

**TÜRK YÜKSEK MAHKEMELERİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI  
MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA  
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI**

**Pamukkale Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Yüksek Lisans Tezi  
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı**

**Mümin Serdar GÜNTÜRK**

**Danışman: Doç. Dr. Yasin SEZER**

**Haziran 2010  
DENİZLİ**



## YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı öğrencisi Mümin Serdar GÜNTÜRK tarafından Doç. Dr. Yasin SEZER yönetiminde hazırlanan “TÜRK YÜKSEK MAHKEMELERİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI” başlıklı tez, aşağıdaki jüri üyeleri tarafından 03/06/2010 tarihinde yapılan savunma sınavında başarılı bulunmuş ve Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

  
Doç. Dr. Ekrem KARAYILMAZLAR  
Jüri Başkanı

  
Doç. Dr. Yasin SEZER

  
Doç. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun 14/09/2010 tarih ve 14/08 sayılı kararıyla onaylanmıştır.



Yrd. Doç. Dr. Ahmet Can BAKKALCI  
Müdür Vekili

Bu tezin tasarımı, hazırlanması, yürütülmesi, araştırmalarının yapılması ve bulgularının analizlerinde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini; bu çalışmanın doğrudan birincil ürünü olmayan bulguların, verilerin ve materyallerin bilimsel etiğe uygun olarak kaynak gösterildiğini ve alıntı yapılan çalışmalara atfedildiğini beyan ederim.

İmza

Öğrenci Adı Soyadı :



Münir Serdar GÜNTÜRK

## TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın hazırlanmasında değerli katkılarıyla ufkumu aydınlatan, desteğine ihtiyaç duyduğumda yardımını esirgemeyen danıőmanım ve hocam sayın Doç. Dr. Yasin SEZER'e ve tım hocalarıma teşekkür ederim.

Dünyaya gözümü açtığım günden beri hep yanımda olan, beni merhametle büyüten, okutan, yüce dağlar gibi hep arkamda duran annem Kalbiye ve babam Yakup GÜNTÜRK'e teşekkür ederim ve őükranlarımı sunarım.

Benimle gülen, benimle ağlayan, vefa dağlarının çiçeği biricik eőim Derya GÜNTÜRK'e ve gözümüzün nuru, gülücüğümüz, oğlum Berke GÜNTÜRK'e yardımları ve fedakarlıkları sebebiyle teşekkür ederim.

Dünya hayatının zorluklarını benimle paylaőan kıymetli arkadaőım ve üstadım Av. Mehmet KARABABA ile bürodaki meslektaőlarım ve asistanlarıma destekleri için teşekkür ederim.

## ÖZET

### TÜRK YÜKSEK MAHKEMELERİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

GÜNTÜRK, Mümin Serdar

Yüksek Lisans Tezi , Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi ABD

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. SEZER, Yasin

Haziran 2010, 232 Sayfa

Bu çalışmanın amacı, “Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” konusunda mevzu hukuk düzenlemeleri ile bir dereceye kadar pozitif hukuk içinde kabul edilen yargı kararlarını sentezleyerek bu hakkın, hukuk dünyasındaki yerini ve önemini ortaya koymaktır. Mevzu Hukuk alanında “Türk Hukuk Mevzuatı” ve Türkiye’nin uluslararası hukuk mevzuatı” esas alınmıştır. Uluslararası hukuk mevzuatı bakımından çalışmanın omurgasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi oluşturmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları uygulama bakımından çalışmanın sınırlarını oluşturmaktadır. Tezde öncelikle özel hayatın kavramsal ve teorik altyapısı oluşturulmuştur. Bu bağlamda özel hayat kavramı ve dar anlamda mahremiyet, kişilik kavramı temel alınarak açıklanmıştır. Özel hayat kavramı dinamik ve durmaksızın değişmektedir. Bu özelliği sebebiyle kavramın tüketici bir tanımı doğal olarak yapılamamıştır ancak, özel hayata yüklenen değişik anlamlara yer verilmiştir. Alanlar teorisi esas alınarak, kişinin hayat alanları olarak kamusal alan, özel alan, giz alanı tanımlanmaya ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı kamu hukuku bakımından temel insan haklarından birisi olarak, özel hukuk bakımından ise, önemli bir kişilik hakkı olarak ya da, kişilik hakkının farklı bir görünümü olarak değerlendirilmiştir. Türk Hukuku’nda ve uluslararası hukukta, bu hakla ilgili meseleler, hem devlet-birey hem de birey-birey ilişkisinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, farklı koruma rejimlerine tabidir. Bu durum, hakkın korunmasını karmaşık hale getirirse de çalışmanın sistematığı konuyu anlaşılabilir kılmıştır. Önemli ulusal ve uluslararası metinler madde ve gerekçeleriyle birlikte ele alınmış, ayrıca mahkeme kararları mümkün olduğunca detaylı olarak verilmeye çalışılmıştır. Bu şekliyle çalışma, olması gereken-ideal hukuk bakımından hedeflere de dikkati çekmektedir. Çalışmanın sonucunda “özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı”nın hukuk alanındaki yeri ve önemi ortaya konmuştur. Sıradan kişiliklerin ve kamusal figürlerin özel hayatının sınırları, basın, cinsel hayat, cinsel tercih, kişisel veriler ve benzeri konular güncel şekilde ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Özel hayat, mahremiyet, insan hakları, kişilik hakkı, kamusal figür, basın.

## ABSTRACT

### PROTECTION OF PRIVATE LIFE IN VIEW OF THE DECREES OF THE TURKISH SUPREME COURTS AND THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT

GÜNTÜRK, Mümin Serdar

Master Thesis, Department of Political Science and Public Administration

Thesis Advisor: Sezer Yasin, Assc.Prof.

June 2010, 232 pages

The objective of this study is to put forward the place and significance of the “right of secrecy and protection of private life “ in the legal world by synthesizing enacted regulations of law and the adjudications that can be considered within the positive law to a certain extent. “Turkish Legislation” and International Legislation of Turkey have been taken as the basis in the field of enacted law. The core of this study is the European Convention on Human Rights. Turkish Constitutional Court, Chancery and the Council of State constitute the limits of the study in terms of implementation. First of all, conceptual and theoretical infrastructure of the private life has been formed. In this regard, the concept of private life and in the strict sense; secrecy has been explained by taking the personality as the basis. The concept of private life is dynamic and changing incessantly. Due to such feature, a depletory definition of the concept has not been made; however, various meanings attributed to private life has been given a place. The field theory is predicated and by this way public realm, private space, space of secrecy is defined as well as the limits of such. The right of protection of private life is one of the fundamental human rights in terms of public law and an important individual right or different appearance of individual right in terms of private law. Certain professions related to this right can be seen in both state-individual and individual-individual relations in Turkish Law and international law. Therefore, the right of protection of private life is subject to different protection regimes. Although this situation makes the protection of right complicated, the systematic of the study makes the study explicit. Important national and international texts are dealt with articles and reasons and furthermore court decrees are given in details as possible. The study in this way draws attraction to should be-ideal targets. In the conclusion of the study the place and importance of “right of protection of private life “have been put forward in legal aspect. The borders of ordinary personalities and public figures, press, sexual life, sexual preferences, personal data and similar subjects are dealt with contemporarily.

**Key words:** private life, secrecy, human rights, personality right, public figure, press

## İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
SİMGE VE KISALTMALAR DİZİNİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KİŞİ VE KİŞİLİK KAVRAMLARI BAĞLAMINDA KİŞİLİK HAKKI

1.1. KİŞİ KAVRAMI.....	4
1.2. KİŞİLİK KAVRAMI.....	7
1.3. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI.....	12
1.3.1. Kişilik Hakkının Hukuki Niteliği.....	15
1.3.2. Kişilik Hakkının Konusu.....	18
1.3.3. Önemli Kişilik Hakları.....	21
1.3.3.1. Yaşam hakkı.....	21
1.3.3.2. Vücut bütünlüğü ile sağlık hakkı.....	22
1.3.3.3. Özgürlükler.....	24
1.3.3.4. Onur ve saygınlık.....	25
1.3.3.5. Resim üzerindeki hak.....	27
1.3.3.6. Kişinin haberleşme hakkı.....	31
1.3.3.7. Ad üzerindeki hak.....	33
1.3.3.8. Özel hayatın gizliliği.....	33

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

2.1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI.....	34
2.2. KİŞİNİN HAYAT (YAŞAM) ALANLARI.....	37
2.2.1. Ortak Hayat (Kamusal Hayat) Alanı.....	38
2.2.2. Özel Hayat (Yaşam) Alanı.....	40
2.2.3. Gizli Hayat Alanı.....	41
2.3. HAYAT ALANLARINA FARKLI YAKLAŞIMLAR.....	44



2.3.1. Kişinin Şahsına Münhasır Olan Özel Hayatı .....	45
2.3.2. Kişinin Şahsına Münhasır Olmayan Özel Hayatı .....	45
2.3.3. Mesleki Hayat ve Kamuya Mal Olmuş Meslek Ayrımı.....	46
2.3.4. Aile Hayatı.....	48
2.3.5. Basın Açıklamaları Yönünden Ortak Hayat Alanı .....	48
2.4. ÖZEL HAYAT HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	50

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

3.1. 1961 ANAYASASI DÜZENLEMESİ .....	55
3.2. 1982 ANAYASASI DÜZENLEMESİ.....	58
3.3. TÜRK CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ.....	65
3.3.1 Haberleşmenin Gizliliğini İhlal.....	65
3.3.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması.....	68
3.3.3 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal.....	69
3.3.4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi.....	71
3.3.5. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme.....	72
3.3.6. Nitelikli Haller.....	73
3.3.7. Verileri Yok Etmeme.....	73
3.3.8. Şikayet.....	73
3.3.9. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması.....	74
3.4. CEZA MUHALEMESİ KANUNU DÜZENLEMESİ.....	74
3.4.1. Telekomünikasyon Kavramı.....	76
3.4.2. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı.....	77
3.4.3 İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması.....	80
3.4.4. Müdafin Bürosu ve Yerleşim Yeri.....	84
3.4.5. Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi.....	84
3.4.6. Tesadüfen Elde Edilen Deliller.....	86
3.4.7. Teknik Araçlarla İzleme.....	87
3.4.8. Kimlik Tespiti ve Biyometrik Yöntemler.....	89
3.4.9. Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması .....	91
3.4.10. Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Örnek Alınması.....	93
3.4.11. Moleküler Genetik İncelemeler.....	95
3.4.12. Fizik Kimliğin Tespiti.....	96
3.5. DİĞER POZİTİF DÜZENLEMELER.....	97
3.6. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER.....	99
3.6.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesi.....	101

3.6.2. Sekizinci Maddenin Kapsamı .....	103
3.6.3. Devletin 8. Maddeye Müdahalesini AİHM'nin Değerlendirme Şekli .....	107
3.6.4. Özel Hayat Hakkı Konusunda Devletin Pozitif Yükümlülüğü .....	108
3.6.5. Devletin Hakkı Sınırlamada Takdir Alanı .....	113
3.6.6. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkına Müdahalenin Sınırları .....	115

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKINA YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KAZUİSTİK BİR YAKLAŞIM

4.1. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ .....	117
4.1.1. Craxi-İtalya Davası .....	120
4.1.2. Klass ve Diğerleri-Almanya Davası .....	125
4.1.3. Lambert-Fransa Davası .....	127
4.1.4. Malone-Birleşik Krallık Davası .....	128
4.1.5. Telekulak Davası .....	132
4.1.6. Telekulak Davası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı .....	133
4.1.7. Dinleme Sırasında Üçüncü Kişilerin Suça Karıştıklarının Tespiti .....	136
4.1.8. Türkiye'nin Tamamı İçin İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Kararı .....	143
4.1.9. İletişimin Tespiti .....	146
4.2. KİŞİ HAKKINDA VERİ TOPLAMA .....	148
4.2.1. Leander-İsveç Davası .....	150
4.2.2. Gaskin-Birleşik Krallık Davası .....	152
4.2.3. GBT Kayıtlarının Silinmemesi .....	156
4.2.4. Hayat Kadınlarına İlişkin Arşiv Kayıtları .....	158
4.3. GÜVENLİK AMAÇLI KAMERA SİSTEMLERİ .....	159
4.3.1. Yıldırım ve Diğerleri-Türkiye Davası .....	159
4.3.2. Peck-Birleşik Krallık Davası .....	160
4.4. TIBBİ TEDAVİ VE KİŞİSEL TIBBİ VERİLER .....	164
4.4.1. Z.-Finlandiya Davası .....	165
4.4.2. M.S.-İsveç Davası .....	166
4.4.3. Uslu-Türkiye Davası .....	167
4.5. FİZİK KİMLİK TESPİTİ VE GENETİK BİYOMETRİK YÖNTEMLER .....	168
4.5.1. Y.F.-Türkiye Davası .....	172
4.6. KİŞİNİN CİNSEL HAYATI .....	173
4.6.1. Dudgeon-Birleşik Krallık Davası .....	174
4.6.2. Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası .....	176
4.6.3. Öğrencinin Cinsel Hayatının Gizliliği .....	177

4.6.4. Eşcinsellik ve İşçi-İşveren İlişkisi.....	179
4.6.5. Cinsel Tercihe Yönelik Eleştiri Sınırı.....	180
4.6.6. Kamuya Mal Olmuş Kişi ve Cinsel Hayatı.....	182
4.6.7. Sado-Mazoşist Faaliyetler.....	183
4.7. TRANSSEKSÜELLİK.....	187
4.7.1 Rees-Birleşik Krallık Davası.....	190
4.7.2. B.-Fransa Davası.....	192
4.7.3. Cinsiyet Değişikliği İzni.....	191
4.7.4. Cinsiyet Değişikliğinde Eski Hal ve İsmi Tashihi.....	193
4.8. CİNSEL SUÇ VE ÖZEL HAYAT HAKKININ İHLALİ.....	194
4.9. BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATIN İHLALİ.....	197
4.9.1. Von Hannover- Almanya Davası.....	202
4.9.2. Eleştiri Sınırı.....	211
4.9.3. Görünür Gerçek ve Danıştay Saldırısı.....	214
4.9.4. Siyasi Kişiliğin Hayat Tarzını Seçmenin Öğrenme Hakkı.....	216
4.9.5. Yargı Kararlarında Kamusal Figür ve Özel Hayat Sınırı.....	219
<b>SONUÇ.....</b>	<b>221</b>
<b>KAYNAKLAR.....</b>	<b>226</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>232</b>

## SİMGE VE KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BK	: Borçlar Kanunu
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D	: Daire
DNA	: Deoksi rübo nükleik asit
E	: Esas
Ed	: Editör
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GBT	: Genel Bilgi Tarama
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HTS	: Hücre takip Sistemi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K	: Karar
KİHBİ	: Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı Bilgi Sistemi
md	: madde
No	: Numara
p	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
RGT	: Resmi Gazete Tarihi
s	: Sayfa
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK	: Türk Ceza Kanunu
TK	: Türk Ticaret Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRT	: Türkiye Radyo ve Televizyonu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb	: ve benzeri
vd	: ve diğerleri
vs	: ve sair
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu



## GİRİŞ

Bugünkü modern hukukta “İnsan”, doğuştan, vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulmaz temel haklara sahiptir. Onurlu bir varlık olarak insan, hukukun en önemli sujesidir. Haklar da hukukun korumaya yöneldiği bu biricik suje içindir. İnsan, daha geniş anlamıyla gerçek kişi ve tüzel kişilerin olmadığı bir alanda “hak” ve “adalet” boşluğa fırlatılmış iki ok gibi hedefsiz kavramlardır. Her insan bir kişidir ve yaratılışının sonucu olarak sahip olduğu bütün bu haklara “kişilik hakları” denmektedir. “Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” insanın, sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu bir haktır ve bu sebeple, Kamu Hukuku bakımından insan hakları (temel haklar) ve Özel Hukuk açısından kişilik hakları kapsamında kabul edilir.

İnsan hakkı ve kişilik hakkının bir görünümü olarak özel hayatın gizliliği ve korunmasının paha biçilmez bir değeri vardır. Bir kavram ve bir hak olarak özel hayatın gizliliği ve korunmasının önemini anlamak ve anlatmak için uzak geçmişin ya da bin yılların tozlu sayfalarını aralamaya gerek yoktur. İnsan ömrü, bu kavramın ve bu hakkın değerini takdir etmek için yeterli bir süreçtir.

Zaman boyutunda bu takdir kesiti bazen o kadar daralır ki, bir gün, bir gece ya da dakikalar “özel hayatın gizliliği ve korunması”nın değerini anlamaya kifayet edebilir. Çünkü özel hayatın gizli kalması, aynı zamanda kişinin onur ve saygınlığının korunmasının teminatını teşkil eder. Özel hayata dair bir kaç dakikalık gizli kamera kaydı, kamusal bir figürün telafi edilemez çöküşüne neden olabilir.

Hak ihlalleri her zaman olmasa da çoğunlukla telafi edilmez neticeler meydana getirir. İmparator Hadrianus, incelikli bir insan olarak tarif edildiği halde, bir gün yazı takımının iğnesini katip kölelerinden birinin gözüne batırır ve kölesinin bir gözünü kör eder. Daha sonra bu köleyi çağırır ve başına gelen şeye karşılık nasıl bir armağan istediğini sorar. Ancak, İmparator’un kurbanı bir cevap vermez. Bunun üzerine İmparator, sorusunu yineler ve kölenin her isteğinin yerine getirileceğini kesin bir dille vaat eder. Kölenin cevabı ise şu olur: “*Yalnızca gözümü istiyorum.*” Bu bağlamda, temel hakların ve kişilik haklarının en önemlilerinden biri olarak sayabileceğimiz

“beden bütünlüğü” bakımından “göz”ün değeri ne ise; “manevi bütünlük” bakımından “özel hayat”ın değeri de odur.

Zaman döngüsünde bu denli önemli bir değer haline gelen özel hayatı korumak için duvarlarla çevirmek; yaşadığımız yüzyılda artık yetersiz kalmaktadır. Bu noktada bir paradoks ortaya çıkmaktadır: Özkütlesi daha fazla ancak hacmi daha az bir özel hayat. Karadelik paradoksu: Artan değer, içerik ve koruma çabalarına karşın, artan merak, mekansal daralma ve saldırı. Gerçekten de teknolojinin hızlı yükselişi, hemen her şeye -özel hayat dahil- kuş bakışı bakma imkanı vermektedir. Değerler, aşağıda bir yerde bırakılmakta ve kolay gözlenir hale getirilmektedir. Gemsiz merakı ve para kazanma hırsı insanoğlunu, kişilerin giz alanlarını öğrenmeye, resmetmeye, kaydetmeye itmektedir. Gerekli tedbirler alınmadığı takdirde kişilik değerleri, bir şirketin elektronik belleğinde birer data, bir dergide resim veya bir internet sitesinde video olarak muazzam bir bilgi bankası içinde kolayca ve defalarca ulaşılabilir istatistiki bir veri haline gelebilir. Gizlilik hakkı, bu hakkı ileri süren bakımından başkalarının özel hayata dokunmaması gereğini deklare eder. Ancak bu deklarasyon, kişiyi beklenen korumaya her zaman ulaştıramaz. Bu sebeptir ki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına saygı, yetkili otoritelerce hukuk düzeni içinde, hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında demokratik toplumun ihtiyaçları göz önünde tutularak sağlanmalıdır.

Özel hayat kavramı dinamiktir ve durmaksızın değişmektedir. Statik özellikler arz etmemektedir. Bu sebeple çalışmamızda kavramın tam bir tanımı yapılamamıştır. Kaldı ki, kavram ve hakkın kapsamının tüketici bir şekilde belirlenmesi, sakıncalarını da beraberinde getirmektedir. Öyle ki, her an yeni bir değer bu hakkın kapsamına dahil olabilir. Türk Kanun Koyucusu, uluslararası metinlere paralel bir tutumla içerik belirlemekten kaçınmıştır. Yine Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının anlaşılabilmesi ve hukuk alanındaki konumunun belirlenebilmesi, kişilik hakkının tanımının, kapsamının ve hukuksal niteliğinin ortaya konmasına bağlıdır. Bu sebeple çalışmanın birinci bölümünde kişi, kişilik, kişilik hakkı kavramları ve kişilik hakkının hukuki niteliği ele alınmıştır. Bu bağlamda önemli kişilik hakları da belirtilmiştir.



Çalışmanın ikinci bölümünde, özel hayat kavramına detaylı olarak yer verilmiştir. Alanlar teorisi esas alınarak, kişinin hayat alanları olarak kamusal alan, özel alan ve nihayet giz alanı tanımlanmaya ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte hayat alanlarına farklı yaklaşımlara kısaca değinilmiştir. Bu bölümde son olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının hukuki niteliği açıklanmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, ulusal ve uluslararası pozitif hukuk içinde mevzu hukuk düzenlemeleri değerlendirilmiştir. Öncelikle, Cumhuriyet sonrası Türk Anayasaları'nda özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik maddeler ele alınmıştır. Bu kapsamda 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları incelenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile zaman içinde bu kanunları değiştiren kanunlar da ele alınarak madde gerekçeleriyle birlikte irdelenmiştir. Türk Hukuku'nda konu ile ilgili diğer mevzu düzenlemeler bir başlık altında toplanmıştır. Çalışmanın bu bölümünde ilgili kurumlar ve görevleri hakkında bilgi ve tanımlara yer verilmiştir. Uluslararası metinlerde özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik maddeler taranarak çalışmaya dahil edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konuya ilişkin maddeleri ve özellikle 8. maddesi, bu maddenin kapsamı, yetkili otoritenin bu madde kapsamında özel hayata müdahalesinin sınırları, devletin takdir hakkı ve pozitif yükümlülükleri çalışmanın bu bölümünde ortaya konmuştur.

Çalışmanın dördüncü bölümü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yüksek Mahkemeleri'nin özel hayatın gizliliğine, korunmasına ve bu hakkın anlaşılmasına yönelik kararlarının incelenmesi ile tamamlanmıştır. Çalışmanın bu bölümünde özel hayat değerleri ve bu değerlere yönelen müdahaleler konunun kendi dinamiğine ve ruhuna uygun olarak kazuistik bir yöntemle ele alınmıştır. İletişimin denetlenmesi; veri toplama; güvenlik amaçlı kamera sistemleri; fizik kimlik tespiti ve genetik biyometrik yöntemler; transseksüellik; cinsel suç oluşmayan hallerde özel hayatın ihlali; basın yoluyla özel hayatın ihlali başlıkları altında yargı kararları detaylı olarak incelenmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KİŞİ VE KİŞİLİK KAVRAMLARI BAĞLAMINDA KİŞİLİK HAKKI

“*Kişilik hakkı*” kavramı anlaşılmağısızın, “*özel hayatın gizliliğı ve korunması hakkı*”nın anlaşılması ve hukuk alanındaki konumunun belirlenmesinde öne çıkan zorluklar karşısında; bu bölümde meselenin temelini teşkil eden kişilik hakkı anlatılacaktır. “*Kişilik hakkı*”nın daha iyi anlaşılabilmesi bakımından öncelikle, “*kişi*” ve “*kişilik*” kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

#### 1.1. KİŞİ KAVRAMI

İnsanlar fiziki varlıklar ve doğal kişilerdir. Hukukun doğal kişi saydığı varlıkların başında insanlar gelmesine rağmen, tarihin ilkel dönemlerinde insanların hukuk süjesi (kişi) olarak kabul edilmediklerini görüyoruz. Nitekim Roma Hukuku’nda köleler, kişi sayılmazlar, hak edinemezler, borç yüklenemezler, sadece bir eşya (mal) gibi borçların konusunu oluşturabilirlerdi.<sup>1</sup>

18. yüzyıldan önce, Roma Hukuku döneminde olmuş olsaydı, insan hakları konusuna kişilik haklarıyla başlamaya gerek yoktu. Çünkü kişilik hakları vardı, kişilik hakları söz konusuydu ancak, kişilik hakları bir insan hakkı olarak nitelendirilmiyordu. İnsan hakkı, insan hakları kavramı, akıl çağıyla, 18'nci yüzyılla birlikte ortaya çıkmıştır.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Deryal, Yahya (2006). *Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş)*, Derya Kitabevi, Trabzon, s.205.

<sup>2</sup> Hafizoğulları, Zeki (1997). “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 46. S: 1-4, Ankara, s. 42.

Ancak bugünkü modern hukukta, doğuştan, vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulmaz temel haklara eşit olarak sahip şerefli bir varlık olarak insan, hukukun en önemli sujesidir.<sup>3</sup> “Kişi” hukukun en önemli kavramlarından biridir ve adeta hukukun temel taşıdır; zira hukuk, zaten kişiler içindir. O halde Hukuk, kişilerle kaimdir. Öte yandan haklar da kişiler içindir.<sup>4</sup>

“Kişi” kavramı, tabii bir kavram değil, hukuki bir kavramdır; yani hangi varlıkların hakları ve borçları bulunabileceği, dolayısıyla bir “kişi” sayılacağı, hukuk düzeninin tayin ve tespit edeceği bir husustur. Nitekim modern hukuk düzenleri kişi olarak sadece “insanları” kabul etmiş değildir.<sup>5</sup> Gerçi Hukuk Düzeni bakımından da her insan bir “kişi”dir; fakat hukuk, insanlardan başka, dernek ve şirketler gibi bazı kuruluşlara, veya “vakıf” dediğimiz mal topluluklarına da kişi gözüyle bakar. O halde “kişi” deyimini hukukta, hem insanları hem de sözünü ettiğimiz kuruluşları içine alan geniş bir içeriğe (muhtevaya) sahiptir.<sup>6</sup> Türk Medeni Kanunu (TMK) kişi kelimesi ile hem tek ve fizik varlık olan insanı, hem de topluluk mahiyeti gösteren tüzel kişileri ifade etmektedir. Bu sebeple Medeni Kanun insanlar için “gerçek kişi” tabirini kullanarak, bunları “tüzel kişi”lerden ayırt etmiştir.<sup>7</sup>

Kişi, *haklardan faydalanan, hak sahibi olabilen* varlık demektir.<sup>8</sup> Bu, her şeyden önce insan varlığıdır. Bugünkü hukukumuzda göre herkes haklardan faydalanabildiği için her insan bir “kişi”dir.<sup>9</sup> Hakların sahipleri kişilerdir. Ve yalnız kişiler hak sahibi olabilirler.<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> Deryal, s. 205.

<sup>4</sup> Akıntürk, Turgut (1996). *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku Aile Hukuku Miras Hukuku Eşya Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, s.79.

<sup>5</sup> Akıntürk, s.79.

<sup>6</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi (1992) *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.201.

<sup>7</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet (1963). *Türk Medeni Hukuku, Şahsın hukuku*, Cilt I, 6. Bası, s.3.

<sup>8</sup> Öztan, Bilge (1992). *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 4.

<sup>9</sup> Velidedeoğlu, s. 1.

<sup>10</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 201.

Hak sahibi olabilmek, *borç altına girmeyi* de zorunlu kılar.<sup>11</sup> Kişi olma yönünden, tüzel kişilerle gerçek kişiler kural olarak birbirlerine eşittir.<sup>12</sup> Her ikisi de bu yönden haklar ve borçlar edinmeye ehil varlıklardır. Ancak bu eşitliğe Medeni Kanun'da ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği yalnızca insanlara özgü olanlar dışında tüm hakları kazanıp borç altına girebilir.<sup>13</sup>

Sonuç olarak, kişi kavramı haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını yani "*hak ehliyetini*" haiz bulunan varlıkları ifade etmektedir. Hukuk düzeni hangi varlıklara bu ehliyeti tanımışsa onları birer "kişi" kabul edeceğiz.<sup>14</sup>

Kişi kavramı, Medeni Kanun tarafından kesin bir biçimde tanımlanmamıştır. Medeni Kanun'un 8. Maddesi hak ehliyetini düzenlemekte, dolayısıyla da kişiyi belirlemektedir. İşte bu düzenlemeden, kişinin hak ve borçlara sahip olabilen varlık olduğunu dolayısıyla çıkarabiliriz.<sup>15</sup> Sekizinci madde aşağıdaki gibidir.

*"Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler."*<sup>16</sup>

Bugün her insan bu haklardan yararlandığı için, hukuki açıdan her insan bir kişi olarak kabul edilir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaçlarını belirleyen

<sup>11</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 201.

<sup>12</sup> Gerçek Kişiler, sadece insanlardan ibarettir. Hukuk düzenleri, insanlardan ibaret bulunan "gerçek kişiler" in yanında, belli bir gayeyi gerçekleştirmeye yönelmiş olan şahıs ve mal topluluklarına da haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını tanımışlardır ki, bunlara "hükmi şahıslar" ya da "tüzel kişiler" diyoruz. Akıntürk, s. 141.

<sup>13</sup> Zevkliler, s. 210.

<sup>14</sup> Akıntürk, s.79-80.

<sup>15</sup> Zevkliler, s. 207.

<sup>16</sup> Madde gerekçesinde: Maddenin "A. Şahsiyet" şeklindeki konu başlığı bu maddelerde genellikle ehliyet konusu düzenlenmiş olduğundan "A. Genel olarak" şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin "I. Medenî haklardan istifade" şeklindeki kenar başlığı ise "I. Hak Ehliyeti" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik 1984 tarihli Ön tasarıdan aynen alınmıştır. Gerek öğretide gerek yargı kararlarında bu maddenin "hak ehliyeti", bundan sonraki maddenin ise "fiil ehliyeti" ile ilgili olduğu kabul edildiğinden "medenî haklardan istifade" yerine "hak ehliyeti", "medenî hakların kullanılması" yerine ise "fiil ehliyeti" deyimleri kullanılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında "Her şahıs..." sözcükleri yerine "Her insan..." sözcükleri kullanılmıştır. Gerek 1971 gerek 1984 tarihli öntasarınlarda da isabetle kullanılan bu sözcükler, maddede düzenlenen bu ehliyetin insanlarla ilgili olduğunu ve temel bir insan hakkı olmasını vurgulaması açısından amaca daha uygun düşmektedir. Maddenin ikinci fıkrası da 1971 ve 1984 tarihli ön tasarılarla uygun olarak yeniden kaleme alınmıştır. Birinci fıkrada olduğu gibi ikinci fıkrada da hak ehliyetinde eşitlik ilkesinin belirlenmesinde "Herkes" sözcüğü yerine "Bütün insanlar" sözcükleri kullanılmıştır. Özkaya, Eraslan (2002). *Gereğeli Karşılaştırmalı Türk Medeni Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.75.

birinci maddenin üçüncü bendinde “ırk, cins, dil veya din farkı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine saygı gösterilmesi” hükmüne bağlanmıştır.<sup>17</sup> “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)’nin 1, 2, 6. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 4. maddesinin 1. bendinde tüm insanlar kişi olarak kabul edilmiştir.<sup>18</sup>

## 1.2. KİŞİLİK KAVRAMI

Kişilik kavramı iki farklı anlamda kullanılmaktadır: “*Dar anlamda kişilik*”, haklara ve borçlara sahip olmayı ifade eder. Bu anlamda kişilik, kişi kavramıyla aynı anlama gelir, bir başka ifadeyle hak ehliyetini karşılar. “*Geniş anlamda kişilik*” ise; sadece hak ehliyetini değil, *fiil ehliyeti* (medeni hakları kullanma ehliyeti) ile birlikte kişinin “*kişisel hallerini* (kişinin yaşı, cinsiyeti, nesep durumu, evli, bekar, dul olması gibi)” ve *kişilik haklarını* da içine alır. Bu anlamda kişilik kavramı, kişi kavramından oldukça geniş bir kapsama sahiptir ve kişinin ehliyetleri, kişisel halleri ve kişilik haklarından oluşmaktadır.<sup>19</sup>

Sadece kişilerin hak sahibi olabilmeleri, her kişinin istisnasız olarak bütün hakları iktisap edebileceği anlamına gelmez. Gerçi kişilerin hukuk önünde eşitliği temel prensiptir; fakat bu eşitliğin zorunlu bazı istisnaları vardır. Öyle ki, kanunda belirtilen bazı hakların bazı kimseler tarafından kazanılması mümkün olmaz.<sup>20</sup>

4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun kabul edilmeden önce; Türk Medeni Kanunu’nun 8. ve 23. maddelerinde iki değişik kavram, *kişi* ve *kişilik*, aynı terimde ifade edilmiştir. Oysa kişilik, kişi kavramını da içine alan fakat ondan daha geniş bir kavramdır.<sup>21</sup> Medeni Kanun’un 8. maddesinde “*dar anlamda kişilik*” kavramı ele

<sup>17</sup> Aktan, Coşkun Can (ed). *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi* (2000). Derleyen, Çeviren: Coşkun Can Aktan, İstiklal Yaşar Vural, Tülay Aktan, Hak-İş Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayını, Ankara, s. 139.

<sup>18</sup> “Hiç kimse, köle ve kul halinde tutulamaz”, Aktan, s. 169

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk Bilgisi*, s. 122.

<sup>20</sup> Hukuk önündeki eşitlik, fiili şartların ve ilişkilerin imkan verdiği ya da olayların tabiatına aykırı düşmediği oranda söz konusu olur. (Eşitsizlik yaratan etkenler: yaş, temyiz kudreti vb) Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 202.

<sup>21</sup> Helvacı, Serap, (2001). *Türk İsviçre Hukuklarında, Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, s.15.

alınmıştır.<sup>22</sup> Oysa, Medeni Kanun'un 23. maddesinde yer alan *kişi* kavramından, Medeni Kanun'un 8. maddesindeki *kişi* kavramından farklı, şahsın hukuken korunan bütün özelliklerini kapsayan bir "kişilik" kavramı anlaşılır.<sup>23</sup> "Hak sahibi olabilme ehliyeti" yerine kısaca "*hak ehliyeti*"<sup>24</sup> diyebiliriz. Öyleyse – dar anlamda – kişilik, hak ehliyetine sahip olmaktan başka bir şey değildir.<sup>25</sup>

Yeni Medeni Kanun md. 8'de *kişi* kavramı yerine "*insan*" kelimesi kullanılması ve madde kenar başlığındaki "şahsiyet" kavramı yerine "genel olarak" kanun başlığının konulması; madde 23 matlabının "*kişiliğin korunması*" olarak kalması suretiyle *kişi* ve kişilik kavramının aynı terimle ifade edilmesinden vazgeçilmiş ve bu karışıklığın önüne geçilmiş ve bu düzenleme yukarıda yapılan yorumu doğrulamıştır.<sup>26</sup> TMK 23. maddenin konu başlığında arı bir Türkçe olarak "Kişiliğin korunması" deyimini kullanılmıştır. Yürürlükteki metin esas alınmakla beraber doktrindeki açıklamalar dikkate alınarak ve kaynak İsviçre Medenî Kanununun 27. maddesinin Almanca metnine uygun olarak, kişilerin vazgeçemeyecekleri hususların "hak ve fiil ehliyetleri"<sup>27</sup> olduğu" açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>28</sup> Nitekim Medeni Kanunun 23 ve 24 üncü ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddelerinde "şahsiyet" sözcüğü geniş anlamda kullanılmıştır.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> Öztan, s.9.

<sup>23</sup> Öztan, s.10.

<sup>24</sup> Hak Ehliyeti: (Medeni haklardan yararlanma ehliyeti) hak ve borç sahibi olabilme, yani hakların ve borçların süjesi, hamili olabilme iktidarındır. Akıntürk, s. 90.

<sup>25</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 202.

<sup>26</sup> Tüfek, Ömer Faruk (2007). *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 9.

<sup>27</sup> Fiil Ehliyeti: Medeni hakları kullanma ehliyeti; bir kişinin bizzat kendi fiil ve muameleleriyle kendi lehine haklar, aleyhine borçlar yaratabilme iktidarındır. Akıntürk, s. 92.

<sup>28</sup> Özkaya, s. 85.

<sup>29</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 248.

Örneğin “*Şahsi menfaatlerin haleldar olması*<sup>30</sup>” başlığı altında düzenlenen 49. madde aşağıdaki gibidir.

*“(1) Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.”*

*“(2) Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.”*

*“(3) Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”*

Aytekin Ataay ise, kişi ve kişilik kavramlarının ayrı şeyler olmadığını ileri sürmekte ve her iki kavramı da kişi terimi ile ifade etmektedir.<sup>31</sup> Aynı doğrultuda Özsunay, “Bizim hukukumuz, kişi kavramını geniş anlamıyla benimsemiştir. İsviçre/Türk Hukukları’nda, kişi denilince sadece hak ehliyetine (TMK md.8) sahip olan kimse değil, fakat Medeni Kanun’un md. 23 ve md 24’te belirtilen ve hukuki koruma bağlanan değerlerden (onur, saygınlık, özgürlük vb.) oluşan bir varlık anlaşılır.” demektedir.<sup>32</sup>

Fakat öğretilerde benimsenen ağırlıklı görüş, kişi ve kişilik kavramlarının aynı anlama gelmediğidir. Kişilik kavramı, kişi kavramından çok daha geniş kapsamlıdır. *Zevkliler*, kişilik terimi önüne “geniş anlamda” ve “dar anlamda” deyimlerinin getirilmesine karşı çıkmaktadır. Bu nedenle hak ve borçlara ehil varlıkları belirtmek üzere “kişi”; buna karşılık kişinin ehliyetleri, kişilik alanına giren değerleri ve kişisel

---

<sup>30</sup> Haleldar olmak, bozulmak, sarsılmak anlamlarına gelmektedir. Türk Dil Kurumu (1988). *Türkçe Sözlük 1A-J*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara.

<sup>31</sup> Çelebi, Funda (1997 Kasım). “Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, s. 15.

<sup>32</sup> Özsunay, Ergun (1979). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 9.

durumlardan oluşan bütünü belirtmek üzere de “kişilik” kavramının kullanılmasını savunmaktadır.<sup>33</sup>

Hak ehliyetini kazanmak için *insan olmak hem yeterlidir hem de gereklidir*; zira insan olmayan yaratıklar hak sahibi olamazlar. Gerçi hayvanların korunmasına ilişkin bazı hukuk kuralları vardır; fakat bu kurallar hayvanları hak sahibi haline getirmiş değildir.<sup>34</sup> Kişi bir de bizatihi mevcudiyeti dolayısıyla ve bu mevcudiyetinin neticesi olarak sahip olduğu maddi ve manevi değerlere sahiptir. Bu değerler de kişilik kavramına girer; yani kişi başkalarından ayrı oluşu sebebiyle hukuken korunan maddi ve manevi değerlere sahiptir. Kişinin *bedeni, ruhi, sosyal ferdiyeti* vardır; bir diğer ifade ile, *yaşamı, sıhhati, bedeni ve fikri tamlığı*, fikri ve ekonomik faaliyette bulunabilme serbestisi, *şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, sırları*, kendinden önce yaşamış akrabalarına duyduğu hürmet hissi vs... hep o kimsenin kişiliğine dahildir.<sup>35</sup>

Yukarıda, kişiliğin hak sahibi olabilmek ve borç altına girebilmek ehliyeti anlamına geldiğini görmüştük. Fakat evvelce de işaret ettiğimiz gibi, bu tarif oldukça dardır. Ve kişiliğin yalnızca bir yönünü belirtmektedir. Gerçekten hak ehliyeti, kişinin çok önemli bir hukuki niteliğidir. Ne var ki kişinin yine doğrudan doğruya *hukuki mahiyette olmak üzere başka nitelikleri* vardır. *Hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve özgürlük*, kişinin doğrudan doğruya hukuki mahiyetteki nitelikleridir. Nihayet, kişinin doğrudan doğruya hukuki mahiyetteki bu nitelikleri dışında kalmakla beraber, hukuk düzenince önem verilen başka nitelikleri vardır: Bunlar özellikle, kişinin *manevi, ahlaki ve bedeni nitelikleridir*.<sup>36</sup> Kişilik, kişiye bağlı ve hukukça korunan bedeni, manevi, hukuki nitelikteki varlıkların tümünü ifade eder.<sup>37</sup>

İşte hukuki açıdan “kişilik”, ikinci ve daha geniş bir anlama gelmekte ve hukuk düzeninin korumaya değer bulduğu ölçüde olmak üzere, hem *doğrudan doğruya hukuki*

---

<sup>33</sup> Zevkliler, s. 211.

<sup>34</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 202-203.

<sup>35</sup> Öztan, *Şahsın Hukuku*, s. 10.

<sup>36</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 248.

<sup>37</sup> Öztan, Bilge, (1998). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 183.



ve hem de *manevi ve bedeni* mahiyetteki bütün bu niteliklerin hepsini birden ifade etmektedir.<sup>38</sup>

O halde, *kişilik*; “*kişinin ehliyetleri*”, “*kişilik alanına giren değerleri* (beden tamlığı, yaşamı, sağlığı, onuru, özgürlükleri, adı ve resmi üzerindeki hakkı gibi değerleri)” ve “*kişisel durumları*”ndan (nesep, yaş, kısıtlılık, evli, bekar olma gibi) oluşan bir bütündür diyebiliriz.<sup>39</sup>

“*Kişilik kavramı*”, kanun koyucular tarafından öncelikle sahip olunan hak ve yükümlülüklerin sahibi şeklinde tanımlanırken diğer yandan sahip olunan ve hukuk düzeninin koruması gerekli maddi veya manevi değerler şeklinde anlaşılmaktadır. Burada unutulmaması gereken tüm insanlarda var olduğunu kabul ettiğimiz edep ve ölçülü olma duygu ve ihtiyacı özel hayatın korunmasını gerekli kılmaktadır. Zaten bunların sağlanması, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi açısından da bir zorunluluktur. Kişilerin en doğal hakkı *öz varlığını* korumaktır. Bunun sağlanması da ancak özel hayatın güvence altına alınması ve gizliliğine riayet edilmesiyle mümkündür. “*Özel hayatın gizliliği, kişilik hakları kavramından ayrılması mümkün olmayan daha ikincil bir ayrımdır.*” Bu yüzden insanın insan olması hasebiyle sahip olduğu hakların tümüne “*kişilik hakları*” denmektedir.

*“Doğrudan insan ve ona gösterilmesi gereken saygıyla ilgili olduğu kabul edilen ve çoğu zaman duygusal bir yaklaşımla incelenen kişilik hakkı kavramı ne yazık ki uygulamada kendisine bağlanan umutları geniş ölçüde boşa çıkarmıştır. Korunacak kişilik değerlerinin bedelinin toplumun egemen çevrelerinin seçkin değeri yargılarıyla belirlenmesi, ayrıca kişilik haklarının ağırlığının Yargıtay'a göre, işgal edilen mevki ve şöhret ile doğru orantılı bir biçimde artırılması, bu uygulamanın göze batan başlıca tersliklerindedir. Özellikle kişilik hakkının ihlaline bağlanan manevi tazminat yaptırımı kişilik*

---

<sup>38</sup> Kişiliğe bu kadar geniş bir içerik tanıyan ilk kanun İsviçre Medeni Kanunu olmuştur. Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 248.

<sup>39</sup> Zevkliler, s. 211.

*hakları efsanesinin üzerine kapkara gölgeler düşüren bir hukuksal leke olarak göze batmaktadır”.*<sup>40</sup>

### 1.3. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

“*Kişilik hakkı*”, bir kavram olarak T.M.K’de tanımlanmamıştır. Tanımı ve kapsamı öğretisi ve mahkeme kararlarında yapılmaktadır. Kişilik hakkının ne olduğunu anlayabilmek için önce bu hakkı oluşturan “*kişisel varlıklar*” ya da “*kişisel değerler*” kavramı üzerinde durmak gerekir. Kişilik hakkı anlamında her kişi birçok kişisel değerlere sahiptir. Bu varlıkların neler olduğunu tek tek sıralamak mümkün değildir.<sup>41</sup>

Zaten böyle bir sayım kesinlik ifade etmez; zira kişilik hakları arasına nelerin gireceği, zamanla değişen düşüncelere bağlıdır. Nitekim Medeni Kanunumuzda böyle bir sayıma girişilmemiştir.<sup>42</sup> Yargıtay, bir kararında kişilik değerlerine şu şekilde değinmiştir:<sup>43</sup>

*“Kişilik değerleri, kişinin kişilik haklarını oluşturup, bu hakların, yazılı hukukta bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, teori ve yargısal kararlardaki tanıma göre, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini sağlayan ve koruyan haklar olduğu söylenebilir. Yine bu haklar fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerlerinden oluşurlar. İşte kişi, bu değerlerin oluşumu ve korunmasının var olduğu durumlarda yaşamı bir anlam ve değer kazanabilir. Bu bakımdan kişiye ait olan bu değerlerin korunmasında zorunluluk vardır. Bir kimsenin, her üzüntü duyduğu bir olay ve olgu karşısında, manevi tazminat isteme hakkı doğmamış olabilir. Diğer bir anlatımla, her üzüntü veren olay manevi tazminatı isteme hakkını kazandırmaz. Bunun için, kişilik değerlerinin saldırıya uğramış olması gerekir.”*

<sup>40</sup> Aydın, Vahdettin (1998). “1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, S: 3, s. 185-198.

<sup>41</sup> Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk Bilgisi*, s. 179.

<sup>42</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 250.

<sup>43</sup> Yargıtay 4. HD. (15.02.2001). E. 2000/10596, K. 2001/1501, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Kişinin kişisel değerleri, onun kişiliğinin çeşitli görünülerinden başka bir şey değildir.<sup>44</sup> Bir tek kişilik hakkı vardır. Bu hakkın konusu, kişilik kavramına giren kişisel değerlerin tümüdür. Kişilik hakkı, kişisel değerler üzerindeki tek tek hakların kaynağını, kökenini oluşturur.<sup>45</sup>

Kişisel değerlerinin bütününden meydana gelen kişilik, genel bir kişilik hakkının konusunu oluşturur. Kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşün uğraşısı, onur ve ünü, resmi, özel hayatının gizliliği, saygınlığı gibi değerlerin tümü üzerinde onun kişilik hakkı vardır. Genel bir kişilik hakkının yanında kendi başına olan tekil varlıklar üzerinde kişilik haklarından da söz edilmektedir. Bunlar sahiplerine tek başına, bir kişisel varlık üzerinde bir egemenlik ve başkalarının saldırılarından korunmayı isteme yetkisi sağlar. Bu hakların bir kısmı yasalarda, doğrudan doğruya bir hak oldukları belirtilerek düzenlenmiştir. Örneğin; isim üzerindeki hak (TMK md. 26) düzenlemesi gösterilebilir.<sup>46</sup>

*“Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir.”*

*“Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir.”<sup>47</sup>*

Ayrıca Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda öngörülen kişilik hakkının yanında özel kişilik hakları da değişik yasalarda düzenlenmiştir. Örneğin TMK md. 26, md. 27, “ad” üzerindeki hakkı özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Öte yandan BK md. 45, md. 47; FSEK md. 14, 70, 85,87 de (Türk Ticaret Kanunu, TK md. 56 vd.) özel olarak düzenlenen kişilik haklarına örnek olarak gösterilebilir. Ancak, “genel kişilik hakkı”nın yanında “özel olarak düzenlenen kişilik hakları”nın varlığı birden çok kişilik hakkının bulunduğu sonucunu doğurmaz. Gerçekte bir tek genel kişilik hakkı vardır ki, özel olarak düzenlenen kişilik hakları, bu genel kişilik hakkının çeşitli görünülerinden

---

<sup>44</sup> Özsunay, s. 148.

<sup>45</sup> Zevkliler, s. 444.

<sup>46</sup> Karahasan, M. Reşit (1996). *Tazminat Hukuku Maddi Tazminat Manevi Tazminat*, İstanbul, s. 875

<sup>47</sup> Özkaya, s. 88.

ibarettir. Bir tanım vermek gerekirse *kişilik hakkı, kişisel varlıkların tümünü içeren ve kişinin varolmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek konusundaki hakkıdır.*<sup>48</sup>

Tekinay'a göre *kişilik hakkı, kişinin -korunmasını isteyebileceği- hukuki, manevi, ahlaki ve bedeni niteliklerine ilişkin menfaatleridir.*<sup>49</sup> Akıntürk'e göre ise kişilik hakları, kişilerin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğü ve varlıkları üzerinde sahip buldukları mutlak haklardır.<sup>50</sup>

Medeni Kanunumuz, bir tek kişilik hakkının varlığını kabul ettiği gibi, bu hakkın içeriğini de sınırlı olarak belirtmemiştir. Koşullardaki değişmelere ve olayın gelişimine göre, bunu belirleme yetkisini yargıca tanımıştır.<sup>51</sup> Gün geçtikçe gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçları göz önüne alacak olursak, nelerin kişilik hakkına dahil olacağı hususunun takdirini hakime bırakan kanun koyucunun bu açıdan isabetli karar verdiğini söyleyebiliriz.<sup>52</sup> Korunması gerekli şahsi varlıklar kanun koyucunun açıkça düzenlediği hükümler yanında, örf ve adet hukuku ve hakimin yarattığı hukukla da belirlenir.<sup>53</sup>

Kamu Hukuku alanında korunmasına çalışılan "*insan hakları*"na paralel olarak Özel Hukuk'ta "*kişilik hakları teorisi*" geliştirilmiştir ve bu teori ilk mutlu meyvasını İsviçre Medeni Kanunu'nda vermiş bulunmaktadır. Ne var ki, Özel Hukuk Alanında kişisel özgürlüklerin ve niteliklerin, devlet yönetimindeki keyfiliğe karşı değil, doğrudan doğruya diğer kişilere karşı korunması bahis konusudur.<sup>54</sup>

Kişilik hakları teorisinin esasını da bir bakıma kişisel özgürlük teşkil eder. Zira, Medeni Hukuk alanında korunan kişilere ait nitelikler, özgür yaşamının ve insanca bir hayatın zorunlu kıldığı şeylerdir.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> Karahasan, s. 876.

<sup>49</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 249.

<sup>50</sup> Akıntürk, s.80.

<sup>51</sup> Zevkliler, s. 445.

<sup>52</sup> Helvacı, s. 44.

<sup>53</sup> Öztan, *Şahsın Hukuku*, s.112.

<sup>54</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 249.

<sup>55</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 249.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler, gerçek kişilerde doğumla, tüzel kişilerde hak ehliyetine sahip olmakla birlikte hemen kazanıldıkları için, diğer değerlerden farklı olarak hiçbir kazandırıcı işleme tabi tutulmazlar; doğumlarından ölümlerine, hak ehliyetine sahip oldukları andan, sona ermesine kadar kişiye ayrılmaz bir biçimde bağlıdırlar. Ayrıca bu değerler, ekonomik değere sahip veya olabilecek malvarlığı haklarından ayrılırlar.<sup>56</sup> Bunlar malvarlığı haklarının dışında kalan, parayla ifadesi ve başkalarına devri veya intikali imkansız bulunan haklardandır.<sup>57</sup> Medeni Kanun'da kişiliğin başlangıcı ve sonu “*Doğum ve Ölüm*” başlığıyla iki fıkra halinde 28. madde ile aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

*“Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerine sona erer.”*

*“Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.”<sup>58</sup>*

### 1.3.1. Kişilik Hakkının Hukuki Niteliği

Kişilik hakkı *mutlak* bir haktır. Kişi bu hakkın tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini, bu bağlamda kişilik hakkının koruma kapsamında olan kişisel değerlerden her birine saygı gösterilmesini herkesten ister.<sup>59</sup> Kişilik hakkı, *kişisel değerlerin tamamı üzerinde geçerli olan* ve herkese karşı ileri sürülebilen *tekelci* bir haktır.<sup>60</sup> Yani başkalarına *devredilemez*, icra takibine konu olamaz.<sup>61</sup> Kişilik hakları başkalarına devredilemediklerinden aynı zamanda bir borç için rehnedilemez, iflas masasına geçmezler.<sup>62</sup> Kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye

<sup>56</sup> Helvacı, s. 42.

<sup>57</sup> Tekinay, s. 249.

<sup>58</sup> Özkaya, s. 90.

<sup>59</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, (2002). *Sorumluluk Hukuku-Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, s.158.

<sup>60</sup> Kılıçoğlu Mustafa, (2005) *Tazminat Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 897; Zevkliler, s. 442.

<sup>61</sup> Ancak, kişi ölmeden evvel dava açmış ise parasal sonuçlar mirasçılara geçer. Yine sonuçlar (manevi tazminat alacağı) icra takibine konu olabilir. Zevkliler, s. 446.

<sup>62</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 8.

bağlı değildir. Ancak kişilik haklarına tecavüzden doğan alacak hakkı zamanaşımı süresine tabidir.<sup>63</sup>

*“MK. md. 24 ve BK. md. 49’da belirlenen kişisel çıkarlar, kişilik haklarıdır. Kişilik hakkı ise, kişisel varlıkların korunmasıyla ilgilidir. Kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlik ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir. Tekniğin gelişimi ve yaşam koşullarına göre belirlenmiş varlıkların, açıklananlarla çerçevelenmesine, davaya konu olayın bu çerçevede dışında kalmasına göre manevi tazminat isteği reddedilmelidir.”<sup>64</sup>*

Kişilik haklarından vazgeçilemez (feragat edilemez). MK’nin 23. maddesinin birinci fıkrasında, *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”* biçimindeki düzenleme ile bu özellik vurgulanmaktadır. Vazgeçilemeyen, kişilik hakkıdır. Yoksa kişilik hakkına saldırı dolayısıyla doğan tazminat alacağından vazgeçilebilir.<sup>65</sup>

Kişilik hakkı, *kişiyeye sıkı surette bağlı haklardan* olması nedeni ile, Medeni Kanun’un 15. maddesi gereğince sınırlı ehliyetsizler tarafından, kural olarak, kanuni temsilcilerinin onayı olmadan kullanılır. Sınırlı ehliyetsiz<sup>66</sup>, kişilik hakkına hukuka aykırı müdahale sonucu açılan koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını, yine kural olarak, kanuni temsilcisinin onayı olmadan açabilir.<sup>67</sup>

Münhasıran şahsa bağlı hakları, temyiz kudretine sahip olmayan kişinin kullanamayacağı muhakkaktır. Bunların kanuni temsilci tarafından ne dereceye kadar

---

<sup>63</sup> Helvacı, s. 48; Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 7.

<sup>64</sup> Yargıtay H.G.K. (05.11.1997). E. 1997/4-690, K. 1997/893, *Sinerji mevzuat ve İçtihat Programı*

<sup>65</sup> Zevkliler, s. 446; Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 904.

<sup>66</sup> Sınırlı Ehliyetsizler, fiil ehliyetinin bütün şartlarına sahip olmayan kişilerdir. Bu itibarla da buhların ehliyeti yoktur. Fakat kanun koyucu bu şahısları tam anlamıyla ehliyetsiz saymamış, bazı bakımlardan onları kısmen ehliyetli addetmiştir. Sınırlı ehliyetsizler kategorisine giren şahıslar, mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurlardır. *Akıntürk*, s.102.

<sup>67</sup> Helvacı, s. 47.

kullanılabileceği meselesi öğretide çekişmelidir. Bizce gayrimümeyyizlere<sup>68</sup> ait münhasıran şahsa bağlı hakların kanuni temsilci tarafından prensip itibariyle kullanılamayacağı hakkındaki görüşler, Medeni Kanun'un 15. maddesinin yanlış yorumlanmasına dayanmaktadır. Bu hüküm sadece mümeyyiz küçüklerle, mümeyyiz kısıtlıların münhasıran şahsa bağlı hakları bizzat kullanabileceklerine dairdir; yoksa gayrimümeyyizlere ait bu tür hakların onlar adına kanuni temsilcisi tarafından asla kullanılamayacağı hakkında herhangi bir işaret içermemektedir. Aksine, kanuni temsilci, küçüğün veya kısıtlının (mahcurun) bütün çıkarlarını korumakla yükümlü tutulmuştur. O halde, gayrimümeyyizler açısından münhasıran şahsa bağlı hakların temsil kabul etmedikleri yolunda genel bir sonuca varmak doğru olmaz.<sup>69</sup>

Kişilik hakkı bir şahıs varlığı hakkı olarak *para ile ölçülemez*. Şahsiyet hakları *manevi varlıklara ilişkindir*; doğrudan doğruya ekonomik değerleri yoktur, bir mameleke dahil olamazlar. Bu özellikleri ile mamelek hukukundan ayrılırlar.<sup>70</sup> Bir kişiye ait ekonomik değeri olan hakların ve borçların hepsi birden o kişinin malvarlığını, yani mamelekini teşkil eder.<sup>71</sup>

Kişilik haklarının mal varlığı haklarından değil şahıs varlığı haklarından olmaları, bunlara saldırı halinde sadece manevi bir zararın doğacağı, maddi zararın meydana gelmeyeceği anlamına gelmez.<sup>72</sup> Örneğin, tarihi şahsiyetlerin mektupları, hatta sadece imzalarını içeren kağıtlar, aynı zamanda ekonomik değer taşıdıkları halde, genel olarak şahısların birbirlerine yazdıkları özel mektuplar olsa olsa yalnız şahıs varlığı haklarına konu teşkil ederler.<sup>73</sup>

Genel olarak şahıs varlığı hakları hukuki işlem yoluyla *bir şahıstan diğer bir şahsa geçirilemediği gibi miras yoluyla da intikal etmezler*. Fakat böyle devir ve intikali

---

<sup>68</sup> Temyiz kudreti iki hususu kapsar. Makul şekilde ortaya çıkacak bir iradeye sahip olma yeteneği ve bu iradeye uygun davranma yeteneği. Gayrimümeyyizler, yaş, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi sebeplerle temyiz kudretini kullanamayan kişilerdir. Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s. 205-207; Ayırt etme gücü, *Deryal*, s. 230.

<sup>69</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s.230-231.

<sup>70</sup> Öztan, *Şahıs Hukuku*, s. 110.

<sup>71</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz kitabevi, İstanbul, s. 45.

<sup>72</sup> Kılıçoğlu, s. 8.

<sup>73</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 130.

olamayan haklara malvarlığı hakları arasında da rastlanır. İşte manevi tazminat isteme hakkı prensip olarak başkasına devredilemediği gibi, ölümle mirasçılara da geçmez. Bu kuralın bazı istisnaları vardır.<sup>74</sup> Manevi tazminat istemi, MK md. 25'e göre karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Eski Medeni Kanun 24/a-3'de ise miras yoluyla intikal mümkün idi. Böyle bir istem ileri sürüldükten sonra, malvarlığı niteliği kazanabilir ve miras yoluyla intikal edebilir.<sup>75</sup> Federal Mahkemeye göre, dava devredilebilir ve zarar gören, davayı açma iradesini açığa vurmuş ise mirasçılara geçer; haktan önceden feragat geçersizdir.<sup>76</sup>

Ölümden sonra ölenin cesedinin tecavüze uğraması (veya ölüye yönelen saldırılar) ölenin kişilik hakkına<sup>77</sup> tecavüz teşkil etmez. Ancak yakınlarının kişilik hakkına tecavüz teşkil edebilir.<sup>78</sup>

### 1.3.2. Kişilik Hakkının Konusu

Kişilik hakkı konu olarak hukuk düzenince kendisine koruma bahşedilen bütün kişilik değerlerini kapsar. Kanun koyucunun kişisel değerleri (şahsi varlıkları) sayma yoluna gitmemesi kanunun dinamizmini koruyabilmesi yönünden isabetli bir tutumdur.<sup>79</sup> Yargıtay da aynı yönde değerlendirme yapmıştır.

*“Çünkü, yasada açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, hukuk öğretiminde ve uygulamada, kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler (varlıklar) genel olarak belirlenmiştir. Kişinin hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, surlar hep kişisel*

<sup>74</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 130.

<sup>75</sup> Adalet Bakanlığı, (2002). *Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri*, Ankara, s. 338.

<sup>76</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 904.

<sup>77</sup> “Organ nakli konusunu iki yönden incelemek gerekmektedir. Hukuki bakımdan, ölü sahibinin muvafakatı dışında ölüden bir organ veya parça alınması halinde ilgililerin hukuk mahkemesine dava açarak müdahaleyi yapan doktordan tazminat istemesi söz konusu olabilir. Konunun ceza safhasında ise, bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tespit edilmiştir.” Yargıtay 4. C.D. (02.06.1975). E. 1975/2433, K. 1975/3150, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat programı*.

<sup>78</sup> Helvacı, s. 49.

<sup>79</sup> Öztan, *Şahsın Hukuku*, s. 111-112.



*varlıklardır. Kuşkusuz kişilik hakkını oluşturan bu değerler sınırlanmış değildir.*<sup>80</sup>

Öğretide, kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin gruplandırmasının yapılması ve sınıflandırıcı yaklaşımlar esasen konuyu izahta kolaylık sağlamakla birlikte kişilik hakkı değerlerinin sayılabilir olduğu anlamına gelmez.

Egger tarafından yapılan sınıflandırmada kişisel varlıklar ikili sınıflandırmayla gösterilmiştir. *İç kişisel varlıklar*; kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu varlıklardır. Bunlar bedensel bütünlüğe ilişkin varlıklar (vücut, yaşam, sıhhat gibi) ve ruhsal varlıklardan (ruhsal tamlık üzerindeki hak, faaliyet özgürlüğü, kişisel ve moralsel iş gücü üzerindeki hak gibi) oluşur. Dış kişisel varlıklar, sosyal ilişkide bulunma hakkı olarak adlandırılmaktadır. Bunlar birlikte yaşamının sonucu olarak doğan değerler olup, kişinin toplum içindeki durumunu belirleyen varlıklardır. Şeref ve haysiyet, özel tanıtma araçları (isim, meslek ünvanları, armalar, ticaret markaları, diğer ticari tanıtma araçları gibi) resim ve ses gibi varlıklar bunlar arasında sayılabilir.<sup>81</sup>

*Akıntürk*'e göre şahsiyet hakları, bir şahsın maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğü ve varlıkları üzerindeki mutlak haklarıdır. Her şahsın maddi (bedensel) bütünlüğü üzerinde şahsiyet hakkı vardır. Şahsın manevi varlıkları, örneğin şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, hürriyetleri, sırları, inançları söz konusudur. İktisadi bütünlükten maksat ise, bir kimsenin iktisadi hayata serbestçe katılabilmesidir. Keza bir kimsenin mali itibarının ve ödeme gücünün tanınması da buraya girer.<sup>82</sup>

*Tekinay*'a göre Kanun'da özel bir açıklama bulunmamakla beraber kişilik haklarının konularını üç grupta toplamak mümkündür: İlk olarak, "*hak ve fiil ehliyetleri ile kişisel özgürlükler*"; ikinci olarak "*beden bütünlüğü*" ve son olarak "*manevi bütünlük*".

<sup>80</sup> Yargıtay 4. H.D. (26.06.1985). E. 1983/4-746, K. 1985/605, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>81</sup> Bazı hukukçular ise, kişisel varlıkları üç ayrı kişilik alanına göre ayırmaktadır. Bunlar kişinin psikik (ruhsal, duygusal) alanı, fiziksel (maddi) alanı ve son olarak sosyal alanıdır. Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 6.

<sup>82</sup> Akıntürk, s. 118-119.

İlk grup “*ehliyetler ve özgürlükler grubu*”dur. Buna göre, *hak ve fiil ehliyetleri* kişiye ait ve doğrudan doğruya hukuki mahiyetteki niteliklerdir. Kişinin en önemli kişilik hakları konularıdır.

Hukuk düzeninin toplumsal bir varlık olan kişiye tanıdığı *özgürlük* de kişinin hukuki niteliklerindedir. Haberleşme, seyahat etme, bir yerde yerleşme, düşünce, vicdan, din, bilim ve sanat, yayım, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma, dernek kurma, hakkını arama, çalışma ve sözleşme vb... özgürlükler kapsamındadır. İşte kişinin bütün bu özgürlüklere sahip olma hakkı, kişilik haklarına konu teşkil etmektedir.<sup>83</sup>

İkinci grup, “*Beden bütünlüğü*” grubudur. Hayat ve sıhhat değerlerini içermektedir. Kişinin fizik yapısına dahil olan iç ve dış organlar, bütün ayrıntılarıyla birlikte, beden bütünlüğünü meydana getirirler. İnsanı nitelendiren en önemli hususlardan biri de sözü edilen organlara sahip bulunmaktır. Beden bütünlüğü aynı zamanda hayat ve sıhhat kavramlarını da içine alır. İşte bunların korunmasına ilişkin çıkarlar keza kişilik haklarına konu olabilmektedir.<sup>84</sup>

Son olarak “*Manevi Bütünlük*” sayılmaktadır. İnsanların manevi, ahlaki ve fikri... yönlerine ilişkin bulunan niteliklerin hepsi “manevi bütünlüğü” vücuda getirir. Sözü edilen nitelikler, haysiyet, şeref, hatıralara ve ecdada saygı vs, gibi duygulara sahip olmayı ifade eder. Bir kimsenin özel hayatı, sırları, ismi ve resmi üzerindeki duyarlılığı da manevi nitelikler arasında yer alır. O halde kişinin bu niteliklere ilişkin olan ve hukuken korunan değerleri, kişilik haklarından sayılmaktadır.<sup>85</sup>

Kişilik hakları yukarıda sınıflandırması yapılmaya çalışılan haklardan ibaret değildir. Öğretide birçok değişik hakkı, örneğin konut dokunulmazlığı ve ikametgah üzerindeki hakkı da kişilik hakları içinde sayan görüşler de mevcuttur. Buradan hareketle aşağıda önemli bazı kişilik hakları aşağıda değerlendirilmiştir.

---

<sup>83</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 250.

<sup>84</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 250.

<sup>85</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 250-251.

### 1.3.3. Önemli Kişilik Hakları

Kişilik değerlerinin ve buna bağlı olarak kişilik haklarının tüketici bir sayım ve sınıflandırmayla tabi tutulamayacağı kanun, öğreti ve yargı kararlarında ortak bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, bu yaklaşıma uygun olarak genel anlamda kişilik hakkının kapsamının ve özel kişilik değerleriyle bu değerlere bağlı hakların tamamının çalışmamızda ele alınması mümkün değildir. Bu sınırlılık karşısında konumuz açısından önemli bazı değerler aşağıda ele alınacaktır.

#### 1.3.3.1 Yaşam hakkı

Medeni Hukuk alanında kişisel değerlerin ve Anayasal Hukuk alanında temel hakların en önemlisidir. Çünkü öteki kişisel değerler ve temel hakların geçerlilik ve işlerlik kazanabilmesi kişinin yaşamını sürdürüyor olmasına bağlıdır.<sup>86</sup>

Yaşama hakkı, kişinin fiziki ve ruhsal tamlığını koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilme hakkıdır.<sup>87</sup> En üst norm olan Anayasa tarafından korunmaktadır. *Anayasa*'nın 17. maddesi kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında, herkesin, *yaşama*, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

*“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”*

İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 2. maddesine göre, herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. *İnsan hakları* Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi, yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliğinin herkesin hakkı olduğunu açıklamıştır. Türk Ceza Kanunu'nda yasakoyucu, kişinin yaşamına son

---

<sup>86</sup> Zevkliler, s. 449.

<sup>87</sup> Özsunay, s. 99.

veren eylemleri suç olarak düzenlemiş ve cezalandırmıştır.<sup>88</sup> Yine TMK md. 23, md. 24, md. 25; BK md. 45,46 ve md. 47<sup>89</sup> de özel hukuk alanında koruyucu normlardır.

### 1.3.3.2.Vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı

Yaşam hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü yaşam hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir haktır. İlk defa İHEB 5. maddesi, daha sonra da AİHS 3. maddesi ile “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz” demek suretiyle devlete karşı korunmuştur.<sup>90</sup>

AİHS md. 3 hükmü ile konulan yasak mutlaktır; ne belli hallerde buna istisna getirilebilir, ne de 15. madde aracılığı ile askıya alınabilir. Hükmün amacı kişinin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak şekilde korumaktır.<sup>91</sup>

Kişinin bedenini oluşturan küçük bir parçacığın yok edilmesi, koparılıp alınması ya da zarara uğratılması, o kişinin yaşamını sona erdirici nitelikte olmasa bile onaylanabilen bir davranış değildir. Yalnızca bedenden parça alınması değil, bedenin herhangi bir yerinin yaralanması, işlemeze hale getirilmesi de beden bütünlüğüne saldırı niteliğindedir. Her durumda saldırıda bulunana karşı beden bütünlüğü korunur.<sup>92</sup> Yine

<sup>88</sup> Türk Ceza Kanunu md. 81-85, “Hayata karşı suçlar” başlığıyla düzenlenmiştir.

<sup>89</sup> Borçlar Kanunu’nun belirtilen maddeleri, “Adam ölmesi ve cismani zarar” başlığı altında düzenlenmiştir. 45. madde “Ölüm takdirinde zarar ve ziyan”, 46. madde “Cismani zarar halinde lazım gelen zarar ve ziyan”, 47. madde “Manevi tazminat” konularını içermektedir.

<sup>90</sup> Helvacı, s. 51.

<sup>91</sup> *Başvurunun özeti*: Başvurucu ve diğer üç arkadaşı okula bira soktukları gerekçesiyle, bir başka öğrenci tarafından okul idaresine şikayet edilmişlerdir. Okul yetkilileri, bu davranışları nedeniyle başvurucu ve arkadaşlarına kamışla vurmuşlardır. Daha sonra başvurucu ve arkadaşları kendilerini şikayet eden öğrenciyi yakalayıp dövmüşlerdir. Çocuk Mahkemesi 7 Mart 1972 tarihinde verdiği kararda başvurucuyu aynı okuldaki bir öğrenciye müessir fiilde bulunmaktan suçlu bulmuş ve kaba etine üç kez sopa ile vurulma cezasına çarptırmıştır. Yüksek Mahkemenin kararını verdiği gün öğlenden sonra, başvurucu polis karakoluna götürülmüş ve kendisine babası da eşlik etmiştir. Karakolda uzun bir süre doktorun gelmesi beklendikten sonra, başvurucuya babasının ve doktorun önünde polisler tarafından sopa ile vurulma cezası uygulanmıştır. Pantolonu ve külotu sıyrılan başvurucu, masanın üzerine doğru eğdirilmiştir. İki polis Tyrer’i tutmuş, üçüncü polis sopa ile vurmuştur. Birinci vuruşta sopanın ucu kırılmıştır. Sopa vuran polisi engellememesi için Tyrer’in babasını bir başka polis tutmuştur. Başvurucunun derisi kabarmış, fakat kanamamıştır. Soplanın vurulduğu yerin acısı bir buçuk hafta süreyle devam etmiştir. *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*; Divan Kararı, Tyrer/İngiltere, 25.04.1978, A 26, s. 15-16 p. 30, 33 Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, Feyyaz (2009). *Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 198.

<sup>92</sup> Örneğin, kişinin saçlarının tümüyle ya da biçimini önemli ölçüde değiştirerek kesilmesi, kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilir. Zevkliler, s. 450.

bu tümlüğün ve organizmanın düzenli işleyişini anlatan “sağlık” kavramı da hem bedensel ve hem de ruhsal sağlığı kapsamak üzere çok önemli bir değerdir.<sup>93</sup>

Yargıtay konuyla ilgili 2002 tarihli bir kararında uluslararası antlaşmalara ve bildirgelere de atıf yaparak, yaşama hakkı ve beden sağlığı değerlerinin korunması gerekçeleriyle; bu değere yönelik saldırıları tanımlamıştır. Bu kararında, maddi işkence, manevi işkence, zalimane muamele, insanlık dışı muamele, haysiyet kırıcı hareket ve davranışları açıklamıştır.

*“Suçun maddi unsuru işkence etmek, zalimane veya insanlık dışı veya haysiyet kırıcı eylemlerde bulunmaktır. İşkence, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir eylem olarak, Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi’nde ise; kendi başlarına veya herhangi bir otoritenin emri ile hareket eden bir yi da birden çok kişinin, bir kişiyi bilgi vermeye, bir itirafta bulunmaya ya da diğer herhangi bir nedenle zorlamak için kasıtlı, sistematik ya da nedensiz olarak gerçekleştirdiği fiziksel ya da mental acı” olarak tanımlanmıştır (Nakleden, S.Ölçer, Ü. Erol, Türkiye’de İnsan Hakları, s. 153).Yargısal kararlarda ise maddi veya manevi eza verici eylem şeklinde tanımlanmıştır. Maddi işkence beden bütünlüğüne yönelik, manevi işkence ise bedene doğrudan etki yapmayan manevi nitelikteki eza verici eylemleri içerir. Zalimane muameleler; maddi veya manevi ızdırap verici her türlü eylemi, insanlık dışı muamele; insanlık kişiliğini ve duygusunu önemli ölçüde inciten eylemleri, haysiyet kırıcı hareketler ise; namus, şöhret veya haysiyete saldırgan davranışları ifade eder.”<sup>94</sup>*

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, ayrıca kimseye eziyet ve işkence yapılamayacağı da Anayasa’nın 17. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Zevkliler, s. 454.

<sup>94</sup> Yargıtay C.G.K. (15.10.2002). E. 2002/8-191, K. 2002/362, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

<sup>95</sup> Tüfek, s. 21.

*“(2)Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”*

Kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Bu “insan vücudunun dokunulmazlığı” prensibi gereğidir. Ancak, rızanın da ahlaka ve adaba, kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Aksinin söz konusu olduğu durumlarda rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp, sadece BK md. 44 gereğince tazminatın indirilmesine yol açabilir.<sup>96</sup> Yasa koyucu, yine Türk Ceza Kanunu’nda Vücut Bütünlüğü’ne karşı suçlar başlığıyla 86-93. maddelerinde; işkence ve eziyet başlığıyla 94-96. maddelerinde konuyla ilgili düzenleme getirmiştir.

### **1.3.3.3. Özgürlükler**

En üst ulusal norm olan Anayasa ile korunmaktadır. Anayasa 12 - 19 ve devamı maddeleriyle “Temel Hak ve Özgürlükler” başlığıyla özgürlükleri güvence altına almıştır. Bir kişinin, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde yaşamını özgür ve korkusuzca sürdürmesi; dilediği yerde oturması; yerini değiştirmesi, özgürce davranması; dilediği gibi düşünmesi; inanması gibi durumların hepsi özgürlüğün yansımalarıdır.<sup>97</sup>

Kişi dokunulmazlığı; konut dokunulmazlığı; özel hayatın gizliliği; haberleşme özgürlüğü; ulaşım özgürlüğü; yerleşme özgürlüğü; düşünce, din ve vicdan özgürlüğü; toplantı, gösteri yürüyüşü, örgütlenme ve hak arama özgürlüğü belirtilen türde temel hak ve özgürlüklerdir. Özgürlükler kişinin kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kişilik değerleridir.

Anayasa tarafından güvence altına alınan ve ceza normaları ile kamusal ve özel hukukta ilgili maddelerle korunun özgürlükler; aynı zamanda, AIHS 5. maddesi ile de güvence altına alınmıştır.

---

<sup>96</sup> Helvacı, s. 52.

<sup>97</sup> Zevkliler, s. 455.

### 1.3.3.4. Onur ve saygınlık

Onur ve saygınlık, bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamıdır. Kişi, bu değerlerin bir kısmına insan olarak doğuştan sahip olduğu halde (bedensel yapı nitelikleri gibi) bir kısmını sonradan kendi davranışlarıyla (mesleki yetenek, bilim, sanat, spor alanlarındaki başarılar gibi) elde eder.<sup>98</sup> Onur ve saygınlık, toplum tarafından bir kimse hakkında beslenen objektif değer yargılarıdır. Bu nedenle onur ve saygınlığın tayininde kişinin subjektif değer yargıları ölçü olamaz. Kişiye verilen toplumsal değer, onun toplumdaki sosyal durumuna ve çevresine göre değişik kapsamda olabilir. Bu anlamda onur ve saygınlık kişiden kişiye değişebilen nisbi bir kişisel varlıktır.<sup>99</sup>

Toplum, kişileri sadece bir insan olarak doğuma ilişkin değerleriyle değil, aynı zamanda davranışları ve yetenekleriyle de değerlendirir. Bundan başka toplumun kişiler hakkındaki değer yargısı sadece beden, zihin, meslek, ticaret gibi doğuştan ve sonradan kazanılan yeteneklerine ilişkin değil, onların ahlaksal yönüne ilişkin de olabilir.<sup>100</sup> Yani kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur.<sup>101</sup>

Onur ve saygınlık insana, insan olması nedeniyle tanınan ve kişilik hakkının konusuna giren manevi kişisel değerlerdendir. Toplumsal yaşamın bir bireyi olarak herkesin onur ve saygınlığı vardır ve hiçbir birey ötekilere göre bu değerden tümüyle ya da bir bölümüyle yoksun değildir. Kişilerin toplumsal yaşamın bireyi olarak temelde sahip olduğu “onur” ve toplumsal yaşam içindeki ilişkileriyle çevreye karşı kazandıkları manevi değer “saygınlık”tır.<sup>102</sup>

Öğretide onur ve saygınlığa ilişkin olarak bir ayırım yapılarak, onur ve saygınlığın içsel onur (iç şeref) ve dışsal onur ve saygınlık (dış şeref) olarak iki biçimde ortaya çıktığını belirtenler olduğu gibi bu ayrımı çoğaltarak bunlara hukuksal ve

---

<sup>98</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 83.

<sup>99</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 86.

<sup>100</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 84.

<sup>101</sup> Özsunay, s. 116.

<sup>102</sup> Zevkliler, s. 456.

ahlaksal onur ve saygınlık, kişinin mesleki ve ticari onur ve saygınlığı gibi türleri sayanlar da vardır. Ayrıca pasif ve aktif onur ve saygınlıktan bahsedip, içsel onur ve saygınlığın, pasif onur ve saygınlığın bir türü; aktif onur ve saygınlığın ise aynı zamanda toplumsal veya dışsal onur ve saygınlık diye adlandıran görüşler vardır.<sup>103</sup>

İHEB 5. maddesi, “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya *onur kırıcı* davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”; İHAS 3. maddesi, “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da *onur kırıcı* ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”; Anayasamızın 17. maddesi 3. fıkrası, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” şeklindeki düzenlemeyle bu konudaki korumayı dile getirmişlerdir.

5237 Sayılı TCK ise sekizinci bölümde “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında onur ve saygınlığa yapılan saldırıların yaptırımını düzenlemiştir. (md. 125-md. 131)<sup>104</sup> Yasa koyucu, Basın Kanunu, Türkiye Radyo ve Televizyonu (TRT) Kanunu ve Medeni Kanun’da bu hakkı ayrıca korumuştur.

Bir davranışın kişinin onur ve saygınlığına bir saldırı olduğunun temel kriteri standart bir “değer cetveli”dir. Federal Mahkeme “normal vatandaş” modelini seçmiştir. Öğreti de bu yaklaşımı benimsemiştir. Eğer normal bir vatandaş bir davranışla onur ve saygınlığında eksilme olduğunu düşünüyorsa saldırı var demektir.<sup>105</sup> Kanaatimizce bu tür uygulama ideal başka bir anlatımla özenli, hassas (alınan değil) insan aleyhine durum yaratmaktadır. Bilgin ve bilge insan modeli ideal insan modeli kriter alınmalıdır.<sup>106</sup> Yargıtay, kişilik haklarına saldırılarda hukuka aykırılık koşulu üzerinde dururken, özellikle sözleşme ilişkisi var ise sözleşme sınırlarının aşılmadığını aramaktadır.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Tüfek, s. 27; Zevkliler, s. 458.

<sup>104</sup> Tüfek, s. 27.

<sup>105</sup> Helvacı, s. 69; Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 912.

<sup>106</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s.913.

<sup>107</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s.913.



### 1.3.3.5. Resim üzerindeki hak

Resim üzerindeki hak kavramı altında “resim”den, bir kimseyi başkaları için tanınabilir kılan her çeşit dış görünümün anlaşılır.<sup>108</sup> Kılıçoğlu’na göre resim; “Kişinin dış görünüşünün kendisini tanınabilir şekilde kopya edilmesidir. Fakat böyle bir kopyanın, kişinin yapısını olduğu gibi başkalarına aksettirmesi şart olmayıp, onu tanıtabilir olması yeter.”<sup>109</sup> Zevkliler’e göre ise; “Resim, kişinin dış yaşama yansıyan ve onu öteki kişilerden ayıran görünümüdür ve kişi, bu görünüme saygılı olmalarını diğer kişilerden isteme yetkisine sahiptir.”<sup>110</sup>

Resim teknik araçlar kullanılmak suretiyle (fotoğraf makinesi, kamera, film makinesi vs.) elde edilebileceği gibi, böyle bir araç kullanılmadan da (çizim gibi) elde edilebilir. Bu konuda kullanılan araç önemli değildir.<sup>111</sup>

Kişinin izni olmadan resim yapılması, çekilmiş yayının çoğaltılması, dağıtılması, sergilenmesi kişisel hakka saldırı oluşturur. Kişinin izni olmasına rağmen, onu suçlu, özürsüz hasta birinin adıyla yayınlamak, yanlış kanı uyandıracak biçimde ilgisi olmayan zamanda ve yerde yayınlamak; son olarak resmin çok geniş çevreye yayımı da kişisel değerlere saldırıdır.<sup>112</sup>

Ne var ki, bu kuralı, bir kimsenin izni bulunmadıkça, onun hiç resminin çekilemeyeceği anlamında anlamak doğru değildir. Örneğin, bir manzara ya da anıtın görüntüsü yanında, ayrıntı olarak bir kimsenin resmi çekilebilir.<sup>113</sup> Toplumsal yaşam gereği; örneğin, belirli bir manzaranın çekiminde resmin bir karesinde kişinin gözükmesi, kültürel amaçla resim çekilmesi kişilik hakkına saldırı olmaz. Bilimin çıkarı

---

<sup>108</sup> Özsunay, s. 144.

<sup>109</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 44.

<sup>110</sup> Zevkliler, s. 461.

<sup>111</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 44

<sup>112</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 916; Zevkliler, s. 462-463.

<sup>113</sup> Özsunay, s. 145.

olduğu durumlarda da saldırı oluşmaz. Örneğin, ender görülen hastalığın resminin tıp albümlerine veya dergilerine konu olması vb.<sup>114</sup>

Bir kimsenin resminin çekilmesi, yapılması rıza dahilinde yapılıyorsa, rızanın kapsamı aşılmadığı sürece hukuka uygundur. Örneğin bir fotoğraf stüdyosunda çektiğiniz resminizin, aynı stüdyonun vitrininde sergilenmesinde artık rızanın varlığından söz edemeyiz.<sup>115</sup>

Yargıtay'ın bu konuda kapsamlı ve örnek bir kararı bulunmaktadır.<sup>116</sup> Dava, davacılara ait resimlerin davalıya ait derginin tanıtımında kullanılmasından kaynaklanmıştır. Davacıların resimleri, davalıya ait derginin tanıtımı için çeşitli gazetede, dergi ve duvar panolarında reklam amacıyla ve davacıların *izni alınmadan kullanılmıştır*. Diğer taraftan ana oğul davacıların Anıtkabir arslanlı yolun başında bulunan "Kadın heykel topluluğu" önündeki merdivenlerden inerken çekilmiş resimleri *davacıların dış görünüşlerini tanıtacak biçimdedir*.

Davacılar davalarının hukuki dayanağını, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 86 ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddeleri oluşturmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine dayanan isteklerde *kişilik hakkına "hukuka aykırı bir saldırı"* olması ve bu saldırı ile kusurun da ağır bulunması gerekmektedir.

*"Kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi değerleri (varlıkları) üzerinde şahsa bağlı bir mutlak haktır. Kişilik hakkından söz edebilmek için öncelikle kişisel değerlerin ne olduğu belirlenmelidir... Kişisel değerler, Medeni Kanun'un 24. maddesinde genel olarak "şahsi menfaatler" sözcükleriyle anlatılmış ancak bunların neler olduğu teker teker sayılmamıştır. Hukuk öğretisinde ve uygulamada kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerleri ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam, isim, resim gibi manevi değerleri kişisel değerler olarak kabul edilmektedir. Yasa koyucu, bazı özel durumlarda, kişisel değerlerin"*

---

<sup>114</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 916; Zevkliler, s. 463-464.

<sup>115</sup> Helvacı, s. 73.

<sup>116</sup> Yargıtay, H.G.K. (03.10.1990). E. 1990/4-275, K.1990/459, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*ne olduğunu açıkça belirlemektedir. Örneğin FSEK'nun 86. maddesinde "eser niteliğinde olmasa bile kişinin resmini kişisel değer" olarak kabul etmiştir."*

Gerçekten hukuka aykırı saldırı, kişilerin şahıs ve malvarlıklarını doğrudan doğruya koruyan *emredici hukuk kurallarının* ihlali halinde söz konusu olur. FSEK'nun 86. maddesinde açıkça "Eser mahiyetinde olmasalar bile resim ve portreler tasvir edilenin, ölmüşse 19. maddenin 1. fıkrasında sayılanların izni olmadan , ölümünden on yıl geçmedikçe, teşhir ve diğer suretlerde umuma arz edilemez." kuralını getirmiştir. Diğer taraftan 86. maddenin 2. fıkrasında izin almadan yayınlanacak durumlar da açıklanarak hukuka uygunluk sebepleri de belirtilmiştir:

*"Memleketin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; tasvir edilen kimselerin iştirak ettikleri geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; günlük olaylarla ilgili resimlerle radyo ve film haberleri için izin alınmasına gerek yoktur.O halde kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça, hukuka aykırıdır. Çünkü, resmin izinsiz yayınlanması emredici nitelikte bir kuralla yasaklanmıştır."*

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesinin 2. fıkrasının 1. 2. ve 3. bentlerine göre , memleketin siyasi ve ictimai yaşamında rol oynayan kişilerin resimleri; tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören veyahut genel toplantıları gösteren resimler; günlük hadiselerle müteallik resimlerde "radyo ve film haberleri" için rızanın alınması şart değildir. Ancak, bu durumda dahi, amacın aşılması, yayımın sosyal gereklilik unsurunu taşıması gereklidir.<sup>117</sup>

*"Bir kişinin bir rastlantı sonucu, ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arz edilmesi halinde izin alınmadığının öne sürülmesi "hakkın kötüye kullanılması" olarak nitelendirilebilir (M.K. m.2/2). Ancak, kişinin dış görünüşünün ayrıntı olarak da olsa içinde bulunduğu fotoğrafın "ticari amaçlarla, reklam yoluyla kamuya sunulmasında izin alınmaması hukuka aykırılığı oluşturmamalıdır; iznin alınmadığını ileri sürme hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez."*

---

<sup>117</sup> Helvacı, s. 73.

*Çünkü bu nitelikteki bir olayda "kişinin korunmaya değer bir çıkarı olmadığı" söylemek olanağı yoktur. Olayımızda davacıların da içinde bulunduğu resim poşet içinde satılan dergiler dahil çeşitli basın organlarında, duvar panolarında ticari amaçları gerçekleştirmek için reklam aracı olarak kullanılmıştır. Bu nedenle resmin izinsiz olarak ve ticari amaçlarla yayınlanması kişilik hakkına hukuka aykırı olarak bir saldırı niteliğindedir. Davacıların somut olayın içinde gerçekleşen olgulara göre hukuken korunmaya değer çıkarları vardır."*

Bir kişinin izni olmaksızın resminin yapılması, çekilmesi ya da yayınlanması, doğrudan doğruya resim üzerindeki hakka, ya da dolayısıyla onur ve saygınlığa yahut da giz çevresine saldırı niteliğinde olabilir.<sup>118</sup>

*Kaldı ki, davacıların görüntülerinin bu fotoğraf içinde bulunması ayrıntı niteliğinde de değildir. Amaç Anıtkabir'in "Atatürk için yas tutan kadınları simgeleyen kadın heykeller" topluluğunu göstermek ise bunu davacıların bulunmadığı bir durumda objektif içine almak olanağı da vardır. Böyle bir anıt heykeller topluluğu önünde davacıların da bulunmasının özel bir amacı vardır... Emredici bir kuralla resmin kamuya sunulması yasaklandığına göre, olayımızda ağır kusurun varlığı kabul edilmelidir... Davalının davacıların resmini ticari amaçlarla kullanması da ağır kusurun varlığını gösterir... Olayımızda davacılara ait resmin önüne gelene her türlü iletişim araçlarıyla ve ticari amaçla kullanılması ağır saldırı (zarar) niteliğindedir.*

Günümüzde teknolojinin hızlı gelişimi ile birlikte resim kavramı çok daha geniş bir yorumu gerektirmektedir. Bu sebeple artık bir *kişinin görünümünün* izinsiz olarak gökyüzünde lazerle oluşturulması da, resim üzerindeki hakkın ihlalini oluşturacaktır.<sup>119</sup>

Sonuçta, resim vasıtasıyla onur ve saygınlık veya özel yaşam değerlerinin ihlal edildiği hallerde, ceza hukukundaki, failin daha ağır bir suçu işlemek için daha hafif bir suçtan geçmek zorunda kaldığı geçitli (müterakki) suçlardaki gibi, burada da kişinin

---

<sup>118</sup> Zevkliler, s. 462.

<sup>119</sup> Gümüş, M. Alper (1997, Kasım). "Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1, s.364.

doğrudan resim hakkının ihlali, tecavüzün etki ve sonuçlarının çok ağır olduğu, onur ve saygınlık veya *özel hayat değerlerine* yönelik ihlalin içerisinde erir, yok olur.<sup>120</sup>

### 1.3.3.6. Kişinin haberleşme hakkı

*Kişinin Haberleşme Hakkı*, gerek mektup, telgraf, gerekse telefon ve telsizle yaptığı haberleşme işlemi, anayasal teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 22. maddesine göre, herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Bu nedenle kişinin muhatap diğer kişiyle yapmış olduğu yazışmalar veya konuşmalar, her iki kişinin de gizli yaşam alanına dahildir. Tarafların rızası dışında, gerek üçüncü bir kişi tarafından, gerekse taraflardan birisinin diğerinin rızasını almadan, bunları açıklaması, gizli yaşam alanına bir saldırı teşkil eder.<sup>121</sup>

Kişinin mektupları, hatıra ve buna benzer yazıları hem özel hem de gizli alanına ilişkin sırları içerebilir. Bu durumdaki mektuplar üzerindeki hak kişilik hakkındandır. Yasakoyucu bu konuda FSEK md. 85 ile önemli bir düzenleme getirmiştir:

*“Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun.*

*Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun.*

*Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 132, 134, 139 ve 140 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.*

---

<sup>120</sup> Gümüş, s. 369.

<sup>121</sup> Serdar, İlknur (1999). *Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 42; Tüfek, s. 39.

*Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır.*

Yukarıda 3. fıkrada belirtilen Türk Ceza Kanunu maddeleri, 5237 Sayılı Yasa'nın, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş maddeleridir. Sır içermeseler dahi mektup vb belgelerde kapalı zarfın açılması yukarıdaki maddelerde öngörülen suçun oluşumu için yeter.

Bu nedenle mektup, hatıra ve benzeri yazılar bir sırrı içeriyorlarsa sır yaşamının, böyle bir sırrı içermiyorlarsa yazı üzerindeki bağımsız kişilik hakkının ihlali söz konusudur. Mektup, hatıra ve buna benzer yazılar, eser niteliğinde ise FSEK'nin eserle ilgili hükümlerine göre; eser niteliğinde değilse Borçlar Kanunu madde 41 anlamında haksız fiil hükümlerine göre korunabilir.<sup>122</sup>

Gizli dinleme ve konuşmaları gizlice banda kaydetmekle, herkesin sözlerinin ve konuşmalarının sadece karşısındaki tarafından duyulmasını istemeye ilişkin kişilik değeri tecavüze uğramaktadır.<sup>123</sup> Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı; posta gönderilerinin açılması ve okunması işlemleri; haberleşmenin gizliliğini ihlal yanında, özel yaşama da müdahale teşkil etmektedir.<sup>124</sup>

Mahkeme, Sözleşme'nin resmi Fransızca ve İngilizce metnindeki "correspondance", "correspondence" kelimesinin sadece sözlük anlamındaki "yazışma"yı değil, fakat her çeşit yol ve araç aracılığı ile (mektup, telefon, telsiz vb.) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi ifade ettiğini belirtmiştir.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Borçlar Kanunu 41. maddesi: "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararını tazmine mecburdur." *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*; İki halde de bu korumanın süresi F.S.E.K. md. 85'e göre belirlenecektir. Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 135.

<sup>123</sup> Özsunay, s. 134.

<sup>124</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 335.

<sup>125</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ( 06.09.1987). Klass ve diğerleri- Almanya Davası, Gözübüyük-Gölcüklü, s. 341.

Posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlarca dinlenilmesi, denetimi veya kaydedilmesi; keyfi uygulamalara olanak vermeyecek şekilde bir düzenlemeye tabi tutulmamişsa -meşru amaçlara yönelik- de olsa 8. maddeye aykırıdır.<sup>126</sup> Bu arada e-posta ve diğer elektronik yazışma ve iletilerin de aynı korumadan faydalanacağı tabiidir.

### **1.3.3.7. Ad üzerindeki hak**

*Ad üzerindeki hak* da kişilik hakkının konusuna giren manevi kişisel değerlerin içinde yer alır. Ad kişinin toplumsal ilişkilerinden kaynaklanan bir kişisel değerdir. Yalnızca gerçek anlamdaki ad değil, kişiyi ve ailesini toplum içinde tanıtmaya yarayan simgeler, ün, arma, rozet gibi değerler de kişilik hakkının korunmasından yararlanır, çünkü bunlar da kişisel değerler içinde yer alır.<sup>127</sup>

### **1.3.3.8. Özel hayatın gizliliği**

*Özel hayat değeri* de kişilik değerleri içindedir ve bu değerın gizliliği ve korunması hakkı ile de saldırılara karşı korunmaktadır. En önemli kişilik değerlerinden biri olarak özel hayat kavramı hem ulusal hem de uluslararası güvenceleri ve yargı kararlarıyla 2. bölümde ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Bu sebeple bu değer ve hakka bu bölümde değinilmeyecektir.

Yukarıda değinilen belli başlı değerlerin yanında mesleki ve ticari manevi değerler, konut dokunulmazlığı, aile hayatı gibi kişilik hakkının konusu içinde sayılabilecek değerler bulunmaktadır. Bütün bu değerlerin tüketici bir sayım ve sınırlamaya tabi tutulamayacağını yukarıda belirtmiştik. Bu bölümde yer verilmeyen diğer kişisel değerlere; sırası geldikçe değinilecektir.

---

<sup>126</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 342-343.

<sup>127</sup> Zevkliler, s. 460-461.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

#### 2.1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Sözlükte “*özel*” kelimesi bir sıfat olarak, farklı anlamlarda “Yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan”; “Benzerlerinden ayrılmasını sağlayan bir özelliği olan, spesiyal”; “Bir kişiyi ilgilendiren, hususi, zatî” ; “Devlete değil, kişiye ait olan, hususi, resmî karşıtı”; “Dikkate değer”; “Ayırt edici bir niteliği olan”; “Her zaman görülen-den, olağandan farklı” şeklinde tanımlanıyor.<sup>128</sup> Aynı sözlükte “*özel hayat*” ise bir isim olarak, “Kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam ” şeklinde açıklanıyor.<sup>129</sup> “*Mahremiyet*” kelimesinin anlamı da, “gizlilik” olarak veriliyor.<sup>130</sup>

*Özel hayat*, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme güvenceleri... Hiç kuşkusuz bu hakların en önemlisi ve birinci basamağı, “özel hayat” tanımı içinde yoğunlaşmaktadır. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, ilgileri, bireysel seçimleri, alışkanlıkları gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerin tümü, özel yaşamı oluşturmaktadır.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)” <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (04.11.2009)

<sup>129</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)” <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (04.11.2009)

<sup>130</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)” <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (08.12.2010)

<sup>131</sup> Dinç, Güney (2006). *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara,s.381.



Zaman içinde, özel hayat nosyonunu ve özel hayatın görünümünü etkilemiş yavaş ya da hızlı değişiklikler algılanabilir. Gerçekten de özel hayatın çizgileri hiç durmadan dönüşmektedir. “*Bazı çizgiler uzak bir geçmişten geliyorlar; daha başka çizgiler ise*” diye eklemektedir Philippe Aries, “*daha yeni olanlar, kah gelişmek suretiyle, kah tanınmaz hale gelecek ölçüde bozularak ya da kendini dönüştürerek evrim geçirmeye yazgılıdır*”. Halk topluluğuna açık ve yöneticilerinin yetkisine tabi olan kamusalın karşısına özel olanı koyan ve sağduyunun açıkça algıladığı çelişki, bütün zamanlarda ve her yerde söz dağarcığında ifadesini bulmuştur.<sup>132</sup>

İnsan tek başına yaşamak üzere yaratılmamıştır –özel yönelimlere sahip olan münzevi kişiler ve haydutlar hariç- insan sosyal bir hayvandır ya da Venedikli fransisken Keşiş Fra Paolino’nun deyişiyle çok sayıda insanla yaşamak üzere yaratılmıştır.<sup>133</sup> Başka bir deyişle, İbn Haldun’a göre “İnsan tabiaten medenidir.” Sosyal bir varlık olan insan, doğduğu andan başlayarak ölene kadar bu toplum içinde yaşamak zorundadır.<sup>134</sup> Dünyanın ve tarihin bütün toplumlarında, en küçük bir karmaşıklığa eriştikleri andan itibaren özele ilişkin bir alan oluşmuştur. Elias<sup>135</sup>, belli davranış kodlarının ilkel toplumlar da dahil olmak üzere bütün toplumlarda mevcut olduğuna parmak basıyor. Norbert Elias’a göre özelleşme uygarlıkla özdeştir.<sup>136</sup> Ama bu özel alan bir yandan iktidarın, dinin, yaşanan uzamın ve ailenin getirdiği değişkenlerle, birinden ötekine farklı şekillerde sınırlandırılır ve yapılandırılırken de en başta kültürün

<sup>132</sup> Aries Philippe – Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 1- Roma İmparatorluğu’ndan 1000 Yılına* (2006). Duby Georges, Çeviren: Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 9.

<sup>133</sup> Aries Philippe - Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 2- Feodal Avrupa’dan Rönesans’a* (2006). Charles de la Ronciere, Çeviren: Roza Hakmen, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 171.

<sup>134</sup> Göze, Ayferi (1995). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, İstanbul s. 5.

<sup>135</sup> *Norbert Elias* Yahudi bir ailenin tek çocuğu olarak 1897’de Breslau’da doğdu. 1990’da Amsterdam’da öldü. K. Jaspers, E. Husserl ve R. Höningwald’in öğrencisi oldu. A. Weber ve K. Mannheim ile birlikte çalıştı. 1993’te Almanya’dan ayrılarak İngiltere’ye yerleşti. 1954-1962 yılları arasında Leicester Üniversitesi’nin Sosyoloji Bölümü’nde görev yaptı. 1965’te Almanya’ya döndü. Münster, Konstanz ve Aachen üniversitelerinde dersler verdi. 1984’ten sonra Amsterdam’da yaşamaya başladı. 1939’da İsviçre’de yayımlanan *Uygarlık Süreci* uzunca bir süre tanınmayan bir yapıt olarak kaldı. 1969 baskısı da pek dikkat çekmedi, ama kitabın 1976’da Almanya’da yapılan ikinci baskısı, Elias’ın sosyolojinin klasikleri arasına katılmasını sağladı. *Uygarlık sürecinin ilk cildi* “Batılı Dünyaevi Üst Tabakalarının Davranışlarındaki Değişmeler” İletişim yayınları tarafından 2000 yılında yayımlandı. 1997’de Adorno Ödülü’nü aldı. WEB\_ İletişim Yayınları <http://www.iletisim.com.tr/ki%C5%9Fi/norbert-elias-596.aspx> (04.01.2010)

<sup>136</sup> Aries Philippe - Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 4- Fransız Devrimi’nden Büyük Savaş’a* (2008). Perrot Michelle, Çeviren: Ali Bertay, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 10

söylemiyle tanımlanır.<sup>137</sup> Açık bir şekilde sınırlandırılmış tikel bir alan, bütün dillerin özel olduğunu söylediği o varoluş payına tahsis edilmiştir; kapanmaya, geri çekilmeye sunulmuş bir bağışıklık bölgesidir bu ve orada herkes, kamusal alanda kendini riske atarken kuşanılması uygun düşen silah ve savunma araçlarını terk edebilir. Keyiflerimiz ve tutsaklıklarımızla, çatışmalarımız ve düşlerimizle dolu bir yer; hayatımızın (yaşantımızın) en sonunda kabul ve ziyaret edilen, meşrulaştırılan, belki de geçici merkezidir.<sup>138</sup> Bir taraftan özel hayat, ahlaki bir bakışla insanın yükseklerden yüksek veya alçaklardan alçak olabilme potansiyelini, görünme ve gösteriş kaygısından arınmış olarak kendi elleriyle şekillendirdiği manevi bir potadır.

Özel hayat kavramı değişmez-yeknesak özellikler arzetmediğinden, bunun aksine değişken-dinamik olduğundan öğretide ve yargı kararlarında kesin bir tanımdan kaçınıldığı görülmektedir. Bu halde ortak ve kuşatıcı tek bir tanıma ulaşmak mümkün görülmemektedir.

Özel hayat kavramını tanımlamanın zorluğunu AİHM de belirtmiştir. Kamu alanı ile özel alan arasındaki sınır, bir durumdan diğerine değişir.<sup>139</sup> AİHM, özel hayatın kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün<sup>140</sup> ne de gerekli olduğunu düşünmektedir. *Özel hayat, kapsamlı bir tanım yapılamayacak kadar genel bir terimdir.*<sup>141</sup>

Özel hayat, öğretide farklı tanımlarla ifade edilmiştir: “Herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”<sup>142</sup>; “Kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar”<sup>143</sup>; “Bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi

<sup>137</sup> Aries - Duby, *Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına* s. 688.

<sup>138</sup> Aries - Duby, *Fransız Devrimi'nden Büyük Savaş'a*, s. 9.

<sup>139</sup> Dutertre Gilles, (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, s. 287.

<sup>140</sup> Ancak, Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428 (19709) sayılı kararında, özel hayat, "zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi" biçiminde tanımlanmıştır. *Özsunay*, s. 127.

<sup>141</sup> Dutertre, s. 290.

<sup>142</sup> Özek, Çetin (1978). *Türk Basın Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 259.

<sup>143</sup> Ataay, Aytekin (1978). *Şahıslar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 133.

değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı”<sup>144</sup>; “Başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken giz alanları”<sup>145</sup>; “Kişinin hukuk tarafından korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi ve güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam görünümünden meydana gelen kişisel varlık.”<sup>146</sup>

Bu tanımlarda özeli ifade etme konusunda dikkat çekici olan ve öne çıkan “saklı”, “bilgiden uzak”, “bilinmeyen”, “kişiye ait”, “gizli”, “güvence”, “korunma” olgularındır.

## 2.2. KİŞİNİN HAYAT (YAŞAM) ALANLARI

Kişinin yaşam alanlarını bir ayrıma tabi tutmak teorik olarak tanımlama ve sınırlamaları kolaylaştırmakta, kişinin gizli ve özel yaşam alanının sınırlarının belirlenebilmesi, korunabilmesi ve ortak yaşam alanından ayrılması bakımından önemli görülmektedir.

Alman Yazar Hubmann’ın bu konuyu berraklaştırmak için yaptığı sınıflandırma kişinin hayat alanını üçe ayırmaktadır: Bunlardan en genişisi kişinin kamuya açık “*ortak alanı*”; ikincisi, kişinin ailesi ve yakınları gibi sınırlı sayıdaki insanla paylaşmayı tercih ettiği ve daha dar olan “*özel alanı*” ve son olarak kişinin güvendiği az sayıda insanla paylaştığı “*giz alanı*”dır.<sup>147</sup>

Bu halde, alan teorisi yaklaşımında kazuistik bir yöntemle her somut olay, kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Üç alanın birbirinden kesin sınırlarla ayrılması

<sup>144</sup> Şen Ersan (1996). *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul, s. 8.

<sup>145</sup> Zevkliler, s. 465.

<sup>146</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 112.

<sup>147</sup> Böylesi bir alan daralmasının söz konusu olduğu durumlarda bile insanın kendisine ait gizli bir alanı, ailesi ve yakınları ile oluşturduğu ortak alanı olmak durumundadır. Doktrinde kabul gören ve “*Sferler Teorisi* ya da *Alanlar Teorisi*” denilen üçlü ayrıma göre özel hayat alanı; *ortak alan*, *özel alan* ve *gizli alan* olarak sınıflandırılmaktadır. Bu şekilde hayat alanları ayrımı, kişiliğin hukuken korunması gereken bölümünü gösterdiği için yerindedir. Bu ayrımda özel ve gizli alanlar korunan kişilik alanları olmaktadır. *Aydın*, s. 185-198.

güçtür. Hangi değerın özel yaşam alanına, hangi değerın kamuya açık alana dahil olduğunu belirleme, bu değerlerin ne olduğuna bakılarak değil bunların gizlilik düzeyinin belirlenmesi ile ilişkilidir.<sup>148</sup> Alanlar teorisi, öğretilerdeki görüşler ve yorumlarla aşağıda ele alınmıştır.

### 2.2.1. Ortak Hayat (Kamusal Hayat) Alanı

Ortak yaşam alanı, bireyin toplum içindeki yerini, görünen etkinliklerini, başkalarıyla olan genel ilişkilerini kapsar. Bu alan, kamuya açık alanlarda yaşanan olayları içerir. Kamuya açık alan, önceden belli ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere açık sahaları ifade eder. Kişinin ortak yaşam alanı, kural olarak herkesin izlemesine ve bilgisine açık olan bir alandır. Bu alan, kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlanamaz. Buna göre ortak yaşam alanının paylaşıldığı kişiler, hiçbir haklı sebep göstermeden ilgilinin bu alandaki yaşam olaylarını ve davranışlarını başkalarına açıklayabilirler. Örneğin; A'nın bir gösteriyi izlemesi, bir konsere gitmesi, sokaktaki biriyle tartışması... başkaları tarafından izlenebilir ve başkalarına açıklanabilir.<sup>149</sup>

Çünkü kişi, topluluk veya ortak yaşam alanı içindeyken, diğerlerinin kendini izlemesine, dinlemesine, gözlemlemesine zımni rıza göstermiş olarak değerlendirilir. Günlük yaşam olaylarının açıktan yapılmaması bu olayların kamuya karşı aleniliğini, açıklığını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle herkesin, kişinin başkalarıyla paylaştığı ortak hayat faaliyetlerini görme ve öğrenme hakkı vardır.<sup>150</sup> Ortak yaşam alanı-kamusal hayat alanının öğrenilmesi, izlenmesi, değişik yöntemlerle başkalarına aktarılmasında kişinin özel hayatını ihlal eden bir etki yoktur.

Ne var ki, ortak yaşam alanlarında dahi özel hayat kapsamında incelenmesi gereken faaliyetler olduğu öğretilerde gözden kaçmıştır. Diğer bir söyleyişle ortak yaşam alanında korunmaya değer özel hayat faaliyetlerinin bulunmadığı bir yanılgıdan ibarettir. Okul, spor salonu gibi kişinin kamusal hayat alanı içindeki faaliyetlerinin

---

<sup>148</sup> Sevimli, K. Ahmet, (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayınları, İstanbul, s. 9

<sup>149</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 125.

<sup>150</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 213.

sahnelendiği yerlerde, soyunma odası, duş kabini ve benzeri bölümlerde özel hayata dair çıplaklık ve temizlenme gibi faaliyetlerin korunmaya değer olduğu kuşkusuzdur.

Kişi ortak yaşam alanına giren bir olayı kamuya açık alanda kimliği önem arz etmeden sade bir vatandaş gibi yaşar. Bunlar çoğunlukla kişinin günlük yaşamının zorunlu kıldığı davranışlardır. Bazen de kişi, televizyon ya da radyo programına çıkmak veya bir topluluk önünde konuşmak şeklindeki davranışlarıyla kamusal alandaki eylemlerine kendisi aleniyet kazandırır<sup>151</sup>. Kişi, davranışlarını basına açık toplantılarda yüksek sesle, tavırlarla ve yazılı-görsel enstrümanlarla aleniyetin ötesine geçirerek dikkat çekici hale getirebilir. Bu halde kişinin kimliği önem arzeder, açıklanabilir ve davranışı haber ve yorum şeklinde aktarılabilir.

Ortak yaşam alanında sıradan kişi davranışları topluma açık bir şekilde gerçekleştiği halde öyle bazı davranışlar vardır ki kişi bunların, haber ya da yorum şeklinde başkalarına aktarılmasını istemez. Bu tür davranışların basın ya da üçüncü kişiler tarafından açıklanması halinde kişilik hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Fiile aleniyet kazandırmak veya onu daha dikkat çekici hale getirmek şeklinde yukarıdaki örneğin aksine kişinin tanınmasını gerektirecek dikkat çekici olağanüstü bir davranış olmaksızın kimliğinin ön plana çıkarılması kişilik haklarının ihlali olarak nitelendirilmelidir. Örnek olarak, B'nin estetik operasyon için doktora gitmesi, C'nin bir klinikte kürtaj olması, C'nin iç çamaşırıyla denize girmesi gösterilebilirse de bu örnekleri farklı şekillerde çoğaltmak mümkündür.

Bu konuda kamusal hayatın açıklığı ile kamusal hayat alanında kişinin ortaya koyduğu faaliyetlerin kamuya takdimi bir çelişki üretmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kamuya açıklık ve kamuya sunumun birbirine karıştırılmamasıdır. Gerek habercilerin, gerek gündelik yaşam görünümelerini görüntü, fotoğraf vb. yollarla kullananların kamuya sunumunda bir sınır olduğunu asla göz ardı etmemeleri gerekir. İşte bu sınır, kişinin tanınmasını sağlayan öğelerin (isim, yüz) saklanmasıdır. Gerçekten de kişi bu davranışları toplum içinde yani kamusal hayat alanında yapmakta ancak bu

---

<sup>151</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 214

davranışlar özel hayat sınırları içinde kalmaktadır. Bu halde davranışların izinsiz olarak kamuya sergilenmesi kişilik haklarının ihlali anlamına gelir<sup>152</sup>.

### 2.2.2. Özel Hayat Alanı

Özel hayat ise, kişinin kendi öz varlığıyla bütünleşmesi için, dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir ortamdır. Bir başka deyişle özel yaşam, bireylerin yalnız yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir. Bu yaşam alanı sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan, aksine kişiyle yakından ilgili olan sınırlı sayıda insanla (Anne, baba, çocuk, eş, akrabalar, arkadaşlar, iş arkadaşları, ziyaretçiler) paylaşılan yaşam olaylarının gerçekleştiği alandır. Kişinin kendinde veya ötekinde bulunduğu tikellik, kamunun bakışından kurtulmuş, sıradan zamandan sıyrılmış benzersiz davranışları ortaya çıkarır. Bunların bazıları aile mahremiyeti içinde yer alır: örneğin çocukla oynanan oyunlar, çocuğun bireyselliğini keşfetmesine eşlik eden şımartmalar.<sup>153</sup>

Bu çevrede gerçekleşen olaylar belirsiz kişilerce görülebilir ve bilinebilir olaylar değildir. Belli bir grup ve sayıda kişilerin öğrenebildiği ve gözleyebildiği yaşam faaliyetleridir. Bu kişilerin sayısı her olaya göre değişebilir. Ancak önemli olan söz konusu faaliyetin sınırlı ya da belirli sayıda kişi tarafından bilinmesidir.<sup>154</sup>

Özel yaşam alanı, kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlanır. Bu alana haksız olarak girme, bu alandaki olaylardan bilgi edinme ve bunları resmetme hukuka aykırıdır. Ancak bu olayların başkalarına yayılması, her zaman hukuka aykırı değildir. Özel yaşam alanı, kişinin kendisine yakın kişilerle paylaştığı bir alan olduğundan, bu kişilerin edindikleri bilgileri başkalarına yaymaları hukuka aykırı sayılmaz. Örneğin; bir yaş günü veya doğum partisinin, davetliler dışında konuşulması, anlatılması

---

<sup>152</sup> Nitekim Yargıtay; davacılara ait, Anıtkabir’de çekilmiş fotoğrafın, dergi kapağında ve reklâm panolarında yayınlanmasını, resmin yayınlanan görüntüde yalnızca ayrıntıdan ibaret olmadığı gerekçesiyle davacıların kişilik haklarının zarara uğradığına karar vermiştir. Yargıtay H.G.K. (03. 10. 1990), E. 1990/275, K. 1990/159.

<sup>153</sup> Aries Philippe-Duby Georges, *Özel Hayatın Tarihi 3- Rönesans'tan Aydınlanma'ya*, (2007). Chartier Roger, Çeviren: Devrim Çetinkasap, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 183.

<sup>154</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 116.

mümkündür. Ancak, bu tür olayların belirsiz kişiler topluluğuna, bir başka ifadeyle kamuya açıklanması hukuka uygun olarak değerlendirilemez<sup>155</sup>.

Kişinin özel yaşam alanı, ortak yaşam alanıyla gizli yaşam alanı arasında kalan yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği alandır. Kişinin gizli yaşam alanı dışında kalan ailevi ve mesleki faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilir.

### 2.2.3. Gizli Hayat Alanı

İnsanların bir de “*gizli hayat alanı*” vardır. Gizli hayat alanı kapsamına kişinin duygusal hayatı, cinsel hayatı, haberleşmesi ve kişisel bilgileri girer. Bu alan aynı zamanda bir iç sorgulama bölgesidir ve başkalarını hiçbir biçimde ilgilendirmemektedir. Kişinin “*yalnız kalma hakkı*” olarak da anılan gizli yaşamının, her türlü el atmanın dışında tutulması gerekir.<sup>156</sup> Bu alan “giz alanı” ya da “sır alanı” olarak da adlandırılmaktadır.

Genel olarak özel yaşam alanında ortaya çıkan kişiye özel-benzersiz davranışlar ev, oda gibi özel yaşam alanı mekanlarında kalmakla birlikte örneğin daha özel anlamlar taşıyan eşlerin sevgi, duygusallık ve cinsellik içeren iletişimleri ve cinsel birliktelikleri gibi fiilleridir; mekansal ifadesiyle daha dar ve gizemli sayılan, örnekteki bu alan yatak odası yaşantısıdır. Aile hayatının bazı görünümüleri, özel dostluklar, ikili ilişkiler, mahrem itiraflar, hatıralar, günceler, not defterleri işte bu sır alanı veya gizlilik alanı içinde yer alır. Yine kişinin ibadet hayatının bazı görünümüleri de bu alan içinde telaffuz edilmelidir. Özel alan gibi, gizli hayat alanı da hem kamu hukuku hem de özel hukuk kuralları ile koruma altına alınmıştır.

Kişinin özel yaşamı olarak algıladığı ve bu nedenle de kendisini güvende hissettiği; kendi olma, kendi olarak yaşama, başkaları ile sosyal olarak etkileşimde bulunma, kendi kişiliğini geliştirme ve tatmin etme, fiziksel ve manevi bütünlüğüne saygı görme, şahsi kimlik edinme, şahsi ve özel alana saygı görme, cinsel yönelme, kimlik ve ilişkiye saygı görme, saldırgan yayımlara karşı korunma, kişisel bilgilerin

<sup>155</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 128

<sup>156</sup> Dinç, s. 382.

devlet tarafından toplanmasında demokratik uygulamaya tabi olma, konut ve çevre hakkına sahip olma, haberleşmenin gizli olması, gözleme ve kapalı devre televizyona karşı korunma, tıbbi bakımın gizliliğinin sağlanması, sağlık bilgilerine izinsiz erişim olması<sup>157</sup> vb. durumlar olarak değerlendirilmelidir.

Gizli yaşam alanını, özel yaşam alanından ayıran en önemli özellik, özel yaşam alanında yakın kişilerle paylaşılan olayların ve bilgilerin, bu kişilerce aynı kapsamdaki kişilere yayılabilmesine karşılık; gizli yaşam alanındaki faaliyetlerin, bilgilerin güvenilen kişiler dışında kimselerce öğrenilmesinin kişi tarafından sarıh veya zımni iradesiyle engellenmesidir.

Karı ve koca arasında aile birliği sarsıldığında geçimsizliğe sebep olan durumun örneğin cinsel isteksizlik, cinsel yetersizlik vb. olması halinde özel hayat alanı içinde sayılan ve arabuluculuk rolü üstlenen anne ve babalar için dahi durum bir sır ve gizem olarak kişinin gizli yaşam alanındadır. Buna benzer durumlarda paylaşımın yapılacağı güvenilir kişinin seçimini, paylaşımın detay ve sınırını eşlerin birlikte belirlemeleri gerekir.

İstisna olarak, sır saklama yükümlülüğü altında mesleklerini yürüten avukat, doktor ve psikologlarla diğer eşten bağımsız olarak bilgi paylaşımı yapılabilecektir. Ancak, kişinin güvendiği ve gizli yaşam alanındaki faaliyetini paylaştığı diğer kişinin bu bilgiyi yukarıda sayılan meslek sahipleriyle paylaşması halinde özel hayatın ihlali söz konusu olacaktır. Yine, eşler arasındaki bilgilerin aktarımı da aynı kapsamda değerlendirilmelidir.

Bu paralelde 2008 tarihli bir kararında Yargıtay, eşlerden birinin, özel yaşam alanına ilişkin faaliyetlerinin, diğer eşi de yakından ilgilendirdiğini; bu nedenle, evlilikle ilgili faaliyetlerin, eşlerin her birinin özel yaşam alanı içinde olmayıp, aile yaşamı alanı içinde olduğunu belirtmiştir<sup>158</sup>:

---

<sup>157</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 332-342.

<sup>158</sup> Yargıtay 2. H.D. (20.10.2008). E. 2007/17220, K. 2008/13614, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.



*“Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanılan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dahil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir.”<sup>159</sup>*

Bir yaşam olayının, sır alanına giren ve hukuken korunan bir sır teşkil edebilmesi için, bazı şartları taşınması gerekir. Bu gerekli şartları objektif ve subjektif şart olarak ikiye ayırmak mümkündür.<sup>160</sup>

*“Objektif şart”ta*, bir olayın sır alanına girebilmesi için, üçüncü kişilerle ilgili olan bir şart söz konusudur. Bir olay ve davranışın sır alanına girebilmesi için, herkes tarafından izlenebilir ve bilinir olmaması gerekir. Gizli tutulan olay veya davranış, kişinin *iç yaşamıyla* ilgili olabileceği gibi, *dış yaşamıyla* da ilgili olabilir. Başkalarından gizli tutulan düşünceler, inançlar, planlar, hisler iç yaşamla ilgili sırlardır. Başkalarına açıklanmayan insanlar arası ilişkiler ise dış yaşama girerler. Kişinin yazışmaları, geçmişte kalan sabıklar, aile içi birçok ilişkiler bunlar arasında sayılabilir.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Yargıtay 2. H.D. (20.10.2008). E. 2007/17220, K. 2008/13614, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>160</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 119.

<sup>161</sup> Bir olay veya davranışın, ister iç ister dış yaşamla ilgili olsun, sır alanına girmesi için, aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetini ilgilendirmesi şart değildir. Fakat böyle bir olay ve davranışın çoğu zaman olduğu gibi aynı zamanda şeref ve haysiyeti ilgilendirmesi mümkündür. Örneğin, bir kişinin sabikasını açıklamak. Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 119.

Olay ve davranışın sır sayılabilmesi için, herkes tarafından izlenebilir olmaması yetmez; aynı zamanda bilinmeyen bir olay veya davranış olması da gerekir. Ancak, herkes tarafından bilinen bir olay geçmişte kalmışsa bu, zamanla sır alanı içine girebilir.<sup>162</sup>

“*Subjektif şart*” olarak; bir yaşam olayının sır alanına girebilmesi için sır sahibinde bu olayı gizli tutma iradesi mevcut olmalıdır. Kişinin sır saklama iradesi beyanlarından açıkça (konunun sır olduğunun söylenmesi gibi) veya maddi engeller koymakla (kapının kilitlenmesi, mektubun çekmecede saklanması gibi) ya da bir olayı alçak sesle anlatmakla bu iradesini ortaya koyabilir. Kişinin sır saklama iradesi yaşam tecrübelerinden de zımnen çıkarılabilir. Sır alanı, kişinin bizzat kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese kapalı olan bir alandır. Güvenilen kişilere açıklama yapılması bu iradenin ortadan kalktığı anlamına gelmez.<sup>163</sup>

### 2.3. HAYAT ALANLARINA FARKLI YAKLAŞIMLAR

Öğretide özel hayat-gizli hayat ayrımına karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre uluslararası belgelerde kullanılan kavram özel hayat alanıdır. Gizli hayat alanı kullanılmadığı için böyle bir ayırım hukuka aykırıdır.<sup>164</sup>

Şen’e göre, gerek uluslararası belgelerde gerekse Anayasa’da kullanılan kavram “Özel hayat alanı” kavramı olup “gizli hayat alanı” kavramı kullanılmamıştır. Bu nedenle özel hayat alanından farklı olarak bir de gizli hayat alanı (sır alanı) kavramından söz edilemez. Şen özel hayatı: Kişinin şahsına münhasır olan ve şahsına münhasır olmayan özel hayatı olarak ikiye ayırır. Öğretide, hayat alanları değerlendirilirken meslek hayatı, aile hayatı, kişinin şahsına münhasır olan özel hayatı ve kişinin şahsına münhasır olmayan özel hayat alanı ayrımları da yapıldığından bu ayrımlara da değinilecektir.

---

<sup>162</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 120.

<sup>163</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 121-123.

<sup>164</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 229

### 2.3.1. Kişinin Şahsına Münhasır Olan Özel Hayatı

Kişi, özel hayatına ilişkin bazı durumları saklı tutmak ister. Bu hususların başkaları tarafından bilinmesini, duyulmasını veya görülmesini istemeyebilir. Özel hayatına ait bu hususların başkaları tarafından öğrenilmesi şahsını rahatsız edecek ve kişilik haklarını zedeleyebilecektir. Bu sebeple kişi özel hayatına giren faaliyetlerinin başkaları tarafından öğrenilmesini engellemek için bazı önlemler alacaktır. Bu önlemler vasıtasıyla kişi başkalarından gizlediği ve koruduğu özel hayatını güvence altına alabilecektir. Özellikle kişi özel hayatına giren önemli hususları başkalarına anlatmayarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının sağladığı güvencelerden faydalanacaktır. Kişinin saklı tuttuğu özel hayatına ilişkin faaliyetlerinin gizliliği ve korunması ona çok yakın olan kişiler için de geçerlidir.<sup>165</sup>

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının sağladığı hukuki güvenceler kişinin şahsına münhasır olan özel hayatı üzerinde etkili olacaktır. Burada kişi özel hayatına ait bir hususun başkaları tarafından öğrenilmesine razı olacak nitelikte bir iradeye sahip bulunmamaktadır. Bu durumda kişinin titizlikle saklı tuttuğu özel hayatına ilişkin bir konunun öğrenilmesi için başkaları tarafından gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı olacaktır.<sup>166</sup>

### 2.3.2. Kişinin Şahsına Münhasır Olmayan Özel Hayatı

İnsanın sosyal bir varlık olması sebebiyle özel hayatına ilişkin bazı faaliyetleri yakınlık ve güven duyduğu bazı kişilerle paylaşması mümkündür. Kişi özel hayat alanına giren bir hususu tıp doktoru, avukat gibi belirli bir meslek veya sanatı icra eden kişilerle veya samimi arkadaşlarıyla paylaşabilmekte, fakat eşiyle ve çocuklarıyla paylaşmayabilmektedir. Bu kişilerin kimler olacağı, paylaşacağı özel hayat faaliyeti üzerinde kişinin tasarruf hak ve yetkisini kullanmasıyla ilişkilidir. Her kişi sorunlarına çözüm bulmak amacıyla uzmanlığına güven duyduğu kişilere müracaat edebilmektedir. Meslek sırrı kapsamına giren bu bilgiler başkasının özel hayatına ilişkin ve onun

---

<sup>165</sup> Yıldız, Sevil (2007). *Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*, Nobel Yayın Dağıtım, İstanbul, s. 176.

<sup>166</sup> Donay Süheyl, (1978), *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, s. 22.

şahsına münhasır olan faaliyetlerini içermektedir. Bir meslek ya da sanatı icra eden kişi, görevini yerine getirirken öğrendiği sırları başkalarına açıklamamak zorundadır.<sup>167</sup>

Özel hayata giren faaliyetleri başkalarına açıklayabilme şeklindeki tasarruf hakkına sadece kişinin kendisi sahiptir. Çünkü özel hayata ilişkin faaliyetler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Kişinin başkalarına açıkladığı hususlar, artık şahsına münhasır olmayan özel hayatı kapsamına girecektir.<sup>168</sup>

### 2.3.3. Mesleki Hayat ve Kamuya Mal Olmuş Meslek Ayrımı

Meslek, kişinin hayat alanlarından biri olarak değerlendirilmiştir. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak ve bilgilerini, yeteneklerini, uygulamak için yaptıkları faaliyetler olarak tanımlanmaktadır<sup>169</sup>. Örneğin, bir öğretmenin ders anlatması, bir avukatın dilekçe hazırlaması gibi faaliyetler kişinin mesleki hayat alanı içindeki faaliyetleridir.

Kişinin meslek hayatı kendisine yakın iş çevresi ile paylaştığı ve belirli bir mesleğin icrası nedeni ile birlikte bulunmaktan doğan imkanlar sonucunda öğrenilebilen faaliyetlerden oluşan ve diğer kişilere karşı gizli kalması gereken hayat alanıdır.<sup>170</sup>

Kişinin meslek hayatı kural olarak kamuya açık olmamakla birlikte bunun istisnası olarak, meslek hayat alanı, *kamuya mal olmuş mesleki hayat* ve *kamuya mal olmamış mesleki hayat* olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>171</sup>.

Kişinin icra ettiği meslek, kamuoyu tarafından takip edilen, kamu menfaatlerini ilgilendiren ve merak edilen bir meslek ise kamuya mal olmuş meslek hayatından bahsedilmektedir.<sup>172</sup> Devlet işleri ile uğraşan önemli kişiler, basın organlarında yayın konusu olabilir. Zira basının başlıca görevi, devlet işleri hakkında haber vermek ve

---

<sup>167</sup> Yıldız, s. 177.

<sup>168</sup> Donay, s. 23.

<sup>169</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 215.

<sup>170</sup> Yıldız, s. 174.

<sup>171</sup> Yıldız, s. 174.

<sup>172</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 218.

bunlar hakkında değerlendirmeler yapmaktır. Basın bu görevini yerine getirirken ister istemez bu kişilerden bahsedecektir; bu bir genel menfaat gereğidir.<sup>173</sup>

Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına dair bu durum kabul edilmekle birlikte üstün bir kamu menfaati de bulunması gereklidir. Görevleri ya da uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişiler, hayatlarının “kişiyeye özel” niteliğinin bir kısmını da kaybederler. Bu gibi durumlarda kişilerin, “özel hayata saygı isteme” haklarının kapsamı da önemli ölçüde daralacaktır.<sup>174</sup>

Devlet adamları, kamu yararı gerektiriyorsa, özel yaşamlarında basın tarafından eleştirilebilirler. İdari görev yüklenmiş kişi çoğunluğun güvenini hak etmek zorundadır. Eğer hak etmiyorsa seçmenleri bilgi sahibi etmekte kamu yararı söz konusudur.<sup>175</sup>

Ancak siyaset adamlarının özel yaşamları onların rızası alınmadıkça ve devlet yaşamındaki görevlerini iyi bir şekilde yerine getirmesi için gerekli vasıflarına ve bu görevlerine bir etkisi olmadıkça, bu kişilerin özel-alemi davranışları ve özel yaşamlarına ilişkin olaylar basında yayınlanmamalıdır.<sup>176</sup>

Politikacıların, sporcuların veya sanatçıların vs. kamuya açık yaşamları dışında korumayı ümit ettikleri özel yaşamları vardır. Aynı şekilde tarihi kişilikler, kamuya açık yaşamları ile tarihçilere; ailelerine de özel yaşamları ile aittirler. Politikacılar, sporcular, sanatçılar vs. diğer kişilere nazaran daha geniş kamuya açık yaşama sahiptirler.<sup>177</sup>

Şöhretin, özel yaşamdan bahsedilmesini gerektirmesi için halen devam ediyor olması lazımdır. Bir kimsenin vaktiyle meşhur olması, onun özel yaşamının açıklanması için geçerli bir gerekçe oluşturmaz.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> Kaplan, İbrahim (1979). *Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması*, Ankara, s. 219; Tüfek, s. 106.

<sup>174</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 336.

<sup>175</sup> Kaplan, s. 219; Tüfek, s. 106.

<sup>176</sup> Kaplan, s. 219; Tüfek, s. 106.

<sup>177</sup> Helvacı, s. 67.

<sup>178</sup> Kaplan, s. 219; Tüfek, s. 107.

Kişinin icra ettiği meslek sadece kendisini ve iş çevresini ilgilendiren bir meslek ise, mesleğiyle ilgili kişisel hayatından söz edilmektedir. Kişi, icra ettiği mesleğe ilişkin faaliyetlerinin başkaları tarafından öğrenilmesini engelleyebilmektedir, çünkü bu hayat alanının başkalarından gizlenecek ve korunacak tarafları mevcut olabilir.<sup>179</sup>

#### 2.3.4. Aile Hayatı

Kişinin hayat alanlarından bir diğeri aile hayatıdır. Kan bağı ve evlenmeyle birbirine bağlanan kişilerin hepsine birden aile denmektedir. Bununla birlikte aralarında kanbağı veya evlilik olmadan beraber yaşayan kimseler de bazı şartlar altında aile sayılmaktadır.<sup>180</sup>

Kişilerin aile olarak bir arada yaşadığı fertler ile gerçekleştirdiği ve paylaştığı faaliyetler aile hayatını oluşturmaktadır. Bu hayat alanı kişinin kendisine yakın bireylerle paylaştığı ve başkalarına karşı gizli kalması gereken yaşam alanıdır.<sup>181</sup> Bu faaliyetler özellikle anne, baba, çocuk ve eşler arasında olmaktadır.

Şen, öğretide yaygın şekilde kabul edilen, aile hayatının kişinin özel hayatı kapsamında olması hususunu kabul etmemekte, özel hayat alanının yalnızca kişi faaliyetleri sonucu ortaya çıktığını, “özel hayatın” ayrı bir alan olduğunu, kişinin kendisi dışında ailesi de dahil olmak üzere herkese karşı gizli tutabileceğini belirtmektedir.<sup>182</sup> Aile hayatına nazaran kişinin özel hayatı bir diğer hayat alanıdır.<sup>183</sup>

#### 2.3.5. Basın Açıklamaları Yönünden Ortak Hayat Alanı

Kişi günlük yaşamın zorunlu kıldığı ortak yaşama ilişkin olayların, içinde bulunduğu toplum tarafından izlenmesini hoş karşılayabilir; fakat bunların basın

---

<sup>179</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s.220.

<sup>180</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi (1986). *Türk Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 218.

<sup>181</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s.224

<sup>182</sup> Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları*, s. 224-225.

<sup>183</sup> Yıldız, s. 174.

açıklamalarıyla daha geniş kitlelere aktarılmasına tahammül etmesi kimseden beklenemez. Basın açıklamalarının el altında bulundurulup ilerde yeniden okunabilmesi, kişinin ortak yaşamına ilişkin olayların uzun süre elde bulundurulması ve bunların her zaman kullanılabilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle basın açıklamaları bakımından kişinin ortak yaşam alanının dar anlamda özel yaşam alanı lehine daraltılmak zorunluluğu vardır.<sup>184</sup> Öğretide basın açıklamaları bakımından ortak yaşam ikiye ayrılmaktadır.<sup>185</sup>

İlk planda *basına da açık olan ortak yaşam sahası gelir*. Bu saha ferdin isteyerek toplumun karşısına çıktığı olayları ihtiva eder. Örneğin, sanatkar olarak kamuoyu önüne çıkmak, eser sahibi olarak bir eseri kamu oyuna sunmak, bir aleni yarışmaya ya da sporcu olarak resmi bir müsabakaya katılmak gibi. Bu olaylar hakkında basın müdahalesini haklı kılacak özel bir sebebe dayanmaya hacet olmaksızın, mesela genel menfaatleri koruma sebebini ileri sürmeksizin bilgi verebilir, yorum yapabilir. Kişinin faaliyetini kamuoyuna sunması, yalnız başına onun bu faaliyetinin basında yer almasını haklı göstermeye yeterlidir.<sup>186</sup> Burada kişi kendi tercih ve tutumları doğrultusunda davranışlarına aleniyet kazandırmaktadır.

İkinci saha ise, *özel açıklamalara açık, fakat basına kapalı* sayılan ortak yaşam alanıdır.<sup>187</sup> Bu saha, kişinin herkes tarafından öğrenilmesi mümkün, fakat özel bir bildirme iradesinin konusu olmayan yaşam faaliyetlerinden oluşur.<sup>188</sup> Bu sahaya kişinin günlük yaşamının zorunlu kıldığı ve tamamen anonim bir kişi olarak yaşadığı yaşam olayları girer. Örneğin, herhangi bir vatandaş olarak alışverişe çıkma, gösteri izleme, sinema ve tiyatroya gitme,<sup>189</sup> A'nın otomobilini bir gece kulübünün önüne park etmesi, C'nin B adında bir genç kızla bir araç içinde bulunması gibi.

---

<sup>184</sup> Kılıçoğlu Ahmet, s. 126.

<sup>185</sup> Bu amaçla Jaggi Fragen kişinin ortak yaşam alanını basın açıklamaları bakımından ikiye ayırmaktadır. Kılıçoğlu *Hukuksal Sorumluluk*, s. 126.

<sup>186</sup> Kaplan, s. 216; Tüfek, s. 98-99; Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 129.

<sup>187</sup> Tüfek, s. 99.

<sup>188</sup> Kaplan, s. 216; Tüfek, s. 98-99.

<sup>189</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 127; Tüfek, s. 99.

Kişinin bu davranışlarına “özel-aleni davranışları” demek mümkündür. Kişinin bu davranışlarını basın haber değerinde bulursa yayınlatabilir ve bunlara ilişkin değerlendirme (yorum) yapabilir. Ancak bu haber ve yorum isim zikredilmeden herhangi bir kimsenin gayri şahsi bir davranışı gibi verilmesi veya yayınlanması gerekir, aksi takdirde kişinin özel yaşamına haksız bir tecavüz teşkil eder.<sup>190</sup>

#### 2.4. ÖZEL HAYAT HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

*Özel hayatın gizliliği hakkı*, kişinin şahsiyet hakkının (kişilik hakkı) unsurlarından biridir. Kişilik hakkı ve değerlerinin sınıflandırılması çabası karşısında, sınıflandırma ne şekilde olursa olsun vurgulanmak istenen sonuç aynıdır. Kişilik hakları, farklı hukuk disiplinleri alanında düzenlenen kurullarla koruma altına alınmıştır. Gerek kamu hukuku alanında Anayasa, Ceza, Ceza Muhakemesi Hukuku vb. normlarla ve gerekse özel hukuk alanında Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, vb. normlarla getirilen düzenlemeler incelendiğinde bu durum gözlemlenmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkı kişilik hakkının bir unsuru olmasının yanı sıra, aynı zamanda bir "insan hakkı"dır. Demokratik devlet rejimleri, bir taraftan anayasalar ve onlara uygun kanunlarla, diğer taraftan uluslararası anlaşmalarla insanların özgürlüklerini ve kendilerinden kaldırmayacak olan (temel) hakları, keyfi idarenin ve otoriter eğilimlerin saldırılarına karşı teminat altına almaya çalışır.<sup>191</sup>

Belirtilen teminatlar kapsamında “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” insanın, sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu bir haktır. Özel hayat hakkı, Kamu Hukuku bakımından insan hakları (temel haklar) ve Özel Hukuk açısından kişilik hakları olarak kabul edilir.

Özel hayatın, hukuki düzenlemelerle korunmasındaki temel tahrik noktası “hukuk devleti ilkesi” ve “insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi”dir. Söz konusu

---

<sup>190</sup> Kaplan, s. 217; Tüfek, s. 99.

<sup>191</sup> Tekinay, *Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 249.



ilkelerin hakim olmadığı ülkelerde ise, keyfîlik hakimdir ve özel hayatın gizliliğinin korunması bahis konusu değildir.<sup>192</sup> Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin kişi açısından temel konusu, insan hakları ve temel hürriyetler, devlet açısından ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir. İnsan hakları ve temel hürriyetler ancak kuvvetler ayrılığını kabul eden bir devlette korunabilir.<sup>193</sup>

Özel hayatın gizliliği hakkı, hem devlet ve birey ilişkilerinde yani dikey ilişkilerde ve hem de, birey ve birey ilişkilerinde yani yatay ilişkilerde gündeme gelmektedir.<sup>194</sup> Özel hayatın gizliliği, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan ya da devlet birey ilişkilerini ilgilendiren bir konu, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur. Bunu devlet ve birey arasındaki ilişkiler açısından “dikey ilişkilerde” ve birey-birey ilişkileri açısından “yatay ilişkilerde” özel hayata yapılan müdahale ve ihlaller olarak nitelendirmek mümkündür. Dikey ilişkilerle özel hayatın gizliliğinin ihlali konut dokunulmazlığı, sebepsiz arama, izleme ve haberleşmeye müdahale, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi, giyim tarzı ve görünüş ve cinsel davranış gibi özel kararlara devletin müdahalesi gibi durumlarda ortaya çıkar. Yatay ilişkilerde ise, müdahaleler haksız fiil hukuku çerçevesinde karşılanmaktadır.<sup>195</sup>

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, özel yaşamın ana öğeleri olarak koruma alanları, koruma araçları ve ilkeleri, ayrıca sınırlama ve yaptırımlar, bu özgürlüğün çok yönlülüğünü, hukuksal rejiminin karmaşıklığını gösterir.<sup>196</sup>

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, vazgeçilmez bir hak olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanında ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı 1961 ve 1982 Anayasalarında kişinin hakları ve

<sup>192</sup> Öztürk, Bahri (1992). “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl: 11, Cilt: 4, Sayı: 41, s. 5

<sup>193</sup> Ancak, başka ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de yasama, yürütme ve yargı organları arasında yetkiler, yetkilerin sınırları, sınırları aşma konularında ciddi problemler ortaya çıkmaktadır. Ökçesiz, Hayrettin (Ed). *Hukuk Devleti* (1998). Yaşar Karayalçın, Afa Yayınları, İstanbul, s. 132.

<sup>194</sup> Er, Cüneyd, (2007). *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.78

<sup>195</sup> Üzeltürk, Sultan (2000). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 223.

<sup>196</sup> Kaboğlu, Ö. İbrahim, (1996). *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, Afa Yayıncılık, İstanbul, s.150

ödevleri başlığı altında temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği ve korunmasının her fert için tartışmasız nitelikte temel bir hak olduğu fikri kurallaştırılmıştır. Temel bir hak olarak, kurallaşan bu kavram kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki bir hak görünümündedir. Özel hukuk açısından kavram, temel bir kişisel hak olarak görülmektedir. Özel hayatın gizliliği ve korunmasının, bir kişilik hakkı olması sebebiyle, herkesin sahip olduğu “genel”, herkese karşı ileri sürülebilen “inhisari”, devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan “vazgeçilmez” nitelikte bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>197</sup> Diğer bir ifadeyle, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak, devredilemez bir şahıs varlığı hakkıdır.

Kamu hukuku ve özel hukuk açısından meseleye baktığımızda, anayasa kurallarının, kavram açısından özel ilişkileri etkileme gücüne sahip olup olmadığı bir sorun olarak tartışılabilir. Sorun, anayasa kurallarının sadece devlet-kişi ilişkileriyle ilgilendiğini savunan klasik kamu hukuku kuramı açısından incelenirse, kişiler arası ilişkilere anayasa kurallarının uygulanmasına olanak tanınamayacağı sonucuna varılır.<sup>198</sup>

Bugün doktrinde kabul gören kurama göre ise, anayasalarda düzenlenen haklar, yalnızca devlet-kişi ilişkilerini değil, kişiler arası ilişkileri de kapsamakta ve yalnızca devletten kişiye olan tecavüzleri değil, aynı zamanda tüm özel hukuk kişiliklerinin diğer özel hukuk kişiliklerine karşı tecavüzlerini de ele alınan kavram açısından temel bir hakkın ihlali olarak ifade etmektedir. Anayasa hükümleri her ne kadar kamu hukukuna ilişkin tasarruflar ise de, kapsamı ve konusu itibarıyla özel hukuk alanına da etkilidir.<sup>199</sup>

*Anayasa Mahkemesi*<sup>200</sup>, 1987 tarihli bir kararında özel hayatın hukuki niteliği konusunda görüş ortaya koymuştur.

---

<sup>197</sup> Dural, Mustafa (1987). *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul, s. 116-117.

<sup>198</sup> Hirsch, Ernst (1971). Anayasanın özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliği, Ankara, s. 6.

<sup>199</sup> Hatemi, Hüseyin (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları ve Sonuçları*, İstanbul, s. 48.

<sup>200</sup> Anayasa Mahkemesi, 31.3.1987, E. 1986/24, K. 1987/8, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*

*“Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini 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 istenilmiş, 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 hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunamadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır... Arama temel haklardan özel hayatın dokunulmazlığı ve gizliliği hakkını ihlal eden ve gereksiz yapıldığında insan onurunu kıran bir davranıştır. Bu sebeptendir ki, mutlak bir zaruret olmadıkça bu yola başvurulmaması gerekir.”<sup>201</sup>*

---

<sup>201</sup> Anayasa Mahkemesi, (31.3.1987). E. 1986/24, K. 1987/8, 28.5.1987 tarihli Resmi Gazete

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının tam olarak anlaşılabilmesi ve pozitif hukukun bu hakka yüklediği anlamı ve önemi kavrayabilmek amacıyla; hakkı koruyan ya da bu hakka yönelik düzenlemeleri değerlendirmek gerekmektedir. Bu amaçla hem ulusal düzeyde getirilmiş olan kuralları, hem de uluslararası güvenceleri ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

Konu, öncelikle anayasal düzeyde değerlendirilecektir. Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası ise ağırlıkla ele alınacaktır. Eski Türk Anayasaları'nı incelerken 1961 Anayasası'na kadar olan dönemde, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının içeriğini oluşturacak bir kısım hak ve özgürlüklerin ifade edilmeye başlandığı görülür. Ancak 1961 Anayasası ile "özel hayatın korunması" kavramı ve hakkı açık bir şekilde ve bu ad altında yer almıştır.

1876 tarihli Kanun-i Esasi'den önceki Türk Anayasa metinleri olan Sened-i İttifak, Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı'nda, doğrudan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ilgilendiren bir hüküm bulunmamaktadır. 1876 Anayasası'nın 22. maddesi ise konut dokunulmazlığını düzenlemektedir.<sup>202</sup>

1924 Anayasası'nda, özel hayatın gizliliğiyle doğrudan bağlantılı hükümler anayasal temelde yer almaya başlamıştır. Bu konuda 70. madde "Şahsi masuniyet,

---

<sup>202</sup> Üzeltürk, s. 13-14; Er, s. 114.

vicdan, tefekkür, kelam, neşir, seyahat, akit; sayüamel, temellük ve tasarruf içtima cemiyet, şirket hak ve hürriyetleri”; 71. madde “Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur.”; 74. madde “İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.” sayılabilir.<sup>203</sup>

### 3.1. 1961 ANAYASASI DÜZENLEMESİ

1961 Anayasası, felsefe ve amacı bakımından “devlet”i kutsal sayacak olan 1982 Anayasasından farklı olarak, bireyi yüce bir değer saymakta, bireyin ve toplumun hak ve özgürlüklerinin uzlaştırılıp geliştirilmesini ana hedef bellemektedir. Gerçekten de anayasanın başlangıç bölümü ile “genel esaslar”ında ve temel haklar ve ödevlerle ilgili “genel hükümler”inde, bu liberal yaklaşımın bulgularını yakalamak mümkündür.<sup>204</sup>

“Temel Hakların Niteliği ve Korunması” kenar başlıklı 10. maddede ilk fıkrasında, “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” demekle insan ve bireyin doğal hukuktan kaynaklanan ya da liberal felsefeyi içeren ve “devlet”ten önce gelen ayrıcalıklı konumunu açıklamış olmaktadır.<sup>205</sup>

1961 Anayasası’nın, insan-birey-toplum üçlüsüne ne gibi hak ve özgürlükler tanıdığını; hukuk teorisinin “klasik”, “sosyal” ve “siyasal haklar ve özgürlükler” ayrımını temel alarak belirleyebiliriz. *Klasik hak ve özgürlükler*, 18-19. yüz yılın burjuva demokratik devrimleriyle doğmuş kazanımlardır. Dolayısıyla bunlara “*birinci kuşak haklar*” denir. Ekonomik haklar da (mülkiyet, sanayi, ticaret, sözleşme) bunların içinde yer alır. Bu hak ve özgürlükler karşısında devletin görevi, esas olarak

---

<sup>203</sup> 1924 Anayasası, madde 76, “Kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez”; madde 81, Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler selahiyettar müstantik ve mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz.” Kuzu, Burhan (1988). *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 301.

<sup>204</sup> Tanör, Bülent (2006). *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 378.

<sup>205</sup> Tanör, s. 379.

dokunmama, karışmama, ihlal etmeme gibi olumsuz ve pasif bir tutum almaktır. Bu nedenle bu kategoriye girenlere “*olumsuz statü hakları*” da denmektedir.<sup>206</sup>

İkinci grup “*sosyal haklar*”dır. “*ikinci kuşak*” adı da verilen bu haklar burjuva demokratik devrimlerinden sonra kapitalist toplumlarda hızla artan eşitsizlik ve yoksunlukları hızla azaltmaya, iktisadi ve sosyal yönden zayıf durumdaki kişi ve sınıfları kollamaya yöneliktir.<sup>207</sup> Hak ve özgürlüklerin üçüncü demeti “*siyasi haklardır*”. Bu hak ve özgürlükler “*katılma hakları*” ya da “*aktif statü hakları*” olarak da belirtilir. İşte, *özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı*, klasik hak ve özgürlükler içinde diğer bir ifadeyle, olumsuz statü hakları içinde yer alır.<sup>208</sup>

Şematik bir bakış açısıyla insan haklarını, zaman içinde birbirini tamamlayan üç oluşum dönemine koşturularak üç ana başlık ya da yaygın bir deyimle kuşak adı altında şu şekilde sınıflandırabiliriz: Kişi hürriyetleri ve siyasal haklar (birinci kuşak), sosyal ve ekonomik haklar (ikinci kuşak), "Yeni İnsan Hakları", "Halkların Hakları" ya da "Dayanışma Hakları" (üçüncü kuşak)<sup>209</sup>.

Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması kavramına ilk defa bir temel hak olarak 1961 Anayasası'nda yer verilmiştir. 1961 Anayasasının, ikinci bölümünde “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” altında, 14. maddesinde “*Kişi Dokunulmazlığı*” başlığı altında, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kayıtlanamaz. Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.*” düzenlemesinden hemen sonra “*Özel Hayatın Korunması*” başlığı altında, 15. maddesinde özel hayatın gizliliğini, 16. maddesinde konut dokunulmazlığını, 17. maddesinde haberleşme

---

<sup>206</sup> Tanör, s. 380.

<sup>207</sup> Tanör, s. 381.

<sup>208</sup> Tanör, s. 382.

<sup>209</sup> Hekimoğlu, Mehmet Merdan, “1982 Anayasasına göre İnsan Hakları”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 7, 2002, s. 53-70.

hürriyetini düzenlemiştir.<sup>210</sup> 1961 Anayasası'nın 15. maddesi, 16. maddesi ve 17. maddesi sırasıyla aşağıdaki gibidir:

*“(15) Özel hayatın, gizliliğine dokunulamaz. Adli kavuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”<sup>211</sup>*

*“(16) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”<sup>212</sup>*

*“(17) Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.”<sup>213</sup>*

1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere geniş bir şekilde yer verse de, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 15. maddesinde 1971 yılında yapılan değişiklikle sınırlama imkanı arttırılmıştır. Değişiklik uyarınca “kamu düzeni” kavramının yanı sıra, “milli güvenlik” mefhumu da hükme eklenmiş, ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı olmaksızın, kanunen yetkilendirilmiş merci vasıtasıyla özgürlüğün sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir.<sup>214</sup>

---

<sup>210</sup> Tanör, s. 380.

<sup>211</sup> Kuzu, s. 313.

<sup>212</sup> Kuzu, s. 313.

<sup>213</sup> Kuzu, s. 313-314.

<sup>214</sup> Sınırlama sebeplerine milli güvenlik kavramının da eklenmiş olması, AİHS'nin 8. maddesine paralel bir gelişmedir. Er, s. 116.

### 3.2. 1982 ANAYASASI DÜZENLEMESİ

1982 Anayasası'nın devlet karşısında birey ve topluma yaklaşımı demokrasinin çerçevesinin nasıl çizildiğiyle yakından ilgili olmakla birlikte, Anayasa'nın bu konulara yaklaşım biçimi, 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, çok net bir şekilde antiliberaldir. Bir kere daha "Başlangıç" bölümünden anlaşıldığı gibi anayasa ve yapıcılara göre en yüce değer birey değil, "Devlet ve Türk milli menfaatleri"dir. Yani bu kavramların evrenselliği yadsınmış, bunların kapsamı daraltılarak bir nevi ulusa özgülenmiş, yani uluslaştırılmışlardır.

1961 Anayasası'nın "*insan haklarına dayalı*" deyiminin yerine, 1982 Anayasası (md. 2) "*insan haklarına saygılı*" deyimini kullanmıştır.<sup>215</sup>

*"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*

Temel hak ve özgürlükler rejimi de bu bakış açısına göre sınırlanabilir hale gelmiştir. En başta, ön görülen hak ve özgürlüklerden kısıtlanamayacak bir hak ve özgürlük yoktur. İkinci olarak hak ve özgürlükler *milli güvenlik, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, kamu düzeni*, vb. geniş ve içi duruma göre doldurulabilir kavramlarla sınırlanabilir hale getirilmiştir. Son olarak, hak ve özgürlükler, kendi özel maddelerinde *özel sınırlama sebepleriyle* sınırlanabileceği gibi, genel nitelikteki Başlangıç ile madde 13 ve 14 hükümlerine de dayanılarak kısıtlanabilir.

"Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlığı altında 13. madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

*"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla*

---

<sup>215</sup> Özbudun, Ergun, (1998). *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 74.



*sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*<sup>216</sup>

Yine, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması” başlığı ile diğer sınırlama madde 14 ile getirilmiştir.

*“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*

*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*<sup>217</sup>

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, 1985 Yılında verdiği bir kararda, “1982 Anayasası’nın 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma, ve adalet anlayışı içinde, saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasası’na nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır” diyerek insan haklarına ancak “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” çerçevesi içinde saygı gösterilmesi görüşünü benimsemiştir.<sup>218</sup>

Devlet, “ insan haklarına saygılı” olmaktan da önce “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı” için vardır ve bu çerçeve içinde “insan haklarına

---

<sup>216</sup> 1982 Anayasası md. 13, (Değişik madde RGT: 17.10.2001 RG No: 24556 Kanun No: 4709/2), *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>217</sup> 1982 Anayasası md. 14 (Değişik madde RGT: 17.10.2001 RG No: 24556 Kanun No: 4709/3) *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>218</sup> Özbudun, s. 74-75.

saygılı”dır.<sup>219</sup> Bir kez daha devlet ve otorite birinci planda, hak ve özgürlük ise ikinci planda ve bunlara tabi olarak vardır.<sup>220</sup>

1961 Anayasası, demokratik ve özgürlükçü bir içeriğe sahip olduğu halde, demokrasi ve insan hakları kavramlarını kendisiyle özdeşleştirmeyip daha geniş ve evrensel bir perspektif çiziyor, hedefler gösteriyordu. 1982 Anayasası’na göre ise demokrasi ve insan hakları bu anayasada gösterilenlerden ibarettir. Böylece insan hakları ve demokrasi kavramları evrensel boyutlarından kopararak “millileştirilmiş” olmaktadır. Burada, “doğuştan sahip olunan haklar”ın klasik ve felsefi anlamıyla doğal (tabii) haklar olmayıp, belli bir anayasada gösterilenlerden ibaret sayılması, mantığı yoran ve doğal haklar teorisini de zorlayan bir yaklaşımdır. Haklara hem doğuştan sahip olmaktan söz etmek, hem de bunların insanlığın belli bir tarihsel anda ulaştığı bütün kazanımları içermediğini, sadece “bu anayasadaki temel hak ve hürriyetler”den ibaret olduğunu söylemek, kuşkusuz çelişik bir yaklaşım ve ifade biçimidir.<sup>221</sup> Anayasa, bu haliyle çelişkili kurallar içermekte ve çelişkiler üretmektedir.

1982 Anayasası’nın, 1961 Anayasası’na oranla bireyin temel hak ve hürriyetlerine devlet otoritesi karşısında daha güçsüz bir konum verdiği kuşkusuz olmakla birlikte, ilk bakışta paradoksal olarak, 1982 Anayasası’nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili maddelerinin yazımında, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası insan hakları sözleşmeleri ve özellikle Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile uyum ve paralellik sağlanmasına daha büyük çaba gösterilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bu benzerlik, özellikle, Anayasa’nın 13, 14 ve 15. maddelerinde gözlemlenmektedir.<sup>222</sup>

1961 Anayasasına paralel olarak 1982 Anayasası da 2. bölümünde “Kişinin Hakları Ve Ödevleri” başlığı altında “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığıyla, 20. maddesinde “Özel hayatın gizliliği”ni, 21. maddesi “Konut dokunulmazlığı”nı, 22. madde “Haberleşme hürriyeti”ni düzenlemiştir. 1982 Anayasası, 03.10.2001 tarih ve

---

<sup>219</sup> Soysal Mümtaz, (1986). *Anayasa’nın anlamı*, Gerçek Yayınları, İstanbul, s.190; Tanör, Bülent (1994). *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Bds Yayınları, s.197.

<sup>220</sup> Tanör, *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, s. 196.

<sup>221</sup> Tanör, *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, s. 196.

<sup>222</sup> Özbudun, s. 76.

4709 sayılı kanunla değişikliğe uğramış, yapılan değişiklikler kapsamında, bahse konu bu üç madde de değiştirilmiştir.

*“(20) Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”<sup>223</sup>*

Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ne zaman, kimler tarafından, nasıl müdahalede bulunulabileceği ve bu müdahalenin hangi şartlarda hukuka uygun bir müdahale olacağı, maddenin 2. fıkrasında ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

*“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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”*

Buna göre, özel hayata müdahale; “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “genel sağlık” ve “genel ahlakın korunması” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” hallerinden biri veya birkaçına bağlı olarak mümkün olabilecektir.

Bu sebeplerin varlığı bizatihi özel hayata müdahale için yeterli değildir. Belirtilen sebeplerden biri veya birkaçının gerçekleştiğinin kabul edilmesi, ancak hakim kararıyla mümkündür. Diğer kişi ya da kurumların, bu durumu tespite yönelik herhangi

<sup>223</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. 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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”, Mülga cümle R.G.T: 17.10.2001 R.G. no: 24556 Kanun no: 4709/5; mülga fıkra R.G.T: 17.10.2001 R.G. no: 24556 kanun no: 4709/5, Madde 5 - Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

bir yetkisi yoktur. Bununla birlikte, Anayasa, istisnai olarak, yukarıda belirtilen sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınan mercilerin yazılı emrine dayalı olmak kaydıyla, kişilerin üstünün, Özel kağıt ve eşyalarının aranabileceğini ve bunlara el konulabileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, yetkili merciiin kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulacak ve hakim kararını 48 saat içinde kararını açıklayacaktır.

Anayasa'nın, Konut dokunulmazlığı hak ve özgürlüğünü düzenleyen 21. maddesinde yapılan en önemli değişiklik, konut aramalarında hakim kararının varlığını zorunlu bir şart olarak getirmesidir.

*“(21) Kimsenin konutuna dokunulamaz<sup>224</sup>. 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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciiin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciiin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”*

Bu değişiklik, idari amaçlı olarak suç işlenmesinden evvel kolluk tarafından yapılan aramalarda, hakim kararını almak üzere, hangi merciiin hakime başvuracağı konusunda tereddüt oluşturmuştur. Ancak, ön aramalarda (önleme araması-idari arama), gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, yetkili merci mülki amirlerdir. Yani kaymakam ve valiler bu konuda yetkilidir.

---

<sup>224</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 21 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Madde 21 - Kimsenin konutuna dokunulamaz. 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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciiin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciiin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”, Değişik madde R.G.T: 17.10.2001 R.G. no: 24556 Kanun no: 4709/6, Madde 6, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Adli aramalarda ise, bu konuda herhangi bir tereddüt yoktur. Hakim ve istisnai bir durumun varlığı halinde savcı adli aramalarda yetkili mercidir. Aramaya karar verme yetkisi, anayasal hak ve özgürlükler ile kamu düzenini korumak amacıyla hakimın yanı sıra, Vali ve Kaymakama da tanınmıştır. (Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu madde 972) Eğer bölge, sıkı yönetime dahil ise sıkıyönetim komutanı da evde arama yapılabileceğini emredebilir (Sıkıyönetim Kanunu madde 3).<sup>225</sup>

Anayasa'nın, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliğine dair 22. maddesinde ise sınırlama, ilk iki maddeye paralellik arz etmekle birlikte iletişimin dinlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hakim kararının; ve gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranmasını gerekli görmesi ihtiyaca cevap verir bir düzenleme olarak görülebilir.<sup>226</sup>

*“(22) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.<sup>227</sup> Haberleşmenin gizliliği esastır. “*

*“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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”*

<sup>225</sup> Avcı, Feyzullah (2006). *Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali*, (Basılmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya s. 19.

<sup>226</sup> Avcı, s. 20.

<sup>227</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 22 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Madde 22 - Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. 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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”, Değişik madde RGT: 17.10.2001 RG no: 24556 Kanun no: 4709/7, Madde 7, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Özellikle, suçla mücadeleyi testiyi kırmadan ve son derece ekonomik şartlarda yapan istihbarat çalışmaları konusunda, savcının değil kanunla yetkili kılınacak bir merciin yetkili sayılması önemli bir düzenlemedir.<sup>228</sup>

Anayasanın ilk halinden farklı olarak, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması”, yeni sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür.

Buna karşın, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “Cumhuriyetin korunması”, “genel asayiş”, “kamu yararı” ve özel sınırlama sebebi olarak adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar sınırlama sebebi olmaktan çıkartılmıştır. Anayasa Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere, yeni sınırlama sebepleri AİHS 8/2 çizgisine yakın olarak düzenlenmiştir. AİHS de olup, 1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden sonraki şeklinde olmayan sınırlama sebepleri, *kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması* sebepleridir. Sözleşmenin 8. maddesinde belirtilmeyip de Anayasa'da düzenlenen sınırlama sebebi ise *kamu düzenidir*.<sup>229</sup>

1982 Anayasası'nın değişik maddeleri, kurallar hiyerarşisini, önce Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, sonra tüzüklerin kanuna aykırı olmaması ile yönetmeliklerin de kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağı kuralları ile öngörüyor.<sup>230</sup> Ne var ki, 1982 Anayasası'nda düzenlenen ve ulusal normlar hiyerarşisinde en üst norm olarak özel hayata verilen güvencenin 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'na kadar cezai bir müeyyidesi yoktu. Ancak Kanun Koyucu'nun bu düzenlemesinden sonra, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına karşı tecavüzlerin artık bir müeyyidesi olmuştur. Aşağıda Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleri ele alınacaktır.

---

<sup>228</sup> Avcı, s. 20.

<sup>229</sup> Avcı s. 18.

<sup>230</sup> Teziç, Erdoğan (2001). *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 81.

### 3.3. TÜRK CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ

Özel hayat hakkının ceza hukuku alanında korunması iki şekilde olabilmektedir: *Dolaylı koruma* ve *doğrudan koruma*. TCK'da özel hayata dolaylı koruma getiren düzenlemeler; tehdit (md.106), şantaj (md.107/2), konut dokunulmazlığının ihlali (md.116), haksız üst ve eşya arama (md.120), hakaret ve sövme (md.125), kamu görevlisinin göreve ilişkin sırrı ifşası (md.258), kişilerin huzur ve sükununu bozma (md.123) olarak sıralanabilir. Dolaylı koruma ayrı bir çalışma konusu olacak kadar geniş olduğundan çalışmamızda yer almamıştır.

Doğrudan korumaya yönelik hükümler, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler Kitabı'nda; ikinci kısımda "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanı'na Karşı Suçlar*" adı altında 9. bölümde 132-140. maddelerinde düzenlenmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) kabul edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, eski TCK'da olmayan *yeni bir suç tipidir*. Anayasanın yaptırımını doğrudan (dolaysız) ceza normu anlamında artık 5237 sayılı Ceza Kanunu'ndadır.

#### 3.3.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde düzenlenmiştir.

*“(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır.”*

Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir.

Yargıtay bir kararında dinlemeyi, dinlenen görüşmenin içeriğine bakmaksızın doğrudan özel hayata müdahale olarak değerlendirmiştir. Başka bir söyleyişle, kişiler arasındaki görüşmenin içeriğinde örneğin gizli hayat alanlarına dair bir sırdan söz etmeseler dahi, yalnız başına dinleme fiili özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında sayılmıştır.

*“...Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama saldırı teşkil eder...”<sup>231</sup>*

Haberleşmenin gizliliğinin sadece “dinlemek” veya “okumak” suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların “kayda alınması” suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması halinde, suçun bu nitelikli hâli gerçekleşmektedir.

---

<sup>231</sup> Anılan dava, telefon görüşmelerinin kamuoyuna açıklanmasından kaynaklanan kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat talebine ilişkindir. (Detayı ileride kararlar kısmında) Yargıtay 4. H.D. (31.10.2000). E. 200/6487 K. 2000/9467, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.



HTS (Hücre takip sistemi) raporu<sup>232</sup> olarak adlandırılan ve telefon abonesinin yaptığı görüşmelerin ayrıntılarını gösteren, savcılıklarca ve mahkemelerce delil olarak ilgili telefon şirketlerinden istenilen dökümlerin ifşa edilmesinin suç olup olmadığı, suç ise hangi suçu oluşturduğu uygulamada tartışılmaktadır. Ancak ileride AİHM kararlarından anlaşılacağı üzere, olay kendi şartları içinde değerlendirildiğinde ihlal kapsamında sayılabilir.

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belli bir suça ilişkin *soruşturma kapsamında* Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun olduğu muhakkaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki *haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa* edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Haberleşme içerikleri hukuka uygun bir şekilde veya birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle öğrenilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Fıkra metninde bu ifşanın hukuka aykırı olması açıkça vurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> 27.07.2008 tarihli Vatan Gazetesi'nde "Dinlemenin Çivisi Çıkmış" başlıklı, "Telekomünikasyon İletişim Başkanı'ndan Şok Açıklamalar" olarak manşetten verilen ve gazetenin 17. sayfasında yayınlanan haber ile son günlerde basın organlarında yer alan haberler incelendiğinde, bunların TBMM İnsan Hakları Komisyonunda verilen beyanlarla ve gerçeklerle hiçbir ilgisinin bulunmadığı, uydurma haber olduğu ve dolayısıyla bilgi kirliliğine yol açtığı gözlenmiştir. Komisyon tutanakları incelendiğinde de görüleceği gibi; İlgili yasalar uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı üzerinden yapılan her türlü dinlemenin yargı güvencesinde olduğu özellikle vurgulanmıştır. Dinlemenin dışında kalan, kanun ve yönetmelikte iletişimin tespiti (Görüşme bilgileri, HTS Raporu) olarak nitelenen, ses ve SMS içeriği ihtiva etmeyen, Cumhuriyet Savcılıkları ile mahkemelerden gelen evrak sayısının dinleme talep sayısından fazla olduğu gibi haber yapıldığı, "Resmen dinlenenlerin sayısı milyona yakın. 200 Bin Civarında dinleme talebi var" denilerek asılsız, hiçbir belgeye dayanmayan, çok sayıda dinleme yapıldığı, yapılan dinleme işlemlerinde yargı güvencesi bulunmadığı izlenimi verecek şekilde kasıtlı haber yapılmıştır. Başkanlığımızca birçok kez dile getirildiği gibi ilgili yasa ve yönetmeliklerde de açıkça belirtildiği gibi, "İletişimin Tespiti" işlemi "İletişimin dinlenmesi" değildir. Ayrıca komisyon görüşmelerinde, İletişimin dinlenmesi kararları ve dinlenenlerin sayısı kesinlikle zikredilmemiş, ülkemizde dinlenen kişi sayısının Avrupa ülkelerine göre makul düzeyde olduğu belirtilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu (Yeni adı BTK Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) (29.07.2008). Basın açıklaması, Ankara

<sup>233</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Buna karşılık, henüz *soruşturma aşamasında* iken, kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması halinde, bu suç oluşacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, *kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa* etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, *ifşanın alenen* yapılması gerekir. Bu bakımdan, örneğin kişi kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması hâlinde, bu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları tarafından okunmasını temin için *bir yere asılması* veya basın ve yayın yolu ile *yayınlanması* halinde, söz konusu suç oluşacaktır.<sup>234</sup>

### 3.3.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesi ile suç olarak düzenlenmiştir. Sulh Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren bir suçtur.

*“(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolunur.”*

---

<sup>234</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Bu maddeye göre, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak tanımlanmaktadır. Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur. Örneğin bir evde sınırlı sayıda kişiler arasında yapılan konuşma, aleni olmayan bir konuşmadır.<sup>235</sup>

Birinci fıkrada tanımlanan suç, aleni olmayan *konuşmanın bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazı ile kayda alınması* ile oluşur. Söz konusu suç, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi işleyebilir. Suçun oluşabilmesi için, konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının olmaması yeterlidir. Bu bakımdan konuşmanın taraflarından birinin rızasının olması, fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda alınması, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlanması veya bunları başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

### 3.3.3. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Özel hayatın gizliliği ihlal fiilleri değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Kanun koyucu bu fiilleri sayma yoluna gitmeyerek, kanımızca da isabetli olarak özel hayatın gizliliğini ihlale yönelik tüm fiilleri Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesiyle müeyyideye bağlamıştır. Bu madde 2 fıkra halinde düzenlenmiştir. Ayrıca bu ihlalin

---

<sup>235</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

görüntü veya ses kaydı yoluyla yapılması halinde suçun nitelikli hali karşımıza çıkmaktadır.

*“(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, cezanın alt 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.”<sup>236</sup>*

Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir *özel yaşam olayının saptanması* ve *kaydedilmesi* cezalandırılmaktadır.

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle *yarar sağlanması* veya bunların *başkalarına verilmesi* veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya *basın ve yayın* yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır. 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 suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir.<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

<sup>237</sup> Madde gerekçesi, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

### 3.3.4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi

Kişisel verilerin kaydedilmesi ise Kanun'un 135. maddesinde yerini bulmuştur. Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren bir suçtur. Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır. Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.<sup>238</sup>

*(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

*(2) Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.<sup>239</sup>*

Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"<sup>240</sup>,nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.

<sup>238</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>239</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>240</sup> Türkiye, 28 Ocak 1981 tarihinde Avrupa Konseyi'nde imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeyi ilk gününde imzaladığı halde, henüz onaylamadığı gibi iç hukukunu bu konuda Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu hale getirecek kesin adımlar da atmamaktadır. Er, s. 140.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. *Kişinin rızası* ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması *kanun hükmünün gereği* olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen *kamu hizmetinin gereği* olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadır. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır.

### 3.3.5. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi ile müeyyideye bağlanmıştır. Bu suç da 135. madde gibi Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanı kapsamındadır.

*“(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Bu madde hükmü ile *hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın*, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.<sup>241</sup>

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi başkasına verilen, yayılan ya da ele geçirilen verilerin hukuka uygun olarak kaydedilmiş olup olmamasının suçun oluşumu açısından bir etkisi yoktur. Veriler nasıl kaydedilirse edilsin maddede belirtilen eylemlerin yapılmasıyla suç oluşur. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun maddi unsuru olarak yasada belirtilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemlerinden biri ya da birkaçının aynı anda gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suç işlenmiş kabul edilecek ve faile tek bir suçun cezası verilecektir.

Belirtilen suçlarla ilgili nitelikli haller Kanun'un 137. maddesinde belirtilmiştir. Nitelikli hallerin yasada belirtilmesi, Kanunkoyucu'nun suçu oluşturan fiillere karşı kişinin korunmasını sağlamaktaki kesin tutumunu göstermektedir.

---

<sup>241</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

### 3.3.6. Nitelikli Haller

Bu haller 137. maddede belirtilmiş olup aşağıdadır.

*(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a) Kamu görevlisi<sup>242</sup> tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın<sup>243</sup> sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

### 3.3.7. Verileri Yok Etmeme

138. madde verileri yok etmeyle ilgilidir.

*(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

### 3.3.8. Şikayet

139. madde ile şikayet konusu düzenlenmiştir.

*(1) Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.*

TCK'nun 139. maddesine göre, yukarıda ayrı ayrı incelediğimiz özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı suçlardan, 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi, 136. maddede düzenlenen verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi, 138. maddede düzenlenen verileri yok etmeme suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için şikayet şartı gerekmemektedir. 132. maddede

<sup>242</sup>Kamu görevlisi tanımı, TCK'nin 6. maddesinde verilmiştir. Maddeye göre "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılacaktır.

<sup>243</sup> Bu kişiler işlerini yaparken bu suçların konusunu oluşturan hususlara rahatlıkla ulaşabilirler. Bu nedenle, örneğin, din adamları, avukatlar, noterler, hakim ve savcılar, zabıt katipleri, icra memurları, polis memur ve amirleri, mali müşavirler, doktorlar, kargo servislerinde çalışan kişiler, video, kamera ve ses düzenlemesi ile ilgili faaliyette bulunanlar bu faaliyetlerinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlerse, verilecek ceza yarı oranında artırılabacaktır.

düzenlenen haberleşme gizliliğini ihlal, 133. maddede düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabidir.

### **3.3.9. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması**

140. madde ile tüzel kişiler ile ilgili de tedbir alınabileceği ve bu tedbirlerin tüzel kişiliğin durumuna özgü olabileceği belirtilmiştir. Alınacak tedbirler duruma ve olaya göre değişebilir.

*(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

## **3.4. CEZA MUHALEMESİ KANUNU DÜZENLEMESİ**

2004 Yılında çıkarılan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) genel hükümleri açıklayan birinci kitabın, "Koruma Tedbirleri başlıklı" 4. kısmında, koruma tedbirlerinin 5. bölümünde "Telekomünikasyon<sup>244</sup> Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi başlığı altında 135-138. maddelerinde detaylı ve açık düzenlemeler getirilmiştir.

Kanunda, 135. maddenin 1. fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; *iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine* yer verilmiştir. Ayrıca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin bir diğer çeşidi olarak, aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenen *mobil telefonun yerini tespit* amacıyla denetlemeye alınması zikredilebilir. Mobil telefonun yerinin tespiti işlemi, ayrı bir iletişimin denetlenmesi yöntemidir. Başka bir ifadeyle, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile iletişimin tespiti

---

<sup>244</sup> Telekomünikasyon: Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder (Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik R.G. Tarihi: 10.11.2005 R.G. No: 25989, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*).



tedbirlerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Kanımızca, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesiyle ilişkili olsa da, mobil telefonun denetlemeye alınması, katalog suçlarla sınırlı olarak uygulanmamalıdır. Böyle bir uygulama, hükmün değiştiriliş amacı ile uyumlu olmaz. Bu nedenle, mobil telefonun yerinin tespiti söz konusu olduğunda, ne suçlar bakımından ne de telefonun kullanıcısı bakımından bir sınırlama olmamalıdır.<sup>245</sup>

CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde, suçların aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Buna karşılık, önleme ve istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesine<sup>246</sup> ilişkin düzenlemeler ilgili kanunlarında yer almaktadır.<sup>247</sup>

CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrasında bu madde hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenmesinin uygulanamayacağı açık şekilde ifade edilmiştir. Düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbiri yalnızca bir suç işlendikten sonra (adli amaçlı), başka yollarla ulaşılamayan delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek bir tedbir olarak yer almıştır.<sup>248</sup>

CMK'nın soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı büyük ölçüde mümkün kılacak düzenlemeler içermektedir. Böylece, kötü muamele, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine yönelmeden bir muhakeme yapılması amaçlanmıştır.<sup>249</sup>

İletişimin Denetlenmesiyle ilgili CMK hükümleri, kişi merkezli bir yaklaşım tespit etmiştir. Son çare olarak başvurulması gerekli olan bir tedbir olması nedeniyle bu tedbirin uygulanması bir takım şartların varlığına bağlanmıştır. Bu şartların varlığı

---

<sup>245</sup> Şahin, Cumhuriyet (2007). "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 1097.

<sup>246</sup> 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", RG. 23.7.2005/25884 ile, üç ayrı Kanuna önleme amaçlı iletişimin denetlenmesiyle ilgili hükümler eklenmiştir. Bu konuda düzenleme yapılan Kanunlar; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (ek 7. madde), 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (ek madde 5) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'dur (md. 6).

<sup>247</sup> Şahin, s. 1097.

<sup>248</sup> Yardımcı, M. Murat, (2009). *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.176

<sup>249</sup> Şahin, s. 1097.

halinde de, şartlara uyan sanık ya da şüphelileriniletişimlerinin denetlenmesine izin verilmiştir.<sup>250</sup>

Hukukumuzdaki bu yaklaşım, AİHM içtihatlarıyla uygunluk arz etmektedir. mahkeme iletişim kavramını belli bir iletişim aracı belirtmek suretiyle daraltmak yerine, haberleşme kavramını teknolojik gelişmelere ayak uyduracak ve elektronik posta gibi diğer yöntemleri de içerecek şekilde geniş tutma eğilimindedir.<sup>251</sup>

### 3.4.1. Telekomünikasyon Kavramı

*Telekomünikasyon*, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletişim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir.<sup>252</sup> İletişimin denetlenmesi, kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle ya da tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesini içermektedir.

Bireyin internet ortamında yaptığı sesli ve/veya görüntülü görüşmeleri ve e-postalarına yapılacak müdahalelerin de “muhaberat hürriyeti” kapsamında dikkate alınması ve CMK md.135’te öngörülen şartların bu iletişim türünde de tatbiki gerekmektedir. Faks yoluyla yapılan iletişimlerin denetlenmesi mümkündür. Kurulan bir sistemle, bir faks numarasına gönderilen belgenin, hat üzerinden yapılacak takiple aynı anda bir başka yere ulaşması sağlanabilmektedir. Yine benzer şekilde internet ortamında yapılan elektronik posta gönderileri ve çevrimiçi görüşmeler de bir başka servis sağlayıcı üzerinden denetlenebilmektedir.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> Yardımcı, s. 176.

<sup>251</sup> Kilkelly, Ursula (2001). Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Almanya , s. 20.

<sup>252</sup> Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (Resmî Gazete, 10.11.2005/25989), md. 3, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>253</sup> Şen, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme*, s. 82-83.

Kanun koyucu, hangi araçlarla yapılan iletişimin denetlenebileceğini açıkça saymamak suretiyle telekomünikasyon aracı olarak nitelendirilebilecek mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak tüm iletişim araçlarını bu kapsama dahil etmek istemiştir. Nitekim yönetmelikte de bu üslup korunmuştur.<sup>254</sup>

### 3.4.2. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

İletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin kararların tek elden yürütülmesi amacıyla 5397 Sayılı Kanun'un 1.<sup>255</sup> maddesi ile TİB kurulmuştur. Bu Kanun çerçevesinde yapılacak işlemler ile CMK'nın 135. maddesi çerçevesinde yapılacak denetlemeler, Telekomünikasyon Kurumu (Yeni adı, *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu*) bünyesinde, bu kurumun başkanına doğrudan bağlı TİB tarafından ve tek bir merkezden yürütülmektedir.<sup>256</sup>

04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı *Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu*'nun ek 7 nci maddesi, 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5 inci maddesi, 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6 ncı maddesi ile 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ilâ 138 inci maddeleri ile belirlenen çerçevede telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi, amacıyla 10.11.2005 tarihli *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair*

<sup>254</sup> Yardımcı, s. 179.

<sup>255</sup> Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu (Yeni adı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır. *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>256</sup> Yardımcı, s. 223.

*Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik* ile *Ceza Muhakemesi Kanununda* öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve uygulanmasında uyulacak usul ve esasları belirlemek amacıyla 14.02.2007 tarihli *Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik* olmak üzere iki yönetmelik hazırlanmıştır.

TİB'in görevleri, Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre başkanlığın görevleri aşağıda belirtilmiştir.

a) 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, b) 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, c) (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak, d) (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet başsavcılıklarına iletmek, e) Bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetleri ile 5651 sayılı Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görevlerin ifasını olanaklı kılacak her türlü teknik alt yapının, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmeciler tarafından kurulmasını sağlamak, sağlamak, gerekli alt yapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak, f) 12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla,

Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları, kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak, g) Görev alanına giren konularla ilgili ulusal ve uluslararası alanda meydana gelen gelişmeleri takip etmek, bu kapsamda uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak ve gelişmelerin Başkanlık hizmetlerine yansıtılması için gerekli önlemleri almak, h) Başkanlık faaliyetleri için yurt içinden ve yurt dışından teminine ihtiyaç duyulan her türlü malzeme, sistem, yazılım ve donanımı belirleyerek Kurum Başkanına bildirmek, i) Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak talep ettiğinde derhal Başbakana bilgi vermek, j) 5651 sayılı İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında kanun kapsamında Ulaştırma Bakanlığı, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak; bu amaçla, gerektiğinde, her türlü giderleri Kurumca karşılanacak çalışma kurulları oluşturmak, k) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, internet ortamında yapılan yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak 5651 sayılı Kanunla öngörülen tedbirleri almak, l) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek, m) Kurum tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülki idare amirlerince ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usûlleri belirlemek, n) İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; intihara yönlendirme (madde 84), çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), müstehcenlik (madde 226), fuhuş (madde 227), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228) suçları ile 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dâhil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak, o) İnternet ortamında

herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek, p) (n) bendinde sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dâhilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak, r) İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak; İnternet Kurulunca izleme, filtreleme ve engelleme yapılacak içeriği haiz yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları almak, s) 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ve 7258 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamında hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarını uygulamak ve buna ilişkin iş ve işlemleri yürütmek, t) İçeriği (n) bendinde belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra) ve müstehcenlik (madde 226) suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak resen erişimin engellenmesi kararı vermek ve bu kararı, erişim sağlayıcısına bildirerek gereğinin derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilmesini istemek, u) (t) bendine göre verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak, v) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

### **3.4.3. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması**

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile ilgili usul ve esaslar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenmiştir.

*“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını*

*derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.*

*(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.*

*(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.*

*(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.*

*(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.*

*(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:<sup>257</sup>*

---

<sup>257</sup> a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

*(7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.”*

Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girme, mevzuatımızda ilk defa 30.07.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda belirli örgütlü suçlar için düzenlenmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç karşısında 135 ila 138. maddeler ile Türk Usul Hukuku'ndaki bu önemli boşluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına uygun olarak doldurmuştur.

Gerçekten gerek ikrar, gerek işlenen suça ait diğer delil, iz, eser ve emareler, suçu işleyen, şerikleri, yataklık edenler ile diğer kişiler arasında cereyan eden telefon ve karşılıklı konuşmaların dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek elde edilebilir. Modern teknik bu hususta kolaylıklar ve olanaklar sağlamış bulunmaktadır. Ancak burada, çok açık olan ve örneğin uyuşturucu madde trafiğinde olduğu gibi başka suretle delilini bulmak olanağının çok az olduğu suçları ve faillerini meydana çıkarmak gibi önemli toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı gibi

- 
- 7. Parada sahtecilik (madde 197),
  - 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
  - 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),
  - 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
  - 11. Rüşvet (madde 252),
  - 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
  - 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
  - 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
  - b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (md. 12) suçları.
  - c) Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
  - d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
  - e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.



temel insan haklarına saygının çatıştığı açık olduğundan Batı ülkeleri bu konuyu AİHM'nin içtihatlarına uygun biçimde düzenlemişlerdir.<sup>258</sup>

Kanun maddesi, *telefon* konuşmalarına veya maddede sayılan diğer *iletişim araçlarına müdahale* edilmesi, girilebilmesi için koşulları şu suretle saptamıştır:

(1) Soruşturulan suçun *beş yıl* veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir *cürüm* olması gerekmektedir. (2) Yapılan soruşturmada başka suretle *delil, iz, eser veya emare elde edilemeyeceği* anlaşılmış olmalıdır yani bu yola “*ultima ratio*”<sup>259</sup> olarak başvurulabilecektir. (3) Bu husustaki karar Cumhuriyet savcısının istemi üzerine soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından verilecektir. (4) Hâkim, müdahale kararını sadece hakkında *soruşturma açılmış kişiler* için değil fakat iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil, iz, eser ve emare elde edilebilecek *diğer kişiler* hakkında da verebilecektir.<sup>260</sup> (5) Verilecek kararda maddenin ikinci fıkrasında açıklandığı üzere, dinlenecek telefonun numarası veya diğer iletişim araçları bakımından hattın sahibinin veya kullananın kim olduğu, bu hususlara ait *bütün unsurlar ve suçun türü* ile *üç aydan fazla* olmamak üzere müdahale süresi, gösterilecektir. Özetle karar, telekomünikasyonda müdahale edilecek hattı, cihazı belirlemeye yarayacak bütün unsurları, başvurulmayı gerekli kılan suçu ve müdahale süresini içerecektir. Müdahale; yukarıda açıklanan usul ve koşullara uyularak en çok iki defa üç aydan fazla olmamak üzere uzatılabilecektir.<sup>261</sup>

Madde ile getirilen düzenleme, belirtildiği gibi bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle konu diğer ülkelerin kanunlarında da düzenlenmiştir. Bununla birlikte insan hakları bakımından önemi dikkate alınarak bu usulün uygulanması için “beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümlerde” bu usulün uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle de insan hakları bakımından

---

<sup>258</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

<sup>259</sup> Anlamı: Son çare

<sup>260</sup> Telefonla sürekli rahatsız edildikleri için, polise başvurarak telefonlarının dinlenmelerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki, bu usul uygulanmayacaktır.

<sup>261</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

önemli bir koruma getirilmiştir. Böylece getirilen metin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında belirtilen bütün kayıt ve koşulları içermektedir.

#### 3.4.4. Müdafinin Bürosu ve Yerleşim Yeri

Müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatıdır.<sup>262</sup> Müdafinin bürosu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. maddede belirtilen tedbirlerin uygulanması 136. madde ile yasaklanmıştır.

*“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.”*

Maddede, avukatın bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefon, faks, bilgisayar gibi telekomünikasyon araçları hakkında, savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığın işlediği suç nedeniyle, 135 nci maddenin uygulanamayacağı açıklanmıştır. Gerçekten avukatın savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık ile haberleşmesi denetlenemez. Bunun dışında, avukatın kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve diğer dinleme koşulları varsa 135 nci madde uygulanabilecektir.<sup>263</sup>

#### 3.4.5. Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi

Kararların yerine getirilmesi yani infazı ve kararın yerine getirilmesi ile birlikte ele geçen belge ve bilgilerin kaydı, kullanılması ve yok edilmesine ilişkin usuller 137. madde ile düzenlenmiştir.

*“(1) 135 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi*

<sup>262</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, md. 2, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

<sup>263</sup> Madde gerekçesi, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

*hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.*

*(2) 135 inci maddeye göre verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.*

*(3) 135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.*

*(4) Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren<sup>264</sup>, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.”*

Bu madde, 135. madde gereğince alınacak kararların nasıl yerine getirileceği hakkındaki *usulleri*, icra ile görevli olanların neler yapacakları, kayıtların metin hâline getirilmesi, toplanan bilgilerin yargısal değeri, kayıtların muhafazası konularını düzenlemektedir. Buna göre: Cumhuriyet savcısı veya onun görevlendireceği kolluk memuru, istediğinde resmen telekomünikasyonda görevli olanlar veya böyle bir hizmeti yerine getirmek hususunda yetkili bulunanlar, kararın uygulanması için gerekli bütün faaliyetleri derhâl yerine getirmekle yükümlüdürler. İşin başladığı ve bitirildiği tarih ve saatler saptanarak bir tutanağa bağlanır. Kolluk, işlemlerini Cumhuriyet savcısı bizzat kendisi de gerçekleştirebilir.

---

<sup>264</sup> Eklenmiş İbare R.G.T: 01.06.2005 R.G. No: 25832 Kanun No: 5353/18, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

Elde edilen kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca veya görevlendireceği kolluk memuru tarafından çözülür ve metin hâline getirilir; yabancı dildeki kayıtlar da Türkçe'ye çevirtirilir. Kayıtlar ise zarflara konularak mühürlenir.<sup>265</sup>

İlgilinin 147 nci maddede, *ifade almada ve sorguda*, isnat açıklandıktan, susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamaların delil niteliği kazandığı belirtildiği için, gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde, ilgilinin beyanda bulunması, *ikrar delili değil*, bir *belirti delili* olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı açısından elverişli bir delil olduğu hâlde, emare delili, parmak izi gibi *dolaylı bir ispat gücüne* sahiptir ve başka delillerle bütünleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında kayıt ve saptamaların yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>266</sup>

#### 3.4.6. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen, rastlantı sonucu elde edilen delillerin akibetinin ne olacağı, hangi usul dairesinde hareket edileceği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 138. maddesi ile belirlenmiştir.

*“(1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.*

*(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”*

<sup>265</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>266</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

### 3.4.7. Teknik Araçlarla İzleme

Teknik araçlarla izleme 140. maddede düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren bireyin konutu ve işyeri ile buradaki faaliyetleri ve özgürlüğü, o hak ve hürriyete sahip olan bireyin bu alanlarda serbestçe davranma, takip edilmeksizin ve izlenmeksizin hareket edebilme özgürlüğüne, bu alanların dokunulmazlığına, mahremiyetinin korunması hakkına sahip olmasını da gerekli kılar. Bu alanda görüşme ve konuşmalar ile telekomünikasyon yoluyla yapılan muhaberatı birbirinden ayırmak gerekir.<sup>267</sup>

*(1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.*<sup>268</sup>

*(2) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur.*

---

<sup>267</sup> Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme*, s. 84.

<sup>268</sup> a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
4. Parada sahtecilik (madde 197),
5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
6. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)<sup>268</sup>
7. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
8. Rüşvet (madde 252),
9. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
10. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
11. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
- c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(3) Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.

(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.

Muhaberat hürriyeti bir koruma tedbiri olarak CMK 135’de ve korunan hukuki yarar olarak TCK md. 132’de düzenlenmiş, bunun dışında kalan bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı kapsamına kalan diğer görüşme, konuşma, toplantı ve davranışları da CMK md. 140’da ve korunan hukuki yarar olarak TCK md. 133 ile md. 134’te güvence altına alınmıştır.<sup>269</sup>

Şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses ve görüntüleri kayıt altına alınabilir. 140. maddenin son fıkrasına göre ise, teknik araçlarla izleme tedbirinin bireyin konutunda uygulanmasının önü kapatılmış ve yasaklanmıştır. Bu maddede gösterilen şartlara uyulmaksızın yapılan izleme, tespit ve kayıt altına alma faaliyetleri ile bireyin konutuna yönelik gerçekleştirilecek teknik araçlarla izleme faaliyetleri ve sonuçları hukuka aykırı sayılacak, bu yolla elde edilen deliller “hukuka aykırı delil” niteliğini taşıyacak ve kim olursa olsun bu faaliyetleri yapanların TCK md. 133 veya md. 134 anlamında cezai sorumlulukları doğacaktır.<sup>270</sup>

İşyerlerinin içine ve dış kısımlarına, cadde ve sokaklarda güvenliğin sağlanması ve korunması maksadıyla konulan kamera sistemleri vasıtasıyla yapılan görüntü kayıtları, özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak kabul edilmemelidir. Belirtmeliyiz ki bu tür kamera sistemleri kesinlikle sırf suç delili tespiti elde etmek maksadıyla konulamaz.

<sup>269</sup> Şen, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme*, s. 84

<sup>270</sup> Şen, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme*, s. 85

Eğer bu yönde bir faaliyet söz konusu olacaksa 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140 maddesine uyulması gerekeceğini, aksi halde yapılan faaliyetin hukuka aykırılığının ön plana çıkacağını, hatta suç teşkil edebileceğini ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı olması nedeniyle kovuşturmada kullanılabilmesine imkan bulunmayacağını belirtmek isteriz.<sup>271</sup>

### 3.4.8. Kimlik Tespiti ve Biyometrik Yöntemler

Biyometrik teknolojiler, yaşayan bir kişinin fiziksel veya davranışsal özellikleri çerçevesinde, kimliğin doğrulanması veya tanınmasına dair otomatik yöntemlerdir. Biyometrik yöntemler de aynı PIN kodlarında ve parolalarda olduğu gibi kişinin kim olduğunu tanımlamakla beraber, en önemli fark kişinin bildiği veya ibraz ettiği bir şeyin değil, şahsın vücut bütünlüğüne ait bir parçanın araç kılınıyorsa olmasıdır.<sup>272</sup>

Biyometrik yöntemlerin kullanım alanları geniş olmakla beraber, konumuz açısından bu alan “kriminal tanımadır”. Buna ek olarak, sınır kontrolleri, ceza infaz kurumu sistemleri, banka sistemleri, oy verme sistemleri, bilgisayar ve bilgisayar ağlarına erişim vb. sayılabilir.

Günümüzde biyometrik kimlik denetleme yöntemlerinin yaygın şekilde tercih edilen altı çeşidi bulunmakta olup, bunlar parmak izi, yüz-el geometrisi, iris, imza ve ses yoluyla denetimdir. Bu metodların yanı sıra fizyolojik olarak DNA, kulak biçimi, koku, retina, derinin yansıtma oranı ve vücut ısısı; davranış esaslı olarak da yürüyüş, klavye tuşlamaları ve dudak hareketleri diğer biyometrik kimlik denetim türleridir.<sup>273</sup>

Polisin kimlik tespitinde kullanabileceği yöntemler arasında da biyometrik yöntemler sayılmıştır. Polisin “*kimlik tespiti*” etmede kullanılabileceği yöntemler ve bilgiler, genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

- Geçerli bir belge ile (nüfus cüzdanı, ehliyet, pasaport, onaylı bir belge vb),

---

<sup>271</sup> Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme*, s. 85.

<sup>272</sup> Er, s. 24.

<sup>273</sup> Er, s. 75.

- Polisçe tanınmış kişilerin tanıklığı ile
- Yüzleştirme, tanıma ve teşhis ile
- Nüfus Müdürlükleri aracılığı ile
- Biyometrik özellikler yardımı ile (parmak-avuç izi, fotoğraf, eşgal, diş izi, iris tanıma)
- Vücut sıvıları (DNA) yardımı ve diğer sair yöntemler ile kimlik tespiti.

Yukarıda belirtilen yöntemlerden “biyometrik izler ve vücut sıvıları yardımı ile kimlik tespit” işlemlerini “Kriminal (olay yeri inceleme) ve Adli Tıp birimleri” aracılığıyla yerine getirir. Diğer yöntemler ise, “adli ve idari polis teşkilatında çalışan görevliler” aracılığıyla yapılır.<sup>274</sup>

Ancak, bu teknolojilerin gelişim göstermiş olmalarının yanı sıra, bilhassa gizlilik kavramı çerçevesinde tartışılır hale gelmesinin sebebi, kamu güvenliği adına kullanılmaya başlanmalarıdır. Bu çerçevede biyometrik yöntemlerin kamu makamlarınca kullanımı dünya çapında artmıştır. Tartışılan birinci mesele ise bu durumun kişisel gizlilik, Türk Hukuku’ndaki tam tabiriyle özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde mi, kişisel verilerin korunması açısından mı irdeleneceğidir. Nitekim gerek inceleme alanları gerekse kavramları itibarıyla, özel hayatın gizliliği ve veri koruması hukuku iç içe geçmiş durumdadır. Nitekim, biyometrik yöntemlerle özel hayatın gizliliği hakkını ilişkilendirerek değerlendirdiğimizde, çok geniş bir konu olan özel hayat kavramının sac ayağı durumundaki düşünce temellerinden birine eğilmek gerektiği kanaatindeyiz. Bu düşünce temeli, “zihinsel ve duygusal güvenlik” biçiminde ifade edilmekte olup, kişilerin izlenmesi ve haklarına, kişisel bilgilerin toplanması doğrultusunda, bireyin bağımsızlığını ve onurunu doğrudan ilgilendirmektedir.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> Kaygusuz, Ziyaettin (2008). “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi* Cilt:10 (1), s. 81-116.

<sup>275</sup> Er, s. 75-77.



Türk Hukukunda CMK düzenlemesine baktığımızda ve uygulamada en çok kullanılan yöntemler, parmak izi alınması, fotoğraf çekilmesi, kan ve DNA örneği alınması gibi kişisel verilerin ve özel hayatın önemli değerlerine yönelik yöntemler olup temel hak ve hürriyetlerin bir ya da birkaçına birlikte veya ayrı ayrı müdahale niteliğindedir.

Genel Olarak CMK 75-81. maddeleri doğrudan kişinin *özel hayatı ile ilgili çok önemli değer ve unsurlara yönelik ağır müdahaleleri* içermektedir.

78. madde ile ise, moleküler genetik incelemelerin esasları belirlenmektedir. Çoğu kez soybağı veya ele geçirilen materyalin şüpheliye, sanığa veya mağdura ait olup olmadığı konusunda duyulan kuşklar, moleküler genetik incelemeler yapılmaksızın giderilememektedir. Bu nedenle maddede moleküler genetik incelemelerin esasları ve sınırları düzenlenmektedir. 81. madde düzenlemesi ile yine münhasıran kişiye bağlı ve özel hayatının kapsamı içinde olan resmi, parmak izi vb. değerlerine bir müdahale söz konusudur.

### **3.4.9. Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması**

Şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yapılması ve vücudundan örnek alınması CMK'nin 75. maddesinde düzenlenmiştir. 5353 sayılı kanun ile yapılan düzenleme ile, beden muayenesi *iç ve dış beden muayenesi* olarak ikiye ayrılmıştır. Bu madde kapsamında şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesinin hangi şartlarda ve ne suretle yapılacağı düzenlenmiştir. Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcılığı tarafından bir karar verilmesine gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.<sup>276</sup>

*“(1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme,*

---

<sup>276</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz.(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.”*

Madde metninde ayrıca, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması da, iç beden muayenesine ilişkin şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre, şüpheli ve sanık üzerinde iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücuttan örnek alınabilmesi hususunda kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar, Cumhuriyet savcısının veya mağdurun talebi üzerine veya re'sen verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da bu hususta karar verilebilir. Ancak, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu düzenlemeyle, Cumhuriyet savcısının iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıyla ilgili kararı sadece soruşturma evresiyle sınırlı tutulmamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; iç beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının, münhasıran şüpheli veya sanığa isnat edilen suçla ilgili delil elde etmek amacına yönelik olması gerekir. Bu bakımdan

örneğin, bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak amacıyla, söz konusu işlemlerin yapılmasına karar verilemez.<sup>277</sup>

İç beden muayenesi, şüpheli veya sanığın bedeni üzerinde cerrahi müdahaleyi de gerekli kılabilir. Ancak, maddenin üçüncü fıkrasına göre; cerrahi müdahaleyi de gerektirebilen iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için; bu işlemlerin, şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

Keza belirtmek gerekir ki, beden muayenesi için şüpheli veya sanığın rızasının olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, müdafii huzurunda rıza göstermesi halinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi, vücutundan örnek alınabilmesi için karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasında, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin, iç beden muayenesi sayılacağı belirtilmiştir. Ancak, örneğin ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında yapılan muayene, iç beden muayenesi olarak kabul edilemez.

Altıncı fıkrada, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun kanunda yazılı cezasının üst sınırı gösterilmek suretiyle, bu madde hükmünün uygulama alanı daraltılmıştır. Maddenin son fıkrası ile , Karayolları Trafik Kanunu gibi bazı özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmaktadır.

#### **3.4.10. Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Örnek Alınması**

Şüpheli ve sanık dışındaki kimselerin beden muayenesinin yapılmasını ve bu kişilerden örnek alınmasını düzenleyen madde TCK 76. maddesidir. Mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması hususunda, iç ve dış beden muayenesi ayırımına yer verilmemiştir. Mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması hususunda

---

<sup>277</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

da, hâkim mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilir. Ancak, bunun için, mağdurun sağlığının tehlikeye düşürülmemesi gerekir. Keza, mağdurun vücudu üzerinde cerrahi müdahalede bulunulamaz.<sup>278</sup>

*“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”*

Maddenin ikinci fıkrasına göre, mağdurun açık rızasının varlığı halinde, birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hükümle mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulmaktadır.

Ancak, örneğin cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması durumunda, hamile

---

<sup>278</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

kalınan çocuğun soy bağının tespitine ihtiyaç bulunabilir. Bu durumda, maddenin üçüncü fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun mağduru konumunda olmayan çocuğun soybağının araştırılmasına yönelik tıbbî tahlillerin yapılabilmesi için, birinci fıkrada öngörülen şekilde karar verilmesi gerekmektedir.

### 3.4.11. Moleküler Genetik İncelemeler

Moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78, 79 ve 80. maddelerinde düzenlenmiştir. 78. madde “Moleküler genetik incelemeler” başlığıyla, 79. madde “Hakim kararı ve İnceleme yapılması”<sup>279</sup> ve 80. madde de “Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği”<sup>280</sup> başlığıyla düzenlenmiştir.

*“(1) 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.*

*(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.”*

78. maddede moleküler genetik incelemelerin esasları belirlenmektedir. Çoğu kez soybağı veya ele geçirilen materyalin şüpheliye, sanığa veya mağdura ait olup olmadığı konusunda duyulan kuşklar, moleküler genetik incelemeler yapılmaksızın

<sup>279</sup> Hâkimin kararı ve inceleme yapılması 79. Madde: (1) 78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. (2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.

<sup>280</sup> Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği 80. Madde: (1) 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. (2) Bu bilgiler, kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.

giderilememektedir. Bu nedenle maddede moleküler genetik incelemelerin esasları ve sınırları düzenlenmektedir.<sup>281</sup>

79. maddeye göre, 78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.<sup>282</sup>

80. madde düzenlemesine göre de; 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine çerçevesinde alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu 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 edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.

### 3.4.12. Fizik Kimliğin Tespiti

Fizik kimliğin tespiti ile ilgili usul ve işlemler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi ile düzenlenmiştir. Hâkim kararı aranmasından vazgeçilmiş, bu konuda asıl yetki Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde, kolluk amiri<sup>283</sup> de emir verebilecektir. İkinci fıkradaki değişiklik ile, 80. maddenin ikinci fıkrasındaki değişikliklerle paralellik sağlanmıştır.

---

<sup>281</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>282</sup> Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>283</sup> Buradaki kolluk amiri, adli kolluk amiridir.

(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını doğrudan dolaylı olarak etkileyen Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri yeri geldikçe ilgili mahkeme kararlarıyla birlikte ele alınacaktır.

### 3.5. DİĞER POZİTİF DÜZENLEMELER

Özel Hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin düzenlemeler ve yine bu hakka müdahale niteliğindeki düzenlemeler gün geçtikçe pozitif hukukta daha çok normla karşımıza çıkmaktadır. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk dalları içinde vazedilmiş hükümlerin tamamının bu bölümde ele alınması çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Özel hayata dolaylı veya doğrudan etki eden normatif düzenlemelerin çokluğu ve bunların etkilerinin zamana, yere, kişiye ve duruma göre farklılaşması karşısında insan hakları, kişi hak ve hürriyetleri kapsamında yukarıda değinilen düzenlemelere ek olarak önemli olanlarına kısaca değinilecektir. Özellikle istihbari ve önleme amaçlı faaliyet ve işlemler bu konuda öne çıkmaktadır. En dikkat çekici olanı ise kuşkusuz önleme amaçlı olarak dinlemenin denetlenmesidir.<sup>284</sup>

---

<sup>284</sup> Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenirken kanun koyucu olabildiğince geniş sınırlar çizmiş, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde var olan bir takım hukuksal sınırlamalara yer vermemiştir. Gerçekten de adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler ve müdafî bakımından bir takım

Bu konuda, 4422 Sayılı Kanunun 5271 Sayılı CMK ile yürürlükten kalkması neticesinde, önleme dinlemesi bakımından zaten var olan yasal boşluğun doldurulması amacıyla, 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile; 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na (Ek 7. maddesi), 2803 Sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu'na (Ek 5. maddesi) ve 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na (6. maddesi) önleme maksatlı dinleme , tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler eklenmiştir.<sup>285</sup>

Adli amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri, işlenmiş olan bir suçla ilgili delil elde etme amacına hasredilmiştir.<sup>286</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu'nda getirilmiş düzenlemeler esasen bu kapsamda olup, buna ilişkin maddeler aynı başlık altında ele alınmıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ise, suçun henüz işlenmediği ancak işlenebileceğine dair şüphelerin var olduğu hallerde başvurulacak bir tedbirdir. Bu tedbire başvurulabilmesi için yakın bir tehlike ihtimali ya da suçun önlenmesi amacı olmalıdır. Nitekim suç veya tehlike gerçekleşikten sonra ancak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilecektir.<sup>287</sup>

Kolluğun önleyici faaliyetleri, hukuki değerlerin ihlalini engellemeye hizmet ederken; ceza koğuşturması, faaliyeti, devletin ceza verme yetkisinin gerçekleşmesini sağlar ve bu nedenle de zaten ortaya çıkmış olan hukuki değere yönelik ihlale bir tepkidir. Ceza koğuşturması ve önleme faaliyetlerinin bazı durumlarda çakışması, suçun bir hukuki değer için aynı zamanda tehlike doğurmasından ileri gelir. Bunun için başvurulmuş işlemler aynı da olsa, amaç birbirinden tamamen farklıdır.<sup>288</sup>

Tedbir kapsamındaki suçlar, yargılaması CMK'nın 250. maddesine göre yapılan ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan örgüt faaliyeti çerçevesinde olan suçlar, devletin

---

sınırlamalar getirilmesine karşın, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı kişilerle ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. *Yardımcı*, s. 244-245.

<sup>285</sup> Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme*, s. 62-64.

<sup>286</sup> Yardımcı, s.243-244.

<sup>287</sup> Yardımcı, s. 243-244.

<sup>288</sup> Erdem, Mustafa Ruhan (2001). *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 305.



güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, casusluk suçları gibi ağır suçlardır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik örneğin 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanun'un "Genel yayın esasları" başlığı altında 5. maddesinde "*Kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak*"; 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "Yayın ilkeleri" başlığı altında 4. maddesinde "*Özel hayatın gizliliğine saygılı olunması*"; 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesinde "*Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak... Bilgi veya belgeler, bu kanun kapsamı dışındadır.*"; aynı kanunun "Özel Hayatın Gizliliği" başlığı altında düzenlenen 21. maddesinde "*Kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.*" hükümleri verilebilir.

Kamu hukuku, özel hukuk ve karma hukuk alanında olmakla birlikte mahkeme kararları ışığında inceleme yapılırken ilgili normlar değerlendirilecektir.

### **3.6. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER**

Özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik çabalar birçok uluslararası belge de meyvesini vermiştir. Uluslararası alanda, öncelikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı ifade edilmiştir. Günümüzde bu hükmün, üye devletler üzerinde uygulanma gücü ve bağlayıcılığı etkin olarak cereyan etmemektedir. Bununla beraber, bu sözleşme anılan hakkın uluslararası düzeyde tanınmasını ve iç hukuk sistemlerinde yer almasını sağlayan önemli bir metindir.

*“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”*

Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde özel yaşam hakkı güvenceye bağlanmıştır.

*“Bu Sözleşmenin amacı her Akit Devlet ülkesinde, uyruğu veya ikametgahı ne olursa olsun tüm gerçek kişilerin, temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin, otomatik bilgi işleme tabi tutulması karşısında özel yaşam haklarını güvence altına almaktır.”*

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40. maddesinde genel bir ifadeyle özellikle yargılamanın kovuşturma aşamasına işaret edilerek özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi gereği ifade edilmiştir.

*“Kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olmak;*

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Antlaşma'nın 17. maddesi hükmüyle hakkın hukuka aykırı müdahalelerden korunması amaçlanmıştır. Bu sözleşme, haklara saygı gösterilmesi ve bu hakların korunması maksadı ile yapılmış olmasına rağmen, henüz etkin bir denetim sistemini kurabilmiş değildir.

*“Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”*

Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi<sup>289</sup> 10. maddesinde aşağıdaki düzenleme getirilmiştir.

---

<sup>289</sup> İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

*“Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnaî durumlarda, 2’nci paragrafta belirtilen hakların kullanımına, hastanın yararı için kanunî kısıtlamalar getirilebilir.”*

Daha birçok uluslararası anlaşma ve bildirgelerle “özel hayatın gizliliği hakkı” korunmaya çalışılmaktadır. Bu uluslararası belgelere ek olarak zikredilmesi gereken ve konumuz dahilinde büyük önem arzeden asıl uluslararası belge Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi AİHS’dir. Bu nedenle aşağıda bu sözleşme ve ilgili maddeleri daha kapsamlı olarak değerlendirecektir.

### **3.6.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesi**

2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa ülkeleri, yaşanan yıkımların tekrarlanmaması için bir araya gelerek sosyal, ekonomik ve kültürel bağları güçlendirmeye yönelik ihtiyaçlar doğrultusunda düşünceler geliştirmeye başlamışlardır. Bu doğrultuda insan hakları, medya, hukuksal alanda işbirliği, sosyal dayanışma, sağlık, eğitim, kültür, spor, gençlik, yerel demokrasiler, sınır ötesi işbirliği, çevre ve bölgesel planlama alanlarında çalışacak bir birlik oluşturma düşüncesiyle hareket edilmiştir.<sup>290</sup>

Avrupa Konseyi, Türkiye’den Rusya’ya, Bosna-Hersek’ten İsviçre’ye kadar pek çok ülkenin üyesi olduğu, çoğu kişi tarafından karıştırılmasına rağmen Avrupa Birliği ile herhangi bir organik bağı olmayan, farklı bir uluslararası bir örgüttür.<sup>291</sup> Bu örgüt kapsamında , 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan<sup>292</sup> ve Türkiye tarafından da 18

<sup>290</sup> Uluseller Ayça-Ulusoy Orçun, (2009). Avrupa ve İnsan Hakları Mekanizmaları, *İnsan Hakları Gündemi Derneği*, [http://www.rightsagenda.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=206:takmaavrupa-ve-nsan-haklar-mekanizmalar&catid=53:takmaelkitaplari&Itemid=92](http://www.rightsagenda.org/index.php?option=com_content&view=article&id=206:takmaavrupa-ve-nsan-haklar-mekanizmalar&catid=53:takmaelkitaplari&Itemid=92), s. 1.

<sup>291</sup> Er, s. 89.

<sup>292</sup> İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Sözleşmesi Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmıştır. 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzaya açılan Sözleşme, 1953 Eylül’ünde yürürlüğe girmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden yola çıkan Sözleşme’nin yazarları, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi yoluyla Avrupa Konseyi’nin hedeflerini takip etmek niyetindeydiler. Sözleşme ile birlikte, Evrensel Bildirge’de dile getirilen haklardan bazılarının toplu olarak teminat altına alınmasına ilişkin ilk adımlar atılıyordu. *Uluseller -Ulusoy*, s. 13.

Mayıs 1954 tarihinde onaylanmış bulunan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Avrupa Sözleşmesi, kısa ve yaygın adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>293</sup>, insan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunmasını sağlayan bir çağı başlatmıştır. Sözleşme önce, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sonrasında ise Komisyon'un kaldırılmasıyla, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla Avrupa mekanında etkili bir bölgesel denetimin yürütülmesini sağlamıştır.<sup>294</sup>

Yukarıda kısaca değinilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, 8. maddesi, “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlığı altında düzenlenmiştir. Sözleşmenin öngördüğü düzenleme 2001 yılı değişiklikleriyle 1982 Anayasası'na da adapte edilmiştir.

*“(1) Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

*(2) 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.”*

Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ve 4 nolu protokol'ün 2. maddesi benzer yapıya sahiptirler. Bu maddelerin ilk fıkralarında koruma altına alınan hak, ve özgürlükler belirtilmekte; ikinci fıkralarda da, korunan bu değerlerin mutlak olmadığı, bunların sınırlamalara tabi olabilecekleri meşruluk koşulları belirtilerek öngörülmektedir. Belirtilen maddelerin 1. fıkraları, öngörülen haklara “saygı”

---

<sup>293</sup> Sözleşme yürürlüğe girdiğinden beri 12 ek Protokol kabul edilmiştir. 1, 4, 6, 7 ve 12 numaralı Protokoller, Sözleşme'de yer alan haklar ve özgürlüklere eklenmiştir. 2 numaralı Protokol devlet tarafından söz konusu belgenin onaylanmış olması ve denetleme yapan bir komitenin kabul etmesi şartıyla bireysel başvuruçulara başvurularını Mahkeme'nin önüne getirme olanağının yolunu açmıştır. 11 numaralı Protokol, denetleme mekanizmasını yeniden yapılandırmıştır. Diğer Protokoller Sözleşme ile uygulamaya konmuş kuruluşların örgütlenmesini ve önlerinde izlenecek usulü ilgilendirmektedir. *Uluseller -Ulusoy*, s. 13-14.

<sup>294</sup> Er, s. 89.

gösterilmesini, “riyeti” emretmekte, bireyi hak sahibi kılmakta; resmi makamların, başka bir deyimle devlet organlarının keyfi müdahalelerine karşı -İkinci fıkraların hükmü saklı kalmak koşuluyla- korumaktadır.<sup>295</sup>

Maddenin iki bölüme ayrıldığı hemen göze çarpmaktadır. 8. madde’nin 1. fıkrası olan birinci bölümde, devletin bir birey için teminat altına aldığı hakların tam olarak hangileri olduğu belirtilir: özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı.<sup>296</sup> 8. madde’nin 2. fıkrası olan ikinci bölümde, bazı şartlarda kamu yetkililerinin 8. madde’deki haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceği belirtilerek, söz konusu hakların mutlak olmadığı ifade edilir. 8. madde 2. fıkrada, aynı zamanda 8. madde 1. fıkrada belirtilen haklara kamu yetkililerinin hangi şartlarda yasal olarak müdahale edebileceği de belirtilmiştir; sadece kanunlara uygun olan ve 8. madde 2. fıkrada belirtilen meşru hedeflerin birine veya birden fazlasına ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olan müdahaleler, bireyin 8. madde haklarının devlet tarafından kabul edilebilir bir biçimde sınırlandırılması olarak kabul edilecektir.<sup>297</sup>

### 3.6.2. Sekizinci Maddenin Kapsamı

8. maddede kişinin bireysel yaşamının çeşitli yönleri veya zemini olarak “özel hayatı ve aile hayatı”, “haberleşme” ve nihayet “meskeni” (konut yahut oturduğu yer) koruma altına alınmıştır.

8. madde 1. fıkra kapsamında korunan dört kavramın anlamı bariz değildir ve Mahkeme, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmıştır. Özellikle 8. madde’nin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikayetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken Mahkeme’nin yaklaşımı, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Mahkeme’nin esnekliği Avrupa Konseyi çapındaki toplumsal, yasal ve teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurabilmesini sağlamakla beraber, bu yaklaşım özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşmenin

<sup>295</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 330.

<sup>296</sup> 8. maddede kişi, bireysel yaşamın çeşitli yönleri veya zemini olarak özel ve aile hayatı, “muhaberatı” ve nihayet “meskeni” (konut yahut oturduğu yer) düzeyinde koruma altına almıştır. *Gözübüyük-Gölcüklü*, s. 330.

<sup>297</sup> Kilkelly, s. 9-10.

kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Ancak anlamları evrim içinde olduğu için, bu kavramların dinamik olduğunu ve bazıları birbiriyle bağlantılı ve bazıları birbiriyle çakışan çok farklı konuları içerme potansiyeline sahip olduklarını unutmamak gerekir.<sup>298</sup>

Gerçekten de özel hayat faaliyetleri kişinin konutunda daha çok gözlemlenebilirken, konutun dışında bir çok özel hayat faaliyeti gerçekleşebilir. Yine konutta ortaya çıkan tüm faaliyetler özel hayat kapsamında olmayabilirler. Bu halde, maddenin koruma işlevi yalnızca “konut olma” sebebine dayanacaktır. Bunun gibi, haberleşme yalnızca bu yönüyle korunurken içeriği özel olduğunda aynı zamanda özel hayata müdahale olarak kabul edilecektir. Özel hayat kapsam itibariyle diğer bütün kavramların içinde olabilir ya da tamamen dışında kalabilir.

Daha önceki açıklamalarda belirtildiği üzere özel hayat kavramını tanımlamak kolay değildir. Bunu AİHM de ifade etmiştir. Kamu alanı ile özel alan arasındaki sınır, bir durumdan diğerine değişir. Farklı kararlara dayanarak, AİHM’in bu konudaki yaklaşımı hakkında fikir edinmek mümkündür.<sup>299</sup>

AİHM’ye göre, özel hayat *bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır*.<sup>300</sup> Ancak bu kavram, açık bir biçimde “mahremiyet” hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir. Mahkeme’nin 1992 tarihli bir kararında özel hayat kavramını sınırlamanın doğru olmayacağını aşağıdaki şekilde belirtmiştir.

*“Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir”*.<sup>301</sup>

<sup>298</sup> Kilkelly, s. 16.

<sup>299</sup> Dutertre, s. 287.

<sup>300</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25 Mart 1993). Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, Kilkelly, s. 16-17.

<sup>301</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (16 Aralık 1992). Niemietz-Almanya davası, Kilkelly, s. 17.

Mahkeme 19.12.1997 tarihli bir kararında kavramın sınırlarının çizilmesinin güçlüğünden bahsetmiştir. "Özel hayat" kavramı oldukça geniş olup sınırlayıcı bir şekilde tanımlanamaz; olayın şartlarına göre, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de içine alır.<sup>302</sup> Bu kavram, kişinin *özgürlüğünün kısıtlandığı durumlar* için de geçerlidir. Ayrıca, 8. madde, 3. madde anlamında ihlal oluşturmaya yetmeyen gözaltı ve tutuklama şartları için de koruma sağlayabilir.<sup>303</sup>

Bu konuda örnek olarak AİHM'nin 30.09.2008 tarihli Nakçı-Türkiye davası gösterilebilir.<sup>304</sup> Olayda, 11 Kasım 2003 tarihinde, Ceza İnfaz Kurumu Mektup Okuma Komisyonu, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 147. maddesi uyarınca sözkonusu mektubun, örgütsel isteklerin Devlet tarafından kabul edilmesini sağlamak niyetinde olduğuna ve "sakıncalı" olarak değerlendirilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. AİHM, sözkonusu müdahalenin yerindeliği konusunda, 2. fıkrayı özetlemiştir. AİHM, sözkonusu *tüzüğün, yetkililerin takdir yetkisinin kapsamını ve koşullarını yeterince açıklıkla belirtmediği* tespitinde bulunmuştur. AİHM, ayrıca, tüzüğün uygulanmasında da sözkonusu eksikliğin giderilmediğini belirtmiştir. AİHM, ihtilafli müdahalenin AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*yasa ile öngörülmediği*"ni tespit ederek müdahalenin haksızlığına karar vermiştir.

Tutuklu ve hükümlülerin yazışmasında denetimin ölçüsü, amaca uygunluk ve olayın özelliğinin bu tür bir denetimi haklı kılmasıdır, örneğin Mahkeme Boyle ve Rice-İngiltere davasında, cinayetten dolayı müebbet hapse mahkum edilen başvuranın, bir arkadaşına yazdığı *mektuba cezaevi yönetimi tarafından el konularak yerine ulaşmasının engellenmesini keyfi bir işlem olarak nitelendirmiş ve 8. maddeye aykırı*

---

<sup>302</sup> Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (26.3.1985). X ve Y- Hollanda; (16.12 1992). Niemietz-Almanya; (25.3.1995). Costello Roberts-Birleşik Krallık.

<sup>303</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (19.12.1997). E. 1992/20972 Raninen-Finlandiya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>304</sup> *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

bulmuştur. Ayrıca mahkeme, yazışmaya genel anlamda yorumlamakta ve bireyler arasındaki her türlü haberleşmeyi kastetmektedir.<sup>305</sup>

8. Madde'ye göre aile hayatının kapsamına girmeyen ilişkiler, özel hayatı oluşturduğu durumlarda yine de bu hükmün koruması altına girebilir. Bu kategoriye dahil olan durumlar; koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler; henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler; eşcinseller ve partnerleri arasındaki, çocuklu olsun veya olmasın, ilişkiler sayılabilir.<sup>306</sup>

İsveç Hükümeti'nin bir anne ile sosyal yardım kurumuna yerleştirilmiş çocuğu arasındaki telefon görüşmeleri ve yazışmaları sınırladığı bir olayda özel hayatın gizliliği ve haberleşme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>307</sup>

Bir bireyin cinsel hayatı, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Mahkeme kararları incelenirken görüleceği üzere AİHM, kişilerin cinsel tercihlerine ve yaşamlarına sözleşmecî devletlerin müdahaleleri konusunda cinsel hayat lehine geniş bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Mahkeme, 2003 tarihli *Roemen ve Schmit-Lüksemburg* kararında özel hayat kapsamını kişiler ve değerler açısından açıklamıştır. Mahkeme içtihatlarında bu hükmün, genellikle 12. maddeyle birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Maddenin 1. fıkrasında geçen *herkes ifadesine, hükümlü ve tutuklular da dahildir*. Bu hükme göre, kamu makamları kişinin özel hayatına saygı göstererek her türlü müdahaleden kaçınmakla yükümlüdürler. Mahkemeye göre özel hayata müdahale sayılan bazı haller şunlardır:

*“Telefon konuşmalarının dinlenmesi, kaydı ve konuşulan numaraların tespiti; bireyin cinsel hayatı; bireyin kişiliğine ilişkin özel bilgilerin toplanması,*

---

<sup>305</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (27.04.1988). E. 1982/9659, Boyle ve Rice-İngiltere Davası, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>306</sup> Kil Kelly, s. 17.

<sup>307</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25.02.1992). E. Margerata ve Roger Anderson-İsveç Davası, Gözübüyük-Gölcüklü, s. 337.



*gereğinde kullanılması; suç kovuşturması amacıyla da olsa, bireye ait özel evrakın aranması ve zaptı işlemleri...<sup>308</sup>*

AİHM'ye göre özel yaşama saygı bir ölçüde bireyin başkalarıyla ilişkileri geliştirme hakkını da kapsamak zorundadır. AİHM, Murrey-İngiltere davasında 1994 yılında verdiği kararında “gerekli izne sahip” olan polisin yakalama amacıyla bir bireyin evine girmesinin Sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerin yanı sıra meslek veya ticaretini yaptığı yeri ve bürosunu da konut saymaktadır.<sup>309</sup> Mahkemeye göre, kişinin konutunu iç hukuka aykırı olarak yapmış olması yapının özel hayat bakımından konut statüsünü değiştirmez.

Açıklamalardan ve verilen örneklerden anlaşılacağı gibi AİHM, özel hayata bir sınır çizmemekte ve özel hayat kavramının kapsamını belirlememektedir. Bunun yerine her olayda, olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmakta ve karar vermektedir. Bu sebeple mahkemenin özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik vermiş olduğu kararlardan yola çıkarak yaklaşımını anlamak daha isabetli görünmektedir. Bu sebeple çalışmamıza AİHM ve ulusal kararları inceleyerek devam edilecektir.

### **3.6.3. Devletin 8. Maddeye Müdahalesini AİHM'nin Değerlendirme Şekli**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dikkat edilecek olursa, ilk bakışta çelişkili gibi görünen bir durum ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, dava konusu olayı değerlendirirken ilk başta, davalı devletin özel hayat hakkına müdahalesinin varlığını kabul ettiğini, bu hakka bir müdahale olduğunu tespit ettiğini beyan etmektedir. Ancak mahkeme, müdahalenin varlığını kabul etmesine rağmen müdahaleci devleti aklamakta ve başvurucunun talebini reddetmektedir.

AİHM'nin ilk bakışta çelişkili gibi görünen ikinci tür kararlarına konu bazı olaylarda ise, devletin 8. madde ile korunan hakka bir müdahalesinin bulunmadığını

<sup>308</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25.02.2003). E. 1999/51772, Roemen ve Schmit-Lüksemburg Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

<sup>309</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (28.10.1994). E. 1988/14310, Murray-İngiltere Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

tespit etmesine rağmen, bu sefer başvurucuyu haklı bulmakta ve davalı devleti tazminata mahkum etmektedir. Neticesi itibariyle benzer fakat daha açık görünen üçüncü durum da, AİHM'in bir hakka müdahalede devlete tanıdığı takdir hakkının sınırlarını bir olaydan diğerine farklı çizebilmesidir. Aynı görünen olaylarda başvurucunun talebi, bazen haklı bulunmakta, bazen de aksi yönde kararlar çıkmaktadır.

Yukarıda kısaca ifade ettiğimiz meselelerin anlaşılması ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkıyla ilgili kararların daha iyi değerlendirilebilmesi için öncelikle, devletlerin özel hayata müdahalesinin AİHM önünde değerlendirme kriterlerine, devletlerin pozitif yükümlülükleri ile yetkili otorite ve ulusal hakimlerin takdir yetkisinin sınırlarına kısaca değineceğiz.

### 3.6.4. Özel Hayat Hakkı Konusunda Devletin Pozitif Yükümlülüğü

8. maddenin kapsamı incelenirken iki konuya değinmek gerekir. Birinci konu, bir şey yapmama yükümlülüğünün (özel hayata müdahale etme yasağı) bazen (özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için) bir şey yapma yükümlülüğü ile bir arada düşünülüp düşünülmemesi gerekip gerekmediğidir.<sup>310</sup>

Maddenin birinci fıkrasının birinci sonucu, devletin herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. Bu, “Hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır.” ifadesini içeren 2. fıkradan çıkmaktadır.<sup>311</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere yalnızca müdahale etmeme gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş, onlara aynı zamanda koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygı sağlama; yani, bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkan verecek tedbirleri alma görevini de getirmiştir.<sup>312</sup>

Birinci fıkranın bu şekilde uygulanması, koruma altına alınmış bulunan kişilerden gelecek müdahalelerde de -“yatay uygulama”- devletin sorumlu tutulmasını

---

<sup>310</sup> Dutertre, s. 284.

<sup>311</sup> Dutertre, s. 285.

<sup>312</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 296.

mümkün kılmıştır. Başka bir deyişle bireyler arasındaki ilişkilerde de bu haklara saygıyı sağlayacak tedbirlerin devlet tarafından alınması gerekir.<sup>313</sup>

Ancak 8. maddenin ihlali, sadece bir müdahale durumunda söz konusu olmayabilir. Devletin harekete geçmemesi de aynı etkiyi yaratabilir. Üye devletler, AİHS’de belirtilen haklara etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamalıdır. Bu konuda AİHM, Airey-İrlanda davasında<sup>314</sup> daha önce Marckx davasında belirlenen prensipleri dile getirmiştir.<sup>315</sup>

Airey İrlanda Davasında, dava konusu olaylar özetle şu şekildedir: İrlanda vatandaşı olan başvuru bayan Airey, küçük yaşlardan itibaren tezgahtar olarak çalışmış, 1953’te evlendikten sonra dört tane çocuğu olmuştur. Komisyon’a başvuru yaptığı tarihte işsizlik sigortasından aldığı maaş ile geçinmekte olan başvuru, 1978’den itibaren çalışmaya başlamıştır. Başvuru, 1974’ten itibaren kocasından haftalık 20 Pound nafaka almaya başlamış, bu nafaka 1977’de 27, 1978’de 32 Pounda çıkarılmıştır. Kamyon şoförü olan eşi bay Airey işsiz kalmış ve nafaka borcunu ödememeye başlamıştır. Başvuru eşinin alkolik olduğunu iddia etmiş ve 1972’den önce kocası tarafından şiddete maruz kaldığını ve bu nedenle 1972’de kocasına karşı açtığı davada, kocasının müessir fiil nedeniyle para cezasına mahkum olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun eşi 1972 Haziran ayında evden ayrılmış ve geri dönmemiştir. Ancak başvuru eşinin geri döneceğinden korkmaktadır.

Başvuru 1972’den önce eşiyle bir ayrılık anlaşması yapmak istemiş, ancak eşi buna yanaşmamıştır. Başvuru, eşinin kendisine ve çocuklara fiziksel ve ruhsal şiddet kullandığı gerekçesiyle, Haziran 1972’den itibaren yargısal yolla ayrılık kararı almak istemiş, bu nedenle bir çok avukata danışmıştır. Ancak bu konuda adli yardım verilmemesi ve masrafları karşılama gücü bulunmaması nedeniyle, kendisini temsil

---

<sup>313</sup> Gözübüyük-Gölcüklü s. 297.

<sup>314</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (09.10.1979). E. 1973/6289, Airey-İrlanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>315</sup> Dutertre, s. 285.

edecek avukat bulamamıştır. Mahkeme'nin kararında aşağıda belirtilen gerekçeyle sözleşmenin ihlal edildiği kararına varmıştır.

*“İrlanda'nın başvurusunun aile yaşamına veya özel yaşamına “müdahale” ettiği söylenemez. Ancak başvurusunun şikayeti devletin tasarrufuna değil, tasarrufta bulunmamasına karşıdır. Sözleşme'nin 8. maddesi amacı asıl olarak kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bu madde sadece Devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, aile yaşamına saygı hakkının etkili bir biçimde korunması, olumlu yükümlülükleri de içerebilir.”<sup>316</sup>*

Mahkeme'ye göre, özel ve aile yaşamına saygı hakkının etkili olabilmesi için İrlanda'nın, gerektiği takdirde *herkesin başvurabileceği koruma araçlarına ulaşmasını* sağlamasını gerektirir. Ancak başvuru, mahkemeye başvurabilecek durumda olmadığından, bu yol başvuru için *etkili bir biçimde ulaşılabilir* değildir. Başvuru, eşinden fiilen ayrılığının hukuken tanınmasını sağlamak için başvuramamaktadır. Bu nedenle AİHM olayda, aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>317</sup>

Pozitif bir yükümlülük olup olmadığı belirlenirken, AİHS'in tamamında olduğu gibi, *toplumun genel yararı ile bireyin çıkarı* arasında, adil bir denge kurulmaya çalışılmasına dikkat edilmelidir. Bu denge kurulurken 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen amaçlar geçerli olabilir, ancak bu hüküm 1. fıkrada korunan hakka sadece “müdahaleler” açısından, yani bu haktan doğan olumsuz yükümlülükler açısından yaklaşmaktadır. Mahkeme, *Rees-Birleşik Krallık* davasında<sup>318</sup> AİHM bir pozitif yükümlülük olup olmadığının nasıl belirlenebileceğini açıklamıştır.

Rees-Birleşik Krallık davasında, dava konusu olaylar özetle şu şekildedir: 1942 doğumlu bir Britanya vatandaşı olan başvuru, İngiltere'de Tunbridge Wells'te

<sup>316</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (09.10.1979). E. 1973/6289, Airey-İrlanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>317</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (09.10.1979). E. 1973/6289, Airey-İrlanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>318</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.10.1986). E. 1981/9532, Rees-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

oturmaktadır. Doğduğu zaman bayan cinsiyetinin bütün fiziksel ve biyolojik özelliklerine sahip olan başvuru, doğum kütüğüne Brenda Margaret Rees adıyla bir kız olarak kaydedilmiştir. Ancak başvuru, erken yaşlardan itibaren erkeksi tavırlar göstermeye başlamış ve ikili bir görünüm sergilemiştir. Başvuru 1970’de, transseksüelliğin tıbben kabul edilmiş bir durum olduğunu öğrenince, tedavi görmek istemiştir. Başvurucuya bir çeşit hormon tedavisi uygulanmış ve ikinci derece erkek özellikleri gelişmeye başlamıştır. Artık bir erkek adayı olan başvuru, Eylül 1971’de adını Brendan Mark Rees olarak ve daha sonra Eylül 1977’de Mark Nicholas Alban Rees olarak değiştirmiştir. Başvuru bundan böyle *erkek olarak yaşamaya* başlamıştır. Başvuru adını değiştirdikten sonra, yeni adıyla yeni bir pasaport almak istemiş ve almıştır. *Ancak kendisine “Bay” öneki verilmemiştir.* Başvurucunun *doğum kütüğünde erkek olarak gösterilmesi için*, kendisi ve kendisi namına bazı milletvekilleri tarafından Nüfus Genel Müdürlüğü’nden talepte bulunulmuş, fakat sonuç alınamamıştır.

AIHM, aşağıdaki gerekçeyle pozitif yükümlülüğün çok geniş tutulamayacağına, bu konuda bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri karşısında devletin takdir hakkının sınırlarının daha geniş olduğunu belirtmiştir.

*“Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin amacının esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, buna ek olarak, aile yaşamına etkili bir şekilde “saygı”ya içkin olan pozitif yükümlülükler de bulunabileceğini hatırlatır. Ancak özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, “saygı” kavramının çok kesin bir tanımı yoktur; Sözleşmeci Devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri olaydan olaya önemli ölçüde değişir. O halde bu alan, Sözleşmeci Devletlerin, toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarını ve kaynaklarını gereği gibi göz önünde tutarak Sözleşme’ye uygunluğu sağlamak için atılacak adımları belirlerken geniş takdir alanı kullandıkları bir alandır.”<sup>319</sup>*

---

<sup>319</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (28.05.1985). E. 1980/9214, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Mevcut davada belirlenmesi gereken şey, “pozitif yükümlülük”lerin varlığı ve kapsamıdır. Sırf doğum kütüğünün değiştirilmesi talebinin veya doğum kütüğünden farklı içerikte ve nitelikte doğum belgesi verilmesi talebinin reddedilmesi, müdahale olarak görülemez.

*“Devletin takdir alanı, sadece gerekli tedbirlerin seçiminde veya kamu yararıyla çatışmanın dengelenmesinde söz konusudur. Öte yandan Hükümet bütün meselenin, bireyin ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında dengenin sağlanması olduğunu savunmuştur.”<sup>320</sup>*

Devletin *pozitif yükümlülüğünün* bulunup bulunmadığını tespit ederken, toplumun genel menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeye bakılmalıdır; aranan bu denge, Sözleşme’nin bütününe içkindir. Bu denge kurulurken, Sözleşme’nin 8/2. fıkrasında belirtilen amaçlar, sadece 1. fıkrafta korunan hakka “müdahalelere” göndermede bulunmasına, bir başka deyişle 1. fıkraftan çıkan negatif yükümlülüklerle ilgili bulunmasına rağmen, yine de belirli bir öneme sahiptir.

Bu gözlemlerin burada ayrı bir önemi vardır. Bu gibi hallerde mahkeme sözleşmecî devletlerin aynı konuda göstermiş oldukları uyuma bakmaktadır. Eğer uyum azsa, devletin takdir hakkının genişlemesi söz konusu olmaktadır. Devletlerden bir çoğu, mevzuatı, yargısal içtihatları veya idari pratikleri vasıtasıyla, transseksüellere yeni kazandıkları kimliklerine uyacak şekilde şahsi statülerini değiştirme imkanı vermektedirler. Ancak devletler, bu imkanı çeşitli ağırlık derecelerindeki şartlara tabi tutmuşlardır. Bu halde, sözleşmecî devletler arasında küçük bir ortak temel bulunmaktadır ve bu konuda sözleşmecî devletler, geniş bir takdir alanına sahiptirler.

---

<sup>320</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.10.1986). E. 1981/9532, Rees-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

### 3.6.5. Devletin Hakkı Sınırlamada Takdir Alanı

Belirli bir anda, belirli bir yerde, bir sözleşme hakkı bağlamında bir kişinin hak ve özgürlüğüne konulacak sınırlamanın değerlendirilmesi, sözleşmedeki şartların mevcut olup olmadığı ve sınırlamanın meşru olup olmadığı hususu, devletlerin takdirine bırakılmıştır.<sup>321</sup>

Alınan önlemlerin 8. madde'yle uyumlu olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili devlete *takdir hakkı* adı verilen belirli bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu prensip ilk olarak, 10. madde kapsamındaki bir anlaşmazlıkla ilgili olan ancak kararı aynı şekilde 8. madde davaları için de geçerli olan *Handyside* davasında oluşturulmuştur.<sup>322</sup> Takdir hakkıyla ilgili AİHM'nin açıklaması aşağıdadır.

*“Devlet yetkilileri, ülkelerindeki önemli güçlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, uluslararası hakimlere kıyasla... bir sınırlama veya cezanın gerekliliği konusunda daha iyi karar verebilecek durumdadır. Bu bağlamdaki gereklilik kavramında ima edilen acil toplumsal ihtiyacın gerçeklik düzeyi konusunda, ilk değerlendirmeyi ulusal yetkililer yapmalıdır. Bu nedenle madde 10 (2) taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir.”<sup>323</sup>*

Sözleşmenin 1. maddesi, bu belgede yer alan hak ve özgürlükleri tanınmanın öncelikle ve ilk aşamada sözleşen taraflara, yani ulusal makamlara ait bir görev olduğunu belirtiyor. Uluslararası organların yetkisi, bu görevin Sözleşme normlarına uygun olarak yerine getirip getirilmediğini denetleyerek Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ikincil (yedek) yetkiyle katılmaktadır.<sup>324</sup>

<sup>321</sup> Yardımcı, s. 120.

<sup>322</sup> Kilkelly, s. 10

<sup>323</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (07.12.1976). E. 1972/5493, Handyside-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

<sup>324</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 146.

Mahkeme'nin, 8. Madde hakkına yapılan bir müdahalenin söz konusu hükmün 2. fıkrası çerçevesinde yerinde olup olmadığını belirlerken Devlete belirli bir takdir hakkı bıraktığı açıktır. Yetkili ulusal mercilere verilen takdir hakkı mevcut şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişebilir. Bu konuda takdir hakkının kapsamını belirlerken göz önünde bulundurulması gereken unsurlar arasında Taraf Devletlerin kanunları arasında bir ortak zeminin varlığı, ele alınan konunun hassasiyeti ve Taraf Devletlerdeki gelenek, politika ve uygulamaların çeşitliliğinin olduğu daha önce belirtilmiştir.<sup>325</sup>

Ancak AİHM, bu doktrinin âkit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediğini belirtmiş ve Mahkeme'nin, devletlerin Sözleşme'nin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaktan sorumlu olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, 8. madde söz konusu olduğunda, Sözleşme haklarından birine müdahalenin 8. madde 2. fıkra kapsamında haklı olup olmadığını belirleme konusunda nihai karar verme rolünü AİHM üstlenmiştir ve böylece ulusal takdir hakkı, Avrupa denetlemesiyle "elele" düşünülmelidir.<sup>326</sup>

Devletlerin AİHS ile koruma altına alınmış hakları sınırlandırma gerekçesi, daha çok önemli suçlarla mücadelenin zorluğudur. Bu bağlamda devletler tarafından en geniş şekilde kullanılmak istenen bu kısıtlamalar hakkında AİHM, haklar açısından genişletici, sınırlandırmalar bakımından daraltıcı denilebilecek bir yorum getirmektedir. Bununla birlikte sınırlamalar konusunda devletlere tanınan takdir hakkı bazı suçlar bakımından daraltılmışken, belli suçlar bakımından geniş tutulmuştur. Demokrasiyi

---

<sup>325</sup> Kil Kelly, s. 57

<sup>326</sup> Aynı kararda: Komisyon ise, raporunda ve ayrıca Temmuz 1976'da Mahkeme'de birbirini izleyen duruşmalarda, başvuru tarafından şikayet edilen söz konusu yasakların ve cezaların, ahlaki korumak için, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının nasıl belirleneceği gibi, çok önemli bir sorun üzerinde bazı görüş farklılıklarının ortaya çıktığını vurgulamıştır. Hükümete ve Komisyon çoğunluğuna göre Mahkeme sadece, İngiliz mahkemelerinin makul biçimde ve iyi niyetle, ayrıca Sözleşme'nin 10/2. fıkrasında sözleşmeciler devletlere bırakılan takdir alanı (margin of appreciation) içinde davranıp davranmadığını tespit etmelidir. Diğer taraftan Komisyon azınlığı ise Mahkeme'nin görevini, "Inner London Quarter Sessions" mahkemesi kararını denetlemek (review) değil, Ders Kitabı'nı doğrudan doğruya ve sadece Sözleşme'nin ışığı altında incelemek (examine) biçiminde görmektedir. Kil Kelly, s. 10-11.



koruma adına kişisel verilerin toplanması ve gizli izleme (surveillance) konularında devletlere geniş takdir yetkisi tanınmıştır.<sup>327</sup>

### 3.6.6. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkına Müdahalenin Sınırları

AIHM (ve komisyon), 8. maddede sözkonusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman, üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmıştır. Bu organlar önce (1) şikayete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını; yani “*hükümün uygulanabilirliğini*” saptamakta; müteakiben, (2) bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde yapılan işlem ya da alınan önlemin bir “*müdahale*” teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve nihayet, (3) bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, vaki müdahalenin “*meşruluk*” kazanıp kazanmadığı saptanmak suretiyle sonuca varmışlardır. Yani, üçüncü aşama olan “*müdahalenin meşruluğu*” irdelemesinde alınan kısıtlayıcı önlemin “*kanuniliği*”, *güdülen “amacın meşruluğu”* ve şikayet konusu müdahalenin “*demokratik bir toplumda gerekliliği*” araştırılmaktadır.<sup>328</sup>

En başta özel hayata müdahale yani bir sınırlama söz konusu olacaksa *sınırlamanın kanunla yapılması* gerekmektedir. Bu düzenleme, vatandaşların erişimine müsait “erişilebilir”, uygulanması ve müdahalenin şartları ve sonuçları açık, öngörülebilir, anlaşılır olmalıdır. “Hukukun üstünlüğü” prensibine dayanmalıdır.

İkinci olarak, müdahale *meşru bir amaç* gütmelidir. Bu amaçlar maddede; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması nedenleridir. Meşru amaç bunlardan biri veya bir kaçı olabilir.

---

<sup>327</sup> Yardımcı, s. 121-122.

<sup>328</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 146.

Üçüncü olarak, müdahalenin *demokratik bir toplumda gerekli* olmasıdır. Tolerans, fikirlere açık olma, eşitlik, hürriyet kavramları bağlamında müdahalenin acil bir sosyal ihtiyacı karşılaması ve ulaşılmak istenen hedefle *orantılı* olmasıdır. Yani denetim veya tedbir, sonuca ulaşmaya uygun, elverişli olmalı; haklara en az müdahale edecek şekilde *gerekli* ve katlanılabilir şekilde *ölçülü* olmalıdır.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKINA YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KAZUİSTİK BİR YAKLAŞIM

#### 4.1. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YOLUYLA MÜDAHALE

Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir. Ayrıca bu hüküm, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun geçerlidir.<sup>329</sup> Dinleme ile ilgili sorunlara en sık telefon dinleme<sup>330</sup> vakalarında rastlanmaktadır. Telefon dinlemeye imkan veren bir kanunun varlığı bile, bu *imkanı kullanan kişilerin denetimi ile ilgili bir hüküm içermediğinde* 8. maddenin ihlali anlamına gelebilir.<sup>331</sup> Telefon konuşmalarının dinlenmesi yahut kaydı veya konuşulan numaranın saptanması özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelmektedir.<sup>332</sup> AİHM'nin yerleşmiş içtihadına göre, iş telefonlarının dinlenmesi 8. madde kapsamına girmektedir.<sup>333</sup> Yani AİHM müdahalenenin varlığını eleştirirken

---

<sup>329</sup> Kilkelly, s. 20.

<sup>330</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile korunan özel hayat hakkını ilgilendiren normatif düzenlemelerden en önemlileri Türk Ceza Kanunu 132, 133 ve Ceza Muhakemesi Kanunu 135-138, 140. maddelerinde görülmektedir.

<sup>331</sup> Dutertre, s. 304.

<sup>332</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, s. 300.

<sup>333</sup> Dutertre, s. 304.

kişinin konut, mobil veya iş telefonu ayırımına gitmemekte; iş yeri telefon görüşmelerini de özel hayatın gizliliği kapsamında ele almaktadır.

AİHM, *Halford-Birleşik Krallık Davası*<sup>334</sup> kararında, *Klass davası* kararında getirilen çözümü hatırlatmıştır. Mahkeme, bahsedilen *Klass* ve diğerleri davasında, başvurucuların haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak izlenmesini mümkün kılan ve başvurucuların kendilerine karşı bu tür uygulamaların yapılıp yapılmadığını bilmesine imkan tanımayan mevzuatın, başvurucuların 8. madde kapsamındaki haklarına müdahale anlamına gelip gelmediğini değerlendirmiştir. AİHM, söz konusu “*kanunun sadece varlığı*” ile bu kanunun uygulanabileceği kişiler için posta ve iletişim hizmetleri kullanıcıları arasında haberleşme özgürlüğüne kaçınılmaz olarak zarar verecek bir izlenme tehdidi içerdiği ve böylelikle başvurucuların aile ve özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi haklarına karşı kamu otoritesinin bir müdahalesi anlamına geldiğine hükmetmiştir.<sup>335</sup>

AİHM, 1998 tarihli *Kopp-İsviçre davasında*, avukatlık şirketi gibi iş yerlerine gelen ve giden telefon haberleşmelerinin, Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrası anlamında "özel hayat" ve "haberleşme" kavramları içinde mütalaa olunması gerekliliğini belirtmiştir. Telefon haberleşmesine müdahale, 8. maddenin 2. fıkrası anlamında, 1. fıkra ile başvuru sahibi lehine tanınan bir hakkın kullanılmasına "resmi bir makamın müdahalesi"ni oluşturmaktadır.

*“Kaydedilen konuşmaların sonraki kullanılma şeklinin veya hiç kullanılmadan imha edilmesinin bu hususta her hangi bir önemi yoktur.”*

AİHM, anılan türden bir müdahalenin, “hukuka uygun” olmadıkça veya 2. paragrafta belirtilen “meşru hedefler” için yapılmadıkça ve bunlara ilâveten sözkonusu hedeflere ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli” bulunmadıkça 8. maddeyi ihlal edeceğini kararlaştırmıştır.

---

<sup>334</sup> Haziran 1997, Başvuru no:20605/92, Reports 1997-III, p. 56

<sup>335</sup> Dutertre, s. 304.

Müdahalenin hukuka uygun olması için, (1) iç hukukta bir dayanağının olması “kanunilik”, (2) bu dayanağın erişilebilir olması “erişilebilirlik”, (3) müdahalenin “hukukun üstünlüğü” ilkesi ile uyumlu olması ve son olarak (4) uygulanan tedbirlerin anlam ve niteliği hususunda “önceden bilinebilir” olması gerekmektedir.

AİHM, müdahalenin düzenlendiği hukuk kurallarının “hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşabilir” olmasını gerektirdiği kanaatindedir. İç hukuk, 8. maddenin düzenlediği haklara keyfi müdahaleye karşı ferde etkin bir koruma sağlamalıdır.

*“İç hukuk, 8. maddenin düzenlediği haklara keyfi müdahaleye karşı ferde etkin bir koruma sağlamalıdır. Bu sebeple, iç hukuk resmi mercilerin bu nevi gizli tedbirlere başvurma yetkilerinin hal ve şartları hakkında vatandaşlara yeterli işaret verme hususunda gerektiği kadar açık olmalıdır.”<sup>336</sup>*

Telefon dinleme, özel hayatın gizliliğine ve haberleşmeye ciddi bir müdahale oluşturduğundan ve bilhassa bu konuda kullanılan teknoloji devamlı olarak geliştiğinden bu denetim türü, ayrıntılı ve eksiksiz bir hukuki düzenlemeye dayanmalıdır. Özellikle dinleme denetimine üçüncü şahıs olarak takılan kişilerin görüşmelerinin nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacağı yani, dinlemeye takılan diğer kişiler hakkında suç ihbarı veya üçüncü kişiler aleyhine delil olabilirliğinin detaylı yasal düzenlemeye tabi kılınmalıdır.

*“İsviçre’de, başvuru gibi bir avukatın telefon görüşmeleri üçüncü şahıs olarak takibe tâbi tutulduğunda, avukatlık mesleğinin imtiyazını koruyan açık kanun hükmü ile bu davadaki uygulama arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Kanun, bir avukatın vekâlet işiyle kesin olarak bağlantılı olan ve olmayan hususlar arasındaki ayırımı nasıl, hangi şartlar altında ve kim tarafından yapılacağını açık bir biçimde belirtmemektedir. Hepsinden önemlisi, uygulamada bu görevin posta idaresindeki bir memura havale edilmesi Mahkeme tarafından hayret verici olarak nitelendirilmektedir. Zira sözkonusu memur, yürütme organının bir üyesi olup bağımsız bir hâkimin denetimi altında değildir. Bu sebeple başvuru sahibi, bir avukat olarak, demokratik bir*

---

<sup>336</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25.03.1998). E. 1994/23224, Kopp-İsviçre Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*toplumda hukukun üstünlüğü ilkesinin gerektirdiği asgari bir korumadan bile mahrum kalmıştır.”<sup>337</sup>*

Ancak, bu konuda önemle belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku’nda adli takip aşamasında şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla avukatın (müdafî) 135 madde anlamında iltişimine müdahale Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 136. maddesi ile bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında kesin olarak yasaklanmıştır.<sup>338</sup> Müdafî avukatın iletişiminin 136. madde anlamında denetime tabi tutulamamasının tek istisnası kendisinin de suça iştiraki olgusudur.<sup>339</sup>

#### **4.1.1. Craxi-İtalya Davası**

Dava, İtalyan vatandaşı Bay Benedetto Craxi'nin, 16 Haziran 1994 tarihinde, İtalya'ya karşı Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yaptığı başvuru ile başlamıştır.<sup>340</sup>

Başvuruya konu olan yargılama, Milan Savcılığı tarafından yürütülen ve “Temiz Eller Operasyonu” (Mani Pulite) olarak adlandırılan soruşturmalar ve bunlara ilişkin yargılamaların bir kısmıyla ilgilidir. 1993 Yılı Ocak ve Ekim ayları arasında Milan Savcılığı, başvuru sahibi hakkında, özellikle “rüşvet”, “kamu görevlisince gayri meşru para alınması”, “yasadışı kazancın gizlenmesi ile partilere mali destek hakkındaki yasalara muhalefet” gibi suçlardan 26 ayrı soruşturma açmıştır.

10 Mayıs ve 10 Eylül 1993 ve 7 Mayıs 1994 tarihlerinde Roma Savcısı da başvuru sahibi hakkında, “kamu görevlisinin gayri meşru para alması”, “partilere mali destek hakkındaki yasalara muhalefet”, “rüşvet ve kamu makamının gayri meşru işlerde kullanılması” suçlarından soruşturma başlatmıştır.

---

<sup>337</sup> Sonuç olarak AİHM bu davada 8. maddenin ihlal edildiğine oy birliğiyle karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25.03.1998). E. 1994/23224, Kopp-İsviçre Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>338</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu 136. maddesi: Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.

<sup>339</sup> Madde gerekçesinde istisna ifade edilmiştir. (bkz. pozitif düzenlemeler)

<sup>340</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.07.2003). E. 1994/25337, Craxi-İtalya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Yine, Metropolitana Milanese davası, 1983 ve 1992 yılları arasında bazı partilerin başkanlarına yüksek miktarlarda ödemelerin yapılması ve Metropolitana Milanese adlı şirket yöneticilerine, bazı ihalelerin Milan mafyasıyla bağlantılı belirli kişilere verilmesi için baskı uygulamasına ilişkin, başvuru sahibine karşı açılmış davalardan biridir. Bu ve yukarıda belirtilen her iki davada da dinleme kararları alınmıştır.

Başvuru sahibi ile birlikte diğer “politik şahsiyetler”, iş dünyasından ve kamu kurumlarından “ünlü kişiler” hakkındaki bu soruşturmalar medyada geniş şekilde yer almıştır.

Dinlenen telefon konuşmalarının metinleri ve konuşanların isimleri basına yansımıştır. L’Unita Gazetesi 30 Eylül 1995 günü bu telefon konuşmalarını yayınlamış ve bunlara dayanarak, “Di Pietro'ya Karşı Dosyalama ve Komplolar” başlıklı makalede başvuru sahibinin, bazı kişilerin yardımıyla Temiz Eller savcılarında Di Pietro'ya iftira kampanyası hazırladığını iddia etmiştir. Aynı gazete 3 gün boyunca *telefon çözümlerini yayınlamıştır*. Yayınlarda, konuşanların isimleri de açıklanmıştır.<sup>341</sup>

La Repubblica, ayrıca başvuru sahibinin eşi *Anna Craxi* ile *Veronica Berlusconi* arasında yapılan *özel bir telefon görüşmesini* yayınlamıştır. Bu ve buna benzer yayınlanmış bazı görüşmelerin içeriğinde tamamen özel hayata ilişkin konuşmalar geçmiştir.<sup>342</sup>

AİHM, müdahalenin Sözleşmeye aykırı olup olmadığını, telefon konuşmalarının bölümlerinin *basın tarafından yayınlanması* ve bazı bölümlerinin *içeriğinin yargılama sırasında açıkça okunması* yönlerinden ayrı ayrı incelemiştir.

---

<sup>341</sup> Giorno Gazetesi de 30 Eylül 1995 tarihinde bazı telefon görüşmelerini ve isimleri içeren haberler yapmıştır. La Repubblica Gazetesi de aynı tarihlerde benzer telefon görüşmelerinin çözümlerini açıklamış ve konuyla ilgili makaleler yayınlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.07.2003). E. 1994/25337, Craxi-İtalya Davası.

<sup>342</sup> Basında tartışmalar sırasında, zaman zaman başvuru sahibinin cevapları da yayınlanmıştır. İzleyen günlerde La Repubblica, L’Unita, Corriere della Sera gazeteleri, başvuru sahibinin bazı politik rakiplerine ve kendisi hakkında dava yürüten hakim ve savcılara karşı bağlantılarını kullanarak iftira ve karalama kampanyası yürüttüğüne, Forza Italia adlı siyasi çizgi üzerinde derin tesirleri olduğuna ilişkin pek çok makale, röportaj yayınlanmış, bunlarda da telefon çözümlerini sık sık kullanılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.07.2003). E. 1994/25337, Craxi-İtalya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel taşlarından olduğunu ve bu açıdan basına sağlanan serbestilerin de önemli olduğunu vurgulamıştır.

*“Konu devam eden yargılama faaliyetleri olduğunda da genel kamu, mahkemelerin bir vakum ortamında çalışamayacağıdır. Mahkemeler, bir kişinin suçlu ya da masum olup olmadığının tespit edildiği yerler olsa da bu, cezai yargılamalara ilişkin tartışmaların basında yapılamayacağı anlamına gelmemelidir.”<sup>343</sup>*

AİHM’ye göre yayınlama ve yorum faaliyetleri, yargılamanın halka açık olması yönündeki Sözleşmenin 6. maddesi ile de tamamen uyum içindedir. Sadece medyanın değil halkın da bu tür bilgileri öğrenme hakkı vardır. Özellikle bu davadaki gibi bir politikacı, eski başbakan söz konusu olduğunda, bu kural daha geniş uygulanır, zira bu kişiler kamu ve basının yakın ilgisine bilerek ve isteyerek kişisel hayat alanlarını açmışlardır.

*“Kamuya mal olmuş şahsiyetler de diğer vatandaşların yararlandığı korumalardan aynen yararlanırlar. Bu açıdan, kamu ilgisi yalnızca iddia edilen konuları kapsamalıdır ve basın da bilerek ya da bilmeyerek iftira, önyargı içerici nitelikteki yayınlardan kaçınmalı ve suçlanan kişinin özel hayatına ve haberleşmesine haksız müdahalede bulunmamalıdır.”*

Mahkeme, yukarıda açıkladığımız klasik inceleme ve irdelemesini yaparak; olayda basında yer almış konuşmalardan bazılarının ciddi anlamda *özel nitelikli -özel hayata ilişkin-* olduğunu gözlemlemiştir. Bu bağlamda, AİHM’nin görüşüne göre, yayımlanan metinler basına olan sosyal ihtiyaçla bağdaşmamaktadır. Buna göre 8. maddeye aykırılık, hukuka uygun amaçlarla açıklanamaz, dolayısıyla demokratik toplum düzeninde gerekli olan bir şey de değildir.

*“Belirtmek gerekir ki; bu konuda yayın yapan gazetelerin hiçbiri kamu makamlarının kontrolü altında değildir. Yayımlanan görüşmelerin*

---

<sup>343</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.07.2003). E. 1994/25337, Craxi-İtalya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.



*büyük bir kısmı, Mahkemede okunanların dışındaki kayıtlardır. Buradan, basının bilgi kaynağının savcılık kaleminde kayıtlı olan tutanaklar olduğu anlaşılmaktadır. İtalyan mevzuatına göre savcılık kalemindeki kayıtların kamuya açık olmadığı, sadece taraflara ve temsilcilerine açık olduğu da açıktır.”*

Mahkeme, metinlerin basına yayılmasının, savcının doğrudan bir fiili olmadığı, durumun ya savcılıkta görevli memurların bir yanlış tutumu ya da taraflar ya da vekillerinin ifşası sonucu oluştuğu kanısına varmıştır. Buradan hareketle AİHM, devletin *pozitif yüküm ihlali* olduğu kanısına varmıştır.

*“Sözleşmenin 8. maddesinin ana gayesi, kamu makamlarının rastgele kişisel özgürlük alanına müdahalesini önlemek ise de devlet sadece müdahale etmekten kaçınarak yerine getirdiği bir negatif yükümlü bu maddenin amacına uygun hareket etmiş sayılmaz. Madde, devlet organlarına özel hayata saygının korunması adına pozitif yükümlülükler de getirir. Bu bağlamda Mahkeme, başvuru sahibinin özel hayatının dokunulmazlığına ilişkin etkin önlemlerin, devletçe alınıp alınmadığını da ikincil olarak incelemiştir.”*

AİHM, bu bağlamda etkin korumaya uygun önlemlerin alınması gerektiğini düşünmektedir. Dahası böyle bir müdahale ortaya çıktığında devletin görevi, bu müdahalenin nedenini etkin bir şekilde araştırıp, durumu düzeltebilmek için mümkün her türlü tedbiri almaktır. Örneğin aynı tür yakınmaların yaşandığı, *günümüz Türkiye’sinin* tartışma konularından biri olan “*medyaya servis*” şeklinde gerçekleşen ihlallerin yaşanmaması için her türlü önlemin alınması gerekmektedir.

Somut olayda, AİHM, özel hayata giren konuların Sözleşmenin 8. maddesindeki hakkı ihlal edecek şekilde kamuya açıldığını belirlemiştir. Bunun yanında, özel hayatın gizliliği kapsamında bilgiler içeren görüşme çözümlerinin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında, devlet yeterli güvenliği sağlayamamıştır.

*“Özel hayatın gizliliği kapsamında bilgiler içeren çözümlerinin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında, devlet yeterli güvenliği sağlayamamıştır. Yine Mahkeme, metinlerin basına nasıl sızdığı konusunda*

*etkin bir soruşturma yapılmadığını, kusur ya da kabahati bulunan görevliler hakkında hiçbir yaptırım uygulanmadığını gözlemlemiştir. Tüm bunlara dayanarak, İtalyan makamlarının özel hayata ilişkin bilgilerin basına sızması konusunda üzerlerine düşen alternatif yükümlülüklere uymadıkları söylenebilir. Mahkeme, sorumlu devletin, başvuru sahibinin özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkını kullanmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir. Bu da Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.”*

AİHM, öncelikle şikayet edilen müdahalenin “hukuka uygun” olup olmadığını tespit etmek istemektedir. Kuşkusuz AİHM bu aşamada, devletin takdir yetkisinin kullanımı, yani *takdir marjını* denetleyecektir. İç hukuku yorumlama ve uygulama mahkemeler başta olmak üzere ulusal makamların yetkisinde ise de AİHM de iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunun yorumlanması konusunda *kesin (ancak ikincil)* bir yetkiye sahiptir.<sup>344</sup>

AİHM’e göre, davalı devletin özel hayat hakkının korunmasına olanak veren iç hukuk kuralları mevcutken, yerel mahkemelerce bir izahat da yapılmadan bu yasal düzenlemeden yararlanılmamıştır. AİHM, olayda Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Burada varolan bir iç hukuk normu yorumlanışı itibariyle kullanılmaz hale gelmiştir. Devlet “yasakoyucu”, norm ihsas etmek yoluyla pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiği halde, hakimin yorumu “etkinliği ortadan kaldırdığından” pozitif yükümlülük farklı bir şekilde ihlal edilmiştir.

*“İtalyan makamları, 29 Eylül 1995 tarihli duruşmada telefon görüşmesi metinlerinin okunmasında hukukun belirlediği usule aykırı davranmışlardır. Dahası, Milan Bölge Mahkemesinin telefon dinleme konusunda iç hukuku yorumlayış şekli de Sözleşmenin yüklediği pozitif yükümlülükler açısından endişe verici şekilde dardır ki, AİHM’in bu yoruma katılması mümkün değildir.”*

---

<sup>344</sup> Uluslararası organların yetkisi, bu görevin Sözleşme normlarına uygun olarak yerine getirip getirilmediğini denetleyerek Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ikincil (yedek) yetkiyle katılmaktadır. *Gözübüyük-Gölcüklü*, s. 146.

#### 4.1.2. Klass ve Diğerleri- Almanya Davası

Demokratik bir toplumda, 8. md. 2. fıkrasında sayılan sebeplerle önceden kanuni düzenleme yapmak şartı ile telefon dinlenmesinin mümkün olup olmadığı ilk olarak *Klass ve Diğerleri-Almanya Davası*<sup>345</sup> kararında gündeme gelmiştir. AİHM, demokrasinin kurumlarının korunması ile kişi hak ve hürriyetleri arasındaki dengenin bozulmaması için, bu yetkinin kullanılmasında özetle aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

*“Bu davada Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından ortaya çıkan başlıca sorun, tespit edilen müdahalenin ikinci fıkraya göre haklı olup olmadığıdır. Bu fıkra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir.”*

AİHM, demokratik toplumlarda, ancak, organize suçlarla ve terörle etkin mücadele<sup>346</sup> edilebilmesi için, 8. md. 2. fıkrasında sayılan, milli güvenlik vd. gerekçelerinden birine dayanarak telefon dinleme yetkisinin kullanılabilceğini kabul etmiştir. Bu, *“Her suç için telefon dinleme yetkisi kullanılamaz.”* anlamına gelmektedir. Suçla mücadele, telefon dinlemeyi *“gerekli ve haklı kılacak derecede zorunlu”* olmalıdır. Diğer bir söyleyişle, ilgili suça karşı diğer metotlarla mücadele, mümkün olmamalıdır.

*“Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa’da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele*

<sup>345</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (06.09.1978). E. 1971/5029, Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbruch, Hans Jürgen Pohl, Dieter Selb-Almanya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>346</sup> Bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (23.11.1993). A-Fransa Davası, Kilkelly, s. 20.

*edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.”*

Dinlemenin düzenlendiği kanun maddelerinde verilen *yetkinin sınırlarının* ve kullanılma sahasının yeterli açıklıkta belirtilmesi, bu kanunun erişilebilir olması ve verilen yetkinin sonuçlarının önceden *öngörülebilir* derecede netlik içermesi gerekir. Kanuni düzenleme, *yetkinin kötüye kullanılmasına karşı etkin tedbirler* ihtiva<sup>347</sup> etmelidir. Diğer bir ifadeyle, verilen telefon dinleme kararının, kararın verilme anında olmasa bile yetkinin kullanılmasının başlamasından hemen sonra veya yetkinin kullanılmasına son verildiği anda *hâkim tarafından denetlenmesi* gerekir. Klass ve Diğerleri- Almanya Davası kararında olduğu gibi bazı hallerde, *bağımsız idari bir kurulun denetimi* hâkim denetimi yerine kabul edilebilir.

*“Bu Heyette muhalefet de temsil edilmekte ve böylece muhalefet, Bundestag’a karşı sorumlu olan yetkili Bakanın emrettiği önlemlerin kontrol edilmesine katılmaktadır. Bu iki denetim kuruluşu, olayın şartlarına göre, objektif bir karar verebilmek için yeterli bağımsızlığa sahip olarak görülebilirler.”*<sup>348</sup>

Bu konuda CMK'nin ilgili maddeleri, kararın alınması, onaylanması, denetlenmesi gibi tüm aşamalarda hakimın gözetimini etkin kılmıştır. Örneğin, acil durumlarda Cumhuriyet savcısının dinleme kararı vermesi halinde bu karar derhal hakimın onayına sunulur. Ayrıca, yukarıda Klass-Almanya kararındaki AİHM görüşüne

---

<sup>347</sup> İngiltere ve Fransa, telefon dinleme konusunda mahkûmiyet almışlar ve bu sebeple, telefon dinleme konusunda ayrıntılı hükümler içeren düzenlemeler yapmak zorunda kalmışlardır. Örneğin, Huvig-Fransa kararında AİHM, aşağıda belirtilen hususlarının kanunda tanımlanmadığı gerekçesi ile 8. maddenin ihlalini tespit etmiştir. (1) *Hangi suçlar için hangi grup kişilerin* telefonlarının dinlemeye alınmasına izin verildiği; (2) Telefonun *ne kadar süre* ile dinlenmesinin mümkün olduğu; (3) Telefon kayıtları hakkında *savunma makamının görüşünün nasıl alınacağı*; (4) Sanığın serbest bırakılması halinde, *telefon kayıtlarının akıbetinin ne olacağı*. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (24 Nisan 1990). Huvig-Fransa Davası.

<sup>348</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (06.09.1978). E. 1971/5029, Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbruch, Hans Jürgen Pohl, Dieter Selb-Almanya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

uygun olarak “bağımsız idari bir kurul” anlamında “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” örnek gösterilebilir.

#### 4.1.3. Lambert-Fransa Davası

AİHM, Lambert-Fransa Davası<sup>349</sup> kararında, Fransa’da telefon dinlemeyi mümkün kılan yasayı da incelemiştir. Bu yasa, telefonu dinlenen kişi için yeterli teminatlar içermekte ancak, görüşme yapan 3. kişiler için yeterli koruma sağlamamaktadır.

Bu davada, başvuru dışında bir bireyin telefonu dinlenmiştir. Söz konusu telefon dinlendikten ve birkaç konuşma kaydedildikten sonra, telefon hattının sahibi olmayan ve hat sahibini aramış olan başvuru, çalıntı malların kötüye kullanımıyla itham edilmiştir. Bu kişi, daha sonra telefonunun dinlenmesinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Bu kişinin temyiz başvuruları, başkasına ait telefon hattının hangi şartlarda dinlendiğini eleştirecek bir konumda olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.<sup>350</sup>

*“Ancak kabul etmek uygun olur ki, Fransa Mahkemeleri’nin yürüttüğü mantık, çok sayıda kişinin, yani kendisine ait bir hattan başka bir hat ile telefon görüşmesi yapan kişilerin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu uygulama koruma mekanizmasının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir.”<sup>351</sup> Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunun korumasından etkin bir biçimde faydalanamayan başvuru da bu durumdadır. Bu nedenle Komisyon gibi, mahkeme de, başvuruçunun “hukukun üstünlüğüne dayalı” ve söz konusu müdahaleyi “demokratik toplumda zorunlu” olacak kadar sınırlandırmasını mümkün kılan “etkin bir kontrolden” faydalanamadığını düşünmektedir. Bunun sonucu olarak AİHS 8. maddesi ihlal edilmiştir.”<sup>352</sup>*

<sup>349</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (24.08.1998). E. 1994/23618, Lambert-Fransa Davası, *Dutertre*, s. 307.

<sup>350</sup> *Dutertre*, s. 306-307.

<sup>351</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (24.08.1998). E. 1994/23618, Lambert-Fransa Davası, *Dutertre*, s. 307.

<sup>352</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (24.08.1998). E. 1994/23618, Lambert-Fransa Davası, *Dutertre*, s. 307.

#### 4.1.4. Malone-Birleşik Krallık Davası

AIHM, *Malone-Birleşik Krallık Davasında*<sup>353</sup>, telefon kayıtlarını izleme yani arama dökümü<sup>354</sup> elde etme şeklinde yapılan gözetimin de haberleşme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Dava konusu olay özetle şu şekildedir. 1937 doğumlu James Malone, Dorking, Surrey’de ikamet etmektedir. 1977 yılına kadar bir antika satıcısıdır. Bu tarihten sonra bu işi bıraktığı anlaşılmaktadır. 22 Mart 1977’de başvuru Malone’a, çalıntı malı bilerek elde bulundurma suçu isnad edilmiştir.

Kararı tahlile geçmeden önce Konunun ve kararın daha anlaşılabilmesi açısından iletişimin tespiti ve sinyal bilgisinin tanımlanmasında önem bulunmaktadır. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından *kimlerin* ne zaman arandığı, konuşmanın *ne kadar süreyle* yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitine yöneliktir. İletişimin tespiti; *iletişimin içeriğine müdahale etmeden* iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin *arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine* yönelik işlemlerden oluşmaktadır. Sinyal bilgisi ise, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir.<sup>355</sup>

İletişimin tespiti, bu verilerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan kayıt altına alınarak muhafaza edilmesi ve ilgililere aktarılmasını ifade etmektedir. Örneğin bir suç soruşturmasında firmadan fatura dökümünün alınarak işlem yapılması gibi. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde<sup>356</sup> ise; bu verilerden fatura, yazılım ve mekanik

<sup>353</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (02.08.1984). E. 1979/8691, Malone-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>354</sup> İletişimin Tespiti Ceza Muhakemesi Kanunu madde 135/1 ile düzenlenmiştir.

<sup>355</sup> Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, R.G, 10.11.2005/25989, md. 3, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>356</sup> Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi şu şekilde gerçekleşmektedir: Bu sinyallerin oluşturduğu bilgiler firmalar tarafından muhafaza edilerek, faturabilgisine çevrilmektedir. Bu işlem gerçekleşirken, müşterilerin bilgisi olmaksızın firma çalışanları dahi bu bilgiler görülememektedir. Oluşan bu fatura bilgilerini, hakim veya Cumhuriyet savcısı kararlarıyla alan kolluk, bir program aracılığıyla, şüpheli veya sanığı tespit için yararlanılabilecek hale getirmektedir. Kişiler arasındaki iletişim trafiği, görüşmenin içeriğine basvurulmaksızın izlenmektedir. Telefon detay kayıtları -fatura bilgileri esas olmak üzere- arayan, aranan, kullanılan makine ve yer

bilgilerin bir sanal havuza alınarak ikinci bir işlemde geçirildikten sonra farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesi söz konusudur. Bu işlem, haberleşme içeriğine müdahale olmadan yapılmaktadır.<sup>357</sup>

Başvurucu, Ekim 1978’de, Metropolitan Polis Müdürlüğü aleyhine bir hukuk davası açmış, Bakanlık’ın yazılı izni gereğince yapılmış olsa bile, kendisinin rızası dışında *telefonunun izlenmesinin*<sup>358</sup>, *takip edilmesinin*<sup>359</sup> ve *kaydedilmesinin*<sup>360</sup> hukuka aykırı olduğuna karar verilmesini istemiştir. Talebi reddedilmiştir.

Başvurucu daha sonra, hem mektuplarının ve hem de telefon konuşmalarının, bir kaç yıldır tespit edilmiş olduğunu düşünmüştür. Başvurucu bu düşüncesini, mektuplarının gecikmiş olmasına ve müdahale izleri bulunmasına dayandırmıştır. Telefon konuşmalarıyla ilgili olarak da, telefonunda olağandışı bazı sesler duyduğunu söylemiş ve polisin ancak telefon dinlenerek elde edilebilecek bilgileri ele geçirdiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre, aleyhindeki suçlamalardan beraat etmiş olmasına rağmen müdahale devam etmiştir. Başvurucu Malone, buna ek olarak kendi telefonunun, çevrilen numaraları otomatik olarak kaydeden bir cihazla polis namına “sayaçlandığını” düşünmüştür. Bu düşüncesine delil olarak, kendisinin suçlandığı Mart 1977’de, o tarihlerde telefon ettiği yirmi kadar kişinin evlerinin polis tarafından aranmış olmasını göstermiştir.

Başvurucu, Sözleşme’nin 8. maddesinin iki başlık altında ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre birinci ihlal, (1) posta ve telefon iletilerinin polis tarafından veya onun namına izlenmesinden (dinleme); ikinci ihlal ise, (2) telefonunun polis tarafından veya onun namına "sayaçlanmasından" (iletişimin tespiti) kaynaklanmıştır.

---

bilgilerini kapsamaktadır. Bu kayıtlar konuşma mesaj ve ses bilgilerinin dışında kalan bilgileri içermektedir. Sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır. *Şahin*, s. 1100

<sup>357</sup> Şahin, s. 1100.

<sup>358</sup> interception,

<sup>359</sup> monitoring,

<sup>360</sup> recording,

*“Başvurucunun bir telefon konuşmasının, polisin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen yazıya dayanılarak dinlenmiş olduğu konusunda herkes hemfikirdir. Telefon konuşmaları, Sözleşme'nin 8. maddesindeki "özel yaşam" ve "haberleşme" kavramlarının kapsamına girdiğinden, kabul edilen izleme işlemi, Sözleşme'nin 8 maddesinin 1. fıkrasında başvurunun güvence altına alınmış bir hakkını kullanmasına bir kamu makamı tarafından müdahale oluşturmuştur.”*

Mahkeme, hemen her olayda uyguladığı müdahalenin kabul edilebilirlik ölçütlerini (meşruluk, hukuki dayanak, demokratik toplumlarda gerekli olma gibi) bu olayda da uygulamıştır. Ne var ki, bu hususları tekrar etmek yorucu olacağından asıl “sayaçlama” ve kısaca “posta izleme” konularının izahına çalışılacaktır.

*“Uygulamada, iletilerin gizli izlenmesi tedbirlerinin yerine getirilmesi, ilgili bireylerin ve daha geniş olarak kamunun denetimine açık olmadığından, yürütmeye tanınan kanuni takdir yetkisinin sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde ifade edilmesi, hukukun üstünlüğü ile çelişir. Sonuç olarak hukuk, bireyi keyfi müdahaleye karşı yeterince korumak için, yetkili makamlara bırakılan bu tür bir takdir alanının kapsamını ve söz konusu tedbirin meşru amacını dikkate alarak, kullanılma tarzını yeterli açıklıkla belirtmelidir.”*

AIHM, polisiye amaçlarla iletilerin izlenmesini düzenleyen İngiliz ve Galler hukukunun mevcut haliyle, en azından bir ölçüde çelişkili ve yoruma açık olduğunu tespit etmiştir. Özetle, iletilerin izlenmesiyle ilgili olarak, başvurunun 8. maddedeki özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına müdahalenin, hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir.

"Sayaçlama"<sup>361</sup> olarak bilinen işlem, *belirli bir telefonda çevrilen numaraları ve her görüşmenin zamanını ve süresini kaydeden bir cihazın (sayaç kontrol yazıcısı) kullanılmasını ifade etmektedir.* Posta işletmesi bu tür kayıtlar yaparken, sadece telefon

---

<sup>361</sup> İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitine yöneliktir. Öğretide dış bağlantı verileri olarak da geçmektedir. bkz. s. 126.



hizmet sağlayıcısı olarak kendisine gönderilen sinyalleri kullanmakta ve hiçbir şekilde telefon görüşmelerinin içeriğini izlememekte veya dinlememektedir.

Sayaç denetimi, bir telefon hizmet vericisinin kural olarak meşru bir biçimde ve özellikle aboneye doğru ücret tahakkuk ettirebilmek veya hizmete ilişkin şikayetleri veya kötüye kullanma ihtimallerini araştırabilmek için, elde edebileceği bilgiyi kaydetmektedir. O halde niteliği gereği sayaçlama, bir sebep olmadıkça demokratik bir toplumda istenmeyen ve gayrimeşru olan denetimlerden ayrı tutulmalıdır.

*“Ne var ki Mahkeme, sayaçlamadan elde edilen verilerin ne şartlarda ve ne amaçlarla kullanılırsa kullanılsın, Sözleşme’nin 8. maddesine göre bir soruna yol açmayacağı görüşünü kabul edemez. Sayaçlama kayıtları, çevrilen numaralar gibi, telefonla yapılan iletişimin bütünleyici bir unsuru olan bilgiyi içermektedir. Sonuç olarak Mahkeme’nin görüşüne göre, abonenin rızası olmaksızın bu bilginin polise verilmesi de, Sözleşme’nin 8. maddesindeki bir hakka müdahaledir.”*

O halde başvuru, kendisine karşı somut bir işlemin yapılmasından ayrı olarak, yani hakkında bir soruşturma olmaksızın, sırf bu uygulamanın varlığı nedeniyle, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlalden ötürü 25. madde bakımından "mağdur" olduğunu iddia edebilir.<sup>362</sup>

*“Polisin, sayaçlama bilgisi oluşturulması ve kendisine verilmesi talebini posta idaresinin kendi iradesiyle yerine getirmesini hukuka aykırı sayan her hangi bir iç hukuk kuralı da yoktur. Bilginin ne zaman sağlanacağına dair sınırlayıcı şartları da içeren ve yukarıda anlatılan uygulama, Parlamentoda bir soruya karşılık verilen cevapla aleni hale gelmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme’nin önündeki delillere göre, basit bir yasak bulunmamasından da öte, kamu makamlarının yararlandığı takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılma usulüyle ilgili her hangi bir yasa hükmünün bulunmadığı görülmektedir.*

<sup>362</sup> 1984 tarihli Malone Kararı’ndan sonra İngiliz Parlamentosu telefon dinlemeye ilişkin bir kanun çıkarmak zorunda kalmıştır. Gerçi bu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere’de telefon dinlemeye olanak tanıyan düzenleme bulunduğunu kabul etmiş, bunun kapsam ve çerçevesinin tedbiri uygulama durumunda olan makamlar için açıkça teşhis edilebilir olmadığı sonucuna varmıştır. Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 638.

*Sonuç olarak, iç hukuk bakımından hukuka uygun olsa da, söz konusu uygulamanın varlığından kaynaklanan müdahale, Sözleşme'nin 8/2 fıkrası anlamında hukuka uygun değildir.”*

#### **4.1.5. Telekulak Davası**

Danıştay, 2004 tarihli bir kararında<sup>363</sup> hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik toplumlarda hakim kararı olmaksızın dinlemenin kabul edilemeyeceğini ve bu tür yasadışı dinlemenin idarenin ağır hizmet kusuru olduğunu belirtmiştir. Bu karar, Danıştayın bu tür ihlallere yaklaşımı açısından önemli bir karardır.

AİHM kararları ışığında; kanunsuz, hakim kararı olmaksızın ve denetimsiz müdahalelerin her halde hakkın devamlı surette ihlali sonucunu doğuracağını gösteren aynı yönde bir karardır. Bu kararında Danıştay, özel hayatın önemli esaslarından haberleşmenin gizliliğinin anayasal önemine de vurgu yapmıştır.

*“Anayasa ile güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği esasının, hukuk kurallarına uyulmaksızın davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, davalı idarenin kamu oyunda Tele Kulak Skandalı olarak bilinen olayla ilgili olarak sorumlular hakkında soruşturma açtirmiş olmasının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, sadece idareye sözkonusu kişilere rücu etme imkanı vereceği, bu durumda, herhangi bir hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasayla yetkili kılınan mercii emri bulunmaksızın telefon konuşmaları dinlenen davacının uğradığı manevi zararın, olayda ağır hizmet kusuru bulunan davalı idarece manevi tazminatın niteliği de gözönüne alınmak suretiyle tazmin edilmesi gerektiği...”*

*“Hukuk kuralları gözardı edilerek davacıya ait telefon konuşmalarının dinlenmesi ve bu durumun basında yer alması davacı hakkında gerek çevresinde gerekse kamuoyunda şüphe ve tereddütler doğmasına neden olduğundan hakları zedelenen davacının ve davalı idarenin olaydaki ağır*

---

<sup>363</sup> Danıştay 10. D. (21.01.2004). E. 2002/6052, K. 2004/472, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

*hizmet kusuru da dikkate alınarak uğradığı manevi zararın kısmen de olsa giderilmesi gerekir.*<sup>364</sup>

#### 4.1.6. Telekulak Davası, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “Tele Kulak” davası ile ilgili aşağıda özet olarak belirtilen kararında<sup>365</sup> haberleşmenin anayasal bir teminat olduğunu tekrarlamakla; idarenin, teknik dinleme kararlarını uygulayacak personelinin yetki alanları belirlenmediğinden idarenin kendi ağır kusurunun bulunduğunu belirtmiştir.

En başta, dinleme şeklinde gerçekleşen müdahalenin; varolan yasal düzenlemenin dışında olmakla “kanunsuz”, hakim kararı olmaksızın “hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı”; 8. maddenin 2. fıkrasında gerekli kamu düzeni vd. sebeplere dayanmadığından maddenin birinci fıkrasını “ihlal eder nitelikte” olduğu kuşkusuzdur.

AİHM’nin ısrarla üstünde durduğu yetkili otoritenin, pozitif yükümlülükleri<sup>366</sup> de ihlal edilmiştir. İdare, yalnızca negatif yükümlülüklerini yerine getirerek ve yasal düzenlemelerle yetinmemeli, aynı zamanda yetki verilen kişi ve kurumların yetki sınırlarını ve yetki kullanımının neticelerini kesin olarak belirlemeli sonra da bunu devamlı kontrol mekanizmaları içinde tutmalıdır.<sup>367</sup> Gözden kaçırmamak gerekir ki, aşağıda kararda belirtilen ve resmi dinleme odası dışında yetkili otoritenin kontrolü dışında kalan bir odanın varlığı, kişiler üzerinde devamlı bir korku ve özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik 8. maddenin devamlı şekilde ihlali sonucunu doğurur.<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> Belirtilen gerekçeyle karar veren İdare Mahkemesi’nin kararını, Danıştay, yalnızca faizle ilgili düzeltme yaparak onamıştır. Danıştay 10. D. (21.01.2004). E. 2002/6052, K. 2004/472.

<sup>365</sup> Yargıtay, H.G.K. (18.02.2009). E.2009/4-48, K. 2009/84.

<sup>366</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere yalnızca müdahale etmeme gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş, onlara aynı zamanda koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygı sağlama; yani, bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkan verecek tedbirleri alma görevini de getirmiştir. *Gözübüyük-Gölcüklü*, s. 332.

<sup>367</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (06.09.1978). E. 1971/5029, Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbruch, Hans Jürgen Pohl,Dieter Selb-Almanya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>368</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (02.08.1984). E. 1979/8691, Malone-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Dava konusu olayda davacı Bakanlık, dava dışı K. B. tarafından mahkeme kararı olmaksızın telefon konuşmalarının dinlenmesi nedeniyle İdare Mahkemesine açtığı dava sonucu hüküm altına alınan *manevi tazminatın ferileriyle* birlikte ödendiğini, karar gereği yapılan ödeme nedeniyle *oluşan hazine zararının*, davalılardan *rücuen tahsiline* karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, olayla illiyet bağlarının olmadığı<sup>369</sup>, teftiş raporu sonucu açılan ceza davasının, 4616 sayılı Kanun gereğince kesin hükme bağlanmasının ertelendiğini, itiraz üzerine beraatla sonuçlanıp kesinleştiğini, idari yönden verilen disiplin cezalarının ise Danıştay kararları ile iptal edildiğini, adli ve idari soruşturmaların tümünden aklandıklarını belirterek haksız davanın reddini istemişlerdir. Yerel mahkeme, davalıların gerçekleşen eylemde kasıt ve ihmal suretiyle sorumluluklarının olduğu, davacı idarenin dava dışı kişiye ödediği parayı davalılardan rücu hakkının doğduğunu kabul ederek, davanın kabulüne karar vermiştir.

İdarece başlatılan soruşturma sonucu, Ankara Emniyet Müdürlüğü'nde görevli bazı emniyet mensuplarınca yasal kurallara uyulmaksızın telefonların dinlendiği öne sürülmüştür. Kamuoyunda *Tele Kulak Davası* olarak yer alan haberler sonucu telefon konuşmaları dinlenen kişiler tarafından İdare Mahkemesinde davalar açılmıştır. İdare Mahkemesince, Anayasa ile güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği esasının göz ardı edilerek konuşmaların idare ajanlarınca dinlenmesinde idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı kabul edilmiştir.<sup>370</sup> Davacı Bakanlık aleyhine dava açıldığı ve kabul edilen tazminatın icra takibi sonucu ödendiği hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. İhtilaf, hazine zararında davalıların kişisel kusurlarının ve sorumluluklarının olup olmadığı konusunda toplanmaktadır.

---

<sup>369</sup> Öğretide nedensellik bağı ya da tipiklikte hareket ve netice ilişkisi olarak da ifade edilmektedir. Gerek tabii ilimlerde gerekse mantıkta hiçbir zaman tek şart neticenin sebebi olamaz. Hukuk'ta da neticeyi gerçekleştiren şartlar birden fazla olması durumunda, bu şartlardan hangisinin suç tipindeki neticenin sebebi olduğunun tespiti gerekir; bu tespit yapılmadan sorumluluk söz konusu olamaz. Önder Ayhan, (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 192-193; İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 88.

<sup>370</sup> Danıştay 10. D. (21.01.2004). E. 2002/6052 K. 2004/472, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı* .

*“Davalılara isnat edilen eylem, Ankara İl Emniyet Müdürlüğü'nün 9. katında Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı ve Taşra Üniteler Kurulu Görev ve Çalışma Yönetmeliği'ne uygun şekilde kurulmuş teknik dinleme odası mevcut iken, İstihbarat Daire Başkanlığı'nın bilgi ve onayı olmamasına rağmen aynı binanın 8. katında teknik kurallara aykırı olarak Değerlendirme Bürosu bünyesinde ayrı bir dinleme odası kurdukları, mevzuata aykırı şekilde sözü edilen dinleme odasında mahkeme kararı olmaksızın telefonları dinledikleri, yine çok sayıda telefonu ise mahkeme kararı ile verilen sürelerden daha uzun sürelerde dinlettikleri, olay ortaya çıkınca da bazı dinlemeleri bilgisayar hard diskinden sildirdikleri<sup>371</sup> iddialarına dayanmaktadır.”<sup>372</sup>*

İddialar doğrultusunda görevi ihmal ve kötüye kullanmaktan dolayı davalılar hakkında açılan ceza davası 4616 sayılı Yasa gereğince kesin hükme bağlanması ertelenmişken, bir kısım davalıların karara itirazı üzerine bu kez itiraz edenler yönünden delil yokluğundan beraat kararı verilmiştir. Ayrıca soruşturma sonucu verilen disiplin cezaları ise idare mahkemesine açılan davalar neticesi iptal edilmiştir.<sup>373</sup>

Davalılar Emniyet Müdürlüğünde görevli kamu personelidir. Yargıtay çok isabetli olarak, mevcut dinleme odası varken, ilgili idarenin bilgisi dışında aynı binanın

<sup>371</sup> Ankara Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdürlüğü'nce eski LMS Telefon Dinleme Sistemi'ne ait olup bilirkişiler tarafından DATA Teyp'e (Kartuş) yedeklenen kayıtlara göre, 01 Ocak 1997-03 Mayıs 1999 tarihleri arasında 727 adet telefon numarasının, Ankara Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdürlüğü'nün 8. katta yaptığı dinleme faaliyetlerinin kayıtlı olduğu, yapılan silme çabasına rağmen, İstihbarat Daire Başkanlığı'nın teknik imkanları ile kurtarılmıştır. Ankara Emniyetinin silme çabasına rağmen, İstihbarat Daire Başkanlığı'nın teknik imkanları ile kurtarılan Sabit Disk LMS 24 kayıtlarına göre, 144 telefon numarasının, kurulu bulunan LMS 32 Telefon Dinleme Sistemi'nden çekilerek yedeklenen CD kayıtlarına göre, 15 Şubat 1999-06 Haziran 1999 tarihleri arasında 452 adet telefon numarasının dinlenmiş olduğu saptanmıştır. Bu üç telefon dinleme sisteminde kayıtlı bulunan dinlenen telefon sayısının bazı mükerrerler dahil toplam 1323 olduğu, mükerrer olanlar hariç 1160 olduğu saptanmıştır. 8. Kat Çetesi 963 Kişiyi Dinledi, (17.09.1999). Hürriyet Gazetesi, <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=-102341>

<sup>372</sup> Yargıtay H.G.K. (18.02.2009). E. 2009/4-48, K. 2009/84, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>373</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kullanılan, hakları doğrudan muhtel olanlar ifadesinden, ilk bakışta haberleşme hürriyetine müdahale edildiğini kanıtlayamayan kişinin tazminat talebinin kabulüne imkan olmadığı ileri sürülebilir. Ancak böylesi bir yaklaşım, telefon dinlemenin özelliğini göz ardı eden bir yaklaşımdır. Telefon dinleme, tamamen gizli olarak yürütülen bir faaliyettir. İdarenin bu faaliyetine karşın gerekli güvencelerin olmadığı bir ortamda, vatandaşın telefonunun dinlendiğini kanıtlanmasını istemek onu tüm hukuksal güvencelerden yoksun bırakmak anlamına gelecektir. Devlet, yetkisi altında yaşayanların haklarının ihlal edilmemesi için gerekli hukuksal alt yapıyı hazırlamak ve bu yapıyı uygun bir şekilde işletmekten sorumludur. Gerek hukuksal yapının oluşturulmasında, gerekse bu yapının işletilmesinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle sorumluluk tamamen Devlete aittir. Altıparmak, Kerem (2006, Mart-Nisan). “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 63, s. 29-66.

bir başka katında ayrı bir dinleme odasının kurulması büyük teknik destek ve külfet gerektireceğini buna bağlı olarak, davalıların bu külfete katlanarak teknik dinleme odası kurmalarının kabulü de hayatın olağan akışına aykırı olacağını tespit etmiştir.

*“Davalılar Emniyet Müdürlüğünde görevli kamu personelidir. İdarenin bilgisi dışında mevcut dinleme odası varken, aynı binanın bir başka katında ayrı bir dinleme odasının kurulmasının büyük teknik destek ve külfet gerektireceği aşikârdır. Ayrıca davalıların bu külfete katlanarak teknik dinleme odası kuracaklarının kabulü de hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. İdarenin böyle bir birimin hangi gerekçe ve ihtiyaca dayalı olarak kurulduğunu ve faaliyetlerini araştırması ve denetim görevini yapması gerekecektir<sup>374</sup>. Bu hususların yerine getirilmemiş olması idarenin kendi kusurundan kaynaklanmaktadır.”*

Yargıtay’a göre, bu hususların yerine getirilmemiş olması *idarenin kendi kusurundan* kaynaklanmıştır. Davalıların kişisel kusur ve sorumlulukları ispatlanamamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ilgili Dairenin yukarıda belirtilen gerekçesine katılarak rücuen tazminat davasının reddedilmesi gerektiği yönünde bozma kararı vermiştir.

#### **4.1.7. Dinleme Sırasında Üçüncü Kişilerin Suça Karıştıklarının Tespiti**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008 tarihli bu kararında<sup>375</sup>, bir kişi hakkında dinleme tedbiri uygulanırken üçüncü kişilerin telefondaki beyanlarıyla suça karıştıklarının tespiti ve bu şekilde elde edilen delillerin hukuki değeriyle ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur.

Olay tarihinde Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi üyesi olan sanık A.Y. Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/111 esas sayılı dosyasında gaspa teşebbüs suçundan tutuklu olarak yargılanan sanık T.K.’nin tahliyesini temin amacıyla önceden

<sup>374</sup> Gizli denetleme ancak, demokratik kurumların korunması amacına münhasır olabilir. Bu aynı zamanda oranlılık ilkesinin bir gereğidir. İstisnai de olsa haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur. Demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. *Öztürk-Erdem*, s. 638.

<sup>375</sup> Yargıtay C.G.K. (22.01.2008). E. 2007/5-101 K. 2008/3, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

tanıldığı polis memuru aracılığı ile temas kurup tahliyesi için taahhütte bulunup 5.000 Euro talep etmiştir. 29.09.2004 günlü oturumda sanığın 18 yaşından küçük olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dosyanın Bakırköy Çocuk Mahkemesi'ne gönderilmesine, TCK' deki değişikliklerin uygulanması ihtimaline göre sanığın tahliyesine karar verilen heyette üye olarak yer almış ve tahliye müzekkeresini bizzat kendisi imzalamıştır. Sanığın tahliye edildiğine dair bilgiyi polis memuruna verip tahliye karşılığı alınacak paraya ilişkin görüşmeler yapmıştır. Ancak, ilgililer tarafından vaat edilen para A.Y.'ye ödenmemiştir. A.Y. ise taahhüdünü yerine getirmek için elinden geleni yapmıştır. Rüşvet anlaşması<sup>376</sup> sebebiyle A.Y. hakkında dava açılmıştır.

Bu davada, iletişim tespit tutanakları ve bu tutanaklardaki konuşmalara dayanarak tanıklara sorulan sorulara verilen cevaplar yasal kanıt olarak kabul edilmediğinden hükme esas alınmamış ve değerlendirme dışı bırakılmıştır.<sup>377</sup> Geriye hukuka uygun kanıt olarak sanığın savunmasını içeren dilekçeleri ve tanıkların aşamalarda alınan yeminli beyanları kalmıştır. Dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.04.2007 gün ve 114596 sayılı dosyası olup; usulüne uygun şekilde elde edilmiş bulunan telefon dinleme kayıtlarının delil olarak kullanılması suretiyle sanığın rüşvet alma suçundan cezalandırılması gerektiği görüşünü içeren bozma istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nda incelenmiştir.

Sanık hakkında görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan verilen mahkumiyet hükmüne ilişkin temyiz incelemesinin 11.12.2007 tarihli birinci müzakeresinde, dosyada bulunan *iletişimin dinlenmesine ait tutanakların kanıt olarak değerlendirilip*

---

<sup>376</sup> Türk Ceza Kanunu madde 252/3 gererği "rüşvet, bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak, bir işi yapması veya yapmaması için kişiye vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlemesidir." rüşvet sözleşmesi, yararın belirli bir işin karşılığını oluşturması yönünde her iki tarafın iradesinin karşılıklı uyuşması ile ortaya çıkar.Öte yandan yarar sağlanması yönündeki iradenin açıkça ortaya konmuş olmasına da gerek yoktur. Tezcan, Durmuş vd, (2008). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 815.

<sup>377</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu 138/2, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak CMK madde 135/6'da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda; bu delil muhafaza altına alınacağından ve durumun derhal Cumhuriyet Savcılığı'na bildirileceğinden söz etmektedir.Böylece Kanun, tesadüfen elde edilen bilgilerin, bu bilgiler eğer yine CMK madde 135/6'da sayılan suçlardan birisine ilişkin ise, ancak bu takdirde delil olarak değerlendirilebilmesine olanak sağlamaktadır. *Öztürk-Erdem*, s. 648-649.

*değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüş ve bu husus Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak ele alınmıştır.*

*“İlkeleri, Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2007 gün ve 23-167 sayılı kararı ile; 13.06.2006 gün ve 122-162 sayılı kararında açıkça ortaya konulduğu ve ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere; Anayasa'nın 22. maddesi uyarınca kişilere tanınan haberleşmenin gizliliği esastır. Gizlilik kuralı ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla askıya alınabilir. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de haberleşme özgürlüğüne müdahalenin belli değerlerin korunması amacıyla ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin-Fransa; 20 Nisan 1990 tarihli Huvig-Fransa; 4 Mayıs 2000 tarihli Rotaru-Romanya; 2 Ağustos 1984 tarihli Malone-Birleşik Krallık ve 06 Ağustos 1978 tarihli Klass ve Diğerleri-Almanya Davalarında verilen kararlar da bu yöndedir. Bu kararlarda özetle; “Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle kesin olan bir kanuna dayanmalıdır. Özellikle kullanılacak teknolojiler devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.” ve “Gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal taktir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korunmayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.”*

Yargıtay'ın bu davadaki açıklamaları özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının hem uluslararası anlaşmalarla hem anayasal teminatla hem de yargı teminatıyla güvence altında olduğunu; bu hakkın ancak zorunlu sebeplerle ve yasal prosedüre tam riayet edilerek sınırlandırılabilirliğini göstermektedir. Bu haliyle



Yargıtay, AİHM kararları paralelinde bir tutum sergilemiştir. İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin tüm ayrıntıların yasalarda yer alması gerektiği vurgulanmıştır.

Yargıtay'ın bu meseleyi ele aldığı tarihte yürürlükte olan konuya ilişkin kanun kısaca ÇASÖMK<sup>378</sup> olarak anılan kanundur. Ülkemizde telefonla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin ilk yasal düzenleme 01.08.1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'nın 2. maddesidir.<sup>379</sup> Bu düzenlemeye göre; aynı Kanun'da katalog halinde sayılan suçların soruşturulması sırasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan durumlarda hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale getirilmiştir. Ne var ki, anılan Kanun'da iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesi yönünde bir hükme yer verilmemiştir.

Yargıtay , somut olayda sanık A.Y.'nin konuşmalarını içeren telefon dinleme tutanaklarının İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.09.2004 tarihli kararına istinaden A.B.K'nin telefonlarının dinlenmesi sırasında 29.09.2004, 01.10.2004 ve 17.11.2004 tarihlerinde *tesadüfen elde edilen bulgular* olduklarında şüphe bulunmadığından, uygulamanın yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuatta telefonla yapılan iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesine ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından bahisle bu tutanakların *delil olarak kullanılabilmesinin mümkün olmadığı*<sup>380</sup> kanaatine varmıştır.

*“Öte yandan iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesine imkan tanıyan 5271 sayılı CMY. nin 138. maddesindeki düzenleme sadece bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.06.2005 tarihinden sonra uygulanan tedbirler açısından bir anlam ifade edecektir. Bir başka anlatımla; 01.06.2005 tarihinden önce uygulanan iletişimin dinlenmesi tedbirleri sırasında tesadüfen elde edilen bulguların yargılama sırasında delil olarak kullanılması hukuka aykırı bulunduğundan,*

<sup>378</sup> 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, *Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı*.

<sup>379</sup> 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 2. maddesi ile “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” başlığı altında yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. *Öztürk-Erdem*, s. 637-638.

<sup>380</sup> Bkz. Lambert- Fransa Davası 3. kişilerin dinlemeye takılması; Huvig-Fransa Davası gerekli yasal düzenlemenin olmaması.

*dosyamızda bulunan telefon dinleme tutanaklarının delil olarak kullanılması mümkün değildir.”*

Yerel Mahkemenin görüşü doğrultusunda Yargıtay’a göre de, somut olayda kamu zararı ve kişilere haksız yarar sağlanması koşulları oluşmuştur. Görevinin gereklerine aykırı hareket eden sanık A.Y. aynı zamanda *yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vermiş* ve yargı erkinde kuşkulu ve güvensiz bir ortamın oluşmasına zemin hazırlayarak kamunun zarar görmesine neden olmuştur.<sup>381</sup> Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 23.02.2007 gün ve 8-2 sayılı hükmünün onanmasına karar vermiştir.

Geniş anlamda özel hayatın gizliliği ve korunması, dar anlamda haberleşme özgürlüğü hakkının daha iyi anlaşılması bakımından aynı Hukuk Genel Kurulu’nda karşı oy yazısı değerli görüldüğünden; özet olarak çalışmamıza dahil edilmiştir.

*“Hukukta istikrar kaygısı, hiçbir zaman adalet kaygısının önüne geçmemelidir.”*

*“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, iletişimin dinlenmesi hususunda aradığı en önemli şart, bu konudaki düzenlemelerin eksiksiz olmasıdır. Yapılan düzenlemelerle, iletişimin dinlenmesi ve tespiti konusundaki boşluklar doldurulmuştur”*<sup>382</sup>

*“Dava konusu olayda, 4422 Sayılı Kanun kapsamında yürütülen soruşturma sırasında, (A.D.K) için usulüne uygun şekilde dinleme kararı alınmıştır. Adı geçenin telefonunun dinlenmesi sırasında, dosyamızın sanığı Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi (A.Y) ile yapılan telefon görüşmeleri, kanuna aykırı delil niteliğinde olmayıp, tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir. (CMK’nın*

---

<sup>381</sup> Bu konuda bir Yargıtay Üyesinin karşı düşüncesi: “Görevin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirilen her davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması gerektiği yolundaki tercihi ile bağdaşmamaktadır. “Haksız kazanç”ın görevin gereklerine aykırı davranılarak kişilere hak etmediği bir yararın sağlanmasıyla oluşacağı, soyut olarak haksız kazanç sağlanması olasılığının bulunması halinin aynı anlama gelmeyeceği ve Yasanın 257. maddesinde öngörülen suçun oluşumu için yeterli olmayacağı ortadadır.”

<sup>382</sup> Ağaoglu davasında Türkiye Cumhuriyeti, yapılan işlemlere dayanak mevzuatın bulunmaması nedeniyle İHAS'nin 8. maddesini ihlalden mahkûm edilmiştir.

138/2. maddesi). İletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan, ancak CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan “katalog suçlar” kapsamında kalan bir suçla ilgili kayıt alınmıştır. Bir hâkim tarafından karar verildiği için dinleme tamamen yasaldir. Resmî olarak kendisi dinlenmeyen bir kişinin söyledikleri, hatta bir suç itirafı delil olarak kullanılabilir. Önemli olan delil araştırmasındaki doğruluktur ve bunların kötüye kullanılmamasıdır. AİHM, her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini, mahkemelerin hukuka aykırı delillerin uygulamada kullanılmayacağına karar veremeyeceğini kabul etmektedir (Schenk-İsviçre ve Khan-Birleşik Krallık davaları). CMK. nın 217. maddesi, “Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” hükmünü içermektedir. Ceza Muhakemesi Hukukumuz, gerçeğe ulaşmak bakımından delillerin serbestliği ilkesini benimsemiş, suçun varlığı ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu hâller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiştir. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ve AİHS'nin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılama hakkına aykırılık oluşturmamaktadır.”

“Telefon görüşmeleri, özel yaşam ve haberleşme özgürlüğü kapsamında bulunmaktadır. AİHM, telefon görüşmelerinin dinlenmesi önlemini, AİHS'nin 8/1. maddesi uyarınca, başvurucuya sağlanan hakkın kullanımına kamu otoritesinin bir müdahalesi olarak değerlendirmektedir. Bu müdahale, belli sebeplerle, ancak kanuni dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uyularak söz konusu olabilir...Telefon dinleme kararı etkisini, suçla ilgili olsun olmasın hem konuşan taraflar hem de üçüncü kişiler üzerinde gösterir. Karar, iletişimi dinlenen şüpheli kadar suç ortaklarını ve suça yardım edenleri de kapsar ve onlar yönünden de hukuka uygun bir dinleme kararıdır.”

Karşı oy yazısında belirtildiği gibi, hâkim kararına dayalı dinleme sonucu elde edilmiş bir bilginin, sanıklardan biri için geçerli ve hukuka uygun görülüp mahkûmiyet; diğerleri için hukuka aykırı ve dolayısıyla geçersiz sayılarak beraat kararı verilmesini izah etmek mümkün değildir. Keza soruşturma ve kovuşturma aşamalarında suçun

niteliğinin değişmesi durumunda da dinleme sonucu elde edilen bilgiler, yasal dinlemeye bağlı olarak elde edildiğinden, hukuka uygun delil olarak kabul edilmeli ve hükme esas alınmalıdır.<sup>383</sup>

*“Günümüzdeki sosyal ve ekonomik gelişme ve değişimler karşısında, özel bir önem kazanan ve toplum güvenliğini tehdit eden, büyük bir kısmı uluslararası boyutlarda olan terör, çıkar amaçlı ve yolsuzluk suçları ve suçlularla mücadelede, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi çok önem kazanmakta ve toplum (kamu) yararı öne çıkmaktadır.”*

Karşı oy yazısı, terörle mücadele gibi organize ve kapsamlı suçlarla mücadelede “kamu yararının” kaçınılmaz bir şekilde öne çıktığını göstermektedir. Tehlikenin büyüklüğü karşısında devletler, bu suçlarla mücadelede, yetkileri konusunda genişletici bir takdir ve denetleme yetkisi istemektedirler.

Yargıtay’ın Aynı yönde içtihatları bulunmaktadır. Bu doğrultuda olmak üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007/5-23 Esas, 2007/167 Karar sayılı ve 03.07.2007 tarihli; Ceza Genel Kurulu 2006/4-122 Esas, 2006/162 Karar ve 13.06.2006 tarihli kararları sayılabilir.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> Kanuna aykırılığın tanımı, değerlendirilmesi ve bağlanan hukukî sonuçlar yere, zamana ve hukuk sistemine göre farklılık göstermektedir. Bu konuda Delil Hukuku (Evidence Law) adı ile Ceza Muhakemesi Hukukunda ayrı bir dal da oluşmuş ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde kendini göstermiştir. Anılan ülkede ve Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde, mahkumiyet için makul şüphenin yenilmesi (beyond reasonable doubt) ilkesi ortaya konulmuştur. Eldeki deliller, suçun işlendiği yönündeki makul şüpheyi yeniyorsa, bu mahkumiyet kararı için yeterlidir. Burada dikkat edilmesi gereken, her türlü şüphenin değil, makul şüphenin yenilmesidir. Buna bağlı olarak hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iyi niyetle elde edilmişse, hukuka aykırılığın giderilebileceği ve delilin yok hükmünde sayılamayacağına ilişkin iyi niyet ilkesi de (good faith principle) bulunmaktadır. İyi niyetle elde edilen deliller, ilgili mahkeme kararı veya onayı olmasa da yok sayılamayacak ve eldeki diğer delillerle birlikte değerlendirilecektir. Bu bağlamda, tesadüfen elde edilen deliller, hukuka aykırı ve yok hükmünde sayılamaz. Aksinin kabulü, hukuka uygun olarak elde edilen delilin, bağlantılı suç ve soruşturmalarda kullanılamaması, soruşturmanın bütünlüğüne, delillerin serbestliği ile etkin soruşturma ve kovuşturma ilkelerine, suçla mücadele ve maddi gerçekliğin araştırılmasında kabul edilen üstün kamu yararına aykırı düşecek ve maddi gerçekliğin aydınlatılamaması sonucunu doğuracaktır (Karşı oy yazısından).

<sup>384</sup> Benzer içerikte: YCGK. 13.06.2006 T. 2006/4-122 E. 2006/162 K; YCGK. 18.10.2005 T. 2005/4-96 E. 2005/118 K; YCGK. 06.12.2005 T. 2005/4-110 E. 2005/159 K; YCGK. 17.04.2007 T. 2007/4-88 E. 2007/94 K; YCGK. 01.05.2007 T. 2007/11-59 E. 2007/105 K.

#### 4.1.8. Türkiye'nin Tamamı İçin İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Kararı

Yargıtay'ın 04.06.2008 tarihli kararına konu olan iletişimin denetlenmesi tedbiri ve kararı çok çarpıcı ve bir o kadar da korkutucudur. Yerel Mahkeme'nin kararı Türkiye'yi rahatsız etmiştir. Yargıtay, bu konuda isabetli bir karar vermiş ve bu tip talepler karşısında bir içtihat oluşturmuştur.<sup>385</sup>

Bir Haziran 2005 günü, Kemal Göktaş imzasıyla, Vatan Gazetesi'nde yayımlanan "Türkiye'yi Sarsacak Belge" başlıklı haber, ülkemizde uygulandığı sıklıkla ileri sürülen ancak çoğunlukla belgelenemeyen hukuka aykırı telefon dinleme (ve izleme) konusunu bir kez daha kamuoyu gündemine taşıdı. Haber, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın 8 Nisan-30 Mayıs 2005 arasında, Türkiye'de telekom hizmeti veren bütün şirketlerin telefon üzerinden gerçekleşen iletişimlerin dökümlerini elde etmek için hukuksal girişimde bulunduğunu bildirmekteydi. Haberde iletildiğine göre, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi<sup>386</sup>, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan konuyla ilgili yapılan başvuruya onay verirken şu ifadeleri kullanmıştı:

*"Yurtdışı bağlantılı illegal silahlı terör örgütlerinin yasadışı faaliyetlerine yönelik olarak faillerin belirlenmesi, ele geçirilmesi ve suç delillerinin elde edilmesi ve eylem planlarının önceden öğrenilmek sureti ile engellenmesi başka yollarla mümkün olmadığından yurtdışı çıkışlar ve girişler dahil olmak üzere Telsim, Turkcell, Avea, Türk Telekom A.Ş. uzak mesafe telefon hizmeti vermeye yetkili A, B, C tipi lisansı olan iletişim şirketleri tarafından işletilen ve telefon üzerinden yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerin MİT Müsteşarlığınca detay kayıtlarının alınması ve incelenebilmesi konusunda Anayasa'nın 22. maddesi ile 4422 Sayılı Yasa'nın 2, 4, 11 ve 16. maddeleri uyarınca 08.04.2005 tarihleri ile 30.05.2005 tarihleri arasında kapsayacak şekilde izin verilmesine karar verilmiştir."<sup>387</sup>*

<sup>385</sup> Yargıtay 9. C.D. (04.06.2008). E. 2008/874, K. 2008/7160, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

<sup>386</sup> Yargıtay 9. C.D. (04.06.2008). E. 2008/874, K. 2008/7160 sayılı kararından yapılan alıntı ve özetler Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi kararı ile ilgilidir.

<sup>387</sup> Altıparmak, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış", s. 29-66

İstihbari amaçlarla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi de mümkündür. Ancak orada aranan şartlar, niteliği gereği, ceza muhakemesindeki kadar sıkı değildir. Bu nedenledir ki, *istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesine*<sup>388</sup> ilişkin bilgilerin, başka bir amaçla, özellikle *ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına izin verilmemiştir*. Anılan hükümlerle, ceza muhakemesi bakımından bir tür delil değerlendirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır. Böylece, CMK m. 135 ve devamında sıkı şartlara tabi kılınmış olan hükümlerin etkisiz kılınmasının, devre dışı bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.<sup>389</sup>

*“Anayasa 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.”*

Ancak, haberleşme özgürlüğü'ne ağır müdahale oluşturan bu tedbirin, tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheye dayanarak kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla söz konusu tedbiri uygulanmaz hale getirmemelidir. Her halde koğuşturma organlarının somut bir tutanak noktası mevcut olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup, kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri bu tedbire başvurmak için yeterli değildir.<sup>390</sup>

*“Taraftı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış olup, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan*

<sup>388</sup> 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ek 7. maddesi, 2803 sayılı Jandarma Teskilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teskilatı Kanunu 6. maddesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>389</sup> Şahin Cumhuriyet, s. 1110.

<sup>390</sup> Öztürk-Erdem, s. 639.

*ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.”*

Her şeyden önce, iletişimin denetlenmesine karar verilmesi zorunlu durumlarda dahi denetleme kararında, (1) yüklenen suçun türü; (2) Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği; (3) İletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu; (4) tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Alınan karar ve yapılan işlemlerin tedbir süresince gizli tutulacağı hususlarının ayrıntılı olarak bulunması gerekir.<sup>391</sup>

*“5271 sayılı CMK’nin, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, 2559 sayılı Kanunun ek 7 ve 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı, 5271 sayılı CMK. nun 135 ila 138. maddeleri ile sınırları belirlenen çerçevede ve sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabilir veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebilirler.”*

Buna göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu konuda 5397 sayılı Kanunun yetkili kıldığı merciin yazılı emriyle başvurulabilir. Yetkili merciin yazılı emriyle tedbire karar verilmesi halinde bu karar, yirmidört saat içinde görevli ve yetkili hakimin onayına sunulmalıdır.<sup>392</sup>

5397 sayılı Kanun uyarınca, bu tedbire karar vermeye yetkili olan hakim, tedbir talebinde bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK’nin 250/1. maddesine göre kurulan özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesidir.<sup>393</sup>

---

<sup>391</sup> Altıparmak Cüneyd, (2009). *Mesleğe Yeni Başlayan Avukat ve CMK Müdafilerine Yönelik 100 Başlıkta Soruşturma Evresi El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 114.

<sup>392</sup> Yardımcı, s. 251.

<sup>393</sup> Yardımcı, s. 252.

*“Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK. nin 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır.”*

#### **4.1.9. İletişimin Tespiti**

Yargıtay 8. Ceza dairesi, 23.11.2007 tarihli kararı ile, AİHM’nin ifadesiyle sayaçlama CMK’nin ifadesiyle iletişimin tespitini aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir.<sup>394</sup> Ancak hemen belirtmek istiyoruz ki Yargıtay Ceza Dairesi iletişimin tespiti denetiminin 135. madde kapsamı dışında olduğunu hatalı olarak belirtmiştir. Türk Hukukunda iletişimin tespiti uygulamasına diğer denetim tedbirlerine nazaran daha esnek bir yaklaşım olduğunu değerlendirmesi bakımından önemli bir karardır.

*“5271 sayılı CMK’nın koruma tedbiri olarak, demokratik kurumları korumak amacı ile mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla CMK’nın 135. maddesinde belirtilen katalog suçlara yönelik olarak iletişimin dinlenmesine ilişkin olarak yasal düzenlemenin getirildiği, bu yasal düzenlemenin, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesini içerdiği, bunun dışındaki uygulamada “dış bağlantı verileri”<sup>395</sup> adı verilen, konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi ve buna ilişkin tespit talebinin, CMK’nın 135. maddesi hükümlerine tabi olmadığı, (telefonla taciz, hakaret)*

<sup>394</sup> Yargıtay, Yargıtay 8. C.D. (23.11.2007). E. 2007/8616 K. 2007/8160, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>395</sup> Abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, IMEI numarası sorgusu veya eşleştirmesi, IP sorgusu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, Puk numarası bilgisi, İmsi bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı bilgisi diğer iletişim bilgileri, ya da iletişim dışı detay bilgileri olarak adlandırılan bilgilerdir. Yardımcı, s. 187.



*gibi olayların aydınlatılması amacıyla yönelik haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından yapılan, konuşmaları ücretlendirmek amacı ile tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına, CMK'nın 135. maddesinin engel oluşturmadığı, bu nedenle talebin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği ...”<sup>396</sup>*

İletişimin tespiti de dahil olmak üzere, her türlü iletişimin denetlenmesi işleminin mutlaka bir karara dayanması gerektiği hususu, Yargıtay içtihatlarında da açıkça ifade edilmektedir. Nitekim, 5. C.D.’nin bir kararına<sup>397</sup> göre;

*“Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit” CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle hangi suçla ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair “tespit”, CMK'nın 135/1 maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla mümkün olacaktır”.*

Özellikle telefonla taciz<sup>398</sup>, hakaret<sup>399</sup> gibi olayların aydınlatılması amacıyla, haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından, yapılan konuşmaları ücretlendirmek amacıyla tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına CMK md. 135 engel oluşturmamaktadır. Nitekim CMK md. 135/6’da 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu madde kapsamında “dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin” yetkinin ancak tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar

<sup>396</sup> Yargıtay 8. C.D. (23.11.2007). E. 2007/8616 K. 2007/8160, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

<sup>397</sup> Yargıtay 5. C.D. (03.10.2005). E. 2005/14969 K. 2005/20489, *Şahin*, s. 1107.

<sup>398</sup> Türk Ceza Kanunu madde 123, “Sırf huzur ve sükununu bozmak amacıyla bir kimseye ısrarla; **telefon** edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.” *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>399</sup> Türk Ceza Kanunu madde 125, “ Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.” şeklindedir. Eski TCK bu suçu hakaret ve sövme olarak ikiye ayırmıştı. Buna karşılık YTCK, bunlar arasında verilecek ceza açısından bir ayırımı gitmemiş ve her iki suçu da hakaret başlığı altında düzenlemiştir. *Tezcan*, s. 439.

bakımından uygulanacağı öngörölmüş; buna karşılık iletişimin “tespiti” bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.<sup>400</sup>

#### 4.2. KİŞİ HAKKINDA VERİ TOPLAMA

Devletler de bir bakıma insanlar gibidir. Öncelikle, var olmak için korunma ihtiyacı içindedirler. Siyaset dilinde buna “güvenlik ihtiyacı” adı verilmektedir. Bunun karşılanması organize bir toplum olan devletle, halkın ihtiyaçları için oluşmuş düzenin herkesi kapsayan şemsiye konumundaki kamu yönetiminin birinci ve baş görevidir. Diğer bir söylemle, halkın üzerinde yaşadığı toprak olan yurdun korunması, güvenliğinin sağlanması devletin yükümlülüğündedir. Devletler bu temel görevini, silahlı ve silahsız organlarıyla yerine getirirler.<sup>401</sup>

Güvenlik hakkı aynı zamanda temel bir insan hakkıdır. Bu yönü itibariyle diğer temel haklarda olduğu gibi bu haktan yoksunluk bütün haklara karşı bir tehdit oluşturur. Güvenlik ve özel hayatın korunması haklarının karşılıklı sınırlarını, ilişkilerini ve her ikisi bakımından devletin sorumluluklarını ortaya koymak çok büyük önem taşımaktadır.

Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında *rızası alınmaksızın bilgi toplanması*<sup>402</sup> her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle 8. maddenin 1. fıkrası kapsamına girer. Bu konudaki örneklerden bazıları:

(1) *Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri* ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı;

(2) Polis kayıtları gizli olsa bile, polis tarafından *parmak izi, fotoğraf* ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi;

---

<sup>400</sup> Öztürk-Erdem, s. 639.

<sup>401</sup> Girgin Kemal (2003). *Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye*, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul, s. 92-93

<sup>402</sup> Türk Hukuku'nda İlgili Kanun maddeleri TCK 135-138; CMK 75-81; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (ek 7. madde), 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (ek madde 5) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunudur (m. 6).

- (3) Tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması;
- (4) Vergi makamlarının *kişisel harcamaların* detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi;
- (5) Sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan *bireysel kimlik belirleme* sistemi.<sup>403</sup>

İstihbarat kavramı, günümüzde gazetecilikten finans-bankacılık sektörüne kadar uzanan geniş bir yelpazede kullanılan bir terim haline gelmiştir. Artık özel sektör de kendi faaliyet alanıyla ilgili çalışmalara dayanak teşkil etmek bakımından bir takım bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Bu bilgileri elde etmek için yürütülen faaliyetler de istihbarat olarak adlandırılmaktadır.<sup>404</sup>

Bir devlet fonksiyonu olan güvenliğin sağlanması, istihbarat elde edilmesini, istihbarat faaliyetlerinin yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Yani istihbarat bir devlet fonksiyonu olması nedeniyle kurumsal olarak mutlaka devlet kurumları tarafından ifa edilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile bu kurumların devlet kurumu olması, bu faaliyetleri yürüten görevlilerin de kamu görevlisi olması sonucunu beraberinde getirmektedir.<sup>405</sup>

İstihbarat faaliyetleri başlıca iki ana grupta toplanmaktadır. Bunlardan ilki, adli ve kolluk amaçlı olarak yapılan istihbarat daha çok bir “ceza muhakemesi tedbiri” olarak karşımıza çıkmaktadır. İkincisi ise, ulusal güvenlik amaçlı yapılan istihbarattır ki adli ve kolluk amaçlı yapılan istihbarattan çok daha geniş kapsamlıdır.<sup>406</sup>

Yetkililerin amaçladığı biçimde, gizli gözetime tabi olanların birçoğu söz konusu müdahalenin farkında değildir. Davacının, haberleşmesine müdahalede

---

<sup>403</sup> Kilkelly, s. 21.

<sup>404</sup> Durmuş Murat (2006). *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevde İstihbarat Faaliyetleri* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, s. 30.

<sup>405</sup> Durmuş, s. 31.

<sup>406</sup> Bu faaliyetler, özel olarak kurulmuş “istihbarat birimleri” tarafından yürütülür. Bu kapsamdaki istihbarat faaliyetleri büyük ölçüde istihbarat birimlerinin kendi inisiyatifleri ile yürütülür ve başkaca bir birimin ve adli merciin izin ve kontrolüne gerek yoktur. Durmuş, s. 33.

bulunulduğunu kanıtlamada zorlanması sonucu, bu konudaki kanunların varlığının, 8. madde kapsamında özel hayatına ve haberleşmesine doğrudan müdahale olduğunu<sup>407</sup> iddia etmesine neden olabilir.<sup>408</sup>

#### 4.2.1. Leander-İsveç Davası

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen olayda, bireyler hakkında tutulan istihbari kayıtlar değerlendirilmiştir. Başvurucu Leander özetle, *kişisel ve siyasal geçmişindeki* her hangi bir şeyin, demokratik bir toplumda, devletin güvenlik bölümünün kayıtlarına kendisinin “*sakıncalı*” olarak kaydedilmesini ve buna göre söz konusu işe alınmamasını gerektirecek nitelikte olmadığını iddia etmiştir.<sup>409</sup>

AİHM, gizli polis sicilinde<sup>410</sup> yer alan başvurucuya ait verilerin özel yaşamıyla ilgili olduğuna tartışmasız karar vermiştir.

*“Bu tür bilgilerin hem sicilde tutulması ve hem de ilgili makamlara verilmesi, ayrıca Leander’a buna itiraz edebilme imkanı verilmemesi, Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur.”*

T.C. Anayasası’nın 70.maddesinin başlığı “Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı-Hizmete Girme” olup maddede, “*...Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*”

<sup>407</sup> Bu izlenme tehdidinin bizzat kendisinin, posta ve telekomünikasyon hizmetleri yoluyla özgür iletişimi sınırlayan, dolayısıyla tüm kullanıcılar veya potansiyel kullanıcıların 8. maddeyle korunan haklarına doğrudan bir müdahale niteliğinde olduğu ileri sürülebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (02.08.1984). E. 1979/8691, Malone-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>408</sup> Kilkelly, s. 41.

<sup>409</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (26.03.1987). Seri A No.116, Leander-İsveç Davası.

<sup>410</sup> Milli Polis Kurulu’nun Güvenlik Bölümü tarafından tutulan sicilin (gizli polis sicili) yasal temeli, hükümetin düzenleyici işlem yapma yetkisi gereğince çıkardığı ve başlangıçta İsveç Resmi Gazetesi’nde yayınlanmış olan 1969:446 sayılı Personel Kontrol Yönetmeliğinde görülebilir. Bu Yönetmeliğin değişik (1972:505) 2. maddesine göre: “Milli Polis Kurulundaki Güvenlik Bölümü, milli güvenliğe karşı suçların önlenmesi ve araştırılması konusunda özel polis hizmetleri için, bir polis sicili tutar. Milli Polis Kurulu, özel polis hizmeti için gerekli bilgileri bu sicile kaydeder.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (26.03.1987). Seri A No.116, Leander-İsveç Davası.

hükmü yer almaktadır. Öğretide, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin anayasal ilkeler; serbestlik, eşitlik, yasallık ve liyakat olarak tanımlanmaktadır.<sup>411</sup> Liyakat sistemi, öncesinde geçerli olan “kayırmacılık” sisteminin, rüşvet ve görevi kötüye kullanma eğilimini arttırması, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesiyle çelişmesi, her iktidar değişiminde hazinenin dolaylı bir şekilde soyulması ve kamu görevine alınmada aracılık ve komisyonculuğun yayılması gibi olumsuz nedenlerden dolayı toplumda büyük bir huzursuzluk meydana getirmesi nedeniyle tasarlanmış bir yönetim ilkesidir.<sup>412</sup> Meseleye bu yönüyle de bakıldığında, bazı memuriyet ve görevlere personel alınmasında ve atanmasında “liyakat”ın değerlendirilmesinde istihbarat bir zorunluluk olmaktadır. Aynı yönde İsveç personel kontrol sisteminin amacı milli güvenliği korumak olduğundan, AİHM bu amacı doğal olarak meşru kabul etmiştir. Ancak, iddiaya konu temel sorunlar, bu müdahalenin “hukuka uygun” olup olmadığı ve “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır. “Hukuka uygun” ifadesi, ilk olarak, müdahalenin iç hukukta bir dayanağının<sup>413</sup> bulunmasını gerektirir. Ancak iç hukuk dayanağı yeterli değildir; söz konusu hukuk, ilgili kişi tarafından ulaşılabilir (accessible) ve sonuçları önceden görülebilir (foreseeable) olmalıdır. Mahkeme hukukun ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğuna karar vermiştir.

*“Sözleşmeci Devletlerin milli güvenliği korumak için, yetkili ulusal makamlarına, önce, kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma, ikinci olarak, milli güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğinden hiçbir kuşku yoktur.”<sup>414</sup>*

<sup>411</sup> Sezer, Yasin (2006). *Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 67.

<sup>412</sup> Sezer, s. 68.

<sup>413</sup> bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (02.08.1984). E. 1979/8691, Malone-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>414</sup> Türk Hukuk Sistemi’nde buna karşılık gelen R.G.T: 12.04.2000 ve R.G. no:24018 olan “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği” düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: “Bu Yönetmeliğin amacı; yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde Devletin güvenliğinin, iç ve dış menfaatlerinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımlarını belirlemek, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını düzenlemektir.” (Bu Yönetmelik

İstihbarat faaliyetleri doğası gereği, diğer devlet faaliyetlerine göre büyük ölçüde gizli olarak yürütülür. Bunun sonucu, diğer faaliyetler gibi herkesin gözü önünde yürütülen faaliyetler olmaması nedeniyle kişi hak ve özgürlüklerine getirdiği sınırlama ve engellemeler daha fazla olabilmektedir.<sup>415</sup>

*“Bu şartlarda Mahkeme, davalı Devletin mevcut olayda toplumsal ihtiyaç baskısını değerlendirirken, özellikle milli güvenliği koruma meşru amacını gerçekleştirmek için sahip olduğu takdir alanının geniş bir alan olduğunu kabul etmektedir.”*

Dava konusu müdahale, hassas bir kamu hizmeti kadrosuna girme imkanı üzerinde yarattığı sonuçlar itibarıyla, başvuruçunun meşru menfaatlerini olumsuz yönde etkilemiştir. Ancak müdahale, yarattığı sonuçlardan ayrı olarak, başvuruçunun seçtiği özel bir yaşam tarzını sürdürmesinin önünde bir engel oluşturmamıştır.

*“Davalı Devlet, kendisine tanınmış olan geniş takdir alanı göz önünde tutulacak olursa, mevcut olayda milli güvenliği başvuruçunun bireysel menfaatlerinin üzerinde görme hakkına sahiptir. O halde Leander’in karşılaştığı müdahalenin, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı söylenemez. Bu nedenle, Sözleşme’nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir.”*

#### **4.2.2. Gaskin-Birleşik Krallık Davası**

Bu davada<sup>416</sup>, başvuruçucu Graham Gaskin, 2 Aralık 1959 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır. Başvuruçucu, annesinin ölümünün ardından, 1948 tarihli Çocuklar Hakkında Yasanın 1. maddesi uyarınca, 1 Eylül 1960'da Liverpool Belediyesi tarafından koruma altına alınmıştır. Başvuruçucu, 18 Haziran 1974 tarihine kadar, bir haftadan beş aya kadar değişen sürelerle beş kez babasının yanında kalmanın dışında, sürekli olarak gönüllü koruma altında bulunmuştur. Bu tarihte Liverpool Çocuk Mahkemesi önüne çıkarılan başvuruçucu, hırsızlık ve nitelikli hırsızlık suçları dahil, birkaç suçtan suçlu olduğunu

26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Kanununun 1 inci maddesine dayanılarak çıkarılmıştır.) *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.*

<sup>415</sup> Durmuş, s. 31.

<sup>416</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (07.07.1989). E. 1983/10454, Gaskin-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.*

kabul etmiştir. Bu mahkeme başvuru hakkında, 1969 tarihli Çocuklar ve Gençler hakkındaki Yasanın 7. maddesi gereğince koruma kararı vermiştir. Başvurucu 2 Aralık 1977 tarihinde reşit olduğunda, Liverpool Belediyesi'nin koruması sona ermiştir. Başvurucu, koruma altında bulunduğu dönemin büyük bir kısmında, 1955 tarihli Çocukların Dışarıda İaşeleri Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde, bakıcı aileler tarafından iâşe edilmiştir. Yerel makam, bu yönetmelik hükümleri gereğince, başvuru durumunuyla ilgili bazı “gizli kayıtlar” tutmakla yükümlüdür.<sup>417</sup>

Başvurucu, koruma altında bulunduğu sırada kötü muamele gördüğünü iddia etmektedir. Başvurucu, ergin olmasından itibaren kendisiyle ilgili problemleri aşabilmek ve *geçmiş hakkında bilgi sahibi olabilmek*<sup>418</sup> için nerede, kimler tarafından ve hangi koşullarda tutulduğunu öğrenmek istemiştir.

Uğradığı ihmal nedeniyle yerel makama karşı dava açmak isteyen başvuru, koruma altında bulunduğu dönemde yerel makam tarafından tutulan dosyanın meydana çıkarılması için 1979 yılında mahkemeye başvurmuştur. Yerel makam dosyadaki bilgilerin açıklanmasının ve verilmesinin *kamu yararına aykırı* olduğunu savunarak başvuruya karşı çıkmıştır.

Bu dosyaya başlıca katkıda bulunanlar hekimler, öğretmenler, bakıcı aileler ve okulda kalan görevlilerdir. Bu kişiler tarafından hazırlanıp dosyaya konulan evraklar *çok gizli evrak* olarak kabul edilmiştir. Koruma sisteminin etkili olması için, bu evrakların mümkün olduğu kadar samimi olmasının gerektiği, dosyanın meydana çıkarılmasına karar verilecek olursa, çocuk koruma hizmetinin tehlikeye gireceği, gelecekte bu konuda evrak düzenleyecek olanların verecekleri raporlarda samimi

<sup>417</sup> Ülkemizde kimsesiz çocukların bakımı ve korunmasıyla ilgili 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bulunmakla birlikte; Türkiye onlarca uluslararası sözleşmeyi de imzalamış ve onaylayarak iç hukukuna dahil etmiştir. 2828 sayılı Kanuna dayanarak düzenlenen RGT: 07.01.1999 RG no: 23576 olan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Yuvaları Yönetmeliği'nin 7. ve 9. maddesinde “Personelle ve çocuklarla ilgili yazışmalar ve işlemlerde gizlilik ilkesine uyulmasını sağlamak” şeklinde düzenleme göze çarpmaktadır. *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>418</sup> Benzer bir olay: Başvurucu, annesinin(anne her koşulda kimliğinin gizli tutulmasını istemiştir), kardeşlerinin, ailesinin diğer bireylerinin kimliklerini öğrenmek için çok uğraşmasına karşın, amacına ulaşamamıştır. AİHM annenin kimliğini gizleme kararlılığı ile başvuru ailesini tanıma çabaları karşısında, iki yetişkini ilgilendiren bu çok karmaşık konuda adil dengeleri belirleme yetkisinin sonuçta ulusal organların takdiri içinde kaldığı görüşüyle, 8 ve 14. maddelerin çiğnenmediğini kararlaştırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2003). *Odievre-Fransa Davası, Güney, s. 390*.

olmaktan kaçınacakları düşünülmüştür. Birleşik Krallık yargıcı, etkili bir çocuk koruma sisteminin sürdürülmesindeki kamu yararı ile başvurucunun dosyasına ulaşmadaki yararını tartmıştır. Yargıç, derlenen dosyanın kapalı ve gizli kalması gerektiği sonucuna varmıştır.

AIHM, Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası kararında<sup>419</sup> aşağıda ifade ettiği hususları özellikle devletlerin takdir yetkisini<sup>420</sup> bu davada da hatırlatmıştır.

*“Sözleşme'nin 8. maddesinin asıl amacı, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, buna ek olarak, aile yaşamına etkili bir şekilde "saygı"ya ilişkin olan pozitif yükümlülükler de bulunabilir. Ancak, özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, "saygı" kavramının çok kesin bir tanımı yoktur; Sözleşmeciler Devletlerde karşılaşılan durumlarda ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri, olaydan olaya önemli ölçüde değişir. O halde bu alan, Sözleşmeciler Devletlerin, toplumun ve bireyin ihtiyaçlarını ve kaynaklarını gereği gibi göz önünde tutarak, Sözleşme'ye uygunluğu sağlamak için atılacak adımları belirlerken, geniş takdir alanı kullanabilecekleri bir alandır.”*

Komisyon raporunda, Leander-İsveç Davası kararına<sup>421</sup> gönderme yaparak; özel yaşama saygı hakkının, herkesin bir insan olarak kimliğinin detaylarının ortaya çıkarabilmesini ve kural olarak, belirli bir haklı sebep yokken bu temel bilgileri elde etmekten kamu makamları tarafından engellenmemelerini gerektirdiğini kabul etmiştir.

*“Bu tür bilgilerin hem sicilde tutulması ve hem de ilgili makamlara verilmesi, ayrıca Leander'a buna itiraz edebilme imkanı verilmemesi, Sözleşme'nin 8 maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur.”*

O halde her bir olaydaki sorun, takdir alanı göz önünde tutularak, yarışan menfaatler arasında, yani mevcut olayda bir yandan çocuk koruma sisteminin etkili bir

<sup>419</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (18.12.1986). E. 1982/9697, Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı*.

<sup>420</sup> bkz. Dipnot 425, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2003). Odievre-Fransa Davası, *Dinç*, s. 390.

<sup>421</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (26.03.1987). Seri A No.116, Leander-İsveç Davası.



şekilde işletilmesi ile diğer yandan kendi geçmişiyle ilgili kayıtlara ulaşma şeklindeki başvurucunun menfaati arasında adil bir denge kurulmasıdır.

Aslında başvurucu Gaskin hakkında derlenen bilgi, *Leander-İsveç Davasında* olduğundan tamamen farklı bir amaca hizmet etmektedir.<sup>422</sup> Gaskin daha çok, kendisine bilgiye ulaşma imkanı verilmemesine karşı çıkmaktadır. Gerçekten de, kendisinin dosyasına tam olarak ulaşma talebinin reddedilmesi suretiyle Birleşik Krallık'ın başvurucu Gaskin'in "özel ve aile yaşamına müdahale ettiği" söylenemez. Bu tür bir reddetme konusunda, başvurucunun şikayetinin özü, devletin tasarrufuna değil, fakat tasarrufta bulunmamasına (pozitif yükümlülük) karşıdır.

AİHM'ye göre, başvurucunun durumundaki bir kimsenin, çocukluğunu ve gelişiminin erken dönemini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almakta, Sözleşme'yle korunan hayati bir menfaati vardır. Öte yandan, kamu belgelerinin gizliliğinin, objektif ve güvenilir bilgi elde edilmesi için önem taşıdığı ve bu tür bir gizliliğin üçüncü kişilerin korunması için de gerekli olabileceği akılda tutulmalıdır.

*"Yukarıdaki ikinci nokta bakımından, İngiliz sistemi gibi, dosyaya ulaşılmasına, dosyaya katkıda bulunan kimsenin rızasına bağlayan bir sistem, devletin takdir alanı da dikkate alındığında, kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesindeki yükümlülüklerle bağdaşmaz değildir. Bununla birlikte Mahkeme, böyle bir sistemde özel ve aile yaşamıyla ilgili kayıtlara ulaşmak isteyen bireyin menfaatlerinin, dosyaya katkıda bulunan kişinin mevcut olmadığı veya gereksiz yere rıza göstermeyi reddettiği hallerde korunması gerektiğini düşünmektedir. Bir sistem ancak, dosyaya katkıda bulunan bir kimsenin yanıt vermediği veya rıza göstermediği hallerde, dosyaya ulaşma imkanının verilip verilmemesi gerektiğine nihai olarak bağımsız bir makamın karar vermesini öngördüğü zaman, orantılılık ilkesine uygun düşer."*

---

<sup>422</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Leander-İsveç Davası* kararında görüleceği üzere, karara konu olayda devlet, kamu güvenliği amacıyla istihbari veri toplamıştır ve bu kayıtların kişi aleyhine değerlendirilmesi söz konusudur. Gaskin-Birleşik Krallık Davasına konu olayda ise istihbari amaçlı bir veri kayıtlama yoktur. Mesele yürütülen bir kamu hizmetinin sağlıklı işlemesi için başvurucunun özel hayatına dair verilerin kendisinden dahi gizlenmesidir. Karşılaştırmak için bkz. *Leander-İsveç Davası*.

İkinci nokta bakımından, İngiliz sistemi gibi, dosyaya ulaşılmasına, dosyaya katkıda bulunan kimsenin rızasına bağlayan bir sistem<sup>423</sup>, devletin takdir alanı da dikkate alındığında, kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesindeki yükümlülüklerle bağdaşmaz değildir. “*Bir sistem ancak, dosyaya katkıda bulunan bir kimsenin yanıt vermediği veya rıza göstermediği hallerde, dosyaya ulaşma imkanının verilip verilmemesi gerektiğine nihai olarak bağımsız bir makamın karar vermesini öngördüğü zaman, orantılılık ilkesine uygun düşer.*” Bu davada başvuru için böyle bir usul öngörülmediğinden AIHM 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

#### 4.2.3. GBT Kayıtlarının Silinmemesi

Danıştay'ın 18.06.2008 tarihli kararı,<sup>424</sup> kişi hakkında özel hayata bir müdahale niteliğinde olan ancak *meşru bir amaç* ve *kamu yararı* gözetilerek tutulan ve daha sonra silinmesi gerekirken *verilerin silinmemesinin* özel hayatın korunmasıyla ilgili sonuçlarını göstermesi bakımından önemlidir. Bu durum kişinin özel ilişkilerini, iş hayatını ve iş ilişkilerini doğrudan etkilemektedir. Ayrıca devlet (yetkili otorite) her aşamada, görevlileri sıkı şekilde denetime tabi tutmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, bireyler, akladıkları soruşturmalarda soruşturma konusu bu verilerin neticeye uygun olarak düzeltildiği, silindiği veya yok edildiği konusunda emin olmalı ve bu yönde kendilerine bilgi ve belge verilmelidir.<sup>425</sup> Aksi halde, devamlı bir korku ve baskı hali söz konusu olacaktır ki bu anlamda 8. maddenin sürekli ihlalidir.<sup>426</sup>

---

<sup>423</sup> Liverpool Belediyesi, bu bağlamda tarafların yarışan menfaatlerini uzlaştırmak isterken, gizli tutulan dosyaya katkısı olan çeşitli kişilerin gizlilikten feragat vermelerini sağlamak için, onlarla temas kurmuştur. Toplam kırk altı katkıda bulunan kişinin on dokuzu buna rıza göstermiş ve 352 belgeden 65'i açıklanmıştır. Ancak Bay Gaskin, dosyanın bütününe ulaşmak istemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (07.07.1989). E. 1983/10454, Gaskin-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>424</sup> Danıştay 10. D. (18.06.2008). E. 2006/6131, K. 2008/4559, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>425</sup> Yetkinin düzenlenmesi, kullanılması ve denetlenmesi konusunda bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (06.09.1978). E. 1971/5029, Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbruch, Hans Jürgen Pohl, Dieter Selb-Almanya Davası.

<sup>426</sup> Kişiler üzerinde devamlı baskı ve özel hayatın gizliliğinin devamlı ihlali konusunda bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (02.08.1984). E. 1979/8691, Malone-Birleşik Krallık Davası.

Dava; avukat olan davacının, Bankalar Kanunu'na muhalefet suçu iddiasıyla yapılan yargılamasında, 11.10.2001 günü kaldırılan *gyabi tutuklama* kararının, Genel Bilgi Tarama (G.B.T.) kayıtlarından silinmemesi<sup>427</sup> nedeniyle, duruşma için gittiği İzmir'de 26.12.2003 tarihinde Bostanlı Polis Karakolunda gözaltına alınmasında ve bu süreçte maruz kaldığı muamelelerde davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğunu ileri sürerek, ugradığını belirttiği 10.000. TL maddi ve 20.000. TL manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

*“Uyuşmazlıkta, davacının Bankacılık Kanunu'na muhalefet suçlamasıyla yapılan yargılaması sırasında verilen gyabi tutuklama kararının, Mahkemece 11.10.2001 tarihinde kaldırıldığı, daha sonra da söz konusu davanın 28.12.2001 tarihinde zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırıldığı tartışmasız olduğundan; davacının, gyabi tutuklama kararının kaldırılmasından iki yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 26.12.2003 tarihinde, arabasına hırsız girmesi nedeniyle şikayetçi olarak gittiği bir karakolda, kaldırılmış olan gyabi tutuklama kararı uygulanıp gözaltına alınmasında, temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir konuda aralarında gerekli koordinasyonu sağlamayan, gyabi tutukluluk kararının kaldırıldığını kayıtlarına işleyemeyen ve davacının gözaltına alınmasına neden olan davalı idarelerin her ikisinin de ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.”*

Yargı kararı ile kaldırılan *gyabi tutuklama* kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet Savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin

<sup>427</sup> “Bünyesinde Polis, Jandarma ve Sahil Güvenlik birimlerini barındıran İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı Bilgi Sistemi (KİHBİ) ile entegrasyon sağlanmış olup, bu birimlerce yakalama ve tutuklama kayıtlarının UYAP üzerinden sorgulanmasına ilişkin altyapı tamamlanmıştır. Bazı yargı birimlerinde, entegrasyon sağlanmış olmasına karşın sistemin kullanılmadığı, tutuklama, yakalama, tahliye ve yakalamanın kaldırılmasına ilişkin kararların sisteme işlenilmediği, bu nedenle hak kayıplarının ortaya çıktığı öğrenilmiştir. Tutuklama, yakalama, tahliye ve yakalamanın kaldırılmasına ilişkin UYAP'ta yapılan tüm işlemler KİHBİ sistemi bünyesinde görev yapan tüm birimlerce anlık olarak sorgulanmakta ve bu bilgilere göre yakalama işlemleri yapılmaktadır. Bu kapsamda; tutuklama, yakalama, tahliye ve yakalamanın kaldırılma işlemlerinin UYAP sistemi üzerinden yapılması ve hak kayıplarına neden olunmaması, hususlarında gereken dikkat ve özenin gösterilmesini rica ederim.” Adalet Bakanlığı (2009). RGT: 22.06.2009, KİHBİ Entegrasyonunun Kullanılması Hakkında Genelge, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

olduğundan, Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir.

*“...İki yıldan daha fazla bir süre önce kaldırılan giyabi tutuklama kararının, aralarındaki koordinasyon eksikliği yüzünden kayıtlardan silinmesini sağlayamayan idarelerin bu davranışlarının ağır hizmet kusuru teşkil etmesi nedeniyle; davacının haksız olarak gözaltına alındığı, böylece bir süre özgürlüğünden mahrum kaldığı dikkate alınarak, uğranılan zararlar orantılı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerekir..”*

#### **4.2.4. Hayat Kadınlarına İlişkin Arşiv Kayıtları**

Danıştay'ın 15.09.2008 tarihli bu kararı<sup>428</sup> devlet tarafından kişiler hakkında tutulan bir verinin silinmemesinin; bir kadının özel hayatında ortaya çıkarabileceği sıkıntıları görmek açısından oldukça çarpıcıdır. Karar çok uzun olduğundan konuyla ilgili olan özeti verilecektir.

*“Fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve “genel kadın” olduğu şeklinde tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında “genel kadın” olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin “genel kadınlık” işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.”*

Danıştay'ın veri kayıtlarıyla ilgili kararları mevcuttur. Danıştay, yerel mahkeme tarafından verilmiş olan hapis cezasının infaz edilmiş olmasına rağmen, daha önce çıkarılan yakalama müzekkerelerinin Cumhuriyet savcılığınca geri alınmaması, hapis cezasının infaz edildiğinin emniyet birimlerine bildirilmemesi nedeniyle kişinin belli

---

<sup>428</sup> Danıştay 10. D. (15.09.2008). E. 2005/7420, K. 2008/6094, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

aralıklarla gözaltına alınması konusunda yine idarenin ağır kusurlu olduğuna karar vermiştir.<sup>429</sup>

### 4.3. GÜVENLİK AMAÇLI KAMERA SİSTEMLERİ

İdari kolluk tarafından, önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde huzur ve güven ortamını korumak, sağlamak, kamu düzenini bozmaya yönelik faaliyetlerin önüne geçmek, daha tehlike aşamasında olup da zarar verme ihtimali bulunan fiillerin icrasını durdurmak, bu sistemin kullanıldığı alanlarda hukuk kurallarını ihlal eden ve kamu düzenini bozmaya yönelik davranışlara yönelenleri veya icra edenleri tespit edip delilleriyle birlikte yakalamak ve/veya bu kişi ve hukuka aykırı eylemler hakkında gerekli yasal işlemlerin yapılmasını sağlamak amacıyla entegre kamera sistemleri<sup>430</sup> kullanılmaktadır.<sup>431</sup>

AIHM tarafından 2006 Yılında karara bağlanan Selim Yıldırım ve Diğerleri Türkiye Davası, kovuşturma aşamasında failerin ve olayın ortaya çıkarılmasında güvenlik kameralarının önemini vurgulamaktadır. Bu kayıtlara zamanında ulaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

#### 4.3.1. Yıldırım ve Diğerleri-Türkiye Davası

Davanın nedeni, yedi Türk Vatandaşı Selim Yıldırım, Hasibe Yıldırım, Leyla Yıldırım, Rıdvan Yıldırım, Gülcan Yıldırım, Berivan Yıldırım ve Şermin Yıldırım'ın, 2 Şubat 2000 tarihinde, Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca, Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptıkları başvurudur.<sup>432</sup> Bu davada geçen AIHM beyanları, güvenlik kameralarından elde edilen görüntülerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılabilmesi anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, hem adli hem de önleyici kolluk

---

<sup>429</sup> Danıştay 10. D. (17.10.2007). E. 2007/1376 K. 2007/4756, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>430</sup> Önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında kısa adı MOBESE olan Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu sayılabilir.

<sup>431</sup> Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme*, s. 85.

<sup>432</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (19.10.2006). E. 2000/56154, Selim Yıldırım, Hasibe Yıldırım, Leyla Yıldırım, Rıdvan Yıldırım, Gülcan Yıldırım, Berivan Yıldırım ve Şermin Yıldırım-Türkiye Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

faaliyetleri açısından genel olarak sözleşmedeki haklara ve dar anlamda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale niteliği taşımamaktadır.

Başvuranlar, Adnan Yıldırım'ın, Devlet'in gizli ajanları veya Devlet'in buyruğu veya gizli talimatları altında hareket eden kişiler tarafından kaçırılmasının ardından işkence gördüğünü ve öldürüldüğünü iddia etmişlerdir. Ayrıca, yetkililerin, onun öldürülmesine yönelik etkili ve yeterli bir soruşturma yürütmedikleri konusunda şikayetçi olmuşlardır. AİHM, 2006 tarihli kararında aşağıdaki hususa yer vermiştir:

*“Bir soruşturmanın etkili olabilmesi için ivedilik ve makul süre zorunluluğunun bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Mahkeme bu itibarla davayı inceleyen farklı Savcılar arasında gerçekte bir koordinasyon bulunmadığını dikkate alır. ... Çınar Otel'in dışındaki güvenlik kameralarının video kayıtları olaydan ancak dört yıl sonra, 29 Eylül 1998 tarihinde talep edilmiştir. Bu kayıtlar bir ay saklandıktan sonra silindiği için devam etmekte olan soruşturmaya büyük yararı olabilecek önemli kanıtlar elde edilememiştir.”*

#### 4.3.2. Peck-Birleşik Krallık Davası

Başvuru, Essex'te yaşayan İngiliz vatandaşı G. D. Peck tarafından 02.04.1996'da yapılmıştır.<sup>433</sup> Brentwood Belediyesi, Nisan 1994'te, kapalı devre televizyon izleme sistemi yerleştirmiş ve sistem Temmuz 1994'te bütünüyle faaliyete geçmiştir. Belediyenin izleme görevlisi, polisle direkt görsel ve sesli bağlantıya sahipti ve bir olayın polisi ilgilendirdiğini değerlendirirse görüntüler polise aktarılabilirdi.

Başvuru sahibi, kişisel ve ailevi durumlar sonucu depresyonda olduğu bir gece yarısı şehir merkezinde eline bıçak alarak *bileklerini keserek intihara teşebbüs* etmiştir. Elinde bıçakla birlikte trafiğe cephe parmaklıklara yaslanmıştır. Bu arada, kameralar onun hareketlerini kayda almıştır. Kayıta onun bileklerini kestiği görünmediğinden, kapalı devre televizyon operatörü polise haber vermiştir. Polis nezarethane kaydında,

---

<sup>433</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (28.01.2003). E.1998/44647, Peck-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

kendi bileklerine zarar verdiğini, doktor tedavisi gördüğünü ve herhangi bir suçlama olmadan serbest bırakıldığını belirtmiştir.

Belediyenin kapalı devre televizyon ekibi, 14 Eylül 1995'te, kapalı devre televizyon sisteminin düzenli olarak yayınlanmasına karar verir. Belediye, aynı zamanda, sistemle ilgili programların hazırlanmasına da karar vermiştir. Belediyenin ilk yayını, 9 Ekim 1995'te yapmıştır. Yayında, başvuru sahibinin, kapalı devre televizyon sisteminden alınan iki fotoğrafı, *“Etkisizleştirme-kapalı devre televizyon sistemi ve polis arasında işbirliği potansiyel olarak tehlikeli durumları önler”* başlığı altında yer almıştır. Bu görüntülerin yazılı ve görsel medyaya verilmesi üzerine, başvuru sahibi, özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru yapmıştır.

Bir kişinin kamusal alandaki faaliyetlerinin fotoğraf makinesi tarafından kaydedilmesi özel yaşama müdahale sonucu doğurmaz.<sup>434</sup> Öte yandan, verilerin kaydedilmesi ve sistematik ve daimi türdeki kayıt, bu türden endişelere yol açabilir. Buna uygun olarak, *Rotaru ve Amann kararlarının*<sup>435</sup> her ikisinde, gizli izleme metotları olmadan bile, belirli kişiler hakkında güvenlik servislerince verilerin toplanması, başvuru sahiplerinin özel yaşamlarına bir müdahale oluşturmuştur. P.G ve J.H, polise ifade verirken konuşmaları kaydedilmiştir ve konuşmalarının, daha sonraki bir inceleme için kaydedilmesi, özel yaşamlarına müdahale niteliğinde bireysel verilerin saklanması olarak değerlendirilmiştir.<sup>436</sup> P.G ve J.H- İngiltere kararında Mahkeme aşağıdaki beyanda bulunmuştur.

*“Bir kişinin evinin ve özel mekanlarının dışında aktif olan düzenlemelerden etkilenip etkilenmediğinin değerlendirilmesi ile ilgili bir çok unsur vardır, İnsanların bilerek ya da niyetlenerek içinde yer aldıkları aktiviteler vardır ve bunlar kamu kuruluşları tarafından kaydedilebilir ya da rapor edilebilir. Bu gibi durumlarda bir kişinin mahremiyet beklentisi, zorunlu olarak kesin*

<sup>434</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, (14.01.1998). E. 1996/32200 K. 1996/32201, Herbecq ve Diğerleri-Belçika davası, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* (28.01.2003). E.1998/44647, *Peck-Birleşik Krallık Davası*.

<sup>435</sup> Rotoru-Romanya, E. 1995/28341 ve Amann-İsviçre E. 1995/27798, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* (28.01.2003). E.1998/44647, *Peck-Birleşik Krallık Davası*.

<sup>436</sup> P.G ve J.H-İngiltere kararı, E. 1998/44787, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* (28.01.2003). E.1998/44647, *Peck-Birleşik Krallık Davası*.

*olmamakla beraber, anlamlıdır. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak, orada o anda bulunan başkaları tarafından görülecektir. Bir alanın teknolojik aletlerle izlenmesi aynı türden bir olaydır. Bununla beraber, özel yaşam mülahazaları, bu tür görüntülerin kamu kurumlarınca sistematik ve daimi olarak kaydedilmesi ile ortaya çıkabilir.”*

Bu çerçevede, AİHM, kullanılacağı beklenmediğinden önceden gönüllü olarak verilen fotoğrafların yetkililer tarafından kullanılması ile ilgili olan ve Komisyon tarafından karara bağlanan *Lupker kararına*<sup>437</sup> ve bir toplumsal olay esnasında çekilen fotoğrafların yetkililer tarafından kullanılması ile ilgili olan *Friedl kararına*<sup>438</sup> atıf yapmıştır. Bu kararlarında Komisyon, fotoğrafların, örneğin, bir kişinin evine girilerek fotoğraf çekilmesi gibi başvuru sahiplerinin (1) özel hayatlarına müdahale olup olmadığına, fotoğrafların (2) özel ya da kamusal konu olup olmadığına, elde edilen materyallerin (3) sınırlı olarak ya da genel olarak kullanılıp kullanılmadığına ağırlık verilmiştir. Komisyon, *Friedl kararında*, fotoğraflar, bir *toplumsal olayda* çekildiğinden ve sadece toplumsal *olayların yönetilmesine yardımcı olmak üzere* aynı gün kullanılmasından hareketle, başvuru sahibinin *özel yaşamının "iç sınırlarına" zorla girme olmadığını* belirlemiştir.

Bu çerçevede Komisyon, çekilen fotoğrafların (1) isimler yazılmadan anonim kalması, kaydedilen bireysel verilerin ve çekilen fotoğrafların bir (2) *veri* işleme sistemine konulmaması ve fotoğrafı çekilen (3) kişilerin kimliklerinin ortaya çıkarılmaya çalışılmaması gerçeklerine ağırlık vermiştir. Aynı şekilde, *Lupker kararında*, Komisyon, polisin fotoğrafları sadece suçluları belirlemek için kullandığını ve fotoğrafların genel olarak kullanıldığını ya da başka amaçlarla kullanıldığını gösteren bir bilgi olmadığını özellikle not etmiştir.

AİHM, kişilerin görüntülerinin yayınlanmasının “bir demokratik toplumda zorunlu” olup olmadığını değerlendirirken, olayın bütünü içinde, (1) yayını haklı gösteren nedenlerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına ve (2) yapılan işlemin, güdülen

---

<sup>437</sup> Lupker ve Diğerleri-Hollanda kararı, no. 18395/91, 07 Aralık 1992 tarihli Komisyon kararı.

<sup>438</sup> Friedl-Avusturya kararı, 31 Ocak 1995, Seri A no. 305-B, Dostane Çözüm, 19 Mayıs 1994 tarihli Komisyon raporu, 49-52.



meşru amaç için “orantılı” olup olmadığına bakmaktadır. Kişisel verilerin açıklanması ile ilgili davalarda Mahkeme, çatışan kamu ve özel çıkarlar arasında adaletli bir denge sağlamada yetkili mercilere bir takdir hakkının tanınması gerektiğini de kabul etmiştir.

*“Mevcut davada, Mahkeme, ilk olarak, başvuru sahibinin bu olayda bir suçtan dolayı suçlanmadığını not eder. Bu nedenle, bu olayda bir suçun açıklanması söz konusu değildir. Mahkeme, ayrıca, başvuru sahibinin özel yaşamına yapılan müdahalenin tabiatına ve ciddiyetini not eder.”*

Mevcut olayda, başvuru sahibi hakkında bir suçlama (suç isnadı) bulunmamaktadır. Bu halde, bir suçun açıklanması söz konusu değildir. Menfaatler dengesinde, başvuru sahibinin özel yaşamına yapılan müdahalenin ciddiyeti ve devletin, suçun ortaya çıkarılması ve suçla mücadele edilmesinde kararlılığı yarışmaktadır.

*“Bir yandan da, Devletin, suçun ortaya çıkarılması ve mücadele edilmesinde kararlılığını takdir eder. Suçla mücadelede, kapalı devre televizyon sisteminin katkısı tartışılmaz değerdedir. Bununla beraber, Mahkeme, bu amaçlara ulaşmak için Belediyenin elinde başka seçenekler olduğuna işaret eder. ilk olarak, Mahkeme, başvuru sahibinin kimliğini polisle işbirliği yaparak öğrenebilir ve görüntüleri yayınlamadan önce onun rızasını alabilirdi. Alternatif olarak, Belediye, başvuru sahibinin görüntüsünü, bizzat kendisi maskeleyebilirdi. Diğer alternatif, medyanın görüntüyü maskeleymesi için azami dikkatin gösterilmesi olabilirdi. Mahkeme, Belediyenin, birinci ve ikinci seçenekleri araştırmadığını ve üçüncü aşamada aldığı önlemlerin yetersiz olduğunu not eder.”*

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, AİHM, başvuru sahibinin görüntülerinin yazılı ve görsel bazı medya organlarında maskelenmeden yayınlanmasını, AİHS’nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.

#### 4.4. TIBBİ TEDAVİ VE KİŞİSEL TIBBİ VERİLER

Özel hayatın bir parçası olarak fiziksel şahsiyetine müdahale anlamına gelen birçok tıbbi tedavi, genel olarak toplumun veya tedavi edilen kişinin sağlığını ve haklarını korumak ihtiyacına göre haklı bulunabilir. Örneğin *Herczegfalvy-Avusturya* davasında, o dönemde genel kabul gören psikiyatrik prensiplere göre tıbbi gereklilik tedaviyi haklı çıkardığı için, zorla beslemenin davacının özel hayatına saygı göstermekle uyumlu olduğuna karar verilmiştir.<sup>439</sup>

Ne kadar hafif olursa olsun, zorunlu tıbbi tedavi 8. madde 1. fıkrada belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir. Örneğin; mahkumlarda uyuşturucu için, şoförlerde alkol kontrolü için ve babalık davalarına taraf olanlara zorla yaptırılan kan ve idrar testleri; çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testleri veya röntgen; zorla besleme.<sup>440</sup>

Mahkeme bu açıdan, tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermenin Sözleşme'ye taraf olan bütün devletlerin yasal sistemlerinin temel bir prensibi olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında yalnızca hastanın özel hayatına saygı göstermenin yeterli olmadığını, hastanın tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güvenin korunmasının da şart olduğunu belirtmiştir. Tıbbi verilerin korunması yönünde bir önlem olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar bu yardımı almak için kendilerinden istenen kişisel veya mahrem bilgilerini açıklamaktan kaçınabilirler. Özellikle bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda bu durum toplum sağlığını tehlikeye atar.<sup>441</sup>

Bu bağlamda önemli uluslararası belgelerden olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi<sup>442</sup> veya kısaca İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesi olarak anılan Sözleşmenin, “amaç” başlığı altında düzenlenen birinci maddesi aşağıda belirtilmiştir.

<sup>439</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (24.09.1992). *Herczegfalvy-Avusturya Davası*, Kilkelly, s. 73.

<sup>440</sup> Kilkelly, s. 25.

<sup>441</sup> Kilkelly, s. 68.

<sup>442</sup> Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, RGT: 20.04.2004, RG no: 25439, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*“(1)Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.*

*(2)Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaktır.”*

Bu uluslararası belge, mahkeme içtihatlarını bir anlamda norm haline getirmiştir. Sözleşmeciler devletlerin, sağlık gereksinimleri ve mevcut kaynakları dikkate alarak, kendi yasal yetkileri dahilinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri almaları gerekliliği 3. maddede belirtilmiştir. Bununla birlikte konumuzla ilgili olmak üzere tıbbi verilere kişilerin ulaşımı hakkında 10. maddenin ilk fıkrası ile *“Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* ve ikinci fıkrasında *“Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir.”* denilmek suretiyle pozitif normatif düzenleme getirilmiştir.

#### **4.4.1. Z.-Finlandiya Davası**

Z.-Finlandiya Davasında<sup>443</sup>, başvuruçunun kocasıyla ilgili bir ceza davası için, başvuruçudan önceden onay alınmadan hakkındaki *gizli tıbbi bilgiler* açıklanmıştır. Özel yaşam, bireylerin sağlık sorunlarının gizliliğini de kapsamaktadır.<sup>444</sup>

Bu davada *başvuruçunun tıbbi danışmanları*, mahkeme emri gönderilerek *tanıklığa zorlanmıştır*. AİHM’in görüşüne göre yetkili ulusal makamların, beş suçla birlikte adam öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı soruşturma yapmak ve X’i yargılamak konusundaki kamu yararının üstün olduğunu düşünmek konusunda haklı oldukları şüphe götürmez bir gerçektir.<sup>445</sup>

---

<sup>443</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (1997). Z.-Finlandiya Davası, *Dinç*, s. 386.

<sup>444</sup> Dinç, s. 386.

<sup>445</sup> Duertre, s. 312.

Ayrıca *yargılama, gizlilik esasları içinde* ve bunun sıkı denitimiyle yapılmıştır.<sup>446</sup> Sonuç olarak AİHM, kamu yararı ve kişisel tıbbi verilerin gizlenmesi dengesinde kamu yararının ağır bastığına karar vermiştir. Ancak burada önemli olan, AİHM'nin kişisel bilgiler ve özellikle *tıbbi verilerin saklanması*nın önemini vurgulamış olmasıdır. Mahkeme, bu dengenin yer değiştirebileceğinden de bahsetmektedir.

*“Hastanın çıkarının ve kamunun yararının bulunduğu tıbbi verilerin gizliliğine ilişkin koruma bazen suçların soruşturulması, suçluların takibi ve davaların kamuya açık olması gibi daha önemli konular önünde önem derecesini yitirebilir.”*

Özellikle bir kişinin *HIV*<sup>447</sup> tedavisi ve durumuyla ilgili verilerin korunması çok önemlidir. Bu tür bilgilerin açıklanması, kişinin *özel ve aile hayatının yanı sıra sosyal hayatını ve iş hayatını altüst edebilir*. Toplumsal saygınlığı ve onurunun yanı sıra kişinin tedavi imkanlarını ortadan kaldırabilir ve giderek salgının önlenmesine de engel olabilir. Bu nedenle, yapılan *müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken, bu tür bilgilerin korunması dengesinde dikkatli olmak gerekmektedir*.

#### 4.4.2. M.S.-İsveç Davası

AİHM, M.S.-İsveç davasında, bir kamu kuruluşunda saklanmakta olan başvurucuya ait tıbbi verilerin, hizmet alması amacıyla bir başka kamu kuruluşu olan sosyal sigortalar kurumuna verilmesini ihlal addetmemiştir. Aktarılan verilerin sigorta talebiyle ilişkili olması, gizli tutulması ve herhangi bir suistimal halinde yetkililere karşı ceza ve hukuk davası açabilme imkanının bulunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yeterli ve orantılı bulunmuştur.<sup>448</sup>

<sup>446</sup> Ancak, eşlerden birisi hakkında açılan ceza soruşturmasında, her ikisinin de sağlık raporlarına el konularak, kanıt oldukları gerekçesiyle bütün raporlar soruşturma dosyasına konulmuştur. *Dinç*, s. 386.

<sup>447</sup> HIV (İng: Human Immunodeficiency Virus / İnsan Bağışıklık Yetmezlik Virüsü), AIDS'e yol açan virüs. HIV virüsü, bağışıklık sistemine zarar vererek hastalığa neden olur. Vücudu mikroplardan koruyan bağışıklık sistemi çalışmadığında, mikroplar daha kolay hastalığa neden olabilir. <http://tr.wikipedia.org/wiki/HIV#AIDS> (15.01.2010)

<sup>448</sup> Er, s. 95-96.

### 4.4.3. Uslu-Türkiye Davası

2004 yılında AİHM önüne gelen dava<sup>449</sup> konusu olaylar kısaca özetlenmiştir. Başvurucu, olaylar esnasında İnebolu cezaevinde hükümlüydü. Başvurucu, talebi üzerine, 14 Ocak 2004'te cezaevi revirinde muayene edilmiştir. Cezaevi reviri kaydına göre, tansiyona bağlı baş ağrısı şikayeti olduğu saptanmıştır. Doktor, başvuranın bir hastanenin nöroloji bölümüne sevk edilmesini uygun görmüştür. İnebolu Devlet Hastanesi'nde nöroloji bölümü bulunmadığı gerekçesiyle başvurucu Kastamonu Devlet Hastanesi'ne sevk edilmiştir ve 25 Mart 2004 tarihinde bu hastanenin nöroloji bölümünde muayene edilmiştir.

Başvurucu, 14 Ocak 2004 tarihinde yapılan muayeneye ilişkin doktor raporu ile cezaevi reviri kaydının ilgili sayfalarının birer kopyasının kendisine gönderilmesini talep etmiştir. 21 Ocak 2004'te, İnebolu İnfaz Hakimliği Cezaevi yetkililerinin ilgili dokümanların kopyalarını başvurana vermeleri yönünde karara varmıştır. Söz konusu dokümanlar başvuranın eline geçmiştir. İnebolu Cumhuriyet Savcısı'nın itirazı üzerine ilgili mahkemenin kararıyla bu dokümanların başvurucudan alınmasına karar verilmiştir.

*“AİHM, bir hastayla ilgili kişisel bilgilerin hiç kuşkusuz bu kişinin özel yaşamıyla ilgili olduğu ve kişinin bu bilgiye erişimine ilişkin sorunun AİHS'nin 8. maddesi kapsamına girdiği kanaatindedir.<sup>450</sup> Tarafların bu konuyla ilgili itirazı yoktur.”*

Kişilerin sağlıklarıyla ilgili sorunlar karşısında, içinde buldukları koşulları değerlendirmelerini sağlayacak bilgi ve belgelerin kamu birimlerinin elinde olması durumunda bu bilgilerin tümünün ilgili kişiye iletilmesi gerekir.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (20.01.2009). E. 2004/23815, Uslu-Türkiye Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>450</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, E. 2003/20511, Mutatis Mutandis, I.-Finlandiya Davası, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (1997). Z.-Finlandiya Davası*.

<sup>451</sup> Dinç, s. 386.

AIHM, 8. maddenin esas maksadının bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalesine karşı korumak olduğunu birçok kararında açıklamıştır. Buna ek olarak, aile hayatına ve özel hayata “saygı”nın yerine getirilmesinin özünde pozitif yükümlülükler bulunmaktadır ve bu madde kapsamında, devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin kesin tanımları olmasa da, uygulanabilir prensipler benzerdir. Her iki açıdan bakıldığında, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında olması gereken adil denge dikkate alınmalıdır.<sup>452</sup>

*“Başvuranın talep ettiği dokümanların niteliğini gözönünde bulunduran mahkememiz, bu koşullar altında, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge bulunmadığı kanaatindedir. Buna göre, AIHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.”*

#### 4.5. FİZİK KİMLİK TESPİTİ VE GENETİK BİYOMETRİK YÖNTEMLER

Biyometrik yöntemlerin<sup>453</sup> kullanılması konusuna gelince: bir kamu makamının biyometrik yöntemleri kullanmasına insan hakları hukuku bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, sınırlama önleminin, yani kullanılacak biyometrik yöntemin, bir kanunla, demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ve en önemlisi ölçülü bir şekilde tatbik edilmesi gereklidir.<sup>454</sup> Bu konuda Türk Hukuku'nda CMK ilgili maddeleri yukarıda incelenmiş ve konu detaylı olarak anlatılmıştır.

*Birleşik Krallık'ta* terörle mücadele çerçevesinde gözaltına alınan kişilerin parmak izlerinin ve fotoğraflarının alınması ve bu kayıtların elde bulundurulmaya devam edilmesi konusunda da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 8. maddenin ihlal

---

<sup>452</sup> “Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını tespit ederken, toplumun genel menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeye bakılmalıdır; aranan bu denge, Sözleşme'nin bütününe içkindir.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (17.10.1986). E. 1981/9532, Rees-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>453</sup> Günümüzde biyometrik kimlik denetleme yöntemlerinin yaygın şekilde tercih edilen altı çeşidi bulunmakta olup, bunlar parmak izi, yüz-el geometrisi, iris, imza ve ses yoluyla denetimdir. Bu metodların yanı sıra fizyolojik olarak DNA, kulak biçimi, koku, retina, derinin yansıtma oranı ve vücut ısısı; davranış esaslı olarak da yürüyüş, klavye tuşlamaları ve dudak hareketleri diğer biyometrik kimlik denetim türleridir.

<sup>454</sup> Er, s. 144.

edildiğine dair bir karar vermemiştir. Benzer şekilde cinayet şüphesiyle emniyette DNA örneği alınan ve kan testi yapılan başvuruçunun şikayeti üzerine de Mahkeme, kan örneğinin alınmasının üzerinden 11 ay geçtikten sonra yok edildiğini ve bu zaman zarfında da başka amaçla kullanılmadığını göz önünde bulundurarak, bu sürenin bir cinayet soruşturması için makul olduğuna hükmetmiş ve AİHS'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>455</sup>

Biyometrik yöntemlerin kullanılması düşünüldüğünde öncelikle tahlil edilmesi gereken husus, söz konusu tedbir için mutlaka bir *biyometrik yöntem gerekip gerekmediğidir*. Manyetik kartlarla veya parola sistemleriyle düzenleme yapılabilecekken, kişiyi özel hayatını doğrudan ilgilendirecek bir işlem yapmanın ne derece mecburi olduğu hassasiyetle değerlendirilmelidir. İkinci aşamada *hangi biyometrik yöntem* veya yöntemlerin tercih edileceği belirlenmelidir. Eğer özel hayatın gizliliğini etkileyen bir biyometrik yöntem tercih ediliyorsa, bu durumda öncelikle kanuni düzenleme yapılmalı ve ardından sınırlamanın meşru sebeplerinin varlığı ve demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ölçülülük denetlenmelidir.<sup>456</sup> Suç işlenmesinin önlenmesi adına, bir havaalanına yerleştirilen özel kameralarla, söz konusu sahada bulunan kişilerin yüzlerinin ve/veya yürüyüşlerinin taranmasıyla mevcut veri tabanında bulunan aranan kişilerin tespitine çalışılabilir.

Yaşayan kişilerin “fiziki kimliğinin tespiti” amacıyla CMK'nın 81 ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 15. maddelerine göre<sup>457</sup>, üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti gerektiği hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile:

- Fotografi,
- Beden ölçüleri,

---

<sup>455</sup> Er, s. 97-98.

<sup>456</sup> Er, s. 144.

<sup>457</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik (10.06.2005). RGT: 01.06.2005, RG no: 25832, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

- Parmak izi ve avuç içi,
- Bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri,
- Sesi ve görüntüsü,
- Eşkal bilgileri,
- İris görüntüsü,
- Diş izleri,
- Diğer vücut izleri, alınabilir.

Fizik kimliğin tespiti amacıyla yukarıda belirtilen, diş izlerinin alınması dış tabibi tarafından, diğer işlemler ise uzman polis tarafından yapılır. Alınan bu veriler, polisteki arşive konmadan, mukayese yapılmadan, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulmak üzere adliyeye gönderilir. Bu verilerin, kişi hakkında beraat, kovuşturmaya veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesinden sonra Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edileceği öngörülmüştür.<sup>458</sup>

Yukarıda da belirtildiği gibi yaşayan kişilerin kimlik tespit işlemlerinde<sup>459</sup>, kimlik bilgileri, fiziki kimliğine ait özellikler, vücut sıvıları (DNA), tanıma, teşhis ve yüzleştirme gibi yöntemlerinin uygulanması mümkündür. Öncelik sırası parmak izi gibi basitten başlanarak ve gerekmesi halinde moleküler inceleme gibi detay araştırma da yapılabilir.

Birçok kurumda, çalışanların mesai saatlerine riayetlerinin takibi amacıyla *kameralı ve kartlı geçiş* sistemleri uygulamaya konulmaktadır. Personelin başka bir

---

<sup>458</sup> Kaygusuz, s. 18-19.

<sup>459</sup> Bu yeni koruma tedbirlerinin ve bilimsel delil elde etme yöntemlerinin, delilden sanığa gitme sisteminin oluşturulabilmesi için de esaslı bir temel oluşturacağı kuşkusuzdur. *Öztürk-Erdem*, s. 623.



personel adına da geçiş yapmasının önüne geçmek amacıyla manyetik kartla yetinilmeyip, ek olarak kamera sistemi de kurulmaktadır.

Örneğin, Sağlık Kuruluşlarından Bakırköy Dr. Sadi Konak Eğitim Araştırma Hastanesi, Bağcılar Eğitim Araştırma Hastanesi ve Bakırköy Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim Araştırma Hastanesinde mesai takibi *imza çizelgeleriyle* birlikte takip edilmekte iken 2009 tarihinden itibaren, “*görüntülü kamera ve kartlı geçiş sistemi*” uygulamasına geçilmesi hakkında İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu Başkanlığı’na özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle şikayette bulunulmuştur.

Kurul , hastane personelinin mesaisinin kamera ile otomatik takibi hakkında herhangi bir *yasal düzenleme* bulunmadığından, Anayasa ve hem de uluslararası sözleşmelere göre *özel hayatın gizliliğinin korunması* gerektiğinden, yasal düzenlemeleri de içeren “Kişisel Verileri Koruma Kanunu Tasarısı<sup>460</sup>”nın kanunlaşmasının beklenmesinde yarar bulunduğu, aksi takdirde; *hastanelerin bu uygulamasının temel hak ve özgürlüklerin ve özellikle kişilerin özel yaşamlarının gizliliğinin ihlaline neden olacağı*, söz konusu hastanelerde sağlık personelinin kamera yerleştirilerek mesaisinin denetlenmesi yönteminin durdurulması ve bu sistemin kaldırılmasının hukuka uygun olacağı tavsiye edilmesi görüşüne varılmıştır.<sup>461</sup>

Burada kurulun kararı, özellikle yasal düzenleme olmaması sebebiyle yerindedir. Ancak genel güvenlik amacıyla önleyici kolluk hizmetlerine destek verecek bir kamera sistemin kurulmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyim. Yukarıda incelediğimiz AİHM kararlarından anlaşıldığı üzere, müdahalenin ihlal kapsamında değerlendirilmemesi için en başta, ulaşılabilir kanuni bir düzenleme gerekmektedir. Kanun ihdas edilmeden, kamu yararı, amacın meşruluğu gibi diğer kriterler yönünden çözüm bulma imkanı kalmamaktadır. Ancak, tasarının yasalaşmasından sonra gerekli yerlerde ölçülülük ilkesi içinde, kamera vb sınırlamalar uygulanabilecektir.

<sup>460</sup> Türk Ceza Kanunu’nun tanımlar maddesinde (md. 6) kişisel veri tanımı yoktur. Bu eksiklik ciddi sorunlara yol açmaktadır. Çünkü bu tanımın yapıldığı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı henüz yasalaşmamıştır. Tasarıya göre kişisel veri: belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder. *Öztürk-Erdem, s. 632.*

<sup>461</sup> İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Başkanlığı, (21 12.2009). 82/5 nolu Kararı.

#### 4.5.1. Y.F.-Türkiye Davası

Davanın kaynağında, bir Türk vatandaşı olan başvurucu Y.F.'nin Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı, 13 Mayıs 1994 tarihinde, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı bir başvuru bulunmaktadır.<sup>462</sup> Başvuru sahibi, Sözleşmenin 8. maddesine dayanarak, eşi üzerinde yapılan mecburi jinekolog muayenesinin, onun, özel hayatına saygı hakkının ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir.

Olaylar özetle şu şekilde gelişmiştir. Bingöl'de yaşayan 1951 doğumlu Y.F. 15 Ekim 1993 tarihinde, eşi Bayan N.F. ise iki gün sonra, yasadışı terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık yaptıkları şüphesiyle polis tarafından Bingöl'de gözaltına alınmışlardır. Bayan F. dört gün süreyle gözaltında tutulmuş ve iddiaya göre, bu süre içinde, gözleri bağlanmıştır. Yine iddiaya göre, polisler, ona jopla vurmuşlar, sözle taciz etmişler ve tecavüz etmekle tehdit etmişlerdir.

Bayan F., gözaltı süresinin sonunda, 20 Ekim 1993 tarihinde, bir doktor tarafından muayene edilmiş ve vücudunda kötü muamele izine rastlanmadığı doktor raporunda belirtilmiştir. Bayan F., aynı gün bir jinekoloğa götürülmüş ve polis, raporda, göz altı süresinde Bayan F. ile vajinal ya da anal yolla cinsel ilişkiye girilip girilmediğinin ortaya konulmasını talep etmiştir. Bayan F., bu muayeneyi reddetmesine rağmen, polis tarafından, zorla bu işleme tabi tutulmuştur. Perde arkasında muayene işlemi yapılırken, polisler orada hazır bulunmuştur. Doktor, raporunda, Y.F.'nin eşinin, muayene öncesindeki günlerde herhangi bir cinsel ilişkiye girmediğini belirtmiştir.

Mahkeme, bir kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünü kapsayan “özel yaşamla” ilgili olan, Sözleşmenin 8. maddesinin, bu tip şikayetler için, açıkça uygulanabilir olduğunu tespit etmiştir.<sup>463</sup>

---

<sup>462</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (01.07.2003). E. 1994/24209, Y.F.-Türkiye Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>463</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (26.03.1985). E. 1980/8978, X ve Y-Hollanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*“Mahkeme, bir kişinin bedeninin, kişinin özel hayatının en mahrem yönünü oluşturduğunu tekrar eder. Bu yüzden, çok önemsiz bile olsa, kişiye zorla bir tıbbi müdahalede bulunulması, bu hakkın ihlali anlamına gelir.”*

AİHM, müdahalenin varlığını ve 8. maddenin uygulanabilirliğini tespit ettikten sonra, müdahalenin hukuka uygun olmadığını belirlemiştir.

*“Mevcut davada, Hükümet, tıbbi zorunluluk ya da hukukun tanımladığı durumların varlığını ortaya koymada başarılı olamamıştır.<sup>464</sup> Bunun yanında, savcının bu yönde bir talebinin olduğunu da ortaya koymamıştır. Son olarak, Mahkeme, Hükümetin, bu tür bir muayene ile elde edilmek istenen, herhangi bir cinsel taciz ya da kötü muamele iddiasına karşı korunma gerekçesini anlamakla beraber, bir kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunda tanımlanmış olması ve kişinin rızasının alınmış olması şartlarına bakar. Aksi takdirde, mevcut davadaki savunmasız durumda olan sanık örneğinde olduğu gibi, kişiler, keyfi muamelelere karşı sağlanan yasal garantilerden yoksun bırakılmış olurlar. Bu bilgiler ışığında, Mahkeme, yapılan müdahalenin "hukuka uygun olmadığı"nu belirler.”*

#### 4.6. KİŞİNİN CİNSEL HAYATI

Özel hayat, daha önceki açıklamalarımızda belirtildiği üzere sınırlandırılmış bir tanımlamaya sıkıştırılmayacak kadar geniş bir terimdir. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, *cinsiyet kimliği*, isim, *cinsel köken* ve *cinsel yaşam* gibi unsurlar, 8. maddenin koruduğu bireysel alanın önemli unsurlarındandır. Madde aynı zamanda, bireysel gelişme ve kimlik hakkını; profesyonel ya da ticari türdeki aktiviteleri de kapsayacak şekilde diğer İnsanlar ve dış dünya ile ilişki kurma ve geliştirme hakkını korur. Bu nedenle, bir kişinin diğerleri ile, *kamusal alanda bile, "özel yaşam" sahasına girebilecek bir etkileşim bölgesi vardır.*<sup>465</sup>

---

<sup>464</sup> İç beden muayenesi sayılmaktadır.

<sup>465</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (28.01.2003). E. 1998/44647, Peck-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

Özel yaşam kavramı, kişinin cinsel yaşamı dahil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavramdır.<sup>466</sup> Kişinin cinsel yaşamı ve cinsel tercihleri onun hayatının gizli yanını oluşturur. Bu alana yönelik müdahaleler 8. maddenin ihlali sonucunu doğurur. Kişinin cinsel yaşamındaki tercihler başkalarını ilgilendirmez bu alana müdahale edilemez. Bir bireyin cinsel hayatı, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bir bireyin cinsel ilişkiler dahil çeşitli tür ilişkiler oluşturabileceği ve bir bireyin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi, 8. madde'nin koruma kapsamına girmektedir.<sup>467</sup>

#### 4.6.1. Dudgeon-Birleşik Krallık Davası

Dudgeon-Birleşik Krallık davasında AİHM, davacının kişisel şartlarını göz önünde bulundurarak, eşcinsel davranışları yasadışı sayan kanunların varlığının, söz konusu bireyin özel hayatını sürekli olarak ve doğrudan etkilediğine karar vermiştir. Söz konusu dönemden sonra da birkaç defa cinsel tercih ve faaliyetlerin özel hayatın kişisel bir unsurunu oluşturduğunu ifade etmiştir.<sup>468</sup>

Dava konusu olayların gelişimi özetle ele alınacaktır. Bir eşcinsel olan Dudgeon'un başvurusu, yetişkin erkeklerin kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri bazı eşcinsel eylemlerin, Kuzey İrlanda'da suç olmasına ilişkindi.

Ocak 1976'da polis, 1971 tarihli Uyuşturucu Kullanılmasına Dair Yasa'ya göre çıkarılan müzekkere ile başvurucunun adresine gitmiştir. Yapılan arama sırasında bir miktar uyuşturucu bulunmuştur. Yine bu arama sırasında başvurucuya ait olan ve kendisinin *eşcinsel faaliyetlerini* ortaya koyan *günlüğü* ve *yazışmaları* da dahil olmak üzere *kişisel kağıtlar* bulunmuş ve bunlara el konmuştur. Sonuç olarak, başvurucunun polis karakoluna gelmesi istenmiş ve evde bulunan kağıtlarla ilgili olarak kendisinin *cinsel yaşamı hakkında dört buçuk saat süreyle sorguya çekilmiştir*. Polis, erkekler arası

---

<sup>466</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (26.03.1985). E. 1980/48978, X ve Y-Hollanda Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>467</sup> Kilkelly, s. 18.

<sup>468</sup> Kilkelly, s. 18.

ahlaka ağır surette aykırılık suçunu göz önüne alarak dava açılması için, soruşturma dosyasını savcılığa göndermiştir. Savcılık, dava açılmasının kamu yararına olmadığına karar vermiştir. Başvurucu bu takipsizlik kararından Şubat 1977’de haberdar edilmiş ve kendisine ait kağıtlar, üzerlerine çeşitli notlar düşülmüş şekilde kendisine iade edilmiştir.

Başvurucu, Kuzey İrlanda’da yürürlükte olan mevzuat gereğince, eşcinsel faaliyetlerinden dolayı *takibata maruz kaldığını* ve bu konudaki *yasaların varlığı* nedeniyle *şantaj ve taciz korkusu* dahil olmak üzere *korku ve psikolojik sıkıntı* yaşadığını ve acı çektiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca, Ocak 1976’da evindeki aramayı takiben eşcinsel faaliyetleri nedeniyle polis tarafından sorguya çekilmesinden ve arama sırasında elkoyulan kişisel kağıtlarının bir yıldan fazla süre geçtikten sonra geri verilmesinden şikayetçi olmuştur.

*“Her ne kadar, başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel hareketler, toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine şoke edici gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı da çıksalar, bu durum, rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz. Kuzey İrlanda mevzuatı gereğince Dudgeon’a uygulanan kısıtlama, genişliği ve mutlaklığı nedeniyle, ulaşılmak istenen amaçla orantısızdır.”*

AİHM, İrlanda hukukunda yasanın varlığını ve bu yasayla getirilen düzenlemeyi yani resmi makamların özel hayata müdahalesini üç aşamalı bir incelemeden geçirmiş ve müdahaleyi haksız bulmuştur. AİHM, akıl hastaları hariç, 21 yaşını geçmiş erkeklere yönelik son yıllarda kovuşturma yapılmadığı ve bu haliyle “düzenlemenin kağıt üstünde kaldığı” yönündeki hükümet savunmasına rağmen eşcinsel davranışların suç sayılması için “zorunlu bir toplumsal neden” olmadığına karar vermiştir.<sup>469</sup> Ancak, aşağıda belirtildiği gibi, bu konuda düzenlemelerin yapılabileceği de açıkça kabul edilmiştir:

*“Diğer cinsel davranışlar gibi erkek eşcinsel davranışının da belli ölçüde ceza hukuku tarafından düzenlenmesinin demokratik toplumda gerekli bir tedbir*

---

<sup>469</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (22.10.1981). E. 1976/7525, Dudgeon-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

olarak haklı bulunması inkar edilemez. Bu konudaki ceza normlarının fonksiyonu, özellikle gençleri, bendensel ve zihinsel güçsüzlükleri, tecrübesizlikleri veya özel bir fiziksel, resmi veya ekonomik bağımlılık durumunda olmaları nedeniyle acz içinde bulunan kişileri, başkaları tarafından sömürülmeye ve istismar edilmeye karşı korumaktır. Avrupa Konseyi'ne üye bütün Devletlerin mevzuatlarında buna benzer yasalar vardır. Ancak Kuzey İrlanda'daki yasanın bu Devletlerin mevzuatlarından farkı, koşullar ne olursa olsun, genel olarak erkekler arasındaki cinsel sapmaları yasaklamasıdır. Bir kısım mevzuatın, toplumun belirli bir bölümünü olduğu kadar, bütün bir toplumun ahlaki değerlerini korumak için gerekli olduğu kabul edilebilir.”

AİHM'ye göre, "Sözü geçen yasanın yürürlükte tutulması, başvurucunun özel yaşamına -ki bu onun cinsel yaşamını da içerir- saygı hakkına, Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk fıkrası anlamında sürekli bir müdahale oluşturmaktadır.” Bu mevzuatın mevcudiyeti, başvurucunun özel koşulları bakımından özel yaşamını sürekli ve doğrudan etkilemektedir.<sup>470</sup>

AİHM, ikiden fazla erkeğin dahil olduğu ve devlet hukukunda ağır ahlaksızlık olarak nitelendirilebilecek cinsel faaliyetlerde dahi ulusal makamlara tanınan takdir hakkının dar olduğu göz önüne alındığında, kamu sağlığını ilgilendiren herhangi bir konu olmadığı ve söz konusu davranışların tamamen özel niteliğe sahip olduğundan bahisle ulusal makamların cezai takibatlarının haklı olmadığı ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>471</sup>

#### 4.6.2. Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası

Smith ve Grady-Birleşik Krallık davasında<sup>472</sup> AİHM, silahlı kuvvet mensuplarının eşcinselliği konusunda askeri yetkililerin araştırma yaptırması ve söz konusu kişilerin ordudan atılmış olmasını maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu olayda

<sup>470</sup> Aynı yönde bk. Norris- İrlanda Davası 1983/10581 E, 26.10.1988 K; Modinos-Kıbrıs Davası, 22 Nisan 1994, seri A No. 259, s. 12 p. 25; Marangos- Kıbrıs 03 Aralık 1997, 31106/96 Nolu Komisyon raporu.

<sup>471</sup> Dutertre, s. 296-297.

<sup>472</sup> Dutertre, s. 297.

başvurucu kadınların her biriyle ve 3. kişilerle ilgili cinsel yönelimleri ve davranışları konusunda *askeri polis tarafından yapılan detaylı görüşmeleri* de içeren başvurucuların eşcinselliği ile ilgili *soruşturma ve hazırlanan rapor özel hayata doğrudan bir müdahale* niteliğindedir. AİHM, başvurucuların cinsel tercihleri ile ilgili soruşturmayı ve Savunma Bakanlığı'nın politikasına göre eşcinsel olmalarından dolayı ordudan atılmalarını AİHS 8. madde 2. fıkrasına uygun bulmamıştır.<sup>473</sup>

#### 4.6.3. Öğrencinin Cinsel Hayatının Gizliliği

Danıştay, 2003 yılında incelediği bir olayda cinsel hayat ve özel hayatın bir yönü olarak cinsel hayatın gizliliği konusunda önemli bir karar vermiştir.<sup>474</sup> Karar ve dava konusu olaylar özetle verilmiştir. Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin<sup>475</sup> 46. maddesi ile 41/d maddesinde yer alan "fuhuş yapmak" ibaresi ve "ya da *cinsel ilişkiye girmiş* olduğu tespit edilmiş olmak" ibareleri, gerçekleşmesi halinde örgün eğitim dışına çıkarma cezasını gerektiren eylem olarak belirlenmiştir. Dava, Yönetmeliğin 41. maddesinin (d) bendi ile 46. maddesinde yer alan "Uyarma, Kınama ve Mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz" hükmünün iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay aşağıdaki gerekçeyle kararını vermiştir.

*“T.C. Anayasasının Kişinin Dokunulmazlığı başlıklı 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı kurala bağlanmıştır. Yine Anayasanın Özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesinde; herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ilkesi yer almıştır. T.C. Anayasasının 13. maddesinde yer alan; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine*

<sup>473</sup> Dutertre, s. 297.

<sup>474</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri (07.04.2005). E. 2003/417, K. 2005/234, Danıştay resmi sitesi

<sup>475</sup> Örgün eğitim dışına çıkarma başlığı altında 41. madde: “Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak.” Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği, RGT: 13.07.2001, RG no: 24461, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*. (Bu yönetmelik 23.07.2009 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır)

*dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmü karşısında, Anayasa ile güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerinin, ancak Anayasa ile belirlenen çerçevede kanunla sınırlanması mümkün olup, yürütmeyi oluşturan idari makamların çıkaracakları yönetmeliklerle, söz konusu ilkeleri sınırlandırıcı düzenlemeler yapması, bu ilkelerin işlerliğini azaltacak şekilde bir takım yetkileri kendinde toplaması mümkün değildir. Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41. maddesinin (d) bendinde yer alan "...cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresi, gerek okul yönetimince gerekse Bakanlığın il yönetimince, öğrenciler üzerinde keyfi bir takım uygulamalarda bulunulmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı; kişinin dokunulmazlığı ilkesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin var olan Anayasal ve yasal güvencelerinin, her türlü şüpheyi içinde barındıracak ve yönetimin keyfi uygulamada bulunmasına imkan verecek şekilde söz konusu ibare ile zayıflatıldığı; her ne kadar davalı idarece, uygulamada karşılaşılabilecek olumsuzlukları önlemek amacıyla çıkarılan 24.10.2001 tarihli Genelgede, Yönetmeliğin 41. maddenin (d) bendi ile ilgili olaylarda sadece adli makamlarca yapılan tespit doğrultusunda işlem yapılacağı; okul müdürlüğü veya sağlık müdürlüğünce kesinlikle durum tespitine yönelik herhangi bir uygulama yapılmayacağı belirtilmiş ise de; Yönetmelikte bu yönde bir düzenlemeye gidilmesindeki sakıncanın, Genelge ile giderilmesinin hukuken mümkün olmadığı açıktır. Buna göre, Yönetmeliğin 41. maddesinin dava konusu (d) bendinin "fuhuş yapmak" ibaresi dışında kalan, "ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresinin, Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, temyize konu Daire kararında bu kısım yönünden hukuki isabet görülmemiştir."*



#### 4.6.4. Eşcinsellik ve İşçi-İşveren İlişkisi

Yargılama, bozma ve direnme aşamalarından sonra 1999 Yılı'nda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen dava,<sup>476</sup> *özel hayat, iş hayatı; konut ve konut dışı* değerlendirmeleri yönünden önemlidir. Bu ayrımlar kararı yönlendirmektedir.<sup>477</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasında varlığı ileri sürülen ilişkinin açıkça *özel hayatları ile ilgili* olduğunu belirttikten sonra, aslolanın bu özel hayat dışında taraflar arasında bir hizmet akdinin mevcudiyetinin tespiti olduğunu belirtmiştir. Kurul, tanık beyanları ve dosyadaki diğer bilgilerden ve ceza dava dosyasındaki davalı ve tanık beyanlarından davacının 5-6 yıldır sürekli olarak davalının doktorluk muayene işyerinde işveren durumunda bulunan doktorun verdiği para karşılığında onun emir ve talimatı altında bulunduğunun ve çalıştığının doğru olduğu kanaatine varmıştır.

Karşı oy yazısında hayat alanlarının kesin sınırlarla birbirinden ayıramayacağı ve bunun hukuki durumu nitelendirmede farklı sonuçlara yol açacağı belirtilmektedir. Tarafların *iş hayatı ile özel hayat alanının içi içe* olduğu; ilişkinin, bireylerin gizli alanlarında kalması gerektiği ancak mevcut olayda, iş alanını da bu gizli alanın etkisi içinde değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir. Yani özel hayatın bir görünümü mahkemede değerlendirilmek zorunda kalmıştır.

*“Davalı tanığı , taraflar arasında cinsel ilişki olduğunu, bu ilişki neticesinde birlikteliğin mevcut olgusunu açıklamış; diğer tanık ise, tarafların*

<sup>476</sup> Dava, taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 3. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 6.10.1998 gün ve 1996/828 E.- 1998/619 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.12.1998 gün ve 1998/16734 E. 18088 K. sayılı ilamı ile; “davacı, davalının iş akdini haksız nedenle sona erdirdiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer işçilik haklarını talep etmiş” ve mahkemece *taraflar arasındaki ilişkinin eşcinsellik ilişkisinden* öteye geçmediği ve hizmet akdi bulunmadığı gerekçeleriyle istekler red edilmiş ve karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. Yargıtay H.G.K.( 26.05.1999). E. 1999/9-307, K. 1999/467, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>477</sup> Özel hayat kapsamında eşcinsel yaşantının, özel hayat alanının dışına çıkması ve işçi-işveren ilişkilerinde işyeri düzeninin bozulması konusunda Yargıtay kararı: Davacının iş sözleşmesi , işyerinde iş arkadaşı ile arasındaki ahlak kurallarına uygun olmayan ilişki nedeni ile mesai saatlerinde işyeri düzeninin ihlal edilmesine yol açacak şekilde küfürleşmeli tartışma yaptığı gerekçe gösterilerek işverenlikçe feshedilmiştir. Davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir. Davacının diğer işçisiyle birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi işverenin haklı feshi olup davacı 17/2. maddesine uygun fesih sonucu davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Yargıtay 9. HD. (19.09.2005). E. 2005/654, K. 2005/30275, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*birlikteliğinin bir karı koca birlikteliği olduğunu, beraberce cinsel münasebeti de içeren müşterek yaşam sürdürdüklerini, aynı evde yaşadıklarını, davacının bütün masraflarının davalı tarafından karşılandığını, aralarında hizmet akdi bulunmadığını, karı koca yaşamı mevcut olduğunu bildirmiştir... Bu ilişkinin temelini yasalarımızın korumadığı, toplumumuzun ahlak yapısına uymayan, ahlaka aykırı birlikteliğe dayandığı, olayımızda hizmet akdinin unsurlarının oluşmadığı, hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile mevzunun ve temelini ahlaka (adaba) aykırı bulunması nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamıyla batıl olduğu...”*

#### **4.6.5. Cinsel Tercihe Yönelik Eleştiri Sınırı**

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından basında ve bilimsel çerçevede cinsel tercihlerin eleştirilebileceği ancak, bu eleştiri ve görüşlerin sınırlarının ne olması gerektiği yönünde 22.02.2000 tarihinde verilmiş önemli bir kararı<sup>478</sup> bulunmaktadır. Bu kararda kişilerin cinsel tercihleri hakkında kişiyi rencide edici subjektif yorumların özel hayata bir müdahale olarak kabul edildiğini görebiliriz. Ayrıca, *yerel mahkemenin* meseleye yaklaşımda uluslararası yapıların kararlarını esas alması dikkat çekicidir.

Dava konusu yazı, davacı tarafından kaleme alınan 3-6 Şubat 1999 günleri C. gazetesinde yayımlanan “*Eşcinsellik Cinsler Arası Eşitsizlik Ürünüdür*” başlıklı bir incelemenin eleştirisidir. Yerel mahkeme, yazıda sert ve öfkeli bir ifade kullanılmakla beraber davacının kişilik haklarına yönelik bir tecavüz söz konusu olmadığını, insan hakları bağlamında *seksüel ayrımcılığın eleştirisinin yapıldığını* düşünmektedir. Yerel mahkeme, dava konusu yazının bu perspektif ve içerikte olması; davacının kişilik haklarını ihlal edici unsurlar taşımaması sebepleriyle bu durumu aşağıdaki gerekçeyle açıklayarak red etmiştir:

*“Üyesi olduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerde dava konusu olaydakine benzer ilişkilerde geleneksel dışlamayı radikal şekilde elemine eden ve bu çiftlere heteroseksüellerinkiyle benzer medeni ve sosyal haklar tanıyan*

<sup>478</sup> Yargıtay 4. H.D. (22.02.2000). E. 1999/10478, K. 2000/1598, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*yasaların sayısı gün geçtikçe artarken; bunların en yenisinin 13 Ekim 1999'de Fransız Parlamentosunda kabul edilen Pacte civil de la Solidarite yasası olduğu; Seksüel ayrımcılığı yasaklayan benzer bir yasanın Avrupa Parlamentosunun gündeminde bulunduğu ve homoseksüellere hukuki himaye getiren tüm bu yasaların hareket noktasında hukuki planda insan hakları olgusu felsefi ve sosyal planda ise dogmatik değerleri reddeden rölativist düşüncenin etkisi gözetildiğinde..."*

Yargıtay Kararında, kişilik haklarına saldırının normatif dayanağı olarak Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddelerine işaret etmiştir. Subjektif yorumlarla konu dışına çıkılarak davacının kişiliğine saldırılmıştır. *Özle biçim arasında denge* gözetilmemiştir. Dava konusu yazı hukuki sosyal ve felsefi açıdan yorumlanırken davacının kişiliğine de saldırı da bulunulduğundan Yargıtay usul ve yasaya aykırılıktan yerel mahkeme kararını bozmuştur.

*"Her iki maddenin ortak ögesi hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılığı hukuka uygun hale getiren (1) öze ilişkin koşullar gerçeklik, güncellik ve kamu yararadır. (2) Biçime ilişkin koşul ise anlatım ve sergilenişte dengeli davranıştır. Bu koşullardan birine aykırı eylem hukuka aykırı olup tazminatı gerektirebilir. Basın yoluyla kişilerin düşünceleri eleştirilirken konu bilimsel bir yaklaşımla ele alınmalı ve yasa ile ahlak kurallarının çerçevesinde kalarak kamuoyunu bilgilendirmek ve toplumu daha ileriye götürmeye katkıda bulunmaya çalışılmalıdır. Eleştiri bazen sert, kinci ya da küçültücü olabilir. Ancak bu yapılırken dahi, kamu yararı amacı aşılmamalıdır. Anılan sınırı aşan ifadeler basın özgürlüğünden yararlanamaz. Çünkü bu tür yasalar kamu yararı amacına değil kin, intikam, nefret sansasyon gibi subjektif amaçlara hizmet eder."*

#### 4.6.6. Kamuya Malolmuş Kişi ve Cinsel Hayatı

Yargıtay, 2000 tarihli bir kararında<sup>479</sup>, milletvekili davacı tarafından, davalılar T. Özkan ve DTV Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş. aleyhine 24.3.1999 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 25.11.1999 günlü karar ve olayı incelemiştir.<sup>480</sup>

Yargıtay bu olayda, kamuya mal olmuş bir meslek sahibi olarak milletvekilinin özel hayatıyla ilgili bir faaliyetin görsel basında yer almasında kamu yararının varlığını sorgulamıştır. Yargıtay'a göre Kamu yararı ögesi toplumsal ilgi olarak da tanımlanabilir. Yayın hakkının sınırlarının en önemlisi “*gerçeklik*” ögesidir. Haber gerçeğe uygun olmalıdır. Gerçeklik verilen habere ya da anlatılmak istenen amaca ve hedefe konu olan içeriği, yayın sırasında olayla ilgili durumuna uygunluk anlamına gelmektedir. Biçime ilişkin koşul ise anlatımda ve sergilenişteki ölçülülüktür. Bu koşulların varlığı halinde haberin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmalıdır. Yargıtay, bu konuda halkın gözü önünde olan kişilerin de gizli hayat alanı ve cinsel tercihleri olabileceği ön kabulüyle kararında şu ifadelere yer vermiştir.

*“Öte yandan basın kişinin sır alanına saldırıda bulunamaz. Sır alanı; kişilerin kendisi ve güvendiği kişiler dışında topluma kapalı tutulan bir alandır. Özel dostluklar, ikili ilişkiler, duygusal ve cinsel yaşantı, aile yaşantısı bu alana girer. İlgilinin izni dışında yapılan bir açıklama hukuka aykırıdır. Bu tür yayınlardan kamu yararının varlığından da söz edilemez. Özel yaşama ilişkin bulunan açıklamalar aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetine de saldırı sonucunu doğurur... Davacının mensubu olduğu partiden dava konusu nedenler dolayısıyla aday gösterilmediği iddiası da davalı tarafça*

<sup>479</sup> Yargıtay, 4. H.D. 2000/3473 E.

<sup>480</sup> Davacı, Kanal D logosuyla yayın yapan televizyon kanalının 25.2.1999 günü saat 19.00 Ana Haber Bülteninde “*Evlilik dışı cinsel ilişkisi olduğu*” için partisi tarafından milletvekili adayı olarak gösterilmediği içerikli haberin gerçeği yansıtmadığını bu nedenle de, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğini ileri sürerek manevi tazminat ve yayın isteminde bulunmuştur. Mahkemece istek, dava konusu haberin güncel olduğu, Aktüel Dergisine atıfta bulunulduğu, küçük düşürücü ve kasıt içermediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay, Yargıtay 4. H.D. (22.06.2000). E. 2000/6168 K. 22.06.2000, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*kanıtlanmamıştır. Şu durumda davacının özel yaşamını konu alan haberler gerçeği yansıtmadığı gibi sunulmasında da kamu yararı bulunmamaktadır. Eylem hukuka aykırıdır. Davalılar takdir edilecek uygun bir tazminat ile sorumlu tutulmalıdır. Mahkemece, anılan yönler üzerinde durulmaksızın davanın reddedilmiş bulunması bozmayı gerektirmiştir.”*

#### 4.6.7. Sado-Mazoşist Faaliyetler

“Sadizm” Fransızca “sadisme” kökenli bir kelime olup psikolojik bir terimdir. Başkalarına acı çektirme yoluyla cinsi doyum sağlama biçiminde kendini gösteren bir tür sapkınlık olarak tanımlanmaktadır.<sup>481</sup> Mazoşizm yine Fransızca masochisme kökenli psikolojik bir terim olup, eziyet ve acı ile cinsel zevk alma eğitimi, özezerlik olarak tanımlanmaktadır.<sup>482</sup>

AİHM’in cinsel tercihlere yaklaşımı her türlü cinsel faaliyetin mutlaka 8. maddenin koruması kapsamına girmediği yönündedir. Laskey, Jaggard, Brown- Birleşik Krallık Davasında<sup>483</sup> davacılar cinsel tatmin amacıyla rızaya dayalı sado-mazoşist aktivitelerde bulunmaktaydı. Bu davada başvurucular, yetişkinler arasındaki rızaya dayalı *sado-mazoşist* ilişkiler sırasında oluşan *müessir fil* ve yaralama sebebiyle yetkili otorite tarafından yapılan soruşturma ve verilen cezanın Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir

AİHM, davacıların davranışlarının özel hayat kapsamına girip girmediğini resmi olarak belirlemek zorunda olmamasına rağmen, 8. maddenin koruma kapsamının oldukça çok sayıda birey, özel ekipmanlı odalar, yeni üyelerin bulunması ve daha sonra üyelere dağıtılmak üzere film çekilmesi unsurlarını içeren faaliyetleri içine alacak biçimde genişletilmesi konusunda bazı çekinceleri olduğunu ifade etmiştir.

<sup>481</sup> Türk Dil Kurumu (1988). *Türkçe Sözlük 2 K-Z*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s.1240.

<sup>482</sup> Türk Dil Kurumu (1988). *Türkçe Sözlük 2 K-Z*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s.999.

<sup>483</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (19.02.1997). E. 1993/21627, Laskey, Jaggard ,Brown-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*“Cinsel eğilim ve ilişkilerin özel yaşamın en mahrem yönünü oluşturduğuna şüphe yoktur.”<sup>484</sup> Bununla birlikte, söz konusu faaliyetlere önemli sayıda insan katılmış, bu tür faaliyetler arasında yeni üyelerin kaydedilmesi, üyelere özel olarak donatılmış odaların sağlanması ve üyeler arasında dağıtılan çok sayıda video kasetin kaydedilmesi yer almıştır. Bu nedenle, bu olayın özel şartları içinde, başvurucuların cinsel faaliyetlerinin, bütünüyle “özel yaşam” kavramı içine girip girmediği, sorgulanmaya açıktır.”*

Başvurucuların kovuşturulmalarının ve mahkum edilmelerinin özel yaşamlarına müdahale düzeyine ulaştığı varsayıldığında, böyle bir müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesine göre “*demokratik toplumda gerekli*” olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

*“Yerleşik içtihatlarla göre gereklilik kavramı, müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskısının karşılığı olmasını ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı bulunmasını ima etmektedir. Mahkeme, bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını tespit ederken, Sözleşme'ye uygunluk denetimine tabi olan ulusal makamların takdir alanını da dikkate alacaktır<sup>485</sup> Bu takdir alanının kapsamı her olayda aynı olmayıp, duruma göre değişir. Bununla ilgili faktörler arasında, Sözleşme'deki uyumsuzluk konusu hakkın niteliği, bu hakkın birey bakımından önemi ve ilgili faaliyetlerin niteliği yer alır.”*

Başvurucular iddialarına destek olarak, sado-mazoşist ilişkide bulunanların tümünün gönüllü yetişkinler olduğunu; şikayet edilen hareketlerin dikkatli bir şekilde sınırlandırıldığını ve kontrol altında tutulduğunu, sadece sado-mazoşist eğilimli insanlarla kısıtlandığını; faaliyetlere toplumun tanık olmadığını ve tanık olabilecekleri konusunda bir tehlike veya olasılık bulunmadığını; hiçbir ciddi veya kalıcı yaralanma meydana gelmediğini<sup>486</sup>, yaralara herhangi bir hastalığın bulaşmadığını ve hiçbir tıbbi

<sup>484</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (22.10.1981). E. 1976/7525, Dudgeon-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

<sup>485</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (24.03.1988). E. 1983-10465, Olsson-İsveç Davası, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

<sup>486</sup> Gerçekten de mevcut olaydaki fiillerin bazıları, rahatlıkla “cinsel organa işkence” ile kıyaslanabilir; Sözleşmeciler Devletlerin rızalı cinsel ilişki bağlamında meydana geldikleri için işkence fiillerine hoşgörü göstermeleri beklenemez. Devletler ayrıca bu faaliyetleri, potansiyel tehlikeleri nedeniyle de yasaklayabilir. Nitekim AHİS 3.

müdahalenin gerekmediğini ileri sürmüşlerdir. Bunun da ötesinde, polise herhangi bir şikayette bulunulmamış; polis başvurucuların faaliyetlerini tesadüfen öğrenmiştir.

Komisyon, başvurucuların faaliyetlerinden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek yaralanmaların önemli derecede ve nitelikte olduğunu, söz konusu davranışın her açıdan aşırı bir karakterde bulunduğunu kaydetmiştir. Bu nedenle devlet yetkilileri, vatandaşlarını ciddi zarar ve yaralanma riskinden korumak için, takdir alanları içinde hareket etmişlerdir.

*“Mahkeme, devletin şüphesiz sahip olduğu rollerden birinin, fiziksel zarar verilmesini içeren faaliyetleri, ceza hukukunu kullanmak suretiyle düzenlemeyi üstlenmek olduğunu düşünmektedir. Söz konusu faaliyetler cinsel davranışlar sırasında meydana gelsin veya gelmesin, durum yine böyledir. Mağdurun rıza gösterdiği durumlarda, hukuk tarafından hoşgörü gösterilecek zararın düzeyini belirlemek, öncelikle ilgili devlete düşer; çünkü burada söz konusu olan şey, bir yandan kamu sağlığı ve ceza hukukunun genel caydırıcı etkisi, öte yandan ise bireyin kişisel özerkliğidir... Ulusal mahkemeler tarafından ortaya konulan olaylarda, başvurucuların sado-mazoşist faaliyetlerinin önemsiz ve geçici sayılmayacak derecede önemli sakatlanma ve yaralamaları içerdiği açıktır. Bu durum tek başına bu davayı, AİHM tarafından daha önce incelenen ve böyle bir olayın söz konusu olmadığı, yetişkinler arasında rızaya dayalı kapalı yerde eşcinsel ilişki kurulmasıyla ilgili davalardan<sup>487</sup> ayırmak için yeterlidir.”*

AİHM, yaralanmaların ağır olmadığı ve tıbbi bir müdahale gerektirmediği gerekçesiyle, başvurucuların kendilerine karşı dava açılmamış olması gerektiği şeklindeki savunmalarına da katılmamıştır. Devlet dava konusu fiillerle ilgili potansiyel zararı da dikkate alma yetkisine sahiptir. Gerçekten de bu faaliyetlerin ne derecede tehlikeli olacağı öngörülemez. AİHM, ulusal makamların başvurucular hakkında

---

maddesi “Hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” şeklindedir. *Gözübüyük-Gölcüklü*, s. 198-213.

<sup>487</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (22.10.1981). E. 1976/7525, Dudgeon-Birleşik Krallık Davası; (26.10.1988). E. 1983/10581, Norris-İrlanda Davası.

aldıkları tedbirler için gösterdikleri gerekçelerin, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası bakımından ilgili ve yeterli olduğunu değerlendirmiştir.

Bu konuda önemli olduğuna inandığımız farklı gerekçe ile karar verilmesine yönelik yargıç görüşüne de “*Özel yaşam kavramı sonsuza kadar genişletilemez.*” fikrine katıldığımızı belirlemekle birlikte kısaca aşağıda yer verilmiştir:

*“Fiziksel bir zarar içermese bile aşağılayıcı nitelikteki cinsel suiistimalleri düzenlemek ve cezalandırmak. Sınırsız müsaadenin alemcilik, pedofil<sup>488</sup> ve diğerlerine işkence etmeye kadar varabilecek tehlikeleri Stockholm Konferansında vurgulanmıştır. Özel yaşamın korunması, bir kişinin haysiyetsizliğinin korunması veya cezai ahlaksızlığın desteklenmesi demek değil, bir kişinin mahremiyetinin ve onurunun korunması demektir. İç hukukta sado-mazoşist faaliyetler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesine aykırı olmadan da suç olarak düzenlenebilir.*”<sup>489</sup>

Laskey, Jaggard ,Brown-Birleşik Krallık Davasında atıf yapılan kararlardan birisi olan R. Wilson davasının bu başlık altında ifade edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir. Atıfta bulunulan bu davaya göre eşler arasında gerçekleşen bazı fiillerin 8. maddeyi ihlal etmeyebileceğini görmekteyiz. R. Wilson davasında, adının baş harflerini *karısının kalçasına, kızgın bıçakla dağlaması* nedeniyle, vücutta hasar meydana getirdiği için -karısı fiile rıza göstermiş olduğu halde- müessir fiilden suçlu bulunan kişinin başvurusu üzerine mesele incelenmiştir.

---

<sup>488</sup> Türkçe'ye İngilizce “paedophilia” kelimesinden geçen sözcüğünün kökeni Yunanca “paid” (çocuk) ve “philia (düşkünlük)” sözcükleridir. Pedofili ya da sübyancılık, yetişkin bir kimsenin ergenlik öncesi çocukları cinsel açıdan çekici bulması ve onlara cinsel eğilim duymasına neden olan psikoseksüel rahatsızlık. Bu durumdan muzdarip kişilere pedofil denir. Pedofil -tipik olarak- yetişkin cinsel ilişkiden zevk almakta güçlük çeker, özgüveni eksik olabilir. WEB\_Vikipedi, özgür ansiklopedi <http://tr.wikipedia.org/wiki/Pedofili> (08.03.2010).

<sup>489</sup> “İç hukukta, sado-mazoşist faaliyetler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesine aykırı olmadan da suç olarak düzenlenebilir.” Yargıç Pettiti'nin karara katılmakla birlikte farklı gerekçeli görüşü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (19.02.1997). E. 1993/21627, Laskey, Jaggard ,Brown-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.



AIHM'ye göre bu davadaki olaylar ile Donovan veya Brown<sup>490</sup> davalarındaki olaylar arasında bir benzerlik yoktur. Bu davada Bayan Wilson başvuruda bulunanın yaptığına sadece *rıza* göstermekle kalmamış, aynı zamanda onu *teşvik* etmiştir. Başvuruda bulunanın saldırgan bir niyeti söz konusu değildir. AIHM, başvuruda bulunan ile karısının uyguladığı metodun, dövme yaptırmaktan daha tehlikeli ve acı verici olduğunu düşünmeyi gerektirecek bir şey olmadığı kanaatine varmakla; karı koca arasında *aile yaşamının mahremiyeti içinde kalan ve ortak karara dayanan bir faaliyetin*, cezai kovuşturmayı bırakın, cezai soruşturma için bile uygun bir konu olmadığına karar vermiştir.

#### 4.7. TRANSSEKSÜELLİK

Transseksüel, kendisini karşı cinse ait hisseden, karşı cinse benzeme isteği duyan veya kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere verilen addır. Hem erkek hem de kadın için geçerlidir. Yani kişi erkek olduğu halde kadın olmayı isteyebilir, kadın olduğu halde erkek olmayı isteyebilir. Ancak transeksüel, daha çok ruhsal eğilimler için belirleyici bir kelimedir. Kişinin davranışlarından çok iç dünyasında kendisini karşı cinsten biri gibi görmesi, hissetmesidir. Bu yüzden transeksüelleri dış görünüşlerinden belirlemek söz konusu değildir. Çünkü kendilerini karşı cinsten hissettiklerini dış görünüşlerine her zaman yansıtmazlar.<sup>491</sup>

Bu bağlamda, kişinin kişilik hakkına dahil en önemli unsurlardan biri, onun hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerindeki hakkıdır. Kişinin rızasının bulunmadığı müdahaleler hukuka aykırı olur ve kişilik hakkının ihlaline yol açar. Kişinin vücut

---

<sup>490</sup> Donovan davasında, sanık cinsel hazzı artırmak için, bir kıza kendi rızasıyla kamışla vurmuştur. Bir başkasına vücutta yaralamaya neden olabilecek derecede şiddetle vurmak hukuka aykırı bir fiildir ve böyle bir fiil kanıtlandığında kişinin rızasının olması önemli değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (19.02.1997). E. 1993/21627, Laskey, Jaggard ,Brown-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>491</sup> WEB\_Vikipedi, özgür ansiklopedi, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Transseks%C3%BCel> (08.03.2010).

bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına ilişkin müdahalelerin bir türünü de cinsiyet değişikliği operasyonları oluşturur.<sup>492</sup>

Türkiye’de bu operasyonlara izin verilebilmesi için istem sahibinin transseksüel yapıda olması, ruh sağlığı açısından cinsiyet değişikliğinin zorunlu bulunması ve kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olması aranmaktadır. Bu yolla cinsiyet değişikliği sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olma koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ancak uzmanlardan oluşan bir resmî sağlık kurulunun raporu ile belirlenebilir

AİHM’ye göre, cinsiyet değişimlerinin kabul edilmesini talep eden ve Sözleşme kapsamındaki diğer haklara sahip olmak isteyen transseksüellerin durumu yasal, toplumsal, tıbbi ve ahlaki konularda çeşitli sorular doğurmaktadır. Taraf devletlerde açık bir görüş birliği olmadığı için, AİHM bu konuda geniş bir takdir hakkı vermiştir ve özel hayata saygının, transseksüellerin cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde doğum sertifikalarının değiştirilmesini gerektireceği sonucuna hiçbir zaman ulaşmamıştır.<sup>493</sup> Erkek olarak doğdukları halde, biyolojik ve duygusal yapılarının gereği olarak geçirdikleri operasyon sonucunda kadın olduklarını ileri sürerek nüfus kütüğündeki kimliklerinin de kadın olarak düzeltilmesi istemlerinin İngiliz organlarınca kabul edilmediğini bildiren başvuruçuların yakınmaları AİHM’ce reddedilmiştir.<sup>494</sup>

Eski Medeni Kanunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme, 4.5.1988 tarihinde 29. maddeye 3444 Sayılı Kanunla eklenen bir fıkra ile gerçekleştirilmişti. Yeni TMK ise bu düzenlemeyi ayrı bir madde biçiminde gerçekleştirmiştir. Cinsiyet değişikliği, TMK Kişisel Durum Sicili bölümünde, Düzeltme başlığı altında, 40. maddede yer almaktadır.<sup>495</sup>

*“(1) Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin*

<sup>492</sup> Sağlam, İpek (2004). “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, s: 3-4.

<sup>493</sup> Kilkelly, s. 76-77.

<sup>494</sup> Dinç, s. 391.

<sup>495</sup> Sağlam, s: 3-4.

*verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.*<sup>496</sup>

Yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyetini değiştirmesi, bu değişikliğin resmi sağlık kurulu raporuna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekliyle mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi âdetâ bir onay makamı hâline getirmektedir. Bu durum, cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi, âdetâ bir emrivaki ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu amaçla yeni düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış; mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29 uncu maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir.<sup>497</sup>

Değişiklik için aranan diğer önemli koşul, kişinin onsekiz yaşını doldurmuş olması ve evli bulunmamasıdır. Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı belli olmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi bakımından en az onsekiz yaşın doldurmuş olması koşulu aranmış, bunun yanında bu kişinin evli olmaması koşulu da getirilmiştir. Toplumun

---

<sup>496</sup> Bu madde yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesine 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenmiş olan ikinci fıkradan değiştirilmek suretiyle alınmıştır. Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>497</sup> Bu koşulların başında kişinin mahkemeye bizzat başvurması gelmektedir. Cinsiyet değişikliği şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, bu istemin bizzat cinsiyet değiştirmek isteyen kişiden gelmesi gerekir. Ancak bu durum kişinin böyle bir davayı mutlaka bizzat açması anlamında olmayıp, iradî temsil yolu da açıktır. Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür.<sup>498</sup>

#### 4.7.1. Rees-Birleşik Krallık Davası

AIHM, transseksüellik ve cinsiyet değişimiyle ilgili önemli saptamalarının bir bölümünü bu dava ile dile getirmiştir. Başvurucu, doğumunda bayan cinsiyetinin bütün fiziksel ve biyolojik özelliklerine sahip olarak, doğum kütüğüne Brenda Margaret Rees adıyla bir kız olarak kaydedilmiştir. Ancak başvurucu, erken yaşlardan itibaren erkeksi tavırlar göstermeye başlamış ve ikili bir görünüm sergilemiştir. Başvurucu 1970’de, transseksüelliğin tıbben kabul edilmiş bir durum olduğunu öğrenince, tedavi görmek istemiştir. Başvurucuya bir çeşit hormon tedavisi uygulanmış ve ikinci derece erkek özellikleri gelişmeye başlamıştır.

Başvurucu, Eylül 1971’de adını Brendan Mark Rees olarak ve daha sonra Eylül 1977’de Mark Nicholas Alban Rees olarak değiştirmiştir. Başvurucu bundan böyle erkek olarak yaşamaya başlamıştır. Ancak kendisine "Bay" öneki verilmemiştir. Fiziksel ve cinsel dönüşüm sağlamak üzere, Mayıs 1974’te iki taraflı masektomi<sup>499</sup> ile birlikte cerrahi tedavi görmüş ve kadın organları alınmıştır. Bu tedavi ve ameliyat giderleri Milli Sağlık Hizmetleri tarafından karşılanmıştır. Başvurucu, kendisini bir erkek olarak görmüş ve sosyal hayatta da bu şekilde kabul edilmiştir. *Doğum belgesi dışında*, bütün resmi belgelerde yeni adı, önekinin kullanıldığı her yerde de "bay" öneki yer almaktadır. 1984’te çıkardığı pasaportuna "bay" öneki eklenmiştir.

Başvurucu öncelikle, Hükümetin, bütün vatandaşlarını kesin bir biçimde erkek veya kadın olarak sınıflandırırken, kendisinin hukuken de erkek olmasını sağlayacak tedbirler almamış olması nedeniyle, sosyal yaşamla bütünleşmesinin önündeki engellerden şikayetçi olmuştur. Başvurucu özellikle, cinsiyetini hala "kadın" olarak

<sup>498</sup> Bu koşul, kişinin bu yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâkî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur. Madde gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>499</sup> Memenin her hangi bir rahatsızlık nedeniyle alınmasıdır. Basit mastektomi sadece meme dokusunun çıkartılmasıdır. Radikal mastektomi ise, kanser vakalarında baş vurulan memeyle birlikte, memenin altındaki kasların ve koltuk altındaki lenf bezlerinin de çıkartılmasıdır. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Mastektomi> (23.02.2010).

gösteren *doğum belgesi* verilmesinden şikayet etmiştir. Başvurucunun iddiasına göre böyle bir belge, cinsiyetin söz konusu olduğu her durumda, cinsiyetini aksi ispat edilemeyecek bir şekilde tanımlamaktadır; kendisinin gerçek görünümü ile hukuki cinsiyeti arasındaki tutarsızlığın da ortaya koyduğu gibi, bu belgenin ibrazının gerekli olduğu her olayda, sıkıntıya düşmesine ve utanmasına sebep olmaktadır.

Başvurucu, değişikliğin ve bunun gereği olarak konan şerhin, üçüncü kişilerden gizli tutulmasını istemiştir. Ancak bu tür bir gizlilik, ilkin mevcut doğum kütüğünü tutma sistemini, şerhten önceki girişlere kamunun ulaşmasını yasaklayacak şekilde değiştirmeden gerçekleştirilemez. Gizlilik, hiç de istenmeyen önemli sonuçlara yol açabilir; aile ve miras hukuku gibi alanlarda maddi konuları karmaşıklaştırmak suretiyle, doğum kütüğünün amacına ve işlevine zarar verebilir. Dahası, silahlı kuvvetler gibi kamu makamları veya hayat sigortası şirketleri gibi özel kurumlar dahil, bilgi edinmekte meşru menfaatleri olup da bundan yoksun bırakılacak olan üçüncü kişilerin durumları, hiç dikkate alınmamış olacaktır.

AIHM, devletlerin bu konudaki takdir sınırlarının genişliğine dikkat çekerek, başvurucunun talep ettiği yasal düzenlemenin ağırlığını ve sonuçlarını da hesap ederek aşağıdaki gerekçeyle bir karar vermiştir.

*“Bu güçlüklerin aşılabilmesi için, değişikliğin çeşitli durumlardaki sonuçları ile gizliliğin kamu yararına sona ereceği şartları konusunda ayrıntılı mevzuat gerekecektir. Bu alanda, Devletlere geniş bir takdir alanı bırakılmış olması ve gerekli denge kurulurken başkalarının menfaatlerinin korunması dikkate alındığında, Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülük, bu kadar geniş tutulamaz. Bu tür argümanlar çok geniş bir şekilde benimsenecek olursa, idari makamların görevlerini yerine getirirken aşırı ölçüde titiz hale gelmeleri ve onların halka vermeleri gereken hizmetin zayıflaması sonucunu doğurabilecektir. Mevcut olayda sağlık kurumlarının, başvurucunun durumundaki kişilerin bütün hukuki yönleri tam olarak araştırılıp çözümlünceye kadar tıbbi ve cerrahi tedavi vermeyi geciktirmemiş olmaları, açıktır ki, başvurucunun yararına olmuş ve kendisinin seçme özgürlüğüne katkıda bulunmuştur. Buna göre, bu davanın koşulları çerçevesinde, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık bulunmamaktadır. Durum böyle olduğundan,*

*transseksüellerin geri kalan taleplerini hangi ölçüde karşılayabileceğini belirlemesi için davalı devlete zaman tanınmalıdır.”*

#### **4.7.2. B.- Fransa Davası**

Mahkeme Fransa'dan gelen başvuru üzerine ise, cinsiyet ameliyatı geçirip kadın olarak yaşamını sürdüren başvuru B.'nin kimliğine bu değişimin işlenmesine Fransız Hukuku'na göre engel bulunmadığı tespit edilmiştir.<sup>500</sup>

*“...önceki cinsiyetinin sürdürülmesine bağlı olarak başvuru, ekonomik, toplumsal ve mesleki yaşama uyum açısından güçlüklerle karşılaşacağından...”*

Ayrıca belgelerinde kamu yararı ile kişisel yararın dengelenmesindeki orantısızlık nedeniyle, özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği görüşüne varmıştır. Mahkemeyi bu görüşe yönlendiren etmenler arasında, cinsiyet değiştirme konusundaki önceki belirsizliklerin aşılacak, tıbbi operasyonların daha kesin sonuçlar vermekte olduğu bilgisi bulunmaktadır.<sup>501</sup>

#### **4.7.3. Cinsiyet Değişikliği İzni**

Yargıtay 2005 yılında incelediği cinsiyet değişikliği ile ilgili bir olayda Türk Medeni Kanunu'nun aradığı şartların gerçekleşmediğini tespit etmiştir.<sup>502</sup> Bu halde kanun koyucunun bu konu hakkında sahip olduğu geniş takdir yetkisine dayanarak yaptığı düzenlemenin ve getirdiği şartların yüksek mahkeme tarafından hassasiyetle dikkate alındığı görülmektedir. Şartlar yerine gelmediği takdirde cinsiyet değişikliğine izin verilmesi mümkün değildir.

*Cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için davacının transseksüel yapıda olması, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması zorunlu olup (TMK. md.40/1) davacının bu niteliklere sahip olmadığı resmi sağlık kurulu*

<sup>500</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (1992). B.-Fransa Davası, *Dinç*, s. 392.

<sup>501</sup> *Dinç*, s. 392.

<sup>502</sup> Yargıtay, Yargıtay 2. H.D. (20.04.2006). E. 2005/20746, K. 2006/5916, *Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı*.

*raporu ile belirlendiği halde cinsiyet değişikliğine izin isteminin reddine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi de doğru bulunmamıştır.*

#### **4.7.4. Cinsiyet Değişikliğinde Eski Hal ve İsmi Tashihi**

Yargıtay 2005 tarihinde, kadın olan biyolojik cinsiyetin erkek olarak değiştirilmesine izin verilmesi, yasal koşullar gerçekleştiğinde de nüfus kaydında buna uygun cinsiyet ve isim düzeltilmesinin yapılması ile ilgili yerel mahkeme kararını incelemiştir.<sup>503</sup> Yerel mahkeme, dosyada bulunan raporda davacının ürolojik olarak erkek dış genital organlarına sahip bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının dava tarihinde onsekiz yaşından büyük, bekar, kadın olarak nüfusta kayıtlı bulunduğu, transseksüel yapıda olup tıp fakültesi psikiyatri kliniğinde dört yıllık izleme sonucunda cinsiyetinin erkek olarak değiştirilmesinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu tıbbi belge ve raporlardan anlaşılmıştır. Mahkeme, Türk Medeni Kanununun madde 40/1 uyarınca davacıya kadın olan cinsiyetinin erkek olarak değiştirmesi için 23.11.2004 tarihinde izin vermiş, karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Davacının izin kararından sonra geçirdiği tıbbi operasyon sonucu düzenlenen raporda , labium minuslarının<sup>504</sup> çıkartıldığı, vajinanın kapalı olduğu, ürolojik olarak erkek dış genital organlarına sahip olmadığı, bununla birlikte kadın cinsel organlarına da sahip olmadığı, üreme fonksiyonlarının bulunmadığı, genital bölgesinin kadın görünümüne sahip olmadığı, biyolojik cinsiyetinin psikolojik cinsel kimliğine uygun olarak değiştirilmesinin ruh sağlığı açısından gerekli olduğu açıklanmıştır.

*“Dosyadaki raporlar Türk Medeni Kanunu’nun madde 40’a uygun nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapılması için yeterli değildir. Ancak davacının sunduğu Şişli Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Plastik Cerrahi Uzman Doktoru imzalı yazıda davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine*

<sup>503</sup> Yargıtay 2. H.D. (13.02.2006). E. 2005/17485, K. 2006/1343, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>504</sup> Labia majör Vajina girişini sağlı sollu örten yapıların en dıştaki kısmıdır. Labia minor (İç dudaklar) Sağ ve sol labium majörün iç kısmında bulunan yapılardır, WEB\_ Vikipedi, özgür ansiklopedi [http://tr.wikipedia.org/wiki/Kad%C4%B1n\\_%C3%BCreme\\_organlar%C4%B1](http://tr.wikipedia.org/wiki/Kad%C4%B1n_%C3%BCreme_organlar%C4%B1).

*geçebilmesi için gerekli ameliyatlardan birincisini olduğu, kadınlık iç ve dış organlarının alınarak fiziksel kadın kimliğinin sonlandırıldığı, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatının hastaya erkek cinsel organının takılması olduğu, bunun da tıbbi açıdan mümkün bulunduğu ifade edilmiştir. Davacıya, cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının da yapılıp Türk Medeni Kanunu'nun 40/2. madde uyarınca tıbbi yöntemlere uygun resmi sağlık kurulu raporu sunması için imkan tanınıp, bunun sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu gerekçeyle davanın reddi doğru bulunmamıştır.”*

#### **4.8. CİNSEL SUÇ VE ÖZEL HAYAT HAKKININ İHLALİ**

Özel hayat kavramına uzak gibi görünse de cinsel suçların ve özellikle cinsel saldırının, kişinin cinsel özerkliğine karşı en büyük tehdit olduğu bir gerçektir. Bu tür suçlara karşı etkin ve caydırıcı bir düzenlemenin yapılmayışı; en başta, suçun oluşumu anına kadar kişinin özel hayat alanından daha dar olan giz alanındaki cinsel anlayış, cinsel yaşam ve cinsel tercihlerine karşı gelişen saldırıların önlenmesini de güçleştirmektedir. Hatta, kişinin cinsel tercihi olarak başlayan cinsel ilişkilerde, daha sonra rızanın ortadan kalkmasına rağmen ilişkiye devam edilmesi, devam eden tarafa ait bu fiilin suç olması ve suçun ispat edilememesi hallerinde, en azından mağdurun *özel hayatının gizliliği ve korunması hakkının ihlalinin* değerlendirilmesi hukuki bir gerekliliktir.

Cinselliğin bir genel ahlak değil, özgürlük sorunu olduğu anlayışının ortaya çıkması, ceza hukukunun da cinsel suçlara bakış açısında önemli değişikliğe yol açmış ve giderek bu suçlarda bu suçlarda cinsel özgürlüğün korunan hukuksal yarar olduğu düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır.<sup>505</sup>

---

<sup>505</sup> Cinsel suçlar, eski TCK'nin 2. kitabının 8. babında "Genel Ahlak ve Aile Düzeni Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmişti. Buna karşılık yeni TCK'nin 2. kitabında "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının 6. bölümünde düzenlenmiştir. Tezcan, s. 284.



AİHM, geçmişte birçok ülkenin iç hukuklarında ve uygulamalarında, tecavüz olaylarında fiziksel gücün ve fiziksel direncin kanıtlanmasının gerekli görüldüğünü gözlemlememiştir. Ancak son on yıllar, Avrupa’da ve diğer kıta ülkelerinde, bu konudaki hukukun şekli tanımları ve dar yorumları terk etmeye doğru açık ve sürekli bir eğilim gösterdiğine şahit olunmuştur. İlk olarak, mağdurun fiziksel bir direniş göstermesi unsurunun, artık Avrupa ülkelerinin yasalarında mevcut olmadığı görülmektedir. Avrupa’da ve common law<sup>506</sup> hukukunun geçerli olduğu başka bazı ülkelerde<sup>507</sup>, fiziksel güç deyimini mevzuattan ve/veya içtihatlardan çıkarılmıştır.<sup>508</sup>

*“Kıta Avrupa’sı hukuk sisteminden etkilenen birçok Avrupa ülkesinde tecavüzün tanımı, fail tarafından şiddet kullanılması veya şiddet tehdidi deyimlerini içermektedir. Ancak içtihatlarda ve hukuk teorisinde tecavüz suçunun kurucu unsuru olarak güç değil, ama rıza yokluğu görülmektedir. Örneğin, 1989 yılında Belçika Kanunu, rıza göstermeyen kişiye karşı cinsel duhulün (sexual penetration) tecavüz oluşturacağı şeklinde değiştirilmiştir. Böylece yasada, şiddet, cebir veya hile deyimini rızaya dayalı olmayan fiilde bulunulmasını cezalandırılabilme vasıtası olarak yasada durmakla birlikte, şiddet ve/veya fiziksel direnç artık Belçika hukukunda tecavüzün unsurları olmaktan çıkmıştır Yasama organları tarafından seçilen kelimeler ne olursa, birçok ülkede, herhangi bir şekilde rızaya dayalı olmayan cinsel fiiller, uygulamada yasal terimlerin “zorlama”, “şiddet”, “cebir”, “tehdit”, “hile”, “şaşırtma” ve diğerleri yorumlanması vasıtasıyla ve delillerin duyarlı bir şekilde değerlendirilmesi yoluyla soruşturulmaya çalışılmaktadır. Dahası, bu alandaki hukukta ve uygulamadaki gelişmeler, toplumların etkili bir eşitliğe ve her bireyin cinsel özerkliğine saygıya doğru ilerleyişlerini yansıtmaktadır.”<sup>509</sup>*

<sup>506</sup> “İngiliz Hukuk sistemi içinde menşeiini çok eski örf ve adetlere ait kazai içtihatlardan alan hukuk kaideleri ve prensiplerinin heyeti umumiyesidir. Örf ve adet kaidelerinden ibaret olan bu hukuk sistemi İngiltere’de ve Amerika Birleşik Devletleri’nde birçok eyaletlerde caridir” Ovacık Mustafa (2000). *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s. 75.

<sup>507</sup> Macaristan, Slovenya, Birleşik Krallık, Belçika.

<sup>508</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (04.12.2003). E. 1998/39272, M. C.-Bulgaristan Davası, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

<sup>509</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (04.12.2003). E. 1998/39272, M. C.-Bulgaristan Davası, *Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı*.

Yukarıda anlatılanlar ışığında AİHM, cinsel suçların soruşturulmasında fiziksel direncin kanıtlanmasını gerektiren katı bir yaklaşımın, bazı tecavüz türlerini cezasız bırakma riski doğurduğuna ve böylece *bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunmasını tehdit ettiğine* kanaat getirmiştir. Bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere uygun olarak, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine göre Sözleşmeci Devletlerin, *rızaya dayalı olmayan herhangi bir cinsel fiili*, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de *etkili bir şekilde soruşturmalarını ve cezalandırmalarını gerektiren pozitif yükümlülüklerinin* bulunduğu görülmelidir. Şiddet izleri veya görgü tanıkları gibi “doğrudan” tecavüz delili bulunmayan hallerde rıza yokluğunu kanıtlamak pratikte bazen güç olmakla birlikte, AİHM, yetkili makamların yine de bütün maddi olayları araştırmaları ve olayın içinde bulunduğu bütün koşulları değerlendirerek karar vermeleri gerektiğini düşünmektedir. Yapılan soruşturma ve varılan sonuçlar, rıza göstermeme meselesine odaklanmalıdır. AİHM, bu tür davalarda, davalı devletin Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerindeki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.<sup>510</sup>

Bu konuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun henüz AİHM'nin anlayışına uygun düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Kanunun 103. maddesinde, çocuklara yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Yasa'da erişkin kişilere karşı işlenen eylemler yönünden “*cinsel saldırı*” terimi, çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemler için ise “*cinsel istismar*” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun “İkinci Kitap”ının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım'ının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altındaki “Altıncı Bölüm”ünde düzenlenmiştir.

Bu suçla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, düzenlemeyle korunan hukuksal yararın, kişinin *cinsel özgürlük ve dokunulmazlığı* olduğunu ifade etmiştir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun *cinsel özgürlüğü* ve doğal

---

<sup>510</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (04.12.2003). E. 1998/39272, M. C.-Bulgaristan Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan *fiziksel ve ruhsal bütünlüğü* olduğunu kabul ederek bu suça “Kişilere karşı suçlar” bölümünde yer verdiği görülmektedir.<sup>511</sup>

#### 4.9. BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATIN İHLALİ

Basın yoluyla özel hayatın gizliliğini ihlal ve bununla ilgili kararların incelenmesine başlamadan önce basın kavramına ve bağlantılı konulara kısaca değinilecektir.

Basın sözlük anlamı olarak, gazete dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yayınların bütünü, matbuat şeklindedir.<sup>512</sup> *Kılıçoğlu* basını dar ve geniş olmak üzere iki şekilde açıklamaktadır. Buna göre, basın, günlük dilde sadece belli zaman aralıklarıyla yayımlanan gazete ve dergi gibi basılmış eserleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Burada dar anlamda basın kavramı söz konusudur. Bu anlamdaki basın, bazen “günlük basın” şeklinde ifade edilmektedir. Basın kavramının bu dar anlamı yanında bir de geniş anlamı vardır. Geniş anlamda basın, düşüncelerin bazı aletler vasıtasıyla, yazı ve resim şeklinde kağıt gibi maddeler üzerinde sınırlı olmayan sayıda basılması ve kamuoyuna açıklanmasıdır.<sup>513</sup>

Basın, düşüncelerin basılmış eserlerle yazılı olarak kamuoyuna açıklandığı bir kitle yayım ve iletişim aracıdır. Basın dışında rayo, televizyon, film, plaklar ve bantlar gibi düşüncelerin sözle açıklandığı kitle yayım araçları da vardır. Kitle yayım araçları, belirli ve düzenli aralıklarla yayın yapıp yapmamalarına göre, süreli (dönemsel) ve süresiz olmak üzere ikiye ayrılabilirler. Süreli kitle yayım araçları belirli ve düzenli zaman aralıkları içinde yayım yaparlar. Gazete, dergi, radyo, televizyon süreli kitle yayım araçlarıdır. Süresiz kitle yayım araçları belirli ve düzenli olmayan zaman

---

<sup>511</sup> Anayasa Mahkemesi (07.05.2009). E. 2009/23, K. 2009/56, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>512</sup> Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük 1 A-J*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s.145.

<sup>513</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 20.

aralıkları içinde yayım yaparlar. Kitaplar, broşürler, plaklar, bantlar bunlara örnek olarak gösterilebilir.<sup>514</sup>

5187 Sayılı Basın Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde basılmış eser, "yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede "yayım" ise, "basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması" şeklinde tarif edilmiştir.<sup>515</sup>

Buna göre, basın, bir düşünce açıklama aracıdır ve bu basılmış eserlerin yayımı ile gerçekleşir. Bir basın açıklamasından ve dolayısıyla şeref haysiyet ve özel hayatın basın yoluyla ihlalinden söz edebilmek için, ortada basılmış eser ve yayım olmak üzere iki unsurun varlığı gerekir.<sup>516</sup>

*Basılmış eser* tanımına uymayan haber ajansı yayınları da bu 5187 sayılı Kanun'un uygulanması açısından basılmış eser sayılmıştır. Basılmış eserlerin süreli ve süresiz yayınları kapsadığı kuşkusuzdur. Bir eserin basılmış eser sayılabilmesi ve bu Kanun hükümlerine tabi olabilmesi için maddede belirtilen vasıtalarla basılmış veya çoğaltılmış olması yeterli değildir. Ayrıca bu basma ve çoğaltmanın, *yayımlamak amacıyla* gerçekleştirilmiş olması da gerekir. Bu sebeple özel olarak saklamak veya bulundurmamak amacıyla bastırılan eserler bu Kanun'un uygulamasının dışındadır.

Kanun maddesi ile ayrıca "*yayım*" faaliyeti tanımlanmış; bu tanım yapılırken, mevcut düzenlemede olduğu gibi sayma usulüne gidilmemiş, bu usulün sakıncalarını

---

<sup>514</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 22-23.

<sup>515</sup> Maddenin devamında Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını, Yaygın süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını, Bölgesel süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını, Yerel süreli yayın: Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları, Yayın türü: Süreli yayınların yaygın, bölgesel ve yerel yayın türlerinden hangisinin kapsamında olduğunu, Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri, olarak tanımlanmaktadır.

<sup>516</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 25.

gidermek amacıyla yayım için basılmış eserin herhangi bir şekilde *kamuya sunulmuş olması* yeterli görülmüştür. Ancak bunun *iradi olması* gerekmektedir.<sup>517</sup>

Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte bizim de katıldığımız Kılıçoğlu'nun görüşüne göre yayım, basılmış eserlerin ilgililerin egemenlik alanına ulaştığı anda dağıtma dolayısıyla yayım gerçekleşmiş olur. Örneğin, gazete abonenin posta kutusuna konulduğu anda yayım doğmuştur. Basın Kanunu'nda öngörülen herhangi yayım şekillerinden birisi de basılmış eserin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde “gösterilmesi”, “asılması” veya “dinletilmesi”dir.<sup>518</sup>

Kişilerin, öğrenme ve bilme hakları, ancak olayların kendilerine duyurulması ile gerçekleşebilir. Bu duyurucu olanağını en geniş ve etkin bir biçimde sağlayan ise basındır. Hemen şuna işaret etmek gerekir ki; öğrenme ve bilme hakkı sadece olayların ne olduğunun belirtilmesi, duyurulması ile gerçekleşmiş olmaz. Ayrıca, olaylarla ilgili görüş açıklamaları, yani yorum, inceleme ve eleştiri yapılması da, o toplumda yaşayan kişilerin öğrenme ve bilmek haklarının gerçekleştirilmesi yönünden zorunlu öğelerdir.<sup>519</sup>

Bu bağlamda Yargıtay, basının görevini ve önemini 1979 tarihli bir kararında açıklamıştır.<sup>520</sup> Kararın bu bölümü şöyledir:

*“Bilindiği gibi basının başlıca görevlerinden birisi ve en önemlisi, zamanında, gereken ayrıntıları ile ve doğru olarak ulaştırılmasında kamu yararı bulunan haberleri toplayarak halka, topluma ulaştırmak, böylece toplumun düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbetçe oluşumunu sağlamak, kamu gücünü elinde tutanlar üzerinde toplumun denetimine aracı olmaktır. Basın yoluyla düşünce açıklama hakkının Anayasal bir değer taşıdığı, haber vermek ve kamuoyu oluşturmak fonksiyonunun*

<sup>517</sup> 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesi gerekçesi, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>518</sup> Herkesin görebileceği veya girebileceği yerler hiç bir koşula bağlı olmaksızın girilebilen kamuya açık yerler, yollar, meydanlar, parklar gibi; sinemalar, tiyatrolar, camiler gibi; mağazalar, hastaneler, avukat büroları gibi. Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 25.

<sup>519</sup> Özek, s. 3.

<sup>520</sup> Yargıtay 4. H.D. (12.04.1979). E. 1978/9042, K. 1979/4935, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*demokratik sistem içinde vazgeçilmez bir önemi bulunduğu, bu açıdan da basın fonksiyonlarının yerine getirilmesinin bir hak ve hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu özel hukuk alanında kabul edilmektedir.”*

Ancak, bu derece önemli olmasına karşın, Basın Özgürlüğü'nün de sınırları vardır. 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği vurgulanmıştır. Basın Özgürlüğü'nün sınırlanmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacağı belirtilerek sınırlamaları açıkça düzenlenmiştir:<sup>521</sup>

*“Madde 26 – (1)Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.(2) Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. (3)Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (4) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”<sup>522</sup>*

Anayasa dışında, TMK md. 24, “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse”; BK md. 49 “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı şekilde tecavüze uğrayan kişi” terimleri diğer normatif sınırlamalardır.<sup>523</sup> Kişilik hakkı ile basının özgürlük alanlarının

---

<sup>521</sup> Kılıçoğlu Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 925.

<sup>522</sup> *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>523</sup> Kişilik haklarını koruyan mevzuat hükümlerine daha önce değinilmiştir. Burada ek olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11, 13 ve 14. maddeleri de sayılabilir.

birbirini kestiği alanlarda bir çatışma gözlenir. İşte bu çatışmada kişi; onur ve saygınlığı veya özel yaşamına saldırı gibi kişisel değerlere saldırıda bulunulduğunu iddia eder. Basının saldırısını haklı kılacak sebepler, hukuka uygunluk sebepleridir. Hukuka uygunluk sebeplerinin olmadığı bir saldırı hukuka aykırıdır.<sup>524</sup> Hukuka uygunluk sebepleri kararların incelenmesi aşamasında yeri geldikçe ele alınacaktır.

Basın yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırılar açıklamanın konusuna ve açıklama için kullanılan araca göre olmak üzere iki kategoride toplanır. Açıklamanın şekli, okuyucu sayısı, saldırıya uğrayan kişinin niteliği ancak tazminatın miktarına etki eden bir olgudur. Açıklamanın konusu olay açıklaması ve değer yargıları/yorum olmak üzere ikiye ayrılır. Açıklama için kullanılan araç ise yazı, resim, karikatür, film vs. olabilir.<sup>525</sup>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin özel yaşam hakkı üzerine 1998 tarihinde vermiş olduğu 1998 tarihli kararında basın ve basın saldırıları ile ilgili çarpıcı tespitleri bulunmaktadır. Meclis, kişisel mahremiyetin, insanların özel yaşamlarının *basının bazı sektörleri için son derece karlı bir emtia* haline gelmesinden ötürü, koruma yönünde spesifik mevzuata sahip ülkelerde bile çoğunlukla işgal altında olduğunun farkındadır. Meclis'e göre özel yaşamlarının ayrıntıları satış dürtüsü olarak kullanıldığı için mağdurlar temelde kamusal figürlerdir. Aynı zamanda kamusal figürler de toplumda işgal ettikleri ve çoğu durumda tercih edilen özel konumun otomatik olarak mahremiyetlerine artan bir baskı getirdiğini kabul etmek zorundadır.<sup>526</sup>

Basın yoluyla şeref, haysiyet veya özel yaşam varlıklarına yönelen saldırılar diğer saldırılara nazaran özel bir önem ve ağırlık gösterirler. Zira basın açıklamaları her şeyden önce, geniş bir okuyucu kitlesine hitap etmektedir. Öte yandan, basın açıklamaların okuyucular güvenilir bir kaynak olarak görürler. Nihayet, basın

---

<sup>524</sup> Kılıçoğlu Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 925.

<sup>525</sup> Kılıçoğlu Mustafa, *Tazminat Hukuku*, s. 924.

<sup>526</sup> İçel Kayıhan-Ünver Yener (ed), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku* (2007), Gemalmaz H. Burak, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 137-138.

açıklamalarının okuyucu tarafından yeniden kullanılabilme ve okunabilme niteliği vardır.<sup>527</sup>

#### 4.9.1. Von Hannover- Almanya Davası

AIHM önündeki bu dava<sup>528</sup>, Monako Prensesi Caroline tarafından Almanya'ya karşı açılmıştır. Şikayetin konusu, başvuruçunun fotoğraflarının paparazziler tarafından her yerde ve her zaman sürekli olarak çekilerek süregiden bir taciz altında kalmasının Alman mahkemelerince ulusal hukuka uygun bulunmasıdır.<sup>529</sup>

Kilkelly'e göre, basının müdahaleleri veya özel hayatın aşırı kişisel, şöhrete hanel getirici olmayan detaylarının medya tarafından açıklanması konularında koruma olmaması, Strasburg'da henüz yeterli düzeyde sorgulanmamıştır.<sup>530</sup>

Kamuoyunca tanınan kişilerin özel yaşamlarının ayrıntılarının onur kırıcı nitelikte olmaksızın basın yoluyla açıklanması ilk kez Kont ve Kontes Spencer'in İrlanda'ya karşı yaptıkları başvurunun konusunu oluşturmuştu. Ancak bu olayda başvuruçular iç hukuk yollarını çalıştırmadıkları için mahkeme olayın özünün araştırılmasına girmemiştir. Mahkeme bu konudaki görüşünü ünlü sinema oyuncusu Grace Kelly ve Monako Prensi 3. Rainer'in kızları Prenses Caroline'in yaptığı başvuru nedeniyle ilk kez ortaya koymuştur.<sup>531</sup>

Monako Prensi 3. Rainer'in büyük kızı olan başvuruçusu 1957 doğumludur. Başvuruçunun resmi ikametgahı Monako'da olmakla birlikte çoğunlukla Paris'te yaşamaktadır. Başvuruçusu, Prensi Rainer'in ailesinin bir mensubu olarak "Prenses Grace Vakfı", "Monako Prensi Pierre Vakfı" gibi bazı yardım ve kültür amaçlı vakıfların başkanlığını yürütmekte ve ayrıca Kızılhaç Balosu, Uluslararası Sirk Festivali'nin

---

<sup>527</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 50-51.

<sup>528</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (24.06.2004). E. 2000/59320, Von Hannover- Almanya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>529</sup> İçel Kayıhan-Ünver Yener, s. 171

<sup>530</sup> Kilkelly, s. 22.

<sup>531</sup> Dinç, s. 396.



açılışı gibi olaylarda da Kraliyet ailesini temsil etmektedir. Bununla birlikte başvuru, Monako Devleti veya kurumları adına herhangi bir görev yerine getirmemektedir.

Başvuru, 90'lı yılların başından itibaren özel yaşamına ait fotoğrafların birçok Avrupa ülkesinde magazin basını tarafından yayınlanmasını, çoğu zaman yargısal yollarla engellemeye çalışmıştır.

Aşağıda anlatılan ulusal davaların konusu olan fotoğraflar, Burda Yayıncılık Şirketi tarafından çıkarılan Bunte ve Freizeit Revue adlı Alman dergilerinde ve Heinrich Bauer Yayıncılık Şirketi tarafından çıkarılan yine bir Alman dergisi olan Neue Post'ta yayınlanmıştır.

Başvurucunun 22 Temmuz 1993 tarihli 30. sayı olan Freizeit Revue dergisinde yayınlanan beş fotoğrafında başvuru, Saint-Remy-de-Provence'de bir restoranın terasında, kuytu bir köşede oyuncu Vincent Lindon ile görüntülenmektedir. Derginin ilk sayfasında "Vincent ile yaşadığı büyük aşkın fotoğrafları" şeklinde yazılmış ve bu fotoğraflarla birlikte "son zamanların en romantik aşkı" başlığı atılmıştır.

Başvurucunun, 4 Ağustos 1993 tarihli 32. sayı olan Bunte Dergisi'nde yayınlanan iki fotoğrafından "Caroline ve melankoli", "Hayatı art arda gelen talihsizlikten oluşan bir roman, diyor, Yazar Roig" manşetli ilk fotoğrafında başvuru ata binerken gösterilmiştir. İkinci fotoğrafta, başvuru oğulları Pierre ve Andrea ile birlikte ve bu fotoğraflar "Bir erkeğin ideal kadını olabileceğine inanmıyorum" başlıklı bir makaleye iliştilmiştir. Buna benzer birçok fotoğraf serisi değişik başlıklar altında yayımlanmıştır.<sup>532</sup>

---

<sup>532</sup> Başvurucunun Bunte Dergisi'nde yayınlanan yedi fotoğraftan (19 Ağustos 1993 tarihli 34. sayı) İlk fotoğraf başvuru ve kızı Charlotte'u kano yaparlarken, ikinci fotoğraf başvuru oğlu Andrea'yı kollarında bir çiçek buketi ile göstermektedir. Üçüncü fotoğraf başvuru çantası omzunda tek başına alışveriş yaparken, dördüncü fotoğraf başvuru Vincent Lindon ile bir restoranda, beşinci fotoğraf ise yine başvuru tek başına bisiklete binerken göstermektedir. Altıncı fotoğrafta başvuru, Vincent Lindon ve başvuru oğlu Pierre birlikte. Yedinci fotoğraf ise başvuru, koruması ile birlikte çarşıda alışveriş yaparken çekilmiştir. Fotoğrafların ilişkili olduğu makaleye "Saf mutluluk" başlığı verilmiştir. Bu seriler devam etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (24.06.2004). E. 2000/59320, Von Hannover- Almanya Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

Başvurucu on yılı aşkın bir süredir, Alman mahkemeleri önünde özel yaşama saygı hakkının korunması için çaba sarf ettiğini ama başarılı olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, konutundan çıktığı andan itibaren gündelik yaşamındaki tüm hareketlerini takip eden paparazziler tarafından yolda karşıdan karşıya geçerken, çocuklarını okuldan alırken, alışveriş yaparken, gezinti yaparken, sportif faaliyetlerde bulunurken veya tatildayken, sürekli olarak taciz edildiğini iddia etmektedir. Başvurucuya göre, kendisi gibi kamusal bir şahsiyetin özel yaşamı Alman Hukuku tarafından çok az korunmaktadır; çünkü “gözden uzak ortam” (secluded place) kavramı, Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından çok dar tanımlanmıştır. Başvurucu buna ilaveten bu korumadan faydalanabilmek için, her seferinde gözden uzak ortamda bulunduğunu ispat etme yükünün de kendisine ait olduğunu söylemiştir. Bu nedenle başvurucu, her türlü mahremiyetten (privacy) mahrum bırakılmış ve paparazzilerin hedefi olmaksızın serbestçe hareket edememiştir. Başvurucu, kendisinin resmi işler dışında çekilmiş fotoğraflarının Fransa’da yayınlanmasının kendisinin iznine bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu fotoğraflar Fransa’da çekilmekte ve ardından Almanya’ya satılmakta ve orada da yayınlanmaktadır. Başvurucunun Fransa’da yararlandığı özel yaşamına ilişkin koruma, bu şekilde Almanya’da Alman Mahkeme kararları sayesinde sistematik olarak bertaraf edilmektedir.

Başvurucu basın özgürlüğü konusunda, demokratik bir toplumda basının halkın bilgilendirilmesinde ve kamuoyunun oluşmasında oynadığı esaslı rolün farkında olduğunu; fakat bu davadaki durumda magazin basınının amacının başvurucunun gündelik hayatına ait önemsiz fotoğrafları yayınlayarak okuyucularının röntgenci eğilimlerini tatmin etmek ve bundan büyük kar elde etmeye çalışmaktan ibaret olduğunu belirtmektedir. Başvurucu son olarak, yayınlanan fotoğrafların her birinde gözden uzak ortamda bulunup bulunmadığının tespit edilmesinin maddi olarak imkansız olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, fotoğrafların yayınlanmasından sonra yargısal sürecin aylar sürmesi nedeniyle, başvurucu bu süre zarfında fotoğrafını çekebilecek paparazzilerden korunabilmek amacıyla her hareketini devamlı surette kontrol etmeye mecbur bırakılmıştır. Zira, bu başvurunun konusunu oluşturan fotoğrafların çoğunun çekildikleri kesin saatin ve mekanın belirlenmesi imkansızdır.

Başvurucunun şikayeti ve gerekçeleri karşısında hükümet de savunmasını yapmıştır. Hükümet Alman Hukuku'nun, bir yandan demokratik bir toplumda basın özgürlüğünün temel rolüne dikkat ederken, öte yandan kamusal şahsiyetlerin bile özel yaşamlarını etkili bir şekilde korumak ve istismarını önlemek için yeterli koruyucular içerdiğini ileri sürmüştür. Hükümetin ifadesine göre Alman mahkemeleri, mevcut olayda başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesiyle güvence altına alınmış özel yaşamına saygı hakkı ile 10. maddesiyle güvence altına alınmış basın özgürlüğü arasında, devlete tanınmış takdir alanını da göz önünde bulundurarak, adil bir denge kurmuştur.<sup>533</sup> Alman Mahkemeleri ilk olarak, söz konusu fotoğrafların gözden uzak bir ortamdayken çekilmemiş olduğunu tespit etmiş<sup>534</sup>; ikinci olarak özellikle basın özgürlüğünün ve hatta fotoğrafların magazin basını tarafından yayınlanmış olması ışığında, özel yaşama dair korumanın sınırlarını incelemiştir.

Günümüz toplumunda örnek (par excellence) kişilerin<sup>535</sup> özel yaşamının korunması, izin almaksızın yayınlanabilecek fotoğrafların kendilerini resmi görevlerini yerine getirirken gösteren fotoğraflarla sınırlı tutulmasını gerektirmez; çünkü toplumun, bu kişinin halk arasında nasıl davrandığını bilmekte meşru menfaati vardır. Hükümete göre, basın özgürlüğünün Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bu tanımı, Sözleşme'nin 10. maddesi ve Avrupa Mahkemesi'nin ilgili içtihatları ile uyumludur. Buna ilaveten, gözden uzak ortam kavramı, yerel mahkemenin basın özgürlüğünü özel yaşamın korunmasına karşı dengelerken göz önünde bulundurduğu önemli faktörler içinde sadece bir tanesidir. Buna göre, bir kamusal şahsiyetin halka açık bir yerde fotoğrafı çekildiği takdirde özel yaşamına dair koruma daha az olmakla beraber, bu fotoğrafların niteliği, örneğin kitleleri şok edip etmediği gibi diğer öğeler de rol

<sup>533</sup> Çoğu kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü hakkının tek taraflı yorumu adına, okuyucularının kamusal figürler hakkında her şeyi bilmeye hakları olduğunu ileri sürerek basın, insanların mahremiyetine girmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu- 8130. *İçel -Ünver (ed), Özcan Onur, s. 142.*

<sup>534</sup> Güney, "gözden uzak ortam olmama" kavramını "izole olmayan alanlar" olarak değerlendirmiştir. *Dinç, s. 397; Öğretide ağırlıklı "ortak yaşam alanı" olarak ifade edilmektedir ve bu alanın bir bölümü "basına dahi açık ortak alan" olarak ayırma tabi tutulmaktadır. Tüfek, s. 98; Kılıçoğlu, Hukusal Sorumluluk, s. 115.*

<sup>535</sup> Toplumla mal olmuş ve görüldüğünde tanınan devlet adamları, sanatçılar, sporcular, bilim adamları resimlerinin çekilmesine katlanmak zorundadırlar. (Türk Hukuku'nda 5846 sayılı FSEK md. 86/2) Çünkü bunlar kamuya mal olmuş kişilerdir. Ancak bunların resimlerinin çekilmesi, onların giz çevresine, onur ve saygınlığına saldırı niteliğine bürünmemelidir. *Zevkliler, s. 464.*

oynayabilir. Son olarak Hükümet, başvurucunun Saint-Remy-de-Provence'daki bir dağ restoranında oyuncu Vincent Lindon ile çekilmiş olan fotoğraflarının yayınlanmasının hukuka aykırı olduğuna hükmeden Federal Mahkeme kararının, bu kişinin özel yaşamının konutu dışında da korunduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

Alman Dergi Yayıncıları Birliği de davaya katılmıştır. Birlik, Fransız Hukuku ve İngiliz Hukuku arasında orta yolu bulan Alman Hukukunun, özel yaşamın korunması hakkı ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge gözettiğini dile getirmiştir.

*“Toplumun bilgilendirilme hususundaki meşru menfaati sadece siyasetçilerle sınırlı olmayıp, başka nedenlerle tanınır hale gelmiş olan kişileri de kapsar. Basının gözcülük rolü burada dar olarak yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda siyasi yorum ve magazin haberleri arasındaki sınırın hızla belirsizleştiği gerçeği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bilindiği üzere, özel yaşamın korunması konusunda tek tip bir Avrupa standardı mevcut olmayıp, devletlerin bu konuda oldukça geniş bir takdir alanları bulunmaktadır.”<sup>536</sup>*

AİHM'e göre, özel yaşama dair mevcut koruma, Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüyle dengelenmelidir. Bu çerçevede AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel öğelerinden birisini oluşturduğunu yinelemiştir.

*“Bu özgürlük, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız görülen, ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler” için değil, aynı zamanda çarpıcı gelen, rahatsız eden, muhalif olan haber ve düşünceler için de geçerlidir. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin de gereğidir; bunlar olmaksızın demokratik toplumda olmaz.”<sup>537</sup>*

---

<sup>536</sup> Kararın sonuçları o kadar önemlidir ki, bunu daha dava aşamasında fark eden Alman Gazetecilik örgütleri davaya müdahil olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararı son derece günceldir. *İçel -Ünver*, s. 171.

<sup>537</sup> İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (07.12.1976). E. 1972/5493, Handyside-Birleşik Krallık Davası, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

Ancak, bütün demokratik ülke anayasalarında düşünce açıklama özgürlüğü hangi amaçla kullanılırsa kullanılsın kimseye kişilik haklarına saldırı hakkını vermemektedir. Burada söz konusu olan, basın yoluyla kişilik haklarına dokunulamayacağına ilişkin kural, mutlak ve istisnasız değildir.<sup>538</sup>

AİHM'e göre basın demokratik bir toplumda esaslı bir rol oynar. Basının görevi, özellikle başkalarının itibarları ve hakları bakımından birtakım sınırları aşmamak koşuluyla, yükümlülüklerine ve sorumluluklarına uygun bir tarzda, kamu menfaatini ilgilendiren hususlarda haber ve düşüncelerin iletilmesini sağlamaktır. Hatta AİHM, basın özgürlüğünün, bir dereceye kadar abartmaya ve hatta tahrike başvurmayı da kapsadığını kabul etmiştir.

İfade özgürlüğü, fotoğraf yayınlamayı da içermekle birlikte, bu alan başkalarının itibarlarını ve haklarını korumaya özel önem verilmesi gereken bir alandır. AİHM, özel hayatın korunması hakkını, ifade özgürlüğü karşısında dengelemek zorunda olduğu davalarda, basında yayınlanan fotoğraflar ve yazıların kamu menfaatine etkisini irdelemiştir. Halkın büyük ilgisini çeken güncel bir haberin parçası olarak kişinin özel yaşamından herhangi bir ayrıntı öne çıkarılmakta mıdır? Mahkame öncelikle bunu değerlendirmektedir.

Örneğin, Fransa eski Cumhurbaşkanı Mitterand'ın sağlık durumuyla ilgili açıklamalar içeren bir kitabın Cumhurbaşkanı'nın eski özel doktoru tarafından yayınlanmasıyla ilgili AİHM, hem aradan uzun zaman geçtiği hem de Cumhurbaşkanı'nın her biri 7 yıl süren iki kez Cumhurbaşkanlığı dönemindeki olaylara dair kamusal yararın, eski Cumhurbaşkanı'nın tıbbi gizlilikten kaynaklanan haklarının korunması gerekliliğine nazaran daha üstün değerde olduğunu belirtmiş ve sonuçta Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>539</sup>

AİHM, ele aldığı Von Hannover Davasında ,başvurucu Prenses Caroline'in aynı zamanda Monaco Prensi'nin bir aile üyesi olarak bazı kültürel ve hayırsever

---

<sup>538</sup> Kılıçoğlu, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 178.

<sup>539</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (18.05.2004). E. 2000/58148, Plon Yayınları-Fransa Davası, İçel -Ünver, s. 363-394.

organizasyonlarda kraliyet ailesini temsil ettiğini ve başvuruçunun Monako Devleti içinde veya devletin herhangi bir kurumu adına hareket ettiği resmi bir görevinin bulunmadığını belirtmiştir.

*“İhtilaflı olsalar bile politikacıların resmi görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetler gibi demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı sağlayabilecek olayların aktarılması ile bu davada olduğu gibi resmi bir görevi yerine getirmeyen bir bireyin özel yaşamına ilişkin ayrıntıların aktarılması arasında temel bir ayırım yapılması gerekir.<sup>540</sup> Birinci olayda basın, kamuyu ilgilendiren haber ve düşüncelerin iletilmesini sağlayarak demokratik toplumda temel rolü olan gözcü rolünü yerine getirmektedir; diğer olayda böyle yapmamaktadır. Aynı şekilde, demokratik bir toplumda temel bir hak olan halkın bilgilendirilme hakkı, bazı özel durumlarda, özellikle siyasetçiler söz konusu olduğunda, kamusal şahsiyetlerin özel yaşamlarına ilişkin olayları da kapsayabilir. Ancak mevcut davada durum böyle değildir. Bu davadaki durum, herhangi bir siyasal veya kamusal tartışma alanına girmemektedir<sup>541</sup>, çünkü yayınlanan fotoğraflar ve fotoğraflarla beraber yayınlanmış yazılar, münhasıran başvuruçunun özel yaşamına ait ayrıntılarla ilgilidir.”*

AIHM, başvuruçunun kamuoyu tarafından bilinen bir kişi olmasına rağmen, yegane amacı başvuruçunun özel yaşamına ait ayrıntılarla birtakım okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan söz konusu fotoğraf ve yazıların yayınlanmasının, toplumda genel ilgi uyandıran bir tartışmaya katkıda bulunacak şekilde görülemeyeceğini düşünmüştür.<sup>542</sup> AIHM, böyle durumlarda ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>540</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararıyla özel yaşam alanının neye göre belirleneceği hususunda, birbiriyle bağlantılı 2 ölçüt getirmiştir. Birinci ölçüt “kişinin niteliği”ni (ilgili kişinin toplumdaki görevi/işlevi) dikkate almaktadır. Klasik yaklaşımda, eğer kişi kamuya mal olmuş ünlü bir figürse, kamusal alandaki özel yaşam alanı daralıyordu. *İçel-Ünver*, s. 171.

<sup>541</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu kararla özel yaşam alanının neye göre belirleneceği hususunda getirdiği ikinci ölçüt “haber niteliği”dir (toplumdaki bir tartışmaya katkı sağlamasıdır). *İçel-Ünver*, s. 171

<sup>542</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Monako Prensesi’nin gerek güncel davranışlarının, gerekse erkek arkadaşıyla birlikte olduğu sırada çekilen fotoğraflarının “bir grup meraklı okuyucu” dışında kamuoyunu ilgilendirmediğini özellikle vurgulamıştır. *Dinç*, s. 398.

Ayrıca AIHM, okuyucularının kamuoyunda tanınan kişiler hakkında her şeyi bilme haklarının olduğu savıyla Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan haklara yapılan müdahaleleri haklı çıkarmak çabasında olan bazı medya şirketleri tarafından “ifade özgürlüğünün tek taraflı yorumlandığını” vurgulayan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin mahremiyet hakkına dair tavsiye kararını<sup>543</sup> da bu davada ele almıştır. Mahkeme bir başka önemli noktayı daha saptamaktadır.

*“Mevcut başvuru, her ne kadar sadece başvurucu hakkındaki fotoğraf ve makalelerin çeşitli Alman dergilerinde yayınlanmış olmasına ilişkin olsa da, bu fotoğrafların başvurucunun bilgisi ve rızası olmaksızın çekilmiş olduğu ve aynı zamanda bir çok tanınmış kişinin de günlük yaşamlarında tacize uğradığı, tamamen göz ardı edilemez. Bu husus, mevcut davada, özellikle başvurucunun Monte Carlo Plajında sendeleyip düştüğü esnada çekilmiş olan fotoğraflarda kendini çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Gazeteci ve fotoğrafçıların plaja giriş çıkış kuralları sıkı şekilde düzenlenmiş olmasına karşın, söz konusu fotoğrafların yüzlerce metre uzaktan, muhtemelen yakınlardaki bir evden gizlice çekildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme, her bireyin kişiliğinin gelişimi açısından özel yaşamının korunmasının temel bir öneme sahip olduğunu hatırlar. Bu koruma, yukarıda da belirtildiği üzere, aile çerçevesinin ötesine geçer ve sosyal bir boyutu da içerir. Mahkeme, halk tarafından bilinen kişiler dahi olsalar, herkesin özel yaşamının korunması ve saygı gösterilmesi hususlarında meşru beklentiye sahip olabileceğini ve bu haklardan da yararlandırılmaları gerektiğini düşünmektedir. Buna ilaveten, kişisel verilerin saklanması ve kopyalanmasını mümkün kılan yeni teknolojik gelişmeler, özel yaşamın korumasına daha fazla özen gösterilmesini gerektirmektedir.<sup>544</sup> Belirtilen bu özen yükümlülüğü, sistemli olarak belirli fotoğrafların çekilmesi ve geniş halk kitlelerine yayılması hususları için de geçerlidir.”*

<sup>543</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (1998). 1165 sayılı Özel Hayata İlişkin Tavsiye Kararı.

<sup>544</sup> “Kişisel bilgilerin toplanması ve kullanılmasını mümkün kılan yeni iletişim teknolojileri karşısında kişinin kendi bilgilerini kontrol etme hakkı dâb u tanıma (özel hayat) eklenmelidir.” Parlamenterler Meclisi'nin özel hayata ilişkin 1998 Tarihli 1165 sayılı tavsiye kararının 5. maddesi, *İçel-Ünver*, s. 137.

AİHM, bir kişinin özel yaşamını ve imajını kontrol hakkını korumak amacıyla devletlerin gerekirse cari hukuktaki ulusal normlarını şartlara göre dar ya da geniş yorumlama şeklinde pozitif yükümlülükleri olduğunu ifade etmiştir

*“Günümüz toplumunda örnek kişiler ile bazı kamusal şahsiyetler arasında yapılan ayırımı açık ve belirgin olması gerekir; böylece bir hukuk devletinde kişi benimseyeceği davranışlar hakkında açık işaretlere sahip olur. Her şeyden öte, bireyin tam olarak nerede ve ne zaman gözden uzak bir ortamda bulunduğunu veya tam tersi, nerede ve ne zaman üçüncü kişilerin ve özellikle magazin basınının müdahalelerine maruz kalabileceği bir alanda olduğunu bilmeye hakkı vardır.”*

AİHM, “mekansal yalıtım kriteri”nin teoriye uygun olmakla birlikte, uygulamada çok muğlak ve kişinin bunun içeriğini önceden anlaması açısından zorluklar içerdiğini tespit etmiştir. Mevcut davada, başvurunun sadece günümüz toplumunda örnek kişi olarak nitelendirilmesi, onun özel yaşamına böyle bir müdahaleyi haklı kılmaya yeterli görülmemiştir. Sonuç olarak AİHM, özel yaşamın korunması ile ifade özgürlüğünün dengelenmesinde belirleyici unsurun, *yayınlanan fotoğraf ve yazıların halkı ilgilendiren bir tartışmaya katkıda bulunmasının* gerekli olduğuna karar vermiştir. Prensess hakkındaki fotoğraf ve yazıların, onun herhangi bir resmi göreviyle ilgili olmamaları ve başvurunun özel yaşamı ile ilgili olmaları nedeniyle, bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır.

*“Söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğu kadar, mevcut olayda halkın bir menfaati bulursa dahi, bu menfaatlerden başvurunun özel yaşamının etkili şekilde korunması hakkı, diğeri karşısında üstündür... Mahkeme, söz edilen tüm bu unsurları hesaba katarak, bu konuda devlete tanınmış takdir alanına karşın, Alman Mahkemelerinin mevcut menfaatler arasında adil bir denge kuramadığına karar vermiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.”<sup>545</sup>*

---

<sup>545</sup> Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararı, Prensess Diana ile sevgilisinin Paris'te paparazziler tarafından kovalanırken kaza geçirip ölmeleri üzerine yoğunlaşan tartışmaların bir izdüşümüdür. *İçel-Ünver*, s. 172.



#### 4.9.2. Eleştiri Sınırı

Yargıtay'ın 2008 Yılında karara bağladığı dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.<sup>546</sup> Davacı Z.B., davalılardan N.P.'nin, diğer davalı tarafa ait Z. Gazetesi'nin 22.05.2005 tarihli sayısında yayımlanan beyanları ve açıklamaları ile kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürmüştür. Davalılar ise; dava konusu yazıda, davacının Marmara İlahiyat Fakültesi'nde dekanlık yaptığı dönemde, sözleşmeli öğretim üyesi iken bu görevinden ayrılmış olan diğer davalı N.P.'nin anılan kitabında bulunan bazı açıklamalara yer verildiğini, haber içeriğinin doğru olduğunu, davacının medyatik bir kişi olduğunu, başlık ve yazının içeriğinde yer alan ifadelerin, davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşımadığını savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Yerel Mahkeme tarafından, “dava konusu haberde yer alan ve davalı N.P.'ye ait olan beyan ve açıklamaların davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmadığı, ancak başlıkta kullanılan ifadelerde aşma olduğu” gerekçesiyle davalı N.P. hakkında açılan davanın reddine, diğer davalılar hakkında açılan davanın ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

*“Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasası'nın 1 ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin*

<sup>546</sup> Yargıtay 4. H.D. (08.05.2008). E. 2007/11582, K. 2008/6398, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

*hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.”*

Yargıtay, basın özgürlüğünün sınırsız olmadığını; yayınlarda Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükleri bölümü ile Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması gerektiğini ve bunun yasal ve hukuki bir zorunluluk olduğunu hatırlatmıştır. Yargıtay bu kararında, ifade özgürlüğü ve kişilik haklarının kaçınılmaz olarak çatıştığı durumlarda hangisinin üstün tutulması gerektiğine karar verirken dikkat edilmesi gereken kriterleri belirtmiştir.

*“Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararadır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.”*

Davaya konu yayında, “Z.B. Yüzünü Kara Çıkardı” başlığı altında; “Türkiye'nin ilk kadın filologu olan P. son durağı Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde Prof. Dr. Z.B.'nin dekanlığı döneminde yaşadığı olaylardan sonra emekli olma kararı almış. İdareciliğin güç ve o oranda da maharet isteyen bir iş olduğuna inandığını söyleyen P., eski öğrencim dediği Z. B.'in döneminde özellikle baş örtüsü sorunu karşısındaki tavırları nedeniyle hem madden hem de manen yıprandığı için çok sevdiği öğretim üyeliğinden ayrılma vaktinin geldiğine karar vermiş. Yaşanan tatsız olaylardan ötürü fakülteden ayrılık kararı alırken yaşadığı kırgınlık ve üzüntü P. nin bir müddet kendini bırakmasına neden olmuş. Öğrencilerinin teşviki ile hatıralarını yazmaya karar vermesi ile yeniden kendisini toparlamış. Emekli olduktan sonra kendisine üstün hizmet belgesi

gönderen Z.B.'ye kırınglığı ise geçmemiş.” biçiminde haber yapılmıştır. Bu haberde davalı N.P. ile yapılan bir söyleşi yayınlanmış ve onun kitabında yer alan bazı açıklamalara da yer verilmiştir.

*“Adı geçen davalının yayın metninde yer alan beyanları, davacının dekan olduğı dönemde idareci olarak tutum ve davranışlarının eleştirisi niteliğinde olup davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulmamıştır... Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştiri demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir değerdir. Topluma mal olan kişilerle siyasal ve idari yaşam içinde yer alan kişilerin geçmişleri, davranışları, alışkanlıkları, kişilikleri toplumu ilgilendirmektedir. Halkın, bu kişileri yakından tanımaya hakları vardır. Bu tanıma kitle iletişim araçlarında yer alan haber, yorum ve eleştirilerle olacaktır. Öte yandan, okuyucunun ilgisini çekebilmek amacıyla haberi uygun sözlerle süslemek, ilginç biçime getirmek, toplumun değer yargılarına göre kınayıcı yorum yapmak ve kamuoyunu aydınlatmak basının hakkı ve görevidir. Davaya konu haberin başlığında yer alan “Z.B. Yüzünü Kara Çıkardı” ifadeleri ile yazı içeriğı bir bütün olarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda incelendiğinde; başlıkta yer alan ifadelerin, davalı N.P.'nin bir zamanlar öğrencisi olan davacının dekan olduğı dönemlerde uğradığı hayal kırıklığını anlatmak amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu düşüncenin kamuoyuna duyurulması amacıyla haberin ilginç hale getirilmesi ve yukarıda açıklandığı şekilde sunulmasında kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez. Haberin başlığında kullanılan ifade şekli, anlatılmak istenen olayın özelliklerine uygun olup konu gereğı amaç ve araç bakımından aşırılık bulunmamaktadır. Şu durumda dava konusu yayının, içeriğı ve başlığının bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığı benimsenmelidir. Açıklanan nedenler karşısında davanın tümünden reddi gerekir. Mahkemece, istemin kısmen kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.”*

### 4.9.3. Görünür Gerçek ve Danıştay Saldırısı

Yargıtay'ın 2009 yılında incelediği ve karara bağladığı bir davadır.<sup>547</sup> Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan doğan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı Veli K.'nin, davalı Hasan Ç. ve D. Gazetecilik A.Ş. aleyhine açtığı davada basın yolu ile kişilik haklarına saldırı sebebiyle manevi tazminat talebi üzerine, yerel mahkeme istemin bir bölümü kabul etmiştir. Karar, davalılar tarafından temyiz olunmuştur. Yargıtay, bu tip davalarda ifade ettiği hukuksal dayanak ve normları tekrar etmiştir. Bu sebeple çok kısa bir özet olarak aşağıda yer verilmiştir.

*“Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasası'nın 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir... Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. ...Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir... Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp... Kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur... Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda... Temel ölçüt kamu yararadır. ... Özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır.”<sup>548</sup>*

Davaya konu olayda; davacı, 24.05.2006 günlü R. gazetesinde “Danıştay'a saldırıların karanlık çetelesi” başlığı ile yayımlanan haberde Danıştay'a yapılan saldırıyı azmettirdiği düşünülen Muzaffer Tekin ile arasında bağlantı kurulmaya çalışıldığını, bu kişi ile arasında askerlik kimliklerinden başka ortak noktaları bulunmadığını, bir protesto gösterisinden alınmış olan selamlaşmadan ibaret bir fotoğraftan yola çıkılıp Susurluk davası ile bağlantı aranarak davaya bakan mahkemenin yanıtılmaya çalışıldığını, izni olmadan fotoğrafı da basılmak suretiyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

<sup>547</sup> Yargıtay 4. H.D. (30.01.2009). E. 2008/6583, K. 2009/1310, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>548</sup> Aynı hukuksal dayanak için bkz. Yargıtay 4. H.D. (08.05.2008). E. 2007/11582, K. 2008/6398.

Davalılar ise, Danıştay saldırısı çerçevesinde ortaya çıkan tüm gelişmelerin resmi makamların verdiği bilgiler ışığında kamuoyuna aktarıldığını, Danıştay saldırısının azmettiricisi olarak tutuklanan Muzaffer T.'nin 26.05.2006 günlü ifadesinin 4. sayfasında yer alan Danıştay saldırıganı Alparslan A.'nın babası İdris A.'nın ifadesinde; oğlunun 4-5 aydır Ulusal Haber ve Vatansever Kuvvetler Güçler Birliği hareketi ile bağlantılı olduğunu Veli K. ve Muzaffer T. ile bu dernek aracılığı ile tanıştıklarını, bu saldırıda derneğin ve bu kişilerin baskısı olabileceği kanısında olduğu biçiminde açıklama yaptığını, davacı ile Muzaffer T.'nin telefon görüşmelerinin emniyetçe belirlendiğini, birlikte çekilmiş fotoğraflarının bulunduğunu, Ümraniye'de evinde el bombaları bulunan kişinin davacı ve Muzaffer T.'nin sürekli bağlantı halinde olduğuna ilişkin ifade verdiği, bu delillerin haberin görünür gerçeğe uygun olduğunu gösterdiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Dava konusu “Danıştay'a Saldıranların Karanlık Çete-lesi” başlıklı yayında Cumhuriyet Gazetesi'ni bombalayan ve Danıştay'da bir hakimi öldürüp dördünü de yaralayan çetenin bağlantılarının kısa sürede ortaya çıktığı; tetikçi Alparslan A.'yı yönlendirdiği gerekçesiyle sorgulanan Muzaffer T.'nin ilişkilerinin şema şeklinde gösterilerek fotoğrafı da basılmak suretiyle davacının “Susurluk Skandalı”na adı karışan en üst rütbeli komutan olduğu; Çatlı ve Yeşil kod adlı Mahmut Y. ile ilişkisinin tespit edildiği, Muzaffer T. ile çekilmiş fotoğraflarının ve görüşmelerinin saptandığı belirtilmiştir.

*“Dosyadaki kanıtlara göre, davacının Danıştay saldırısını düzenleyen Alparslan A'nın azmettiricisi olarak gözaltına alınan Muzaffer T. ile birlikte çekilmiş fotoğraflarının bulunduğu ve telefon görüşmeleri yaptığı, Alparslan A.'ın babasının ifadesinde davacının adı da geçmiş olup saldırıda etkili olabileceğinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu yayının yapıldığı günde davacının Cumhuriyet gazetesine ve Danıştay'a yapılan saldırı olayları ile bağlantısı bulunmasa da yargılama sırasında “Ergenekon Davası” olarak adlandırılan dava nedeniyle çete üyesi olarak tutuklandığı, Cumhuriyet gazetesi ve Danıştay saldırılarına ilişkin davaların “Ergenekon Davası” olarak adlandırılan dava ile birleştirilmesinin gündeme geldiği anlaşılmaktadır. Şu durumda yerel mahkemece, olayın gelişen bu durumu gözetilerek, dava konusu yayının görünür gerçeğe uygun hale geldiği*

<sup>549</sup>sonucuna varılıp istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, davalıların manevi tazminat ile sorumlu tutulmuş olmaları usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.”

#### 4.9.4. Siyasi Kişiliğin Hayat Tarzını Seçmenin Öğrenme Hakkı

Yargıtay, önüne gelen bu davada, davacı Bekir ... ve Merve ... vekili tarafından, davalılar G... Yayıncılık A.Ş. ve Uğur ... aleyhine 28.01.2000 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davaya konu haberin hukuka uygun bulunarak davanın reddine dair verilen kararı incelenmiştir.<sup>550</sup>

Yerel mahkeme, yayında yer alan haber ve fotoğrafların başka bir televizyon kanalındaki fotoğraflarla ve açıklanan sözlerle doğrulandığını, davacıların da radikal düşünceleriyle kamunun gündeminde yer aldıklarını, bu bakımdan bu tür bir yayının kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyeceğini gerekçe göstererek davayı reddetmiştir.

Davaya konu edilen yazı, “Merve’ye Rakı Sofrası Hazırlatacak” başlığı altında verilmiş ve üst kısmında da davacıların nikah törenindeki resimleri yayınlanmıştır. Resim altındaki başlıkta davacı Merve ... amaçlanarak “Akşamcı Olduğunu Biliyormuş” ve daha alt yazıda da “Merve ... Bekir ... ile tanıştıktan sonra içki içtiğini öğrendi. Merve içmeyi seven Bekir... ile evlenmekte bir sakınca görmedi” yazısı bulunmaktadır. Ana başlık altında ise davacı Bekir Y. için “Akşamcı olduğu ortaya çıkan Bekir Y.’yi tanıyanlar o iyi bir akşamcıdır, rakıya bayılır Merve Hanım’ın işi zor, kendisi içmese bile kocasına her akşam rakı sofrası hazırlayacak dediler” biçiminde değerlendirme yapılmıştır. Yine devamla davacı Bekir Y.’nin daha önceki evliliklerini yemekli içkili yaptığını bu nedenle Bekir’in Merve ile içkisiz bir yemekle dünya evine girmesine üzülmüş olabileceği yer almıştır.

---

<sup>549</sup> Yargıtay bir başka kararında görünür gerçek kavramını kullanmıştır. “Yayın tarihinde Kamu İhale Kurulu kararı mevcut olup henüz yürütmeyi durdurma kararı verilmemiştir. Bu nedenle dava konusu haber görünür gerçeğe uygun olup haberin yayınlanmasında hukuka aykırılık görülmediğinden davanın tümünden reddi gerekir.” Yargıtay 4. H.D. (02.05.2007). E. 2006/4705, K. 2007/5647, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

<sup>550</sup> Yargıtay 4. H.D. (05.02.2001). E. 2000/10111, K. 2001/1055, *Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*.

*“Davacılarından Merve ...nın yapılan genel seçimler sonunda milletvekili olarak seçildiği ancak meclise başörtüsü ile katılmasındaki ısrarı ile milletvekilliğinin düşürüldüğü bilinen bir olgudur. Yine adı geçen davacının bu tür davranışının Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ikinci maddesinde yer alan devletin laik olduğu ilkesi ile bağdaşmadığı da bilinmektedir. Ayrıca kamusal görevi taşıyan kişilerin belli ve çağdaş bir kıyafete uygun giyinmeleri o kurumun kendi iç düzenlemesi ve genel bir davranış biçimi olarak yerleşmiştir. Davacının tüm bu yazılı ve yerleşmiş olan ilkelere karşın dini inançlarını öne sürmek suretiyle böyle bir giyim biçiminde ısrarlı davranması devletin laik yapısıyla bağdaşmamış olması sonucu eleştirildiği sonuçta milletvekilliğinin düşürüldüğü bilinmektedir. Bu yön davacının inanç ve siyasi kişiliğini ilgilendirir, bu bakımdan da davacının bu şekildeki davranışının ağır biçimde eleştirilmesinde kamunun yararı bulunmaktadır. Bu eleştiri kamu yararının var olduğu çizgiye kadar hukuka uygunluk teşkil eder. Bu çizginin aşılması durumunda yapılan yayın ve eleştiri, kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Bu çizginin belirlenmesindeki ölçü az yukarıda ifade edildiği üzere kamunun yararındır.”*

Yargıtay bu kararında, haber konusu kişinin kamuya mal olmuş kişi, başka bir ifadeyle kamusal figür olmasını da göz önünde tutmuştur. Bununla birlikte haber, hiçbir şekilde kamu yararına matuf değildir.<sup>551</sup> Bunun ötesinde Yargıtay’ın bu kararında Kamusal figürün meşru özel hayat beklentisini de isabetli olarak koruduğu görülmektedir.

*“Davacı Merve’nin kamuya mal olmuş bu davranış biçiminin bir sonucu olarak bu inanç ve davranış biçimini bir yaşam olarak kabul eden kişinin içki içen birisi ile evlenmesinin hoş karşılanmayacağı varsayımından hareketle yayın yapılmıştır. Ne var ki yayın bu hoş karşılamamakla yetinmeyip her iki*

---

<sup>551</sup> Kural olarak kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına yapılacak her türlü müdahale kişilik haklarına tecavüz teşkil eder. Bununla beraber kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı üstün bir kamu menfaatine dayanarak ihlal edilebilir. Özellikle kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatının gizlilik alanına giren bazı hususlarının kamuya açıklanması kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı sayılmayabilecektir. Şen, Ersan (1989). *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı* (Basılmamış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 120.

*davacının da özel yaşamlarını geçmişteki davranışlarını dile getirmiştir.<sup>552</sup> Kişinin özel yaşamı ve ailesi onun sosyal kişilik değerlerini oluşturur. Özel yaşamın önem ve gizliliği ve koruması üst norm olarak Anayasanın 20. maddesinde düzenlenmiş ve 12. maddesinde de koruma altına alınmıştır. Yine 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Yasanın 4. maddesinde de bu hakkın güvence altına alındığını görmekteyiz. Ayrıca bu hak Medeni Kanununun 24, 24/A maddesinde koruma altına alınmış, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde de saldırıya uğraması durumunda uygulanacak yaptırım belirtilmiştir. Belirtilen bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kişinin özel yaşamı her türlü saldırının dışında tutulmuştur. Kişinin özel yaşamı kişinin sıfatı ve konumu ne olursa olsun rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bu kişinin yaşamının gizli alanını oluşturur. Somut olayda, davacılar için kamu yararının olmamasına karşın davacıların evlilik resimleri yayınlanmak suretiyle davacı Bekir Y.'nin akşamcı olduğunu davacı Merve'nin eşinin bu tür davranışını benimsemese dahi her gün içkili sofraya hazırlamak zorunda kalacağını belirtmiş ve dava Bekir ...ın da böyle içkisz bir düğün yapmaktan üzüldüğü belirtilmiştir. Böylece yukarıda belirtildiği üzere kişinin özel yaşamı ile ilgili olarak yapılan açıklamalar ve davaya konu edilen yayın ile davacılarından Merve'nin siyasi konumuna ilişkin tüm olgular birlikte değerlendirildiğinde kamu yararı bulunmayan ve tamamen davacıların özel yaşamlarını ilgilendiren bir konuda yayın yapıldığı bunun sonucunda da davacıların kişilik değerlerine saldırıda bulunduğu kabul edilmek gerekir. Şu durumda mahkemece davacıların kişilik değerlerine saldırının varlığı kabul edilmeli ve takdir edilecek manevi tazminata hükmedilmek gerekir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir.”*

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bizim de katıldığımız isabetli görüşüne rağmen, Yerel Mahkeme kararında direnmiş ve konu Yargıtay Hukuk Genel kurulunda görüşülmüştür.

*“Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar bulunmaktadır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve*

---

<sup>552</sup> Örneğin; bir siyaset adamının çocuğuyla ilgili olan sorunları kamuoyunu ilgilendirmeyecektir. Ancak, bu siyaset adamının çocuğuna almış olduğu mutad olmayan nitelikte yüksek değerdeki bir hediye özel hayatın alanına girmesine rağmen, basın yoluyla kamuya aktarılacaktır. Şen, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı*, s. 123



ilerde ona göre davranacaktır. Olayda, davacıların davranışları kamuoyuna yansıtılırken aynı zamanda eleştirilmiş olup konu ile ifade arasında da düşünsel bağ bulunmaktadır. Haberde; suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemiş olup, basının haber verme hakkı sınırları içinde kalınmıştır. Bu durumda hukuka aykırılıktan ve kişilik haklarına saldırıda bulunulduğundan söz edilemez.<sup>553</sup>

#### 4.9.5. Yargı Kararlarında Kamusal Figür ve Özel Hayat Sınırı

Bu bölümde konunun daha iyi anlaşılabilmesi, Yargıtay'ın konuya bakış açısının ortaya çıkarılabilmesi ve somut olaylarda beliren ayrıntıların gözlemlenebilmesi amacıyla siyaset adamı ve benzeri kamusal figürlerle<sup>554</sup>, ünlülerin özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkı kararlar bağlamında ve kısaca ele alınacaktır.

“... Partisi Genel Başkanı hakkında kamuoyunda "Malvarlığı", "Örtülü Ödenek", "Tofaş" ve "Tedaş"; Partisi hakkında da "Mercümek" olayı olarak nitelendirilen ve uzun süre Türk kamuoyunun gündeminde kalan olaylarda anılan partilerin birbirlerine arka çıkmalarını, ... Partisi Genel Başkanı'nun, yarı çıplak durumda olan öbür parti başkanının sırtını temizliyormuş gibi gösterip bir mizah inceliğiyle ve fotomontaj yoluyla hicveden suça konu resmin eleştiri sınırları içinde kalması nedeniyle hukuka uygun olduğu, kamuya mal olmuş kişilerin kendilerine yönelik alkışlar kadar, gerçeği yansıtan bu tür eleştirilere de katlanmak zorunda oldukları gözetilmeden...<sup>555</sup>

“Davacı futbolcu olup davalı tarafından R. Gazetesi'nin 14.09.2007-17.10.2007-18.10.2007-18.11.2007 ve 21.11.2007 günlü sayılarında yayımlanan yazılarda kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu, kendisinin ahlaksızlık, bilgisizlik ve terbiyesizlik ile suçlandığını ileri sürerek manevi tazminat istemiştir.<sup>556</sup> ... Objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın

<sup>553</sup> Yargıtay H.G.K. (15.05.2002). E. 2002/4-413, K. 2002/409, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

<sup>554</sup> Sivil bürokrasi ve/veya askeri bürokrasi mensubu bürokratlar vd.

<sup>555</sup> Yargıtay 4. C.D. (04.06.1998). E. 1998/5063, K. 1998/5930, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

<sup>556</sup> 12.09.2007 günü oynanan Türkiye-Macaristan Avrupa Şampiyonası Grup eleme Milli Maçı sırasında davacıların tribünlere dönerek kol hareketi yapması üzerine yazılan eleştiri ve yorumlardır.

*yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır. Davaya konu olayda; milli futbolcu olan davacının, kamuya mal olmuş kişilerden olduğu gözetilerek yayın tarihinden önce milli maç sırasında yaşananlar gündeme getirilmiş ve davacının davranışları eleştirilmiştir. Davacının daha sert eleştirilere katlanması konumunun gereğidir. Şu durumda yerel mahkemeye, yazıların eleştiri sınırı içinde kaldığının kabulü ile davanın tümünden reddi gerekirken... ”<sup>557</sup>*

Dava, Adana'da yayınlanan Ekspres adlı gazetenin 06.08.2002 tarihli sayısında “Kimin eli kimin cebinde belli değil”, 13.08.2002 tarihli sayısında “Seçime Doğru” isimli köşede “CHP'de liste başı kim olacak”, 28.08.2002 tarihli sayısında “Adana'da tabanının istemediği Uğur Aksöz'ün balonu patladı”... “CHP'de Baykal hata yapar korkusu”...07.09.2002 tarihli yayında “Uğur'suz Liste”, 08.09.2002 tarihli yayında “Adana'da CHP'de artist etkisi”... 12.10.2002 tarihli sayıda “1999'da Aysel Sabuncuydu şimdi sıra Aksöz'de mi?” başlıklı yazılarda kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.<sup>558</sup>

*“Dosya kapsamına göre davacı yayın tarihlerinde CHP'den milletvekili adayı olup daha önceki dönemlerde Anavatan Partisi'nden milletvekili seçilmiş ve ondan önce de Doğru Yol Partisi'nde siyasi yaşamı olan bir kişidir. Konumu gereği kamuya mal olmuş bir politikacıdır. Basın kamu yararı, genel çıkar gereği ayrıca kendilerini geniş ölçüde kamunun ilgi ve dikkatine sunmuş bulunan kişilerle kamuya mal olmuş ünlü yöneticiler, politikacıları izleyip gerçeklerden ayrılmamak şartıyla özgürce eleştirmek ve bilgi vermek hakkına sahiptir ve bu tür kişiler için toplumsal ilgi söz konusu olduğundan siyaset adamlarının eleştirilmelerinin kamu yararının gereği de olduğu bir gerçektir. Davaya konu yayınlarda davacının daha önceden başka partilerde siyaset yaşamı olup yayın tarihinde de önceden karşı olduğu görüşleri savunan başka bir partiden milletvekili adayı olmasına kamuoyunun ve parti tabanının tepkisi dile getirilmiş, davacının devamlı parti değiştirme tavrı eleştirilmiştir. Bu haliyle kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez.”*

<sup>557</sup> Yargıtay 4. H.D. (25.06.2009). E. 2008/12871, K. 2009/8524, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

<sup>558</sup> Yargıtay 4. H.D. (24.02.2005). E. 2004/7921, K. 2005/1709, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

## S O N U Ç

Kişi kavramı Türk Medeni Kanunu tarafından kesin bir biçimde tanımlanmamıştır. Medeni Kanun'un 8. maddesi hak ehliyetini düzenlemekte, dolayısıyla da kişiyi belirlemektedir. İşte bu düzenlemeden, kişinin hak ve borçlara sahip olabilen varlık olduğunu çıkarabiliriz. Buna göre Türk Hukuku'nda her insanın hak ehliyeti vardır ve bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler. Düzenlemede insan olgusunun öne çıkarılması, ırk, cinsiyet, din gibi ayrımlara gidilmemiş olması evrensel bir bakış açısının eseridir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaçlarını belirleyen birinci maddesinin üçüncü bendinde ırk, cins, dil veya din farkı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygı gösterilmesi hükmüne bağlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 4. ve İnsan Hakları ve Ana hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 4. maddesinin 1. bendinde tüm insanlar kişi olarak kabul edilmiştir.

Kişi olmanın anlamı, en önemli neticelerini insan varlığı bakımından doğurur. Kişilik hakları işte bu önemli neticelerden biridir. Kişilik hakları doğrudan doğruya hukuki ve hem de manevi ve bedeni mahiyetteki bütün bu nitelikleri kapsamaktadır. Kişilik değerlerinin ve buna bağlı olarak kişilik haklarının tüketici bir sayım ve sınıflandırmayla tabi tutulamayacağı kanun, öğreti ve yargı kararlarında ortak bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kişilik haklarından en önemlilerinden birisi de özel hayatın gizliliği ve korunması hakkıdır. Tüm insanlarda var olduğunu kabul ettiğimiz edep ve ölçülü olma duygu ve ihtiyacı özel hayatın korunmasını gerekli kılmaktadır. İnsanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi açısından da bu, bir zorunluluktur. Kişilerin en doğal hakkı manevi varlığını korumaktır. Bunun sağlanması da ancak özel hayatın güvence altına alınması ve gizliliğine riayet edilmesiyle mümkündür.

Özel hayat kavramı değişmez özellikler göstermediğinden, bunun aksine dinamik olduğundan öğretide ve yargı kararlarında kesin bir tanımdan kaçınılmıştır. Tabiatıyla, ortak ve kuşatıcı tek bir tanıma ulaşmak mümkün görülmemektedir. AİHM de özel hayat kavramını tanımlamanın zorluğunu kararlarında belirtmiştir. Özel hayat,

kapsamlı bir tanımı yapılamayacak kadar genel bir terimdir. Kanaatimizce Mahkemenin bu kavrama yaklaşımına “genel” nitelmesi yanında “dinamik” nitelmesi de eklenmelidir. Bu şekilde “özel hayat, kapsamlı bir tanımı yapılamayacak kadar genel ve dinamik bir terimdir.” Özel hayat, kişinin hukuk tarafından korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi ve güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam görünümünden meydana gelen kişisel değerler şeklinde öğretideki farklı tanımlardan birisi olarak verilebilir. Özel yaşamın sınırlarının belirlenebilmesi, korunabilmesi ve dışında kalan yaşam alanlarından ayrılması teorik olarak tanımlama ve sınırlamaları kolaylaştırmak bakımından önemli görülmektedir. Öğretide en çok savunulan görüş, kişinin hayat alanını üçe ayırmaktadır: Bunlardan en genişisi kişinin kamuya açık “ortak alanı”; ikincisi, kişinin ailesi ve yakınları gibi sınırlı sayıdaki insanla paylaşmayı tercih ettiği ve daha dar olan “özel alanı” ve son olarak kişinin güvendiği az sayıda insanla paylaştığı “giz alanı”dır. Kamuya mal olmuş ya da kamusal figür olmuş kişilerin özel hayatlarına dair aynı sınırlar kabul edilmekle birlikte; görevleri ya da uğraş alanları gereği üstün bir kamu menfaati bulunduğu zamanlarda bu kişiler, özel hayatlarının “özel” niteliğinin bir kısmını kaybederler.

Özel hayatın, hukuki düzenlemelerle korunmasındaki hareket noktası "hukuk devleti ilkesi" ve "insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi"dir. Özel hayatın gizliliği, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan ya da devlet birey ilişkilerini ilgilendiren bir konu, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur. Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, vazgeçilmez bir hak olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanında ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı 1961 ve 1982 Anayasalarında, kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği ve korunmasının her fert için tartışmasız nitelikte temel bir hak olduğu fikri kurallaştırılmıştır.

Ne var ki, Medeni Kanun'da özel hayatın korunmasıyla ilgili bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Konunun yasa koyucu tarafından en kısa zamanda düzenlenmesi gerekmektedir. Yasa ihdasına kadar, kişilik haklarına ilişkin tazminatın hesaplanmasında, tazminatı doğuran ihlal, aynı zamanda özel hayatın ihlalini sonuç

veriyorsa tazminat miktarın arttırılması yönünde Yargıtay içtihatları da geliştirilebilir. Aile Hukuku ile ilgili olarak da “eşlerin özel hayatı” kavramı genel hatlarıyla belirlenmelidir. “Eşlerden birinin özel hayatı”na ilişkin açıklamalarının izne tabi tutulması gerekmektedir. Öte yandan, kamusal figürlerin boşanma davaları, medyatik ya da habersel değeri yüksek görüldüğünden basın tarafından takip edilmekte ve haber yapılmaktadır. Bu arada eşler arası özel hayat, genellikle diğer eşin rızası olmaksızın topluma veya meraklılarına servis edilmektedir. Bu türlü haberlerin boşanan çiftlerin çocukları üzerindeki etkileri derin olmaktadır. Karı ve koca arasında aile birliği sarsıldığında geçimsizliğe sebep olan durumun örneğin cinsel isteksizlik, cinsel yetersizlik vb. olması halinde özel hayat alanı içinde sayılan ve arabuluculuk rolü üstlenen anne ve babalar için dahi durum bir sır ve gizem olarak eşlerin gizli yaşam alanındadır. Buna benzer durumlarda paylaşımın yapılacağı güvenilir kişinin seçimini, paylaşımın detay ve sınırını eşlerin birlikte belirlemeleri gerekir.

Özel hayat hakkının ceza hukuku alanında korunması iki şekilde olabilmektedir: *Dolaylı koruma ve doğrudan koruma*. Doğrudan korumaya yönelik hükümler, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümler Kitabı’nda; ikinci kısımda “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanı’na Karşı Suçlar*” adı altında 9. bölümde 132-140. maddelerinde düzenlenmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) kabul edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, eski TCK’da olmayan *yeni bir suç tipidir*. Anayasanın yaptırım gücü doğrudan (dolaysız) ceza normu anlamında “haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, verileri yok etmeme” gibi yeni suç tipleriyle 5237 sayılı Ceza Kanunu ile getirilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı büyük ölçüde mümkün kılacak düzenlemeler içermektedir. Örneğin, iletişimin denetlenmesiyle ilgili CMK hükümleri, kişi merkezli bir yaklaşımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına paralel olarak bu tür denetime zorunlu hallerde, son çare olarak, yalnızca belli suç tipleri için izin verilmiştir. Ayrıca uygulamanın kontrolü de sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Ek olarak koruyucu tedbirler örneğin, elde edilmiş iletişim bilgilerinin yok edilmesi, iletişime tabi tutulan kişiye daha sonra bilgi verilmesi ve tesadüfen elde edilecek delillerin hukuki

rejimi de düzenlenmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi gibi konular da kendi özel yasalarında sıkı şartlara tabi tutulmuştur.

Ceza Kanunu'nda daha ileri bir adım atılarak, giz alanına yönelik saldırılar, suçun nitelikli hali olarak yasaya eklenmeli ve daha ağır yaptırımlarla cezalandırılmalıdır. Cinsel suçun ispatının sağlanamadığı hallerde özel hayatın gizliliğinin ve korunmasının ihlal edildiği yönünde soruşturmaya devam edilmesini ve sanığın bu şekilde cezalandırılmasını sağlayacak düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir. Yine, kişiler bakımından dinlemeye esas alınan katolog suçların gözden geçirilerek özellikle teşekkül, örgüt gibi muğlak kavramların tanımı yapılmalı ve içi doldurulmalı, en azından çerçeve belirlenmelidir.

Özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik çabalar bir çok uluslararası belge de meyvesini vermiştir. Uluslararası alanda, öncelikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı ifade edilmiştir. Günümüzde bu hükmün, üye devletler üzerinde uygulanma gücü ve bağlayıcılığı etkin olarak cereyan etmemektedir. Bununla beraber, bu sözleşme anılan hakkın uluslararası düzeyde tanınmasına ve iç hukuk sistemlerinde yer almasına neden olan önemli bir metindir. Daha bir çok uluslararası anlaşma ve bildirmede “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” korunmaya çalışılmaktadır. Bunların içinde getirdiği denetim mekanizmalarıyla büyük önem arzeden asıl uluslararası belge Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi AİHS'dir. Herkes özel hayatına, 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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere yalnızca müdahale etmeme gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş, onlara aynı zamanda koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygı sağlama; yani, bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkan verecek tedbirleri alma görevini de getirmiştir. *Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme* Türkiye, 28 Ocak 1981 tarihinde Avrupa Konseyi'nde imzaya açılan ve 1

Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeyi ilk gününde imzaladığı halde, henüz onaylamadığı gibi iç hukukunu bu konuda Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu hale getirecek kesin adımlar da atmamaktadır. Verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler, vakit kaybetmeksizin hayata geçirilmelidir. Yine güvenlik kameralarıyla ilgili detaylı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da kuşkusuzdur.

En başta söylenmesi gereken bazen en sonda söylenir: “Kendi ayıplarını ifşa etmemek; başkalarının kusurlarını araştırmamak ve örtmek”, özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik evrensel, zaman ötesi ve inci parlaklığında bir prensiptir. İnsan onuruna yakışan, bu prensibin değerini henüz bir zarar isabet etmeden takdir etmektir.

## KAYNAKLAR

- Adalet Bakanlığı, (2002). *Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri*, Ankara.
- Akıntürk, Turgut (1996). *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku Aile Hukuku Miras Hukuku Eşya Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara.
- Aktan, Coşkun Can (ed). *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi* (2000). Derleyen, Çeviren: Coşkun Can Aktan, İstiklal Yaşar Vural, Tülay Aktan, Hak-iş Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayını, Ankara
- Altıparmak Cüneyd, (2009). *Mesleğe Yeni Başlayan Avukat ve CMK Müdafilerine Yönelik 100 Başlıkta Soruşturma Evresi El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Altıparmak, Kerem (2006, Mart-Nisan). “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*.
- Aries Philippe-Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 1- Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına* (2006). Duby Georges, Çeviren: Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Aries Philippe - Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 2- Feodal Avrupa'dan Rönesans'a* (2006). Charles de la Ronciere, Çeviren: Roza Hakmen, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Aries Philippe-Duby Georges, *Özel Hayatın Tarihi 3- Rönesans'tan Aydınlanma'ya*, (2007). Chartier Roger, Çeviren: Devrim Çetinkasap, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Aries Philippe - Duby Georges (ed), *Özel Hayatın Tarihi 4- Fransız Devrimi'nden Büyük Savaş'a* (2008). Perrot Michelle, Çeviren: Ali Berktaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Ataay Aytakin, (1978). *Şahıslar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Avcı, Feyzullah (2006). *Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali*,



(Basılmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (1998). *1165 sayılı Özel Hayata İlişkin Tavsiye Kararı*.

Aydın, Vahdettin (1998). “1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, S: 3.

Çelebi, Funda (1997 Kasım). “Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1.

Deryal, Yahya (2006). *Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş)*, Derya Kitabevi, Trabzon.

Diñç, Güney (2006). *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Donay, Süheyl, (1978). *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.

Durmuş, Murat (2006). *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevde İstihbarat Faaliyetleri* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale.

Dutertre, Gilles (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara.

Dural, Mustafa (1987). *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul.

Erdem, Mustafa Ruhan (2001). *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Er, Cüneyd, (2007). *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara.

Girgin Kemal (2003). *Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye*, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul.

Göze, Ayferi (1995). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, İstanbul.

- Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, Feyyaz (2009). *Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gümüş M. Alper,(1997, Kasım) “Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1.
- Hafizoğulları, Zeki (1997). “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 46. S: 1-4, Ankara.
- Hatemi, Hüseyin (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları ve Sonuçları*, İstanbul.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan(2002). “1982 Anayasasına göre İnsan Hakları”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 7.
- Helvacı, Serap, (2001). *Türk İsviçre Hukuklarında, Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul.
- Hirsch, Ernst (1971). Anayasanın özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Türkiye Baralar Birliğinin düzenlediği 1. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliği, Ankara.
- İçel Kayıhan-Ünver Yener (ed), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku* (2007).Gemalmaz H. Burak, Seçkin Yayınları, Ankara.
- İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Başkanlığı, (21 12.2009). 82/5 numaralı kararı.
- Kaboğlu Ö. İbrahim, (1996). *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, Afa Yayıncılık, İstanbul.
- Kaplan, İbrahim (1979). *Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması*, Ankara.
- Karahasan, M. Reşit, (1996). *Tazminat Hukuku Maddi Tazminat Manevi Tazminat*, İstanbul.
- Kaygsuz, Ziyaettin (2008). “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi* Cilt:10 (1).
- Kılıçoğlu Ahmet, (2008). *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Turhan Kitabevi, Ankara.

- Kılıçoğlu, Ahmet (1999). *Bankacılar İçin Medeni Hukuk Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Kılıçoğlu, Mustafa, (2002). *Sorumluluk Hukuku-Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu Mustafa, (2005) *Tazminat Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Kilkelly, Ursula (2001). Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Almanya.
- Kuzu, Burhan (1988). *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Ovacık Mustafa (2000). *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.
- Ökçesiz, Hayrettin (Ed). *Hukuk Devleti* (1998). Yaşar Karayalçın, Afa Yayınları, İstanbul, s. 132.
- Özbudun, Ergun, (1998). *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özek Çetin, (1978). *Türk Basın Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Özkaya, Eraslan (2002). *Gerekçeli Karşılaştırmalı Türk Medeni Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özsunay, Ergun (1979). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Öztan, Bilge (1992). *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Öztan, Bilge (1998). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Öztürk Bahri, (1992). "Özel Hayatın Gizliliği ve Arama", *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl: 11, Cilt: 4, Sayı: 41.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Sağlam, İpek (2004). "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8.

- Serdar, İlknur (1999). *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Sevimli, K. Ahmet, (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayınları, İstanbul.
- Sezer, Yasin (2006). *Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara
- Soysal, Mümtaz (1986). *Anayasa'nın anlamı*, Gerçek Yayınları, İstanbul.
- Şahin, Cumhuri (2007). "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 1097.
- Şen Ersan (1996). *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul.
- Şen Ersan, (2010). *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, Seçkin yayınları, Ankara.
- Şen Ersan (1989). *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı* (Basılmamış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Tanör,Bülent (2006). *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Tanör, Bülent (1994). *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Bds Yayınları.
- Tekinay, Selahattin Sulhi (1992) *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Tekinay Selahattin Sulhi (1986). *Türk Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- Telekomünikasyon Kurumu (Yeni adı BTK Bilgi teknolojileri ve İletişim Kurumu) (29.07.2008). Basın açıklaması, Ankara.
- Tezcan, Durmuş vd, (2008). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Teziç, Erdoğan (2001). *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.

*Tüfek, Ömer Faruk (2007). Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, Adalet Yayınevi, Ankara.*

Türk Dil Kurumu (1988). *Türkçe Sözlük 1A-J*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara.

Türk Dil Kurumu (1988). *Türkçe Sözlük 2 K-Z*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara.

Uluseller Ayça-Ulusoy Orçun, (2009). Avrupa ve İnsan Hakları Mekanizmaları, *İnsan Hakları Gündemi Derneği*.

Üzeltürk, Sultan (2000). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Basım, İstanbul.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet (1963). *Türk Medeni Hukuku, Şahsın hukuku*, Cilt I, 6. Bası.

Yıldız Sevil, (2007). *Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*, Nobel Yayın Dağıtım, İstanbul.

Yardımcı, M. Murat, (2009). *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Zevkliler, Aydın vd, (1999). *Zevkliler Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara.

*Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı*

WEB\_Hürriyet Gazetesi, <http://arama.hurriyet.com.tr>

WEB\_Vikipedi, özgür ansiklopedi <http://tr.wikipedia.org>

WEB\_Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr>

**ÖZGEÇMİŞ**

Adı	Mümin Serdar	
Soyadı	Güntürk	
Baba adı	Yakup	
Anne adı	Kalbiye	
Doğum Tarihi	12.01.1975	
Doğum Yeri	Denizli	
Lisans	1993-1999	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mesleği	Avukat	Güntürk Karababa Avukatlık Ortaklığı Denizli Barosu
Yabancı Dil	İngilizce	İyi