi mahremiyeti benimsenmiştir. Yasada düzenlenen istisnai durumlar hariç olmak üzere, m. 362 gereğince vergi mahremiyetinin ihlali suç sayılmış ve 765 sayılı TCK m. 198’e atıf yapıldıysa da ilgili yasa yürürlükten kaldırılmış olduğundan VUK m. 362 tatbik edilmeksizin 5237 sayılı TCK m. 239 doğrudan doğruya uygulanabilecektir. Ancak vergi mahremiyetinin ihlalinin özel hayatın gizliliği hakkının ihlali niteliğinde

²⁵² Şen, YTCK Yorumu, s. 597.

olmayacağı açıktır. Dolayısıyla TCK m.134 burada uygulama alanı bulamayacaktır²⁵³.

İzah edildiği üzere meslek ve sanatın icrası öğrenilen özel hayata ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması anlamında somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yoluna gidilecektir. TCK m.44 hükmü gereğince “fikri içtima” müessesesi uygulama alanı bulabilecektir. Bir fiil ile birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde fail hakkında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilebilecektir.

4. Suçun Nitelikli Unsurları

a. TCK M.134’de Yer Alan Nitelikli Haller

Bu suç bakımından iki nitelikli hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal fiiline ilişkin *gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması* suretiyle edilmesi(m.134/1 c.2) ve kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa edilmesi fiiline ilişkin *fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi*(m.134/2 c.2)dir.

Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi bakımından yalnız ses veya yalnız görüntünün kayıt cihazı ile kayda alınması yeterlidir. Her ikisinin birlikte kayda alınması gerekmez²⁵⁴. Görüntü veya seslerin kaydı şeklinde iki seçimlik hareket ile suçun gerçekleşeceği yasada düzenlenmiştir. Ancak hem görüntü hem de ses kaydı söz konusu olduğunda tek bir özel hayatın gizliliğini ihlal suçu meydana gelecektir. Seçimlik hareketli suçlarda ceza normunda gösterilen hareketlerin bir kaçının veya tümünün aynı korunan hukuki yarar için icra edilmiş olması halinde yapılan hareket sayısı kadar suçun işlendiği kabul görmeyecektir. Eğer korunan somut hukuki yarar farklı ise icra edilen her hareket yönünden bağımsız bir suçun işlendiği kabul edilerek eğer farklı zamanlardaki cinsel hayat faaliyetlerinden birisindeki sesleri ve diğerlerindeki ses kaydı olmaksızın

²⁵³ Şen, YTCK Yorumu, ss. 597-598.

²⁵⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 376.

sadece görüntüleri tespit etmişse birden fazla suçtan hatta TCK m. 43 anlamında müteselsil suçun varlığından bahsedilecektir²⁵⁵.

Görüntü veya ses kayıtlarının özel hayat hakkına yönelik daha ağır tecavüz niteliğinde olduğu ve bu nedenle de maddede bu ihlalin icrası halinde uygulanacak cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte ikinci cümlenin sadece hapis cezası bakımından alt sınırı yükselttiği, fakat adli para cezasından bahsetmediği dolayısıyla adli para cezasının bu durumda da uygulama kabiliyetinin kanaatimizce olmaması gerekir. Şöyle ki, cezanın alt sınırı ve türü gösterilerek görüntü veya seslerin kayıt altına alınması suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda uygulanacak ceza ayrıca belirlenmiştir.

Diğer yandan suça konu ses kaydı m.133/2 kapsamında olmamalıdır. Gerçekten söz konusu düzenleme katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişiyi cezalandırmaktadır. Bu düzenlemenin m.134/1'den farkı ise aleni olmayan bir söyleşinin varlığı, failin bu söyleşiye katılmış olması, kayıt için de diğer katılanların rızasının bulunmaması ve ses alma cihazı ile kayıt yapılmasıdır. O halde, söz konusu kayıt ancak bu özellikleri taşıyorsa incelememize konu m. 134/1 c.2'deki suç oluşacaktır.

Fiilin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın daha ağır olmasına dair hüküm, elbette suçun sonuçlarının daha zarar verici ve etkili olması bakımından isabetlidir. TCK m.6/1-g'de "basın yayın yolu" kavramından sadece yazılı(gazete), görsel(televizyon) ve işitsel(radyo) kitle iletişim araçları değil, bunların yanında elektronik kitle iletişim vasıtalarıyla yapılan yayınlar da anlaşılmalıdır. Ancak internet aracılığıyla gönderilen ve bireysel kitle iletişimi sayılan elektronik posta veya cep telefonu mesajları kitle iletişimi kapsamında kabul görmeyecektir. İnternet aracılığıyla yapılan gazetecilik, herkes veya üyeleri tarafından ulaşılabilen sitelerdeki yayınlar, m.134/2'de düzenlenen basın yayın yolu olarak nitelendirilecektir.

İşyerlerinin içine ve dış kısmına cadde ve sokaklarda güvenliğin sağlanması ve korunması maksadıyla konulan kamera sistemleri vasıtasıyla yapılan görüntü kayıtları, özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak kabul edilmemelidir. Bu tür kamera

²⁵⁵ Şen, YTCK Yorumu, s. 594.

sistemlerinin amacı, bireylerin özel hayat faaliyetlerine ilişkin görüntüleri takip etmek veya kaydetmek değil, işyerlerinde ve toplumun ortak kullandığı alanlarda güvenliğin sağlanması korunmasına yardımcı olmak asıl amaç, yan amaç ise hukuka aykırılıkların tespiti ve faileri ile delillerinin elde edilmesini sağlamaktır. Ancak bu tür kamera kayıtları sırf suç delili tespiti elde etmek maksadıyla konulamaz. Eğer bu yönde bir faaliyet söz konusu olacaksa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. Maddesine uyulması gerekeceğini, aksi halde yapılan faaliyetin hukuka aykırılığın ön plana çıkacağını, suç teşkil edeceğini(TCK m.134, 257, 281, 283, 286) elde edilen delillerin de hukuka aykırı olması nedeniyle kovuşturmada kullanılabilmesine imkân bulunmayacağını belirtmek isteriz.(Anayasa m.38/6, CMK m.217/2) Bu sebeple işyeri ve kamuya açık alanlara kurulacak kamera sistemlerinin amacının ne olduğu önem taşımaktadır.

İşyerinde kişiye özel bölümlere kamera kayıt sisteminin izinsiz konulması ve kayıt yapılması, sırf delil elde etmek için adli amaçlı kamera kayıt sisteminin kurulması, güvenlik amaçlı kamera kayıtlarının elde edilen görüntülerin başka maksatlar için kullanılmasında isabet olmayacağı gibi hukuka uygunluk da bulunmayacak ve bu tür fiiller yukarıda madde numaralarını verdiğimiz suç tanımlarına girebilecektir.

Yine burada da görevin ifası anlamında yani bir hükmün icrası veya yetkili amirin emrini ifa olarak bir hukuka uygunluk sebebi varsa bu halde yapılan görüntü veya ses tespiti fiili suç sayılmayacaktır. TCK m. 26/2'de düzenlenen "mağdurun rızası" söz konusu ise suç oluşmayacaktır. Buna göre "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Böylece kişi, eğer özel hayatına ilişkin bir görüntünün veya sesin görüntülenmesine veya kaydedilmesine rıza göstermişse bu halde suç meydana gelmeyecektir. Görüntü veya sesin kayda alınmasına rıza gösteren bu görüntü veya sesin ifşasına izin vermemiş olabilir. Bu halde m.134/1-2 gereğince bu suçlar birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Ancak basın mensubuna görüntü veren veya ses kaydı yaptıran kişi daha sonra sadece görüntü ve ses tespitine izin verdiğini, ancak bunların basın yoluyla yayımına izin vermediğini de iddia edemeyecektir. Basın mensubuna görüntü veren kişinin bu

görüntünün basın yoluyla kamuoyuna aktarılmasına da örtülü olarak izin verdiği hususu hayatın olağan akışı gereği kabul edilmelidir²⁵⁶.

b. TCK M.137’de Yer Alan Nitelikli Haller

İlgili madde hükmü ile haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından uygulanacak iki tür nitelikli hal düzenlenmiştir. Buna göre incelememize konu özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Kanun koyucu, özel hayata karşı işlenen suçlar bakımından nitelikli halleri özgü suç olarak kabul etmiştir.

TCK m. 137/1 A’da düzenlenen “*suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi*” bakımından failin hem kamu görevlisi olması hem de görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması gerekir.

Kamu görevlisi ibaresinden ne anlamamız gerektiği TCK m. 6’da açıklanmıştır. Buna göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir²⁵⁷.

İdare Hukuku anlamında bir kişinin kamu görevlisi olması için, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Kamu hizmeti gören herkes kamu görevlisi sayılmaz. Anayasa m.128/1’e göre, “Devletin Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmeye yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Anayasaya göre, kamu görevlilerinin ayırt

²⁵⁶ Şen, YTCK Yorumu, s. 600.

²⁵⁷ Özbek, s. 926; Oğuz Sancakdar, **Memur Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, Ağustos, 2007, s. 5.

edici niteliği, bunların genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görmeleridir. Böylece Anayasada dar anlamdaki kamu görevlilerinin memurlar ve öteki kamu görevlilerinden oluştuğu kabul edilerek diğer kamu görevlileri deyimiyile kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalışanlar ifade edilmektedir. Asli ve sürekli görevlerin sadece memurlar eliyle yürütülmesi zorunlu değildir. Bu gibi görevler öteki kamu görevlileri eliyle de yürütülebilir²⁵⁸.

Diğer kamu görevlileri deyimiyi, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren ve fakat devlet memurlarından ayrı bir personel rejimine tabi tutulmuş bulunan görevlileri ifade etmektedir. Örneğin, hâkimler ve savcılar, kamu iktisadi teşebbüsü personeli, Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, üniversite öğretim elemanları devlet memurlarından ayrı bir personel rejimine tabi olmakla diğer kamu görevlilerini oluşturmaktadır²⁵⁹.

TCK m.6'daki düzenleme ile kamu hizmeti ölçütü terk edilmiş, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma ölçütü getirilmiştir²⁶⁰. TCK m.6/2'nin gerekçesinde kamusal faaliyet tanımlanmıştır. Buna göre, *“Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre, verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir”*. Tanımdan da anlaşıldığı üzere hizmeti yürüten kişilerin maaş, ücret ve sair maddi karşılık alıp almamalarının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim ceza hukuku anlamındaki kamu görevlisi kavramı idare hukuku kavramından daha geniş olduğu ve bu yönde anlaşılması gerektiği açıklanan nedenle bilinmelidir. Zira bu tanım ve gerekçeye göre avukatlık, noterlik, tanıklık, bilirkişilik, tercümanlık faaliyetleri kamusal faaliyetlerdendir²⁶¹.

Şu halde Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi kavramının eski TCK m. 279 kapsamında da geniş bir anlayışla ele alındığı görülmektedir. Bu durum kişi özgürlükleri açısından sakıncalıdır. Çünkü ağırlatıcı sebep olan memurlara karşı işlenen suçların kapsamı, kamu görevlileri ekseninde ve daha geniş bir perspektifle ele alınarak düzenlenmiştir. Bu yaklaşım kanımızca Anayasa'da ele alınan kamu görevlisi kavramının kapsamından da geniştir. Çünkü Anayasa m. 128'de diğer kamu

²⁵⁸ Özbek, s. 926.

²⁵⁹ Özbek, s. 927.

²⁶⁰ Sancakdar, s. 6.

²⁶¹ Zafer, s. 215.

görevlisi kavramı için bu tür kriterlerden söz edilmemiştir. Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve normlar hiyerarşisi karşısında yeni TCK hükümlerinde kullanılan aynı kavram olan kamu görevlisi kavramının kapsamı açısından Anayasa'ya uygun olmadığı kanaatindeyiz²⁶².

Sonuç olarak bir kişinin kamu görevlisi sayılması için ayırıcı ölçüt, yapılan faaliyetin kamusal faaliyet sayılmasıdır. TCK m.137/1 A'da düzenlenen nitelikli halin gerçekleşmesi için failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra ilgili suç, görevinin verdiği yetki kötüye kullanarak işlenmesi gerekir. Yasanın lafzından anlaşıldığı üzere, suç kamu görevi nedeniyle işlenmiş olmalı ve fail de suçun icrası aşamasında halen kamu görevlisi olmalıdır²⁶³. Yetkiyi kötüye kullanma görevini ifa dolayısıyla görevi esnasında da olabileceği gibi görevinin dışında da olabilir²⁶⁴.

Ayrıca fail suçu, görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi gerekir. Görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması kavramının açıklanması bakımından m.257'deki düzenlemeden yararlanılabilir. Buna göre kişisel verilerin görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır. Kanımızca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi fiilin icrai bir hareketle işlenmesi mümkün olabileceğinden fiilin ihmal veya gecikme göstererek işlenmesi mümkün değildir²⁶⁵.

Görevin gereklerine aykırı hareketten söz edildiğine göre öncelikle kötüye kullanmayı ifade eden hareketin kamu görevlisinin görevine ilişkin olması gerekir. Eğer yapılan fiil kamu görevlisinin görev alanına girmiyor ise bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Hareketin görevin gereklerine ne zaman aykırı olacağı konuyu düzenleyen mevzuat özellikle idare hukuku kuralları ve bu anlamda oluşmuş genel uygulamaya göre belirlenir. Örneğin CMK m.81 kapsamında "fizik kimliğin tespiti" tedbirine başvurulduğunda kişinin fotoğrafı ile sesi ve görüntüsünün kayda alınabilmesi mümkündür. Ancak bunun için kişinin üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını

²⁶² Sancakdar, s. 6.

²⁶³ Özbek, s. 927; Zafer, s. 215.

²⁶⁴ Soyaslan, Özel Hükmler, s. 274.

²⁶⁵ Özbek, s. 927.

gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olması gerekir. Zararın ortaya çıkması gerekmediği gibi burada önemli olan fiilin kamu görevlisi tarafından görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenmiş olmasıdır.

TCK m.137/1 B’de ise “suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi” düzenlenmiştir. Ancak yasa hükmünde kullanılan “ve” ibaresi suçun hem meslek hem de sanat olmak üzere iki niteliğin bir arada olmasıyla gerçekleşmesi gerektiği yönünde bir anlam yüklemekte ise de esasen bunlardan birinin olması yeterlidir.

Meslek, insanın yaşamını sürdürebilmek için icra ettiği ve genellikle yoğun bir eğitim, çalışma, bilgi birikimi, seçilen mesleğe bağlı olarak yetenek geliştirmeyi gerektiren ve tüm bu sürecin sonunda kişilerin kazandığı unvan olarak tanımlanabilir. Sözlük anlamı bakımından meslek, “bir kimsenin geçimini sağlamak için yaptığı sürekli iş”tir. Hükümde kullanılan “sanat” terimi de yerinde olmamıştır. Kanaatimizce burada sanat terimi ile ifade edilmek istenen husus “zanaat”tır²⁶⁶. Zanaat, “insanların bir maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, sanat; el ustalığı isteyen işlerdir”²⁶⁷. Sanat ise, Arapça “amel” iş yapma anlamlarını veren “san’a” kökünden gelmekte olup yapılan iş, alet yardımıyla belirli bir el becerisiyle sürdürülen marangozluk, duvarcılık gibi meslek dalarını kapsamaktadır. Arapça’da insanın akıl ve zekâsını kullanarak yaptığı işleri anlatır. Sanat, bir duygu, tasarı, güzellik vb. anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık; belli bir uygarlığın veya topluluğun anlayış ve zevk ölçülerine uygun olarak yaratılmış anlatım; bir şey yapmada gösterilen ustalık; bir meslekte uyulması gereken kuralların tümü; zanaat gibi anlamlara gelmekte olup genellikle esas olan ilk tanımdır. Açıklanan nedenlerle hükümde kullanılan sanat ibaresi yerinde olmamıştır²⁶⁸.

Yukarıda izah edilenler doğrultusunda meslek ve zanaatı birbirinden farklı kavramları ifade ettikleri açıktır. Bir meslek zanaat niteliğinde olmak zorunda değilken bir zanaat meslek niteliğine sahip olabilir.

²⁶⁶ Özbek, s. 929.

²⁶⁷ Özbek, s. 929.

²⁶⁸ Özbek, s. 929.

Yasa hükmünde belli bir meslek sanattan söz edilmekte ancak hangi meslek veya sanat olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple her hangi bir meslek veya sanat olması yeterli olup suçun nitelikli halinin uygulanması bakımından önemli bir nitelik arz etmemektedir. Ancak meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle suçun işlenmesi arandığından ilgili meslek veya sanatın suça elverişli olması gerekmektedir. Bu da suçun işlenmesi ile meslek veya sanatın icrası arasındaki nedensellik bağının kurulabilmesi için gerekmektedir. Örneğin hekim, mesleği icabı hastası hakkındaki birçok bilgiye ulaşabilir. Hatta hastanın bilgisi ve görgüsü dışında bir çok bilgi edinebilir. Tüm bu hallerde hekim açısından TCK m. 137/1 B uygulanacaktır²⁶⁹.

C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Özel Hayatın Gizliliği

Hukuka aykırılık hukuk düzeninin emir, yasak ve yükümlülüklerine uyulmamasıdır. Suç tanımında açıkça yazılmasa bile suç tipleri hukuka aykırılığa karinedir. Zira bir eylem suç olarak tanımlanmışsa asıl olan onun hukuka aykırı olduğudur. Bu başlık altında esasen inceleme konumuz bakımından hukuka uygunluk nedenlerine yer vermek gerekmektedir. Şöyle ki, hukuka uygunluk nedenleri, ceza normunun suç saydığı bir eylemin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen nedenlerdir²⁷⁰. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı durumunda tipe uygun hareketin hukuka aykırılığı ortadan kalkar ve ceza, güvelik tedbiri uygulanması söz konusu olmayacaktır. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri haklı(meşru) savunma, yasa hükmünü yerine getirme, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olarak düzenlenmiştir. Bu nedenler, objektif nitelikte olduğundan var olmaları etkilerini göstermeleri için yeterli olup failin onun varlığını bilmesi, saiki önem taşımaz.

²⁶⁹ Şen, YTCK Yorumu, s. 609.

²⁷⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 480.

1. Haklı Savunma

Haklı savunma, bir kimsenin kendisine ya da başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı kesin olan haksız bir saldırıyı o anda durum ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde ortadan kaldırmasıdır. Saldırı güncel, haksız ve bir hakka yönelmiş olmalıdır. Güncellikten kasıt, henüz gerçekleşmemiş olan bir saldırının gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılıyorsa veya bitmiş bir saldırının tekrarlanacağı belli ise haklı savunma söz konusu olur. Haksız olmasından da anlaşılması gereken hukuka aykırılık olup hareketin suç olması gerekmez. Savunma da başka türlü kurtulma imkânının bulunmaması halinde zorunluluktan, saldırıyı yapana karşı orantılı olarak yapılmalıdır²⁷¹. Saldırı ile savunma arasında oranın bulunup bulunmadığı konu, araç ve aracın kullanılması bakımından araştırılmalıdır²⁷².

Üçüncü kişi yararına da haklı savunma mümkündür. Konumuz bakımından örnek vermek gerekirse bir hekim, yaptığı tıbbi tetkik sırasında veya hastasının beyanıyla yaptığı tıbbi tetkikten AIDS hastalığı tespit ettiyse esas itibarıyla bu hususun başkalarına açıklanmaması gerekir. Kaldı ki bu, TCK m. 280’de düzenlenen “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” suçunu meydana da getirmeyecektir. Fakat hekimin diğer bir görevi de hastalığın yayılmasını önlemek olduğundan hastanın eşi bakımından durumu değerlendirmek gerekir. Her ne kadar hekim hastasının rızası olmadan başkalarıyla bu meslek sırrını paylaşacak olursa TCK m.134/1 anlamında suç işlemiş olsa da eşinin hastalığı hakkında bilgi almak amacıyla gelen kişiye hastalığın bulaşma riski gözetilerek durumu öğrenmesi sağlanmışsa artık hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Bu ise özel hayatın gizliliğinin ihlali fiilini suç olmaktan çıkararak ve üçüncü kişi lehine meşru müdafaa teşkil etmesi sebebiyle hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir durum teşkil edecektir²⁷³.

²⁷¹ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, ss. 72-81.

²⁷² Veli Özer Özbek ve Diğerleri, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, ss. 288- 290, s. 193.

²⁷³ Şen, YTCCK Yorumu, s. 593.

2. Yasa Hükümünü Yerine Getirme

TCK m.24/1'e göre yasa hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yasa kişiye herhangi bir konuda bir hak veya yetki vermişse bunun öngörülmesi gibi kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

Özel hayata saygı hakkını suç olarak tanımlayan hükümler gibi, bu hakka müdahalenin koşullarını düzenleyen yasal hükümler de özel hayata saygı hakkını güvence altına almaktadır. Özel hayat kavramı, kişinin gizli yaşam alanı ve başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı alan olarak anlaşıldığında, koruma tedbirinin uygulanacağı haller çok sınırlı olmaktadır²⁷⁴.

Eylem, yetkili kişilerce yasa hükmüne uygun ve sınır aşılmadan yapılmalıdır. Buradaki yasa sözcüğünü yazılı hukuk kuralları biçiminde anlamak gerekir. Özellikle CMK bu suç bakımından belli koşullarda özel hayata müdahale edebilme yetkisi veren hükümler içermektedir. CMK m.140 bunlardan biridir. Buna göre kişinin değişik yaşam alanları teknik araçlarla izlenebilir. Kayda alınabilir. Ancak konutta izleme yapılmasının yasaklandığı hatırlatılmalıdır. Konutta yapılan izleme, ses ve görüntü kaydı bu suçu oluşturur. Örneğin disiplin veya ceza soruşturması yapan kimsenin eylemleri yasa hükmünü yerine getirme niteliğinde olduğundan hukuka uygundur²⁷⁵.

3. İlgilinin Rızası

Mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için hukuki yararın sahibi olmak, diğer bir deyişle bireyin yararlarının korunmasına ilişkin suçların bulunması gerekir. Bu nedenle her durumda mağdurun rızası geçerli olamayacaktır. Ancak mağdurun rızasının işleve sahip olduğu hallerde bu hukuka uygunluk sebebi uygulanabilecektir²⁷⁶.

İlgilinin rızası, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı üzerinde diğer kişilere tasarrufta bulunma olanağı vermesidir. Kişi, özel hayatı üzerinde

²⁷⁴ Zafer, s. 202.

²⁷⁵ Özbek, s. 944; Hakan Hakeri, **Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 127.

²⁷⁶ Özbek ve diğerleri, s. 314.

dilediğince tasarruf yapabilir. TCK m. 26/1 gereğince kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen eylemden dolayı kimseye ceza verilemeyecektir. Suçun takibi şikâyete bağlı bir suç olması, mağdurun rızasının bu suç bakımından sonuç doğurabileceğini ortaya koymaktadır.

Belirtelim ki, kişinin hayat olayı içindeki görüntüsü ve sesi üzerindeki fiillere rıza göstermesi, onun toplumda onurlu bir birey olarak yaşamasını engelleyecekse özel hayat üzerindeki haktan vazgeçmesi geçerli olmaz. Diğer yandan kişinin ses veya görüntüsünün kaydına izin vermesi, bu kayıtların ifşasına da izin verdiği anlamına gelmeyecektir²⁷⁷.

4. Hakkın Kullanılması

TCK m. 26/1'de düzenlendiği üzere, hakkını kullanan kişiye ceza verilmez. Bir hakkın kullanılması, başkalarının hakları ile çatışsa bile hukuk düzeni, hakkını kullanan kişiyi korumaktadır. Hukuk düzeninin koruduğu bir hakkı kullanan kişinin cezalandırılması söz konusu olmaz. Hukuk düzenince korunan hakkın kaynağı, kamu hukuku olabileceği gibi özel hukuk veya mahkeme kararı da olabilir. Hukukumuzda hakkın kullanılması görünümleri olarak zilyetliğin korunması, basının haber verme hakkı, savunma dokunulmazlığı, tıbbi müdahaleler ve terbiye hakkının kullanılması sayılabilir.

a. Hakkın Kullanılması Kapsamında Basının Haber Verme Hakkı

Haber verme hakkı, habere ulaşmayı ve elde edilen haberi yayınlamak ve dağıtmak imkânına sahip olabilmeyi ifade eder²⁷⁸. Olayların aktarılması, resimlenmesi, olaya katılanlar ve olayın niteliği ile ilgili bilgi verilmesi bu hakkın kapsamına girer²⁷⁹.

²⁷⁷ Zafer, s. 200.

²⁷⁸ Özek, Türk Basın Hukuku, s. 36.

²⁷⁹ Özek, Türk Basın Hukuku, s. 36.

Basın gücünü toplumdaki, toplumun bilgi edinme hakkından almaktadır. Dolayısıyla temel işlevlerinin başında “haber verme” işlevi gelir. Basın, doğru, çarpıtılmamış, kişi haklarına, özel yaşama, yerel, ulusal ve evrensel değerlere saygılı, yasaların çiğnemenin ve sorumluluk bilinciyle haber yapmalıdır²⁸⁰. Çağdaş demokratik rejimlerde medya, Yargıtay kararlarında da yasama-yürütme ve yargıdan sonra dördüncü erk²⁸¹ olarak nitelendirilmekte ve özgürlükçü demokratik yapının sürdürülebilmesinde, genelde özgür ve bağımsız tüm kitle iletişim araçlarının özelde ise yazılı basın organlarının etkin denetim ve eleştiri gücünün özel bir öneme sahip olduğu vurgulanmaktadır. Ancak basının bu denetim ve eleştiri sorumluluğunu yerine getirirken denetlemekle yükümlü olduğu diğer erklerin baskı ve engellerinden azade olarak işlev görmesi gerekmektedir. Basın sahip olduğu geniş kitleleri etkileme gücünü, üstlendiği kamusal göreve uygun bir sorumluluk bilinci içinde yerine getirmeli, diğer bir ifadeyle sahip olduğu gücü kötüye kullanması önlenmelidir²⁸².

Basının haber verme, denetim ve eleştiride bulunma ve kamuoyunu aydınlatma ve oluşturma görevleri²⁸³, basın için bir hak oluşturmakta ve bunun kullanılması da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmektedir. Basının haber verme niteliği taşıyan faaliyetlerinin tespiti, söz konusu hakkın korunması ve bir hukuka uygunluk nedeni sayılması yönünden önemlidir.

Şöyle ki, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesinin ve haber verme hakkının kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için dört koşul aranmaktadır²⁸⁴. Haber, gerçek olmalıdır. Bu gerçeklik mutlak bir gerçeklik değildir. Haberi veya bilgiyi veren, verdiği haberin veriliş zamanındaki durumuna göre haberi gerçek olarak görüyorsa bu koşul oluşmuş sayılır²⁸⁵. Olay, güncel olmalıdır.

²⁸⁰ Murat Vural, “Medyanın Toplumsal İşlevleri ve Medya Profesyonellerinin Sorumluluğu”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2007/4-40, s. 23.

²⁸¹ Yargıtay HGK, 06.03.2002, 2002/4-115E. 2002/151K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 13.08.2010.

²⁸² Hasan Sınar, “İnternet Gazeteciliğinin İletişim Ceza Hukuku Yönünden Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, C: 2, İstanbul 2009, s. 2174; Kayıhan İçel, Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, Beta yayınları, İstanbul, 2009, s. 120.

²⁸³ Vural, s. 23.

²⁸⁴ Özbek, s. 944.

²⁸⁵ Özek, Basın Hukuku, s. 165; İsmet Giritli, “Çağdaş Gazeteciliğin Sorunları”, **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977, s. 307; İlhan Üzülmüş, “Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, s. 940; Sevil Aydın, **Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Koruma**, Ankara, 1998, s. 10; Süha Okay, “Yargı- Medya

Güncelliğini yitirmiş olan olayların haber yapılmasında kamu yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla haberin yayınlanmasında kamu yararı bulunmalı ve sırf kamunun merak duygularını tatmine yönelik haberler hukuka uygun olmaz. Verilen haber ile olay arasında düşünsel bir bağ bulunmalıdır²⁸⁶.

Güncel, kamunun ilgisini çeken ve açıklanmasına kamu yararı bulunan olguların, görüşlerin, yorumların, eleştirilerin açıklanması haber olup böyle bir haberin gerçeğe uygun, objektif, dengeli ve orantılı şekilde yayınlanması, basın mesleğinden doğan bir hakkın icrası sayılır²⁸⁷. Hakkın icrası, ceza hukukunda suçun unsurları arasında yer alan hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerden biridir²⁸⁸.

Basın yayın organlarının kişinin özel hayatına giren hususları kamunun öğrenmesi bakımından kamuyu ilgilendiren meselelerin bulunması, kişiler hakkında bilgi vermesi ve eleştirmesinin üstün nitelikteki kamu yararı esasına dayanması ve yapılan yayınların doğru, dengeli ve meşru bir amaca yönelik olması koşuluyla kişilerin özel hayatına ilişkin olsa dahi hukuka aykırı sayılmayabilir. Örneğin kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlar, kitle iletişim araçları tarafından kamuya aktarılabilir. Basın kamuya mal olmuş kişilerin toplumun dikkatini çekmesine yarayan yönleriyle ilgili olması gerekir²⁸⁹.

Nitekim Yargıtay, 28.04.1987 tarihli kararında aynen şöyle denmektedir;

“Genel hatlarıyla basının görevi, umumi yararlar açısından toplumu ilgilendiren ya da toplumun ilgilenmesi gereken konularda halkı, gerçekleri yansıtmak suretiyle ve objektif bir biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlarla ilgili eleştiri, yorum ve uyarılarla fertleri düşünceye sevk etmek, bilinçlendirmek, kamu görevlilerini harekete geçirmek ve daha önemlisi; kamu gücünü aleyhinde tutanlar üzerinde toplumun denetimine aracı olmaktır. Basın, kamu görevi niteliğindeki bu denli etkili ve kapsamlı fonksiyonun hiç bir baskı ve karşı koymaya maruz kalmadan ve çekinmeden yerine getirebilmesi için yasal kaynağı olan bir güce dayanmalıdır ki, bu güç Anayasanın 28. maddesinin

İlişkisi”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, s. 428; Reisoğlu, **Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması**, s. 307.

²⁸⁶ İçel ve Ünver, s. 309; Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 238.

²⁸⁷ Özek, **Basın Hukuku**, s.162.

²⁸⁸ Sulhi Dönmezer, Sair Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 42 vd; Kayıhan, İçel ve diğerleri, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 1. Bası, İstanbul 1999, s. 176 vd; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1998, s. 387; Zafer, s. 208.

²⁸⁹ Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku(Hakiki Şahıslar)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992, s. 402.

öngördüğü "basın özgürlüğü"dür. Ne var ki, basın özgürlüğü ve bu özgürlükten yararlanma hakkı da, tüm hak ve özgürlükler gibi mutlak ve sınırsız değildir. Anayasal temele dayanan bu özgürlüğün de, ceza hukuku açısından olduğu kadar özel hukuk açısından da belli bir kullanma sınırı ve makul bir ölçüsü bulunmak gerekir. Anayasanın 26 ve 27. maddeleri ile özel hukuk bakımından Medeni Kanununun 24 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerinin getirdiği düzenlemeler, bu sınır ve ölçüyü tayin ve tespit amacına yöneliktir. Günümüzde, doktriner görüşler ve yargısal içtihatlar basın özgürlüğünü ve bu özgürlükten yararlanma hakkını, a) Haberde gerçeklik, b) Kamu yararı ve toplumsal ilgi, c) Güncellik, d) Konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile sınırlı görmektedir. Haber verme, eleştiri, yorum ve uyarı, ancak bu sınırlar içinde kaldığı sürece kişisel değerleri - zedelese dahi-hukuka uygundur. Bu kurallardan herhangi birine ters düşülmesi halinde ise "kamu yararı-kişilik hakları" dengesi bozulur, norm ihlal edilir ve hukuka aykırılık, dolayısıyla tazmin yükümlülüğü doğar...Öte yandan, gerçek yönleriyle olayın toplumsal ilgiyi çekebilecek bir "haber" özelliği de yoktur. Her iki davacı, Devlet adamı, politikacı ya da sanatçılar gibi özel hayatları ve yaşantı biçimleri toplum tarafından merak edilen ve izlenen kimselerden de değildirler. Rüşte erişmiş bu iki sade vatandaş, polisin kapıyı çaldığı sırada sevişmekte olsalar dahi, onların özel hayatında bir sır teşkil eden ve gizli kalması gereken bu doğal olayı, abartılmış bir mizansen biçiminden ve çirkinleştirici bir ifade tarzı içinde topluma teşhir etmeyi, basının görevi olarak kabul ve basın özgürlüğü çerçevesinde mütalaa etmeye de olanak yoktur. Açıklanan bu fiili ve hukuki esaslar karşısında eylemin, onur ve saygınlık gibi kişisel değerlere saldırı teşkil ettiği ve Borçlar Kanununun 49. maddesinde öngörülen ağır kusur-ağır zarar koşullarının gerçekleştiği dikkate alınmadan, verilen haberin doğru olduğu gerekçesiyle istemin reddi cihetine gidilmesinde isabet bulunmamaktadır²⁹⁰.

Anılan nedenlerle kişinin kamusal açıdan bir önem taşımayan aşk hayatının haber yapılmasının bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacağını düşünmekteyiz²⁹¹. Örneğin ünlü bir sporcunun cinsel yaşamındaki faaliyetleri kamu yararını doğrudan doğruya ilgilendirmiyorsa basın ve yayın organlarının bu hususu topluma nakletmemesi gerekir. Buna karşılık örneğin evli bir başbakanın veya bakanın görevini hiçe sayarak ve toplumu zarara uğratarak metres hayatı yaşaması, kumarbaz veya ayyaş olması veya ünlü bir sporcunun spor hayatını tehlikeye atarak eşini başka kadınlarla aldatması gibi kişinin özel hayatına giren hususlar basın

²⁹⁰ Ömer Gedik, **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.04.1987, 1987/2077E., 1987/3267K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 13.08.2010.

²⁹¹ Özbek, s. 944.

tarafından tanınan ünlü kişilerin kamunun dikkatini çeken tarafları ile ilgili olarak basın tarafından yapılan gerçeğe uygun yayınlar özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına saldırı teşkil etmez.²⁹²

Kamuya mal olmuş kişinin anılan faaliyetlerinin iş yaşamını etkilememesi ve dolayısıyla bunun toplumun tümünü veya bir kısmını ilgilendirmesi ayrıca haberin verilme biçiminin kötü niyetli olmaması yani amacının kamuyu bilgilendirmenin dışına çıkmaması gerekir. Ancak basının bu hakkı kullanması mutlak ve sınırsız olmadığından basının kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının ifşasında objektif esaslara bağlı kalarak gerçek haber olmasına ve kişilik haklarına saldırı oluşturacak şekilde olmamasına özen göstermesi gerekir. Burada her somut olayda kamunun öğrenme hakkı ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı arasında uygun bir dengenin kurulması hususunun araştırılması ve gözetilmesi gerekir²⁹³. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, kamuoyunda tanınmış kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı öteki yurttaşlara göre dardır ve bu kişilerin hayat hikâyeleri ve yaşamlarının görevlerinin ilgilendirdiği, kamu yararı bulunduğu ölçüde yayın konusu yapılabileceği ancak görevleri dışında özel yaşamlarının ve sır alanlarının izinsiz yayınlanamayacağı, resimlenemeyeceği açıktır²⁹⁴.

Özel yaşamlarının ayrıntıları satış dürtüsü olarak kullanıldığı için mağdur, temelde kamusal figürlerdendir. Kamusal figürler, kamusal görevleri ifa eden, kamu kaynaklarını kullanan, politika, ekonomi, sanat, spor veya başka alanlarda kamusal yaşamda rol oynayanlardır. Aynı zamanda kamusal figürler de toplumda işgal ettikleri ve çoğu durumda tercihle edinilen özel konumun otomatik olarak mahremiyetlerine artan bir baskı getirdiğini kabul etmek zorundadır²⁹⁵. AİHM kararlarında da vurgulandığı gibi, kamuya mal olmuş kişiler söz konusu olduğunda özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Özellikle başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen ve gizli kalması amaçlanan

²⁹² Öztan s.128; Şen s. 239.

²⁹³ Özsunay, s.147.

²⁹⁴ Reisoglu, s. 301; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s. 153.

²⁹⁵ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165(1998) Sayılı Kararı, s.137.

konular ile kamuoyunun gerçekleri öğrenme hakkı arasında ortaya çıkan çatışmada bu kişiler bakımından kamu yararı, özel yaşama göre daha üstün tutulmaktadır²⁹⁶.

Özek'e göre siyasetçiler ve devlet memurları en ağır eleştirilere dahi katlanmak zorundadır. Hatta buldukları konum özel yaşantılarının da eleştirilmesi hakkını sağlar. Kuşkusuz buradaki hukuka uygunluk halinin sebebi kamu yararı düşüncesidir²⁹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "kamu yararı" kavramının "basın özgürlüğü" açısından "politika alanında" geniş bir yoruma tabi tutulması gerektiği görüşündedir. AİHM'ne göre siyasi bir görev üstlenen kişi, bütün karar, söz ve davranışlarının basının ve kamuoyunun devamlı değerlendirme ve eleştirisine tabi olduğunu bilerek bu görevi kabul etmiştir²⁹⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin basın özgürlüğü ile özel yaşam arasındaki dengenin kurulmasına ilişkin olarak 2004 yılında Penses Caroline davasında verdiği karar(Von Hannover/Almanya 24.06.2004)basın özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkı arasındaki denge bakımından sadece Almanya değil, İngiltere, Fransa ve birliğin diğer ülkelerinde pek çok davayı etkileyecek nitelikte olup²⁹⁹ Mahkemenin konuya yaklaşımını göstermekte ve soruna ışık tutmaktadır.

Penses Caroline'in izni olmaksızın çekilmiş kendisini ata binerken, alışveriş ve ski yaparken, erkek arkadaşı ile otururken, tenis oynarken gösteren özel yaşamına ilişkin fotoğrafları değişik Alman dergilerinde yayınlanmıştır. Penses bu olayların yasaklanması için mahkemeye başvurmuştur. Dava Alman Anayasa Mahkemesi'ne kadar gitmiş ve sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kapalı yerlerde çekilmiş fotoğrafların yasaklanmasını onaylamış, buna karşılık kamuya açık alanlarda çekilenlerin yayınlanabileceğini kabul etmiştir. AİHM, sözü geçen kararında haklı olarak özetle, "siyasetle uğraşan kişilerle ilgili olarak demokratik bir toplumda tartışmaya katkıda bulunabilecek yayınlarla resmi bir görevi olmayan kişilerin özel

²⁹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

²⁹⁷ Özek, Türk Basın Hukuku, s. 242; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, s. 250; Volkan Sırabaş, **İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz(İnternet Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ekim, 2007, s. 128.

²⁹⁸ Reisoğlu, s. 305.

²⁹⁹ Nicolas Nohlen, The American Journal of International Law, Cilt: 100, No. 1, Haziran 2006, s. 196-201, <http://www.jstor.org/stable/3518838>, 07.07.2010; Von Hannover v. Germany, 2004-VI EUR. CT. H. R. <http://www.echr.coe.int>, 07.07. 2010.

yaşamının ayrıntılarına ilişkin yayınlar arasında önemli bir fark vardır. Salt kamuoyunun merakını tatmin etmek için yayınlanan özel yaşamın ayrıntılarına ilişkin fotoğraflar toplumun genel çıkarıyla ilgili bir tartışmaya katkıda bulunulamaz” sonucuna varmış ve Prensesin resimlerinin yayınlanmasında “kamu yararı” görmemiş, Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararını AİHS “özel hayatın korunmasına” ilişkin m. 8’e aykırı bulmuştur³⁰⁰. AİHM, Alman Anayasa Mahkemesi’nin özel yaşamın, mekâna göre değişik derecede korunması gerektiği görüşünü, ‘izole mekân’ ölçütünün belirsizliği nedeniyle reddetmiştir. Bu gerekçelerle, AİHM, Alman Anayasa Mahkemesi kararının sözleşmenin özel yaşama ilişkin 8. Maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır³⁰¹.

Konu, von Hannover/ Almanya kararından önce özellikle Galler Presesi Lady Diana’nın 31 Ağustos 1997 tarihinde paparazzilerden kaçarken trajik şekilde trafik kazasında ölmesinden sonra, Avrupa Konseyi tarafından ciddi şekilde ele alınmaya başlanmıştır. Lady Diana’nın ölümünden sonra özellikle kamuya mal olmuş kişilerin kamusal alandaki faaliyetlerinin ve görüntülerinin kayıtsız şartsız haber olarak verilebileceği, bu kişilerin kamusal alana çıkmakla özel hayata saygı haklarından vazgeçtikleri şeklindeki klasik anlayış yıkılmış ve bu iki hak arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik kriterler ortaya konulmaya başlanmıştır³⁰².

Ülkemizde de Yargıtay basının kamu hizmeti gördüğü kanaatindedir. Kamu yararının gerekli kıldığı hallerde kamuoyunun oluşmasını ve halkın bilinçlenmesini sağlamak, basının en önemli görevi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 17.02.2000 tarihli kararında aynen;

“Basın özgürlüğü Anayasa’ da ve Basın Yasasında güvence altına alınmıştır. Basına bu özgürlüğün tanınmasının nedeni, kamu yararı gereksinmesinden doğmuştur. Kamu yararının bulunduğu yerde bu yarardan kişi de yansıma yoluyla yararlanacaktır. Basın bu görevini de, ancak bağımlı olmayan, özellikle siyasi iktidara karşı kendini yükümlü hissetmeyen, salt toplumun yararını düşünen tarafsız ve özgür bir yayınla yerine getirebilir. Basın yetkisini kötüye kullanmadığı kendi ahlak kurallarına bağlı kaldığı, kişilerin kişilik haklarına saygı gösterdiği ölçü ve kapsamda bu haklardan yararlanır.

³⁰⁰ Reisoğlu, s. 301-302; Zafer, ss. 211-214.

³⁰¹ Rıza Türmen, “En Az Koruma Hükümete”, Radikal Gazetesi, 12-13.04.2005.

³⁰² Zafer, s. 210.

Basın, uygun gördüğünü gördüğü biçimde yazmak ve açıklamakla, kendisine tanınan ayrıcalığın yarattığı sorumluluğunu yerine getirmiş olmaz. Onun görevi objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle hareket etmektir. O an için, o olay veya konu ile ilgili olan, görünen, bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olmaları gereken biçimi ile yayınlamak zorundadır. Bundan kaçınamaz ve bu konuda zayıflık gösteremez. Araştırmak, bilgi toplamak ve sonuçlarını kamuoyuna açıklamakla yükümlüdür. Aksi halde, kendisine tanınan ayrıcalığı hak etmemiş ve bu konudaki görevlerini yapmamış olur. Yani basın, olanı tam doğru ve tarafsız biçimde vermekle yükümlü olduğu kadar bunu vermektense de kaçınamaz.

Açıklandığı üzere, gerek görsel ve sözlü ve gerekse yazılı yayının, (basın) toplum yararına bir işlevi olduğunu, bundan dolayı da özgürce hareket etmesi gerektiği özgür basının aynı zamanda, kişileri de özgür kıldığı ortaya çıkmaktadır. Kişilik haklarına gelince, bu hakların kişinin doğuştan ve sonradan bu haklara sahip olduğu, bu hakların vazgeçilmez ve kısıtlanamaz haklar olduğu, Anayasa ve Yasalarla güvence altına alındığı bilinen bir olgudur. Şu duruma göre, bir taraftan Anayasanın 28. maddesinde, basının özgür olduğu, sansür konulamayacağı güvence altına alınmış, Basın Yasasının 1. maddesinde de, basının serbest olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan Temel Hak ve Özgürlükler (ki bunların en önemlilerini kişilik hakları oluşturur) güvence altına alınmış bu hakların saldırıya uğraması halinde, yaptırımları bazı özel yasalar dışında, özellikle MK. nun 24, 24/a ve BK.nun 49. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere basının temel görevi, toplumun çıkarını ilgilendiren konu ve olaylar hakkında toplumu bilgilendirmek, daha doğru ve güzel olanı için kamuoyu oluşturmaktır. İşte basın bu görevini yerine getirirken, bazı kişi ve kurumları eleştirmek zorunda kalabilir. Zaten genellikle de durum böyle olmaktadır. Bunun sonucunda, basın özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerleri karşı karşıya gelmektedir. İşte sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan basın, özgürce yayın yapmakla görevli ve yetkili kılınırken, hatta bunu yapmak zorunda iken, diğer yandan, yapılan bir açıklama ve yorumla, kişinin kişilik haklarının zarara uğraması karşı karşıya gelmektedir. Böylece, karşı karşıya bulunan ve birbiri ile uymayan ve hukuk düzenince koruma altına alınan yararlar, çatışma içine girmiş gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Oysa hukuk düzeninin, çatışan iki yararı aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, konu biraz yakından

incelendiğinde, her iki yararın aynı andan ve birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda, birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, böyle bir sonucunda yine hukukun vazgeçilmez ve temel ilkelerinden kaynaklandığı görülecektir. Her somut olayda, birinin diğerine üstün tutulması, üstün tutulmanın da objektif olarak hukuka uygunluk nedenleri de bu bakış açısına göre saptanabilir (Prof. Dr. Selim Kaneti, Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, s.147). Hukuka uygunluk nedenlerinde, korunan kişinin (O an için) korunmakta ya bir çıkarı yoktur ya da korunan çıkar karşısında yer alan ve onunla çatışan değer daha üstünlük taşımaktadır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün olanı karşısında, hukuk düzenince çiğnenmesi uygun görülmektedir. Böylece ya çıkar eksikliği veya yokluğuna dayanan hukuka uygunluk ya da çıkar üstünlüğüne dayanan hukuka uygunluk söz konusu olmaktadır” denmiştir³⁰³.

Yargıtay basın özgürlüğünün amacının kamuyu ilgilendiren işlerde gerçeklere uygun haber vermeyi sağlamak olduğunu, basının sosyal önemi ve haberlerin kamuoyunda yaratacağı özel ölçüde derin tepkiler göz önünde bulundurularak yayınlanan olayların doğru olması gerektiğini ve gazetecinin bunu araştırma görevinin olduğunu birçok kararında işlemiştir³⁰⁴.

Ancak bilindiği üzere, gizli yaşam alanı, mutlak dokunulmaz bir alandır ve bu alana hiçbir kamusal yarar gerekçesiyle müdahale edilemez. Diğer bir söyleyişle hiçbir kamusal menfaat, gizli hayat alanına saygı hakkından daha üstün sayılamaz³⁰⁵.

Basın bir haberi yayınlamadan önce haberin ne ölçüde doğru olduğunu, basında yer alan haberlerin kamuoyundaki etkisini de dikkate alarak özenle araştırmakla yükümlüdür. Yayınlanacak haber, kişilere ağır bir zarar verecekse haberin doğruluğunu denetleme yükümlülüğü, daha sert ölçülerde söz konusu olacaktır. Hemen belirtelim ki, haber verme hakkının sınırlarının belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan gerçeklik, somut gerçeklik olmayıp, yayının yapıldığı andaki olayın belirli biçimine uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, basına somut gerçeği araştırma görevi yüklenmemiştir³⁰⁶. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’

³⁰³ Yargıtay 4. HD, 17.02.2000 tarih, 1999/10585E., 2000/1428K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 13.08.2010.

³⁰⁴ İlkiz ve Günaydın, s. 7-8.

³⁰⁵ Zafer, s. 208.

³⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(HGK), 15.05.2002, 2002/4-402E., 2002/412K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 13.08.2010; Sırabaşı, ss. 124-125; Özbek ve diğerleri, s. 307.

nun 27.09.2006 tarihli kararında “...yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir” denilmiştir³⁰⁷.

Diğer yandan gerçeğe uygun haberden kastedilen somut gerçek değil, olayın verildiği anda belirme biçimine uygunluktur. Çünkü gerçeğin ortaya çıkarılması zaman alır³⁰⁸. Artuk, Gökçen ve Yenidünya da doktrinde aynı görüşü savunmuştur. Her halükarda gazeteci haberin verilme zamanındaki durumu araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırma bir hâkim ya da savcının yapacağı genişlikte olmayacağına göre burada gazeteciye düşen yükümlülük hiçbir araştırma yapmaksızın ya da somut verilere dayanmaksızın duyuma veya tahmine dayalı haberler yapmamaktır. Aksi takdirde hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır³⁰⁹.

Özek’e göre gerçeklik haberin anlatılmasında olduğu kadar haberi aktaran kişinin yorumunda da o anda kabul edilen gerçekliğe uygunluk aranacaktır³¹⁰.

Basın aynı zamanda güncel olayları aktarmalıdır. Ancak toplumda merak ve ilgi uyandıracak nitelikli bir olayın geçmişteki yaşanmış olaylarla bağlantı kurularak anlatılmak istenmesi mümkündür. Aynı nitelikteki eski olayların gündeme getirilmesinde kamu yararının varlığının kabulü gerekir.

³⁰⁷ Yargıtay HGK; 27.09.2006, 2006/4-540E. Ve 2006/601K., Sinerji Mevzuat ve İttihat Programları, 13.08.2010.

³⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 27.09.2006 tarih ve 2006/4-540E., 2006/601K.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi; 20.10.2005, 2004/14557E., 2005/11236K., Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.07.2006, 2005/8200E., 2006/8394K., Sinerji Mevzuat ve İttihat Programları, 13.08.2010.

³⁰⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 523; Reisoğlu, s. 307.

³¹⁰ Özek, Türk Basın Hukuku, s. 166.

Haber verme hakkının bir sınırını da kamu yararı oluşturur. Basının haber verme hakkı, bu hakkın sınırları içinde kalındığı sürece hukuka uygun sayılacak, kamu yararı bulunan bir haberin verilmesinden kişi olumsuz yönde etkilense dahi bu haber hukuka aykırı sayılmayacaktır. Yargıtay toplumsal ilgi ve kamu yararı arasında bağlantı kurmuştur. Toplumsal ilgiyi uyandıran bir habere konu olabilecek kişilerin “özel hayatları ve yaşantı biçimleri toplum tarafından merak edilen” kişiler olduğundan bahsedilmiştir. Bu kişilere ilişkin verilecek haberlerin doğru olması ve kişinin kişisel değerlerine saldırıda bulunulmaması koşuluyla hukuki sınırlar içinde kalacağı vurgulanmıştır. Karada aynen “...hükümetin icraatları kamu yararı düşüncesiyle ve sert bir dille eleştirilmiş olup; toplumsal ilginin varlığı da açıktır. Davacının kişiliğine yönelik her hangi bir saldırı yoktur. O nedenle ve matufiyet olgusu gerçekleşmemiştir” sonucuna ulaşılmıştır³¹¹.

Diğer yandan yapılan haber sansasyona meydan vermemelidir. Haberin kamuoyuna sunulduğu itibariyle kamu yararı amacına hizmet etmesi gerekir. Kamu yararı amacının yerine sansasyon yaratma, küçük düşürme gibi öznel amaçların öne çıkması durumunda da yayın hukuka aykırı olacak ve sorumluluk gerektirecektir³¹².

Serbest bir şekilde haber vermek, eleştiri ve yorum yapmak basın özgürlüğünün en doğal sonucudur. Ancak kullanılan dil ve üslup varılmak istenen amaç için uygun olmalı, seçilen kelimelerin bu amacı aşar nitelikte tahkir edici olmamasına dikkat edilmelidir. Diğer bir deyişle haberin verilme tarzı ve ifadeler ile haber konusu arasında bir ilişki bulunmalıdır. Aksi takdirde hukuki sınır aşılmış olur³¹³.

Hukuki sınırın aşılmasıyla basın suçları karşımıza çıkacaktır. Genel olarak basın suçu kavramı, basın yoluyla işlenen suçlarla, basının idari düzenine aykırılık suçlarını ve salt basın aracılığıyla işlenen suçları kapsamaktadır³¹⁴. Basın yoluyla işlenen suç, başka araçlar kullanılarak da işlenmesi mümkün olan bir suçun, basılmış eserle işlenmesidir. Basılmış eser ise Basın Yasası m.2’ye göre, yayımlanmak üzere

³¹¹ Yargıtay 4.HD., 23.05.2005, 2004/11132E. 2005/5506K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 13.08.2010.

³¹² Sırabaşı, s. 127.

³¹³ İçel ve Ünver, s. 320.

³¹⁴ Demirbaş, s. 358.

her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim vb. eserler ile haber ajansı yayınlarını ifade eder. Konumuz bakımından değerlendiresek kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin basın ve yayın yoluyla ifşası suretiyle özel hayatın gizliliği ihlal edilirse bu suç, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal almakta ve yukarıdaki gruplandırmada basın yoluyla işlenen suçlar kapsamına girmektedir.

Basının cezai sorumluluğu kural olarak 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Yasası ile düzenlenmiştir. Basın Yasası m. 11/2 gereğince süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Eser sahibi ise, süreli/süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan kişidir.

Yasa, süreli ve süresiz yayınlarda sorumluluğu ayrı ayrı düzenlemiştir. Şöyle ki, eser sahibinin belli olmaması, yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunmaması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi durumlarında, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ifade eden süreli yayınlarda, sorumlu müdür, yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması durumunda sorumluluk, yayımlatana aittir(Basın Yasası m. 11/3).

Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri ifade eden süresiz yayınlarda ise yayımcı, yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması durumlarında ise basımcı sorumlu olur(Basın yasası m.11/4). Yayımcı, bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi, basımcı ise bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

Diğer yandan süreli yayınlarda kişilerin onur ve saygınlığını ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması durumunda zarar gören kişilere yukarıda ayrıntısıyla yer verdiğimiz üzere, düzeltme ve cevap hakkın tanınmıştır.

Editörlerin ve gazetecilerin mahremiyet hakkına saldırı halinde sorumlu tutulmaları, editörlerin yanlış olduğu kanıtlanan bilgi yayımladıklarında ilgili kişilerin talebi üzerine aynı derecede göze çarpan düzeltmeyi yayımlamak zorunluluğuna tabi tutulmaları gerektiği konusunda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin tavsiye kararı mevcuttur³¹⁵.

b. Hakkın Kullanılması Kapsamında Savunma Dokunulmazlığı

Sav ve savunma dokunulmazlığı, yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, sav ve savunmalar kapsamında kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması durumunda eylemin hukuka aykırı sayılmamasıdır.

Savunma dokunulmazlığı, savunma hakkı olarak mütalaa edilmelidir³¹⁶.

Sav ve savunma dokunulmazlığı, yalnızca taraflarca veya vekil, müdafii, müşavir ya da yasal temsilcilerince yapılan hareketlere özgüdür.

Sav ve savunma hakkının kullanılması bağlamında kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte somut olayların ortaya konulması ya da kişilerle ilgili olumsuz değerlendirmelerde bulunulması mümkündür.

Madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, sav ve savunma dokunulmazlığından söz edebilmek için somut isnatların ya da olumsuz değerlendirmelerin uyumsuzlukla orantılı olması gerekir. Ancak uyumsuzluğun çözümü açısından yararlı olması gerekmez³¹⁷. Somut olgulara dayansa bile uyumsuzlukla ilgisi olmayan olumsuz değerlendirmeler, somut uyumsuzlukla bağlantısı olmayan isnatlar, sav ve savunma dokunulmazlığından

³¹⁵ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165(1998) Sayılı Kararı, ss.138-139.

³¹⁶ Özbek ve diğerleri, s. 316.

³¹⁷ Madde gerekçesi.

yararlanamayacaktır. Sav ve savunma hakkının sınırı aşılmamalıdır. Ancak genellikle öfke ve gazap hali, sav ve savunmanın sınırının aşılmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu durum kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktör olduğundan işlenen suç açısından kusurluluğun tespitinde dikkate alınmalıdır³¹⁸.

Görüntü ve ses kaydı alma yalnızca kayıt yapan kişiye yönelik olarak işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla gerçekleştirildiğinde hukuka uygun görülebilir. Fakat aynı kaydın kayıt sahibi dışında bir kişiye yönelik olarak işlenen suçta kanıt olarak ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Özel hayatın gizliliğinin söz ve görüntü kaydı alınarak ihlali suçundan elde edilen delil, hukuka aykırı delildir³¹⁹.

Yargıtay Ceza Dairesi'nin 22.12.2009 tarihli kararına göre, gizli kamerayla yapılan ses ve görüntü kayıtları, yalnızca ve koşulları oluştuğunda savunma hakkına dayalı olarak delil olabilir, ancak belirtilen istisna dışında hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, suçun kanıtlanmasında kullanılamaz³²⁰.

D. Suçun Manevi Unsuru

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, genel kast veya olası kastla işlenebilir³²¹. Olası kast durumunda ceza indirilir(TCK m.21/2). Failin suçu hangi saikle işlediği önem taşımaz. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu suçlarda failin ihlalinin konusunu teşkil eden olayın, özel hayata dahil olduğunu bilmesi gerekir. Kast, suçun maddi konusunu kapsamalıdır. Aksi takdirde failin kastından söz edilemez. Ayrıca failin özel hayatın ihlaline yönelik haksızlık bilincine de sahip olması gerekir. Belirli bir konuya yönelik haksızlık bilinci, kasttan farklıdır³²².

³¹⁸ Madde gerekçesi.

³¹⁹ Zafer, s. 205; Ali Kemal Yıldız, "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 2, Aralık, 2006, s. 262.

³²⁰ Zafer, s. 205.

³²¹ Özbek, s. 944; Tezcan ve diğerleri, s. 469; Zafer, s. 198.

³²² Şen, YTCK Yorumu, s. 600; Zafer, s. 198.

E. Teşebbüs

İhlalin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacağından neticesi harekete bitişik bir suçtur ve teşebbüs ancak icra hareketlerinin bölünmesi halinde mümkün olacağından özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, teşebbüse elverişli değildir.

Söz konusu suçlar sırf hareket suçu olmaları nedeniyle icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz.

F. Suçluların Çokluğu(Suçta İştirak)

Suçta her türlü iştirak mümkündür³²³. Bu suç iştirak bakımından bir özellik göstermez. Kamu görevlilerinin kasten, kişinin özel hayatına saygı hakkını koruyucu tedbirleri almayarak ihmalle bu suçlara katılmaları mümkündür. Kamu görevlileri ihmalinin rolüne göre müşterek fail veya yardım eden hatta aynı zamanda faili azmettirmişlerse azmettiren olabilirler. Çünkü AİHS m.8, taraf devletlere bu maddedeki hakkın kullanılmasını sağlayacak gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü yüklemektedir³²⁴.

G. Suçların Çokluğu(Suçların İctimai)

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, aynı mağdura karşı işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Kanaatimizce özel hayatın gizliliğini ihlal Dokuzuncu bölümde düzenlenen suçlar arasında genel bir norm niteliğindedir. Özel hayat kavramı, kişiliğe bağlı bir çok alt unsurdan meydana gelmektedir ve üst kavram özelliği göstermektedir. Özel hayatın alt değerlerine yönelik bir çok fiil TCK'da farklı bölümlerde suç olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle özel hayatın gizliliğini ihlal haberleşmenin gizliliğini ihlal niteliğini de taşıyorsa fail sadece haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan

³²³ Aydın, s. 227.

³²⁴ Zafer, s. 220.

cezalandırılmalıdır veya suç kişisel veriler aleyhine işlenmiş ise bu defa kişisel veriler aleyhine işlenen suçlar söz konusu olmalıdır³²⁵.

Özel hayatın gizliliği görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmiş ise (m.134/1, c. 2) bu halde ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan da ceza verilmemelidir. Zira c. 2'de yer alan suç, c.1'de yer alan suçun haksızlık içeriğini de karşılamaktadır³²⁶. Kayıt halinde hem TCK m. 134/1 c.1 hem de m. 134/1 c.2 ihlal edilmiş olur. Bu iki hükmün de koruduğu hukuki menfaat aynı olduğundan fikri içtima kuralları uygulanmaz. Birinci ve ikinci cümle arasında genel ve özel norm ilişkisi vardır. Özel normun önceliği ilkesi gereğince özel normdan yani sadece kaydetmeden dolayı cezalandırma yoluna gidilir³²⁷.

Buna karşılık kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmek fiili(m.134/2) mutlaka kaydı da içermediğinden görüntü ve sesleri kaydeden daha sonra bunları ifşa etmişse iki ayrı suçun hem m.134/1 c.2 hem de m.134/2 bulunduğu kabul edilmelidir. Kaydeden ile ifşa eden farklı kişiler olabileceği gibi her kaydedilenin mutlaka ifşa edileceği gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır³²⁸.

Tezcan, Erdem ve Önok'a göre, özel yaşama ilişkin ses ve görüntülerin ifşa edilmesi durumunda, bunun ifşa edilmesi zorunlu olarak kaydedilmesini de gerektirdiğinden failin yalnızca m.134/2'den dolayı cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak böyle bir sonuç, görüntü veya sesin kaydedilmesinin "bir yıldan aşağı olmamak üzere"; buna karşılık bunun ifşasının ise "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile"; cezalandırıldığı gerçeğini göz ardı etmiş olur. Gerçekten aksi takdirde görüntü veya sesi yalnızca kaydeden, bunu ifşa eden kişiden daha fazla cezalandırılmış olur. Bu yüzden kaydedilen ses veya görüntünün aynı zamanda ifşa da edilmesi durumunda hem m.134/1 hem de m.134/2'nin birlikte uygulanması gerekir³²⁹.

Diğer yandan ses veya görüntünün ifşa edilmesi, aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa m.134/2 ile hakaret suçu arasında fikri içtima kurallarının

³²⁵ Özbek, s. 946; Zafer, s. 217; Recep Gülşen, "Haksız Arama Suçu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 16-19, 2007-2008, s. 140.

³²⁶ Özbek, s. 945; Kazancı, s. 155.

³²⁷ Zafer, s. 218.

³²⁸ Özbek, s. 945; Zafer, s. 218.

³²⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, ss. 498-499; Kazancı, s. 155.

uygulanması yoluna gidilir³³⁰. Özel yaşamın gizliliğini ihlal eden kişi, bunu ifşa etme tehdidiyle haksız bir çıkar da sağlayacak olursa yağma (m.148) veya şantaj (m.107) suçlarından dolayı da ayrıca cezalandırılır.

Özel yaşamın gizliliğini ihlal, her defasında mağdurun aynı kişi olması koşuluyla zincirleme biçimde de işlenebilir. Bununla birlikte zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için kanunun aynı hükmünün ihlal edilmiş olması gerektiği, oysa aynı madde içerisinde olmakla birlikte her iki fıkrada düzenlenen suçlar birbirinden farklı olduğu için zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi bakımından her defasında aynı fıkranın ihlal edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz³³¹. Belirtelim ki, zincirleme suç kuralları açısından bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır³³².

H. Muhakemesi

1. Kovuşturma

Bu suçun soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlıdır³³³. Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilden zarar gören kişinin altı aylık şikayet süresi içinde yazılı olarak yetkili makamlardan bu fiil hakkında kavuşturma yapmasını istemesine şikayet denir³³⁴. Şikayet bir muhakeme şartı olup soruşturma evresinde bu şart gerçekleşmeden şüpheli hakkında isnat teşkil eden muhakeme işlemleri yapılamaz. Cumhuriyet Savcısı isnat teşkil etmeyen işlemleri yapabilir. Örneğin CMK m. 90/3 ile öngörülen istisnai hal dışında kural olarak şikayet şartı gerçekleşmeden şüpheli yakalanamaz, ancak tanık dinlenebilir. Şikayet hakkı, suçtan zarar görene aittir³³⁵. Suçtan zarar gören ayırt etme gücüne sahip küçükse şikayet hakkını bizzat kullanabilir³³⁶. Bu hakkın kullanımını için yasal temsilcinin rızasına

³³⁰ Özbek, s. 945; Parlar ve Hatipoğlu, s. 1035; Zafer, s. 219.

³³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499; Zafer, s. 223.

³³² Zafer, s. 220.

³³³ Aydın, s. 228; Özbek, s. 945; Zafer, s. 223.

³³⁴ Özbek ve diğerleri, s. 423.

³³⁵ Zafer, s. 223; Parlar ve Hatipoğlu, s. 1047.

³³⁶ Hamide Zafer, "Suçtan Zarar Gören Küçüklerin Türk Ceza Muhakemesindeki Hakları", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 1, 2003, s. 130.

gerek yoktur. Hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kişinin ölümünden sonra mirasçılara geçmeyecektir.

Bir kişi hakkında yapılan şikâyet veya şikâyetten vazgeçme diğer şerikleri de kapsar. Buna şikâyetin sirayeti ve vazgeçmenin bölünmezliği denir. İnceleme konumuz bakımından ilgili suçun şikâyete bağlı olması sebebiyle yasada düzenlenen şikâyet zamanaşımı süresi de önem arz etmektedir. Zira TCK m.73 gereğince şikâyet, fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır. Şikâyet hakkının dava zamanaşımı süresi içerisinde yapılması gerekir. Suçun takibi zamanaşımına uğradıktan sonra fiilin ve failin geç öğrenildiği gerekçesiyle altı aylık şikâyet süresinden yararlanamaz³³⁷.

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmak suretiyle suç işlemesi halinde söz konusu kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince yetkili mercilerden soruşturma izni alındıktan sonra yapılabilir. Soruşturma izni kararı verilme sürecinde zamanaşımı durur³³⁸.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu m. 139 özellikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra edenlerin özel hayata karşı işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulmasının şikâyete bağlı tutulması sebebiyle hatalıdır. Şöyle ki, otoriteden ve dolayısıyla kamu görevlisinden veya belirli bir meslek ve sanatı icra eden kişinin icra ettiği meslek ve sanatın, mağduru korkutma, baskıya maruz bırakma ve sindirme ihtimali pek muhtemeldir. Bu sebeple bu bölümde yer alan suçlarla ilgili m.137’de gösterilen nitelikli haller kapsamına giren fail ve fiillere ilişkin suç takiplerinin herhangi bir şikâyet şartının gerçekleşmesi aranmaksızın başlatılmasının ve yapılmasının öngörülmesi daha uygun olurdu³³⁹.

Dokuzuncu Bölümde yer alan suçlar yoluyla elde edilen deliller bu suçlarla ilgili takibin şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın ceza tahkikatlarında kullanılmamalı ve hukuka aykırı delil olarak kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın kanunda gösterilen maddelerin ihlali yoluyla elde edilen bulguların ceza tahkikatlarında

³³⁷ Zafer, s. 223.

³³⁸ Zafer, s. 227.

³³⁹ Şen, YTCK Yorumu, s. 612.

kullanılmayacağına, sadece hukuki dayanağa sahip bulguların kullanılabilmesine dair düzenlemeye “Dokuzuncu Bölümde” yer verilmesi gerekirdi. Belki bu düzenlemenin yerinin ceza yargılaması hukuku olduğu iddia edilecektir. Ancak bu hükmü ceza hukukunda da kabul etmenin hiçbir sakıncası bulunmayacağı gibi bireyin hak ve hürriyetlerini daha fazla koruyucu etkisi olacaktır³⁴⁰.

2. Uzlaşma

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlıdır. Açıklanan nedenle de yasada belirlenen diğer koşullar da gerçekleştiğinde sanık hakkında CMK m.253/1 a gereğince uzlaşma hükümleri uygulanabilecektir.

3. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder³⁴¹. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezasına hükmedilen hallerde mümkün olduğundan ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temel şekli altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası gerektirdiğinden yasal koşullar gerçekleştiğinde sanık hakkında uygulanabilecektir.

4. Hapis Cezasının Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi TCK m. 51’de düzenlenmiş olup yasada iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebileceği ancak fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından mahkum olunan sürenin üç yıl hapis cezası olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından da hapis cezasının ertelenmesi uygulanabilecektir. Ancak hapis cezasının ertelenmesi sanığın

³⁴⁰ Şen, YTCK Yorumu, s. 612.

³⁴¹ Özbek ve diğerleri, s. 431.

denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi hâlli olarak geçirmesi koşuluyla ancak ceza infaz edilmiş sayılması sonucunu getirmektedir.

5. Görevli Mahkeme

Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu sebeple suç yargılama görevi sulh ceza mahkemelerindedir. Özel hayatın gizliliğinin görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle ihlalinde ceza bir yıldan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olduğundan görevli mahkeme u suçta da sulh ceza mahkemesidir.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıldığından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. İfşa suçunu basın yoluyla işlendiğinde cezanın yarı oranda arttırılması ve suçun kamu görevlilerince işlenmesi halinde artırım öngörölmüşse de Adli Teşkilat Kanunu m. 14 gereğince, artırım görevli mahkemenin tayininde dikkate alınmayacaktır.

5187 sayılı Basın Kanunu m.27/1'e göre, ifşa suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

6. Yaptırım ve Dava Zamaşımı

Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suç karşılığında seçimlik ceza öngörölmüştür. Hakim, seçimlik cezalardan birini seçmekte özgür olduğundan ve TCK m. 61'de de herhangi bir sınırlama olmadığından hapis cezasını seçtiğinde TCK m. 50/1-a'ya göre para cezasına çeviremeyecektir. Fakat, TCK m.50/1-b-f'de gösterilmiş olan tedbir niteliğindeki diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Suç tanımında, adli para cezasının alt ve üst sınırının gösterilmediği hallerde kural olarak adli para cezasının alt sınırı beş gün, üst sınırı ise yediyüz otuz gün olarak kabul edilir. Hakim, hapis cezası bakımından temel cezası TCK m.61/1'de gösterilen

kriterlere göre altı ay ile iki yıl arasında, adli para cezası bakımından ise beş gün ile yediyüz otuz gün arasında belirler. Belirtelim ki, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Kanun ile 61. maddeye dokuzuncu fıkra eklenerek seçimlik ceza olarak öngörülen adli para cezasının alt ve üst sınırları değiştirilmiştir. Bu hükme göre, “adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz”. 19.12.2006 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından adli para cezasının alt sınırı yüzseksen gün, üst sınırı ise yediyüz yirmi gün olarak kabul edilecektir³⁴².

Özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Kanun koyucu, fiilin cezasını, 1. cümledeki suçun cezasına yollama yaparak belirlemiştir. Genel nitelikte özel hayatı ihlal ile görüntü ve ses kaydı yapmak suretiyle ihlal arasındaki sıkı ilişkiden dolayı kanun koyucu böyle bir ceza belirleme yöntemi izlemiştir. Hakim, seçimlik olan adli para cezasına da hükmedebilir. Kanımızca bu halde adli para cezasının alt sınırı da TCK m.61/9 gereğince bir yıl hapis cezasına göre belirlenecektir. Yani adli para cezasının alt sınırı, üçyüzaltmışbeş gün, üst sınırı ise yediyüzyirmi gün olarak kabul edilecektir.

Kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ceza yarı oranında artırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal oluşturduğundan bu artırım oranı, cezanın belirlenmesi sürecinde TCK m.61/4 gereğince dikkate alınır.

Faile hapis cezası verildiğinde, TCK m.53/1’de öngörülen hak yoksunluklarına da karar verilecektir. Suçun kamu görevlisi tarafından görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi halinde TCK m.53/5 gereğince hükmedilen cezanın hapis veya para cezası olmasına bakılmaksızın kamu görevlisinin verilen

³⁴² Zafer, ss. 220-221.

cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına karar verilecektir³⁴³.

Bu suçlarda dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-e gereğince suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır.

TCK m. 67/4'e göre, dava zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde zamanaşımı süresi, en fazla oniki yıl olabilir. Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi, zamanaşımının dolması için yeterli olacaktır(TCK m.66/2).

Ayrıca basın yoluyla işlenen ifşa suçlarında zamanaşımı 5187 sayılı Basın Kanunu m.26'ya göre, günlük süreli yayınlarda iki ay, diğer yayınlarda dört ay olarak belirlenmiştir. Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilmemesi halinde belirtilen sürelerin başlama tarihi, suç oluşturur fiilin Cumhuriyet başsavcılığınca öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, TCK'nun dava zamanaşımına ilişkin maddelerinde öngörülen süreleri aşamaz. Diğer yandan Basın Kanunu m.27/3 gereğince basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalara acele işlerden sayılır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal eden, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenmesi halinde TCK m.60/1-2, 140 hükmü gereğince tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

³⁴³ Zafer, s. 222.

I. Uygulamadan Karar Örnekleri

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramı, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır³⁴⁴. Anayasa Mahkemesi kişi özgürlüğünü bu şekilde yorumlayarak genel ahlak ve edep kurallarına aykırı, utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izinin alınmasını düzenleyen PVSK'nın bazı maddelerini değiştiren 3233 sayılı Kanunun 1. maddesini Anayasa'nın 19. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Kişilerin suç teşkil etmeyen eylemleri özgürce yerine getirme hakkı korunmalıdır. Bu hakkı kısıtlayan düzenlemeler Anayasa'nın 19. maddesine aykırıdır. Özel hayata saygı hakkının farklı olma ve kişisel konularda serbestçe karar verme yani bağımsızlığı içerdiği düşünüldüğünde özel hayatla kişisel güvenlik hakları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır³⁴⁵.

31.03.1987 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında³⁴⁶ ceza muhakemeleri usulü hukukunun bir kurumu olarak arama hakkında kısa açıklama yapılmış ve 1412 sayılı Yasa m. 94'ün Anayasa'ya aykırılığı sorunu değerlendirilmiş ve soruşturulan ve kovuşturulan bir suça bağlı olarak CMUK m.94 uyarınca amaçla sınırlı olarak yapılan aramanın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Kararda aynen şöyle denmiştir;

"Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesi istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenmiş ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel

³⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986-8/27, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.08.2010.

³⁴⁵ Zafer, s. 44.

³⁴⁶ E: 1986/24, K: 1987/8, T: 31/03/1987, (AMKD., S: 23, ss. 182-183), aktaran, Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Der Yayınları, İstanbul 2007, s. 176.

hayata saygı gösterilmesi hakkı, onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendisini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır... Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayata saygı da sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahaleler gerekli olmakta ve bazı önemli nedenlerle kişi kimi ihlallere katlanmak durumunda kalmaktadır. Genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin herhangi bir hak ve hürriyet konusunda uygulanabilmesi o hak ya da özgürlüğe ait maddede ayrıca öngörülmüş olması gibi bir koşula bağlı değildir. Maddede o hak ve hürriyet için herhangi bir sınırlama nedeni gösterilmemiş olması, o hak ve hürriyetin hiçbir nedenle sınırlanamayacağı anlamına gelmez. Anayasa m. 13/1’de getirilecek olan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmemek şartıyla Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez. Suç herhalde kamu düzenini bozan bir eylemdir. Bu nedenle de ceza yaptırımına bağlanmıştır... Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak Anayasa m. 20’de getirilmiş olan dokunulmazlık ilkesine, adli soruşturma ve kovuşturmanın gerekleri bir istisna teşkil etmektedir” denilmiştir.

Diğer yandan 22.02.2006 tarihli kararda³⁴⁷ ise;

“2559 sayılı Yasa m.9’da polisin mülki güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyaların tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirin vereceği yazılı emirle suçun önlenmesi amacıyla arama yapabileceği öngörülmüştür. Anayasa m.20 gereğince özel hayatın gizliliği esastır... Özel yaşamın dokunulmazlığı temel haklardandır ve niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla Anayasa’nın 20. Maddesindeki “Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır” tümcesi madde metninden çıkarılmış değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi bu hak ve özgürlüklerle ilgili özel sınırlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen esaslar çerçevesinde açık olarak belirlenmiştir.

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 22.02.2006 tarih, 2003/29E.,2006/24K. , (www.anayasa.gov.tr), aktaran Akad ve Dinçkol, ss. 177-178.

Anayasa m. 20, 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez. Kaldı ki, iptali istenen kuralın 03.08.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa ile Anayasa m.20'deki değişikliğe koşut olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa m. 20' aykırı değildir" denilmiştir.

Düzeltilme ve Cevap hakkıyla ilgili olarak 03.01.2002 tarihli kararda³⁴⁸;

Başvurucu, Anayasa m. 32'de düzenlenen cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması nedeniyle ilgilinin başvurusu halinde bu yazının yayımlanmasının gerekip gerekmediğine müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde hakim tarafından karar verileceği belirtilmesine karşı 5680 sayılı Basın Kanunu m. 19-III/2'de başvuru üzerine Sulh Ceza Hakiminin iki gün içinde başvuruyu inceleyerek karar vereceğini öngördüğünü, Yasa'daki iki gün içinde sözcüklerinin Anayasa m. 32'e aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Mahkemece de haberleşme organlarının kamuoyuna doğru haber ve bilgi sunmaları, hizmet gereklerinden olduğuna, bu faaliyetlerinde kişilerin haysiyet ve şereflerine saygılı olmakla yükümlü olduklarına değinilmiş ve Anayasa'daki yedi günlük sürenin azami süre olduğu belirtilmiştir. Gerçeğe aykırı, şeref ve haysiyet kırıcı bir yayımın hafızalardaki etkisi henüz silinmeden mümkün olan en kısa zamanda karşı bir yayım ile doğrunun bildirilmesi amacıyla Yasa ile yedi günden daha kısa süre öngörülmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır" sonucuna ulaşılmıştır.

2. Yargıtay Kararlarında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda³⁴⁹ başvuruluna iletişimin tespiti yönteminin denetlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karara göre;

"...hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin kanuni dayanağını oluşturan kararlar dosyaya getirilip duruşmada okunmalı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ait olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun yada aykırı olarak elde edilip

³⁴⁸ Akad ve Dinçkol, ss. 209-210.

³⁴⁹ Yargıtay 4. C. D., 10.07.2008 tarih, 2008/8558E., 2008/15780K; Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, 03.05.2009.

edilmediği hususları tartışılıp değerlendirilmelidir..., T.C. Anayasası'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 20 ve 22. maddeleri ve Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan haberleşme hakkının ihlali suretiyle delil elde edilmesi ancak kanunla belirlenen yöntem ve esaslara uyulması koşuluyla hukuka uygun sayılacağı öngörüldüğu halde, hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin kanuni dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirtilip duruşmada okunmadığı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ait olarak ve hangi süreyle gerçekeştirildiği, hukuka uygun yada aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilerek gerekçeğe yansıtılmadığı tespit edilmiş ve bu sebeple bozmaya hükmedilmiştir”.

İncelmeye konu bir olayda da Yargıtay³⁵⁰;

“Sanık (N)'nin danışmanlık bürosu kurup beraber çalıştıkları sair sanıklarla birlikte; kendilerine müracaat eden kişilerin (sanıkların) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında kanuni olmayan yollardan binaların dışında bulunan telefon kutularına dinleme ve ses kayıt cihazı takarak telefonlarını dinlemek ve sanıklarca bir kaç tarih sonra bu adreślere gelinerek cihazlardaki dolu kasetler alınıp boř kaset konularak elde ettikleri dinleme kasetlerini dinleme yapılmasını isteyen sanıklara vermek şeklinde oluşan eylemleri Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünü ihlal etmenin ötesinde TCK.nun 195. maddesinde tanımı yapılan suçu örgütlü şekilde işlemek amacıyla bir araya gelip bu yönde faaliyette buldukları, böylece eylemlerinin Ceza Kanununun anılan 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Kanunun 313/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçunu oluşturduğu TCK.nun 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Kanunun 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturur. Çeteye müracaat ederek izletme gereği duydukları mağdurların telefonlarını dinleten sanıkların eylemi ise TCK. 195. maddede tanımlanan suça azmettirmektir” demiştir.

Hukuka aykırı şekilde yapılan arama sonucunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında³⁵¹;

³⁵⁰ Yargıtay 8. CD. 11.12.2000 tarih, 2000/20551E., 2000/20678K; Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, 03.05.2009.

“Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır, işlem gününde yürürlükte olan 1412 s. CMUK’ nun 254. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz. Aramanın yapıldığı tarihteki kurallara göre arama ancak hakim kararı ile mümkündür, Cumhuriyet savcıları ile kolluğun arama yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için gerekli ön şart ise, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesidir. Somut olayda, kolluk tarafından bu koşul gerçekleşmediği durumda hakim kararı alınmaksızın eşinin rızası olduğu söylenerek yapılan arama hukuka aykırıdır. O halde, arama sonucu elde edilen maddi kanıt ile buna ait ekspertiz raporları hükme esas alınamaz. Sübut sorunu sair deliller değerlendirilerek çözümlenmelidir. Sanığın delil değeri bulunan, hakkındaki ihbarla uyumlu, hayatın olağan akışına uygun düşen, özgür ve samimi ikrarı ile, uyuşturucu elde etmek amacıyla hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir”

denilmiş ancak iki kurul üyesi çoğunluk görüşe katılmayarak gerekçelerinde özetle şöyle demişlerdir;

“... Hiç kuşkusuz ceza yargılamasında da, maddi gerçek araştırılırken Sözleşme ve Anayasadaki bu ilkeler ışığında öngörölmüş hukuk kurallarına uygun davranılacaktır. Dolayısıyla ceza yargılamasında kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan kuralların en başında gelen delil toplama yöntemlerini düzenleyen kurallara uyulmadan yapılan müdahale de hukuka aykırı sayılacak ve bu biçimde elde edilen deliller de hukuka aykırı elde edilmiş deliller olacaktır. Bu biçimde ulaşılan delil, elde edilirken yasal düzenlemeye uygun hareket edilse dahi hukuka aykırıdır. Örneğin işkence yapılarak elde edilen bir adreste hukuka uygun bir arama yapılsa, dahi burada elde edilen deliller hukuka aykırı delil olacaktır.(Doç. Dr. Veli Özer Özbek Yeni Ceza Muhakemesi Yasanın Anlamı sayılı 849). Ceza Genel Kurulunun bu kararına karşı yazılan muhalefet şerhinde ise aynen " (...) Ne var ki ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey yararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir, birey yararı toplum zararına kayırılırsa, yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki halde de hukuk barışı tehlikeye düşer" denilmektedir. Gerek 4.Ceza Dairesinin kararındaki hukuka

³⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005 tarih, 2005/7-144E. 2005/150K., Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, 03.05.2009.

aykırı delilin hüküm açısından nedensel değeri ve gücü kriteri, gerekse muhalefet şerhindeki birey yararı ve kamu yararı arasındaki ölçülülük (oranlılık veya değerler tartımı) ilkesi Ceza Genel Kurulunca kabul görmemiştir. Yüksek Kurulun 24.10.1995 tarihli ve E.1995/7-165, K.1995/302, 24.10.1995 tarihli E.1995/6-238, K.1995/305, 19.12.1994 tarihli ve E.1994/6-322, K.1994/343 s. kararları da aynı doğrultudadır. Yerel kolluk, yaptığı istihbari çalışmalar sonucu sanığın evinin damında hint keneviri bitkisinin yetiştirildiğinin öğrenildiğini ileri sürerek hakim kararı olmadan 24.5.2001 günü arama yapmış, arama sonunda 50 kök hint keneviri bulunmuştur. Arama sırasında sanık evde yoktur. Arama zaptına evde bulunan sanığın eşinin muvafakatının alındığı yazılmıştır. Arama, gizli olan bir şeyi ortaya çıkarabilme faaliyeti olduğuna göre bu durum, özel hayatın gizli alanına girmek demektir. AİHS'nin 8., Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile koruma altına alınan kişinin temel hak ve özgürlükleri olan özel hayatın gizli alanı ve konut dokunulmazlığı hakkına arama yoluyla yapılacak müdahalenin de usul ve esaslarının Sözleşme ve Anayasa'nın ilgili maddelerine göre kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Aramadan bir tarih sonra kendiliğinden geldiği belirtilen sanık kolluktaki ifadesinde hint kenevirlerini kendisinin ektiğini söylemiştir. Sanık Yakup tutuklanması için gönderildiği hakim önünde de kolluktaki ifadesinin doğru olduğunu söylemiştir. Hakkında açılan kamu davası üzerine yapılan yargılamada da sanık savunmasında yine kolluktaki ifadesini doğrulamıştır. Arama yapmak için makul şüphe yoktur. Kolluk; eski sabıkalı olan ve kendilerince tanınan bir kişi olan sanık hakkında yaptıkları istihbari çalışmalardan evinde hint keneviri ektiğini öğrendiğini iddia etmiş, buna dair hiçbir bilgi ve belge evraka eklenmemiş, yalnızca kendisinin ileri sürdüğü bir sebebe dayanarak arama yapmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunmadığı durumda hakim kararı alınmamıştır. Bu konuda itiraz bulunmadığı gibi Yüksek Kurulda da farklı görüş ileri sürülmemiştir. Rıza ile aramada ise rıza olsa dahi (ki olayımızda sanığın eşinin muvafakatının alındığı zapta yazılmıştır.) Arama yine de hukuka aykırıdır. Çünkü konut dokunulmazlığı hakkının, koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerden bulunduğu, bu hakka müdahalenin ya da sınırlanmasının usul ve esasları belirtilerek ancak kanunla düzenlenmesi gerektiğini yukarıda açıkladık. Kanun koyucu "Özel hayatın gizliliğinin" ve "konut dokunulmazlığı hakkının" korunmasına verdiği önemi 19.7.2003 gününde yürürlüğe giren 4926 s. Kaçakçılıkla Mücadele Yasası ile bir kez daha göstermiştir. Yasanın 17. maddesi ile "özel konut ve eklentilerinde hakim kararı olmadan arama yapılamaz" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile anılan yasa kapsamındaki suçların soruşturulması ya da kovuşturulması sırasında konutta yapılacak aramada hiçbir sebeple gecikmesinde sakınca

bulunan bir halin varlığını kabul etmemiş ve mutlaka hakim kararı istemiştir. Öte yandan bir an için sanığın ikrarının dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmediğini ve geçerli olduğunu varsaysak bile bu ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir. Arama ve arama sonucu elde edilen deliller ve buna bağlı tutanaklar hukuka aykırı olarak yapıldığından yok hükmündedir. Olayımızda değerlendirme dışıdır. Sanığın mahkûmiyeti için delil olarak geriye kolluğun yaptığı istihbarat ve ikrar kalmaktadır. Kolluk, sanık hakkında ihbar geldiğini söylememiş, kendileri tarafından önceden tanınan sanık hakkında istihbarat yaptıklarını bunun sonucu olarak sanığın hint keneviri ektiğini, öğrendiklerini belirtmişlerdir. Bu kolluğun bir iddiasıdır ve bu iddia ile ilgili hiçbir bilgi ve belge evraka eklenmemiştir. Yani sanık hakkında olayın başında mücerret ikrarı destekleyen makul şüphe yoktur. Bu halde delil olarak değerlendirilebilecek yalnızca soyut bir ikrar kalmaktadır. İkrarın delil olabilmesi için hakim huzurunda yapılması şart olmakla birlikte duruşma sırasındaki bu ikrar dahi tek başına delil değeri taşımayabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.12.1990 tarih ve 1990/6-25 E. 335 K, 16.2.1987 tarih 6-721 E, 50 K; 2.2.1987 tarih ve 314 E.18.K. s. kararlarında da belirtildiği gibi bir insanın kendisini suçlu kabul etmesi veya bir başkasının suçunu kabullenmesi olanaklıdır. Bu itibarla duruşmadaki ikrarın başkaca yan delillerle desteklenmesi gereklidir. (Dr. Ersan Şen Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu s.44). Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucu elde edilen delil yok sayıldığından maddi konusu (hint kenevirleri) ele geçmeyen olayımızda makul şüphe ile de desteklenmeyen mücerret ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir. Kaldı ki; esrar elde etmek amacı ile hint keneviri ekme suçunda, hint keneviri suçun maddi konusudur. Olayda hukuka aykırılık sebebi ile hint keneviri ele geçmediği gözetildiğinde suçun oluşmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira söz konusu bitki elde edilmeden, elde edilse dahi bitkinin hint keneviri olduğu uzman bilirkişi raporu ile saptanmadan suç oluşmamaktadır. Nitekim 2313 s. Yasanın 23/2. maddesine göre ele geçirilen hint kenevirlerinin imhası öngörülmekte, ancak bu imhanın Tarım ve Köyişleri Bakanlığı görevlilerinin raporundan sonra yapılabileceği belirtilmektedir. Dairemiz de geçmişten bu yana uygulamalarında, hint kenevirinin ele geçmesini ve bu konuda uzman tarafından bitkinin hint keneviri olduğuna dair raporunu, suçun oluşumu için aramıştır. Olayımızda hukuken geçerli böyle bir rapor da bulunmadığına göre suç oluşmamıştır” denilmiştir.

SONUÇ

İnsanın insan olmasından doğan bazı özellikleri ve hakları mevcuttur. Sosyal bir varlık olan insan, başkalarıyla iletişim kurmayı ister ve başta kendisinden daha sonra ailesi ve yakınlarından daha sonra tanıdıkları ve diğer insanlardan oluşan hayat alanlarında yaşamayı sürdürür.

İnsan hayatı, gizli hayat alanı, özel hayat alanı, kamuya açık olan genel hayat alanı olarak tasniflere tabi tutulmuştur. Gizli hayat alanı, hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alan olup ihlal suretiyle elde edilen deliller hükme esas teşkil etmeyecektir. Bu alan, özel hayat kavramından daha dardır. Özel hayat alanı ise, kişinin üzerinde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerinin oluşturduğu alandır. Kural olarak müdahalelere kapalıdır. Bu alana müdahale kişinin yaşamını istediği gibi yönlendirme, geliştirme hakkını ortadan kaldırmakta onu hareketsiz kılmaktadır. Ancak bu alan dokunulmaz değildir. Yasalarla düzenlenmiş ve daha yüksek menfaatin varlığı durumlarında müdahale mümkün olabilecektir.

Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı, iki tür korumaya gerek göstermektedir. Birincisi, gizliliğin özel kişilerin tecavüzlerine karşı korunmasıdır ki burada devletin pozitif yükümlülüğü mevcuttur, ikincisi ise özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya devletin tecavüzlerine karşı korunması olup buna devletin negatif yükümlülüğü denir. Bu yükümlülük, başkaları tarafından hakka müdahale edilmesini engellemek amacıyla gerekli önlemleri almayı da kapsamaktadır.

Uygulamada en çok özel hayat alanının sınırları ve bu alana müdahalelerin haklılığı konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Bunun nedenlerinin başında özel hayat kavramının net bir tanımının yapılamayışı gelmektedir. Türk Ceza Kanunu m.134 torba hüküm niteliğinde olup özel hayatın alt unsurları kazuistik bir yöntemle diğer maddelerde koruma altına alınmıştır. Bu yolla özel hayatın daha etkin korunmasını sağlamayı amaçlamıştır. Fakat doktrinde kanunilik ilkesi bakımından madde eleştirilmiştir.

Özel hayatın kapsamı, teknolojik gelişmelere bağlı olarak sürekli değiştiğinden bir müdahale halinde özel hayatın korunup korunmayacağı, zamana, mekana, bireyin kamusal figür olup olmadığına göre değişebilmektedir. Konumuz açısından kamusal figürlerin hayat alanlarının korunması ile basın özgürlüğü önem arz etmektedir. Zira korunması gereken iki hakkın hangisine üstünlük verileceği yarışan menfaatlere göre iki hak arasında denge sağlanarak belirlenecektir. Neticede hukuka uygunluk nedeni olan ve pek çok Yargıtay içtihadına konu basın özgürlüğünün sınırlarının aşılması nedeniyle basın mensuplarının özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili olmaları ihtimal dahilindedir. Bu konu diğer ülkelerin uygulamasında da hassasiyet yaratan bir konu olup özellikle Lady Diana'nın ölümü özel hayatın gizliliği hakkını gündemde tutmuş ve Prenses Caroline'in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurusu sonucu alınan karar, özel hayatın gizliliği hakkının her geçen gün önem kazandığını ortaya koymuştur.

Çalışmamızda özel hayat kavramının genişliği ve değişkenliği ile mevzuatımıza yeni girmiş olması nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu incelerken bu kavram üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş, diğer ülke uygulamaları ile özellikle uygulamadan kaynaklanan sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin düzenlemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasına yer verilmiştir. Daha sonra ülkemizdeki yasal düzenlemeler gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku yönünden incelenmiş özel hayatın gizliliğinin korunma yöntemleri özellikle son bölümde Türk Ceza Kanunu m.134 ayrıntılı olarak ele alınmak suretiyle incelenmiştir. Son olarak Anayasa mahkemesi ve Yargıtay kararlarına örnekler verilmiştir. Ancak suç tipinin şikâyete tabi olması ve uzlaşma hükümlerinin uygulanabilirliği sebebiyle bu konuda içtihat zenginliği sağlanamamıştır.

Sonuç olarak özel hayat alanı her geçen gün gelişen teknoloji sayesinde gelişmekte ve genişlemekte, daha da üzerinde durulması, korunması gereken bir hak halini almaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı hem birey hem de devlet müdahalelerine karşı korunmalıdır. Herkesin aleni yaşantısının yanında kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi ve uygun gördüğü şekilde yaşayabilmesi için başkasının denetim ve gözetiminden uzak, kendi tarzına göre yaşayabileceği bir özel hayatı olmalı bu ortam sağlanmalıdır. Aksi halde George Orwell'in meşhur

1984'ündeki Büyük Birader'in toplumundan farkımız kalmayacaktır. Bu nedenle, insanın var olabilmesi ve gelişmesi için son derece önemli olan özel hayat, dış etkilerden korunmak zorundadır. Bu da ancak hukukun sunduğu güvenli ortamda gerçekleşebilecek ve devamı sağlanabilecektir.

KAYNAKLAR

AKAD, Mehmet ve Abdullah Dinçkol. **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Der Yayınları, İstanbul, 2007.

AKAD, Mehmet ve Abdullah Dinçkol. **Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998.

AKIN, İlhan. **Kamu Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1987.

AKİPEK, Jale G. ve Turgut Akıntürk. **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Yayınları, Ankara, 2002.

AKTAN, Coşkun Can, İstiklal Yaşar Vural ve Tülay Aktan. **Haklar ve Özgürlükler Antolojisi**, 2. Bası, Hak-İş Yayınları, Ankara, 2003.

ALBAYRAK, Mustafa. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar”, **A. D**, S:16, Temmuz, 2003.

ARASLI, Oya. “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasa’sında Düzenlenişi”, (Doçentlik Tezi), Ankara, 1979.

ARI, Bülent ve Selim Aslantaş. **Adalet Kitabı**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007.

ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya. **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

ATAAY, Aytekin. **Şahıslar Hukuku**, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

AVŞAR, Zakir ve Gürsel Öngören. **Radyo ve Televizyon Hukuku**, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yayını, Ankara, 2003.

AYDIN, Nurullah, Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

AYDIN, Nurullah. **Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

AYDIN, Sevil. **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Koruma**, Ankara, 1998.

BAİLEY, S. H., D. J. Harris ve B. C. Jones. **Civil Liberties Cases and Materials, Second Edition, London Butter Worths**, çev. Ersan Şen, 1985.

BAŞLAR, Kemal. **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, Ankara, 2008.

BİLGE, Suat. **İnsan Hakları El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991.

BOZLAK, Ayhan. “Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu yetkilerin Kullanılması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış”, **Adalet Dergisi**, S:31, Mayıs 2008, s. 97; Yıldız, ss. 5,6.

CENGİZ, Orhan Kemal. “Uygulamacılar İçin AİHM’ne Başvuru Rehberi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y: 65, S:3, Temmuz 1999, s. 43 vd.

CENTEL, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı

COŞKUN, Enis. **Gizli Dinleme**, May Yayınları, İstanbul, 1974.

COŞKUN, Enis. **Küresel Gözaltı-Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme**, Ümit Yayıncılık, Ankara, 2000.

ÇELİK, Edip. “Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı ve Türkiye”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara 1998, ss. 229-230.

ÇELİK, Edip. **Milletlerarası Hukuk**, 1. Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984

ÇOLAK, Nusret İlker. **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

DANIŞMAN, Ahmet. **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, 1991.

DEMİRBAŞ, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C: I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 944.

DONAY, Süheyl. “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, **Onur Armağanı**, İÜHFİM, C. 39, 1974, s. 439.

DÖNMEZER, Sulhi ve Sair Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: II, 10. Bası, İstanbul, 1994.

DÖNMEZER, Sulhi. “Mukayeseli Hukuk Muvacehesinde Yeni Basım Kanununa Nazaran Cevap Hakkı”, **İÜHFİM**, C: 19, S: 1-4, s. 67

DURUL, Mustafa. **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

DUTERTRE, Gilles. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.

ERDEM, Mustafa Ruhan. **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, 2001.

ERİC, Barendt. "The Right To The Protection Of Privacy", **Conferance On Freedom Of Expression And The Right To Privacy**, 23.09.1999, der. Hanımeli Çağlayan, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136.zip>, (06.10.2008).

ERMAN, Sahir ve Çetin Özek. **Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2000.

FEYYAZ, Gölcüklü. "Uluslararası Belgeler Ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar", **Yeni Türkiye Dergisi**, Temmuz-Ağustos, 1998, s. 1272.

GEDİK, Ömer. **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

GEMALMAZ, H. Burak. "Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1198) Sayılı Kararı", **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, ss. 137-139.

GİRİTLİ, İsmet. "Çağdaş Gazeteciliğin Sorunları", **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977.

GÖKÇEN, Ahmet. **Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma(Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1994.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ve Şeref Gözübüyük. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZLER, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara, 1999.

GÜLŞEN, Recep. “Haksız Arama Suçu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 16-19, 2007-2008, s. 140.

HAKERİ, Hakan, **Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

HELVACI, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

<http://datenschutz-berlin.de/content/Informationsfreiheit..>

İÇEL, Kayıhan ve Yener Ünver. **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 1. Bası, Sebat Yayıncılık, İstanbul, 1999.

İÇEL, Kayıhan ve Yener Ünver. **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

İLKİZ, Fikret ve Barış Günaydın. “Kişilik Hakları Medyada Etik ve Yargı Kararları”, **Küresel İletişim Dergisi**, S: 2, Güz, 2006, s. 3.

İMRE, Zahit. **Medeni Hukuka Giriş**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, çev. Feridun Yenisey, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

KABOĞLU, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

KAZANCI, Behiye Eker. “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasınının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S: 1, 2007, s. 136.

KETİZMEN, Muammer. **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

KILIÇOĞLU, Ahmet. **Şeref haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 1993.

KILKELLY, Ursula. “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, 2. Baskı No:1, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, s. 9.

KİLLİ, Suna ve Şeref Gözübüyük. **Sened-i İttifaktan Günümüze Kadar Türk Anayasa Metinleri**, 3. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

KUNTER, Nurullah ve Feridun Yenisey. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami “Özel Yaşamın Gizliliği”, **Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanı Anısına Panel**, Ankara, 18.10.2008.

MUMCU, Ahmet. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.

NOHLEN, Nicolas, “The American Journal of International Law”, Haziran 2006, <http://www.jstor.org/stable/3518838>, (07.07.2010)

OĞUZMAN, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005

OĞUZMAN, Mustafa Kemal, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

OKAY, Süha. “Yargı-Medya İlişkisi”, **Yargı Reformu Sempozyumu**, 2000, s. 428.

OLLEY, Katherine. “AİHS 8. Madde”, [www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate(8).tur.doc), (05.10.2008).

OLSWAN, Ashley Hurst. “Facebook: Reputational Risks For Corporates”, 26.08.2008, <http://ipandit.practicallaw.com/2-383-1310>, (07.08.2010).

ÖNGÖREN, Gürsel. **Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları**, İstanbul, 1995.

ÖZBEK, Veli Özer. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

ÖZBEK, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı(Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÖZBEK, Veli Özer, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

ÖZBUDUN, Ergun. **Anaysa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF 50. Yıl Armağani**, C: 1, Ankara, 1977.

ÖZCAN, Onur. “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu- 8130”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 146.

ÖZDEMİR, Kenan. “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, **Adalet Dergisi**, S:23, ss. 7 -8.

ÖZEK, Çetin. **Türk Basın Hukuku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1978.

ÖZEN, Muharrem. **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.

ÖZSUNAY, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 1982.

ÖZTAN, Bilge. **Şahsın Hukuku(Hakiki Şahıslar)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992.

ÖZTÜRK, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, No: 14, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.

PARLAR, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu(1-140. Madde)**, Cilt: 1, Ankara, 2007.

PATTERSON, E. T. “The American Democracy”, 1994, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm>, (16.11.2009).

REİSOĞLU, Sefa. “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 301, 302.

REİSOĞLU, Sefa. **Uluslar arası Boyutuyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

SAĞLAM, Fazıl. “ Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, **AÜSBF Dergisi**, C. XXX, No: 1-4, Ankara, 1975, ss. 107-116.

SANCAKDAR, Oğuz. **Memur Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2007.

SAVAŞ, Vural ve Sadık Mollamahmutoğlu. **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

SERDAR, İlknur. **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

SINAR, Hasan. “İnternet Gazeteciliğinin İletişim Ceza Hukuku Yönünden Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, C: 2, İstanbul, 2009.

SINAR, Hasan. **İnternet ve Ceza Hukuku**, 1.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

SIRABAŞI, Volkan. **İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz(İnternet Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2007.

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara, 2005.

SOYASLAN, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

SÖZÜER, Adem. “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **Türkan Rado’ya Armağan**, C: LV, S: 3, İÜHFM 1997, s. 76

SÜHEYL, Batum. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkisi, İstanbul, 1993.

ŞAFAK, Ali ve Vahit Bıçak. **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, İstanbul, 2005.

ŞEN, Ersan. **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

ŞEN, Ersan. **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

ŞEN, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

ŞENTUNA, Mustafa Tarık. **Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

ŞİMŞEK, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

TANÖR, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

TEZCAN, Durmuş, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, 2002.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2009

TEZCAN, Durmuş. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Oluşumu ve Türkiye'ye İlişkin Bazı Davalar Hakkında Gözlemler”, **İzmir Barosu Dergisi**, C: 72, S: 10-11-12, 1998, s. 50

TOSUN, Öztekin. “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Suçları”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul 1977, ss. 384-385.

TÜRMEEN, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliğı Yayını, Ankara, 9-13 Ocak 2001, ss. 299-300.

TÜRMEEN, Rıza. “En Az Koruma Hükümete”, **Radikal Gazetesi**, 12-13.04.2005.

ÜZELTÜRK, Sultan. **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel hayatın Gizliliğı Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

ÜZÜLMEZ, İlhan. “Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003.

VURAL, Murat. “Medyanın Toplumsal İşlevleri ve Medya Profesyonellerinin Sorumluluğu”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2007/4-40, s. 23.

WARREN, Samuel D. ve Louis D. Brandeis. “The Right to Privacy”, **Harward Law Review**, Vol 4, 1890, ss. 193-195, 213-215, <http://www.heinonline.org>, (29.11.2009).

WARREN, Samuel D. ve Louis D. Brandeis. “The Right to Privacy”, **Harward Law Review**, Cilt: IV, No: 5, 15.09.1890, <http://heinonline.org>, (16.11.2009).
www.anayasa.gov.tr

YAVUZ, Cevdet. **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

YENİSEY, Feridun. **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993.

YILDIZ, Ali Kemal. “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 2, Aralık, 2006, s. 262.

YILDIZ, Mustafa. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.

YILMAZ, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. **Anayasa Hukuku Temel Metinleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.

ZAFER, Hamide. **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması(TCK m.132-134)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ZAFER, Hamide. “Suçtan Zarar Gören Küçüklerin Türk Ceza Muhakemesindeki Hakları”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 1, 2003, s. 130.

ZEVKLİLER, Aydın, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla. **Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000,