

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**

**DOKTORA TEZİ**

**Güçlü AKYÜREK**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**

**ŞUBAT 2011**

## ÖNSÖZ

Bu çalışma Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı çerçevesinde hazırlanmıştır. Konunun Türk Ceza Hukuku açısından yeni bir suç olması nedeniyle araştırma özellikle yurtdışındaki örneklere ve çalışmalara yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda TÜBİTAK'ın "2214- Yurtdışı Araştırma Burs Programı" desteği ile Fransa ve Belçika'da; Neuchâtel Üniversitesi'nin desteğiyle de İsviçre'de çalışmalar yapılmış, diğer ülkelerin kaynaklarına ise gerek buralardaki kütüphaneler gerekse on-line olarak ulaşılmıştır. Katıklarıyla çalışmanın derinleşmesini sağlayan her iki kuruma da en içten teşekkürlerimi sunarım.

Söz konusu araştırmalar sırasında bana hem destek olan hem de yol gösteren danışmanım ve Hocam Sayın Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a ve Kürsü Başkanım Sayın Doç Dr. Ümit KOCASAKAL'a teşekkürü bir borç bilirim. Kürsü arkadaşın Yard. Doç Dr. Vesile Sonay EVİK'e tüm yardım ve önerileri için minnettarım. Ayrıca tüm bu zorlu süreç boyunca bana yardımlarını esirgemeyen ve her zaman destek olan sevgili anneme, babama ve eşime ne kadar teşekkür etsem azdır.

D'autre part, je remercie intimement Monsieur le Professeur Pierre-Henri BOLLE qui m'a encouragé et également permis de faire des recherches en Suisse,

Je remercie également Madame la Professeur Catherine TEITGEN-COLLY grâce à qui j'ai eu l'occasion d'accéder aux sources en France et en Belgique.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	x
RESUME	xi
ABSTRACT	xvi
ÖZET	xxi
GİRİŞ	1
<b>I. BÖLÜM: ÖZEL HAYAT KAVRAMI</b>	<b>5</b>
<b>A) Özel hayat kavramının açıklanması</b>	<b>5</b>
1) <u>Genel olarak</u>	5
2) <u>Özel hayatı açıklama yönündeki öğretici çalışmaları</u>	7
a) Alman “Üç Alan” teorisi	8
b) Başka hak ve kavramlarla ilişkilendiren teoriler	10
c) Özel hayat – kamusal hayat ayırımına dayanan teoriler	16
d) Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi teorisi	17
e) Kavramın içeriğini sayarak belirlemeye çalışan teoriler	19
3) <u>Özel hayatın korunması ve ihlali</u>	22
a) Korumanın nedeni	22
b) İhlal	24
4) <u>Görüşümüz</u>	28
<b>B) Özel hayat kavramının içeriği</b>	<b>36</b>
1) <u>Özel hayata dahil olan konular</u>	36
a) Kişisel veriler	36
aa) Kişisel veriler – özel hayat ilişkisi	36
bb) Kişisel veri kavramının içeriği ve korunması	39
cc) Hukuksal düzenlemeler ve ‘anayasallaşma’ eğilimi	45
b) Sırlar	46

aa) Genel olarak	46
bb) Unutulma hakkı	48
cc) Sağlık bilgileri	50
c) Elektronik iletişim	52
aa) Teknolojik gelişim	52
bb) Elektronik iletişimin izlenmesi	54
d) Telekomünikasyon yoluyla iletişim	58
e) Kameralar ve özel hayatın gizliliği	61
aa) Gelişim	61
bb) Kameralarla takip	63
f) Konut	67
aa) Konut kavramı	67
bb) İhlal	68
2) <u>Bazı tartışmalı gruplar açısından özel hayatın korunması</u>	70
a) İşçiler	71
aa) Batı dünyasındaki tartışmalar	72
bb) İşçiler ve kişisel verilerin korunması	77
cc) İşyerindeki korumaya ilişkin öneriler	79
b) Kişisel özgürlükleri kanun gereği kısıtlananlar	82
aa) Genel olarak	82
bb) İletişimin denetlenmesi	84
cc) Arama	85
dd) Özel hayatın gizliliğinin korunması	86
c) Aile üyeleri	87
aa) Eşler arasında özel hayat	87
bb) Ebeveynler ve çocuklar	90
d) Ölen kişi	93
e) Tüzel kişi	95
<b>C) Özel hayat kavramının gelişimi</b>	<b>99</b>
1) <u>Tarihsel gelişim</u>	99
a) İlk Çağ	99
b) Orta Çağ	100
c) XVIII ve XIX. yüzyıl	101

d)	XX. yüzyıl ve günümüz	103
2)	<u>AİHS ve AİHM uygulaması</u>	106
a)	Mahkeme'ye göre 8.maddenin kapsamının değerlendirilmesi	108
aa)	Kişisel veriler	110
bb)	Konut	112
cc)	Haberleşme	112
dd)	Diğer konular	113
ee)	Pozitif yükümlülükler	114
b)	Mahkeme'ye göre hukuka uygun kısıtlamanın koşulları	116
aa)	Yasal dayanak	117
bb)	Haklı sebep	119
cc)	Orantılılık	119
3)	<u>Çeşitli ülkeler ve uluslararası kuruluşlardaki uygulamalardan örnekler</u>	122
a)	Özel hayatın gizliliği hakkını tanımayan veya geç tanıyan Anglo-Sakson ülkeleri	123
aa)	İngiltere	123
bb)	Amerika Birleşik Devletleri	127
aaa)	Tarihsel gelişim	127
bbb)	Anayasal temel olarak Ek 4.Madde	129
ccc)	ABD'de ifade özgürlüğü ve özel hayat	132
ddd)	ABD'de güvenlik-özel hayat tartışması	134
cc)	Kanada	136
dd)	Diğer birkaç ülkeden örnekler	137
b)	Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan Kıta Avrupası ülkeleri	138
aa)	Fransa	138
aaa)	Tarihsel gelişim	138
bbb)	Anayasal temel tartışması	141
ccc)	Uygulamadan örnekler	142
bb)	Almanya	144
cc)	İsviçre	146
dd)	Belçika	148
ee)	Diğer ülkelerden örnekler	150
c)	AİHM dışındaki uluslararası kurumların yaklaşımları	151

<b>D) Çeşitli hukuk dallarında özel hayatın gizliliğinin korunması</b>	<b>153</b>
1) <u>Anayasa Hukuku</u>	153
a) Anayasadaki düzenlemeler	153
b) Anayasa Mahkemesi içtihadı	156
2) <u>Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku</u>	157
a) Türk Hukuku	158
b) Yabancı Hukuk	159
3) <u>Diğer hukuk dallarından örnekler</u>	161
<b>II. BÖLÜM: ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN HUKUKSAL YAPISI</b>	<b>163</b>
<b>A) Çeşitli ülkelerdeki cezai düzenlemeler</b>	<b>163</b>
1) <u>Genel olarak</u>	164
2) <u>Doğrudan düzenleme yapan ülkeler</u>	165
a) Fransa	165
b) İsviçre	169
c) Almanya	172
d) İtalya	173
e) İspanya	174
f) Rusya	174
g) Amerika Birleşik Devletleri	175
h) Diğer ülkelerden örnekler	175
3) <u>Dolaylı koruma örnekleri</u>	177
a) İngiltere	177
b) Avustralya	179
c) İsveç	180
<b>B) Eski TCK dönemindeki düzenlemeler</b>	<b>180</b>
1) <u>Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler (m.195-m.200)</u>	181
2) <u>Haksız arama suçu (m.183)</u>	188
3) <u>Konut dokunulmazlığı ihlal suçu (m.193-194)</u>	189
4) <u>Halkı rahatsız etme kabahati (m.547)</u>	192

<b>C) Korunan hukuki menfaat</b>	<b>193</b>
<b>D) Kanunilik unsuru</b>	<b>195</b>
1) <u>Yasallık tartışması</u>	195
2) <u>Tasarı ile yasadaki farklılık</u>	196
<b>E) Maddi unsur</b>	<b>198</b>
1) <u>Özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali (1.fıkra)</u>	198
a) Doğrudan 134.madde kapsamına giren haller	200
b) “Torba suç” düzenlemesinden doğan uygulama	205
aa) Haberleşmenin gizliliğini ihlal	205
bb) Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması	208
cc) Kişisel verilerin korunması	211
dd) Konut dokunulmazlığını ihlal ve haksız arama	213
c) Özel hayattaki sesler ve görüntüler	213
2) <u>Özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali (2.Fıkra)</u>	214
a) Genel olarak	214
b) Özel hayat olaylarının tekrar ifşası	218
c) Basın-yayın yoluyla ifşa	219
3) <u>Teşebbüs</u>	220
4) <u>Ek düzenleme gereği</u>	223
<b>F) Hukuka uygunluk sebepleri</b>	<b>224</b>
1) <u>Kanunun hükmü ve amirin emri</u>	224
a) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi	225
aa) Dünyada ve Türkiye’deki gelişim	226
bb) Koşulları	231
aaa) Soruşturma veya kovuşturma bulunması	231
bbb) Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı	232
ccc) Son çare ilkesi	232
ddd) Katalogda sayılan suçlardan birinin bulunması	235
eee) Yargıç kararı	238

fff) Mutlak olarak korunan gizli alan	245
ggg) Yakalama amaçlı tespit önlemi	247
cc) Özel dinleme	248
dd) Önlemin kötüye kullanılmaması ve çözüm önerileri	249
ee) Yasal sisteme aykırı yönetmelik hükmü	254
b) Teknik araçlarla izleme	257
aa) Koşulları	259
bb) MOBESE kameraları	263
cc) İletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izlemenin birlikte uygulanabilmesi sorunu	267
c) Arama	267
d) Gizli soruşturmacı görevlendirme	269
2) <u>Meşru savunma ve zorunluluk hali</u>	270
a) Meşru savunma	270
b) Zorunluluk hali	272
3) <u>Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası</u>	275
a) Hakkın kullanılması olarak basının haber verme hakkı	276
aa) Hakkın sınırları	277
aaa) Gerçeklik	280
bbb) Kamu yararı ve toplumsal ilgi	282
ccc) Güncellik	284
ddd) Düşünsel ilişki ve haberin verilisinde ölçülülük	285
eee) Gizli kamera tartışması	289
bb) Kamuya mal olmuş kişi kavramı	292
b) İlgilinin rızası	297
aa) Rızaya ehliyet	298
bb) Rızanın açıklanması	300
cc) Ceza Muhakemesi önlemlerinde rıza	306
<b>G) Manevi unsur</b>	<b>308</b>
<b>H) İçtima ve iştirak</b>	<b>310</b>
1) <u>İçtima</u>	310
a) Maddedeki suçların içtimaları	310

b) Fikri içtima	311
c) Zincirleme suç	313
d) Gerçek içtima	315
2) <u>İştirak</u>	316
<b>D) Suçun nitelikli halleri</b>	<b>318</b>
1) <u>Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.137/1-a)</u>	319
2) <u>Suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi (m.137/1-b)</u>	320
<b>J) Yaptırım ve usul</b>	<b>321</b>
1) <u>Yaptırım</u>	321
2) <u>Usul</u>	323
<b>SONUÇ</b>	<b>329</b>
<b>KAYNAKÇA</b>	<b>333</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ</b>	<b>352</b>

**KISALTMALAR****AB** : Avrupa Birliği**ABD** : Amerika Birleşik Devletleri**AİHM** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**AİHS** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**art.** : article**ATF**: Arrêts du Tribunal fédéral**AÜHF** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**AY** : Anayasa**CK** : Ceza Kanunu**CMK** : Ceza Muhakemesi Kanunu**CP** : Code pénal**CPP** : Code de procédure pénale**DGM** : Devlet Güvenlik Mahkemesi**DİHMİTK** : Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu**GSÜ** : Galatasaray Üniversitesi**İDDK** : İdari Dava Daireleri Kurulu**İHFM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**JTGKYK** : Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu**m.** : madde**OCDE / OECD** : Organisation de Coopération et de Développement Economiques /  
Organisation for Economic Cooperation and Development**PVSK** : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu**TBMM**: Türkiye Büyük Millet Meclisi**TCHD** : Türk Ceza Hukuku Derneği**TCK** : Türk Ceza Kanunu**YCGK** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu**YHGK** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**YİBK** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı**YÜHFD** : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## RESUME

La vie privée dont l'existence a été récemment acceptée et une certaine partie était indirectement protégée dans le cadre de l'inviolabilité du domicile et du droit de propriété, est actuellement devenue très large en raison du progrès technologique. Elle contient une grande partie de la vie personnelle y compris des relations sociales et la communication électronique. En même temps, la notion de « donnée à caractère personnelle » et sa protection qui sont des sujets à discuter de nos jours, sont devenues très actuelles et elles ont commencé à être de plus en plus l'objet des dispositions légales. La notion élargie de la vie privée est généralement et directement protégée par l'article 134 du Code pénal turc qui est entré en vigueur en 2005. Pourtant, la structure large de la notion et son dynamisme obligent de faire une discussion à la lumière du principe de légalité du droit pénal et de préciser les limites en tenant compte des autres droits/intérêts. C'est l'objectif principal de cette étude.

Ainsi, on utilise un plan déductif de deux parties. En premier lieu, on met en évidence certains essais de définir « la vie privée » en tant qu'un fait et « le secret de la vie privée » en tant qu'un droit en analysant les études et les recherches au niveau national, international ou étranger. En deuxième lieu, on étudie d'une façon plus spéciale la structure juridique de l'infraction « violation au secret de la vie privée » qui constitue l'objet principal de cette étude. A cet égard, on analyse d'abord les dispositions similaires dans les codes pénaux étrangers et des articles intéressés du Code pénal turc n.765 abrogé pour qu'ils constituent des exemples. On discute ensuite selon la méthode classique de l'analyse en droit pénal des éléments et des autres propriétés de l'infraction.

Selon le plan, on parle d'abord des études académiques définissant la notion de « la vie privée » et déterminant son contenu. Une des plus importantes théories est celle de « *Trois Cercles* » issue du droit allemand. Il y a au centre « le cercle intime » qui est inviolable et que seulement quelques personnes connaissent. Juste à l'extérieur se trouve « la vie privée au sens étroit » et c'est la vie de l'intéressé avec ses proches. Finalement on a « la vie sociale » qui est généralement publique. L'ambiguïté de la distinction est vivement critiquée. Bien qu'il existe plusieurs interprétations de cette théorie, il y a une autre méthode d'explication selon laquelle on définit « la vie privée » en utilisant des autres droits et notions. Ce sont principalement l'intimité personnelle, l'autonomie personnelle et la protection des données. Se trouve également une théorie basée sur la distinction entre la vie privée et publique. La première est ainsi protégée en tant que notion secrète, tandis que la deuxième est généralement connue. Mais puisque la distinction n'est pas assez claire et qu'on accepte aujourd'hui de plus en plus l'existence de la vie privée dans des lieux publics, cette théorie ne peut pas résoudre tous les problèmes. Une autre théorie vient du droit anglo-saxon et elle est particulièrement utilisée en tant qu'un critère par des tribunaux américains. C'est la théorie de « *reasonable expectation of privacy* ». On analyse en premier lieu d'une façon subjective si l'intéressé a une telle attente et en deuxième lieu d'une façon objective si l'intervention est raisonnable. De plus, il existe des théories qui essaient de définir la notion de la vie privée en

précisant le contenu. Par contre le dynamisme de la notion rend toutes ces théories insuffisantes.

Lorsqu'on fait une appréciation générale à la lumière de toutes ces explications et en tenant compte du principe de légalité du droit pénal, on conclut qu'il faut définir le secret de la vie privée d'une façon permettant une protection raisonnable et suffisante et en évitant des notions étrangères et incomplètes pour une définition juste et complète. Dans le système des droits de l'homme, chaque droit a un « noyau dur » inviolable et indispensable. Alors il y a des informations et faits de la vie propres à l'intéressé qui veut les tenir au secret et cela est protégé dans le cadre du droit au secret de la vie privée. De plus, la base de cette notion est la dignité humaine et l'autonomie personnelle. On conclut ainsi qu'il existe au centre une partie secrète inviolable que seul l'intéressé connaît. Ensuite la vie privée au sens étroit vient et finalement « la vie non privée » se trouve. Ce n'est pas la vie sociale parce que la vie privée y existe aussi. En précisant les limites, on prend en considération des conditions objectives et subjectives de la société à la lumière de la théorie « *reasonable expectation of privacy* » qui est très pratique. Il faut ainsi souligner que la vie privée persiste dans la vie publique aussi et qu'elle doit y être protégée.

Selon les explications ci-dessus et les pratiques nationales et internationales, on met en évidence que certains sujets doivent être considérés et protégés dans le cadre de la vie privée. Le premier est la notion de donnée à caractère personnel qui est définie comme le suivant : « *toute donnée relative à une personne physique identifiée ou identifiable* » et qui contient un très large champ d'application (depuis des données médicales jusqu'au numéro IP). Elle fait partie de la vie privée et elle a aujourd'hui une protection au niveau constitutionnelle. Les secrets font également partie de la vie privée. Mais ce sont des secrets personnels et privés qui ne constituent pas, par exemple, des secrets commerciaux. D'autre part une information non secrète peut au fur et à mesure devenir un secret. Un exemple pour cette situation acceptée dans le cadre du « *droit à l'oubli* » est la publication postérieure des infractions commises auparavant. Un troisième sujet est la communication électronique et particulièrement Internet qui est devenu un réseau bien étendu. D'ailleurs la règle du secret de la correspondance est issue du secret de la vie privée et de nouvelles mesures sont nécessaires en raison du progrès technologique permanent. Egalement la communication par voie de télécommunication et les caméras sont étudiés d'une façon détaillée en tant que des notions parallèlement développés à la technologie et permettant des possibilités des atteintes graves au secret de la vie privée. On étudie finalement le domicile et son inviolabilité qui font classiquement partie de la vie privée depuis longtemps.

Un autre résultat des analyses relatives à la vie privée est la situation de certains groupes de personnes. Même si les lieux où les ouvriers et les personnes dont la liberté est légalement limitée, ne sont pas considérés comme des lieux privés et que ces gens sont chargés de certaines obligations, on admet aujourd'hui que la vie privée existe et doit être protégée dans la vie professionnelle et même dans la prison. Egalement les membres de la même famille ne renoncent ni au droit au secret de la vie privée ni à leur « cercle intime » bien qu'ils aient certaines responsabilités issues de la vie familiale. Par contre, il n'est pas possible d'affirmer l'existence de la vie privée des personnes mortes ou morales puisque la raison d'être de la vie privée est de permettre de vivre d'une façon conforme à la dignité humaine. Lorsqu'on étudie l'évolution de la vie privée pour la bien analyser, on voit que certaines discussions

ont déjà commencé au XVIIIe siècle mais qu'un nouveau droit de l'homme n'a pu naître qu'à la deuxième moitié du XXe siècle. Pendant cette période, la Cour européenne des droits de l'homme a soutenu le progrès à l'aide de l'interprétation évolutive de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a ainsi mis sous la protection du dudit article un grand éventail des droits y compris les données à caractère personnel, le domicile, le droit à la conception dans la prison, les relations entre les parents et les enfants, le droit à l'environnement. D'autre part, les pays ont admis deux méthodes différentes. Les pays anglo-saxons comme le Royaume-Uni, les Etats-Unis et le Canada permettent une certaine protection grâce aux réglementations relatives au droit de propriété et à l'injure bien qu'ils n'admettent pas de droit indépendant au respect à la vie privée. Les pays de l'Europe continentale comme la France, l'Allemagne et la Suisse ont commencé à protéger directement la vie privée en élaborant des règles juridiques claires.

Dans la deuxième partie de l'étude, l'infraction de la violation au secret de la vie privée est particulièrement analysée. Il y a d'abord des exemples du droit comparé. Certains pays ont des infractions spéciales comme la Turquie. La France, la Suisse, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la Russie et quelques Etats de l'USA font partie de ce groupe. En général, on punit l'enregistrement et la divulgation des images et voix de la vie privée et on contrôle des appareils utilisables pour la commission de ces infractions. Par contre, le Royaume-Uni, l'Australie et la Suède permettent une protection indirecte et partielle grâce aux infractions contre l'inviolabilité sexuelle et la tranquillité personnelle malgré l'absence des dispositions spéciales. D'autre part quelques articles du Code pénal turc n.765 abrogé a indirectement protégé le droit au secret de la vie privée. C'étaient les infractions contre la confidentialité du secret, la fouille illégale, la violation à l'inviolabilité du domicile et la contravention d'agacer le public.

Ensuite, on suit la méthode classique et étudie respectivement l'intérêt juridique protégé, l'élément légal, l'élément matériel, les faits justificatifs, l'élément moral et d'autres propriétés de l'infraction. L'intérêt juridique protégé par l'infraction de la violation au secret de la vie privée est issu du droit de se développer et de vivre indépendamment de l'individu. Ainsi il s'agit du droit de vivre tranquillement et indépendamment y compris la protection du cercle intime et la non divulgation des informations et des faits privés. Quant à l'élément légal, la préférence de la définition actuelle permettant une large interprétation au lieu de la réglementation détaillée qui se trouvait dans le Projet de loi, entraîne des discussions de la légalité. Mais à la lumière des explications déjà faites, il est clair que la vie privée est une notion dont les limites peuvent être précisées. De plus, le dernier alinéa de l'article 2 du Code pénal turc autorisant la large interprétation la rend légale. Ainsi la réglementation n'est pas problématique en ce qui concerne du principe de légalité.

L'élément matériel a deux aspects. Le premier alinéa punit la violation générale au secret de la vie privée. Le fait d'obtenir et/ou de divulguer sans autorisation des informations et faits privés et secrets d'une personne, par exemple ses secrets, constitue l'élément matériel. En outre, comme on accepte l'existence de la vie privée même dans la vie publique, le suivi permanent ou le fait d'obtenir des informations relatives aux relations personnelles doivent être considérés comme une violation. Par ailleurs, l'article 134 constituant une infraction « fourre-tout » en raison de sa définition est une règle « générale » par rapport aux autres infractions du

même chapitre et à la violation à l'inviolabilité du domicile (art.116) et à la fouille illégale (art.120). Par conséquent, au cas où une de ces infractions n'est pas commise, le premier alinéa de l'article 134 est applicable. L'enregistrement des images et voix relatives à la vie privée est une circonstance aggravante. Lorsqu'on prend considération du fait que la violation devient permanente et plus grave en cas de l'enregistrement, il est clair que la réglementation est logique.

Le deuxième alinéa de l'article punit la violation au secret de la vie privée par voie de divulgation. Selon la définition de l'infraction, lorsqu'on divulgue des voix et images relatives à la vie privée, cet alinéa est applicable ; s'il s'agit d'autres informations, le premier alinéa s'applique en tant que règle générale. La divulgation n'est pas obligée d'être publique mais il faut que les victimes soient au moins identifiables. De plus, la divulgation n'est commise que par un acte actif, le seul fait de regarder des images ne constitue pas d'infraction. En prenant en considération de l'intérêt juridique protégé, on conclut que la répétition de la divulgation constitue une infraction aussi. Par ailleurs, la divulgation par voie de presse est une circonstance aggravante. Comme elle rend plus grave pour la victime le résultat de la violation, il est clair que cette règle est logique et nécessaire. La tentative est punissable.

La dernière remarque relative à l'élément matériel est le besoin de créer un contrôle des appareils utilisables pour la commission de ces infractions comme il existe dans la législation de plusieurs pays européens. Etant donné qu'il est très difficile de constater ces infractions entraînant une grave atteinte au secret de la vie privée, il faut strictement réglementer le système de la production et de l'importation de ces appareils et pénaliser des violations (infraction ou contravention).

Quant aux faits justificatifs, à côté de la légitime défense, de l'état de nécessité et du consentement de la victime, la fouille / la perquisition ainsi que le contrôle de la communication par voie de télécommunication et la sonorisation et la fixation d'images réglementés par le Code de procédure pénale n.5271 ont une importance particulière. Bien qu'il existe des règles très strictes dans la législation, on a toujours des problèmes dans la pratique. Même si l'intervention du juge est une garantie nécessaire, elle n'est pas du tout suffisante. Le respect absolu à la règle d' « *ultima ratio* », à l'interdiction de la preuve illégale, l'augmentation de la responsabilité personnelle des juges, procureurs de la République et de tous les intéressés, la transparence, la création d'un statut spécial du défenseur pour protéger les droits du suspect et de l'accusé sont des propositions à résoudre des problèmes actuels. Il faut en plus réexaminer MOBESE constituant un système permanent de la fixation d'images et élaborer une infrastructure légale appropriée.

Un autre fait justificatif important est la liberté de la presse. Il faut premièrement souligner les critères établis par la Cour de cassation : la vérité, l'intérêt public, l'actualité et la proportionnalité. Ainsi il faut remarquer que l'utilisation des caméras secrètes est absolument illégale. Deuxièmement il est nécessaire d'analyser la situation des personnes connues. A la lumière de l'arrêt *Von Hannover* de la Cour européenne des droits de l'homme, la protection de leur vie privée est devenue importante et il faut également respecter leur secret.

Il est à noter que depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal turc, le consentement de la victime est un fait justificatif explicite. Comme il s'agit d'une infraction issue de l'intention de protéger un droit complètement personnel, ce fait

est applicable pour cette infraction mais il faut bien analyser et examiner si le consentement est valide. Dans ce contexte, la situation des enfants, notamment des mineurs devient souvent très problématique et elle a besoin d'être étudiée d'une façon détaillée.

L'élément moral de l'infraction est l'intention en vertu de la législation claire. Elle peut être commise avec le dol éventuel aussi. Par ailleurs, comme deux alinéas définissent deux infractions indépendantes à l'encontre des exemples européens, il est possible de commettre la deuxième après avoir violé par imprudence ou négligence la première.

Finalement, il est à souligner que les dispositions générales relatives à la complicité et au cumul sont applicables à cette infraction. Mais il ne faut pas oublier que la dernière constitue une infraction « fourre-tout » par rapport aux articles du même chapitre et à la violation à l'inviolabilité du domicile et à la fouille illégale. Les circonstances aggravantes de l'article 137 sont valables pour la violation au secret de la vie privée. Il est conseillé d'ajouter en plus « la commission de l'infraction dans le cadre de la criminalité organisée » qui a un résultat plus grave. En outre, l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime. Cette infraction est ainsi soumise à la médiation. Lorsqu'on tient compte que l'intérêt juridique protégé est un droit absolument personnel, ce choix légal est logique. Pourtant, il faut élaborer une exception au cas où la circonstance aggravante conseillée ci-dessus existe. L'application de la peine n'est pas assez fréquente. Il existe très peu d'affaires devant les tribunaux malgré des discussions.

## ABSTRACT

The private life which has been recently recognized and partially protected under the property or/and trespass laws, has today a great content in the personal life, including networks and social contacts in public places because of technologic progress. Otherwise personal data and their protection have become one of the most problematic issues in the framework of the privacy and they always have been subject to legal regulations. In this context privacy has been generally and directly under protection since the article 134 of the Turkish Penal Code entered into force in 2005. Nevertheless, it is necessary to discuss and review this regulation in the light of “Principle of Legality” of Penal Law and other rights and interests because of the great and dynamic structure of the concept. This is the basic object of this study.

Thus, there is a deductive two-part method. In the first part, general structures of “private life” as a fact and “privacy” as a right are presented in the light of national – foreign – international studies and researches and applications made until today and some conclusions and resolutions are underlined. In the second part, legal structure of “the crime of the violation to privacy” which is the basic issue of the study, is analyzed with a special point of view. Therefore, regulations in foreign penal laws and relevant articles in the repealed Turkish Penal Code n.765 are examined at first in order to set examples. Then, elements and others properties of the crime are studied according to the classical crime study method of the Penal Law.

According to this method, some academic studies and researches having tried to definite “private life” and precise its content are at first explained. One of the most important theories is from German Law and it is called “*Three Areas Theory*”. Core is “confidential life” and it is untouchable and known only by the related person herself. Then there is “private life in the strict sense”. This is the life of the related person with her closes. Finally, there is the “social life” which is generally public. The ambiguity of this distinction is criticized by opponent theorists. Even if there are different interpretations, another explanation is based on using other rights and interests to definite the concept of private life. They are especially personal intimacy, personal autonomy and protection of personal data. There is also a distinction theory between “private life” and “public life”. The former is under protection because it is confidential, the latter is generally public. However, not only this distinction is not sufficiently clear but also it is ever accepted to have a private life in public places also. So this theory is not capable to resolve existing problems by creating new aspects. Another analyzed theory is from Anglo-Saxon Law and it is especially used by US courts as a criteria. This is “*reasonable expectation of privacy*”. Court subjectively examines at first if the relevant person has such expectation. In the case of positive answer, it objectively examines if the official intervention is reasonable. Meanwhile, all the personal and social facts are reviewed by court. Finally, there are some theories which try to definite private life by enumerating included rights and interests. But dynamism of the concept makes insufficient all these theories.

In the light of all these explanations and by considering the principle of legality of the Penal Law, it is better to definite the privacy with its own concepts instead of irrelevant and incomplete ones in order to provide an efficient protection. Secret and private facts and information of the life of a person constitute the private life and they are under protection of the right to privacy. Moreover in the Human Rights System, there always is untouchable and irrevocable hard-core of a fundamental right. Furthermore the source of the right to privacy is the human dignity and personal autonomy. Thus a person has an untouchable and confidential area including information known only by her. Then there is a private life in the strict sense and finally a non private life instead of social life where private life still survives. By drawing the line, it is very logic and possible to use the practical criteria of “reasonable expectation of privacy”. Meanwhile it is necessary to take into consideration existing subjective and objective circumstances in the society. So the private life exists in public life and it should be protected.

According to these explanations and national and international applications, some subjects should be considered in the private life and so protected. The first one is personal data which is defined as “*any information relating to an identified or identifiable natural person*” and includes a great field of application from medical secrets to IP numbers. These data are considered as a part of private life and so the right to privacy and there is a constitutional protection in many countries. Another subject is personal secret. But this is personal and private secret and for example trade secrets are not included. Moreover some information which is not secret can become a secret in the course of time. An example to this situation considered as a part of the “*right to oblivion*” is reviving some crimes committed in the past. Electronic communication and specially Internet which has already been the most widely-used network is also a part of the private life. New measures should be taken in parallel with technological development. Telecommunication and security cameras are similarly studied because they have become the facts providing interventions to privacy in consequence of technologic progress. Finally concepts of dwelling and protection against trespass are analyzed as the classical parts of private life.

Another result of these discussions is the situation of some groups. Even if places of labors and people whose liberty is legally restricted are classically not considered as “private” and these people have many obligations, it is accepted today that private life survives in professional life and prison also and it should be protected against illegal interventions, violations. Members of a family have similarly some responsibilities, thus they have to make sacrifice. Nevertheless, they never totally give up their right to privacy because of marriage. They still have their own “confidential life” unknown by others. However as the basic object of private life and the right to privacy is providing to have a life in the framework of human dignity, it is clear that neither dead people nor corporations have any private life.

In order to analyze better the concept, historical background should be studied. At first the fact that this is a new concept should be underlined. Some discussion started especially in XVIIIth century and privacy has been considered as a human right since the second half of XXth century. Meanwhile the European Court of Human Rights has created a great case-law of the 8<sup>th</sup> Article of the European Convention on Human Rights and provided a great field of application to the right to privacy. Today the Court considers as a part of private life personal data, communication, dwelling and also right to have a child in prison, relations between

parents and their child(ren) and right to live in a healthy environment. Countries have two different methods about the protection of this right. Even if some Anglo-Saxon countries like United Kingdom, United States and Australia do not accept the existence of an independent right to privacy, they protect it by means of other legal regulations such as right to property or protection against trespass. Some European countries like France, Germany and Switzerland have directly and clearly made regulations about the right to privacy.

In the second part of study, the structure of the crime of the violation to privacy is deeply and especially analyzed. At first there is a presentation of relevant comparative law in order to set application examples. Some countries have special regulations like Turkey. France, Switzerland, Italy, Spain, Russia and some States in USA are in this group. Recording and disclosing images and sounds related to private life are generally punished. Devices used for these acts are legally under control. On the other side some Anglo-Saxon countries like United Kingdom and Australia or some European countries like Sweden do not have any special regulation, however they provide a partial and indirect protection thanks to their legislation related to crimes against sexual integrity or personal peace. The repealed Turkish Penal Code n.765 also had such a protection: crimes against confidentiality of secret, illegal search, trespass and misdemeanor of disturbing people.

Then the classical method is followed. Protected legal interest, legal element, *actus reus*, justifications, mental element (*mens rea*) and other properties of this crime are respectively and deeply studied. The protected legal interest of this crime is from the rights to self-development and to live freely. In this context, a person wants that her confidential area unknown by others is completely protected and also some information known by a few people are protected against divulgation. So she has the right to have a free and independent live. In the field of legal element, the fact that acceptance of present definition leading to a great interpretation instead of strict definition in draft law causes discussions about legality. But in the light of explanations above mentioned the private life is a fact whose limits are predictable. Secondly the paragraph of the article 2 of the Turkish Penal Code allows great interpretation and makes it applicable to all crimes. Thus this regulation creates no problem related to the principle of legality of the Penal Law.

*Actus reus* of this crime has two important aspects. The first paragraph regulates the crime of general violation to privacy. This is obtaining and/or transferring to third person without authorization private and secret information or facts of a person like secrets. Moreover as it is accepted today that private life exists in public places, stalking or obtaining information about the places where a person frequents or her closed people should be considered as *actus reus* of this crime. Additionally due to the definition, article 134 regulates a “catch-all crime”. Thus it is a general regulation for the other crime in the same chapter and also trespass on article 116 and illegal search on article 120. In that case when these crimes are not constituted, the first paragraph of the article is applicable. For this crime recording of images and sounds is an aggravating circumstance because this is an act whose results are permanent and serious in the field of protection of the privacy.

The second paragraph of the article 134 punishes violation to privacy through divulging images and sounds related to private life. According to this regulation, if images and sounds related to private life are divulged, this paragraph is applicable.

Nevertheless, in case of divulgation of other private facts and information which should be kept confidential, the first paragraph is applicable as a general rule. For divulgation, publicity is not necessary. But the people whose images are seen or whose sounds are heard should be recognizable because divulgation means transferring to third person. If no one can recognize the victim(s), transferring is not constituted. Moreover divulgation can only be made by an active act. So watching these images or hearing these sound without recording them constitute this crime. Taking into consideration the protected legal interest of the crime, repetition of divulgation should be considered as having constituted a second crime. Additionally divulgation through the press and broadcasting is an aggravating circumstance because this method provides to reach to a lot of people and so the result of crime becomes more serious. According to the definitions on article 6 of the Turkish Penal Code, “through the press and broadcasting” means “any public dissemination of information through written, visual, audio or electronic means”. Thus it includes not only newspaper or magazines but also televisions and Internet.

Attempt is possible for this crime. The last point about *actus reus* is the necessity of creating a control of devices used for secret surveillance. This regulation exists in many European countries and it has a preventive function because it is very hard to detect these crimes which have a serious impact to the right to privacy. Therefore it is better to control production and importation of these devices and to establish strict rules and to punish violations as crime or as misdemeanor.

Justifications are self-defense, necessity, consent of victim, search and as new measures regulated by the Turkish Criminal Procedure Code n.5271 interception of communication through telecommunication, undercover investigator and surveillance with technical devices. Even if there are really strict rules about interception and surveillance, a lot of problems always exist in practice. A warrant issued by judge is an essential guarantee but not enough. It is recommend to respect absolutely the rule of “*ultima ratio*” and interdiction of illegal evidences, to review the civil and penal liability of the relevant officers including judges, prosecutors and policemen, to establish really a transparent and accountable system and to create a special defense counsel in order to protect the rights of suspect or accused. Moreover MOBESE which is a general surveillance system should be reviewed and a legal infrastructure respecting fundamental rights should be established.

Another justification is liberty of press. The criteria used by the Court of Cassation should be here taken into consideration: truthful, public interest, social interest, actuality and proportionality. In this context using of hidden camera is illegal and violates the right to privacy. It is clear that a competence which officials can only apply in very strict conditions is not applicable by the press. The same rule is valid for relations labor-employer and within the family. A second important issue is the situation of famous people. Especially after the case *Von Hannover* of the European Court of Human Rights, the protection of their right to privacy becomes more important and it is underlined that their right also should be respected.

Consent of victim is a justification clearly regulated by the Turkish Penal Code and as article 134 protects a personal right, it is logic and acceptable that consent of the rightful owner justifies the act and makes it legal. Bu it is necessary to study and decide if the consent is valid. For example the situation of children is problematic and needs to be studied.

*Mens rea* of this crime is intent according to the clear legal regulation. It is also possible to commit it by eventual intent. As two paragraphs regulate two different and independent crimes in opposition of European examples, it is possible to commit intentionally the second crime after having violated by negligence or by conscious negligence the first one.

Finally it is noted that general regulations of the Turkish Penal Code about participation and aggregation are applicable to the article 134 without any difference. Thus the crime of violation to privacy (paragraph 1 or paragraph 2) can jointly be committed. But about aggregation, it should be again underlined that this crime is a “catch-all crime” and so a general regulation for the other crimes in the same chapter and trespass and illegal search. This property should be taken into consideration. Aggravating circumstances regulated by article 137 are applicable for the whole chapter not excepting article 134. This is a logic rule and it is recommended to add a third one: committing the crime “in the course of the activities of a criminal organization” because in this case, the result becomes more serious and harmful to the victim(s). The crime of violation to privacy is subject to a complaint and so to the mediation. As the fact that protected legal interest is a personal right is taken into consideration, this regulation is logic and acceptable but the aggravating circumstance recommended above should be excepted in order to provide a complete protection. In spite of long discussions, the number of cases before the court is very little.

## ÖZET

Yakın zamana kadar varlığı bile kabul edilmeyen ve yalnızca kapalı kapılar ardındaki kısmı, konut dokunulmazlığı ve/veya mülkiyet hakkı gibi kavramlarla dolaylı olarak korunan özel hayat, günümüzde teknolojinin de gelişimine koşut olarak son derece genişlemiş ve sanal iletişim ağları ve kamuya açık alanlardaki sosyal ilişkiler de dahil olmak üzere kişinin hayatının çok geniş bir kısmını kapsayacak boyuta ulaşmıştır. Bununla birlikte son yılların en güncel ve tartışmalı kavramlarından biri olan kişisel veriler ve kişisel verilerin korunması konuları da özel hayatın gizliliğinin korunması bağlamında en çok gündeme gelen ve yasal düzenlemelere giren değerler haline gelmiştir. Böylece genişleyen kavram 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi ile genel anlamda ve doğrudan korunmaya başlanmıştır. Ancak kavramın dinamik ve geniş yapısı nedeniyle Ceza Hukukundaki “yasallık ilkesi” ışığında düzenlemenin tartışılması ve başka haklar/değerleri de dikkate alarak genel bir çerçeve çizilmesi gerekmiştir. Bu çalışmadaki asıl amaç da budur.

Bu bağlamda çalışmada tümden gelimsel ikili bir plandan hareket edilmiştir. İlk bölümde günümüze kadar yapılmış ulusal – yabancı – uluslararası çalışma ve araştırmaların, uygulamaların ışığında bir olgu olarak “özel hayat” ile bir hak olarak “özel hayatın gizliliği” kavramlarının genel yapısı ortaya konularak bazı tanımlamalara ve sonuçlara ulaşılmıştır. İkinci bölümde ise daha özele inilerek çalışmanın ana konusu olan “özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun” hukuki yapısı incelenmiştir. Dolayısıyla öncelikle örnek oluşturması bakımından yabancı ülkelerin kanunlarındaki düzenlemeler ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili maddeler irdelenmiş, sonrasında klasik Ceza Hukuku suç inceleme yönteminde unsurlar ve suçun diğer özellikleri tartışılmıştır.

Açıklanan plana göre ilk önce “özel hayat” kavramının içeriğinin belirlenebilmesi açısından ilgili öğretici çalışmalarına değinilmiştir. Konuyla ilgili en önemli teorilerden biri Alman Hukuku kökenli “*Üç Alan*” teorisidir. Buna göre en içte dokunulmaz bir “gizli hayat” bulunmakta ve bunu yalnızca ilgili kişi bilmektedir. Hemen dışında “dar anlamda özel hayat” yer almaktadır ve bu da ilgili kişinin yakın çevresi ile olan hayatıdır. En dıştaki “sosyal hayat” ise genellikle alenidir. Ayrımın muğlâklığı eleştirilmektedir. Bu teorinin çeşitli yorumları bulunmakla birlikte tanımlamada başvurulan bir başka yol, “özel hayat” kavramının başka hak veya kavramlarla açıklanmaya çalışılmasıdır. En temel çıkış noktaları ise kişisel mahremiyet ve kişisel özerklik ile verilerin korunabilmesidir. Diğer bir teori özel hayat – kamusal hayat ayrımıdır. Buna göre özel hayat gizli olması nedeniyle korunmaya değer iken kamusal hayat genel olarak aleni olduğundan aynı biçimde korunmamaktadır. Ancak gerek ayrımın yeterince açık olmaması gerekse günümüzde kamusal alanda da özel hayatın varlığının giderek kabul edilen bir olgu olması nedeniyle bu yaklaşım da amaca hizmet etmemektedir. Değinilen bir başka teori, Anglo-Sakson Hukuku kökenli olan ve özellikle ABD mahkemelerinin bir ölçüt olarak başvurduğu “*özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi*” teorisidir. Burada önce subjektif bir bakış açısı ile ilgili kişinin böyle bir beklentisinin olup olmadığı

sorgulanır, daha sonra ise objektif olarak müdahalenin makul olup olmadığı tartışılır. Tüm bunlara ek olarak özel hayat kavramının içeriğini sayarak belirlemeye çalışan teoriler de bulunmaktadır. Ancak kavramın dinamizmi bu teorileri yetersiz kılmaktadır.

Söz konusu görüşlerin ışığında ve Ceza Hukukundaki yasallık ilkesi de dikkate alınarak genel bir değerlendirme yapıldığında özel hayatın gizliliğinin tam ve doğru bir tanımının yapılabilmesi için yabancı ve eksik kavramlar yerine kavramdan kaynaklanan, etkin bir koruma sağlayan bir tanımın yapılması gerekmektedir. İnsan Hakları sistemi içinde bir hakkın dokunulmaz, vazgeçilmez bir çekirdeğinin olduğu da göz önüne alındığında, kişiye özel ve gizli kalması gereken bilgi ve hayat olaylarının özel hayatı oluşturduğu ve özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde korunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca bu kavramın temel çıkış noktası insan haysiyeti kavramı ve kişisel özerkliktir. Böylece en içte yalnızca o kişinin bildiği hayat bilgileri ve olaylarından oluşan ve dokunulmaz olan bir gizli alanın bulunduğu, bunun dışında dar anlamda özel hayat alanının bulunduğu, en dışarıda ise özel hayatın söz konusu olabileceği sosyal hayat değil, “özel olmayan hayat alanının” bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Sınırlar belirlenirken de pratik bir yapısı olan “*özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi*” testinin ışığında toplumdaki nesnel ve öznel koşullar dikkate alınacaktır. Bunun sonucunda da hem herhangi bir ayırım olmaksızın bütün insanların özel hayatının olduğu hem de kamusal hayatta da özel hayatın bulunduğu ve korunması gerektiği belirtilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ile ulusal ve uluslararası uygulamalara göre bazı konuların özel hayat içinde değerlendirilip korunması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki kişisel veriler olup, “*kimliği belli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye dair her türlü bilgi*” olarak tanımlanmakta ve sağlık bilgilerinden IP numaralarına kadar çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Özel hayat ile yakın ilişki içinde bulunan kişisel verilerin korunması günümüzde anayasal bir değer de taşımaya başlamıştır. Diğer bir konu sırlardır ve klasik olarak özel hayatın parçasını oluşturur. Ancak burada söz konusu olan kişiye özel sırlardır ve örneğin ticari sırlar bu kapsamda değerlendirilemez. Ayrıca başta sır niteliği taşımayan bir bilgi zamanın geçmesi ile sır halini alabilir. “*Unutulma hakkı*” çerçevesinde kabul edilen bu duruma örnek geçmişte işlenen suçların yıllar sonra tekrar aleniyet kazanmasıdır. Başka bir konu da elektronik iletişim ve son derece yaygın bir iletişim ağı haline gelen İnternet’tir. Zira iletişimin gizliliği özel hayatın bir parçasını oluşturur ve gelişen teknoloji karşısından yeni önlemlerin de alınması zorunludur. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ve kameralar da teknolojik gelişime paralel olarak etkinleşen ve özel hayatın gizliliğine ciddi müdahale olanakları sağlayan olgular olarak yine incelenmektedir. Son olarak ise özel hayatın en eski ve klasik parçası olan konut ve konut dokunulmazlığı incelenmektedir.

Özel hayat üzerine tartışmalardan çıkan bir başka sonuç ise bazı kişi gruplarının durumudur. İşçiler ve kişisel özgürlüğü kanun gereği kısıtlanan kişilerin bulunduğu yerler klasik anlamda özel hayat alanı olarak kabul edilmese ve bu kişilerin belirgin birçok yükümlülüğe tabi olması söz konusu olsa da, günümüzde gerek işyerinde gerek ceza ve tutukevlerinde özel hayatın devam ettiği ve korunması gerektiği kabul edilmektedir. Benzer biçimde aile üyelerinin, ailevi yaşamları gereği bazı sorumlulukları ve fedakarlıkları olsa da özel hayatlarının gizliliğinden, özellikle de “gizli alanlarından” tamamıyla vazgeçmeleri söz konusu değildir. Buna karşın özel hayatın, kişilerin insan haysiyetine uygun bir yaşam sürmelerini amaçladığı

dikkate alınacak olursa ölen kişiler ve tüzel kişiler açısından ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Kavramı daha iyi anlayabilmek için gelişim sürecine bakıldığında, tarihsel açıdan çok yeni olduğu, özellikle XVIII. yüzyılda bazı tartışmaların başladığı ve ancak XX. yüzyılın ikinci yarısında tam bir insan hakkı olarak kabul edilip kanunlarda yer almaya başladığı görülmektedir. Bu dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme'nin 8.maddesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmelerle gelişime katkıda bulunmuş; değinilen kişisel veriler, iletişim, konut gibi kavramların yanında cezaevinde çocuk sahibi olabilme hakkı, ebeveyn-çocuk ilişkisi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi çok geniş bir alanı da korumaya almıştır. Ülkelerin uygulamalarında da iki farklı yol izlenmiş; İngiltere, ABD, Kanada gibi Anglo-Sakson ülkeleri bağımsız bir özel hayatın gizliliği hakkını tam olarak tanımasalar da konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı hatta hakaret ile ilgili düzenlemeler aracılığıyla koruma sağlamışlardır. Fransa, Almanya, İsviçre gibi ülkeler ise yasal düzeyde açık düzenlemeler yapıp doğrudan özel hayatın gizliliği hakkını korumaya başlamışlardır.

Çalışmanın ikinci bölümünde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu özel olarak incelenmektedir. İlk önce düzenlemenin yorumlanmasında örnek oluşturabilecek karşılaştırmalı hukuk çalışmasına yer verilmiştir. Bazı ülkeler tıpkı Türkiye'deki gibi özel düzenlemeler yapmışlardır. Fransa, İsviçre, Almanya, İtalya, İspanya, Rusya ve bazı ABD eyaletleri bu gruptadır. Genel olarak özel hayata ilişkin ses ve görüntülerin kaydı ve ifşası cezalandırmakta, bu suçta kullanılabilen aletler de denetlenmektedir. Öte yandan İngiltere ve Avustralya gibi Anglo-Sakson ülkelerinin yanında İsveç gibi bazı Avrupa ülkeleri ise özel düzenleme yapmamakla beraber cinsel dokunulmazlığa ya da kişisel huzura karşı suçlar aracılığı ile dolaylı ve kısmi koruma sağlamaktadır. Diğer yandan 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda da bazı düzenlemeler dolaylı bir koruma sağlamıştır. Bunlar sırrın masuniyeti aleyhine cürümler, haksız arama ve konut dokunamazlığını ihlal suçları ile halkı rahatsız etme kabahatidir.

Çalışmada daha sonra klasik metot izlenmiş ve sırasıyla korunan hukuki menfaat, kanunilik unsuru, maddi unsur, hukuka uygunluk sebepleri, manevi unsur ve suçun diğer özellikleri ele alınmıştır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla korunan hukuki menfaat, kişinin kişiliğini özgürce geliştirebilme ve bağımsız bir hayat sürebilme hakkından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda hem üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyeceği gizli alanının korunması hem de bazı kişilerce bilinebilir olmakla beraber yayılmasını, ifşa edilmesini istemeyeceği özel hayat bilgilerinin korunması, dolayısıyla da kişinin rahat ve özgür bir hayat sürdürebilme hakkı olduğu söylenebilir. Kanunilik unsuru açısından ise suçun tasarısındaki ayrıntılı tanımından vazgeçilip geniş yorumlanmaya uygun mevcut halinin benimsenmesi yasallık tartışması yaratmıştır. Ancak yapılan açıklamaların ışığında özel hayat sınırları çizilebilir bir kavramdır. Diğer yandan Türk Ceza Kanunu'nun 2.maddesinin son fıkrasının geniş yoruma izin vermesi de söz konusu yorumu uygulanabilir hale getirmektedir. Dolayısıyla düzenleme yasallık ilkesi açısından sorun yaratmamaktadır.

Maddi unsur açısından suçu iki yönden incelemek gerekmektedir. İlk fıkrada özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali suçu düzenlenmektedir. Kişiye dair özel ve gizli hayat olaylarının ya da bilgilerinin örneğin sırlarının izinsiz olarak ele geçirilmesi ve/veya başkalarına ulaştırılması maddi unsuru oluşturmaktadır. Ayrıca günümüzde özel hayatın kamusal alanlarda da yaşandığı kabul edildiğinde kişinin

sürekli olarak izlenmesi veya belli yerlere gidip belli kişilerle buluşması hakkında bilgi edinilmesi de suçun maddi unsuruna dahil kabul edilmelidir. Ek olarak tanımı gereği “torba suç” konumundaki 134.maddenin öncelikle aynı bölümde yer aldığı diğer suçlar olmak üzere 116.maddedeki “konut dokunulmazlığının ihlali” ve 120.maddedeki “haksız arama” suçlarını da kapsayıcı genel bir hüküm olduğu açıktır. O halde bu suçların oluşmadığı durumlarda 134.maddenin 1.fikrasına gidilebilmektedir. Son olarak ilk fıkradaki suç açısından özel hayata ilişkin görüntü ve eslerin kaydı eylemi bir ağılaştırıcı sebeptir. Kayıt eylemi bilgiyi sürekli olarak saklama olanağı verdiğiinden yapılan ihlalin sonuçları daha ağır bir hale gelmektedir. Bu nedenle düzenleme yerinde ve makuldür.

Suçun ikinci fıkrasında ise özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali suçü düzenlenmektedir. Düzenleme uyarınca özel hayata dair ses veya görüntüler ifşa edilirse bu fıkra, başka bilgiler ifşa edilirse ilk fıkra uygulanacaktır. İfşa açısından aleniyet gerekli olmamakla birlikte ses veya görüntü sahibinin tanınabilir olması gerekmektedir. Ayrıca ifşa ancak icrai bir hareketle yapılabileceğinden kaydedilmiş görüntünün yalnızca izlenmesi suçü oluşturmayacaktır. Suçla korunan hukuki menfaat dikkate alındığında ifşanın tekrarının da suç oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun yanında basın-yayın yoluyla ifşa ağılaştırıcı bir sebeptir. Bu yolla ifşanın daha çok insana ulaşması ve ihlalin sonuçlarının daha ağır olmasına yol açılacağından düzenlemenin yerinde olduğu eklenmelidir.

Teşebbüsün de olanaklı olduğu maddi unsur için son olarak söylenmesi gereken tıpkı birçok Avrupa ülkesinde bulunan ve önleyici bir işlev gören gizli takip / dinleme yapmaya yarayan aletlerin denetiminin gerekliliğidir. Bu eylemlerin tespitinin çok zor olması ve özel hayatın gizliliğine yönelik ciddi tehdit karşısında söz konusu aletlerin üretimi ve ülkeye girişinin sıkı koşullara bağlanması, aksine eylemlerin de suç veya kabahat olarak cezalandırılması gerekmektedir.

Hukuka uygunluk sebepleri açısından meşru savunma, zorunluluk hali, mağdurun rızası ve arama gibi durumların yanında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme büyük önem taşımaktadır. Yasada sıkı koşullar bulunmakla birlikte uygulamada sorunlar yaşamaktadır. Bu önlemler açısından yargıç kararı gerekli bir güvence olsa da yeterli değildir. Son çare kuralına ve hukuka aykırı delil yasağına mutlaka uyulması, yargıçlar ve Cumhuriyet savcılarını da dahil olmak üzere ilgili görevlilerin bireysel sorumluluklarının arttırılması, şeffaflık ve hesap verebilirlik ve şüpheli/sanığın haklarını korumak üzere özel bir müdafilik sisteminin kurulması bu alanda yapılan önerilerdir. Ayrıca genel bir teknik takip yolu olan MOBESE sisteminin de yeniden gözden geçirilerek mutlaka yasal bir alt yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi hakkın kullanılması çerçevesinde basının haber verme hakkıdır. Burada dikkat edilmesi gereken ilk konu Yargıtay tarafından uzun zamandır uygulanan ölçütlerdir; gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik ile düşünsel ilişki ve ölçülülük. Bu bağlamda gizli kamera kullanımının hukuka aykırı olduğu belirtilmelidir. Hakkın kullanılması açısından ikinci önemli konu ise kamuya mal olmuş kişi kavramıdır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Von Hannover* kararı ile bu kişilere yönelik koruma önem kazanmış ve onların da özel hayatlarının gizliliğine saygı duyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Öte yandan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda açıkça bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen mağdurun rızası da çalışmaya konu suç açısından önem taşımaktadır. Kişiyi sıkı suretle bağlı bir hakkın korunması söz konusu olduğundan yapılan eylemin mağduru olan kişinin gösteri öncül veya hem zamanlı rıza fail açısından bir hukuka uygunluk sebebi yaratacak ve suçun oluşumunu engelleyecektir. Ancak burada rızanın sağlıklı olup olmadığı ve geçerliliği araştırılmalıdır. Nitekim çocukların durumu tartışmalı bir hal almakta ve konunu çok yönlü olarak incelenmesi gerekmektedir.

Suçun manevi unsuru ise açık yasal düzenleme çevresinde kasttır. Somut olayın ışığında olası kastla da işlenebilir. Ayrıca 134.maddenin iki fıkrası Avrupa'daki örneklerinin aksine birbirinden bağımsız olduğu için ilk fıkranın taksirle ihlalden sonra görüntülerin kasten ifşası ile ikinci fıkradaki suç işlenebilmektedir.

Son olarak suçun diğer özellikleri açısından iştirak ve içtima hükümlerinin 134.madde açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Ancak suçun bölümde yer alan diğer suçlar ve Türk Ceza Kanunu'nun 116 ve 120.maddelerindeki suçlara göre "torba suç" niteliği taşıdığı bu nedenle de genel hüküm olduğu unutulmamalıdır. 137.maddede belirtilen ve tüm bölüm için geçerli olan ağırlaştırıcı sebepler bu suç içinde de geçerlidir. Düzenleme yerinde olup bunlara bir de neticenin daha ağır olması nedeniyle suçun "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" hali eklenmelidir. Ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçu şikayete, dolayısıyla da uzlaşmaya tabidir. Korunan hukuki menfaatin kişiyi sıkı suretle bağlı bir hak olduğu düşünüldüğünde doğru bir düzenleme olmakla birlikte yukarıda önerilen ağırlatıcı hal istisna edilmelidir. Suçun uygulanma oranı düşüktür ve yoğun tartışmalara rağmen yargıya yansıyan olay sayısı son derece az olmaktadır.

## GİRİŞ

Hukuk dalları içerisinde en dinamik yapıya sahip olup toplumsal gelişim sürecine paralel olarak en hızlı değişen ya da en azından değişmesi gereken dallardan biri hiç kuşkusuz Ceza Hukukudur. Gerek toplumu etkileyen siyasi, kültürel, teknolojik değişimler gerekse zamanla toplumsal yaşayışın bir gereği olarak ortaya çıkan düşünsel farklılıklar ve algılama farklılıkları sonucunda zarar verici yeni eylemler ortaya çıkmakta, bunun sonucunda da kişileri ve toplumu etkin biçimde koruyabilmek adına yeni suç tipleri yaratmak gerekmektedir. Ya da süreç tam tersi bir sonuca yol açarak var olan kimi suç tiplerinin ortadan kalkmasına neden olabilmektedir.

Özel hayat kavramı da bu bağlamda Ceza Hukukuna benzer bir dinamizm taşımaktadır. Temel çıkış noktası insan haysiyeti olup insanın insanca bir yaşam sürmesi için gerekli olan, bu nedenle de yapısı ve doğası gereği mahrem/gizli kalması gereken özel hayat kavramı, bir değer ve korunan bir hak olarak özel hayatın gizliliğinin de doğumuna yol açmıştır. Öte yandan kişilerle doğrudan ve yakından ilgili bir değer olması nedeniyle içeriği ve koşulları zamana, mekana ve toplumsal yapıya bağlı olarak değişmekte, gelişmektedir. Yakın zamana kadar varlığı bile kabul edilmeyen ve yalnızca kapalı kapılar adındaki kısmı, konut dokunulmazlığı ve/veya mülkiyet hakkı gibi kavramlarla dolaylı olarak korunan özel hayat, günümüzde teknolojinin de gelişimine koşut olarak son derece genişlemiş ve sanal iletişim ağları ve kamuya açık alanlardaki sosyal ilişkiler de dahil olmak üzere kişinin hayatının çok geniş bir kısmını kapsayacak boyuta ulaşmıştır. Bununla birlikte son yılların en güncel ve tartışmalı kavramlarından biri olan kişisel veriler ve kişisel verilerin korunması konuları da özel hayatın gizliliğinin korunması bağlamında en çok gündeme gelen ve yasal düzenlemelere giren değerler haline gelmiştir.

Zira özel hayat ve yansıması olan özel hayatın gizliliği hakkının kişilerin hem dikey hem de yatay ilişkileri bakımından taşıdığı değer ve kırılabilirlik her geçen gün artmaktadır. Dikey ilişkilerden kasıt kişinin devletle yani resmi makamlarla olan ilişkisidir. Her ne kadar bu alandaki ihlal ve korumalar temel çıkış noktası olsa da özel hayatın kişiler arasındaki ilişkilerde yani yatay ilişkilerde de bir önemi olduğu yadsınamaz. Yine teknolojik ve toplumsal gelişime koşut olarak başta basın olmak üzere özel kişilerin başkalarının özel hayatına girerek araştırma yapması ve elde ettikleri verileri ifşa etmesi, böylece de gizliliği ihlal etmesi çok ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Hatta iletişim olanaklarının günümüzde ulaştığı seviye dikkate alındığında yatay ilişkilerdeki ihlallerin çoğu zaman dikey ilişkilerden daha tehlikeli ve zarar verici hale geldiği de ileri sürülebilmektedir. Bununla birlikte dikey ilişkilerde; güvenliğin sağlanması ve suçla mücadelenin sürdürülebilmesi; yatay ilişkilerde ise haber verme özgürlüğü ve ifade özgürlüğü gibi değerlerle özel hayatın gizliliği hakkının dengelenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira kişilerin özel hayat gibi bireysel değerlerinin korunmasının yanında güvenlik, suça karşı korunma ve basın aracılığı ile bilgilendirme gibi hem bireysel hem de toplumsal anlam taşıyan değer ve kavramların da korunması demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.

Söz konusu tartışma ve değişimlerin ışığında ilk başlarda doğrudan başvuru ve Medeni Hukuk ve özellikle de Tazminat Hukukundan kaynaklanan önlem ve uygulamalar yeterli gelmemeye, ihlalleri engelleyip kişilerin haklı çıkarlarını korumamaya ya da az korumaya başlamıştır. Böylece 20.yüzyılın ikinci yarısında başta Kuzey Avrupa ülkelerinde, son çeyrekte ise yoğun biçimde Kıta Avrupası ülkelerinde doğrudan ve esas olarak özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik ceza hükümleri içeren yasalar yürürlüğe girmeye başlamıştır. Bununla birlikte bütün ülkeleri de aynı oranda kapsayacak yasal değişimler olmamış; bazıları son derece koruyucu bir yaklaşım sergilerken bazı ülkelerin başka değer ve haklar daha çok koruduğu görülmüştür. Türkiye de bu ceza yasaları ile koruma sağlama eğilimini oldukça geç benimsemiş ve zamansal açıdan çok geriden izlemiştir. 1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli hükümler olmakla birlikte tam bir düzenleme ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanununda yapılabilmektedir. O da bu çalışmanın konusunu oluşturan ve Kanunun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” adlı

dokuzuncu bölümde yer alan 134.maddedeki “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçudur. Düzenleme çok uzun olmamakla birlikte gerek son derece geniş ve sürekli gelişen bir kavram olan özel hayatı içermesi gerekse Ceza Kanununda bulunduğu yer ve diğer ilgili suçlarla bağlantısı nedeniyle, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçu çok geniş biçimde uygulanabilecek ve bu bağlamda da birçok hakkı/çıkarı etkileyebilecek bir yapıya sahiptir. Bu nedenle hem uluslararası belgelerde hem de anayasal ve yasal düzeydeki ulusal belgelerde korunan ve çağdaş Ceza Hukukunun ‘olmazsa olmaz’ kurallarından olan “yasallık ilkesi” açısından da ortaya bir sorun çıkabilmektedir. O halde düzenlemenin hem söz konusu ilkeye zarar vermeyip hem de korunan hukuki menfaati bütün yönleriyle kapsayacak biçimde yorumlanıp uygulanması gerekmektedir. Ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, diğer tüm suçlar gibi mağdurun/suçtan zarar görenin çıkarını korumaya çalışmakla birlikte fail açısından da çeşitli hak ve çıkarların etkilenmesine ve bunlara müdahale edilmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği kavramının içeriğini ve sınırlarının belirlemeye çalışmak hangi değerlerin bu kavram içinde düşünülüp yorumlanması gerektiği tartışmalarına yol açmakla birlikte; dikey ilişkiler açısından günümüzdeki soruşturmalarda önemli bir görevi olan özel soruşturma önlemleri ile yatay ilişkiler açısından da basın ve daha geniş anlamda medyanın haber verme özgürlüğü ve mağdurun rızası kavramlarıyla ilgili tartışmaları da canlandırmaktadır.

Özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının bu yapısı nedeniyle Türk Ceza Kanununu 134.maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu ele alan bu çalışmanın düzeninde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Birinci bölümde daha büyük ve kapsayıcı kavram olan “Özel Hayat” kavramı incelenmektedir. Bu bağlamda da ilk önce kavramı açıklamaya çalışan teoriler/görüşler yer almakta ve bu bilgilerin ışığında varılacak sonuca göre özel hayat içinde değerlendirilen klasik ve çağdaş değerler incelenmektedir. Yine aynı anlayış içerisinde özel hayat ve özel hayatın gizliliği açısından durumları tartışmalı olan bazı kişi grupları irdelenmektedir. Ayrıca birinci bölümde kavramların gelişimi açısından tarihsel süreç ve sonrasında da günümüzde Türkiye’yi de içine alacak biçimde hemen tüm Avrupa açısından bağlayıcı kararlar veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinde bazı ülkelerin, özellikle yargı yerlerinin özel hayat kavramına hangi değer ve olguları dahil ettikleri ve bu bağlamda da özel hayatın gizliliğini nereye kadar korudukları ortaya konmaktadır. Birinci bölümün son

kısımında ise yine çalışmanın temelini oluşturan kavramların daha net biçimde ortaya konabilmesi amacıyla bazı hukuk dallarındaki yaklaşımlara değinilmektedir.

İkinci bölümde ise genelden özele geçilmekte ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hukuksal yapısı inceleme konusu yapılmaktadır. Çok boyutlu bir yaklaşım sergileyebilmek açısından ilk önce karşılaştırmalı hukuk ele alınmakta ve çeşitli ülkelerde yer alan benzer düzenlemeler uygulamadan örneklerle birlikte açıklanmaktadır. Daha sonra ülkemizde 79 yıl boyunca uygulanmış olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki benzer hükümler ve bunlar ışığında verilen kararlara yer verilmektedir. Bundan sonra da klasik suç incelemesi yapılmakta ve sırasıyla suçla korunan hukuki menfaat, kanunilik unsuru, maddi unsur, başta gizli soruşturma önlemleri ve haber verme özgürlüğü olmak üzere hukuka uygunluk sebepleri, manevi unsur ele alınmaktadır. Son olarak ise çalışmanın konusu oluşturan suçun göreceli daha az tartışmalı kısımları olarak içtima, iştirak halleri ile suçun cezasının ağırlaşmasına yol açan ve yasanın ilgili maddelerinde yer alan nitelikli halleri, usul ve yaptırım konuları incelenmektedir.

## I. BÖLÜM: ÖZEL HAYAT KAVRAMI

### A) Özel hayat kavramının açıklanması

#### 1) Genel olarak

Özel hayat içeriği oldukça geniş bir kavramdır. Giderek güçlenen sivil toplum örgütleri, siyasi partiler ve basın gibi baskı gruplarının yanında özel hayatın artık yalnızca aile hayatından ibaret sayılmaması ve birçok devletin ulusal üstü sistemlere ve kurumlara olan bağlılıkları ve bundan doğan sorumlulukları, özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının yeniden tanımlanıp yorumlanmasını zorunlu kılmıştır<sup>1</sup>. Ayrıca zamanla bireyin bağımsız bir varlık olarak ortaya çıkıp gelişmesi ve bu olgunun da özel hayat çerçevesinde irdelenip bu kavram içerisinde kabul edilen birçok değer kişinin temel insan haklarından sayılıp korunmaya başlaması da konunun önemini daha da arttırmıştır.

Her ne kadar özel hayatın tanımlanamayacak kadar geniş olduğu ve tüm teorilerin yetersiz olduğu ileri sürülse de<sup>2</sup> özellikle insan hakları hukukunun ve teknolojinin ciddi bir atılım yaptığı XX. yüzyılda bu kavramın içeriğini doldurmaya yönelik pek çok düşünce ortaya atılmış ve teoriler oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, “özel hayat” bir hak değildir. Yalnızca bireyin yaşamının belli bir kısmını ifade eder. Dolayısıyla bir olgudur. Elbette bu olgunun içeriği, sınırı, etkileri gibi konular günümüzde tartışmalıdır ve aşağıda bunlara ayrıntısıyla değinilecektir. Buna karşın “özel hayata saygı” ve “özel hayatın gizliliği” birer haktır. Aslında bu iki hak birbirinden çok da farklı olmamakla birlikte daha çok birbirlerini kapsadıkları iddia edilebilir. Zira anlamları düşünüldüğünde birincisinin kişinin özel hayat olgusuna diğer kişi ve kurumlarca haksız biçimde müdahale edilmemesini, ikincisinin ise ilgili kişi istemedikçe, kural olarak, özel hayat olaylarının

<sup>1</sup> Andrew Clapham, **Human rights in private sphere**, Oxford, 1993, s.137-138

<sup>2</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, Namur, 1974, s.19 ve s.23; Mirelle Hildebrandt, “Privacy and Identity”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.50

bilinmemesini ifade ettiğini söylemek olasıdır. Dolayısıyla bu iki hak özel hayat olgusunun hukuki açıdan korunmasını ifade eder.

Özel hayat kavramının kökeni kavramın içinin doldurulması açısından önemli olmakla birlikte özellikle sosyologlar arasında bir tartışma konusudur. Zira sosyologlar aslında son derece geniş ve bir o kadar da karmaşık yapıya sahip olan özel hayat kavramının kökenini değişik yerlerde aramaktadırlar. Örneğin bazıları “davranışsal teori”yi temel almakta ve hayvanların dahi belli dönemlerde tek başına kalma veya grup mahremiyetine gereksinim duyduklarını, bu nedenle yalnızca kendilerine ait bir arazi, su hatta hava istediklerini belirterek insanların da benzer yapıda olduklarını ileri sürmektedirler<sup>3</sup>. Sosyolog *Giddens* ise daha yakın zamanlı bir kavram olarak “toplumsal sözleşmeyi” temel almakta ve özel hayatın kişilerin yaşam deneyimlerine göre evrimleşen bir kavram olduğu düşüncesini ortaya atmaktadır<sup>4</sup>.

Tüm bunların yanında özel hayatın içeriğinin, kökeninin ve korunmasının son derece tartışmalı olmasının yanında, adı da hemen her dilde tartışma konusudur. Örneğin Türkçede “özel hayat”, “özel yaşam” gibi eş anlamlı kavramların yanında “mahremiyet” ve “gizli alan” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Ayrıca yine Türkçede, özellikle hukuk alanında özel hayat ve özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak “özel hayatın gizliliği hakkı”, “özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi”, “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı”, “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” ve “mahremiyet hakkı” gibi kavramlara yer verilmektedir<sup>5</sup>. Fransızcada da, “*intimité*” (mahremiyet), “*vie privée*” (özel hayat), “*sphère privée*” (özel alan), “*cercle intime*” (mahrem daire), “*cercle privé*” (özel daire) gibi kavramlar birbiri yerine kullanılmakta, hatta son zamanlarda İngilizcedeki “*Privacy*” kavramından türetilen “*privacit *” kavramına yer verildiği görülmektedir<sup>6</sup>. İtalyancada tercih edilen

<sup>3</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **European standards on the right to privacy**, Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2000, s.4; Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s.19-20; Frank Verbruggen, “The Glass may be Half-full or Half-empty, but it is Definitely Fragile”, **Privacy and Criminal Law**, Oxford, 2006, s.131: Yazara göre bu genişleme “yasaklanmayan serbesttir” anlayışını tersine çevirmiş ve özel hayatla ilgili düzenlemelerde ancak açıkça izin verilenler serbest hale gelmiştir.

<sup>4</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.5

<sup>5</sup> Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**, İstanbul, 2010, s.4-5

<sup>6</sup> Luis Escobar De La Serna – Salustiano Del Campo Urbano, “Le droit à l’intimité dans l’ordre juridique espagnol”, **La protection de la vie privée dans la société d’information**, T III-IV-V, Paris, 2002, s.161

kavramlar ise daha çok mahremiyeti çağrıştıran “*intimità*” ile birlikte “*riservatezza*”, “*privatezza*” ve “*riserbo*”dur<sup>7</sup>.

Ancak öğretilerde ve uygulamada bu kavramların birbirlerinin yerine veya birbirleriyle, adeta, eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. O halde bu çalışmanın konusunu oluşturan “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” irdelenerek değinilecek olan “özel hayat” kavramını açıklamaya yönelik yaklaşımlar ortaya konacak, genel görüşler ifade edilecektir. Bu bağlamda, her üçü de bir arada, ayrı düşünülmezsizin kullanılacaktır. Zira gerek “özel hayatın gizliliği”, gerekse “özel hayata saygı” kavramları açıklanırken aslında “özel hayat” kavramı da tartışılmakta ve açıklanmaktadır.

Bu bağlamda bu bölümde öncelikle özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarını açıklamaya yönelik teorilere değinilecek (2), daha sonra içeriğinin daha iyi ortaya konması bakımından önemli olması nedeniyle özel hayatın gizliliğinin korunması ve ihlal edilmesi kavramları üzerinde durulacak (3), nihayet son olarak da tüm bu açıklamaların ardından genel bir değerlendirme ve sentez ortaya konacaktır (4).

## 2) Özel hayatı açıklama yönündeki öğretici çalışmaları

Özel hayat ve ilgili kavramların güncel, dinamik ve karmaşık yapısı nedeniyle açıklamaya yönelik birçok teori ileri sürülmüştür. Hepsinin belli doğruluk payları ve ağırlığı olan bu teorilerden en çok dile getirilenleri Alman Hukuku kökenli “*Üç Alan*” teorisi (a), başka haklarla ilişki kurarak açıklama getirmeye çalışan teoriler (b), özel hayat – kamusal hayat biçiminde ikili bir ayrıma dayanan teoriler (c), Anglo-Sakson Hukuku kaynaklı ve daha esnek bir yapıya sahip olan “*reasonable expectation of privacy*” teorisi/görüşü (d), son olarak da doğrudan özel hayatın içeriğine giren kavramları belirleyerek sayma metodunu benimseyen teorilerdir (e).

---

<sup>7</sup> Guido Alpa, “The Protection of Privacy in Italian Law”, **Protecting Privacy**, Oxford, 1999, s.107 vd.

a) Alman “Üç Alan” teorisi

Alman hukuk öğretisi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından genel kabul gören bu görüş aslında Profesör Hubmann’a aittir ve “*hukuken korunan kişilik alanlarının sınırlarının çizilmesinde çok akıllıca bir çözüm yolu*” olduğu ve “*kullanılabilir*” olduğu iddia edilmektedir<sup>8</sup>. Buna göre hayat üç farklı alan olarak düşünülmektedir. Birinci olarak gizli hayat, sır alanı bulunmaktadır (*Geheimsphäre, la vie intime, l’intimité*), hemen ondan sonra kişinin özel hayatı yer almaktadır (*Privatsphäre, Privatsleben, la vie privée*) ve nihayet en dışarıda da genel hayat yer almaktadır (*öffentliches Leben, Geheimbereich, la vie publique*)<sup>9</sup>. Öğreti ve içtihat söz konusu ayırımın temelini Alman hukukuna has olan “genel kişilik hakkı” teorisinde bulmaktadır<sup>10</sup>. Bunlar arasındaki ayırımın nasıl yapılacağı konusundaki öneri ise şu şekildedir: özel hayat – ya da daha doğru bir deyimle “dar anlamda özel hayat” – kişinin yakın çevresince bilinebilen hayatını ifade etmektedir. Daha içerdeki gizli hayat, kişinin sınırlarını kapsar ve ancak ilgili kişinin istemi halinde başka kişilere açılabilir. En dışarıdaki hayat ise sosyal yaşamla ilgili olup genellikle alenidir<sup>11</sup>. *Kılıçoğlu*, özel yaşam ile gizli hayat ayırımında belirli kişi – belirsiz kişi ayırımını yapmaktadır ve bir gizli hayat olayının herhangi bir biçimde belirsiz kişilerce öğrenilmesi halinde o artık bir dar anlamda özel hayat olayıdır, ancak bu değişim tersine de olabilir<sup>12</sup>. Önerilen diğer bir ayrıma göre de, ortak yaşam alanı herkesin bilgisine açık olmakla beraber gizli alan açısından mutlak bir yasak söz konusudur ve belirleyici olan ilgilinin rızasıdır. Üçüncü alan olan özel hayat alanı açısından ise

<sup>8</sup> Heinrich Hubmann, **Das Persönlichkeitsrecht**, 2 Aufl., Köln Graz, 1967, s.269 vd.’den nakleden Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, 2001, s.61

<sup>9</sup> Helmut Grothe, “La protection de la vie privée contre les prises de vue voyeuristes en droit privé allemand”, **Revue de droit international et de droit comparé**, V.II, 2006, s.85; Zahit İmre, **Şahsiyet Haklarından Özel Hayatın ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler**, İÜHF, Cilt XXXIX, 1974, s.148; Öztekin Tosun, **Özel Hayatın Gizliliği Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977, s.376; José Hurtado Pozo, **Droit pénal – Partie spéciale II**, Zurich, 1998, s.57; Pierre Engel, **La protection de la personnalité**, Lausanne, 1985, s.11; İbrahim Kaplan, **Kişilik Hakkının Kitle İletişim Haberleşme Araçları Karşısında Korunması**, Ankara, s.17; K.Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, 2006, s.7-9: Yazar, bu tanımın yeterli korumayı sağlamadığı yönündeki eleştirileri de dile getirmektedir; Jacques Velu, **a.g.e.**, s.27; Köksal Bayraktar, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan**, 2007/4, s.115; Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **AÜHF 50.Yıl Armağanı**, Ankara, 1977, s.266

<sup>10</sup> Les documents de travail du Sénat, **La protection de la vie privée face aux médias**, Série Législation comparée, n.LC 33, 1998, s.8; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.46

<sup>11</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.149 ; Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.62; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, 3.Baskı, Ankara, 2008, s.112-115

<sup>12</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.116 ve s.120

sadece yakınların girme izni bulunmakla birlikte yine ilgilinin rızası esastır<sup>13</sup>. Hatta bu bağlamda müdahaleler açısından “orantılık” ilkesinin yalnızca özel hayat alanı için geçerli olduğu, mutlak olarak korunan ve kişinin “*tamamen kendisine ait olan*” gizli alanı için söz konusu olamayacağı da belirtilmektedir<sup>14</sup>. İspanyol içtihadı da benzer bir yaklaşım içerisindedir. Sosyal hayat haber konusu olabilirken özel hayatın sadece kamusal yönü haber konusu olabilir, oysa gizli alan /mahrem alan hiçbir şekilde haber veya araştırma konusu yapılamaz<sup>15</sup>.

Bu arada Kaplan, “özel-aleni davranışlar” adını verdiği bir ara alan yaratmıştır. Bu alandaki hareketler topluma açık yerlerde yapılmakla birlikte yabancılar için “*gayrişahsi bir davranış*” iken ancak kişiyi tanıyanlar açısından “*şahsi davranış*” halini almaktadır<sup>16</sup>.

Söz konusu alan teorisini iç içe geçmiş çemberler olarak gören toplum bilimciler de vardır. Onlara göre en içte “iç benlik – *core-self*” yer almaktadır ve burası kişinin kendisiyle baş başa olduğu bir alandır. Hemen dışında kişinin sadece yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam olaylarını içeren ikinci çember gelir ve en son herkesle paylaşılan yaşam olayları bulunur ki bu kısım kamuya açıktır<sup>17</sup>. Bu teori aslında yukarıda belirtilen “üç alan teorisi”nden pek de farklı değildir.

Yine Almanya’da, “çemberler teorisi”ni beşe ayırma eğiliminde olanlar da vardır: “*kişinin kamuya açık yaşam çevresi*”, “*sosyal yaşam çevresi*”, “*özel yaşam çevresi*”, “*başkalarının güvenine sunduğu yaşam çevresi*” ve nihayet “*kendisine özgü yaşam çevresi ve sır çevresi*”<sup>18</sup>. Aslında bu yaklaşım da, konuyu daha karmaşık hale getirmekle birlikte “alan teorisi” ve “çemberler teorisi”ni ayrıntılandırmaktan öteye pek gidememektedir. Öte yandan bu teorilere karşılık ciddi eleştiriler de yöneltilmiştir. Sınırların belirsiz olduğu ve bir hayat olayının hangi alana veya

<sup>13</sup> Sinan Sekmen, **Basının Haber Verme Hakkının Özel Hayatın Gizliliğiyle Çatışması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992, s.16; Les documents du travail du Sénat, **a.g.e.**, s.8; İbrahim Kaplan, **a.g.e.**, s.18

<sup>14</sup> Sesim Soyer, **Özel Hayatın Korunması Açısından İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002, s.11-12; Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.130

<sup>15</sup> Les documents du travail du Sénat, **a.g.e.**, s.12

<sup>16</sup> İbrahim Kaplan, **a.g.e.**, s.19-20

<sup>17</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.3

<sup>18</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.4, Bernard Beigner, “La protection de la vie privée”, **Libertés et droits fondamentaux**, 13e éd., Paris, 2007, s.197: Beigner’in dörtlü çember sıralaması ise en dıştan içe doğru şu şekildedir: Kişisel hayata saygı hakkı, yalnız bırakılma hakkı, ev hayatına saygı ve gizli/mahrem alan.

çembere gireceğinin zamana, mekana ve kişilere göre değişkenliği bu anlamda en başta gelen eleştiridir. Zira gerek medeni hukuk gerekse ceza hukukunda başvurulacak bir kavramın bu denli değişken olması hukuk güvenliği açısından ciddi sakıncalar doğurmaktadır. Örneğin gelişen teknoloji karşısında alan teorisinin ifşa edilmeksizin depolanan kişisel veriler veya benzer veriler açısından yeterli korumayı sağlamaktan uzak olduğu<sup>19</sup>, ayrıca kamuya açık alandaki tüm yaşam olaylarının da ifşa edilebilir / yayımlanabilir olmadığı bazı hallerde ilgilinin rızasının aranmasının gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. Zaten alanların veya çemberlerin sınırlarının somut olarak ortaya konamaması nedeniyle de Alman Anayasa Mahkemesi zamanla bu teoriden uzaklaşma eğilimi göstermiştir<sup>21</sup>.

#### b) Başka hak veya kavramlarla ilişkilendiren teoriler

Alman teorisinin yanında özel hayatı açıklamaya çalışan başka teoriler de bulunmaktadır. Bunlardan biri de özel hayat kavramını başka kavram veya haklarla ilişkilendirmektir. Bir görüşe göre özel hayat, gizlilik ve bağımsızlıktan oluşur. Bağımsızlık, kişinin davranış ve ilişkilerini seçme hakkı, gizlilik ise “*dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyet*”tir<sup>22</sup>. Benzer başka bir görüşe göre özel hayatın “*kalbinde*” kişisel özgürlük ve özerklik bulunmaktadır<sup>23</sup>. Diğer bir anlayışta ise özel hayat, özerkliğin yanında her kişinin insanlığından kaynaklanan bir değer olduğunu öne süren insan haysiyeti kavramı ve kişisel bütünlük ile ilişkilendirilmektedir. Bu anlayışta özerklik, kişinin kendi kaderini tayin hakkı olarak, kişisel bütünlük ise bireyin dokunulmazlığı ve sağlamlığı olarak algılanmaktadır. Ayrıca özel hayatın farklı yönleri vurgulanmakta ve birazdan değinilecek olan yalnız bırakılma hakkı ile bireyin dokunulmazlığı, “bütünlüğe yönelik yönler” (“*integrity oriented aspects*”),

<sup>19</sup> Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.61

<sup>20</sup> Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, 1991, s.8 ; Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.62

<sup>21</sup> Micheline Decker, **Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais**, Thèse de l’Université d’Aix-Marseille, 2001, s.80-81

<sup>22</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul, 1994, s.164-165; Ahmet K. Sevimli, **a.g.e.**, s.20; Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, “Droit à la vie privée et liberté d’expression: fond du droit et action en justice”, **Gazette du Palais**, Recueil novembre-décembre 2002, s.1632

<sup>23</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, 2000, s.776; Gérald Messadie, **La fin de la vie privée**, Paris, 1974, s.20-21: Yazar, bir kişinin her şeyini bilen bir makam karşısında seçim şansının dolayısıyla da özgürlüğünün olamayacağı ve kişinin kendi kendisini sansürleyeceği düşüncesindedir; Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul, 2004, s.4: Yazar, ABD Yüksek Mahkemesi’nin “özerklik” ile “özel hayat” kavramlarını bir arada kullandığı 1965 tarihli Griswold v. Connecticut kararının, bu iki kavramın farklı olduğu gerekçesiyle eleştirildiğini not etmektedir.

kişinin kendi hakkındaki bilgileri denetleme ve kullanımına izin verebilmesi gibi konular ise “özerkliğe yönelik yönler” (“*autonomy oriented aspects*”) olarak adlandırılmaktadır<sup>24</sup>. Hatta sosyal grupların da özerkliği yani kendileri ile kararları bağımsız ve devlet gözetiminden yoksun bir şekilde alabilme hakları olduğu, aksi bir uygulamanın sosyal katılımı köreltip çoğulcu demokrasiye zarar vereceği de belirtilmektedir<sup>25</sup>.

Yukarıdaki görüşleri adeta birleştiren bir görüş de ileri sürülmekte ve özel hayatın gizliliğinin seçim hakkı, özerklik ve kişinin toplumsal konular ile ilişkiler hakkındaki kaderini tayin hakkını kapsadığı belirtilmektedir<sup>26</sup>. *Claes* ise kişinin toplumdan bazı zamanlarda ayrılması gereksinimini “*teklik*” ve “*kendini gerçekleştirme gereksinimi*” adıyla kabul etmekte ve kişinin özel hayatında başkalarıyla ilişkinin de yer aldığını belirtmektedir. Ancak söz konusu yazarın görüşünü ilgi çekici kılan “*temel fiziksel varlık*” kavramıdır. Buna göre kişi, temel biyolojik varlığını toplumun ilgisinden korumak, saklı tutmak ister ve bu da özel hayatın bir parçasıdır. Zira kişiler bu şekilde görülmek istemezler ve bunun için de toplumsal kurallar, davranış şekilleri yaratılmıştır. Yazar, buna örnek olarak hasta yatağında ölmek üzere olan kişinin durumunu göstermektedir<sup>27</sup>. Söz konusu bakış açısı özel hayattaki gizli alanın belirlenmesi ve dolayısıyla da Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçunun maddi unsurunun belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Diğer yandan Anglo-Sakson Hukukunda bağımsız bir özel hayatın korunması anlayışı bulunmamakta ve fakat özel hayatı ilgilendiren değerler başka hakların ve kavramların türevi olarak korunmaktadır. En önemlisi de mülkiyet hakkıdır<sup>28</sup>. İleride daha ayrıntısıyla değinileceğini bildirmekle beraber, gelişen teknoloji ve korunan

<sup>24</sup> Mette Hartlev, “The Concept of Privacy: An Analysis of the EU Directive on the Protection of Personal Data”, **The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe**, Hampshire, 2004, s.25-31; Brian V. Johnstone, “The right to privacy: the ethical perspective”, **The American Journal of Jurisprudence**, V.29, Indiana, 1984, s.86-94: Yazar, insan haysiyetini belirtmekle beraber özel hayatın birçok ahlaki değeri içeren geniş bir içeriğine sahip olduğunu ve kişinin kararlarıyla hareketlerini serbestçe seçeceği bir koruma alanı isteme hakkını doğurduğunu da eklemektedir.

<sup>25</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.269

<sup>26</sup> Paul de Hert – Serge Gutwirth, “Privacy, Data Protection and Law Enforcement. Opacity of the individual and Transparency of Power”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.61

<sup>27</sup> Eric Claes, “Restorative Justice and the Right to Privacy”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.187-188

<sup>28</sup> Elisabeth Zoller, “Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis”, **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruxelles, 2005, s.40; Ahmet K. Sevimli, **a.g.e.**, s.25; Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, “The right to privacy”, **Harvard Law Review**, Vol. IV, No:5, December 1890, s.197-198; Ruth Gavison, “Should we have a general right to Privacy in Israel?”, **Israel Law Review**, 1977, s.164

hukuki değerler dikkate alındığında mülkiyet hakkından türetilen bir korumanın yetersizliğinin altı çizilmelidir. Anglo-Sakson kökenli başka bir görüş ise özel hayatın, Amerikan Yüksek Mahkeme yargıcı Thomas Cooley tarafından ilk kez ileri sürülen<sup>29</sup> “yalnız bırakılma hakkı” (“*right to be let alone*”) ile temellendirilmesidir. Kişinin kapalı kapılar ardında bir yaşamının varlığının kabul edilmesini ve özel yaşamın kişinin istemediği biçimde kamunun bilgisine sunulmadan sürdürülmesini ifade eder. Böylece kişi, istemediği üçüncü şahısları bu gizli alandan çıkarma ve hayatını dilediği gibi yaşama hakkına sahip olur<sup>30</sup>. *Moreham*’ın söylemine göre de kişinin, istemediği “erişimlerden” uzak kalma özgürlüğü olmaktadır<sup>31</sup>.

Yalnız bırakılma hakkının Anglo-Sakson özellikle de Amerikan Hukukunda gelişmiş olmasının<sup>32</sup> en önemli sebebi elbette Amerika Birleşik Devletleri’nde basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün, anayasal düzeyde ve neredeyse kısıtlanmaksızın çok geniş biçimde korunuyor olmasıdır. Böylece özel hayat ve korunması kavramları daha dar yorumlanmaktadır. Oysa ki Kıta Avrupa’sında günümüzde özel hayat, yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, toplumsal hayatı da kapsayacak şekilde genişlemiştir. Özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacak olan, *Niemietz-Almanya* kararı<sup>33</sup> bu gelişimde etkili olmuştur. Bu anlamda varılabilecek ilk sonuç Kıta Avrupa’sı ülkelerinde özel hayatın daha geniş yorumlandığıdır.

<sup>29</sup> Jacques Velu, **a.g.e.**, s.21; Joanna Farah, **Droit au respect de la vie privée et right to privacy: Etude comparée**, Mémoire du DEA, Université de Paris I, 1996, s.6

<sup>30</sup> Mette Hartlev, **a.g.e.**, s.23-24; Isabelle Lodies, **La protection pénale de la vie privée**, Thèse de l’Université d’Aix-Marseille, 1999, s.34; Helen Nissenbaum, “Protecting privacy in a nformation age: the problem of privacy in public”, **Privacy**, Second Series, Aldershot, 2001, s.186 ve s.210; Richard F. Nixon, **Privacy in a public society**, Oxford, 1987, s.31: Yazar, yalnız bırakılma hakkını temel almakla birlikte çağın gelişimine göre içeriğin ve yöntemlerin de yenilenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır; Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.117: Yazar, özellikle gizli alan açısından yalnız bırakılma hakkına ve bu hakkın gerekliliğine işaret etmektedir; Joanna Farah, **a.g.e.**, s.18; Jean-Christophe Saint-Pau, “L’article 9 du code civil: matrice fondamentale de la protection des droits de l’homme”, **Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot**, n.940, Septembre 2007, s.60: Yazar bu iki hakkı, “yaşam biçimini seçme yetkisi” ve “ifşaya karşı çıkma yetkisi” olarak adlandırmaktadır; Jean Rivero – Hugues Moutouh, **Libertés publiques**, T.II, 7e éd., Paris, 2003, s.87: Yazarlar, kamu makamlarının müdahale edebildiği hayat – özel hayat ayırımına karşı çıkararak bu tanıımı önermektedirler; Jacques Velu, **a.g.e.**, s.22; Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.195; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.22

<sup>31</sup> N. A. Moreham, “Privacy in public areas”, **The Cambridge Law Journal**, V.65, 2006, s.617

<sup>32</sup> ABD’de “privacy” tartışmalarının halen sürdüğü de unutulmamalıdır. Örneğin kimi hukukçular pozitivist bir tavırla yasada olmayanı yargıcın tanıyamayacağını ileri sürmekte ve söz konusu alanda temel alınabilecek olan “ahlak” kavramının yasayı uygularken değil yaparken dikkate alınabileceğini belirtirken, başka hukukçular “doğal haklar teorisini” temel alarak ABD Anayasasında “privacy” kavramının açıkça yazılmasa da korunduğunu kabul etmektedirler, Patricia Ferrier, **There ought to be law**, Michigan, 2006, s.91-94; Samuel Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.206; Priscilla M. Regan, **Legislating privacy**, London, 1995, s.31 vd.

<sup>33</sup> Bkz. s.109

Bir başka modern kavram ise Türkçe'ye “verisel kaderi tayin hakkı” olarak çevirebileceğimiz “*droit à l'autodétermination informationnelle*” kavramıdır ve bu kavram, daha çok, günümüzdeki en güncel özel hayat sorunlarından birini oluşturan kişisel verilerle ilgilidir. Söz konusu hak, iletişimin gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi yollarla korunamayan kişisel verileri kapsamakta ve kişinin özel hayat olaylarını, düşüncelerini, duygu ve heyecanlarını ancak istediği kişiye, istediği zaman açmasını ifade etmektedir. Keza İsviçre Federal Mahkemesi de kişilikle ilgili verilerin yalnızca ekonomik nitelik taşıyan verilerden daha yoğun bir koruma gerektirdiğini belirtmiştir (ATF 124 I 176)<sup>34</sup>.

Özel hayat açısından, onun önemli bir parçası olan mahremiyet kavramını temel alan bir yaklaşım da söz konusudur. Zira özel hayat aslında ilk çıkış noktası olarak kişinin gizli hayatı olarak algılanmış ve fakat zamanla genişlemiş, kişisel ve ailevi hayatın tamamını kapsayacak bir boyut kazanmıştır<sup>35</sup>. Mahremiyeti; özerklik hakkı ve yalnız bırakılma hakkı olarak kabul eden bir görüş<sup>36</sup>, kişinin sınırlarını koruma ve açığa vurmama hakkını vurgular ve mahremiyet kavramını; kişinin fiziksel çevresine karşı korunduğu mekansal mahremiyet, başkalarının müdahalelerine karşı korunduğu bireysel mahremiyet ve kişisel verilerinin korunduğu bilgi mahremiyeti olarak üç alt başlığa ayırır. Bu görüşteki yazarlara göre mahremiyet, toplumların var olan ahlaki, manevi, sosyal, ekonomik ve hukuki kurallarının bir parçasıdır ancak toplumlar arasındaki farklar ve bunun neden olduğu görecelilik, genel bir düzenleme yapmayı zorlaştırmaktadır<sup>37</sup>. Mahremiyeti temel alan bir başka görüşe göre ise özel hayatın gizliliği bir “*kişisel özerklik adasıdır*”,

<sup>34</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, “Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse”, **La protection de la vie privée dans la société d'information**, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.76: Bu bağlamda yazarlar şu örneği vermektedirler: Yalnızca bankamatikten para çekmek veya bir ürün satın almak çok önemli olmasa da bunları sistematik olarak kaydetmek kişinin özel hayatına müdahale oluşturabilir.

<sup>35</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, 2e éd., Paris, 1995, s.11; Victor Tadros, “Power and the Value of Power”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.114

<sup>36</sup> Simone Fischer-Hübner, “Privacy and security at risk in the global information security”, **Cyber Crime**, London, 2003, s.173-173; José Hurtado Pozo, **a.g.e.**, s.54-55: Yazar, mahremiyet hakkının anglo-sakson kökenli olduğunu belirtip özellikle kişisel bilgilerin üçüncü kişilere ifşasından kaçınabilme hakkının altını çizmektedir (s.58); K.Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.10-11: Yazar, bir Kanada Yüksek Mahkemesi yargıcının yaptığı üçlü ayrımı atf yapmakta ve dördüncü olarak “kişinin sahip olduğu ya da zilyetliğindeki eşya üzerindeki mahremiyet”i eklemektedir.

<sup>37</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **İnternet Suçları İle Mücadele Ederken Bireysel Mahremiyeti Korunması: Hükümetlerin İkilemi**, Middlesex Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Londra, 2000, [www.icisleri.gov.tr/Icisleri/WPX/tezler\\_internetsuclari.doc](http://www.icisleri.gov.tr/Icisleri/WPX/tezler_internetsuclari.doc) (Erişim: 20 Ekim 2008); Christian Atias, “La protection pénale de la vie privée”, **Liberté de la Presse et droit pénal**, Aix-Marseille, 1994, s.88

bunun sınırları da “*kişinin kimliğinin mahrem kısmıdır*” ve kişi bu kısmı yalnızca istedikleriyle paylaşır<sup>38</sup>. Ancak mahremiyeti yalnızca bir kişinin duyguları ve ilişkileriyle sınırlamayıp bir çocuğun doğumu, evlilik veya vefat gibi hayat olaylarını da bu kavramın içeriğine dahil edenler vardır<sup>39</sup>.

Aslında yukarıdaki görüşlerden pek de farklı olmayan fakat daha sistematik bir yaklaşımı olan diğer bir görüş ise özel hayatı kişisel bilgilerin bütünü yani kimliğe ve mahremiyete ilişkin bilgiler olarak tanımlamakta, kişinin vücudunu “*fiziksel mahremiyet*”, ailevi ve duygusal ilişkilerini “*manevi mahremiyet*” olarak kabul etmekte; malvarlığı bilgileri ile isim, adres, resim, genetik kod gibi unsurları ise “*kimlik*” başlığı altında incelemektedir<sup>40</sup>. Tüm bu görüşlerin karşı tarafında ise özel hayatın kesinlikle yalnızca mahremiyet alanıyla sınırlanamayacağını öngören bu amaçla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “*özel hayat kavramını tüketici biçimde tanımlamaya çalışmak ne olasıdır ne de gereklidir*”<sup>41</sup> şeklindeki kararının altını çizen bir karşı görüş yer almaktadır<sup>42</sup>. Aslında bu görüşün, birazdan değinilecek olan özel hayat kavramının içeriğini sayarak açıklamaya çalışan görüşlere de bir karşı görüş olduğunu belirtmekte yarar vardır.

Mahremiyetle beraber başka kavramları da birleştiren bir görüş ise özel hayatı korumaya yönelik olan özel hayatın gizliliği hakkını dört boyutlu olarak ele alır. Bunlar da sırasıyla; “mahremiyet” (“*intimacy*”) yani özel hayat olaylarının sınırlı bir çevre ile paylaşılması, “toplumdan çekilme / yalnız kalma” (“*solitude*”) yani toplumun denetiminden uzaklaşıp tek başına yaşama, “tanınmazlık / bilinmezlik” (“*anonymity*”) yani kişinin kendisini tanımayan birisi ile özel hayat olaylarını paylaşması ve sonuncu olarak da “saklama” (“*reserve*”) yani kişinin bazı özel hayat olaylarını kendine saklamasıdır<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.198; Alain-Robert Nadeau, **Vie privée et droits fondamentaux**, Ottawa, 2002, s.471: Yazar, bu alanı “özel kararların dış müdahale olmaksızın alınabildiği özerklik alanı” olarak tanımlamaktadır; David Archard, “The Value of Privacy”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.23

<sup>39</sup> Isabelle Lohes, **a.g.e.**, s.44

<sup>40</sup> Jean-Christophe Saint-Pau, **a.g.e.**, s.61

<sup>41</sup> Niemietz-Almanya, n.13710/88, 16 Aralık 1992, § 29

<sup>42</sup> Enkelada Papa, **Une vie privée pour tous? La protection de la vie privée au regard de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme s’agissant en particulier de la vie privée des personnages publics**, Mémoire du DEA, Genève, 2006, s.6

<sup>43</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, 10-11

Ancak özel hayat kavramını var olan hemen hemen tüm kavramlarla ilişkilendirmek de kavramı tanımlanamaz, dolayısıyla da, korunamaz kılmaktadır. Zira böyle bir yaklaşım hem bir tanımda bulunması gereken ve kavramı diğerlerinden ayıran “farklılık” ölçütüne, hem de yine bir tanımda bulunması gereken ve tanım yaparken başka değerleri kaybetmemeyi öngören “uyumluluk” ölçütüne<sup>44</sup> uygun olmaz ve amaca da hizmet etmez. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 19 Şubat 1997 tarihli *Laskey, Jaggard ve Brown – İngiltere* kararında Fransız yargıç *Pettiti*, özel hayat kavramının içeriğinin sınırsız olamayacağını ve özel hayatın korunmasının mahremiyetin ve insan haysiyetinin korunması olduğunun altını çizmiştir<sup>45</sup>. Ancak bu kavramların sınırının ne kadar çizilebilir olduğu da tartışmalı bir konudur.

Öte yandan özel hayatın kişiye, kişisel bilgilerini saklayabileceği ve bunları aleniyetten koruyabileceği gizli bir alan sağlamanın yanında kişinin toplum içerisindeki gelişimine de katkıda bulunduğu savunulmaktadır. Bir başka deyişle kastedilen, kişinin toplumsal ilişkilerini özgürce ve bireysel olarak dilediği şekilde yürütmesidir. Bu bağlamda özel hayat yalnızca mahremiyeti değil kişisel özerkliği de içermektedir. Mahremiyet ve özerkliğin de etkin olabilmesi için kişinin “bilgisel görüntüsünü” (“*image informationnelle*”) koruyabilmesi yani kendisiyle ilgili, özel alanla ilgili olsun olmasın, bilgilere üçüncü kişilerin ne ölçüde ulaşabileceğini belirleyebilmesi gerekmektedir<sup>46</sup>. *Üzeltürk* de özel hayatın gizliliği ile mahremiyet kavramlarının adeta eş anlamlı kullanılmasını eleştirmektedir. Yazara göre özel hayatın gizliliği bireyin yalnızca mahrem alanlarını değil kamuya açık alanlarını da korumaktadır dolayısıyla mahremiyet “*gizliliği gerçekleştirme yöntemlerinden sadece biridir*”<sup>47</sup>. Yine *Üzeltürk*, özel hayatın üç felsefi temeli bulunduğunu ileri sürmektedir. Birincisi, yukarıdaki düşüncelere paralel olarak, kişisel özerkliktir. İkincisi faydadır ki özel hayata daha az müdahale kişiyi daha mutlu kılar. Üçüncüsü ise izinsiz kişisel bilgi toplanmasını kayıtlayan “*zihinsel ve duygusal güvenliktir*”<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.23

<sup>45</sup> Frédéric Sudre, “Les aléas de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, **Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti**, Bruxelles, 1998, s.688; İnsan haysiyeti temelli görüşler: Oya Araslı, **a.g.e.**, s.46 vd.

<sup>46</sup> Benjamin Docquir, **Le droit de la vie privée**, Bruxelles, 2008, s.30-31

<sup>47</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.2-3

<sup>48</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.7

c) Özel hayat – kamusal hayat ayırımına dayanan teoriler

Bu tanımları yetersiz bulup özel hayatı karşıt anlamından yararlanarak yani kamusal olmayan hayat olarak tanımlayan bir diğer görüş bulunduğu gibi onu da yetersiz bulup kişinin toplum içinde de yalnız kalma hakkının bulunduğunu ve her zaman toplumsal denetim ve gözetime tabi olamayacağını ileri süren ve Avrupa Konseyi Danışma Kurulu'nun bir kararında da benimsenen<sup>49</sup> bir görüş de vardır<sup>50</sup>.

*Guess* kamusal-özel ayırımını dikkat çekici bir biçimde irdelemiştir. Ona göre kamusal bilgi herkesin erişebildiği bir bilgi iken, özel bilgi herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken bilgidir<sup>51</sup>. Kamusal mekan ise “*tanımadığım ve benimle yakın ilişki içine girmeyi açıkça kabul etmemiş kişiler tarafından görülebileceğim bir yerdir*”<sup>52</sup>. Bu alanda “*dikkat çekmezlik*” ilkesi geçerlidir. Yazara göre bu ilke, kamusal mekandaki bir kişinin diğeri ile ilgilenmeksizin işiyle uğraşmaya devam etmesine izin verilmesidir<sup>53</sup>. Ancak tüm bu değerlendirmelerden sonra yazar, kamusal-özel diye tek bir ayırımın olmadığı, “*her şeyi kapsayıcı bir kuramın*” oluşturulamayacağı sonucuna varmaktadır<sup>54</sup>.

*Tezcan* kamusal-özel ayırımını benimsemekte, hatta bunu oldukça keskin biçimde yapmaktadır. Zira genel, bir başka deyişle, kamusal yaşamın herkes tarafından bilindiğine dikkat çekmekte, buna karşın özel hayatın müdahalelere karşı korunduğunun altını çizmektedir<sup>55</sup>. Benzer şekilde *Araslı* da bu ikili ayırımın varlığına değinmekte ve özel hayatı kişinin mutlak olarak gizli tuttuğu hayat olayları ile ancak istediği kişilere açıkladığı hayat olaylarının bütünü olarak tanımlamaktadır. Sınırın birey, zaman ve mekana bağlı olarak göreceli olduğunu hatırlatmakta ama olayın açıklanması açısından ilgili kişinin iradesini merkez alarak, özel hayat

<sup>49</sup> “*Özel yaşam; aile yaşamını, kendi özgür yaşamını, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü, şeref ve şöhretini, yararsız ve sıkıntıya düşürücü hususların açıklanmamasını, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmamasını, özel iletişimin korunmasını ve herhangi bir kişi tarafından güvene dayanarak verilen veya öğrenilen bilgilerin açıklanmamasını içermektedir*”

<sup>50</sup> Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.113-114

<sup>51</sup> Raymond Guess, **Kamusal şeyler özel şeyler**, 1.Baskı, İstanbul, 2007, s.27

<sup>52</sup> Raymond Guess, **a.g.e.**, s.32

<sup>53</sup> Raymond Guess, **a.g.e.**, s.33

<sup>54</sup> Raymond Guess, **a.g.e.**, s.104; Benzer görüş: Mirelle Hildebrandt, **a.g.e.**, s.52

<sup>55</sup> Durmuş Tezcan, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: VIII, 1991, s.385; Amitai Etzioni, **The Limits of Privacy**, New York, 1999, s.197: Yazar, İran örneğinden hareketle bazı toplumlardaki sert kamusal-özel ayırımına dikkat çekmektedir; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.41

olayının kişinin iradesine aykırı olarak alenileştirilmesinin ona bu niteliği kaybettirmeyeceğini de söylemektedir<sup>56</sup>. Bu bağlamda *Araslı*, özel hayatın gizliliği hakkını da, “*özel yaşamını düzenlemek, bu yaşamın kimlerin, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde algılayabileceğine ve bu yaşama müdahale edebileceğine karar vermek ve başkalarının da bu karara saygı göstermesini istemek konusunda kişiye, hukuk kurallarınca tanınmış bir yetki*” olarak tanımlamaktadır<sup>57</sup>.

Yine ikili bir ayırım yapan benzer bir görüş ise ölçüt olarak bilgilerin kamu açısından ulaşılabilir olup olmasını kabul etmektedir. Yani kamunun ulaşamadığı, kamuya açık olmayan bilgiler özel hayatın parçasıdır<sup>58</sup>. Aslında söz konusu ikili ayırımın, üçlü alan teorisinden tek farkı “dar anlamda özel hayat” ile “gizli alanı” birleştirerek tek bir alan olarak kabul etmesidir<sup>59</sup>. Ancak günümüzdeki insan ilişkileri ve hatta genel olarak insan hayatının karmaşık yapısı kamusal-özel sınırını bulanıklaştırarak, aradaki ayırımın bu denli keskin yapılmasını olanaksızlaştırmıştır. Dolayısıyla kişilerin kamusal alanda da özel hayatlarını yaşayabilmesi, en azından bunu bekleyebilmesi sorunu doğmuştur. Bu tartışma da Anglo-Sakson Hukuku kökenli “*reasonable expectation of privacy*” kavramını ortaya çıkarmıştır.

d) “Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” (Reasonable expectation of privacy) teorisi

Türkçeye “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi”<sup>60</sup> olarak çevirebileceğimiz “*reasonable expectation of privacy*” kavramını, daha doğru bir söylemle, ölçütünü açıklamak için ileri sürülen tanımlardan birine göre, aranan yer veya el konulan mal açısından ilgili kişinin öznel bir özel hayatının gizliliğine saygı beklentisi varsa ve toplum açısından bu beklenti makul kabul edilebiliyorsa, kavram somut olayda geçerli hale gelir<sup>61</sup>. Dolayısıyla biri sübjektif, diğeri objektif iki koşul

<sup>56</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.5

<sup>57</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.44-45

<sup>58</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, “La vidéosurveillance dans l’oeil de la Constitution”, **Aktuelle Juristische Praxis**, n.8, 2006, s.932: Yazarlar, bu belirlemeyi yaparken çıkar dengesi ve ilgili kişinin işinin, konumunun dikkate alınmasını gerektiğini vurgulamaktadırlar.

<sup>59</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli: Ankara/18 Ekim 2008**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s.101; Jean Rivero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.94: Nitekim, idari belgelere ulaşmakla ilgili 17 Temmuz 1978 tarihli Fransız yasası, özel hayatı bir sınır olarak kabul etmektedir.

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.16

<sup>61</sup> Mary M. Chieh, “Technology and privacy: creating the conditions for preserving personal privacy”, **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Athens, 2001, s.101; Tomás Gómez-

getirilmektedir. Uygulama açısından ise önce ilgili kişide “özel hayatının gizliliğine makul saygı beklentisi” olup olmadığı sorgulanır, cevap olumlu ise ikinci aşamada, resmi devlet görevlisinin müdahalesini “makul olarak” (“*reasonably*”) yapıp yapmadığı sorgulanır<sup>62</sup>. Tüm bu değerlendirme yapılırken içinde bulunulan ortam çok önemlidir. Örneğin ilgilinin az kişi tarafından görülüp duyulabileceği bir yerde beklentisinin daha yüksek olması mahkemelerce kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Aynı şekilde giyinme kabini gibi kişinin kural olarak rahatsız edici bir durumda olduğu yerlerde de beklenti yükselebilmektedir<sup>64</sup>.

Diğer yandan, Avustralya’da, ileride ayrıntısıyla değinilecek olan, işçilerin işyerinde denetlenmesiyle ilgili olarak yürürlükte olan kurallar, ancak ilgili gözetleme araçları, “*özel olması beklenmeyen konuşmalar ve faaliyetleri izlemesi*” halinde uygulanabilmektedir<sup>65</sup>. Keza bu tip araçlar kullanılıyorsa “özel hayatın gizliliğine saygı beklentisinin” var sayılması gerektiğini belirten yazarlar<sup>66</sup> olduğu gibi aynı isimler, kamuya açık alanda da böyle bir beklentinin olabileceğini ve bu halde resim çeken gazetecinin hukuken sorumlu olacağını ileri sürmektedirler<sup>67</sup>.

Kavramın ortaya çıkışı Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1967 tarihli Katz-Birleşik Devletler davasıdır<sup>68</sup>. Bu tarihten sonra Kanada Yüksek Mahkemesi, Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirisinin aramalar ile ilgili 8.Kısımını, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de Güney Afrika Anayasasının yine özel hayat ile ilgili olan 14.Kısımını yorumlarken bu kavrama sıklıkla başvurmaktadır. Aynı şekilde Avustralya’da polis memurlarının uyuşturucu testlerinin yasallığı ve İsrail’de

---

Arostegui, “Defining private life under the European convention on human rights by referring to resonable expectations”, **California Western International Law Journal**, V.35, n.2, 2005, p.181

<sup>62</sup> Richard Clayton- Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.868; Carole Mounier, “Harmonisation du droit par la jurisprudence de la CEDH: la protection de la vie privée face à la presse”, **L’harmonisation internationale du droit**, Bâle, 2007, s.142

<sup>63</sup> N. A. Moreham, **a.g.e.**, s.621-622

<sup>64</sup> N. A. Moreham, **a.g.e.**, s.623-624

<sup>65</sup> Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **Privacy law in Australia**, Sydney, 2005, s.151

<sup>66</sup> N. A. Moreham, **a.g.e.**, s.631

<sup>67</sup> N. A. Moreham, **a.g.e.**, s.633

<sup>68</sup> Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, p.163; Amitai Etzioni, **a.g.e.**, New York, 1999, s.184: Kararda, kumar oynayan sanığı telefon kabininden yaptığı görüşmelerin yerel polis veya FBI tarafından dinlenmeyeceğine dair bir özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi olduğu savunması kabul edilmiştir.

iletişimin gizli olarak tespitinin değerlendirilmesinde mahkemelerin başvurduğu bir kavramdır<sup>69</sup>.

“Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” Anglo-Sakson Hukuku kökenli olmakla birlikte son yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da yer bulmaya başlamıştır. İlk 1997 tarihli Halford-İngiltere davası olmak<sup>70</sup> üzere 2004 yılına kadar beş kararda Mahkeme tarafından ölçüt olarak kullanılmıştır<sup>71</sup>. Strasbourg Mahkemesinin ne zaman bir beklentiyi makul sayabileceği konusunda yapılan öneri ise öncelikle üye ülkeler arasında bu alanda bir uzlaşma, en azından basit çoğunluk, olması gerektiğidir<sup>72</sup>.

#### e) Kavramın içeriğini sayarak belirlemeye çalışan teoriler

Çeşitli hakları ve/veya durumları sayarak, adeta tüketici bir yöntemle, tanımlama yoluna başvuranlar da vardır. Bunun gerekçesi olarak da özel hayat kavramının geniş olması ve kamusal-özel ayrımının yeterli olmaması gösterilmektedir<sup>73</sup>. Örneğin, Şen, kesin bir tanım olamayacağını baştan kabul etmekle beraber, özel hayat hakkından söz etmekte ve bunun kişinin öğrenilmesini istemeyeceği bilgileri ile üzerinin, eşyasının, iletişimini ve konutunun dokunulmazlığını korumaya yönelik anayasal güvence altındaki mutlak bir hak olduğunu belirtmekte, böylece de, aslında, Anayasa’daki düzenlemelerle paralel bir tanımlama yapmaktadır<sup>74</sup>. Keza Üzeltürk de bu yöntemi örnek vermekte ve özel hayatın içeriğine, daha çok koruma anlayışından hareketle, şu unsurların konulduğunu belirtmektedir: “bireyin fiziksel ve mental dokunulmazlığının ve kişinin moral ve entelektüel özgürlüklerinin korunması; bireyin adının, kimliğinin veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması; bireyin gözetlenme, izlenme

<sup>69</sup> Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, p.164; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.867 (Kanada açısından)

<sup>70</sup> Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, p.165. Karardan alıntı: “Merseyside Polis Merkezindeki dahili telekomünikasyon sisteminin bir kullanıcısı olarak Bayan Halford’a, bu sistemdeki telefon görüşmelerinin dinlenebilir olmasıyla ilgili herhangi bir uyarı yapıldığına dair bir kanıt yoktur. Mahkeme, davacının, söz konusu telefon görüşmeleri açısından ‘özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi’ olabileceği ve bu beklentinin başka etkenlerce de güçlendirildiği düşüncesindedir” (s.166); Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.815; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.172

<sup>71</sup> Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, p.162; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.11 ve s.269

<sup>72</sup> Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, p.187

<sup>73</sup> Jacques Velu, **a.g.e.**, s.24

<sup>74</sup> Ersan Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2005/3, İstanbul, s.707

veya tacize karşı korunması; mesleki sır kavramına giren bilginin açıklanmasına karşı koruma”<sup>75</sup>. Bir başka yazar da mahrem alan, özel hayata dair bilgiler ve faaliyetler, aile, konut, haberleşme ve saygınlık kavramlarını özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı içerisinde saymaktadır<sup>76</sup>. Keza aile hayatı, konut ve haberleşmenin özel hayat içindeki önemi hemen tüm yazarlarca vurgulanmaktadır<sup>77</sup>. Ayrıca yabancı bir ülkede ilişkiler kurma, bunların sonucunu üstlenme, kirli çevreden zarar görmeme, azınlık hayatı sürebilme gibi ilk bakışta özel hayat kavramına uzak görünen hakları da bu kavramın içinde değerlendirenler vardır<sup>78</sup>.

Söz konusu sayma yönteminde bu hakları belli alt başlıklarda toplamak da bir başka yazarca benimsenmiş bir yöntemdir ve buna göre özel hayat; fiziksel gizlilik (konut), kişisel kararların gizliliği (yaşamını dilediği gibi, müdahale olmadan sürdürmek), psişik gizlilik (gözetleme ve izlemelerden korunma) ve mülkiyetin gizliliğini (kişisel veriler) içermektedir<sup>79</sup>.

İngiliz öğretisindeki bir görüş de insan haysiyeti veya ruhsal bütünlüğün yanında kişinin resimlerinin izinsiz dağıtılması, kişisel bilgilerin denetimi, başkalarıyla duygusal ilişki kurma ve geliştirmeyi ve de medyanın müdahalelerine karşı “özgür” olmayı özel hayat ile bağlantılı saymaktadır<sup>80</sup>. Uluslararası Hukukçular Komisyonundaki İngiliz hukukçular tarafından 1970’de önerilen özel hayatın gizliliğini, “makul olmayan ve esaslı” müdahalelere karşı korumayı amaçlayan düzenleme önerisinde de özel hayatın gizliliği hakkı; “kişinin kendisine, konutuna, ailesine, başkalarıyla olan ilişkilerine ve iletişimine, mülkiyetine ve iş hayatına yönelik müdahalelerden korunma hakkı” olarak tanımlanmıştır<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.169; Murat Durmuş, **Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve de İstihbarat Faaliyetleri**, Kırıkkale Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s.10; Fiziksel ve moral dokunulmazlık ve özgürlük başka yazarlarca da ilk sıraya konmaktadır: Jacques Velu, “Rapport relatif à la Convention européenne des droits de l’homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications”, **Actes du 3e Colloque international sur la CEDH**, Bruxelles, 1973, s.65

<sup>76</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.33

<sup>77</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.12-13

<sup>78</sup> Jean Sace, “Le droit au respect de la vie privée est-il un droit des vivants”, **Mélanges John Kirkpatrick**, Bruxelles, 2004, s.866

<sup>79</sup> Mary M. Chieh, **a.g.e.**, s.100

<sup>80</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.777

<sup>81</sup> Albert E. Harum, “Right of privacy in Europe”, **American Bar Association Journal**, V.63, s.675

Fransız öğretisi ailevi hayat, manevi hayat, kapalı kapılar ardındaki hayat, kişisel hayat gibi kavramları özel hayatın içinde kabul ederken Fransız yargısı da kişinin medeni hali, fiziksel, psikolojik durumu veya sağlık durumuna, inançlarına, mesleğine ilişkin eylem ve olayları özel hayatın parçası saymaktadır<sup>82</sup>. Yine Fransız yargısı, daha dar olan, mahremiyet kavramını geniş yorumlamakta ve evlilik hayatının yanında aile hayatını ve kişinin hayatının bazı yönlerini de mahremiyet içinde değerlendirmektedir<sup>83</sup>.

Buna karşın özel hayatın ne olmadığını söylemeyi tercih edenler de vardır. Kimi yazarlara göre<sup>84</sup> özel hayat, saygınlık ve onur değildir, zira bunlara yönelik ihlallerde bulunması gereken aşağılama, küçümseme unsurları olmadan da özel hayat ihlal edilebilir, nitekim bu yönde Fransız Yargıtay'ının da bir kararı vardır<sup>85</sup>. Özel hayat insan haysiyeti de değildir çünkü ilkinin ihlali için ikincininkinde aranan ölçüde bir yoğunluk gerekmez<sup>86</sup>. Aynı yazarlara göre özel hayat, kişinin resmi, bir başka deyişle fiziksel görüntüsünün tanınabilir şekilde maddi tasviri olmadığı gibi mesleki faaliyet de değildir. Bir başka yazar da, özel hayatın korunmasının kişinin kendini geliştirebileceği bir çevreye olan gereksiniminden kaynaklandığının belirttikten sonra özel hayatın “saklanma hakkı” değil ve fakat “gizlenme hakkı” olduğunu vurgulamıştır<sup>87</sup>. Bir diğer yazar da buna benzer bir şekilde, özel yaşam hakkının artık “bağımsızlık, bireysellik, farklılık hakkına” (“*droit à l'indépendance, à l'individualisme, à la différence*”) dönüştüğünü ve günümüzde gizlenerek değil farklı olarak yaşamının söz konusu olduğunu söylemektedir. Hatta söz konusu hakkın sadece başkalarının bakışlarının değil yargılarının da engellenmesini öngördüğünü eklemektedir<sup>88</sup>. Olumsuzdan hareketle özel hayatı tanımlayan diğer bir görüş de özel hayatın iş hayatı veya mesleki hayat olmadığı söylemidir<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.9

<sup>83</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.41

<sup>84</sup> Jean-Pierre Gidel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1635; Aksi görüş: Valérie Berset Bircher, “L’impact de l’article 8 CEDH sur le droit du travail: Analyse comparée des droits suisse et français”, **Les droits de l’homme au centre**, Fribourg/Genève, 2006, s.593

<sup>85</sup> Cass. 1re ch. civ. 10 juin 1987, n.191

<sup>86</sup> Cass. 1re ch. civ. 20 février 2001, n.42

<sup>87</sup> Sidney Berneman, “L’admissibilité de la preuve dans un système continental: le modèle belge”, **Revue de droit pénal et de criminologie**, Avril 2007, s.303; Frédéric Sudre, **a.g.e.**, s.701: Bir başka yazar da bu söylemi “yalnızca başkalarından kurtulmak için evinde kalma hakkı değil, ayrıca başkalarına gitmek için dışarı çıkma hakkıdır” şeklinde dile getirmektedir; Laurent Kennes, **La preuve en matière pénale**, T. I, Bruxelles, 2005, s.144

<sup>88</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.195

<sup>89</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.34

Benzer şekilde bazı yazarlar, özel hayatın gizliliği hakkının resmi hakkı ile karıştırılmaması gerektiğini ve her ne kadar bu iki hak birbirine yakın da olsa biri ihlal edilirken diğersinin ihlal edilmeyebileceğinin de altını çizmektedir. Dolayısıyla sonuçlar da değişmekte ve ihlal edilen resim hakkı ise yalnızca ilgili özel hukuk araçlarına başvurulabilmektedir<sup>90</sup>. Aynı yazara göre özel hayat sadece cinsel veya duygusal hayat da değildir<sup>91</sup>.

### 3) Özel hayatın korunması ve ihlali

Özel hayatın ne olduğu ve ne ölçüde gizli kalması gerektiği tartışmalarında tanıma yönelik teori ve uygulamaların yanında özel hayatın neden korunması gerektiği ve ihlalin ne zaman başladığına ilişkin tartışmalar da konunun daha iyi açıklanıp ortaya konulmasına yardımcı olmaktadır. Bu nedenle önce özel hayatın gizliliğinin korunması nedeni (a), daha sonra da ihlal kavramı (b) üzerinde durulacaktır.

#### a) Korumanın nedeni

Özel hayatın ve özel hayatın gizliliğinin korunmasının varlık nedeni aslında doğrudan kişiyle daha doğrusu insanla ve insanın “insanca” bir yaşam sürebilmesi gerekliliği ile ilgilidir. Daha XIX.yüzyılda “*privacy*” hakkında ilk hukuk makalesini yazan *Warren* ve *Brandeis* gelişen toplum ve yaşam koşulları nedeniyle kişinin “dünyadan çekilme” ve “yalnızlık” gereksiniminin arttığına dikkat çekmişlerdir<sup>92</sup>. Hatta özel hayatın göreceliliği, genişliği ve tam tanımlanamazlığından hareketle özel hayatın gizliliği hakkının aslında bir insan hakkı olmadığını iddia edenlere<sup>93</sup> karşı olarak tüm insan haklarının özel hayatın gizliliği hakkının yansıması olduğunu veya ondan kaynaklandığını iddia edenler dahi vardır<sup>94</sup>. Zira belli bir fiziksel ve zihinsel alanı denetlemeksizin ve istediği kişilerle yaşamını paylaşabilmeksizin, kişi ne yeteneklerini ve kişiliğini geliştirebilir, ne de haysiyetli ve özerk bir yaşam sürebilir;

<sup>90</sup> Georges Levasseur, “La protection pénale de la vie privée”, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, T.II, Aix-Marseille, 1979, s.109

<sup>91</sup> Georges Levasseur, *a.g.e.*, s.114

<sup>92</sup> Warren – Brandeis, *a.g.e.*, s.196

<sup>93</sup> Erik Claes, *a.g.e.*, s.184

<sup>94</sup> Lami Bertan Tokuzlu, *a.g.e.*, s.39; Don R. Pember, *Privacy and the press*, Washington, 1973, s.249: Yazar, bu söylemi bir ABD Yüksek Mahkemesi yargıcının bir sözüne atıfla dile getirmektedir

pasif ve korkak bir yaşam sürmek zorunda kalır<sup>95</sup>. Hatta sırf bu mahremiyet gereksinimi bile özel hayatın gizliliğini değerli kılmaktadır<sup>96</sup>. Keza, kişinin başkalarının hakkında değer yargıları oluşturmaya yarayacak kişisel bilgilerinin habersizce toplanması da onu son derece güçsüz ve korumasız kılar<sup>97</sup>.

Nitekim kişinin ancak toplumun varlığı sayesinde “kendini gerçekleştirebileceğini”, toplumsal yapının bir amaç olmasa bile kişinin haklarını ve seçimlerini kullanabilmesinin tek yolu olduğunu savunan bir yazar da, eski tarihli bir eserinde, kişiye mutlaka belli bir özgürlük alanının bırakılması gerektiğini, bunun tartışmasız olduğunu söylemektedir<sup>98</sup>. Zaten İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (ATF 102 Ia 521), kişinin gelişebilmesi için “özel alanın korunması hakkını” temel bir özgürlük olarak kabul etmiştir<sup>99</sup>. Hatta bu koruma, kişiliğin gelişebilmesi açısından hukuk devletinin de bir görevidir<sup>100</sup>. Bu bağlamda devletin siyasi yapısıyla özel hayatın korunması arasında bağlantı kuran bir görüş de bulunduğu ve bu görüşe göre kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirebildiği “küçük dünyasının”<sup>101</sup> genişliği ile ülkedeki rejimin demokratik-özgürlükçü yapısının doğru orantılı olduğu not edilmelidir<sup>102</sup>. Buna karşın özel hayatın gizliliğinin korunmasında devlete güvenmenin, “pencere panjurlarının yerleştirilmesini bir röntgenciden istemekle” aynı şey olduğunu iddia edenler de vardır<sup>103</sup>. Benzer bir yaklaşım sergileyen Von Humboldt ise devletin tek görevinin

<sup>95</sup> Ralph F. Gaebler, “Is there a natural law right to privacy?”, **The American Journal of Jurisprudence**, V.37, Indiana, 1992, p.17; Fatih Selami Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.109; Thomas Legler, **Vie privée et image volée**, Berne, 1997, s.27: Yazar, dolaylı bir bağlantı kurmakta ve özel hayat ile kişilik arasındaki bağlantıya işaret ederek kişiliğin korunmasının çıkış noktasının insan haysiyeti olduğunu belirterek Alman Anayasasını örnek vermektedir; Ahmet K. Sevimli, **a.g.e.**, s.21-22; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.21: Yazar, gizlilikte aşırılığın da çeşitli psikolojik sorunlara yol açabileceğini eklemektedir (s.24); Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.265 ve 269; Paul de Hert – Serge Gutwirth, **a.g.e.**, s.97

<sup>96</sup> Victor Tadros, **a.g.e.**, s.119-120

<sup>97</sup> Durmuş Tezcan, **a.g.e.**, s.386; Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.59: Yazar, bu bağlamda özel hayatın korunmasının geniş anlamda kişinin ilişkilerini dar anlamda da kişinin sırlarının korunmasını ifade ettiğini belirtmektedir; François Rigaux, “Les paradoxes de la protection de la vie privée”, **La protection de la vie privée dans la société d’information**, T. I, Paris, 2000, s.43

<sup>98</sup> Jean Hervé, **Etude de quelques aspects de la police de la vie privée**, Paris, 1938, s.16-17; Eserin tarihi toplumsal hayat – özel hayat ikileminin eskiliğini ortaya koyması bakımından önemlidir.

<sup>99</sup> José Hurtado Pozo, **a.g.e.**, s.56

<sup>100</sup> Yıldırım Zeren, “Teknik Gelişme ve Özel Hayata Saygı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1971/3, s.420

<sup>101</sup> Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.116

<sup>102</sup> Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.7; Sesim Soyer, **a.g.e.**, s.5; Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.34-35: Yazar, özel hayatın yeniden tanımlanmasına gereksinim olduğunu, aksi halde kişisel bilincin hızla yok olması sonucu totaliter bir rejimin zımnen kabul edildiği “Gulag Takımadaları”na (Alexandre Soljenitsin) doğru bir gidiş olacağı uyarısında bulunmaktadır; Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.16; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.39 vd.; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.268

<sup>103</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.99: (John Perry Barlow’dan alıntı) “*Relying on government to protect your privacy is like asking a peeping tom to install your window blinds*”

güvenliği sağlamak olduğunu belirtir, çünkü bireysel refaha yönelik girişimler “bireysel eylemin önünü keser”<sup>104</sup>. Buna karşın Benjamin Constant da, kamusal hayata mesafeli yaklaşım özel hayatı üstün tutmakla birlikte kamusal hayat – özel hayat ayrımının keskinleşmesi ve özel hayatın çok genişlemesinin, insanlar arasındaki ilişki ve iletişimi azaltacağından kamusal hayat üzerindeki denetimi etkisizleştireceği, baskıcı bir rejime yol açacağı görüşündedir<sup>105</sup>.

Korumanın amacını daha genel bir bakışla hukukun var oluş nedeninde arayan bir başka görüşe göre hukukun bizatihi amacı kişilerin çıkarlarını korumak, özgürlükle hizmet etmek, huzur ve refahı arttırmaktır. O halde kanun koyucu özel hayata yönelik müdahalelerden kaçınmalıdır<sup>106</sup>. İleri sürülen görüşün genel bir bakış açısıyla kabul edilebilir olduğu savunulabilirse de gerek refah ve huzurun son derece göreceli kavramlar olması gerekse özel hayatın sınırlarının belirlenmesi amaçlı merkezden uzaklaşılması nedeniyle eleştiriye açık olduğu söylenebilir.

#### b) İhlal

Batı Dünyasında özel hayatın iki şekilde ihlal edilebileceği kabul edilmektedir. Birincisi “klasik ihlal” olarak adlandırabileceğimiz devletin, görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği ihlaldir ve daha çok asker, polis, vergi memuru gibi görevliler tarafından yapılır. İkincisi ise, özellikle çağımızda teknolojinin ve iletişim olanaklarının da hızla gelişmesi sonucu, kişilerin birbirlerinin özel hayatını ihlalidir ki basın ve başkaca gruplar, kuruluşlarca yapılan ihlaller de bu kısma girmektedir<sup>107</sup>. Zira basının bilgi verme hakkı / bilgilendirme hakkının özel hayatın sınırında son erdiği ve bunun istisnasının kamu yararı olduğu, kural olarak, kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Zaten teknolojik gelişim ve devamındaki ihlal olanaklarının artışına koşut olarak özel

<sup>104</sup> Raymond Guess, **a.g.e.**, s.22

<sup>105</sup> Stephen Holmes, **Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne**, Paris, 1994, s.338 vd.: Yazar, ayrıca Rousseau'nun özelin kamusal lehine ortadan kalktığı Sparta rejimini de, böyle bir uygulamanın demokrasi olamayacağı gerekçesiyle eleştirdiğini de belirtmektedir (s.355)

<sup>106</sup> Mustafa Can, **ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği**, [www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm](http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm) (Erişim: 29 Mayıs 2009)

<sup>107</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.35 ; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.777; Fatih Selami Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s.102; Roger Nerson, “La protection de la vie privée en droit positif français”, **Revue internationale de droit comparé**, 1971/4, s.740: Yazar, kişinin devletle olan ilişkisinin de “insan haklarının”, başka kişilerle olan ilişkilerinde ise “kişilik haklarının” söz konusu olduğu düşüncesindedir; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.5; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.267

<sup>108</sup> Partick Baudry – Claude Sorbets – André Vitalis, “Le conflit entre liberté d’informer et secret de la vie privée” (extraits), **Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot**, n.940, Septembre 2007, s.11

hayatın daha iyi korunması endişesi de artmaktadır<sup>109</sup>. Nitekim sözü edilen iki ihlal türü ve bireyin kişiliğinin her iki tür ihlale karşı da korunması gerektiği, İsviçre Ceza Kanununda konuyla ilgili düzenleme yapılırken Federal Hükümetin mesajında da yer almıştır<sup>110</sup>.

Bu ikili ayırmadan hareketle *Üzeltürk*, dikey ilişkilerde yani geniş anlamda devlet ile birey arasındaki ilişkilerde ihlalin konut dokunulmazlığını ihlal, sebepsiz arama, haberleşmeye müdahale, cinsel yaşama müdahale, hatta gebeliğin gönüllü olarak sona erdirilmesi olarak ortaya çıktığını; yatay ilişkilerde yani bireyler arası ilişkilerde ise haksız fiil hukukunun söz konusu olacağı sonucuna ulaşmaktadır<sup>111</sup>. Ancak gelişen teknoloji ve özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki yeni düzenlemeler dikkate alındığında bu kadar keskin bir ayırım ve söylemin tam da doğru olmadığı belirtilmelidir.

İhlalin nasıl olacağı sorusuna ise, genel olarak, iki şekilde biçiminde yanıt verilmektedir<sup>112</sup>. İlki, kronolojik olarak da ilk sırada olan, kişisel bilgilerin, ya da daha genel bir söylemle özel hayata, sırlara ilişkin bilgilerin elde edilmesidir. Buna “araştırma safhası” da denmektedir. İkinci ihlal şekli ise böylece elde edilen bilgilerin veya hukuka uygun şekilde elde edilmiş bilgilerin kamuya açıklanması yani ifşa edilmesidir.

Amerikalı hukukçu *Prosser* ise özel hayatın gizliliği açısından dört temel ihlal türünden söz etmektedir: Birincisi özel konuların ifşasıdır (“*publication of private facts*”) ve *Prosser* örnek olarak kişinin izinsiz olarak sakat çocuğunun resminin, görünümünü kötüleştiren hastalığının veya borç bilgilerinin ifşasını göstermektedir. İkincisi haksız müdahaledir (“*intrusion*”), bu kez örnek telefon dinleme ve fotoğraf çekmedir. Üçüncü ihlal türü olan kötüye kullanma (“*misappropriation*”) açısından ise verilen örnek kişinin adının veya resminin izinsiz olarak ticari amaçla kullanılmasıdır. Son ihlal ise yanlış bilgilendirme (“*false light*”) yani aslında kişinin

<sup>109</sup> Partick Baudry – Claude Sorbets – André Vitalis, **a.g.e.**, s.12

<sup>110</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.68

<sup>111</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.5

<sup>112</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.14; Ahmet K. Sevimli, **a.g.e.**, s.16; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.36 vd.; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.154; Massamba Bassante Batema, **La protection pénale de la vie privée**, Mémoire du DEA, Université de Paris II, 2004, s.13; Stig Strömholm, “La vie privée et les procédés modernes de communication: Droit nordique”, **Revue internationale de droit comparé**, 1971/4, s.765-766: Bu bağlamda, yazar teknoloji sektörü, medya sektörü ve bilişim sektöründeki gelişime dikkat çekmektedir.

yazmadığı bir mektubu onun adına imzalamaktır<sup>113</sup>. Hatta bir fotoğrafın kendi bağlamı dışında kullanılması da son ihlal çeşidi içinde değerlendirilebilir<sup>114</sup>.

İki İngiliz hukukçu *Clayton* ve *Tomlinson* da dört farklı ihlal türü ortaya koymakta ama bunları farklı biçimde sınıflandırmaktadırlar: kişisel bilginin kötüye kullanılması (“*misuse of personal information*”); konuta haksız müdahale (“*intrusion into the house*”); fotoğraf, izleme ve telefon dinleme (“*photography, surveillance and telephone tapping*”); diğer haklar, özel cinsel davranışlara müdahale (“*the extent of other privacy rights, interference with private sexual behaviour*”)<sup>115</sup>.

Başka bir Amerikalı hukukçu *Westin* de aslında içeriği çok farklı olmamakla beraber sistematik açıdan farklı bir yaklaşımla özel hayatın gizliliğine yönelik ihlalleri üçer ayırmaktadır: fiziksel gözetleme (“*physical surveillance*”, örneğin teknik takip), psikolojik gözetleme (“*psychological surveillance*”, örneğin psikolojik testler) ve veri gözetlemesi (“*data surveillance*”, örneğin kişisel verilerin izinsiz kullanılması)<sup>116</sup>.

Değinilmesi gereken bir başka görüşte ise *Archard*, özel hayatın gizliliğini “kişisel bilgilere sınırlı erişim” (“*limited access to personal information*”) olarak, kişisel bilgiyi ise kişinin yaşı ve telefon numarasından, eğitimi ve siyasi tercihe kadar geniş bir biçimde tanımladıktan sonra ihlalin iki şekilde olabileceğini ileri sürmektedir. Birincisi “duyusal erişim” (“*sensory access*”), ikincisi ise “bilişsel erişim” (“*cognitive access*”) olarak adlandırılmaktadır. İlkinde fail bizzat mağdurun özel hayatının gizliliğini müdahale eder. Verilen en tipik örnek mağdurun cinsel ilişki sırasında habersiz seyredilmesidir. İkinci halde ise failin, mağdurun özel hayat olayını bir vesile ile öğrenmesidir. Bu açıklamaların ardından yazar, “duyusal erişim”in diğerine göre daha ağır bir ihlal olduğunu eklemektedir<sup>117</sup>. Aslında benzer bir yaklaşımı birçok kararda İngiliz mahkemeleri de sergilemiştir. “Duyusal erişim” olarak adlandırılacak olan fotoğraflarla, “bilişsel erişim” olarak

<sup>113</sup> William L. Prosser, **Law of torts**, 2nd edition, California, 1955, s.637-639; Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.87: Yazar, “*false light*” kavramının bazı eyaletlerde hakaret fiili içerisinde değerlendirildiğini de not etmektedir; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.8; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.10; Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.38; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.45

<sup>114</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.243

<sup>115</sup> Richard Clayton- Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.778-779

<sup>116</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.271 vd.

<sup>117</sup> David Archard, **a.g.e.**, s.20 vd.

adlandırılabilir yazılı betimleme/bilgi vermeyi kıyaslayan İngiliz yargıçlar, “bir fotoğrafın bir anlık olaydaki bütün ayrıntıları kesin olarak yakalayabildiğini ve fakat sözcüklerin bunu başaramadığını” belirterek bir fotoğrafın yayınlanmasının sözcüklerle bilgi verilmesinden daha büyük bir ihlal olabileceğini vurgulamışlardır<sup>118</sup>.

Diğer yandan özel hayatın varlığı ve özel hayatın gizliliği hakkı kabul edilmekle birlikte var olan başka hakların ve özgürlüklerin korunabilmesi açısından yapılacak kimi müdahaleler haklı hale gelebilmektedir<sup>119</sup>. Öncelikle belirtilmelidir ki bunları “ihlal” olarak adlandırmak olanaklı değildir. Zira “ihlal” hukuka aykırılığı ifade eden bir kavramdır ve çoğu zaman da bir suç oluşturur. Oysa söz konusu müdahaleler ya bir devlet görevlisi tarafından, belli bir yetkiye dayanılarak, ya da resmi sıfatı olmayan bir kişi tarafından, var olan bir hakka dayanılarak, kısacası mutlak biçimde hukukun içinde kalarak yapılan müdahalelerdir. Dolayısıyla bunlar her ne kadar özel hayatı ve özel hayatın gizliliği hakkını kısıtlasa da ihlal değil müdahaledir.

Ancak yapılabilecek müdahalenin ağırlığı ülkedeki rejime ve siyasi koşullara bağlı olmakla birlikte<sup>120</sup>, ileride daha ayrıntısıyla üstünde durulacağı da hatırlatılarak, sınırlamanın da, en azından “insan haysiyeti” ve “kişinin maddi-manevi gelişimi” gibi sınırları olduğu da not edilmelidir<sup>121</sup>. Eğer belli bir mutlak sınır konmazsa, sonuç Alman teorisyen *Carl Schmitt*'in “*Die Diktatur*” adlı eserinde savunduğu gibi egemenliğini, krizlerden çıkmak için her türlü kurala istisna getirebilme erki olarak tanımlayan devlet, hukuksal olmayan ve fakat yasal olan yollarla totaliter bir rejim kurabilir. Nitekim Nazi Almanya'sında Weimar Anayasası rejimi yürürlükten kaldırılmamış ama askıya alınmıştır, bir başka deyişle istisna getirilmiştir. Günümüz dünyasında da 11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra ortaya çıkan “terör ile savaş” öğretisi ve bundan kaynaklı uygulamalar da *Schmitt*'i tekrar hatırlatmaktadır<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> N. A. Moreham, **a.g.e.**, s.613-614

<sup>119</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.17; Zahit İmre, **a.g.e.**, 159; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.33; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.17; Mirelle Hildebrandt, **a.g.e.**, s.46-47

<sup>120</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.100 vd.

<sup>121</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.104

<sup>122</sup> Armand Mattelart, **La globalisation de la surveillance**, Paris, 2007, s.57

Bu bağlamda öteki hak ve değerlerle bir denge kurulması ve onların da korunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Burada da hukukun önemi ortaya çıkmaktadır, zira her ne kadar özel hayat kavramının açıklanmaya çalışılmasının felsefi bir tartışma olduğu kabul edilebilirse de, uygulanacak usulleri belirleyecek olan hukuktur, çünkü *Negley*'in de belirttiği gibi “*Modern insan zincirlerle doğar ve yalnızca hukuk onu özgürleştirebilir*”<sup>124</sup>.

Ancak denge-koruma tartışması çok eski bir tartışmadır. Örneğin 1938’de bile özel mülkiyetin her türlü müdahaleye kapalı bir alan olmadığı, dışarıyla etkileşim halinde olduğu belirtildikten sonra<sup>125</sup>, polisin üçüncü kişileri korumak için müdahalede bulunabileceği ve mülkiyet hakkının (aslında kastedilen konut dokunulmazlığıdır) toplum için tehlike yaratması halinde polisin müdahale yetkisi olduğu belirtilmektedir<sup>126</sup>.

Ayrıca özel hayata yönelik bir müdahalenin, üstteki açıklamaya göre, “ihlal” oluşturmaması için birbirini izleyen dörtlü bir test de önerilmiştir: İlk olarak kamu yararı (“*common good*”) için teorik bir tehlike değil, açık ve büyük bir tehdit olmalı. İkincisi özel hayata müdahale edilmeden çözüm bulma olanağı olmamalı. Üçüncüsü müdahale asgari düzeyde olmalı ve son olarak da istenmeyen yan etkileri en az olan müdahale türü seçilmeli<sup>127</sup>.

#### 4) Görüşümüz

Yukarıda değinilen tartışmalar ve tanımların ışığında görülmektedir ki özel hayat tartışmalı ve karmaşık bir konudur. Tam bir tanımının verilmesi ve sınırlarının

<sup>123</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.189, s.191; François Rigaux, **a.g.e.**, s.37: Yazar, bu dengeye ABD’de “*balancing test*”, Almanya’da “*Interessentadwägung*” dendiğini belirttikten sonra aslında bunun yanıltıcı olduğunu zira bir hakkın/değerin mutlaka feda edilmesi gerektiğini savunmaktadır; Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.38, s.67 ve s.200; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.10; Andrew Clapham, **a.g.e.**, s.145 vd.: Yazar, sınırın insan haysiyeti ve demokrasi olduğunu belirterek, korunacak hak açısından ilki söz konusu ise mutlak koruma, ikincisi söz konusu ise “kamusal bir yön bulunması” koşulu ile koruma önerisinde bulunmaktadır; Paul de Hert – Serege Guitwirth, **a.g.e.**, s.67 vd.: Yazarlar, düzenlemenin iki şekilde olabileceğini ya bir hakkın ve istisnalarının gösterilebileceğini (“*opacity tool*”: “saydamsızlık aracı” ya da o alanla ilgili ayrıntılı düzenleme yapılabileceğini (“*transparency tool*”: “saydamlık aracı”) belirtmektedirler.

<sup>124</sup> Glenn Negley, “Philosophical views on the value of privacy”, **Law and Contemporary Problems**, 1966, s.325: “*Modern man is born in chains; only the law can set him free*”

<sup>125</sup> Jean Hervé, **a.g.e.**, s.18-19

<sup>126</sup> Jean Hervé, **a.g.e.**, s.24-25

<sup>127</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.34 vd.

çizilmesi zordur. Örneğin Fransız Ceza Kanunundaki özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenlemelerde özel hayat kavramının neden tanımlanmadığına ilişkin iki gerekçe ileri sürülmüştür. Birincisi bu kavramın aldığı biçimlerin çokluğu ve çeşitliliği, ikincisi ise kavramın göreceliliğidir<sup>128</sup>. Nitekim Avrupa Konseyi'nin insan hakları alanındaki uzmanlar komitesi de daha 1970'li yıllarda ne ulusal ne de uluslararası öğretide veya içtihadta genel olarak kabul edilen bir özel hayat tanımı bulunduğu raporunda ifade etmiştir<sup>129</sup>. Hatta bazı kişi ve kurumlar bu çabayı gereksiz bulup reddetmektedir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin en önemli koruma unsurlarından biri olan “hukuk güvenliği” ilkesi, çalışmanın konusunun bir suç olması, bir başka deyişle “yasallık” ilkesinin egemen olduğu Ceza Hukuku alanında bulunulması nedeniyle özel hayat ve ilgili kavramların belli bir sınırının çizilmesi gerekmektedir.

Öncelikle kamusal hayat – özel hayat kavramının günümüzde hakların ve teknolojik olanakların geldiği noktada yetersiz olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Özel hayatın artık yalnızca konutun dört duvarı arasında, konut dokunulmazlığı ve mahremiyet ile sınırlı olmadığı kamuya açık alanlarda da özel hayatın yaşandığı kabul edilmekte ve bunun sonucunda da örneğin güvenlik kameraları çok ciddi biçimde tartışmalara yol açmaktadır<sup>130</sup>. Nitekim Amerika Birleşik Devletlerinde sokaklara yerleştirilen güvenlik kameraları nedeniyle şiddetlenen özel hayat tartışmaları sonucunda ortaya “kamuda tanınmazlık hakkı” (“*the right to public anonymity*”) ortaya atılmış ve hak da özel hayatın gizliliği ile ilişkilendirilerek kişinin, kalabalığın içinde fark edilmemesi, tanınmaması, bilinmemesi hakkı biçiminde tanımlanmıştır<sup>131</sup>. Hatta bu hakka saygı gösterilmemesinin farklılıkları engelleyip baskıcı bir toplum ortaya çıkarabileceği bunun da *Jeremy Bentham* tarafından tasarlanan ve ortada yer alan bir kuleden bütün mahkumların gözetlenebildiği “*Panopticon*” cezaevi sisteminin tüm topluma uygulanması anlamına geleceği belirtilmiştir<sup>132</sup>. O halde özel hayatı kamusal hayat dışına hapsetmek doğru olmadığı gibi mahremiyetle sınırlamak da aynı biçimde yanlıştır. Zira aynı biçimde günümüzde özel hayatın kamuya açık alanlarda da

<sup>128</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.33

<sup>129</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.20

<sup>130</sup> Bkz. s. 61 vd.

<sup>131</sup> Christopher Slobogin, **Privacy at Risk**, Chicago, 2007, s.90-91 (<http://site.ebrary.com> Erişim:27.9.2010)

<sup>132</sup> Christopher Slobogin, **a.g.e.**, s.92

yaşandığı düşünülecek olursa yalnızca kişiye özel gizlilik anlamındaki “mahremiyet” kavramından çok daha geniş bir alanı kapsadığının kabulü gerekir<sup>133</sup>.

Aynı biçimde daha çok kişisel veri temelli ve bu kavramı esas alan bir yaklaşım da eksik olmaktadır. Kişisel veriler özel hayatın bir parçası olarak kabul edilmekte ve üzerinde çok ciddi tartışmalar yapılmaktadır. Ancak özellikle son otuz-kırk yılın ürünü olan kişisel veri ve korunması tartışması daha uzun bir geçmişe ve daha derin bir içeriğe sahip olan özel hayatın gizliliği hakkını tamamen karşılayamaz. Benzer bir durum, özel hayatın gizliliğinin bir parçası olan ve fakat tamamı olmayan konut dokunulmazlığı için de geçerlidir. Çok eski tarihlerden beri var olan ve ihlali genellikle suç oluşturan bu hak, kapsamı itibarıyla özel hayatın gizliliği açısından çok önemli olsa da artık kamusal alanda da özel hayatın yaşandığı kabul edildiğinden yetersiz kaldığı açıktır.

Özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkını içerik sayarak ya da başka kavramlarla bağdaştırarak açıklama girişimleri de amaca hizmet etmemektedir. Son derece dinamik bir kavram olan ve teknolojinin ulaştığı seviye ile toplumun yapısıyla doğrudan bağlantılı olan özel hayatın tek tek içeriğini saymaya ve sürekli güncellemeye olanak yoktur. Başka kavramlar ise özel hayatın temeli ve korunmasının gerekleri konusunda bir fikir vermekle birlikte tanımlamaya ve anlamaya yetmemektedir.

Diğer yandan bazı haklar özel hayatla ilgili veya bağlantılı olmakla birlikte ya özel hayatın bir parçası değildir ya da özel hayatın gizliliği hakkı ile ilgili değildir. Zira özel hayatın gizliliği hakkı, adından da anlaşıldığı üzere, özel hayatın gizli kalması çıkarımı korur. Örneğin özel hayatın gizliliği hakkının tıbbi müdahaleler ve dolayısıyla tedaviler de dahil olmak üzere vücut bütünlüğünü de içerdiği ileri sürülmektedir<sup>134</sup>. Oysa vücut bütünlüğü hakkı başka bir haktır ve hukuksal belgelerde ayrıca korunmaktadır (AİHS m.2, AY m.17). Ancak yapılan müdahale sonuçları itibarıyla özel hayatın gizliliğini ilgilendirebilir. Örneğin Paris Asliye Mahkemesi 14 Nisan 2005 tarihli kararında bir şirkette günlük çalışma saatlerini tespit amacıyla parmak izinin kullanılmasını “vücut bütünlüğünü ihlal ettiği ve böylece bireysel özgürlüklere zarar verdiği” gerekçesi ile hukuka aykırı kabul

<sup>133</sup> Hamide Zafer, *a.g.e.*, s.5

<sup>134</sup> Amitai Etzioni, *a.g.e.*, s.34 vd.

etmiştir<sup>135</sup>. Dolayısıyla kişilerin parmak izinin alınması vücut dokunulmazlığı hakkına yönelik bir müdahaledir, bu verilen saklanması-kullanılması ise kişisel verileri ve özel hayatın gizliliğini ilgilendirmektedir. Aynı biçimde kişinin ameliyat olması yine vücut bütünlüğüne müdahaledir, ameliyat sonuçları yani sağlık bilgileri ise özel hayatın gizliliği kapsamındadır. Ayrıca evlenme hakkı, yeni cinsel kimliğin tanınması hakkı, kökenini bilme hakkı ve hatta vatandaşlık hakkı özel hayat içinde, haklı olarak değerlendirilmektedir<sup>136</sup>. Ancak bu hakların yapıları itibarıyla özel hayatın gizliliği hakkı ile bir ilgisi yoktur.

Tüm bu değerlendirmelerin ışığında özel hayat ve özellikle de özel hayatın gizliliği hakkının tanımlanması açısından Alman Hukuku kökenli “üç alan” teorisi ve Anglo-Sakson Hukuku kökenli “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” teorisi tanımı oluşturabilecektir. Öncelikle üç alan teorisi yapısal olarak bir hakkı tanımlamaya uygundur. Zira her hakkın dokunulmaz, vazgeçilmez bir çekirdeği vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin de yorumunda bu yaklaşım bulunmakla<sup>137</sup> beraber ulusal düzeyde gerek 1961 Anayasasının 11.maddesinin 2.fikrası<sup>138</sup>, gerekse 1982 Anayasasının 13.maddesinin, özellikle 2001 değişikliğinden sonraki hali de bunu açıkça ortaya koymaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 23.maddesinin 2.fikrasında da aynı anlayış yer almaktadır. Ayrıca 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, çalışmanın konusunu oluşturan 134.maddesinin bulunduğu bölümün başlığı da “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” olduğundan özel hayatın içinde bir gizli alanın varlığını kabul etmektedir. Son olarak karşılaştırmalı hukuktan bir örnek olarak İspanyol Anayasa Mahkemesinin içtihadında, böyle bir “özel ve dokunulmaz” alanın varlığının kabul edildiği ve Mahkemenin bunu “*insan hayatının asgari kalitesini yakalayabilme*” amacıyla açıkladığını<sup>139</sup> hatırlatmak gerekmektedir.

<sup>135</sup> Claude-Marie Vadrot, **La grande surveillance**, Paris, 2007, s.65; Ayrıca bkz. s.38’deki Danıştay kararı

<sup>136</sup> İlgili AIHM kararı için bkz. s.113-114

<sup>137</sup> Barbara Wilson, “What right to privacy for politicians, princesses and other public figures? A review of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **L’arbre de la méthode et ses fruits civils**, Lausanne, 2006, s.173: Yazar, kamuya mal olmuş kişilerin de dokunulmaz bir özel hayat alanı bulunduğu örneğini vermektedir.

<sup>138</sup> Anayasa Mahkemesi içtihadına göre yasal düzenlemelerin özel hayatı gizliliği hakkına ölçüsüz, hakkı ortadan kaldırıcı veya hakkın kullanılmasını olanaksız kılacak derecede ağır müdahalelere yol açmaması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.79-80; Aynı hüküm İsviçre Anayasasının 36.maddesinin 4.fikrasında da vardır.

<sup>139</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, “L’appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe: analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand – espagnol – français”, **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruxelles, 2005, s.73

Dolayısıyla üç alan teorisinde en içte yer alan “gizli alan” özel hayatın gizliliği hakkının dokunulmaz çekirdek kısmını oluşturmaktadır. Bu alanı hiç kimse ile paylaşılmayan sırlar ya da çok dar bir çevre ile paylaşılan bilgiler, olaylar oluşturduğu için bu alana yönelik ihlaller daha ağır bir nitelik taşımaktadır<sup>140</sup>. Hemen dışında “dar anlamda özel hayat alanı” bulunmaktadır. En dışarıdaki alan ise “özel olmayan hayat alanı” bulunmaktadır<sup>141</sup>. Tüm bu alanların birbirinden nasıl ayrılacağı sorusuna cevap verirken de toplumsal koşulları ve genel olarak öznel şartları dikkate alan “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” teorisi ve testinden yararlanmak uygun olacaktır.

Öncelikle özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkını kendi unsurlarıyla tanımlayıp yabancı unsurları katmamak hukuk güvenliği ve yasallık açısından yerinde olacaktır. Dolayısıyla özel hayatı “kişiyeye özel hayat olayları ve bilgileri”, özel hayatın gizliliği hakkıyla korunmanın “kişiyeye özel ve gizli kalması gereken hayat olayları ve bilgileri” olduğunu söylemek gerekmektedir. Nitekim Şen de birçok teori ve tanım denemesini örnek verdikten sonra tüm bunlarda ortak yönün “*başkalarınınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiyeye ait hususlar*” olduğunu belirtmekte ve tanımı bu ifade üzerine kurmaktadır<sup>142</sup>. “Kişiyeye özel” sözü ise ne kişi ile ilgili sözü kadar geniş ne de kişiyeye has sözü kadar dar yorumlanmalıdır. Anlaşılması gereken somut olaydaki olay veya bilginin kişi ile doğrudan bir bağlantısı olması, kişiliği ve bütünlüğü ile ilgili olmasıdır. Örneğin kişinin, üçüncü kişilerle ilişkisi veya sırları bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fransa’da ancak ilgilinin izni ile girilebilecek yer özel hayat anlamında “özel yer” (“*lieu privé*”) olarak kabul edilmektedir<sup>143</sup>. Ayrıca gerek Anayasanın 20, 21 ve 22.maddeleri, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi uyarınca aile hayatı, haberleşme, kişisel eşyalar, konut<sup>144</sup> ve kişisel veriler kendiliğinden bu kapsama dahil edilen değerlerdir.

<sup>140</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.138

<sup>141</sup> Aynı yönde bkz. Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.13 vd.

<sup>142</sup> Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996, s.7

<sup>143</sup> André Roux, **La protection de la vie privée dans les rapports entre l’Etat et les particuliers**, Paris, 1983, s.112; Denis de la Burgade, **La vie privée des hommes politiques**, Thèse, Université de Paris I, 2000, s.174

<sup>144</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.94-95; Avrupa Konseyi Uzmanlar Komitesi de aynı görüştedir bkz. Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.28

Diğer yandan bu olay veya bilginin “gizli kalması gerekmektedir”<sup>145</sup>. Burada da yukarıda değinilen Anglo-Sakson testine benzer bir yaklaşım sergilenebilir. Kişinin konumu, ilişkileri ve özellikle de özel hayat ile yakından ilgili olan, hatta onun temelinde yer alan kişinin özgürce maddi-manevi gelişimini sağlaması, kişiliğini geliştirmesi değerleri dikkate alınacaktır. Gizliliğin ihlali ile bu değerlerin zarar görüp göremeyeceği konusunda somut duruma bakılarak bir değerlendirme yapılacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de kişinin “*üçüncü kişilerin merakından uzak tutma, gizli tutma*” çıkarının bulunmasını aramakta ve ailevi sorunlarla, cinsel hayat ve hastalıkları örnek olarak vermektedir <sup>146</sup>. Fransız Hukukunda kişinin de bilgiyi gizli tutma isteğinden ve bu isteğin haklı bir gereksinime dayanmasından söz edilmektedir<sup>147</sup>. Bu bağlamda elbette kişinin sağlık bilgileri hem özel hem de gizlidir. Üçüncü kişilere bildirmek zorunda değildir. Ancak bulaşıcı bir hastalığı olan kişinin, bu durumu evli olduğu eşine bildirmesi evlilikten kaynaklanan bir yükümlülük olarak kabul edilebilir. Özel hayatın gizliliği hakkı evlilikte devam ediyor olsa da<sup>148</sup> gizlilik koşulu bu somut olayda evli eşe karşı oluşmamıştır. Diğer bir örnek olarak kişinin şirketinin cirosu ve ticari bilgileri gizlidir. Ama buradaki gizlilik kişinin parasal durumunun ve şirketinin ticari gücünün korunmasıyla ilgili bir gizlilik türüdür. Dolayısıyla başkaları tarafından öğrenilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal etmez, zira kişiliğine bir zararı yoktur. Buna karşın aynı kişinin aylık kredi kartı harcamalarının gizlice izlenmesi halinde ise özgürce gelişimi bunun sonucunda da özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca bazı hayat olayları özel hayat ile ilgili olup gizli olmaması yani ilk koşula uyup ikincisine uymaması hali de söz konusu olabilir. Örneğin yabancılara kapalı olmayan, nikah dairesindeki bir evlenme töreni veya mezarlıktaki bir cenaze töreni özel hayat ile ilgili olmasına rağmen özel hayatın gizliliği hakkı içinde değerlendirilemez<sup>149</sup>. O halde bu törenleri yalnızca izlemek çalışmanın konusu açısından bir ihlal oluşturmayacaktır. Ancak izinsiz kayıt halinde görüntü veya sesin sürekli olarak elde bulundurulması söz konusu olduğundan sonuç değişecektir.

<sup>145</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.139-140

<sup>146</sup> ATF 118 IV 46 (Jdt 1994 IV 81) bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.139; Aynı yönde bkz. Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.172

<sup>147</sup> Christian Atias, **a.g.e.**, s.90

<sup>148</sup> Bkz. s.87 vd.

<sup>149</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **Le droit de la presse**, Bruxelles, 2000, s.249

Gizli alan – dar anlamda özel hayat ayrımı da gizlilik koşulunun derecesine göre yapılacaktır. Hayatın olağan akışı gereği yalnızca ilgili kişinin bilebileceği ve bu kişinin çok dar bir çevre ile paylaştığı hayat olayları ve bilgileri gizli alana girmektedir. İlk koşulun da ışığında kişinin hayalleri, fantezileri, cinsel eğilimi, siyasi görüşü ve dini inancı<sup>150</sup> bu alana girmektedir. Nitekim Anayasanın 15.maddesinin 2.fikrasına göre temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının olağanüstü koşullar nedeniyle durdurulduğu dönemlerde bile, kişinin maddi-manevi bütünlüğünün korunmasının yanında din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması da bu anlayışı desteklemektedir. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen 45 ve 46.maddeleri ile bu kişilerle şüpheli-sanık arasındaki iletişimin denetlemesini yasaklayan 135.maddesinin 2.fikrası da yine bir gizli alan yaratmaktadır. Dolayısıyla tanıklıktan çekilme hakkı olanlar, gizli alana dahil kişiler olarak yorumlanabilir. Ancak burada söz konusu olanın üçüncü kişiler açısından gizli alan olduğu vurgulanmalıdır. Bir başka deyişle bir kişinin tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerle ilişkisi gizli alanına dahildir. Ama hak sahibinin, o kişilerden de sakladığı bir gizli alanı olmalıdır. Dolayısıyla ebeveyn ile çocuklar veya evlilik içinde eşler arasında da özel hayatın hatta gizli alanın bulunduğu unutulmamalıdır<sup>151</sup>. Yukarıdaki açıklamaların ışığında bu alanın dışında kalan olay ve bilgiler ise dar anlamda özel hayat alanının kapsamına girer.

Sonuç olarak özel hayatın gizliliği hakkı “kişiyi özel ve gizli hayat olay ve bilgilerinin hakkı olmayan üçüncü kişilerce öğrenilmesine karşı koruyan bir hak” biçiminde tanımlanabilir. Zira bunlar kişiye özel olan ve kural olarak onun rızası gereği başkalarınınca öğrenilen olaylar ve bilgilerdir. İhlal, hakkı olmayan kişinin bizzat öğrenmesi yolu ile olur veya bu olay veya bilgileri haklı veya haksız olarak öğrenen kişilerin diğer kişilere bildirmesi yani ifşa etmesi ile olur. Dolayısıyla bir kişinin özel hayat olaylarının bilinmesi ve ifşa edilmesi ayrı ihlallere yol açar. Bir özel hayat olayını hukuka uygun bir biçimde öğrenen kişinin, bunu yayınlaması, ifşa etmesi hukuka aykırı olabilir<sup>152</sup>. Nitekim “özel hayatın gizliliğini ihlal” başlığını

<sup>150</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.253

<sup>151</sup> Bkz s.87 vd.

<sup>152</sup> Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, 1978, s.157

taşıyan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan Türk Ceza Kanunu 134.maddenin iki fıkralı düzenlemesindeki mantık da, tıpkı karşılaştırmalı hukuktaki gibi<sup>153</sup>, budur.

Bu tanımdan hareketle kişinin kamusal hayattaki özel hayatının gizliliği hakkının varlığı da kabul edilmelidir. Örneğin sokağa çıkan bir kişi başka kişilerce görülebileceğini, konuşmalarının duyulabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla hayatın olağan akışı gereği bir gizlilikten söz edilemez. Ancak kişi sürekli olarak takip edilirse veya kamusal alanda da olsa görüntü veya sesleri kayda alınırsa yine özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olur. Çünkü sokakta çıplak gözle görülmek ve bunu kabullenmek başka, takip edilmek ve kaydedilmek, bunu kabullenmek başkadır<sup>154</sup>. Zira kaydetme halinde kişinin görüntü veya seslerinin ya da her ikisinin de sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulması söz konusudur. Dolayısıyla da sokağa çıkan her kişinin bunu kabullendiği iddia edilemez. Aynı kuralın, görüntülerin yayınlanması açısından da geçerli olduğu *Tercier* tarafından dile getirilmekte ve “*her kamuya açık olanın yayınlanabilir olmadığı*” ve kişinin rızasının varsayıldığı durumların yayımlanabilir olduğu söylenmektedir<sup>155</sup>. Zira esas ölçüt bulunulan yerden çok kişinin gizlilik yönündeki isteği ve haklı gereksinimidir<sup>156</sup>. Nitekim kişinin, kamuya açık bir yerde öngöremeyeceği özel aletlerle kayda alınması veya rahatsız edici biçimde görüntüsünün kaydedilmesi eylemlerinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği ifade edilmektedir<sup>157</sup>. Bu bağlamda sokağa çıkan hatta sokakta öpüşen kişinin bunu üçüncü kişilerin görmesini kabullenmesi hayatın olağan akışı gereğidir ancak bunun kaydedilmesi ve ifşa edilmesi kesinlikle bu kapsamda değerlendirilemez. Aynı anlayış kamuya açık bir işyerinde çalışan ve aralarındaki konuşmalar gizlice kaydedilen işçiler için de geçerlidir<sup>158</sup>. Böyle bir eylem kişinin özgürce seçim yapmasını ve kişiliğini geliştirmesini engelleyeceği için de özel hayatının gizliliğini ihlal eder.

<sup>153</sup> Bkz. s.164 vd.

<sup>154</sup> Alman Yüksek Mahkemesi'nin de 19 Aralık 1995 tarihinde Monako Prensesi ile ilgili verdiği kararda benzer bir yaklaşımı vardır bkz. Carole Mounier, **a.g.e.**, s.133

<sup>155</sup> Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.62

<sup>156</sup> José Hurtado Pozo, **Droit pénal Partie spéciale I**, Zurich, 1998, s.82

<sup>157</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif ....**, s.88

<sup>158</sup> Christian Atias, **a.g.e.**, s.93

## B) Özel hayat kavramının içeriği

Bir önceki bölümde yapılan değerlendirmeler ve varılan sonucun ışığında bazı konuların ve kişilerin durumunu da özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Bu nedenle günümüzde özel hayatın parçası kabul edilen konular (1) ile özel hayatın korunması açısından bazı tartışmalı grupların değerlendirilmesi (2) özel hayatın gizliliği kavramının açıklanması için gereklidir.

### 1) Özel hayata dahil olan konular

Özel hayatın gizliliği hakkının tanımı ve günümüz dünyası dikkate alındığında bu konular; kişisel veriler (a), sırlar (b), elektronik iletişim (c), telekomünikasyon yoluyla iletişim (d), kameralarla izlenme (e) ve konuttur (f).

#### a) Kişisel veriler

##### aa) Kişisel veriler – özel hayat ilişkisi

Kişi ile ilgili bilgiler açısından en önemlisi kişisel verilerdir. Çağdaş ve tartışmalı bir kavram olan kişisel verilerin korunmasındaki amaç, devlet veya üçüncü kişilerce verilerin istenmeyen biçimde toplanması ve işlenmesine karşı ilgili kişinin özel hayatının korunmasıdır<sup>159</sup>. Hatta Belçika’da kişisel veriler özel hayatın da ötesinde bir anlam taşımakta ve özel hayata haksız bir müdahale olmasa bile koruma kuralları geçerli olmaktadır<sup>160</sup>. Aksi halde kişinin temel haklarından yararlanması engellenebileceği gibi, süresi belirsiz olarak kişisel verilerin saklanması kişinin “unutulma hakkını” da ortadan kaldırır<sup>161</sup>. Ayrıca kişisel verilerin bizzat sunulan bilgilerin yanında bunlardan türetilenlerin de yardımıyla kişinin gerçek portresinin, dolayısıyla da kişiliğinin tamamını ortaya çıkarabildiği, bu nedenle yalnızca bir anı

<sup>159</sup> Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi verdiği bir kararda tüm kişisel verilerin ilgili kişinin özel hayatını ihlal edecek nitelikte olmadığına karar vermiştir (8 Kasım 2007, T-194/04, Bavarian Lager c. Commission) bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.87; ABD Hükümetinin yaptırdığı bir araştırmaya göre kişisel verileri bilişim teknolojileriyle işlemek yılda 15 milyar \$ tasarruf sağlamaktadır bkz. Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.31; Günümüzde, özellikle demokratik rejimlerde, kamu makamlarının görevlerinin gerekleri doğrultusunda kişisel verileri işleyebileceği adeta bir “karinedir” bkz. Paul de Hert – Serge Gutwirth, **a.g.e.**, s.77 ve Mireille Hildebrandt, **a.g.e.**, s.51; Belçika Hukukundaki ayrıntılı kişisel veri tartışması için bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.88 vd.

<sup>160</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.86

<sup>161</sup> Bkz. s.48 vd.

gösteren fotoğraflardan daha tehlikeli olduğu<sup>162</sup> hatırlatılmalıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de daha 1970’li yıllarda konu ile ilgili düzenlemeler yapıp kararlar alma gereği hissetmiştir. 26 Eylül 1973 tarih ve 73(22) sayılı “Özel Sektördeki Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireylerin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar” adından da belli olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkı ile doğrudan bir ilişki içerisindedir. Giriş bölümünde kişisel verilerin yaygın ve sürekli artan biçimde kullanılmasına, bunun sonucunda da kötüye kullanmaların önlenmesi gerekliliğine vurgu yapan Karar’da “kişisel bilgi” (“*personal information*”) “bireylerle ilgili bilgi” olarak tanımlanmış ve bilgilerin güncel olup gerektiğinde düzeltilebilmesi (m.1 ve 7), bilginin alınış amacıyla ilgili olması (m.2), kötüye kullanmanın engellenmesi (m.8) ve erişim hakkı (m.9) gibi temel ve genel düzenlemeler yapılmıştır. Bir yıl sonra kabul edilen 20 Eylül 1974 tarih ve 74 (29) sayılı “Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireylerin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar”da da benzer vurgular yapılmış ve yukarıdakilerin yanında özellikle yasallık ilkesi yani gerekli düzenlemelerin mutlaka kanun ile yapılması gereği ayrıntılı biçimde ifade edilmiştir (m.2 ve 3)<sup>163</sup>. Bu kararların, Avrupa Konseyi’nin bir üyesi olan Türkiye için de geçerli olduğu hatırlatılmalıdır.

Söz konusu önemi nedeniyle, İsviçre’de Medeni Kanun’daki kişiliği koruyucu genel düzenleme yeterli bulunmamış ve özel bir yasal düzenleme yapılmıştır<sup>164</sup>. Öte yandan bilişim teknolojisindeki gelişim kişisel verilerin hız, maliyet ve içerik açısından çok daha gelişmiş biçimde saklanmasına izin vermiş ve kurulan bilgi bankalarında her türlü kişisel veri, yanlış veya eksik olsa bile çok uzun süreler boyunca saklanabilir ve istenildiği an ortaya çıkarılabilir hale gelmiştir, ki bu da özel hayatın gizliliğini ihlalin yanında kişiler arasında eşitsizlik ve ayrımcılık doğurma tehlikesi taşımaktadır<sup>165</sup>. Hatta günümüzde “*Habeas data*” hakkı kabul edilerek, buna göre kişinin özel hayatıyla ilgili tüm verilerin maliki olduğu, rızası olmadan söz konusu verilerin kullanılmayacağı ve bunlara her zaman erişebileceği, gerektiğinde verileri değiştirip düzeltebileceği söylenmektedir<sup>166</sup>. Bu bağlamda özel hayat –

<sup>162</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.207

<sup>163</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>164</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.59-60; Almanya’nın Hesse eyaleti daha 1969’da böyle bir düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur bkz. Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.171

<sup>165</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.215 vd.; Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.380; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.40-41

<sup>166</sup> Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.176-177

kişisel veri ilişkisi bakımından Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de verilen bazı yargı kararı son derece önemlidir. Amerika Birleşik Devletlerinin San Francisco kentindeki bir federal mahkeme, 2003 yılında verdiği bir karar ile federal mahkumlar ile koşullu salıverilen kişilerin, Federal Soruşturma Bürosu FBI’ın veritabanında saklanmak üzere DNA örneklerinin alınmasını ön gören kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Gerekçesi ise işlemin hiçbir şüphe olmadan yapıldığı için özel hayatın gizliliğini ihlal etmesidir<sup>167</sup>.

Diğer yandan Danıştay 12.Dairesi de 2006 tarihli kararında bir belediyenin tüm çalışanlarının işe geliş-gidişlerini denetlemek için özel bir şirket aracılığı ile parmak izlerinin alınıp saklanmasına yönelik işlemi değerlendirmiştir. Her ne kadar karar, ilk derece mahkemesinin kararı nedeniyle işlemin dava konusu edilebilir bir idari işlem olup olmaması yönünde olsa de, Tetkik Hakiminin, gerek uluslararası belgeler gerekse anayasal düzenlemeler ışığında, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın korunması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmesi önemli bir vurgudur. Bundan hareketle Tetkik Hakimi, kişisel veri oluşturan parmak izinin kamusal alanda yani işyerinde olsa da “özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu” sonucuna ulaşmıştır. Danıştay Savcısı da kişisel verilerin bilgisayar ortamına aktarılması ve sürekli olarak saklanması üzerinde durmuştur. Tüm bu değerlendirmeler ışığında Daire de özellikle Danıştay Savcısının düşüncesini irdelemiş ve işlemin dava edilebilir bir idari işlem olduğu gerekçesi ile, aksi yönde karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>168</sup>. İkinci olarak Hatay İdare Mahkemesi de aynı sorunu değerlendirmiş parmak izinin kişisel bilgi (veri) olduğunu tespit edip “*Kişisel bilgilerin korunması ise, gerek evrensel gerek bölgesel insan hakları sözleşmelerinde özel yaşamın korunması çerçevesinde değerlendirilmektedir*” demiş ve ulusal/evrensel mevzuatı ve içtihadı ortaya koymuştur. Tüm bu değerlendirmelerden sonra tıpkı Danıştay gibi kamusal alanda da olsa parmak izinin, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşan Mahkeme, bir temel hakka müdahale için gereken yasallık ilkesi yerine getirilmediği için uygulamayı hukuka aykırı bulmuştur<sup>169</sup>. Kararlar bütün olarak değerlendirildiğinde hem kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası

<sup>167</sup> Vanessa St. Gerard, “National News Briefs”, **Corrections Today**, December 2003, s.20 bkz. <http://proquest.umi.com> (Erişim 24.9.2010)

<sup>168</sup> D. 12. E.2005/6811 K.2006/1959 T.15.5.2006 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim 28.9.2010)

<sup>169</sup> Hatay İdare Mahkemesi E.2009/915 K.2010/803 T.6.7.2010 bkz. [www.memurlar.net](http://www.memurlar.net) (Erişim:2.10.2010)

olduğunu vurgulamaları hem de kamusal alanda süreklilik içeren izlemelerin de özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşıdığını belirtmeleri açısından dikkat çekmektedir.

bb) Kişisel veri kavramının içeriği ve korunması

İlgili Avrupa Birliği Yönergesi'nin<sup>170</sup> 2.maddesinin (a) fıkrasında kişisel veri ; *“kimliği belli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”* olarak tanımlanırken, bunun *“gerçek kişiye ilişkin görüntü ve sesleri de kapsadığı”* belirtilmektedir. *“Kimliği belirlenebilir gerçek kişi”* ise *“herhangi bir kişi tarafından makul biçimde kullanılacak diğer faktörlerle bağlantılı olarak söz konusu veri ile kimliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi”* biçiminde tanımlanmaktadır<sup>171</sup>. Yine aynı belgenin 8.maddesi, 33 numaralı Açıklayıcı Notta *“hassas kategoriler”* başlığı altında toplanan ve *“doğaları gereği temel haklar veya özel hayatın gizliliğine müdahaleye neden olan kişisel veriler”* olarak tanımlanan kişisel verileri saymıştır: ırksal, etnik kökeni, siyasi görüşleri, dini veya felsefi inançları, sendikal üyeliği ortaya çıkaran veya sağlık ya da cinsel hayat ile ilgili veriler<sup>172</sup>. Dolayısıyla bu tip kişisel verilerin özel hayatın gizliliği ile olan bağlantısı da bağlayıcı niteliği olan bir uluslararası belgede tanınmıştır. Ayrıca benzer bir kişisel veri tanımı olan Belçika'da da *“hassas veriler”* daha geniş yorumlanmakta ve idari cezalar da dahil olmak üzere kişinin adli siciline ilişkin bilgiler de bu alanda kabul edilmekte ve kural olarak, yalnızca kişinin yazılı rızası halinde bu verilerin işlenmesine izin verilmektedir<sup>173</sup>. Keza Fransa'da da adli sicil geniş yorumlanmakta, özel hayatın bir parçası sayılarak yasal istisnalar dışında işlenmesi

<sup>170</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; Yönerge ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Deryck Beyleveld, “An Overview of Directive 95/46/EC in relation in Medical Research”, **The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe**, Hampshire, 2004, s.5-21; Laurence Djolakian, “Lutte contre les activités illicites en ligne”, **Gazette du Palais**, 7-10 mai 2008, s.38-40; Ayrıca benzer bir başka Yönerge olan Data Retention Directive EC 2002/21 için bkz. Christopher Kuner, **European Data Protection Law**, 2nd edition, Oxford, 2007, s.28-31; Bu yönergelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal ettiğine dair Alman, Bulgar ve Romen Anayasa Mahkemeleri'nin kararları vardır bkz. Yves Eudes, “En Europe, le fichage suscite de fortes oppositions”, **Le Monde**, 28.5.2010, s.17

<sup>171</sup> Deryck Beyleveld, **a.g.e.**, s.7

<sup>172</sup> Deryck Beyleveld, **a.g.e.**, s.10

<sup>173</sup> Jean-François Leclercq – David de Roy – Jean-François Neven – Gilbert Demez – Emmanuel Plasschaert – Stanislas van Wassenhove – Eric Carlier – Gaëtene Albert – Claude Wantiez, **Vie privée du travailleur et prérogatives patronales**, Bruxelles, 2005, s.65-67

yasaklanmaktadır<sup>174</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde de 2001 yılında çıkan bir kanun ile sağlık kuruluşlarında çalışanlar ve sağlık hizmeti sağlayanlar açısından bir özgü suç yaratılmış ve “*bireysel olarak belirlenebilir sağlık bilgilerinin, ticari yarar, kişisel kazanç veya zarar verme amacıyla satılması, iletilmesi veya kullanılması*” eylemleri 250.000 dolar para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaya başlamıştır<sup>175</sup>. Ayrıca ceza yargılaması sırasında özellikle sanığın kişisel verilerinin ve genel anlamda da özel hayatının gizliliğinin korunabilmesi açısından iki aşamalı yargılama önerisi yapılmaktadır. Buna göre öncelikle yalnızca suçluluk tartışılmalı ve eğer sanığın suçlu olduğuna karar verilirse ikinci aşamada ceza belirlenirken sanığın kişisel verileri ve özel hayatına dair diğer bilgiler gündeme alınmalıdır. Böylece suçsuzluk halinde sanığın özel hayatına müdahale edilmeyecek ve ölçülü davranılmış olacaktır<sup>176</sup>.

Ancak kişisel verilerin çok sıkı şekilde korunması, özellikle resmi belgelerin “ulaşılabilirliği” ve dolayısıyla da “şeffaflığı” tartışmalarına yol açmaktadır. Örneğin İsviçre'deki bazı kantonlarda bunun için kişisel veri bulunan belgelerde “isimsizleştirmeye” başvurulmakta, hassas veriler söz konusu ise ilgili kişinin mutlak rızası aranmaktadır. Ayrıca ilgiliye kendisini ifade etme hakkı sağlanmakta ve şeffaflık ilkesi ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır<sup>177</sup>. Öte yandan Türkiye'de de asıl çıkış noktası “kamuda şeffaflık” olan 4928 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 21.maddesine göre özel hayat ve aile hayatına ilişkin bilgi ve belgeler kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Avrupa Birliği bünyesinde, tam doğru olmasa da, “Avrupa Savcılığı” olarak tanımlanan Eurojust kapsamında (28 Şubat 2002 tarih ve 2002/187/JAL sayılı karar) ve Avrupa Birliği içinde serbest dolaşımı sağlayan Schengen sistemi çerçevesinde (14 Haziran 1985 tarihli CAAS sözleşmesi) kişisel verilerin işlenmesi ve iletilmesi düzenlenmiştir. Her ne kadar her iki sistemde de ilgiliye verilere, kural olarak, ulaşılma hakkı tanınmış olsa da (m.19 ve m.109/1), bu hakkın kısıtlanabiliyor

<sup>174</sup> Alain Bensoussan, **Informatique et libertés**, Levallois, 2008, s.51; Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.278

<sup>175</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.122-123

<sup>176</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.86

<sup>177</sup> Alexandre Flückiger, “Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée”, **Revue de droit de communication**, Mars 2003, s.230 vd.: İsviçre'de anayasal düzeyde korunan “özel hayat” ile o düzeyde olmayan “şeffaflık ilkesi” arasındaki denge için idari makamlara az veya çok takdir yetkisi tanıyan sistemler vardır (s.225-229)

olması, ilgili kişiye genel olarak bilgi verme zorunluluğunun olmaması ve olası hataları düzeltme veya silme yetkisinin yalnızca ilgili üye devlette olması<sup>178</sup> özel hayatın gizliliğine çok yoğun bir müdahale anlamı taşımakla birlikte gerekli güvenceleri sağlamaktan da yoksundur. Yukarıdaki İsviçre örneğindeki gibi denge yine özel hayatın gizliliği hakkı aleyhine ancak bu kez güvenlik lehine bozulmaktadır. Örneğin Fransa’da ulusal güvenlik ve terörle mücadele kaygılarıyla resmi kişisel veri işleme sistemlerinin sayısı artmakta (2006’da 34 iken 2008’de 45 olmuştur), resmi görevlilerin bunlara erişimi kolaylaşmakta ama denetim mekanizmaları ise etkinleşmemektedir<sup>179</sup>. Hâlbuki daha 1886’da ABD Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararda muhasebe belgelerinin adli makamlara iletilmesi zorunluluğu öngören kanunu, anayasada korunan konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerine aykırı saymıştır<sup>180</sup>.

Tıp dünyasındaki gelişmeler de kişisel veriler konusundaki tartışmalara bir yenisini eklemiştir: DNA ve buna ilişkin veri bankaları. Yukarıdaki AB Yönergesi’nin tanımına açıkça uyan, elde edilmesi ve işlenmesi gerek vücut bütünlüğü gerekse özel hayatın gizliliği tartışmalarına yol açan DNA verilerinin işlenmesi, 1985 yılında ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesine yarayacak biçimde incelenmesine olanak sağlayan tekniğin bulunmasından sonra<sup>181</sup> özellikle son yıllarda suçla mücadele ve suçluların belirlenmesinde yoğun olarak başvurulan bir yöntemdir. Ayrıca kurulan veri bankaları da ülkeler arası işbirliği çerçevesinde bu verilerin değişimini sağlamaktadır. İleri sürülen eleştirilerden biri, DNA aracılığı ile büyük çaplı araştırmalar yapılabilme olasılığıdır. Böylece ortada somut bir şüphe yokken, suçla mücadele adına kişilerin DNA örneklerinin alınması bu kişiler açısından özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Bunun yanında toplumdaki bazı kimselerin ırk, milliyet ve din nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasına da yol açabilmektedir<sup>182</sup>. Bu nedenle DNA verilerinin alınması ve işlenmesi konusunda haklı sebeplere dayanan çok sıkı koşulların konması gerektiği ifade edilmekte ve örneğin İsviçre’de, suç işlediğinden veya suça iştirak ettiğinden şüphelenilen

<sup>178</sup> Laurent Moreillon, “Le suivi des mouvements de la personne: l’entraide policière et judiciaire au sein de l’Union européenne”, **L’individu face aux nouvelles Technologies**, Lausanne, 2005, s.81 vd.

<sup>179</sup> Mirelle Delmas-Marty, **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**, Paris, 2010, s.68 vd.

<sup>180</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.27

<sup>181</sup> Sandrine Rohmer, “Banques de données ADN et confidentialité: la constitutionnalité de la législation suisse sur les profils d’ADN à l’égard du droit au respect de la vie privée”, **Les secrets et le droit**, Neuchâtel, 2004, s.206

<sup>182</sup> Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s.199

kişilerin, basit şüpheye dayanılarak, DNA verilerinin saklanması ve de bunun yürütme tarafından 2000 yılında çıkarılan bir kararname ile yapılması eleştirilmektedir<sup>183</sup>. İngiltere’de ise 1995’te oluşturulan ulusal genetik bilgi arşivi dünyanın en büyük DNA profili bankası haline gelmiştir ve 2006 yılı itibarıyla nüfusun % 5’ine karşılık gelecek şekilde yaklaşık 3,5 milyon kişinin kaydını içermektedir<sup>184</sup>. Ayrıca başlangıçta yedi Avrupa ülkesi tarafından (Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda, İspanya, Lüksemburg) 27 Mayıs 2005’te imzalanıp daha sonra Haziran 2007’de Avrupa Birliği Yönetmeliği haline getirilerek Birlik Hukukuna dahil edilen Prüm Antlaşması, başta DNA olmak üzere birçok kişisel verinin Avrupa sathında ülkeler arası değişimini öngörmektedir<sup>185</sup>. Hatta tüm bu gerçeklerin de ötesinde 2007 yılının Ocak ayında yapılan bir Avrupa Birliği güvenlik toplantısında, dönemin Fransız Bakanı, *Christian Estrosi*, tamamen “güvenlikçi” bir yaklaşımla, bütün Avrupa vatandaşlarının doğumdan itibaren genetik verilerinin toplanmasını önerebilmiştir<sup>186</sup>. Salt güvenlik gerekçesine dayanan böylesine totaliter / bütüncül bir yaklaşım orantılılık ilkesini tamamen yok ederek kişilerin bu alandaki özel hayatın gizliliği hakkını ortadan kaldırmasının yanında herkesin vücut bütünlüğü hakkını da açıkça ihlal edeceği kuşkusuzdur.

Kişisel verilerle ilgili hassas ve güncel konulardan biri de kişilik testleridir. Genellikle iş başvurularında uygulanan veya hastane ya da okul gibi ortamlarda ilgilinin yeteneklerini-ruhsal durumunu saptamak için yapılan bu testler kimi yazarlara göre rıza olsa bile kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmektedir<sup>187</sup>. Buna karşın bu ve benzeri yöntemleri “psikolojik teknikler” olarak adlandıran *Danışman*, kişiliğin ihlali açısından “fiziksel tekniklere” göre daha “vahim” olduğunu kabul etmekle birlikte, doğrudan özel hayatın gizliliğini ihlal etmediğini, yasadışı bir araştırmaya olanak sağlayabileceğini ileri sürmektedir<sup>188</sup>. Ancak günümüz koşullarında bu görüşün pek de geçerli olmadığını kabul edilmelidir. Öte yandan bazı yazarlar iş başvurularındaki testleri sert biçimde eleştirmekte, aslında amacın mesleki yeteneği ölçmek olmadığını zira sunulan diploma ve sertifikaların yeterli olması

<sup>183</sup> Sandrine Rohmer, *a.g.e.*, s.204

<sup>184</sup> Armand Mattelart, *a.g.e.*, s.203-204

<sup>185</sup> Armand Mattelart, *a.g.e.*, s.206

<sup>186</sup> Claude-Marie Vadrot, *a.g.e.*, s.56

<sup>187</sup> Oya Araslı, *a.g.e.*, s.35

<sup>188</sup> Ahmet Danışman, *a.g.e.*, s.37

gerektiğini, asıl amacın başvuruçunun “siyasi, dini, toplumsal ve cinsel uygunluğunu” ölçmek olduğunu iddia etmektedirler<sup>189</sup>.

Somut bir örnek olarak İngiltere’deki 2006 tarihli “Kimlik Belgesi Kanunu”na göre (“*ID Cards Act*”), pasaportunu yenileyecek olanların tüm parmak izleri alınıp, bu kişiler fotoğraflandıktan sonra kendilerine İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen ve kişinin kimliği ile bağlantılı 200 sorudan seçilen sorular sorulacaktır. Hatta tüm vatandaşların “Ulusal kimlik kaydı” (“*National identity register*”) numarası olacak ve devletin aldığı tüm bilgiler bu numara altında toplanacaktır<sup>190</sup>. İtalya’da 1974’ten itibaren her vatandaşa 16 haneli bir numara verilmiş ve bir ulusal veri bankası kurulmuştur<sup>191</sup>. Türkiye’de de 28 Ekim 2000 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası her nüfus kaydına verilerek<sup>192</sup> her vatandaşın 11 haneli, kendine özel bir numarası olan sistem işlemeye başlamıştır.

Ek olarak ABD’de geliştirilen “Bilgisayar Destekli Ön Yolcu Tarama Sistemi” (“*Computer Assisted Passenger Pre-Screening System – CAPPS II*”) ile bütün uçak yolcuları önceden incelemeye tabi tutulmakta ve borç durumu, adli sicil kaydı ve yolculuk alışkanlıkları gibi verileri temel alan algoritmalar aracılığıyla risk (?) durumu belirlenip üç gruba ayrılmaktadırlar (uçığa binebilir, ek güvenlik araştırması, uçığa binemez)<sup>193</sup>. Tüm bu uygulamaların “fişleme” tartışmalarının yanında, özel

<sup>189</sup> Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.173

<sup>190</sup> Ben Hayes, **Surveillance society**, Red Paper, January 2008; Armand Mattelart, **a.g.e.**, s.202; Fransa’daki vatandaş numaralandırma sistemi için bkz. Alain Bensoussan, **a.g.e.**, s.55-56; Avrupa Birliği’nde biometrik pasaport Aralık 2004 tarihli bir Konsey yönetmeliği ile zorunlu kılınmıştır bkz. Olivia Dufour, “La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles”, **Gazette du Palais**, 28-29 mai 2008, s.3; ABD’de ise halkın % 56’sı ulusal kimlik kartına dahi karşıdır bkz. Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.64; “Fişleme” tartışmalarının yeni olmadığı da eklenmelidir. 1885’te Roma’daki II. Uluslararası İnfaz Hukuku Kongresinde Fransız temsilci herkese “kişisel kart” verilmesini önermiş, 1892’deki bir başka kongrede de tüm ülkelerde antropometrik veri sistemlerinin yaygınlaştırılması oybirliği ile önerilmiştir ama devamı gelmemiştir. Fransa’da 1913-1965 döneminde yalnızca yabancılar ve göçmenler resim ve parmak izi taşıyan antropometrik karta tabi olmuştur bkz. Armand Mattelart, **a.g.e.**, s.26; Ancak günümüzde biometrik kimlik tespit araçları giderek sıradanlaşmaktadır bkz. Nicole Questiaux, “Vidéosurveillance et vie privée”, **Gazette du Palais – Doctrine**, Septembre-Octobre 2006, s.2961; Biometrik kimlik tespit araçları neden ve sonuçları için bkz. Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.115 vd.

<sup>191</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.4; Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.14

<sup>192</sup> [www.nvi.gov.tr](http://www.nvi.gov.tr)

<sup>193</sup> ABD ile AB Komisyonu arasında söz konusu verilerin değişimi anlaşması yapılmıştır bkz. Paul de Hert – Serge Gutwirth, **a.g.e.**, s.99-100 ve Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.309-311 ve Jacqueline Klosek, **The war on privacy**, Westport, 2007, s.94-95 ve Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.177-179

hayatın gizliliğine ölçsüz bir müdahale dolayısıyla gizliliği ihlal niteliği taşıdığı iddialarına da yol açtığı açıktır<sup>194</sup>.

Öte yandan kişisel veriler, birçok şirketin satış-pazarlama stratejilerini belirlemesi açısından ticareti yapılan bir “meta” haline gelmiştir. Örneğin daha 1990 yılında ABD’de kişisel veri satışının yıllık 3 milyar dolarlık bir “endüstri” olduğu, yalnızca tek bir şirketin 111 milyon kişiye ait adres, telefon numarası gibi bilgileri “pazarladığı” ve yine böyle bir şirketin 2005 yılında 500 milyon Euro ciroya ulaştığı söylenmektedir<sup>195</sup>. Yine ABD’de 120 milyon kişiye ait kişisel bilgileri, kaydettiği CD ile satışa çıkaran bir başka şirket yoğun protestolar üzerine bundan vazgeçmiş ama gerekçe olarak özel hayat endişelerini değil kötü reklam kaygılarını ileri sürmüştür<sup>196</sup>. Her ne kadar yapılan araştırmalar kişisel verilerin toplanıp işlenmesi konusunda toplumda genel bir endişe bulunduğunu ortaya koysa da, bu durum çok sayıda kişinin, indirim kuponu veya alışveriş kartı gibi bazı avantajlar elde etmek için, büyük pazarlama kampanyaları dahilinde kişisel verilerini şirketlere iletmesini engellememektedir<sup>197</sup>. Hatta İnternet arama motoru Google’ın kurulduğu 1998 yılından bu yana girilen tüm verileri sakladığı bilinen bir gerçektir<sup>198</sup>. Zaten ABD’deki bir araştırmaya göre halkın % 70’inden fazlası tüketicilerin artık kişisel verileri üzerindeki denetimi tamamen kaybettiğine inanmaktadır<sup>199</sup>. Ayrıca bilişim teknolojilerindeki gelişim de dikkate alındığında, özel şirketler daha etkin olup daha iyi hizmet sunar hale gelmekle birlikte daha az denetlenebilir ve hesap verir olmuştur<sup>200</sup>.

Özel sektörde hem çalışanların hem de müşterilerin kişisel verilerinin daha pratik ve daha etkin yöntemlerle korunabilmesi için gerek Amerika Birleşik Devletleri’nde gerekse Fransa’da farklı yöntemler geliştirilmiştir. Amerikan *Privacy Act* adlı kanun, şirket bünyesinde “*Chief Privacy Officer*” adlı makamı yaratmıştır.

<sup>194</sup> ABD’de uçak yolcularının özel hayatının gizliliğine yönelik orantısız bir diğer müdahale de her yolcunun tüm vücudu çıplak gösteren tarayıcı cihazdan geçmekle, elle arama arasında tercih yapmaya zorlanmasıdır bkz. “Elle arama isyanı” [www.milliyet.com.tr](http://www.milliyet.com.tr) (Erişim: 6.1.2011)

<sup>195</sup> Pamela J. Gray-Lukkarila, **The right to privacy: constitutional and theoretical foundations**, Claremont, 1997, s.160-161; Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.189; Benzer bir örnek için bkz. Simone Fischer-Hübner, **a.g.e.**, s.180

<sup>196</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.183-184

<sup>197</sup> Mary M. Chieh, **a.g.e.**, s.112

<sup>198</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.200

<sup>199</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.55

<sup>200</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.184; Belçika’daki konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler için bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.277-283

Avrupa Birliği'nin 1995 tarihli Yönergesi'nin 18.maddesinde olanak sağlanan ve böylece Fransa'da 2004 yılında oluşturulan bu makamın adı ise “*Correspondant CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés)*”dir. Böylece ilgili şirket kişisel verileri işlediğinde sürekli bir yere bilgi vermek yerine kendi içinde denetim sağlamaktadır. Çünkü bu makamdaki kişi kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasıyla ilgilenmektedir. Aralarında çeşitli farklar olmakla birlikte her ikisi de gerektiğinde şirketi uyarmakla, hem çalışanlara hem de müşterilere bilgi vermekle yükümlüdür. Ancak ABD’de sıradan bir şirket çalışanı olan bu kişinin her zaman işten çıkarılması olanaklı iken Fransa’daki mevkidaşı CNIL’in koruması altındadır ve bağımsızlığı bu yolla sağlanmaktadır<sup>201</sup>. Öte yandan Almanya’da bu makamın oluşturulması hem kamu kurumları hem de özel kuruluşlar açısından zorunludur. Kişi doğrudan müdüre bağlı olarak çalışır. Hollanda ve İsveç’te ise bu göreve sahip birinin atanması seçimliktir<sup>202</sup>.

#### cc) Hukuksal düzenlemeler ve ‘anayasallaşma’ eğilimi

Kişisel verilerin korunması açısından yapılan hukuksal düzenlemeler genel olarak kanun olmakla birlikte, günümüzde özellikle Avrupa Birliği bünyesinde konuyu “anayasallaştırma” eğilimi vardır. Bunu şu ana kadar 27 üye ülkeden 13’ü yapmış bulunmaktadır ve Birliğin öncü ülkelerinden Fransa’da ise resmi nitelikli CNIL bizzat bu yönde çalışmaktadır<sup>203</sup>. Öte yandan Türkiye’de de bu yönde bir adım atılmış ve Türkiye Büyük Millet Meclis tarafından 7 Mayıs 2010 tarihinde kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Çeşitli Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile onaylanmıştır. Adı geçen kanunun 2.maddesi, Anayasanın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddesine kişisel verilerle ilgili bir hüküm eklemektedir. Her ne kadar bir tanım getirmese de bir yandan kişisel veriler hakkında bilgilendirme, bunlara erişim, düzeltme veya silinmeyi talep etme, denetim de olmak üzere kişisel verilerin korunması hakkı ve verilerin ancak yasal usullerle veya açık rıza ile işlenebilmesi kuralı anayasal bir temele kavuşturulurken diğer yandan kişisel verilerin de özel

<sup>201</sup> Ariane Delvoie, “Le correspondant CNIL: une adaptation française du ‘chief privacy officer’ américain”, **Gazette du Palais**, Doctrine, Mars-Avril 2006, s.912-913

<sup>202</sup> Alain Bensoussan, “Le correspondant à la protection des données à caractère personnel: un maillon important de la réforme”, **Gazette du Palais**, Doctrine, Septembre-Octobre 2004, s.3016

<sup>203</sup> Olivia Dufour, **a.g.e.**, s.2-3; CNIL’in yapısı, yetki ve görevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Guillaume Desgens-Pasanau, “La CNIL est désormais une juridiction”, **Expertises / Doctrine**, Juin 2008, s.216-221 ve Bernard Stirn, **Les libertés en question**, 6e éd., Paris, 2006, s.21

hayatın gizliliği hakkının bir parçası olduğu anayasal düzeyde kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak hükümde de öngörülen ve ayrıntıları içeren kanun halen tasarı olarak beklemektedir.

Öte yandan var olan hukuki sistemleri genel olarak çeşitli gruplara ayırmak olanaklıdır. Örneğin ABD’de yalnızca kamu sektörü açısından bir koruma söz konusu iken Avrupa’da benimsenen düzenleme gerek kamu gerekse özel sektörde bir koruma sağlanmasıdır. Ayrıca gerçek kişiler – tüzel kişiler, saklama süreleri, veriye ulaşımın doğrudan olması veya araya bir kurumun girmesi gibi (doğrudan denetim / dolaylı denetim) gibi ayrımlar bulunmaktadır<sup>204</sup>. Öte yandan kişisel verilerin korunması için ulusal düzeyde oluşturulan kurumun yapısı ve yetkileri farklılık göstermekte; idari, adli, meclise bağlı veya tamamen bağımsız olabilmektedir<sup>205</sup>. Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” tüm sektörleri kapsayan ve hem gerçek hem de tüzel kişilere yönelik bir koruma sistemi kurmakla beraber (m.2-3), doğrudan denetimi (m.12) kabul etmektedir. Oluşturulacak kurul ise atanma açısından idari olsa da (m.27), yetkilerini kullanmada bağımsızdır (m.26).

## b) Sırlar

### aa) Genel olarak

Sırlar özel hayatın bir parçasıdır. Zira belli bir amaçla alınmış veya gizli kalacağı düşüncesi ile ilgili kişi tarafından verilmiş sırların amaç dışı kullanılması, yayılması o kişinin özel hayatının gizliliğini açık şekilde ihlal eder<sup>206</sup>. Bu nedenle özel hukuk açısından Medeni Kanununun 24.maddesindeki kişiliğin korunması hükmü uyarınca sırların da korunabileceği kabul edilmektedir<sup>207</sup>. Zira sır, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması halinde sahibinin şeref ve menfaatine zarar verilecek olan

<sup>204</sup> Durmuş Tezcan, **a.g.e.**, s.387-390: Yazar, yalnızca gerçek kişilere yönelik ve tüm sektörleri kapsayan bir koruma sisteminden yanadır; Çeşitli ülkelerdeki kişisel veri koruma düzenlemeleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. James Michael, **Privacy and human rights**, UNESCO Publishing, Aldershot, 1994

<sup>205</sup> François Beguin, “L’ordinateur et la vie privée”, **Conférences Universitaires 1977: Ordinateur – vie privée – liberté**, Université de Neuchâtel, 1978, s.125

<sup>206</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.59; ABD’nin New York eyaletinde daha 1828’de hekim-hasta mahremiyetini korumaya yönelik bir yasa kabul edilmiştir bkz.. Hyman Gross, **Privacy – its legal protection**, New York, 1964, s.56

<sup>207</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.118

bilgidir<sup>208</sup>. Öte yandan genel anlamda bir bilginin sır niteliği taşıması için kabul edilen iki ölçütten objektif olanına göre söz konusu bilginin herkes tarafından bilinebilir olmaması gerekir. Ayrıca bunun yanında ilgili kişide, gizli tutma iradesi bulunmalıdır. Bu da sübjektif ölçüttür<sup>209</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki, kişinin sırrını bazı kişilerle paylaşması sübjektif ölçütü kaldırmaz. Zira kişi, üçlü alan / çember teorisindeki gizli alanını / sır alanını istediği kişilerle paylaşabilir<sup>210</sup>. Zaten sır saklama borcu bir sözleşmeden de doğmuş olabilir. Örneğin evli çiftlerin birbirlerine karşı evliliklerine ilişkin sırları saklama yükümlülüğü vardır<sup>211</sup>.

Sırrın içeriği açısından ticari sırlar, dini görüşler ve inanışlar ile siyasi görüşler ve hatta verilen oylar da bu alanda değerlendirilebilmekte ve gizliliğin korunmamasının özel hayata yönelik haksız müdahalelere yani ihlallere yol açabileceği öne sürülmektedir. Hatta ABD’de nüfus bilgilerinin istatistik çalışmaları dışında kullanılması, gelir vergisi bilgilerinin yasal istisnalar dışında ifşası federal kanunlarla yasaklanmıştır ve bir federal görevlinin işi gereği öğrendiği gizli bilgileri açıklaması da federal bir suçtur<sup>212</sup>. Sırrı ve açıklanabilirliğini takdir edecek olan da yargıç veya mahkemedir<sup>213</sup>. Dini ve siyasi görüşler açısından bu durum kabul edilmekle birlikte, ticari sır kavramının özel hayat veya özel hayatın gizliliği kavramları içinde yeri olmamalıdır. Zira ticari sır tamamıyla iş hayatıyla ve bir şirketin ya da işyerinin yaptığı “profesyonel” iş ile bağlantılı bir kavramdır. Özel hayatın gizliliği anlatılmaya çalışılırken başvuru olan “insan haysiyeti, insanın küçük dünyası, mahremiyet” gibi kavramlarla bir ilgisi olamaz. Her ne kadar Ticaret Hukuku, Rekabet Hukuku gibi başka hukuk dallarınca korunuyor olsa da bunu özel hayatın gizliliğinin korunması açısından değil ticari hayatın ve ticaretteki rekabetin korunması açısından ele almak gerekmektedir. Ceza Hukuku açısından da tıpkı Fransa’da olduğu gibi<sup>214</sup> özel hayatın gizliliğini koruyan düzenlemeler değil ticari sırları koruyan örneğin Türk Ceza Kanunu’nun “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” adlı bölümündeki 239.maddede yer alan “Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi belgelerin açıklanması” suçu dikkate alınmalı ve değerlendirilmelidir.

<sup>208</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978, s.4

<sup>209</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.119 vd.; Süheyl Donay, **a.g.e.**, s.5-6

<sup>210</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.122-123

<sup>211</sup> Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.65

<sup>212</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.68

<sup>213</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.49-50; Ayrıca “ticari sır” için Bkz. s.59 vd.

<sup>214</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.275-276

Ancak eğer bir şirket açısından ticari sır oluşturan bir bilgi, belli bir kişi açısından bir kişisel veri ise veya onun özel hayatının başka bir parçasını oluşturuyorsa o bilginin de özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde korunması gerektiği kuşkusuzdur. Buna karşın Avrupa Birliği'nin kara paranın aklanmasıyla mücadele hakkındaki 1991, 2000 ve 2005 tarihli yönergeleri bankacılık sırrı ve özel hayatın gizliliği konusundaki ilkelerin aksine verilerin 5 yıl boyunca saklanması ve “şüpheli finansal işlemler” ile müşterilerin bildirilmesi zorunluluklarını getirmiştir. İngiltere’de bu bildirim aykırılık, 5 yıla kadar hapis cezası öngörülen bir suçtur<sup>215</sup>. Ayrıca dünya üzerinde bankalar arası işlemlerle ilgilenen SWIFT adlı (“*Society for Worldwide Interbank Financial Transactions*”, “Dünya Çapında Bankalar Arası Finansal İşlemler Kurumu”) Brüksel merkezli kurum da Amerika Birleşik Devletleri’nin kamu makamlarına banka kayıtlarına erişim izni vermiştir<sup>216</sup>.

#### bb) Unutulma hakkı

Başta sır olmayan bir bilgi zamanın geçmesiyle sır haline gelebilir, ilgili kişinin özel hayatının bir parçası olabilir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, bir suçtan dolayı ceza almış bir kişinin bu durumunun yıllar sonra bir radyo programında tekrar edilmesini, geçen uzun zamanı da dikkate alarak, özel hayatın gizliliğinin ihlali saymıştır. Mahkeme aynı kararda kişinin ölümünden sonra mirasçılarının da böyle bir yayından dolayı zarar görebileceğini söylemiştir (ATF 109 II 353, 9 Haziran 1983). Burada özellikle Fransız Hukukunda tartışılan “*droit à l’oubli*” (“unutulma hakkı”) kavramı ortaya çıkmaktadır. Kişilerin genellikle yargılama sırasında ortaya çıkan özel hayat olaylarının, sırlarının daha sonra üçüncü kişiler tarafından tekrar gündeme getirilmemesini öngören ve “*kişiliğin özgürce gelişimi için gerekli gizliliği ve sükuneti sağlayan*”<sup>217</sup> bu hakla ilgili olarak Fransız mahkemelerinin içtihatları farklıdır. Örneğin Yargıtay Ceza Dairesi, 15 Mart 1988’de bir yargılamanın duruşmaları sırasında hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkan özel hayat bilgilerinin daha sonra bir eserde yayınlanmasıyla ilgili olarak somut olayda özel hayatın, dolayısıyla da unutulma hakkının söz konusu olmadığını söylemiştir<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> Ben Hayes, **a.g.e.**

<sup>216</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.43

<sup>217</sup> TGI Namur, 24 Kasım 1997 tarihli karar bkz. Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.73

<sup>218</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **La protection du secret en droit des personnes et de la famille**, Paris, 2005, s.247

İsviçre Federal Mahkemesi de politikacılar açısından bu hakkı çok daha dar yorumlamıştır<sup>219</sup> ki haber alma hakkı dikkate alındığında kararın yerinde olduğu söylenmelidir. Oysa Montpellier İstinaf Mahkemesi, 8 Nisan 1997’de, unutulma hakkının mutlak olmadığını belirtmekle beraber somut olayda yargıcın gazetecinin haber sunma özgürlüğü ile olayların ağırlığı, geçen zaman ve cezası infaz olunmuş eski hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasını dikkate alarak geçmişin hatırlatılmasının gerekli olup olmadığına karar vermesi gerektiğini söylemiştir<sup>220</sup>. Benzer bir olayda bu kez Alman Anayasa Mahkemesi, aynı gerekçe ile, altı yıl önce işlenmiş bir suçlu kişilerin gerçek isimlerini kullanarak canlandıran televizyon filmi ile ilgili 1973’te ihlal kararı vermiştir. Fransız Yargıtay’ı da bir davada on iki yılı unutulma için yeterli kabul etmiştir<sup>221</sup>. Oysa aynı Yargıtay, 1946 yılında düşman ile işbirliği yaptığı için mahkum olan kişinin sevgilisinin bu durumunun 1986 yılında yayınlanmasını, zaten o zamanki dava sırasında bilginin alenileştiği gerekçesiyle ihlal olarak kabul etmemiştir<sup>222</sup>. Öte yandan ifade özgürlüğü ve dolayısıyla da basın özgürlüğünün son derece geniş olduğu Amerika Birleşik Devletleri’nde de “unutulma hakkı” bir sınır olarak kabul edilmiş ve Kaliforniya Eyaleti mahkemeleri iki farklı kararda yedi yıl önce işlenmiş bir adam öldürme suçu için fail, ve eski bir yağma suçu için de mağdur açısından ihlal kararı vermiştir<sup>223</sup>. Ama aynı Amerika Birleşik Devletleri’ndeki tüm eyaletlerde hatta federal düzeyde çıkan ve adını 1990’ların başında cinsel saldırı mağduru olan *Megan Kanka*’dan alan “Megan Kanunları” ile (“*Megan’s Laws*”) cinsel saldırı suçu faillerinin ikamet ettikleri yerin yerel makamlarına hatta çoğu zaman çevrelerinde yaşayanlara bu durumu bildirmeleri zorunlu kılınmıştır. Mahkemeler bu yöntemi ikinci bir cezalandırma olarak görmemektedir<sup>224</sup>. Her ne kadar bilgilerin gizli kalmasına yönelik cezai sınırlamalar olsa da adı geçen düzenlemelerin unutulma hakkını ciddi biçimde kısıtladığı ortadadır. Özellikle çevrede yaşayanların durumdan haberdar edilmesi zorunluluğu, ölçülülük ilkesi açısından tartışmaya son derece açıktır.

<sup>219</sup> ATF 111 II, 209, 213-214, 222 bkz. Stéphane Hoebke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.255

<sup>220</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.248

<sup>221</sup> Stéphane Hoebke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.277

<sup>222</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.298

<sup>223</sup> William L. Prosser, **a.g.e.**, s.644

<sup>224</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.44 vd.

## cc) Sağlık bilgileri

Özel hayatın gizliliği ile yakından bağlantısı olan güncel bir konu hem sır hem de kişisel veri olarak değerlendirilebilecek olan sağlık bilgileridir. Sağlık hizmetlerinin yaygınlaşması ve etkinleşmesi sonucunda kişinin sağlığı ve dolayısıyla eski hastalıkları, tedavileri ve kullandığı / kullanmakta olduğu ilaçlar ile ilgili bilgilerin depolandığı elektronik kartlar kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin ABD Yiyecek ve İlaç İdaresi, 13 Ekim 2004 tarihinde “*VeriChip*” adlı bu karta izin vermiştir. Böylece sağlık personelinin hastanın “tıbbi geçmişine” çabucak ulaşması sağlanmıştır<sup>225</sup>. Bunun Fransa’daki karşılığı olan “*Carte vitale*” açısından yaşanan ciddi tartışmalar sonucunda işyeri hekimlerinin söz konusu kart bilgilerine erişimi yasaklanmıştır. Ancak işyerindeki koşullar düşünüldüğünde bunun ne kadar etkili olacağı endişeleri haklı olarak sürmeye devam etmektedir ve etkinlik gerekçesine karşı her türlü sağlık personelinin, ilgisiz de olsa tüm kişisel tıbbi bilgilere erişiminin ne kadar deontolojik olduğu sorgulanmaktadır<sup>226</sup>. Söz konusu kartların kolaylık sağladığı açık olmakla birlikte kötüye kullanmaya da uygun olduğu ve kötüye kullanılsa bile kişinin ilgisiz sağlık bilgilerini açıklamak zorunda kalması karşısında özel hayatının gizliliğinin zarar gördüğü unutulmamalıdır. Zira kişilerin, geçmişlerindeki hastalıklar, depresyonlar ve hatta kürtajlar dahil tüm sağlık bilgilerini içeren sürekli bir kaydın kendilerini yaşma boyunca “takip ettiğini” bilerek rahat bir şekilde hekime başvuramayacakları da iddia edilmektedir<sup>227</sup>.

Öte yandan Fransız Yargıtay’ı 24 Nisan 2007 tarihinde verdiği bir kararında sağlık bilgilerinin özel hayatın gizliliği ile olan yakın ilişkisini ve başka haklarla denge kurulması gerektiğinin altını çizmiştir. Davaya konu olayda, yerleşik Fransız içtihadına göre de öğrendiği sırları “genel ve mutlak” biçimde saklamak zorunda olan bir hekime karşı 15 yaşındaki bir küçüğe cinsel istismarda bulunmaktan dava açılmış, beraat eden hekim ise küçüğün ailesini iftira suçundan dolayı şikayet etmiştir. İddiasını kanıtlamak amacıyla da mahkemeye küçüğün sağlık dosyasındaki bazı belgeleri sunmuştur. Sanıkların, belgelerin, sırları ve dolayısıyla da özel hayatın

<sup>225</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.111; Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.167

<sup>226</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.149-152

<sup>227</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.146: Hatta, yazar, ABD’de sağlık veya hayat sigortası yaptırmak isteyen bir kişinin sağlık bilgilerinin resmi kurumlarca, kişinin bilgisi ve rızası olmaksızın, sigorta şirketine verilebiliyor olmasını da, haklı olarak, eleştirmektedir (s.146-147)

gizliliğini ihlal ettiği, bu nedenle de dava dosyasından çıkartılması istemi hem Asliye Ceza Mahkemesi hem de İstinaf Mahkemesi'nce reddedilmiştir. Gerekçe olarak ise Fransa'da hukuka aykırı delilin dosyadan çıkartılma zorunluluğu bulunmaması gösterilmiştir. Ama Yargıtay kararı bozmuştur. Zira küçüğün sağlık dosyasında bulunan ve meslek sırrı gereği saklanması gereken belgelerin açıklanmasının ilgilisi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesindeki hakları, bir başka deyişle özel hayatı dolayısıyla da özel hayatının gizliliği hakkı açısından gerekli ve orantılı bir müdahale olup olmadığının tartışılması gerektiğine karar vermiştir<sup>228</sup>. Böylece Fransız Yargıtay'ı sağlık bilgileri içeren sırların mutlak olarak korunması gerektiği içtihadından dönmüş ama açıklama için gereklilik ve orantılılık ilkelerini getirmiştir.

Ayrıca bir kişinin sağlık durumunun rızası olmadan ifşası da, kural olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal oluşturur. Örneğin Fransız Yargıtay'ı 24 Şubat 1993'te verdiği bir kararda, akıl hastalarının tedavi merkezindeki yaşamlarını, rızaları olmadan, rahatsız edici biçimde gösteren bir televizyon programının ihlalde bulunduğu karar vermiştir. Keza Paris Mahkemesi de 24 Eylül 1990 tarihli kararı ile bir işverenin bir işçisinin AIDS hastası olduğunu işyerinde ilan etmesini ihlal olarak değerlendirmiştir. Hatta yine Paris Mahkemesi, 20 Haziran 1973 tarihli bir tedbir kararında cerrahi müdahalenin kişinin özel hayatının en mahrem alanına ait olduğunu söylemiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını temel aldığı 5 Ekim 1994 tarihli bir kararında kişinin sağlık durumunu gizli tutma hakkını tanımıştır. Zira somut olayda AIDS hastası olan bir kişinin bu durumunu onun rızası olmadan öğrenen Avrupa Komisyonu o kişiyi işe almayı reddetmiştir. Divan ise bu kararı iptal etmiştir<sup>229</sup>. Ancak kamusal yaşamda etkin olan kişilerin durumu tartışma yaratmaktadır. Örneğin yine Fransız Danıştay'ı 1995'teki bir raporunda devlet başkanının sağlığının bilinmesi gerektiğine işaret ederken, Avrupa Konseyi Danışma Meclisi 428 sayılı Kararında kamusal yaşamda rol oynayan kişilerin özel hayatına saygıyı kabul etmekle birlikte, "*kamusal yaşamda etkileri*

<sup>228</sup> Yves Mayaud, "Infractions contre les personnes", **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n.4, 2007, s.815-817; Fransa'da 17 Haziran 1998 tarihli yasayla yapılan değişiklik sonrası 15 yaşından küçük bir çocuğa karşı işlenen başta cinsel istismar olmak üzere bazı suçlarda sır yükümlülüğü kalkmaktadır bkz. Jean Rivero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.94

<sup>229</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.53

*olması halinde*” istisnalar olabileceğini de belirtmiştir<sup>230</sup>. Kişisel verilerin korunması konusunda karşılaşılan “şeffaflık” tartışmaları aslında sırlar, özellikle de sağlık bilgilerini içeren sırları konusunda yine ortaya çıkmaktadır. Günümüzde çağdaş toplumlarda şeffaflık artık bir gereklilik halini almıştır ve haber verme hakkı ile ifade özgürlüğünün uzantısı / yansıması konumundadır. Bu bağlamda burada da bir denge olması gerektiği açık olmakla birlikte kişilerin mutlak olarak korunan bir “gizli alanları” da bulunmalıdır.

### c) Elektronik iletişim

#### aa) Teknolojik gelişim

Günümüzde “*dijital özel hayat*” özel hayatın yansımalarından biridir ve bilişim de özel hayata zarar vermemelidir<sup>231</sup>. Bilişim teknolojisi başlangıçta karmaşık, kırılğan ve yalnızca uzman kişilere has iken 1965’te IBM 360’ın ortaya çıkışı ile daha kolay ulaşılabilir hale gelmiştir<sup>232</sup>. Sonrasındaki hızlı gelişimin etkisi ile dünya “İnternet” olgusu ile tanışmış ve son yıllarda, belki de en çok kullanılan iletişim aracı haline gelen İnternet, özel hayatın gizliliği hakkını son derece “kırılğan” bir hale getirmiştir<sup>233</sup>. 1960’lı yıllarda doğan İnternetin aslında çıkış amacı ABD’ye yönelik bir nükleer saldırı olasılığına karşı dünya üzerindeki tüm bilgisayarları birbirine bağlayan bir askeri ağ kurmaktı. Bunun için ortak bir elektronik dil ve kurallar dizgisi de oluşturulmuştur<sup>234</sup>. Ancak şu anki yapı içerisinde İnternetin bir sahibi yoktur ve ulusal sınırların ötesinde, ulusal egemenliklerin dışında yer almaktadır<sup>235</sup>.

Bilgi özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve mahremiyet olmak üzere üç insan hakkı ile bağlantılı kabul edilen İnternette mahremiyet açısından iki temel risk bulunmaktadır: Birincisi İnternet kullanıcılarının, bilerek veya bilmeyerek, bazı kişisel verilerini, kötü niyetli de olabilen, üçüncü kişilere açmaları, ikincisi ise İnternet üzerindeki

<sup>230</sup> Thierry Massis, “Santé, droits de la personnalité et liberté d’information”, **Gazette du Palais**, Novembre-Décembre 2004, s.3564

<sup>231</sup> Alain Bensoussan, **Informatique et ....**, s.35

<sup>232</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.213; Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.23: Yazar, eski diktatörlerin “erken doğduğunu”, günümüzde bilişimcilerin, hiçbir siyasi tartışma olmaksızın, şaşırtıcı bir “*teknolojik darbe*” yapmak üzere olduklarını söylemektedir.

<sup>233</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1643

<sup>234</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **a.g.e.**

<sup>235</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **a.g.e.**; Michael Kirby, “La protection de la vie privée et des droits de l’homme à l’ère du numérique”, **Les Droits de l’homme dans le cyberspace**, UNESCO, Paris, 2005, s.16

iletişimin gizliliğine yönelik ihlallerdir<sup>236</sup>. Söz konusu riskler açısından şöyle bir teknik açıklama yapılabilir. Bilgisayarı aracılığı ile İnternetteki sitelere giren bir kişinin bilgisayarı, o sayfanın “server”ına (“sunucusu”na) yani o siteyi barındıran “ana bilgisayar”a bilgisayarın IP adresi, bağlanma saati, tarihi ve sayfanın tam adresi gibi çeşitli bilgileri gönderir<sup>237</sup>. Bu bilgilerin teknik anlamda “kişisel veri” olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, “*cybermarketing*” alanında uzman bazı şirketler bu bilgileri, kullanıcının haberi olmaksızın, toplamakta ve bunlar üzerinden müşteri profilleri çıkartarak pazarlama ve reklam stratejileri oluşturmaktadır. Örneğin Belçika’da bu şirketlerin, “kişisel verileri işleme sorumlusu” olarak (“*responsable du traitement*”) Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Kanun’a uyması gerektiği kabul edilmektedir<sup>238</sup>. Hatta kanunda açıkça yazılmış olmasa bile kullanıcının ayrıntılı biçimde bilgilendirilmesi ve verilerinin üçüncü kişilere verilebileceğinden haberdar edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>239</sup>.

IP adresi açısından ise şöyle bir teknik bilgi verilebilir: bugünkü İnternet ağında bir bilgisayara her bağlantıda farklı bir IP adresi verilmektedir. Dolayısıyla yalnızca bir IP adresi ile bir kullanıcıyı belirlemek olanaklı değildir. Bu bakımdan IP adresinin kişisel veri olup olmadığı hukuk dünyası açısından tartışmalıdır. Nitekim Hollanda’daki tedbir kararlarında IP adresi, kişisel veri olarak kabul edilirken, Fransa’da Paris İstinaf Mahkemesi 27 Nisan 2007 ve 15 Mayıs 2007 tarihli iki kararında sahtekarlık suçundan kovuşturulan bir İnternet kullanıcısının IP adreslerini kişisel veri olarak kabul etmemiştir<sup>240</sup>. Halbuki eğer bilgisayarın tek bir kullanıcısı var ise IP adresi vasıtasıyla bu kişinin kimliği belirlenebilir. Nitekim yine Fransa’da Saint-Brieuc Asliye Hukuk Mahkemesi 6 Eylül 2007 tarihli kararında IP adresini telefon numarasına benzetmiş ve İnternet erişimi adına kayıtlı kişinin kimliğinin belirlenebileceğini karara bağlamıştır<sup>241</sup>.

İnternet-özel hayatın gizliliği ikileminde diğer riskli iki kavram ise “*spyware*” ve “*cookie*”dir. İlki “casus yazılım” olarak da çevirebilir. Bu yazılımlar, kişi

<sup>236</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **a.g.e.**

<sup>237</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.253; Bu bilgiler kişinin İnternet servis sağlayıcısı tarafından da saklanabilmektedir: Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**,s.174; Tarayıcılar da bu bilgileri saklamaktadır: Michael Kirby, **a.g.e.**, s.18

<sup>238</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.255 ve s.271

<sup>239</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.259-261

<sup>240</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.325-326

<sup>241</sup> Fabrice Mattatia, “İnternet face à la loi Informatique et libertés: l’adresse IP est-elle une donnée à caractère personel?”, **Gazette du Palais**, 13-15 janvier 2008, s.9-10

İnternette dolaşırken, bazı İnternet siteleri tarafından gizli ve habersiz biçimde, bilgisayarına yüklenir ve kişinin verilerini kaydedip iletmeye başlar. Haksız müdahalelere son derece açık bir programdır<sup>242</sup>. Diğer program olan “*cookie*”de ise asıl amaç girilen İnternet sitesi ile kullanıcı arasında kolay bağlantı kurmaktır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi her bağlantıda farklı IP numarası alan kullanıcının bilgisayarını, sitenin “sunucusu” her seferinde ilk kez siteye girmiş gibi algılar ve bu da giriş sürecini uzatır oysa “*cookie*”, söz konusu süreci kısaltır. Ama “*cookie*”nin yarattığı risk teknik olarak “üçüncü sunucuların” da kullanıcının bilgisayarına “*cookie*” gönderebilmesi ve taşıdığı verilerden yararlanarak kullanıcının profilinin ortaya çıkarılabilmesidir<sup>243</sup>. Hatta bu nedenle Belçika’da 2005 tarihli Elektronik İletişimler Kanunu’nun 129.maddesindeki düzenleme ile kullanıcıyı “*cookie*” hakkında bilgilendirme ve isterse reddedebilme olanağı tanıma zorunluluğu getirilmiştir<sup>244</sup>. Zaten bu bağlamda günümüzdeki “*cookie*” kullanımının da sıradan kullanıcı açısından “aydınlanmış rıza” olanağı sağlamadığı için yukarıda belirtilen AB Yönergesi’ne<sup>245</sup> de aykırı olduğu iddia edilmektedir<sup>246</sup>.

#### bb) Elektronik iletişimin izlenmesi

Öte yandan gelişen teknoloji ile elektronik iletişim de “dinlenebilir” hale gelmiştir. Örneğin 1991 yılında ABD Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Genel Terörle Mücadele Kanunu” (“*Comprehensive counter-Terrorism Act*”) teklifinin 2201 sayılı maddesidir. Öneriye göre elektronik iletişim alt yapısı sağlayanlar, bu hizmeti sunanlar, görüşme içerikleri de dahil olmak üzere her türlü verinin hükümetçe ilgili kanuna göre elde edilmesini sağlayacaklardır. Gelen tepkiler üzerine teklif geri çekilmiştir<sup>247</sup>. Ancak İngiltere’de yakın tarihte yapılan bir düzenleme yürürlüğe girmiş ve uygulanmaya başlamıştır. “Soruşturma Yetkilerinin Düzenlenmesi Kanunu” (“*Regulation of investigatory powers act*”) ile bu ülkede elektronik iletişim yasal olarak izlenebilir olmuştur. Zira bu kanunun öncesinde bu tip bir yönteme ilişkin yasal altyapı bulunmamaktaydı. Bu izlemeyi olanaklı kılan ise

<sup>242</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.264

<sup>243</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.265-266

<sup>244</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.267; Diğer bir sorun “*spamming*” için bkz. Maurizio de Arcangelis, **L’Internet et la vie privée**, Aix-en-Provence, 2004, s.89

<sup>245</sup> Bkz. s.39

<sup>246</sup> Simone Fischer-Hübner, **a.g.e.**, s.178-179: Yazar, ayrıca benzer bir aykırılığa yol açan “*Open Profiling Standard*”tan da söz etmektedir.

<sup>247</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.200; Gelen eleştirilerden biri de böyle bir sisteminin “kişinin mahrem konularda özerk seçim hakkına” da zarar vereceğidir bkz. Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.89

iletişim ağındaki özel bir noktaya konan ve “paket yoklayıcı” (“*packet sniffer*”) adı verilen bir araçtır. Paket denmesinin sebebi ise yukarıda belirtildiği gibi, bir İnternet kullanıcısının sitelere girerken bilgisayarının başta IP adresi olmak üzere çeşitli bilgileri sunuculara iletmesi ve bunun da bilgi paketleri halinde yapmasıdır. “Paket yoklayıcı” ise bu paketleri kontrol edip istenen bilgileri ilgisine sağlamaktadır<sup>248</sup>.

Söz konusu kanun 5.maddesinde, kural olarak, Devlet Bakanının emrini (“*a warrant issued by the Secretary of State*”) aramaktadır. Bakan yalnızca ulusal güvenlik, ağır suçların önlenmesi veya tespiti veya ülkenin ekonomik refahı için emrin gerekli ve önlemin “orantılı” olduğuna “inanırsa” bu emri verebilmektedir<sup>249</sup>. Ancak öğretilerde “inanma” kavramının son derece öznel olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Klass-Almanya kararından<sup>250</sup> hareketle, bu tip müdahalelerde aranan, “gereklilik” koşulunu sağlamadığı gerekçesi ile düzenleme eleştirilmektedir. Hatta düzenlemede içerik açısından bir sınırlama olmadığı da hatırlatılarak bunun müdahaleyi gereğinden fazla derinleştirdiği de iddia edilmektedir<sup>251</sup>.

Bunlara ek olarak İngiltere’deki bu yeni önlem ile İnternetteki günlükler (örneğin, İnternetDiary.Net) ve kişisel dosyaların İnternet ortamına aktarılmasını sağlayan programlar da (örneğin, briefcase.yahoo.com) tartışmalı hale gelmiştir. Zira buradaki belgelerin aranması için hangi usule başvurulacağı, bir başka deyişle, yeni düzenlemedeki Bakan emri mi, yoksa olağan arama kararı mı tartışması doğmuştur. Öğretilerde, ikincisi yeni düzenlemenin aksine aranacak yer veya eşyanın belirli olmasını gerektirmesi ve böylece özel hayatın gizliliği açısından daha çok güvence sağlaması nedeniyle tercih edilmektedir<sup>252</sup>. Tüm bu haklı ve özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından dikkate alınması gerekli olan eleştirilerin ardından RIPA kanununda değişiklik yapılması gerektiği ve İnternetin kendine has özel bir alan olduğu, özel düzenlemelerin olması gerektiği ve posta-iletişim için var olan klasik

<sup>248</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, “Interceptions of İnternet Communications and the Right to Privacy”, **European Human Rights Law Review**, Issue 6, 2007, s.638; Yves Akdeniz – John Bell, “La vie privée et l’İnternet: Perspectives du Royaume-Uni”, **La protection de la vie privée dans la société d’information**, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.156-157; ABD’deki İnternet “dinleme sistemi “*Carnivore*” için bkz. Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.46; Bilgisayarda gizli arama teknolojisi “*Promis*” için bkz. Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.147-148

<sup>249</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, **a.g.e.**, s.639-640; Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.110

<sup>250</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. s.116

<sup>251</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, **a.g.e.**, s.648

<sup>252</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, **a.g.e.**, s.645

özel hayat standartlarının yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>253</sup>. Buna karşılık gerçek dünya ile İnternet arasında paralellik kurup birincisinde hukuka uygun olanın ikincide de uygun olacağını, birincide suç olanın ikincide de suç olacağını ileri süren bir karşıt görüş de vardır<sup>254</sup>. Hatta İtalyan hukukçular İnternetteki yayınlar için yazılı basın rejiminin, Fransız öğretisi ise görsel-işitsel iletişim kurallarıyla haberleşmenin gizliliği kurallarının uygulanmasını önermektedir<sup>255</sup>. Her ne kadar İnternetin gerçek dünyaya paralel bir yapısı olduğu kabul edilebilirse de, çağdaş ve farklı bir kavram olması nedeniyle özel düzenlemelere gereksinim duyulduğu, dolayısıyla da ilk görüşün daha uygun olduğu belirtilmelidir. Zaten teknoloji, kanun koyucunun takip edemeyeceği bir hızla gelişmekte, dolayısıyla hukuk, teknolojinin arkasından gelmekte ve günümüzde teknolojiyi merkeze alan hukuksal düzenlemelere gereksinim duyulmaktadır<sup>256</sup>. Örneğin OECD'nin eskiden koyduğu bilgi gizliliği ilkeleri günümüzdeki sorunlara cevap vermemekte ve “yeni kuşak ilkelerin” kabul edilmesi yönünde vurgular yapılmaktadır<sup>257</sup>. Nitekim yeni gizli izleme yöntemleri açısından özel, ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Şu anda eklenmelidir ki, bazı yazarlar, haklı olarak, hukuki düzenlemelerin her halükarda yetersiz olacağını, bu nedenle teknolojiyi geliştirirken özel hayatın gizliliğini de dikkate alınarak adımlar atılması ve kullanıcı ile müşterilerin özellikle hakları ve olası riskler konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini, ancak genellikle ekonomik kaygıların ön planda tutulduğunu söylemektedirler<sup>258</sup>.

Özellikle elektronik iletişime yönelik bu yeni kısıtlayıcı uygulamalar beraberinde karşı önlemlere (örneğin şifreleme) yol açmaktadır. Aslında şifreleme, mesajları kodlama ile bunları çözme eylemlerini içerir ve oldukça eskidir. Zira Roma İmparatorluğu'nda Julius Caesar'ın da generallerine şifreli emirler gönderdiği söylenmektedir. Günümüzde de elektronik ortamdaki mesajların, verilerin şifrelenmesi teknik olarak yapılabilmektedir. Böylece bir yandan sırlar korunabilmekte öte yandan özellikle örgütlü suçlulara kolluk güçlerinden saklanma

<sup>253</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, **a.g.e.**, s.648; Mustafa Can, **a.g.e.**; Stéphane-Dimitri Chupin, **La protection de la vie presonnelle délimitée par les frontières des sphères privée et publique**, Thèse, Université de Paris I, 2002, s.188-190: Yazar, ülkelerin ortak düzenleme yapmasını (“*corégulation*”) önermektedir.

<sup>254</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **a.g.e.**

<sup>255</sup> Maurizio de Arcangelis, **a.g.e.**, s.74, s.80, s.102-107

<sup>256</sup> Lilian Mitrou, “The Greek law on the protection of personal data”, **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Athens, 2001, s.155-156

<sup>257</sup> Michael Kirby, **a.g.e.**, s.23-25

<sup>258</sup> Simone Fischer-Hübner, **a.g.e.**, s.189 vd.; Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.191-192: Yazar, yapılması gerekeni “*autorégulation*” olarak adlandırmaktadır.

olanağı sağlanmaktadır. Bu bakımdan her ülkede devletin elektronik şifrelemeye karşı yaklaşımı farklıdır. Örneğin ABD ve İngiltere, şifreleri çözecek anahtarlar olmaksızın şifrelemeye izin vermeme eğilimdedir. Amaç gerekli durumlarda bu araçlar yardımıyla şifreli mesajları, verileri okuyabilmektir. Keza Fransa da katı bir çizgi izlemekte ve şifreleme yazılımları bazı silahlarla aynı ticaret rejimine tabi tutularak Başbakanın izni aranmaktadır. Bir başka Avrupa Birliği ülkesi olan Almanya ise şifreleme konusunda yasal bir sınırlama getirmemektedir<sup>259</sup>. Diğer bir önlem ise Türkçeye “isimsiz cevaplandırıcı” olarak çevrilebilen “*anonymous re-mailer*” adlı bilgisayar yazılımıdır. Bu program sayesinde alınan bir elektronik mesaj üçüncü bir kişiye gönderilirken ilk gönderen kişi ile ilgili bilgiler otomatik olarak mesajdan silinmektedir<sup>260</sup>. Bunlara ek olarak, İnternet kullanıcısının “*cookie*” gibi programlara izin vermesini engelleyen yazılımlar olduğu gibi kullanıcıya bir seçenek listesi sunarak kişisel verileriyle ilgili rejimi belirleme olanağı tanıyan programlar da vardır ve bütün bu ürünlere “*özel hayatın teknokoruması*” denmektedir<sup>261</sup>.

Teknolojideki bu hızlı gelişimin özel hayatın gizliliğine bir diğer olumsuz etkisi de bilişim sektöründeki programlara ucuz ulaşım olanaklarının da giderek artmasıdır. Bu da kötü niyetli kişilerin işini kolaylaştırmaktadır. Örneğin, aslında şirketler için çıkartılmış bir programla şirketteki bir bilgisayarı kullanarak diğer bir bilgisayarın ekranını görmek ve hatta hiçbir uyarı olmaksızın değiştirmek teknik olarak olanaklıdır<sup>262</sup>.

Yukarıda değinilen elektronik iletişimdeki hızlı ve köklü değişimler, kişisel verilerin korunması ile birlikte ele alındığında özel hayatın gizliliğinin karşılaştığı tehlikeler daha da büyümektedir. Bilgi paylaşımları ve veri işlemenin kolaylaşmasına koşut olarak yeni takip sistemlerinin her zaman kötüye kullanmaya açık olması durumu daha da ciddi bir hale getirmektedir. Zira artık herkes gizlice izlenebilmektedir<sup>263</sup>. En çarpıcı örneklerden biri Singapur’dur. Ulusal düzeyde bilişim altyapısını sağlayan ilk ülkelerden biridir. “Herkes İçin Tek Ağ” (“*ONE – One Network for Everyone*”) adlı çalışma ile geliştirilen SINGNET’i kullanan herkes Singapur’daki evler, işyerleri ve okullardan her türlü multimedya hizmetine ulaşma

<sup>259</sup> Mehmet Niyazi Tanılır, **a.g.e.**

<sup>260</sup> Yves Akdeniz- John Bell, **a.g.e.**, s.155

<sup>261</sup> Alain Bensoussan, **Informatique et ...**, s.265

<sup>262</sup> Enis Coşkun, **Küresel Gözaltı**, Ankara, 2000, s.27

<sup>263</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.55-56

olanağı elde etmektedir. Ancak Singapur’da kişisel verilerin korunmasıyla ilgili bir düzenleme olmaması nedeniyle söz konusu tekil yapı gönderilen verileri devletin müdahalesine açık hale getirmektedir<sup>264</sup>.

#### d) Telekomünikasyon yoluyla iletişim

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi teknolojik gelişimin de etkisiyle tüm dünyada yaygın olarak kullanılan ve gizli takip yöntemleriyle beraber özel hayata en ciddi müdahaleye yol açan takip şekillerinden biridir<sup>265</sup> çünkü kişinin telefondaki konuşmaları “sözle düşünce açıklaması” olup o kişinin, kural olarak, özel hayatının bir parçasını oluşturur<sup>266</sup>. Zaten haberleşmede ilke ilgilinin istediği kişilerle, istediği biçimde ve kendi onayı olmaksızın başkalarının bilmeyeceği şekilde iletişim kurmasıdır<sup>267</sup>. Birçok yöntem kullanılmakla birlikte en çok başvurulan müdahale yöntemi telefonların dinlenmesidir. Çünkü zamanla bu yöntem de hızla gelişmiş ve hatta ucuzlamıştır. Örneğin resmi raporlara göre İngiltere’de daha 1930’lu yıllarda telefonlar dinlenmeye başlamış 1940’lı yıllarda ise toplam sayı 1500’ü geçmiştir<sup>268</sup>. Fransa’da da senatörlerden oluşan bir komisyonun raporuna göre 1973’te günlük ortalama 1000-5000 telefon dinlenmektedir<sup>269</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde de 1975 tarihli bir meclis araştırma raporu ile Ulusal Güvenlik Birimi’nin (NSA “*National Security Agency*”) yirmi yılı aşkın süredir uluslararası telefon görüşmelerini hiçbir karar olmaksızın dinlediğinin anlaşılması çok yoğun tartışmalara yol açmıştır<sup>270</sup>. Ayrıca Anglo-Sakson ülkelerince (ABD, İngiltere, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda) Soğuk Savaş döneminde kurulan, başlangıçta gizli olan, 1972’de ortaya çıkarılan ve ancak 1999’da varlığı resmi olarak kabul edilen “ECHELON” sistemi dünya çapında tüm iletişimin denetlenmesini, “hedef sözcüklerin” taranabilmesini ve bilginin doğrudan talep eden ilgili ülkeye bildirilmesini sağlamaktadır<sup>271</sup>.

<sup>264</sup> Simone Fischer-Hübner, **a.g.e.**, 184-185

<sup>265</sup> Sesim Soyer, **a.g.e.**, s.85; ABD’de 70’li yıllarda halkın % 36’sı telefon dinlemelerinin yasaklanmasını isterken % 46’sı suçun azaltılması için gerekli olduğuna inanmaktaydı bkz: Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.54

<sup>266</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.60

<sup>267</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.168

<sup>268</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.33

<sup>269</sup> André Roux, **a.g.e.**, s.103

<sup>270</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.38

<sup>271</sup> Sydney Adoua, “L’impact de la loi antiterroriste canadienne sur les libertés fondamentales”, **Revue trimestrielle des droits de l’homme**, n.72, 2007, s.1091; Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.148; Armand Mattelart, **a.g.e.**, s.74-75

Günümüzde teknoloji o boyuta gelmiştir ki telefon kapatıldıktan sonra dahi dinlenmesi olanaklı olduğu gibi<sup>272</sup> taşınabilir telefonunun bulunduğu yeri belirleme, hatta bu telefonu uzaktan harekete geçirme gibi<sup>273</sup> olanakların yanında “*Harmonica*” adlı bir araçla herhangi bir telefon, bulunduğu yerdeki tüm konuşmaları ileten bir vericiye dönüştürülebilmektedir<sup>274</sup>. Gelişen teknoloji sayesinde telefon hattına müdahale eden kişinin bizzat dinlemesine gerek olmamakta, örneğin bir telefon operatörü, bir hattın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmesini sağlayabilmektedir<sup>275</sup>. Ayrıca taşınabilir telefonlara yerleştirilen özel bir programla bir başka taşınabilir telefondan veya bir bilgisayardan, o anda nerede olduğu belirlenebilmektedir. Söz konusu program İnternet üzerinden pazarlanmaktadır<sup>276</sup>. Hatta teknolojinin geldiği bugünkü noktada, “eşleştirme” adı verilen bir yöntemle, taşınabilir telefonların “PIN” ve “PUK” numaraları kopyalanarak gerçekte birbiri ile görüşmemiş iki kişinin adeta telefonla konuşmuş gibi görüşmeleri sağlanabilmektedir<sup>277</sup>. Bunun yanında havaalanı ve alışveriş merkezi gibi yoğun insan kalabalığının bulunduğu yerlere yerleştirilen özel bir sistemle, taşınabilir telefonların yaydığı sinyaller vasıtasıyla kişilerin hareketleri güvenlik görevlilerince izlenebilmekte ve gösteri gibi ani değişimler önceden saptanabilmektedir<sup>278</sup>. Buna karşılık karşı önlemler de teknolojik olarak geliştirilmektedir. Örneğin geliştirilen ZRTP adlı bir yazılımla her telefon görüşmesi özel olarak şifrelenmekte ve şifre özel bir algoritma ile yaratıldığı için çözülmesi ve dolayısıyla da dinlenmesi neredeyse olanaksız bir hal almaktadır<sup>279</sup>.

Hazırlanan birçok raporda da telefon dinlemenin suçun önlenmesi veya işlenmiş suçların ortaya çıkarılmasında son derece etkin olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin Amerikan Ulusal Telefon Dinleme Komisyonu’na göre ABD’deki dinlemelerin % 80’inde suç oluşturabilecek konuşmalar tespit edilirken, bunların sonucunda olayların % 70’inde failer yakalanmıştır. Ayrıca telefonların dinlenmesi

<sup>272</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.37

<sup>273</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.44-45

<sup>274</sup> Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.129: Nitekim, daha 1968 ve 1973’teki uluslararası kongrelerde özel hayatın gizliliğini tehdit eden bu gelişime dikkat çekilmiştir (s.165)

<sup>275</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.40

<sup>276</sup> [www.google.com/mobile/default/latitude.html](http://www.google.com/mobile/default/latitude.html) (Erişim: 5.2.2009) : Özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla ilgililerin rızası aranmaktadır.

<sup>277</sup> “Telekulak’ta son perde!” [www.milliyet.com.tr](http://www.milliyet.com.tr) (Erişim: 16.3.2009)

<sup>278</sup> Cécile Ducourtieux – Yves Eudes, “Y a-t-il une vie privée sur Internet?”, **Le Monde**, 28.5.2010, s.16-17

<sup>279</sup> [www.radikal.com.tr](http://www.radikal.com.tr) (Erişim: 8.4.2008): Haberde, şifrenin Amerikan Ulusal Güvenlik Dairesi tarafından da kırılmadığı not edilmiştir.

uyuşturucu suçlarında % 97'lik bir başarı sağlamıştır. Keza Fransa'da önleyici dinlemelerin yarısına yakını adli dinlemeye dönüştürülürken, Kanada'da da dinlemelerin % 90'nında sanıkları suçlayıcı delil elde edilmiştir<sup>280</sup>. Buna karşın *Herman Schwartz*'ın 1970 tarihli bir araştırmasına göre ABD'de federal düzeyde yapılan 10.260 kişi ve 147.780 konuşmaya yönelik dinlemenin sonucunda 613 kişi yakalanmış ve yalnızca 48 kişi mahkum olmuştur. 1984 yılında ise mahkumiyet oranı % 27'de kalmıştır<sup>281</sup>. Hatta yoğun şekilde telefonları dinlemek yerine dinleme yapılacağıının bilinmesinin daha demokratik bir caydırıcılık olduğu da ifade edilmiştir<sup>282</sup>. Ayrıca zamanında alınan sert önlemlerin kalıcı olması tehlikesi de her zaman vardır. Örneğin İngiltere'de Kuzey İrlanda'daki olaylar için yoğunlaştırılan gizli dinleme faaliyetlerinin “savaşın bitmesine rağmen” devam ettiği söylenmektedir, zira İngiltere'de (2000 yılı rakamlarına göre) 35.000 hattın dinlendiği tahmin edilmektedir<sup>283</sup>.

Telefonların dinlenmesiyle ilgili yasal düzenlemeler ise Almanya'da 1968, Avusturya'da 1979, Danimarka'da 1984, İngiltere'de 1985 ve Fransa'da da 1991 yılında yapılmıştır<sup>284</sup>. Ama Fransa'da daha 1980 senesinde Yargıtay “*Tournet*” kararı ile ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ilkesinden hareketle, aldatma veya savunma hakkına müdahale olmamak kaydıyla telefonların dinlenmesini yasal olarak kabul etmiştir<sup>285</sup>. Zaten Fransa'da II.Dünya Savaşı'nda Nazi işgali sırasında telefonların dinlenmesi için kurulan alt yapı, savaştan sonra yaklaşık otuz yıl boyunca Fransız hükümeti tarafından, başka kimsenin haberi olmadan kullanılmıştır. Hatta 1960'lı yıllarda başbakana bağlı olarak “Bakanlıklar Arası Denetim Grubu” (“*Groupement interministériel de contrôle*”) kurulmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24 Nisan 1990 tarihli *Kruslin-Fransa* kararında bu ülkeyi mahkum etmesi üzerine yasal düzenleme yapılabilmıştır<sup>286</sup>.

<sup>280</sup> Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, 2.Baskı, Ankara, 2008, s.33-34

<sup>281</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.187

<sup>282</sup> Fikret İlkiz – Duygun Yarsuvat, “Açık Tartışma: Gizli İzleme, Kayıt ve Denetim”, **Güncel Hukuk**, Ağustos 2005, s.24

<sup>283</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.55 ve s.80: Hatta yazar, bu durumu “sel gider, kum kalır” sözü ile anlatmaktadır

<sup>284</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.37; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.151

<sup>285</sup> Bernard Stirn, **a.g.e.**, s.4; Jean Pradel – André Varinard, **Les grands arrêts de la procédure pénale**, 5e éd., Paris, 2006, s.177 vd.

<sup>286</sup> Robert Chavrin – Jean-Jacques Sueur, **Droits de l'homme et libertés de la personne**, 5éd., Paris, 2007, s.171

Diğer yandan zamanla iletişimin denetlenmesi en çok başvurulan önlemlerden biri haline gelmiştir. Örneğin İngiltere’de eskiden yargıç kararı gerekirken şimdiki uygulamada kolluk amirinin izni ve telefon numarasının bilinmesi yeterli hale gelmiştir<sup>287</sup>. Hatta 2001 yılındaki Terörle Mücadele Kanununa göre (ATCSA) telekomünikasyon kurumları iletişimle ilgili verileri en az 12 ay boyunca saklamalı (bu süre İrlanda’da 3, İtalya’da ise 5 yıldır) ve kolluk kuvvetlerine veri bankalarına doğrudan erişim sağlamalıdır. Böylece bir yargıç kararına gereksinim duymayan kolluk yalnızca 2005 yılında 439.000 kez bu yetkisini kullanmıştır<sup>288</sup>. Avrupa Birliği de Birliğin Resmi Gazetesinde 31 Temmuz 2002 günü yayımlanan EC 2002/58 sayılı Yönergesinin 5.maddesinde üye devletleri iletişimin gizliliğini sağlamakla yükümlü kılmış ancak ilgilinin rızası ile ulusal savunma, kamu düzeni, suçların önlenmesi, araştırılması ve soruşturulması gibi gerekçelerle yapılacak yasal düzenlemeleri istisna olarak kabul etmiştir<sup>289</sup>.

Türkiye’de ise açık yasal bir düzenleme olmadığı bir dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu 72/7-288 sayılı ve 1973 tarihli bir kararında, “*Usulüne göre alınan hakim kararıyla, ilgili memurlarca dinlenerek banda geçirilen ve metinleri dosyada bulunan telefon konuşmaları delil olarak kabul edilir*” diyerek<sup>290</sup> telefonların dinlenmesine izin vermiştir. Yine açık bir düzenlemenin olmadığı bu dönemde Emniyet Genel Müdürlüğünün 1996’da ABD’den dinleme cihazları aldığı basına yansırken<sup>291</sup>, İçişleri Bakanlığı da TBMM Araştırma Komisyonuna verdiği bilgide 1995-1996 döneminde 13803 kişinin telefonlarının dinlendiğini bildirmiştir<sup>292</sup>.

#### e) Kameralar ve özel hayatın gizliliği

##### aa) Gelişim

Gelişen teknolojiye koşut olarak takip, özellikle de gizli takip yöntemleri daha karmaşık ve dolayısıyla özel hayat açısından daha müdahaleci duruma gelmiştir. 1897’de “elektron”un bulunması ve 1948’de “transistor”ün icat edilmesi gelişimi

<sup>287</sup> Ben Hayes, **a.g.e.**

<sup>288</sup> Ben Hayes, **a.g.e.**

<sup>289</sup> Christopher Kuner, **a.g.e.**, s.24-25

<sup>290</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.60

<sup>291</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.43

<sup>292</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.113

hızlandırmış ve günümüzdeki kamera, fotoğraf makinesi gibi araçlara ulaşan yolu açmıştır<sup>293</sup>. Söz konusu araçlar; mekanik araçlar (sismograf), termik araçlar, optik araçlar (kamera) ve akustik araçlar olarak dörde ayrılmakla<sup>294</sup> birlikte en bilineni ve hatta kullanılan kameralar ve dolayısıyla da kamera takip sistemleridir.

Teknolojinin ve bu sistemlerin ulaştığı boyut karşısında Avrupa Konseyi kurumları konuyu inceleme gereği duymuştur. Konsey organı olan “Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi” de 20-23 Mayıs 2003’te Strasbourg’da yaptığı toplantıda bir karar metnini kabul etmiş ve durumu tespit eden kısa bir girişten sonra ilkeler ortaya koymuştur<sup>295</sup>. Bunlardan en dikkat çekici olanı, Komite’nin, eğer orantısız maliyetlere neden olmuyorsa, kamera takip sistemi yerine özel hayata saygı hakkına daha az müdahale eden bir yolun tercih edilmesi önerisidir. Böylece görüntü kaydının en ağır müdahale yöntemlerinden biri olduğu bir Avrupa kurumu tarafından da kabul edilmiş olmaktadır. Komite işyerlerindeki kayıtların da işin ve iş güvenliğinin gerekleri ile sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca orantısız müdahalelerden kaçınılması, gerekmedikçe kaydın kişilerin tanınmasını engelleyici biçimde yapılması, amacın ve sorumluların ortaya konması, kişisel verilerin korunması gibi başkaca ilkelere de yer verilmiştir.

Aynı biçimde yine Konsey bünyesindeki Venedik Komisyonu da yakın tarihlerde peş peşe iki görüş yayınlamıştır<sup>296</sup>. Birincisi 16-17 Mart 2007 tarihindeki toplantısında kabul edilen “Kamu Otoriteleri Tarafından Kamusal Alanlarda Kamera Takibi ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüş”ünde Komisyon, durumu ortaya koyarak kişisel verilerin korunması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin özel hayata saygı hakkıyla ilgili 8.maddesini temel alan bir yaklaşım sergilemiştir. “Sonuçlar ve Öneriler” başlıklı son kısmın 80.paragrafında Komisyon “*bireylerin kamusal alanlarda özel hayatın gizliliğine saygı açısından daha az bir beklentileri olmakla birlikte, temel haklarından vazgeçtikleri anlamına gelmemektedir*” ifadesi ile “makul beklenti” anlayışı çerçevesinde kamusal alanda da yani üçüncü kişilere açık olan alanlarda da özel hayatın gizliliğini kabul etmektedir. Devam eden iki paragrafta ise özel düzenleme yapılması gerektiğine, kişisel verilerin korunmasının

<sup>293</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, 207

<sup>294</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.208-209; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.36

<sup>295</sup> [www.coe.int/cdcj](http://www.coe.int/cdcj) (Erişim: 1.6.2009)

<sup>296</sup> Belgelerin tam metni için bkz. [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

önemine işaret etmektedir. Buna ek olarak Komisyon, “Özel Operatörler Tarafından Kamusal ve Özel Alanlarda Kamera Takibi ve Kamu Otoriteleri Tarafından Özel Alanlarda Kamera Takibi ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüş”ünü 1-2 Haziran 2007 günlerinde yaptığı toplantıda kabul etmiştir. İlkine benzer biçimde hâlihazırdaki durumu ve üye ülkelerdeki uygulamaları özetleyen belgenin son kısmında çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Komisyon bu belgede de kişisel veri-kamera kaydı ilişkisi üzerinde durmuştur. Öncelikle üye ülkelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesine saygılı olmaları (par.99) ve kişilerin bilgilendirilmesi (par.100) istenmektedir. Ayrıca merkezi bir denetim kurumu kurulması (par.100) ve kişilere verilerine erişim hakkı tanınması da (par.101) diğer önerilerdir.

#### bb) Kameralarla takip

Kamera takip sistemleri, bu önleme son dönemde yoğun biçimde başvuran ve dolayısıyla da konuyu tartışan İsviçre’de amaç ve içerik olarak çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Amaç olarak üç gruptan söz edilmektedir. Birincisi, inceleme amaçlıdır (“*vidéosurveillance d’observation*”). Kamuya açık bir yere konan kameralarla günlük akış, veriler işlenmeksizin takip edilir. İkinci tür olan “bastırıcı takipte” (“*vidéosurveillance dissuasive*”) ise kamusal veya kamuya açık alanlara konan kameralarla suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanır. Son grup olan “müdahaleci takip” ise (“*vidéosurveillance invasive*”) kamuya açık olan veya olmayan bir yerde bulunan ve suç işlediği ya da işleyeceği düşünülen kişi gizli olarak takip edilir. Son grupta artık ceza hukuku ve kolluk hukuku söz konusudur<sup>297</sup>. Şurası da açıktır ki özel hayat ve özel hayatın gizliliği açısından üçüncü gruptaki kamera-takip sistemi son derece müdahaleci ve risklidir.

İçerik açısından ise kameraların yalnızca doğrudan izlemeye yaradığı, herhangi bir kayıt yapmadığı “basit kamera takibi” (“*vidéosurveillance simple*”) ve kayda, dolayısıyla da verilerin saklanmasına ve işlenmesine olanak sağlayan, bu nedenle de kişisel veri tartışmalarına yol açan “nitelikli kamera takibi” (“*vidéosurveillance informatisée*”)<sup>298</sup> olarak ikiye ayrılır. İçerik açısından yapılan bu ayırım son derece önemlidir ve ileride de değinileceği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de

<sup>297</sup> Alexandre Flüchiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.924

<sup>298</sup> Alexandre Flüchiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.925

esas aldığı bir ölçüttür<sup>299</sup>. Zira bu yöntemle ilgili kişiyi mahrem anlarında dahi takip etmenin olanaklı olmasının yanında, kaydedilen görüntü ve seslerin yardımıyla o kişi hakkında, onun tamamen bilgisinin dışında, kişilik profilleri oluşturmak olanaklı hale gelmektedir<sup>300</sup>, dolayısıyla yukarıda değinilen “kişilik testleri” adeta farklı bir yolla yapılabilmektedir. Hatta bu ve benzeri kaygılarla, özellikle kamuya açık yerlerde, kameraların sürekli takip, kayıt yapamayacağı ve bu verilerin saklanamayacağı da ileri sürülmektedir<sup>301</sup>. Bu bağlamda örneğin Fransa’da ilgili kişilerin, en azından bir afişle, kameraların varlığından ve konulduğu yerlerden haberdar edilmeleri, kayıtlara erişim olanağı sağlanması gerekmektedir<sup>302</sup>. Belçika’da da kamuya açık alanlara güvenlik amacıyla kamera yerleştirilmesi kişilerin özel hayatına ciddi bir müdahale sayılmış ve bunun için koşulları ortaya koyan özel bir yasal düzenleme yapılması gerekmiştir (6 Ocak 2003 tarihli kanun)<sup>303</sup>.

Tüm bunlara rağmen kamera-takip sistemlerinin istenen “güvenlik” amacına ulaşmadaki etkinliği çok ciddi bir tartışma konusudur. Örneğin İsviçre’nin Cenevre kentinde toplu taşıma araçlarına konan kameraların, mala zarar verme suçlarında belli bir azalmaya yol açtığı saptanmakla birlikte görevli personele ve müşterilere yönelik şiddet eylemlerinde artış gözlemlenmektedir<sup>304</sup>. Öte yandan 1990’daki kamera sayısı 100 iken 2002’de 40.000’e 2008’de ise 4.200.000’e çıkan, dolayısıyla her 14 kişiye bir kamera düşen<sup>305</sup>, Ealing kentinde belediyenin kimlerin ne zaman çöpe ne attığını tespit etmek için çöp kutularının üstüne kamera yerleştirdiği<sup>306</sup>, İçişleri Bakanlığının 1995-2002 arasında kamera takip sistemine yaklaşık 500.000.000 £ harcadığı İngiltere ve Galler’de 2002 yılında yine bu bakanlıkça yapılan bir araştırmaya göre kamera konan 18 yerden yarısında suç oranı bir miktar düşerken yaklaşık dörtte birinde suç oranı artmış, kalanında ise hiçbir değişiklik olmamıştır. Yine 2003 ve 2005’te yapılan benzer araştırmalar da benzer sonuçları vermiştir. Ayrıca ABD’nin San Francisco kentindeki 68 kameranın da ancak hafif suçlarda etkili olduğu ağır suçlara etki etmediği, keza Fransa’da da kameraların etkili olmadığı yine araştırmalarla ortaya konmuştur ve tartışılmaktadır, zira hükümet

<sup>299</sup> Bkz. 23 Ocak 2003 tarihli Peck-İngiltere kararı; Valérie Berset Bircher, **a.g.e.**, s.595

<sup>300</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.934

<sup>301</sup> Fikret İlkiz – Duygun Yarsuvat, **a.g.e.**, s.22

<sup>302</sup> Alain Bensoussan, **Informatique et ...**, s.268

<sup>303</sup> Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.45

<sup>304</sup> Jean Ruegg – Alexandre Flückiger – Valérie November –Francisco Klauser, **Vidéosurveillance et risque dans l’espace à usage public**, Travaux CETEL, n.55, Genève, 2006, s.149

<sup>305</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.111

<sup>306</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.28

30.000 kamera daha kurmayı planlamaktadır<sup>307</sup>. Bu alandaki en kapsamlı çalışma olarak adlandırılan ve İngiliz İçişleri Bakanlığı'nın Araştırma, Geliştirme ve İstatistik Müdürlüğü'nce yayınlanan Şubat 2005 tarihli çalışmaya göre kameralar, suçluluğun azalmasını sağlamadığı gibi güvenlik duygusunu da arttırmamaktadır<sup>308</sup>. İsviçre'de 2001 yılında yapılan bir başka araştırmaya göre ise kamera-takip sistemleri eğitime ağırlık verilmesi gerektiği, özgürlüğü engellediği ve sistematik baskı yarattığı gerekçeleri ile güvenlik açısından pek gerekli görülmemektedir. Yine aynı araştırmaya göre hangi yasal güvenceler olursa olsun kameraların özgürlüklere müdahalesi “dayanılmaz” bulunmaktadır<sup>309</sup>. Zaten orantılılık ilkesi gereği de her yere kamera yerleştirmek olanaklı değildir. Yalnızca gerekli görülen yerlere, başkaca bir önlemlerle kamu düzeni korunamıyorsa bu araçlar konabilmelidir ve bu koşullara, suçu önlemenin haklı bir sebep olabileceği ancak “nezaketsizliği” (“*incivilité*”) önlemenin özgürlüklere müdahalede haklı sebep olamayacağı da eklenmelidir<sup>310</sup>.

Bütün bu eleştiri ve araştırma sonuçlarına rağmen aslında kamusal alandaki kameraların özel hayat alanını ihlal etmediği, zira hareketleri kameralar tarafından kaydedilecek kişinin bilerek ve isteyerek, kasten hareket ettiği ileri sürülmektedir. Zaten bu görüşe göre kayıttan elde edilen kişisel veriler açısından sorun, bunların elde edilmesi değil kötüye kullanılmasıdır. Hatta bir yazar bu görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: “Devletin kişisel bilgileri kullanması eleştirilebilir, benim nerede yaşadığımı bilmesi değil”<sup>311</sup>. Ancak kamusal alan – özel alan ayrımının yeterli olmaması ve günümüz İnsan Hakları ve demokrasi anlayışı içerisinde kamusal alanda özel hayat olmadığı düşüncesinin geçerli olmaması karşısında bu iddianın pek de kabul edilebilir olmadığı söylenebilir. Keza kişinin kamusal alandaki kameraları bilmesi, görüntüsünün kaydedilmesine rıza gösterdiği anlamına gelmediği gibi özel

<sup>307</sup> Noam Biale, “What Criminologists and Others Studying Cameras Have Found”, **Expert Findings on Surveillance Cameras**, [www.aclu.org](http://www.aclu.org) (Erişim: 9.1.2008), s.2-4; Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.30-31 ve s.49; Olivia Dufour, **a.g.e.**, s.3; Bugün Londra’da bir kişi günde en az 300 defa kameralara yakalanmaktadır bkz. Nicole Questiaux, **a.g.e.**, s.2959 ve David Archard, **a.g.e.**, s.24; ABD’de özel güvenlik kamerası kullanımı yaygın olmasına rağmen kamu makamlarınca özel hayat ve maliyet kaygıları nedeniyle bu yönteme pek başvurulmamaktadır bkz. Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.36-37

<sup>308</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.936

<sup>309</sup> Dominique Pecaud, “L’espace public à l’épreuve de la vidéosurveillance”, **Plus de sécurité – moins de liberté**, Groupe suisse de travail de criminologie, Zurich, 2003, s.35-37; Ancak İsveç Stockholm’de halkın % 57’si kamera sistemini desteklemektedir bkz. Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.158

<sup>310</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.938-941; Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.89 ve s.247; Ekonomik gerekçelerle özel hayat açısından daha ağır olan müdahalelere başvurabilme Alman Hukukunda haklı olarak kabul edilmezken, İsviçre Federal Mahkemesi’nce kabul edilmektedir (ATF 103a 594, 101 Ia 336-342, 114 Ia 1-X) bkz. Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.79-80

<sup>311</sup> David Archard, **a.g.e.**, s.24-25

hayatının gizliliğinin, varsa, ihlalini de ortadan kaldırmaz<sup>312</sup>. Hatta kamusal alandaki tüm faaliyetlerin kaydedilmesi, incelenmesi, kişileri sürekli takip baskısı altında tutacağı gibi kamusal alandaki hareket özgürlüğünü de kısıtlayacaktır<sup>313</sup>. Ayrıca kişisel veriler açısından yalnızca kötüye kullanma değil bizzatı kaydetme de sorun oluşturmaktadır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 135.maddesi kaydetmeyi dahi, bu anlayış dahilinde, suç olarak cezalandırmaktadır. Gerçek bir koruma için de yapılması gereken budur.

Öte yandan İngiltere'de kamera-takip sistemini insan hakları açısından çok daha, hatta orantısız biçimde, müdahaleci hale getirecek bir proje üzerinde çalışılmaktadır. Buna göre artık kameralar sokaktaki kişilerin üç boyutlu görüntülerini çektikten sonra saniyenin onda biri kadar bir sürede “anormal hareketleri” temel alarak “şüpheli yüzleri” tespit edecektir. Sistemin 2012 Londra Olimpiyat Oyunlarına kadar yetiştirilmesi hedeflenmektedir!<sup>314</sup>

Türkiye'de ise daha 1982'de İçişleri Bakanı, başta İstanbul olmak üzere öncelikle büyük şehirlerde daha sonra da tüm Türkiye'de kavşaklara kapalı devre televizyon sistemi kurulacağını açıklamıştır<sup>315</sup>. 2005 yılında İstanbul'da MOBESE sistemi kapsamında 570 kamera kurulmuştur<sup>316</sup>. Bununla birlikte 30 Ocak 2010 tarihli Resmi Gazete'de Başbakan imzası ile yayımlanan 2010/2 sayılı Genelge'nin 5.maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarında kameralarla yapılan izlemelere dikkat çekilip gözden geçirilmesi istenmiş, amaç dışında kalıp “*insan onuru ve temel kişilik haklarına aykırı şekilde kamu görevlilerinin izlenmesine imkan veren uygulamaların*” belirlenip sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylece bir yandan kameraların konulma amacı dışında (güvenlik ve kamu yararı) kullanılmaması gerektiğine işaret edilirken diğer yandan kamera ile yapılan izlemelerin, kamuya açık / kamusal alanlarda dahi yapılırsa kişinin temel haklarını, başta özel yaşamının gizliliği olmak üzere, ihlal edebileceği kabul edilmiştir. Böylece resmi bir belgede dolaylı da olsa kamusal alanda özel hayatın varlığına işaret edilmiş olmaktadır.

<sup>312</sup> Sandra Marshall, “Private Lives and Public Rules”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.39

<sup>313</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.206

<sup>314</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.45-47

<sup>315</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.32

<sup>316</sup> Fikret İlkiz – Duygun Yarsuvat, **a.g.e.**, s.20

Konunun bir başka boyutu ise halk arasında “röntgencilik” olarak bilinen “voyeurism” yani başka kişileri mahrem şekilde (çıplak veya cinsel ilişki sırasında) gizlice izlemek olarak tanımlanabilecek olgunun hem gelişen teknoloji sayesinde - örneğin kameralı taşınabilir telefonların - daha kolay hale gelmesi hem de daha ilgi çekici olmasıdır. Nitekim İnternette bu alanda yapılan bir arama 2004’te 730.000 sonuç verirken 2008’de bu sayı 2 milyonun üzerine çıkmıştır<sup>317</sup>.

## f) Konut

### aa) Konut kavramı

Konut, insan mahremiyetinin ve dolayısıyla da özel hayatının en eski ve geleneksel parçalarından biridir. Konut içindeki kişi bir yandan yaşamını kendi istediği biçimde düzenleme diğer yandan da dış müdahalelerden korunma hakkına sahiptir<sup>318</sup>. Eski Roma İmparatorluğu döneminde dahi zengin kişilerin evleri olan “domus” içinde özel hayatın bulunduğu ve mimarının buna göre yapıldığı<sup>319</sup> bilinmektedir. İngiliz Hukukunda ise çok eski bir tarihte, 1765’te, *Lord Camden* tarafından verilen bir kararda söylendiği gibi “Bir kişinin evi onun kalesidir” (“*A man’s house is his castle*”)<sup>320</sup>. Fransız Yargıtay’ı da bir konutun içinin izinsiz olarak fotoğrafının çekilmesiyle ilgili bir davada özel hayat-konut ilişkisini açıkça dile getirmiştir: “Herkesin özel hayatına saygı hakkı, yaşam alanını oluşturan yerlerin sunumunu da içerir”<sup>321</sup>. Dolayısıyla konut dokunulmazlığına saygı bağlamında bir yandan kişinin kendi “konutuna kapanma” hakkı tanınırken bir yandan da üçünü kişilerin konuta izinsiz olarak girmesi suç haline getirilmektedir<sup>322</sup>. Zaten hemen tüm hukuk düzenlerinde, özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkı son dönemde kabul

<sup>317</sup> Alisdair G. Gillespie, “Up-Skirts and Down-Blouses: Voyeurism and the Law”, **Criminal Law Review**, 2008/5, s.370-371: Yazar, “up-skirt” ve “down-blouse” kavramlarını da açıklamaktadır. Birincisi, gizli kamera ile bir kadının eteğinin altından çekim yapmayı, diğeri ise yine gizli kamerayla bir kadının bluzuna odaklanarak göğüslerini çekmeyi ifade etmektedir.

<sup>318</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.167

<sup>319</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.1, 1999, s.343

<sup>320</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.48; Richard F. Nixon, **a.g.e.**, s.35-36: Yazar, bu kararın Amerikan Hukukunu son derece etkilediğini ve konut dokunulmazlığını korumaya yönelik olarak özel hukuk ile ceza hukuku kurumlarının ortaya çıkmasına yol açtığını belirtmektedir.

<sup>321</sup> Chmabre civile 1e, 7 nov. 2006, D.2006.2952 bkz. Jean Hauser, “Chroniques”, **Revue trimestrielle de droit civil**, 2007/1, s.87-88

<sup>322</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.743; Türk Ceza Kanununda konut dokunulmazlığını ihlal suçunun (m.116) “mala karşı işlenen suçlar” değil “hürriyete karşı suçlar” bölümünde yer alması da bu açıdan son derece önemlidir.

edilen ve tanınan kavramlar olmakla birlikte, konut dokunulmazlığı çok eski tarihlere dayanmaktadır. Konutun ve dolayısıyla da içindekilerin korunması o derece önemlidir ki, örneğin ABD’de yasadışı olarak ele geçirilen (çalınan) eşyalar da aynı koruyucu kurallara tabidir<sup>323</sup>. İngiltere’deki bir davada da sanığın evine ciddi bir kaza sonrası kimliğini doğrulamak için giren kolluğun tesadüfen bulduğu uyuşturucu hukuka aykırı delil sayılmış ve yargılamada kabul edilmemiştir<sup>324</sup>.

*Araslı*, konut kavramını kısa ve öz bir biçimde “*kişinin yaşam faaliyetlerini içerisinde geçirmek için seçtiği, çevreden ayrılmış yer*” olarak tanımlamakta ve böylece kişinin iradesine üstünlük vermekte, konutun mutlaka bir bina veya üstü kapalı yer olmasını aramamaktadır. Ayrıca geçici-sürekli olmasına da önem vermemektedir<sup>325</sup>. Son derece yerinde ve gerçekçi olan bu tanım, konut-özel hayat ilişkisini ortaya koyduğu gibi kişi iradesini de ön plana çıkartarak söz konusu ilişkiyi vurgulamaktadır. Nitekim aynı tanım İspanyol Anayasa Mahkemesi’nin 17 Ocak 2002 tarihli kararında kabul edilmiş, Alman Anayasa Mahkemesi de, başkalarının bu durumu kabulü ek koşulunu da ekleyerek, benzer bir tanım yapmıştır<sup>326</sup>. Buna karşın 1966 Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 16 numaralı Açıklayıcı Notunun 5.paragrafında konut kavramının “*kişinin ikamet ettiği veya olağan meşgalesini yaptığı yer*” biçiminde anlaşılacağını belirterek<sup>327</sup> işyerini de içine alabilecek bir tanıma tercih etmiştir.

#### bb) İhlal

Konut dokunulmazlığı denince ilk akla gelen arama önlemi ve olası ihlallerdir. Çok eski zamanlardan beri hukuk sistemleri şüphelilerin yakalanması için veya delil elde etmek amacıyla konutta arama yapılmasına izin vermektedir. Elbette koşullar, zamana ve mekana göre ciddi değişiklikler göstermektedir. Örneğin Amerikan hukukunda bir yandan suçüstü halinde konutuna kaçan şüpheliyi yakalamak için delilleri yok etmesini engellemek gerekçesi ile karar olmadan konuta giren kolluğun

<sup>323</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.73-74

<sup>324</sup> Andrew Ashworth – Michelle Strange, “Criminal law and human rights in 2002”, **European Human Rights Law Review**, 2003, s.142

<sup>325</sup> Oya Araslı, **a.g.e.** s.52-53

<sup>326</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.75

<sup>327</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.65

eylemi hukuka uygun bulunurken<sup>328</sup>, diğer yandan bizatihi delil elde edip birini suçlayabilmek amacıyla arama yapılması hukuken kabul edilmemekte, suçun işlendiğine dair makul şüphe aranmaktadır<sup>329</sup>. Benzer bir anlayışın 116.maddesinde şüpheli veya sanığın aranması için makul şüphe, 117.maddesinde ise üçüncü kişiler açısından “*aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığını*” arayan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bulunduğu söylenebilir. Ayrıca Türkiye’de Almanya’daki<sup>330</sup> gibi konut dokunulmazlığının anayasal düzeyde korunduğu ve arama için yargıç kararının istendiği de belirtilmelidir. Önceki anayasalarında konut dokunulmazlığına açıkça yer veren Fransa’da da<sup>331</sup> Anayasa Konseyi 30 Aralık 1983’te verdiği 83-164 DC sayılı kararı ile konut dokunulmazlığını anayasal düzeyde bir ilke olarak tanımıştır<sup>332</sup>.

Ancak haklar arası denge tartışması burada da yer almaktadır. Örneğin Türk Ceza Yargılaması Hukukunda konutun aranması için yukarıda belirtildiği gibi bir yargıç kararı gerekse de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilmektedir (CMK m.119). Keza Fransa’da ise konutun “*özgürlüklerin en geniş biçimde yaşandığı yer olduğu*” ifade edilmekte ve fiziksel özgürlük, ifade özgürlüğü, çalışma özgürlüğü ve “*keyif*” özgürlüğünün bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda da kolluğun yetkisinin “*evin eşiğinde son bulduğu*” sonucuna ulaşılmaktadır. Kolluk ancak dışarıda da etki doğuran ve düzen, temizlik veya güvenliğe zarar veren hallerde müdahale edebilir denmektedir<sup>333</sup>. Böylece Fransa’da Türkiye’nin aksine kolluğa da konutta arama yetkisini, bazı istisnalarla birlikte, suçüstü hallerinde tanıyan bir düzenleme mevcuttur (CPP m.56)<sup>334</sup>. Hatta Fransa’da kişinin vücut bütünlüğüne karşı işlenecek bir cürüm veya cünhayı engellemek için üçüncü kişilere de konuta girme hakkı tanınmış (CP m.223-6)<sup>335</sup> ve böylece söz konusu durum konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından bir hukuka uygun sebebi haline getirilmiştir. Çok eski tarihli (1957)

<sup>328</sup> United States v. Santana (1976) bkz. Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.151

<sup>329</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.46

<sup>330</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.237

<sup>331</sup> Jean Rivero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.92

<sup>332</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.185

<sup>333</sup> Jean Riviero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.93

<sup>334</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.207

<sup>335</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.214

bir Fransız mahkeme kararında “*bir genç kızın onuru korumanın*” da hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği not edilmelidir<sup>336</sup>.

Bu alt başlıkta son olarak değinilmesi gereken konu resim hakkıdır. Kişinin haberi olmadan gizli olarak görüntüsünün çekilmesi, özel hayatıyla yakından ilgili olması nedeniyle önceki (ve hatta sonraki) bölümlerde tartışılmakla birlikte kendi isteğiyle resmini çektiği ve bunun çeşitli şekillerde kullanılmasından doğacak uyumsuzlukları içeren “resim hakkı” özel hayatın bir parçasını oluşturmayabilmektedir<sup>337</sup>. Zira bu hakkın, her ne kadar kişilikle bağlantısı olsa ve bir kişilik hakkı oluşturduğu kabul edilse<sup>338</sup> de hem özel hayat kavramının çıkış noktası olan kişinin kişiliğini geliştirmesi, insan haysiyeti gibi kavramlarla doğrudan bir ilişkisi yoktur hem de söz konusu uyumsuzluklar yalnızca sözleşmelerle, dolayısıyla da özel hukukla ilgilidir. Hatta bu farklılık özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak yazılan ilk hukuk makalesinde<sup>339</sup> dahi ortaya konmuştur. Dolayısıyla bazı hallerde özel hayatın gizliliği hakkı ile birleşebilmesi söz konusu olsa da farklı bir alanda yer alıp farklı değerleri koruyan resmi hakkının içeriği ve kimlerin bu haktan, ne koşullarda yararlanacağı, ne zaman hakkın ihlal edilmiş olacağı gibi tartışmalar<sup>340</sup> bu çalışmanın dışında bırakılmıştır.

## 2) Bazı tartışmalı gruplar açısından özel hayatın korunması

Özel hayat kavramı gerek içeriği gerekse dinamik yapısı nedeniyle bazı kişi ve gruplar açısından tartışmalara yol açmaktadır. Bu bağlamda işçilere ve genel anlamda çalışanlara (a), kişisel özgürlükleri hukuka uygun olarak kısıtlananlara (b), aile üyelerine (c), özel kişilere (d) ve tüzel kişilere değinmek gerekmektedir.

<sup>336</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.745

<sup>337</sup> William L. Prosser, **a.g.e.**, s.644

<sup>338</sup> İlgili 1969 tarihli Yargıtay kararı için bkz. Zahit İmre, **a.g.e.**, s.163

<sup>339</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.199-200

<sup>340</sup> Ayrıntı ve bu yöndeki bir ABD Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.286 vd; Jean Hauser, “Chroniques”, **Revue trimestrielle de droit civil**, 2007/3, s.571-572; Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.100; İngiltere için bkz. Cécile Bresson, **L’atteinte à la vie privée en droit français et en droit anglais**, Mémoire, Université de Paris II, 1994, s.51-52

## a) İşçiler

İşçilerin işyerindeki durumu ve işyerinde özel hayatın gizliliği hakkı olup olmadığı tartışmaları özellikle Batı Dünyasında son derece güncel bir konudur. Kamusal-özel veya özel hayat kavramı açısından profesyonel-özel ayrımının belirleyici ve keskin olamadığı günümüz dünyasında artık işçinin, mahremiyeti ve aile hayatının ötesinde iş ilişkisinde ve mesleki hayatında da özel hayatına saygı hakkı olduğu ileri sürülmekte<sup>341</sup> ve tüm “egemenliğini ve özel hayatını” çalıştığı işyerinin kapısında bıraktığı kabul edilmemektedir<sup>342</sup>. Bu bağlamda birçok ülkede genel<sup>343</sup> veya özel yasal düzenlemeler yapılırken bazılarında işçi – işveren grupları arasındaki sözleşmelerle çözümler aranmaktadır<sup>344</sup>. Bunu yaparken de neredeyse tüm Avrupa ülkelerinin taraf olduğu Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları önemli bir yol gösterici olmaktadır. Mahkeme konuyu daha çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinde korunan “özel hayata saygı” hakkı kapsamında ve bu haktan feragat<sup>345</sup> edip etmeme bağlamında değerlendirmektedir. Örneğin işçiler yapılan iş sözleşmesi ile kamera takibini kabul edebilirler ama sözleşmenin hükümleri başka anlamlara yol açmayacak biçimde açık olmalı ve yalnızca basit bir imza ile yetinilmemelidir. İşveren işçinin, uygulama konusunda özel olarak dikkatini çekmelidir<sup>346</sup>. Ayrıca AİHM’nin müdahaleye göre

<sup>341</sup> Jacques Ravanas, “Protection de la vie privée: la preuve illicite d’une relation défectueuse de travail”, **Recueil Dalloz / Chroniques-Doctrine**, 2003, s.1306; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin işyerindeki anlık öpüşmeyi işten çıkarma için geçerli sebep saymadığı kararı da aslında bu doğrultudadır bkz. [www.ntvmsnbc.com](http://www.ntvmsnbc.com) (Erişim: 14.5.2009)

<sup>342</sup> Hubert Bouchet, “Vie privée – vie salariée”, **Le 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.302; AİHM de bu görüşü işçilerin işyerinden haberleşmesini tartıştığı 25 Haziran 1997 tarihli Halford-İngiltere ve 25 Mars 1998 tarihli Kopp-İsviçre kararlarında açıkça benimsemiştir bkz. Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.17; Valérie Berset Bircher, **a.g.e.**, s.606; Benzer görüşteki bir ABD Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. K.Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.15

<sup>343</sup> İngiltere’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki hakların kamu makamlarınca korunması için çıkartılan 1998 tarihli *Human Rights Act*’a göre kamu kurumlarındaki işçilerin, işverenlerine karşı “özel hayatın gizliliği hakkı” vardır bkz. Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.850

<sup>344</sup> Belçika’da “Ulusal Çalışma Konseyi” bünyesinde 16 Haziran 1998’de imzalanan ve 20 Eylül 1998 tarihli krallık kararname ile yürürlüğe giren 68 numaralı toplu sözleşme işçilerin işyerinde kamera ile takibini düzenlemektedir; Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**, s.152; İngiltere’de de yasal düzenleme yerine daha esnek olan iç düzenleme yolu tercih edilmektedir bkz. Yves Akdeniz – John Bell, **a.g.e.**, s.160; Valérie Berset Bircher, **a.g.e.**, s.612; Yazar işçiler-işverenler ve devlet arasında üçlü görüşmeler önermektedir

<sup>345</sup> Her ne kadar öğretilerde “bir Sözleşme hakkından feragat” (“*waiver of a Convention right*”) dense de “feragat” kavramı uygun değildir. Zira söz konusu olan temel insan hakları olduğundan bir haktan feragat etmek veya bu haktan bütünüyle vazgeçmek olanaklı değildir ve de olmamalıdır. İlgili kişinin yaptığını “müdahaleye veya kısıtlamaya rıza gösterme / izin verme” olarak adlandırmak bu hakların anlamına ve koruduğu değerlere daha uygun düşmektedir. Böylece “ölçülülük kriteri” de göz önüne alınacaktır.

<sup>346</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.850

işini kabul edip etmeme şansına sahip işçilerle, müdahaleyi reddetme durumunda işini kaybetme riskiyle karşı karşıya olan işçiler arasında da bir ayırım yaptığı<sup>347</sup>, dolayısıyla gerçekçi bir yaklaşım sergilediği de eklenmelidir.

aa) Batı dünyasındaki tartışmalar

Belçika’da ancak işçilerin güvenliği, sağlığı, işyerindeki malların korunması, üretim sürecinin izlenmesi ve işçilerinin işlerinin denetlenmesi gerekçeleri ile ve ilgili amaca uygun ve orantılı olarak işyerinde kamera sistemleri kurulabilmektedir. Ayrıca önceden işçinin bu konuda bilgilendirilmesi de gerekmektedir<sup>348</sup>. Bu bilgilendirme sırasında; amaçlar, görüntülerin saklanıp saklanmayacağı, kamera sayısı, yerleri ve çalışma zamanları bildirilmek zorundadır. Aslında bu şekilde gizli kamera yasaklanmaktadır. Ama yine de Belçika Yargıtay’ı, gizli kamera ile elde edilen delillerin dosyadan çıkartılması taleplerini reddetmiştir<sup>349</sup>. İşverenin telefonları dinlemesi ise mutlak olarak yasaktır. Ancak bazı koşullar altında iletişim verilerini toplayabilmektedir<sup>350</sup>. İsviçre de Belçika’ya oldukça benzeyen bir hukuksal altyapıya ve uygulamaya sahiptir. İşçilerin davranışlarını izlemek amacıyla takip sistemlerine başvurulamaz. Bunlar ancak güvenlik, iş düzeni veya güvenliği, faturalama gibi haklı sebeplerle kullanılabilir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (ATF 130 II 425 f) sistemin kabul edilebilir olması için sonuçlara değil amaca bağlı olunması gerektiğini ve işçilerin kullandığı araçların uydu aracılığı ile sürekli takibinin hukuken uygulanabilir olamayacağını söylemiştir<sup>351</sup>. Ayrıca her ne kadar mevzuatta olmasa da işçilerin önceden tıpkı Belçika’daki gibi ayrıntılı biçimde bilgilendirilmesi gereğinin altı çizilmektedir. Ayrıca bir kötüye kullanma tespit edildiğinde konuyla ilgili araştırmaya başlandığı tüm işçilere bildirilmelidir<sup>352</sup>. Somut suç şüphesinin varlığı halinde ise işverenin istemi üzerinde olaya el koyan soruşturma makamları, gerekli takip yöntemlerine, elbette ilgili işçiye haber

<sup>347</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.851; Ancak iş arayışı içindeki bir kişi açısından da özel hayatını olası ihlallere karşı korunmanın ne kadar önemli olacağı da bir başka tartışma konusudur bkz. François Rigaux, **a.g.e.**, s.45

<sup>348</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.319; Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.188-192; Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.46

<sup>349</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.320; Ancak aksi kararlar için bkz. Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.197

<sup>350</sup> 26 Nisan 2002 tarih ve 81 sayılı toplu sözleşme bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.323

<sup>351</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.55; Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.933

<sup>352</sup> Rémy Wyler, **Droit du travail**, 2éd., Berne, 2008, s.304-308; Myriam Vacheron, **La protection des données du travailleur dans le cadre des rapports de travail de droit privé**, Mémoire de master, Université de Neuchâtel, 2006, s.61-62

vermeksizin başvurma yetkisine sahiptir ama hırsızlığı önlemek veya bastırmak amacıyla sürekli kamera takibi yapılamaz<sup>353</sup>.

Fransa’da ise İş Kanunu önce genel bir kural koyarak bireysel veya toplu haklara kısıtlama getirilebilmesi için yapılan işle uyumlu ve amaçla orantılı olması gerektiğini söylemektedir. Daha sonra ise özel olarak işyeri kameralarını düzenlemekte ve kişisel olarak bir işçi veya işçi adayıyla ilgili bilgileri toplayan bir aracın ilgiliye önceden bilgi verilmeden kullanılmayacağı kuralını koymaktadır<sup>354</sup>. Fransız Yargıtay’ı da 26 Kasım 2002 tarihli kararında işçiye bilgi verilmiş olup olmaması ayrımı yapmaksızın işverenin işçiye yönelik gizli takibini hukuka aykırı saymıştır<sup>355</sup>. Ama aynı Yargıtay’ın Ceza Dairesi 23 Temmuz 1992 ve 6 Nisan 1994 tarihli kararlarında gelirinde ciddi bir düşüş fark eden şirketin gizli kamera yerleştirebileceğini, ceza muhakemesinin mağdurun kanıt bulmasını yasaklamadığını belirterek kabul etmiştir<sup>356</sup>. Aşağıda da değinildiği gibi gizli takibin ancak kolluk görevlilerine çok sıkı koşullarla tanınmış bir yetki olduğu düşünülecek olursa söz konusu iki kararın yanlış olduğu ortaya konmuş olacaktır.

İşyeri ortamına ve verimliliğe de zarar vermeden gerekli denetimleri sağlamak açısından yapılacak kısıtlamaların “şeffaflık” ve “ölçülülük” ilkelerine uyması gerektiği öğretide de vurgulanmaktadır<sup>357</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3 Nisan 2007 tarihli Copland-İngiltere davasında da konuyla ilgili ayrıntılı bir iç düzenleme olmaksızın işçilerin izlenmesi halinde özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceğine karar vermiştir<sup>358</sup>. İngiltere’de ise işverenin, kötüye kullanma hatta cinsel taciz ve ırkçılığı engelleme amacıyla denetim yapabileceği ama bu gerekçeler olmaksızın iletilerin sistematik olarak denetlenmesinin söz konusu olamayacağı ileri sürülmektedir<sup>359</sup>. İşçinin denetimi konusundaki en ilginç örneklerden biri de ABD’den gelmiştir.

<sup>353</sup> Myriam Vacheron, **a.g.e.**, s.63-64; Sürekli takip edilen işçinin durumunun elektronik prangalı bir hükümlüden farklı olmadığı hakkında bkz. Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.167

<sup>354</sup> Agathe Lepage, “Vie privée du salarié et droit pénal”, **AJ Pénal**, 2005/1, s.11; Hubert Bouchet, **a.g.e.**, s.303; Ancak işçinin çalışmadığı yerlere konan kameralarla ilgili bilgilendirilmesi gerekmez. Bu yöndeki 2001 tarihli Fransız Yargıtay’ı kararı için bkz. Elisabeth Fortis, “La surveillance au travail”, **Gazette du Palais – Doctrine**, Septembre-Octobre 2006, s.2955-2956

<sup>355</sup> Christiane Feral-Schuhl, “Respect de la vie privée: principe de proportionnalité”, **P.II, Confidentiel Sécurité**, Novembre 2007, s.5: Yazar bu yöndeki tavsiye kararlarından da söz etmektedir; Jacques Ravanas, **a.g.e.**, s.1305

<sup>356</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.269

<sup>357</sup> Hubert Bouchet, **a.g.e.**, s.304-306; Elisabeth Fortis, **a.g.e.**, s.2955

<sup>358</sup> Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, **16e Rapport d’activité 2007**, Paris, 2008, s.104

<sup>359</sup> Yves Akdeniz – John Bell, **a.g.e.**, s.158; Aksi görüş için bkz. Elisabeth Fortis, **a.g.e.**, s.2957

Temmuz 2002 yılında yapılan ve “Sarbanes-Oxley Kanunu” olarak bilinen düzenlemeye göre ABD borsalarında kote olan şirketlere ve yabancı şubelerine, işçilerin gördükleri mali suçları bildirmelerine yarayacak bir alt yapı kurmak zorunlu kılınmıştır. Konu Fransa’da da çok tartışılmış ve 15 Eylül 2005’te “*hiçbir denetim olmaksızın yapılacak ihbarlarla çalışanların kişisel özgürlüklerinin kısıtlanma tehlikesi*” gerekçe gösteren bir mahkeme, bir ABD şirketinin Fransa’daki şubesinin bu alt yapıyı kaldırmasına karar vermiştir<sup>360</sup>.

ABD’de bir mahkeme, işverenin izni ile bir işçinin masasının aranmasını hukuka aykırı bulmuş ve masanın işçinin kullanımına özgülendiğini, dolayısıyla da yalnızca onun izin verebileceğini söylemiştir<sup>361</sup>. Belçika’da da çalışanın aranmasının ancak onun rızasıyla veya iş sözleşmesine göre yapılabileceği görüşü genel kabul görmektedir. Nitekim bir iş mahkemesi kararı da bu yöndedir. Bazı mahkemeler usulsüz aramalarda elde edilen delilleri reddedebilmektedir. Rıza yoksa polis çağırılması gerektiği de eklenmektedir<sup>362</sup>. Fransız Yargıtay’ının İş Hukuk Dairesi ise 2 Ekim 2001 tarihli “*Nikon*” ve 17 Mayıs 2005 tarihli “*Khalej*” kararları ile çıtayı daha da yükseltmiş ve pornografik veriler bulunduğu dair kuvvetli şüphe bulunsa bile işverenin, işçisi hazır bulunmadan onun kullanımına özgülenmiş bilişim araçlarındaki mesajları okuyamayacağı, sabit diskteki dosyaları açamayacağı kararını vermiştir<sup>363</sup>. Ancak “*Khalej*” kararında mahkeme, “risk” ve “özel durum” diye iki istisnayı kabul etmiş fakat açıklamamıştır<sup>364</sup>. Yine aynı daire 23 Mayıs 2007 tarihli kararında, işçinin kullanımına özgülenmiş bilişim araçlarında mesajların Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 145.maddesine göre verilecek ve hukuk davası öncesi delil elde edilmesi amaçlı tedbir kararı denebilecek bir yargıç kararı sonrasında, yine işçinin hazır bulunması koşuluyla denetlenebileceğine hükmetmiştir<sup>365</sup>. Fransız Danıştay’ı da ancak zorunlu hallerde ve kurum içi yönetmeliklerde düzenlenmiş olmak koşuluyla ve işçiye de itiraz hakkı tanımak

<sup>360</sup> Christiane Feral-Schuhl, **a.g.e.**, s.5-6

<sup>361</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.75

<sup>362</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.199-205

<sup>363</sup> Frédéric Sudre – Jean-Pierre Marguenaud – Joël Andriantsimbazovina – Adeline Gouttenoire – Michel Levinet, **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme**, 4e éd., Paris, 2007, s.411; Jean Rivero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.96; Christiane Feral-Schuhl, “Respect de la vie privée: principe de proportionalité”, **P.I, Confidentiel Sécurité**, Octobre 2007, s.5-6

<sup>364</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.196-197

<sup>365</sup> Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, **a.g.e.**, s.93; İşçinin hazır bulunmasının gerekliliği hakkında bkz. Elisabeth Fortis, **a.g.e.**, s.2957

kaydıyla eşyalarının aranabileceğine hükmetmiştir<sup>366</sup>. İsviçre’de de işçinin özel kullanımına izin verilmesi durumunda işverenin elektronik mesajların içeriğine müdahale edemeyeceği, özel kullanımın çerçevesinin ve denetim olanaklarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiği ve bir amirin, ilgili memurun haberi olmaksızın onun elektronik mesajlarını kopyalamasının özel hayatın gizliliğine karşı ağır bir ihlal olduğu belirtilmektedir<sup>367</sup>. İlgili iki mahkeme kararında da işverenin işçisinin özel mesajlarını okuması özel hayatın gizliliğini ihlal olarak kabul edilmiştir<sup>368</sup>. Hatta Federal Mahkeme, yalnızca mesaj gönderilen adreslerle mesaj gönderme/alma sıklığını, bir başka deyişle iletişim verilerini denetlemenin de ihlal olduğuna hükmetmiştir<sup>369</sup>. Bu alanda yapılan bir öneri ise mesleki mesajlarla özel mesajların birbirinden ayrılması ve birincilerin işveren açısından erişilebilir olmasıdır<sup>370</sup>. Ancak bu öneri ilk bakışta sorunu çözüyor gibi gözükse de mesajların içeriğine bakmadan ayırımın nasıl yapılabileceği ve özel mesajlar açısından korumanın mutlak olup olmayacağı cevap bekleyen iki önemli sorudur. Bu bağlamda işyerlerinde çalışanlara iki e-mail adresi verilmesi veya çalışanların kendi kişisel e-mail adreslerine işyerinden denetimsiz ulaşım sağlamakla birlikte işyerindeki e-mail adreslerinin denetime açık olduğunun önceden bildirilmek koşuluyla denetlenmesi uygun bir çözüm olabilmektedir<sup>371</sup>.

İşçilerin işveren tarafından dinlenmesi konusunda ise Paris İstinaf Mahkemesi 19 Mart 2002 tarihli bir kararında, işçinin mesleki görüşmelerinin yanında özel görüşmelerinin de dinlenmesi amacını taşıdığı ve bu sonuca da yol açtığı için işçinin odasına mikrofon yerleştirilmesini özel hayata saldırı olarak kabul etmiştir<sup>372</sup>. Keza Fransız Yargıtay’ı İş Hukuku Dairesi 20 Kasım 1991 tarihli kararında ne sebeple olursa olsun (somut olayda bir hırsızlık suçlaması vardır) işçinin, bilgisi dışında, işverence görüntülerinin ve sesinin kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş ve bu verileri delil olarak kabul etmemiştir<sup>373</sup>. Hatta Bayonne Asliye Ceza

<sup>366</sup> 11 Temmuz 1990 tarihli Girffine-Maréchal kararı bkz. Valérie Berset Bircher, **a.g.e.**, s.597

<sup>367</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.308 ve s.311; Ancak İsviçre’de Anayasa’da haberleşmenin gizliliğini koruyan 13.maddenin “yatay etkisinin” olup olmadığı tartışmaları bir kenara bırakılacak olursa işyerinde İnternet kullanımı ile ilgili genel bir düzenleme bulunmadığı, yalnızca Fribourg, Zug ve Luzern Kantonlarının düzenleme yaptığı hatırlatılmalıdır bkz. Myriam Vacheron, **a.g.e.**, s.66-67

<sup>368</sup> Myriam Vacheron, **a.g.e.**, s.72

<sup>369</sup> ATF 126 I 50 ve ATF 130 III 28 bkz. Valérie Berset Bricher, **a.g.e.**, s.609

<sup>370</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.183

<sup>371</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.324

<sup>372</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.198; Benzer bir başka Fransız mahkeme kararı için bkz. André Roux, **a.g.e.**, s. 114

<sup>373</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s. 268

Mahkemesi, üç yaşındaki oğluna bakan bebek bakıcısının kötü muamelesini görüntülemek için kendi evine gizli kamera yerleştiren ve bu sırada bakıcı ile erkek arkadaşının cinsel ilişkisini kaydeden babayı “özel yerdeki görüntülerin ele geçirilmesi” suçundan 25 Nisan 2002 tarih ve 636/2002 sayılı kararı ile mahkum etmiştir<sup>374</sup>.

Grenoble İstinaf Mahkemesi de 11 Ekim 1996 tarihli kararı ile habersizce işçilerinin telefonlarını dinleyen işvereni suçlu bulmuştur<sup>375</sup>. Yine Fransız Yargıtay’ı 8 Aralık 1983 tarihli kararı ile işçinin işyerindeki telefonu kullanarak “*iletişiminin mahrem karakterinden feragat etmediğini*” belirterek Fransız Ceza Kanunu’ndaki “özel yerdeki görüntülerin ele geçirilmesi” suçu bakımından büroyu “özel yer” (“*lieu privé*”) saymıştır<sup>376</sup>. Öte yandan İş Hukuku Dairesi, 15 Mayıs 2001 tarihli kararında “ölçülülük ilkesi” uyarınca işverenin işçinin aradığı telefon numaralarının sekiz rakamının ilk dördünü belirleme hakkı olduğuna hükmetmiştir<sup>377</sup>. İsviçre’de ise genel bir düzenleme olan ve ticari işler çerçevesinde yapılan işlemlerle ilgili telefon görüşmelerinin konuşmanın bir tarafınca ya da abone tarafından kaydedilmesine izin veren 179quinquies maddesi uyarınca işçinin telefonlarının dinlenebileceği ileri sürülmektedir<sup>378</sup>. Ancak bu ülkede işveren tarafından açık bir yasaklama olmadıkça işçinin işyeri telefonlarını özel görüşmeleri için de kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>379</sup>.

Belçika’daki iki mahkeme kararında bir ayırım yapılmış ve iletişimin içeriğine müdahale edilmediği için ilgili GSM şirketinden iletişim zamanları, süreleri ve aranan kişilerle ilgili bilgi alınması hukuka uygun sayılmıştır<sup>380</sup>. Ancak içerik denetimi için işçinin önceden kişisel rızasının alınması gerektiği, acil durumlarda ise işverenin elde edilecek delilin yasallığının mahkemece tartışılacak olması riskini

<sup>374</sup> Cédric Manara, “La vidéosurveillance à portée de tous les yeux”, **Petites Affiches**, 2003/51, s.19-20

<sup>375</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.426

<sup>376</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.111; Suçun ayrıntılı incelemesi için bkz. s.165 vd.; Ama işçiye telefon görüşmelerinin kaydedildiği önceden bildirilmiş ise elde edilen bilgilerin hukuka aykırı delil olmadığı hakkındaki Fransız Yargıtay kararı için bkz. Christiane Feral-Schuhl, “Respect de la vie privée: principe de transparence”, **Confidnetiel Sécurité**, Septembre 2007, s.6

<sup>377</sup> Elisabeth Fortis, **a.g.e.**, s.2956

<sup>378</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.306

<sup>379</sup> Valérie Berset Bircher, **a.g.e.**, s.608

<sup>380</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.174: Yazarlar, bu denetimlerde yasallık, ölçülülük ve haklı sebep ölçütlerine uyulması gerektiğini de hatırlatmaktadır (s.175)

üstlenmek kaydıyla doğrudan denetim yoluna başvurabileceği söylenmektedir<sup>381</sup>. Bir Avustralya mahkemesi ise işçilerin iş sırasında iletişiminin özel hayatın gizliliği kapsamına girmediği, dolayısıyla işverenin dinlemesine karşı korunmadığına yönelik kararı ile (R v. Evans 1999 152 FLR 352) bu alandaki korumayı bütünüyle kaldırmıştır<sup>382</sup>. Telefon hatlarının işverene ait olduğu gerekçesine dayanan Belçika'daki iki iş mahkemesi de aynı sonuca ulaşmıştır<sup>383</sup>. Keza İngiltere'de de işyerindeki tüm araçların mülkiyetinin işverene ait olduğu gerekçesiyle işverenin tüm araçlara erişim hakkı olduğu ve işçinin aradığı tüm telefon numaralarını da tam olarak bilmek hakkına sahip olduğu belirtilmektedir<sup>384</sup>. Aslında İngiltere'de özel hayatın gizliliği hakkının bağımsız olmadığı ve daha çok mülkiyet hakkının bir türevi olarak kabul edildiği göz önüne alındığı zaman mülkiyet gerekçeli bu sonuç, kendi koşullarında, haklı görülmelidir. Ama bu ülkede de telefonların karar olmadan dinlenmeyeceği, işverenin denetim için suçla mücadele gibi haklı bir sebebe dayanması, bu konuda ölçülü davranması, işçileri bilgilendirmesi ve onlara özel konuşmalarını yapabilme olanağı sağlaması gerektiği, kısacası özel hayatına saygı göstermekle yükümlü olduğu<sup>385</sup> hatırlatılmalıdır.

#### bb) İşçiler ve kişisel verilerin korunması

İşçilerin özel hayatının gizliliğinin korunması açısından tartışmalı bir diğer konu da kişisel verilerdir. Zira iş ilişkisi gereği işçinin birçok verisi işveren tarafından alınmakta ve saklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de işçilere yönelik güvenlik kontrollerinde kişisel verilerin toplanabileceğini bunun da 8.madde anlamında ihlale neden olabileceğini belirtmiştir<sup>386</sup>. Nitekim birçok büyük şirkette yalnızca bazı yöneticilere açık olan, işçilerle ilgili dosyalar tutulmakta ve bunların ilgili kişinin evlilik hayatı, cinsel yaşamı gibi özel hayatına giren konularda da bilgiler içerdiği hatta bazı saptamaların hakaretimiz olabildiği iddia edilmektedir<sup>387</sup>. Bu bağlamda genel olarak konan kural ancak işçinin işini yerine getirmesiyle ilgili

<sup>381</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.185

<sup>382</sup> Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**, s.142 ve s.150

<sup>383</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.176

<sup>384</sup> Elisabeth Fortis, **a.g.e.**, s.2957

<sup>385</sup> Yves Akdeniz – John Bell, **a.g.e.**, s.159

<sup>386</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.852

<sup>387</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.171; ABD'de bazı sigorta şirketlerinden işçilerinin sağlık durumu hakkında bilgi alan işverenlerin gelecekle ilgili planlar yapması hakkında bkz. Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.144

olan veya iş sözleşmesinin ifası için gerekli olan verilerin toplanabileceğidir<sup>388</sup>. Ayrıca bu konuda Batı ülkelerindeki kişisel verileri korumakla görevli resmi makamlar/kurumlar tavsiye kararları çıkarmaktadır, hatta bazı ülkeler, işyerinde bağımsız bir veri danışmanının bulunması zorunlu kılmaktadır<sup>389</sup>. Örneğin Belçika’da veriler işlenmeden önce başta veri işleyenle ilgili bilgiler olmak üzere, veri işlemenin amacı, pazarlama amaçlı işlemeye karşı çıkma hakkı, erişim ve düzeltme hakkı konusunda işveren işçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Bunun yanında “Özel Hayatı Koruma Komisyonunu” da bilgilendirmelidir<sup>390</sup>. Ayrıca alınan ve saklanan bu verilerin korunması, ifşa edilmemesi de önemlidir. Nitekim İspanya’da 15 Ocak 2010’da, işyerindeki işçilerin işe gelmedikleri günlerde bu durumu ve gelmeme durumlarını liste halinde ilan eden bir şirkete veri gizliliğini ihlal ettiği gerekçesi ile 6000 Euro para cezası kesilmiştir<sup>391</sup>.

Öte yandan söz konusu verilerle ilgili olarak işe alınma veya iş sırasında işçiye yöneltilen sorular ve işçilere yönelik alkol-uyuşturucu testleri de özel hayatın gizliliği ile bağlantılı sorunlardır. Öncelikle işveren ancak işle bağlantılı soruları işçi adayına sorabilir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi yalnızca iş ilişkisini doğrudan etkileyebilmesi durumunda hamilelikle ilgili soru sorulabileceğini kabul etmiştir (ATF 122 V 267)<sup>392</sup>. Ancak aynı mahkeme sendikal bağ ile ilgili soruyu, kural olarak, reddetmiştir. Öte yandan İsviçre öğretisi sorulan sorunun özel hayata dair olması halinde adayın reddetme ve cevap vermeme hakkı konusunda oybirliği içinde olmasına rağmen “meşru savunma halinde yalan söyleme hakkı” (“*Notwehrrecht der Lüge*”) konusunda bölünmüştür. Buna göre özel hayata dair bir soruya karşı aday yalan söyleyebilir<sup>393</sup>. Türk Hukuku açısından durumu ele alacak olursak iş görüşmesi sırasında yalan söylemek ceza hukuku açısından bir sonuç doğurmaz. Çünkü bir an için düşünülebilecek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 158.maddesinde düzenlenmiş olan “dolandırıcılık” suçu söz konusu olamayacaktır, zira soyut yalanın

<sup>388</sup> Örneğin işçinin geçmiş iş tecrübesi ve eğitim ile ilgili bilgi toplanabilirken medeni hali veya cinsel eğilimleri hakkında bilgi edinilemez bkz. Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.200

<sup>389</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.332-335; Ayrıca İsviçre’de kişisel veri kayıtlarına ulaşımı engellenen işçinin yargıca başvuru hakkıyla ilgili olarak bkz. s.335

<sup>390</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.69-70

<sup>391</sup> **International Data Protection Enforcement Bulletin**, May 2010

<sup>392</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.314

<sup>393</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.315; Buna karşılık ABD’de 1988 tarihli “*Employee Polygraph Protection Act*” adlı yasa çıkana kadar yalan makinesi testlerinin gerek işçi adayları gerekse halihazırdaki işçileri değerlendirmek ve “dürüst” olanları belirlemek için işverenlerce en çok başvurulan yollardan biri olduğu unutulmamalıdır bkz. Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.188-189

tek başına hile olmadığı genel olarak öğretilerde kabul edilen bir görüşür<sup>394</sup>. Bu bağlamda aynı kanunun 25.maddesindeki “meşru savunma ve zorunluluk hali” başlıklı düzenlemenin ilk fıkrası değil bir özel hukuk ilişkisi söz konusu olduğu için 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 52.maddesi (6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun 63.maddesi) uygulanabilir. Ancak herhalde sorulan sorulara doğru cevap vermesi halinde özel hayatının gizliliği ihlal edilecek olan ve böylece Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesi anlamında mağdur olacak olan bir kişinin suç dahi oluşturmayan bir eylemle savunmada bulunması meşru savunmanın “gerçekleşen / gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı” ve buna karşılık “orantılı biçimde defetme” koşullarını karşıladığı kabul edilmelidir. Ayrıca meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğundan hareketle, bir hukuka uygunluk sebebinin eylemi bütün hukuka uygun hale getirdiği düşünülecek olursa<sup>395</sup> söylenen yalanın işçi adayı için gelecekte de herhangi bir hukuki veya cezai sorumluluk doğurmayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

Yine bu alanda işçiler açısından diğer önemli bir nokta da alkol ve uyuşturucu bağımlılığı testidir. Kural olarak sistematik biçimde bu testlerin yapılması ve verilerin kaydedilmesinin kişisel verilerin korunması kurallarını ihlal ettiği ve yerleşik kurallara aykırı olduğu kabul edilmektedir<sup>396</sup>. Ancak silah taşımamanın, konsantrasyon ve dengenin mutlak gerekli olduğu mesleklerde veya işin yapılabilmesi için zorunlu olan durumlarda bu testlerin de gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Hatta güvenlik ve çalışma gereksiniminin işverence ortaya konması halinde soyut ve sistematik (!) denetim de yapılabileceği eklenmektedir<sup>397</sup>. Ancak bu görüşün bütün güvenceyi kaldırdığı ve sistemi korumasız bıraktığı açıktır.

#### cc) İşyerindeki korunmaya ilişkin öneriler

Çözüm önerisi olarak *Diop* şöyle bir yaklaşım sergilemektedir: Kameraların ve telefon dinlemelerin gerek güvenlik gerekse iş etkinliği açısından önemini kabul etmekle birlikte özel hayat açısından bir dengenin sağlanması gereklidir. Öncelikle

<sup>394</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul, 2007, s.455

<sup>395</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 12.Baskı, İstanbul, 1999, s.9

<sup>396</sup> Buna karşılık kişisel veri mevzuatının iş ilişkisine uygulanmadığı Avustralya’da açık düzenlemeler olmadığı için işçinin rızası veya iş sözleşmesi hükümlerine göre böyle testlerin uygulanabileceği savunulmaktadır: Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**, s.149 ve s.153

<sup>397</sup> Rémy Wyler, **a.g.e.**, s.309-311

uygulamalar var olan mevzuata uygun olmalıdır. Ayrıca ilgililerin katılımı sağlanmalı ve uzlaşma yoluyla bulunacak çözümler desteklenmelidir. İşyerinde özel hayatla ilgili önemler alınmalı, işçilerin fiziksel ve psikolojik sorunlara yaşaması ya da haysiyetlerinin zedelenmesi engellenmelidir. Son olarak da işçinin özerkliğini öngören denetim sistemleri yeğlenmelidir<sup>398</sup>.

Kişisel verilerin korunması açısından yine aynı yazar tarafından yapılan öneri toplanan kişisel verilerin yalnızca toplanma amacına, hukuka ve iyi niyet kurallarına uygun kullanılması ve ayrımcılık nedeni olmamasıdır. Ayrıca testlerin yalnızca gerektiği hallerde etik ve hukuksal kurallar çerçevesinde yapılmasıdır (örneğin, yazar her işe başvurandan AIDS testi istenemeyeceğini haklı olarak söylemektedir)<sup>399</sup>.

Sonuç olarak ilk başta kabul edilmesi gereken işçinin özel hayatının işyerinde bitmediği ve işyerinde de saygı duyulması ve korunması gereken bir özel hayatın gizliliği hakkı bulunduğudır. Zira işçi de bir gerçek kişi olarak kişiliği ile yakından bağlantılı bu hakkının korunmasını isteyebilir. İkincisi aradaki iş ilişkisi ve bundan doğan karşılıklı yükümlülükler ve de işverenin işçiyi denetim hakkı dikkate alınacak olursa işyeri güvenliği ve işin gereğince yapılabilmesi açısından işverenin bazı önlemlere başvurması hukuken kabul edilebilir. Bunun için genel uygulama yasallık ve rıza temeline dayanmaktadır. Şurası açıktır ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. ve devamı maddelerinde açıkça korunan özel hayatın gizliliği tartışmasız bir temel haktır. Dolayısıyla aynı anayasanın 13.maddesi gereğince mutlaka bir kanun ile sınırlandırılması gerekir. Zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin genel yapısı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir. İşçinin rızasına da kuşkuyla yaklaşılmalıdır<sup>400</sup>. Zira belli istemleri kabul etmemesi halinde işini kaybetmekle veya iş koşullarında kötüleşmeye katlanmakla, her ne kadar hukuki olmasa da, karşı karşıya kalabilir. Bu nedenle yasal düzenleme ile koşullar açıkça konmalıdır. Hırsızlık veya güveni kötüye kullanma gibi bir suç şüphesi halinde olağan usullere başvurularak kolluk güçlerine haber verilmeli ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre işlem yapılmalıdır. İşçi hiçbir şekilde işveren tarafından

<sup>398</sup> Asson Diop, "Vie au travail et protection de la vie privée: pour un travail décent dans une société d'information", **La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.272

<sup>399</sup> Asson Diop, **a.g.e.**, s.273

<sup>400</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.108

zorla aranamaz<sup>401</sup>. Ancak x ray cihazı veya kolluğa haber verilmesi yerine işçinin çantasını, eşyalarını, kendi rızası ile göstermesi kabul edilebilir. Dolayısıyla yalnızca karşılıklı rıza ve iş sözleşmesine dayanma düşüncesi gerek işçi-işveren arasındaki kaçınılmaz eşitsizlik ve gerekse de Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukukuna egemen olan “yasallık ilkesi” uyarınca yetersizdir. Ayrıntılı bir yasal düzenlemenin gerekliliği açıktır.

Bunun yanında alınacak önlemlerin işle doğrudan ilgili ve ölçülü olması gereklidir<sup>402</sup>. Örneğin işe alınırken işçi adayına, çok seyahat edilmesi gereken bir iş olması nedeniyle evli olup olmadığı hatta çocuğunun olup olmadığı sorulabilir. Ancak bir işçi adayına hiçbir şekilde çocuk yapmayı düşünüp düşünmediği veya ne zaman yapmayı düşündüğü gibi sorular sorulamaz. Keza işçi adayının gizli alanına da hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin adayın hayalleri, fantezileri veya inançları görüşmede kesinlikle sorgulanamaz. Aksi halde adayın yalan söylemesi yukarıda açıklandığı gibi meşru savunma olur ve aday açısından hukuki veya cezai sorumluluk doğurmaz. Ayrıca işçilerin her gün aranması da ölçüsüz, dolayısıyla da kabul edilemez bir önlem olacaktır. Kişisel verilerin toplanıp işlenmesi açısından da aynı koşullar geçerli olmalıdır.

Ek olarak önlemler hakkında işçilere önceden bilgi verilmelidir. Örneğin güvenlik kameralarının yeri, sayısı, nasıl kayıt yaptığı bildirilmelidir. Keza işin niteliği ve işleyişi gereği işyerinden yapılan telefon görüşmelerinin veya elektronik posta gönderilerinin denetlenmesi gerekiyor ise öncelikle işçilere ayrıntılı ön bildirim yapıldıktan sonra bunların doğrudan dinlenmesi/okunması yerine kaydedilip belirli bir süre saklandıktan sonra silinmesi ölçülü bir müdahale olacaktır<sup>403</sup>. Aranan numaraların ve görüşme sürelerinin tespiti açısından da aynı uygulama yapılabilir. Elektronik postalara yapılacak bir ek veya telefon görüşmelerinde bir ön mesaj ile iletişimin karşı tarafının da uyarılması gerektiği<sup>404</sup> belirtilmektedir. Ancak gizli izleme hiçbir biçimde hukuka uygun olamayacaktır. Zira gerek iletişimin

<sup>401</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.221

<sup>402</sup> İsviçre’de bir “Aquapark”taki boğulma olayında kameranın olmamasını taksirle ölüme sebebiyet suçuna gerekçe olarak gören 10 Kasım 2004 tarihli Federal Mahkeme kararı için bkz. Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.73; İşle doğrudan etkilemeyen özel hayat olaylarının işten çıkarma sebebi olamayacağı hakkındaki Fransız içtihadı için bkz. Agathe Lepage, **a.g.e.**, s.12-13

<sup>403</sup> Fransa’daki aksi görüş için bkz. Christiane Feral-Schuhl, **P.I.**, s.5

<sup>404</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.202; Uyarının yeterli olmadığı mutlaka işçinin rızasının alınması gerektiğine yönelik Belçika Özel Hayatı Koruma Komisyonu tavsiye kararı için bkz. Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.177

denetlenmesi gerekse gizli takip açısından başta Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere belirli birkaç kanun tarafından<sup>405</sup>, sınırlı bir alanda ve sıkı koşullarla, yalnızca kolluk görevlilerine verilmiş bir yetki bulunmaktadır. Bunu işverene, istisnai de olsa, tanımak, onu kamu makamlarında da olmayan bir yetkiyle donatmak olur ki<sup>406</sup>, hem gizli önleme karşı denetimin fiili olanaksızlığı hem de özel hayatın gizliliğine yönelik ölçsüz ve ağır müdahale dikkate alındığında söz konusu uygulamanın hukuka aykırılığı görülecektir. Aksi davranış suç oluşturabilecektir. Nitekim İzmir’de bir işyerindeki işçilerin, kameralar vasıtasıyla habersizce dinlediklerine dair sendikanın şikayeti üzerine konuyu inceleyen İl İnsan Hakları Kurulu da böyle bir uygulamanın ancak ilgili mevzuata uygun olarak yargıç kararı ile olabileceğini belirtmiştir<sup>407</sup>.

#### b) Kişisel özgürlükleri kanun gereği kısıtlananlar

##### aa) Genel olarak

Bu gruba başta hükümlüler ve bir soruşturma kapsamında gözaltına alınanlar ile soruşturma veya kovuşturma sırasında tutuklananlar olmak üzere, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’na 5681 sayılı kanun ile eklenen 4/A maddesi uyarınca durdurulup kimlik sorulan kişilerle<sup>408</sup>, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 23.maddesi uyarınca sınırdışı öncesi belli bir yerde ikamet etmeye zorunlu tutulan kişiler girmektedir. Kişisel özgürlükleri kısıtlanan bu kişiler, tüm bu süreç boyunca resmi makamların gözetim ve denetimi altındadır. Durumu uzun zaman boyunca tartışılan bu grupla ilgili olmak üzere, kişisel veriler açısından bir İngiliz mahkemesi, 1995 yılında verdiği bir kararda gözaltındaki kişi ile polis memuru arasında bir gizlilik yükümlülüğü bulunduğunu ve fotoğrafın “kamusal olay / vaka” olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek gözaltındaki kişi açısından özel hayatın gizliliği hakkını kabul etmiş ama suçun

<sup>405</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.135 vd., 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ek m.7, 2809 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkiler Kanunu ek m.5, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.6

<sup>406</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.205 ve s.209

<sup>407</sup> “Personele güvenlik kamerasıyla dinleme” Milliyet Gazetesi (7.10.2009)

<sup>408</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülşah Kurt Yücekul – Güçlü Akyürek, “PVSİK’da 5681 sayılı kanunla yapılan değişiklikler”, **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1, İstanbul, s.168-179

önlenmesine yönelik kamu yararını da bir hukuka uygunluk sebebi saymıştır<sup>409</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de benzer bir yaklaşım sergilediği 6 Temmuz 1983 tarihli kararında şüphelinin fotoğrafının çekilip parmak izinin alınmasını özel hayata müdahale olarak saymış ancak ilgilinin kimlik tespiti için gerekli olması kaydıyla kabul etmiştir<sup>410</sup>. Öte yandan Paris Asliye Mahkemesi de 23 Ekim 1986 tarihli bir kararında Fransız Ceza Kanunu'ndaki "özel yerdeki görüntülerin ele geçirilmesi" suçu bakımından cezaevini "özel yer" saymıştır<sup>411</sup>. Bir hükümlünün kişisel verileri açısından gizlilik yükümlülüğü ile ilgili olarak bu kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı yıl verdiği kararında, bir hükümlünün HIV virüsü taşıdığı bilgisinin yalnızca onunla muhatap olan cezaevi personeline açıklanmasını, gizlilik kurallarının bulunmasını da dikkate alarak "başkalarının çıkarları için" haklı bulmuştur<sup>412</sup>. Öte yandan kişisel verilerin elde edilmesi ve saklanması, dolayısıyla da özel hayatın gizliliği açısından önemli bir uygulama olan idrar tahlilleri, İskoçya ve Hollanda ile İsviçre'nin Vaud kantonundaki hükümlülere yapılabilmektedir<sup>413</sup>. Hatta ABD, İngiltere, Kanada ve Avustralya'da bütün hükümlülerin ulusal düzeyde DNA veritabanı oluşturulmaktadır<sup>414</sup>. Türkiye'de ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 23 ve devamı maddeleri ile 78.maddesinde hükümlülerinin özel hayatlarına, özellikle sağlık durumlarına ilişkin verilerin toplanması ve saklanması düzenlenmekle birlikte koruma ile ilgili doğrudan bir hüküm sevk edilmemiştir. Ancak hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeleri sayan 5.maddede "insan onurunun korunması" ve karşıt anlamından da olsa "Anayasa'daki diğer hakların" korunması sözleri hükümlülerin özel hayatlarına dair verilerin korunması konusunda yol gösterici olabilecektir.

<sup>409</sup> Hellwell v. The Chief Constable of Derbyshire (1995 I WLR 804) bkz. Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.799; Fransa'da 1872 tarihine kadar kimlik tespiti amacıyla hükümlülerin fotoğrafının çekilmesi "yasada öngörülmemiş bir ağırlaştırıcı sebep" olduğu gerekçesiyle kabul edilmezken Paris Komünü'nden sonra zorunlu hale gelmiştir bkz. Armand Mattelart, **a.g.e.**, s.22

<sup>410</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **La Convention européenne des droits de l'homme**, Bruxelles, 1990, s.540; Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.931

<sup>411</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.110

<sup>412</sup> TV-Finlandiya kararı bkz. Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.837; AİHM'nin hücredeki hükümlünün sesinin eşleştirme için kaydını da kişisel veri dolayısıyla özel hayata saygı hakkına müdahale saydığı 28 Ocak 2003 tarihli P.G. ve J. H. – İngiltere kararı için bkz. Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.22 ve Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, s.169; Kararların tam metni için [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>413</sup> Martine Herzog-Evans, **L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé**, Paris, 2000, s.82

<sup>414</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.23

## bb) İletişimin denetlenmesi

Bu kişiler açısından diğer bir konu ise haberleşmenin denetlenmesi ve dolayısıyla da kısıtlanmasıdır. Mektupların okunması açısından çok çeşitli sistemler benimsenmiştir. Genellikle mektuplar denetlenmekle birlikte, Arnavutluk, Slovenya, İspanya ve Danimarka’da işlem sırasında hükümlü hazır bulunmaktadır. Belçika’da ise bizzat cezaevi müdürü denetim işlemini gerçekleştirmektedir. İngiltere’de özellikle yüksek güvenlikli cezaevlerinde denetim adeta rutin bir hal almışken, İtalya’da yargıç veya savcının kararı gerekmektedir<sup>415</sup>. Fransa’da da hükümlü (veya tutuklu) hem gelen hem de ondan giden mektuplar düzenli olarak, güvenlik gerekçesiyle, belirli birkaç istisna dışında denetlenmektedir, ancak yargıç istisnaları kaldırabilme yetkisine sahiptir<sup>416</sup>. İsviçre’de Federal Mahkeme haberleşmenin denetimini ciddi biçimde güçleştirmesi halinde niceliksel kısıtlama getirilebileceğine ancak hükümlünün haklı gerekçeleri varsa cezaevi yönetiminin uygun önlemleri alması gerektiğine karar vermiştir (ATF 118 Ia 64, 12 Şubat 1992). Yine aynı mahkeme, denetim sırasında mektubu getirmekten sorumlu olan görevlinin içeriği öğrenmemesi gerektiğini, aksine uygulamanın kişisel özgürlüğe haksız bir müdahale yani ihlal anlamı taşıyacağını belirterek (ATF 107 Ia 148, 21 Ekim 1981) aslında ölçülülük ilkesini de vurgulamıştır.

Telefonların dinlenmesi ise Avusturya, Fransa, İsviçre, İtalya, Kuzey İrlanda, Macaristan ve Ukrayna gibi ülkelerde sistematik bir hal almışken; Danimarka’da yalnızca güvenlik, iç düzen veya suçun önlenmesi gerekçeleriyle, Finlandiya’da da yine yalnızca suçların önlenmesi gerekçesiyle yapılabilmektedir. İngiltere’de cezaevi müdürünün emri ile “tehlikeli hükümlüler” dinlenebilmektedir. Ayrıca yine bu ülkede kaçma riski taşıyan hükümlülerin telefon görüşmeleri dinlenmekte ve kaydedilmektedir. Almanya’da ise açık cezaevindekiler dinlenmemektedir. Danimarka, Finlandiya, İzlanda ve Slovenya gibi ülkelerde hükümlüye ve/veya karşısındaki kişiye dinlemeyle ilgili ön bilgi verilmektedir<sup>417</sup>. Fransa’da da sistem 2007 yılında yeniden düzenlenerek kural olarak hükümlülerin telefon görüşmeleri dinlenip, kaydedilip gerektiğinde de kesilebilir hale getirilmiş olmakla birlikte bu

<sup>415</sup> Martine Herzog-Evans, **a.g.e.**, s.42-48; Avukat ile hükümlü arasında görüşmelerin istisna edildiği ülkeler için bkz. s.48

<sup>416</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.213-214; Jean Rivero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.95

<sup>417</sup> Martine Herzog-Evans, **a.g.e.**, s.71-76

konuda kendisine ve karşısındakine önceden bilgi verilmektedir. Kayıtlar da üç ay sonunda silinmektedir<sup>418</sup>. Öte yandan İspanyol Anayasa Mahkemesi, hükümlülerin haberleşmesinin denetlenebilmesi için 188/1999 sayılı kararında üç aşamalı bir sistem benimsemiştir. Buna göre öncelikle gerekçeli bir düzenleme kabul edilmeli ve bu düzenleme cezaevinde ilan edilmelidir. Daha sonra da denetim, ceza infaz yargıcına bildirilmelidir<sup>419</sup>. Türkiye’de ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 68.maddesine göre hükümlünün gönderdiği mektup, faks ve telgraflar, savunma için avukatına gönderdikleri ile resmi makamlara gönderdikleri hariç olmak üzere, varsa, mektup okuma komisyonu, yoksa, kurumun en üst amirince denetlenir. Aynı kanunun 66.maddesine göre hükümlünün telefon görüşmeleri dinlenir ve kayıt altına alınır.

#### cc) Arama

Arama güvenlik gerekçesiyle uygulanan bir önlem olmakla birlikte yine de kişilerin özel hayat alanına saygı gösterilmesi, mallarının korunması ve ölçülü hareket edilmesini isteme hakları bulunduğu; yapılacak aramaların objektif ve makul gerekçesiyle yasal altyapısının olması gerektiğinin altı çizilmektedir<sup>420</sup>. Uygulamada ise hemen her ülkede sistematik olarak arama yapılmaktadır. Ancak Arnavutluk’ta hükümlülerden tamamen soyunmaları istenmemektedir. İngiltere, İskoçya ve Fransa’da elle arama yapılırken, Slovenya’da metal detektörü kullanılmaktadır. Aramalar çoğu ülkede ceza infaz görevlileri tarafından yerine getirilmekte, ancak Arnavutluk’ta polis memurları, Romanya’da ise askerler kullanılmaktadır. Aramaya direnme halinde ise Fransa, İngiltere ve Kuzey İrlanda’da görevliler güç kullanabilmekte, hatta Fransa’da disiplin cezası uygulanabilmektedir<sup>421</sup>. Türkiye’de hükümlülerin aranması konusunda 5275 sayılı kanunun 36.maddesi uygulanır ve buna göre en az ayda bir defa olmak üzere hükümlülerin üstü ve eşyaları haber vermeksizin her zaman aranabilir. Ziyaretçiler ise farklı işlemlere tabi tutulabilmektedir. Almanya, Hollanda ve Kuzey İrlanda’da elbiseler, Macaristan’da ise elbise ve çantaların aranması öngörülmektedir. ABD,

<sup>418</sup> Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, **a.g.e.**, s.81

<sup>419</sup> Luis Escobar De La Serna – Salustiano Del Campo Urbano, **a.g.e.**, s.171

<sup>420</sup> Jean Detienne, “Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge”, **Revue pénitentiaire et de droit pénal**, 2003/3, s.534

<sup>421</sup> Martine Herzog-Evans, **a.g.e.**, s.80-101; Ayrıca yine özel hayatla bağlantısı olması bakımından çeşitli ülkelerdeki hükümlülerin kişisel banyo-tuvalet olanak(sızlık)ları için bkz. s.109-113

Avusturya, Danimarka, İngiltere ve Polonya’da ise ziyaretçilerin tamamen aranması öngörülmekte fakat sistematik olarak uygulanmamaktadır. Çek Cumhuriyeti, İsveç, Lüksemburg, Norveç ve Romanya gibi ziyaretçilerin aranmadığı, Belçika ve Slovenya gibi metal detektörü kullanıldığı örnekler de vardır. Fransa’da ise metal detektörü, el detektörü ve son olarak tamamen soyunma veya ziyaretten vazgeçme gibi aşamalı bir uygulama vardır<sup>422</sup>. Türkiye’de 5275 sayılı kanunun 86.maddesine göre ziyaretçiler metal detektörü, x-ray cihazı ve şüphe halinde elle aranmaktadır. Aramada insan onurunu esas kılan 7.fikranın ise tamamen soyarak aramayı olanaksız kıldığı kabul edilmelidir.

Özellikle son yıllarda gelişen teknoloji ile uygulanmaya başlayan bir yöntem olarak “elektronik pranga” da hükümlülerin özel hayatı açısından son derece hassas bir konudur. Çünkü taşıyan kişinin bulunduğu yerle ilgili sürekli olarak ilgili idari birimlere veri göndermekte ve aralıksız bir izlemeye yol açmaktadır. Bu nedenle bu yöntemle başvuran Fransa’da kişinin haysiyetine ve özel hayatına saygı duyarak uygulama yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, zaten baştan ilgilinin rızasının alınması yasal olarak zorunludur<sup>423</sup>.

#### dd) Özel hayatın gizliliğinin korunması

Başta gözaltına alınanlar, tutuklular ve hükümlüler olmak üzere kişisel özgürlükleri kanun gereği kısıtlananlar birer gerçek kişi olarak özel hayat sahibidirler ve dolayısıyla, tıpkı işçiler gibi, özel hayatın gizliliği hakkına sahiptirler<sup>424</sup>. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 1975’ten bu yana güncel içtihadı da bu yöndedir. Dolayısıyla Mahkeme eski, hükümlülük statüsüne bağlı doğal kısıtlamalar görüşü yerine artık yasallık, haklı sebep ve ölçülülük koşullarını aramaktadır<sup>425</sup>. Yakın dönemden somut örnek olarak 20 Aralık 2005 tarihli Wisse-Fransa kararında Mahkeme, bu görüşünü tekrar ettikten sonra hırsızlık suçundan gözaltına alınan iki kişinin aleyhine delil elde edebilmek için aileleriyle görüştükleri odalara gizli

<sup>422</sup> Martine Herzog-Evans, **a.g.e.**, s.103-107

<sup>423</sup> Edouard Verny, “Des surveillances nouvelles en droit pénal”, **Mélanges dédiés à Bernard Bouloc: Les droits et le Droit**, Paris, 2007, s.1147

<sup>424</sup> Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.142

<sup>425</sup> Hanspeter Mock, “Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance à l’aube du XXIe siècle”, **Revue universelle des droits de l’homme**, vol. 10, n.7-10, 1998, s.240; Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.416-417; G.Cohen-Jonathan, “Respect for private and family life”, **The European system for the protection of human rights**, Dordrecht, 1993, s.426; Joanna Farah, **a.g.e.**, s.17

dinleme cihazı yerleştirip kayıt dökümlerinin delil olarak kullanılmasını gerekli açıklıkta yasal bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile ihlal olarak değerlendirmiştir<sup>426</sup>. Ancak elbette hükümlülerin içinde bulunduğu durum gereğince başta güvenlik olmak üzere çeşitli nedenlerle özel hayatın gizliliği hakkı özgür kişilere göre daha sık ve daha geniş biçimde kısıtlanabilecektir. Yasallık, ölçülülük gibi var olan kurallar bu kısıtlamalarda da geçerli olacaktır. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından hareketle somut bir örnek verilecek olursa, hükümlünün haberleşmesi denetlenebilir ancak genel bir sansür konamaz<sup>427</sup>.

Dolayısıyla hükümlülerin denetlenmesi konusunda (güvenlik kameraları, iletişimin denetlenmesi, kişisel verilerin saklanması, arama) ayrıntılı yasal düzenlemeler yapılmalı, cezaevine gelen hükümlüye koşullar bildirilmeli ve yapılan işlemler gerekliliğin ötesine geçmemelidir. Elbette her somut olayda koşullara göre ölçülülük ilkesinin değiştiği kabul edilmekle birlikte bir hak sahibi olarak hükümlüye de dokunulmaz gizli alan sağlanmalıdır. Örneğin tuvalet ve banyo gibi mahrem yerlere sürekli kayıt yapan güvenlik kameraları konmamalı, güvenlik başka önlemlerle sağlanmalıdır.

### c) Aile üyeleri

Aile içinde iki eşin birbirine karşı durumu (aa) ve ebeveyn ile çocuklarının ilişkisi (bb) özel hayatın gizliliği açısından önemlidir.

#### aa) Eşler arasında özel hayat

Genel olarak eşler arasındaki görüşmelerin özel hayatın dokunulmaz bir parçası olduğu ve hatta, eşlerin birbirlerine karşı dava açması istisnası dışında, ölüm veya boşanma halinde bile bu özelliğin ortadan kalkmadığı eskiden beri iddia edilmekle<sup>428</sup> birlikte eşlerin birlerine karşı durumları tartışmalıdır. Amerikan hukukunda erkek eşe ait olan bir konutta kadın eşin bir hukuki menfaati olmasa bile

<sup>426</sup> Jacques Buisson, "Chroniques", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.3, 2007, s.607-611; 9 Mart 2004 günlü yasa ile Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklik üzerine yapılan benzer bir uygulamayı bu kez Fransız Yargıtay'ı 1 Mart 2006 tarihli kararında hukuka uygun bulmuştur (s.611-614)

<sup>427</sup> Hanspeter Mock, *a.g.e.*, s.244

<sup>428</sup> Hyman Gross, *a.g.e.*, s.54-55

buranın aranması halinde özel hayatının gizliliğinin, aralarındaki ilişki nedeniyle, ihlal edilebileceği iddia edilmektedir. Söz konusu kuralın tamamlayıcısı olarak bir eşin diğerinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecek bir aramaya da izin veremeyeceği söylenmektedir. Buna karşın evli iki kişinin birbirlerinin vücutları üzerinde böyle bir hakları olamayacağı dolayısıyla vücut aramasına yalnızca ilgili kişinin itiraz edebileceği eşinin özel hayatın gizliliği gerekçesi ile karşı çıkamayacağı da eklenmektedir<sup>429</sup>.

Öte yandan Belçika öğretisi ve içtihadı, eşlerin birbirlerinin evlilikten doğan yükümlülüklerini yerin getirip getirmediklerini karşılıklı olarak denetleme hakkına sahip olduğunu geleneksel olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda bir eşin, diğerinden aldığı mektupları veya diğer eşin üçüncü bir kişiden aldığı mektupları, hukuka uygun bir şekilde ele geçirmiş olmak kaydı ile adli makamlara sunabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak mektupların içeriğinin meslek sırrı gibi bir başka gerekçeyle de korunmuyor olması gerekmektedir. Belçika Yargıtay'ının telefonların dinlenmesi konusunda da benzer bir yaklaşım içinde olduğu söylenmektedir<sup>430</sup>. Bir Fransız mahkemesi de istinaf mahkemesince onanan eski bir kararında (Besançon, 5 Ocak 1978) iki eş arasındaki parasal bir konuşmanın “mahrem bir karakteri” olmadığına hükmetmiştir<sup>431</sup>. Ayrıca bir ceza mahkemesi de benzer bir durumda eşler arasındaki parasal konuşmayı kaydeden görevliye, özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği için ceza vermemiştir<sup>432</sup>. Buna karşın Lyon Asliye Mahkemesi, 10 Ekim 1972 tarihli kararı ile eşler arasındaki telefon görüşmelerinin bir tarafça dinlenmesi veya kaydedilmesini hukuka aykırı delil saymış ve boşanma davasında kullanılamayacağına hükmetmiştir<sup>433</sup>. Benzer biçimde İspanyol Anayasa Mahkemesi de 45/1989 sayılı kararında mahremiyetin, evlilik ilişkisi çerçevesinde ortadan kalkmadığına ve eşlerin birbirlerinden, gerekli gördükleri, ekonomik faaliyetlerini gizledikleri bir “gizli alan” oluşturma hakkı olduğuna karar vermiştir<sup>434</sup>. Hatta özel hayatın gizliliği hakkının tartışmalı olduğu İngiltere’de bile mahkeme, 1967 tarihli

<sup>429</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.75-76

<sup>430</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.78

<sup>431</sup> André Roux, **a.g.e.**, s.113

<sup>432</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.40

<sup>433</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.126

<sup>434</sup> Luis Escobar De La Serna – Salustiano Del Campo Urbano, **a.g.e.**, s.167-168

Argyll v. Argyll davasında, eşinin, Düşes Argyll hakkında evlilikleri sırasında öğrendiği sırları ifşa etmesini engellemeye yönelik tedbir kararı vermiştir<sup>435</sup>.

Özel hayatın gizliliği hakkının kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimi ile doğrudan ilgili bir hak olduğu dikkate alındığında evli veya birlikte yaşayan çiftlerin de birbirlerine karşı bu haktan yararlandıklarının kabulü zorunludur. Ancak elbette bu sınırları evliliğin / birlikte yaşamının gereklerinden dolayı daha dar çizilebilecektir. Böylece örneğin konut dokunulmazlığı konusunda aralarında ayrılık kararı bulunmayan eşlerin konuta girebilmek için karşılıklı rızalarının olduğu evlilik kurumunun doğası gereğidir. Ancak Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin de belirttiği gibi iki kişinin bir süre birlikte yaşamış olması daha sonra da birbirlerinin konutuna zorla girme hakkını vermez<sup>436</sup>. O halde kişi evlenmekle veya birlikte yaşayarak özel hayatının gizliliği hakkından tamamen vazgeçmiş olmaz. Buna karşın Yargıtay 2.Hukuk Dairesi bir boşanma davasında eşin gizlice çekilmiş ses kayıtlarının mahkemeye sunulmasıyla ilgili olarak verdiği E.2007/17220 K.2008/13614 sayı 20 Ekim 2008 tarihli kararında<sup>437</sup>, özel hayatın gizliliğini kabul etmekle birlikte evlilikteki sadakat yükümlülüğüne vurgu yapmış ve bunun bir "aile yaşam alanı" oluşturduğunu bunun da kişilerin özel hayat alanından öncelikli olduğunu vurgulamıştır. Bir başka kararda da bu kez Hukuk Genel Kurulu, bir eşin diğer eşe ait not defterini boşanma davasında delil olarak sunmasını kabul etmiş ve evlilikte kişisel gizliliği adeta ortadan kaldıran şu cümleyi sarf etmiştir: "*Hiç kimse evindeki bir mekanda bulunduğu delili hukuka aykırı yollardan elde edilmiş sayılamaz*"<sup>438</sup>. Örnek olarak gösterilebilecek bir ceza davasında da, yine eşinin bilgisayar ve telefon üzerinden yaptığı iletişim kayıtlarını boşanma davasında delil olarak sunan sanık koca ile ilgili olarak Samsun 2.Asliye Ceza Mahkemesi, 3 Ekim 2007'de beraat kararı vermiştir<sup>439</sup>.

Yargıtay'ın ve mahkemenin yaklaşımının sadakat yükümlülüğünün önemi açısından doğru olduğu kabul edilebilirse de evlilik kurumunun kişinin özel hayatının gizliliğini tamamen kaldırdığı sonucuna ulaşmanın da doğru olmadığı bir

<sup>435</sup> N. W. Barber, "A right of privacy?", **Public Law**, 2003, s.606; Micheline Decker, **a.g.e.**, s.40

<sup>436</sup> Y. 2.CD 8543/8471 27.11.1946 bkz. Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 1994, s.54-55

<sup>437</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 23.3.2010)

<sup>438</sup> YHGK E.2002/2-617 K.2002/648 25.9.2002 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 7.4.2009)

<sup>439</sup> "Evlilikte 'özel hayat' kriteri" Milliyet Gazetesi (6.10.2007)

gerçektir. Gerek ulusal gerek uluslararası metinlere bakıldığında gerekse bizatihi özel hayat kavramının varlığı ve özellikleri dikkate alındığında herhangi bir kısıtlama olmaksızın herkesin özel hayatın gizliliği hakkına sahip olduğu açıktır. Evlilik veya birlikte yaşama kısmi bir feragat yol açsa da tamamen hakkı ortadan kaldırmaz. Yukarıda işçiler hakkında yapılan açıklamada olduğu gibi yalnızca resmi görevlilere çok sıkı koşullar altında tanınmış gizli takip yetkilerinin evli olan herkeste var olduğunu iddia etmek hukuken doğru olmayacaktır. Aksi halde evli hatta birlikte yaşayan çiftlerin bile, sadakat gerekçesi ile hemen hiçbir sınır olmaksızın birbirilerini sürekli gözetleme ve izleyebilmeleri hukuken olanaklı olacaktır. Oysa eşinin sadakatinden şüphe eden diğer eşin, özel hayatın gizliliğini ihlal etmeden bunu ispat etme olanağı vardır. Bu bağlamda örnek olması açısından bazı mahkeme kararlarına değinilmelidir. Birincisinde İsviçre Zürih Kantonu Yargıtay'ı 5 Temmuz 1974'te, eşinin zinasını kanıtlamak için eve gizlice telefon dinleme aygıtı yerleştiren kocanın suç işlediği, şikayet üzerine yargılanabileceği, hukuk davasında delil elde etmek için gizli dinleme yapılamayacağı kararını vermiştir<sup>440</sup>. Diğerinde ise Bakırköy Mahkemesi, eşinin başka bir erkekle bilgisayar üzerinden yaptığı görüşmeleri kaydedip bir gazeteye veren kocanın eylemini hukuka uygun kabul etmemiş ve “*servis eden kocası da olsa suçtur*” gerekçesi ile gazeteciyi mahkum etmiştir<sup>441</sup>. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri'nde eşinin eski kocasına gönderdiği elektronik postaları izinsiz olarak okuyan koca hakkında, 1986 tarihli “*Electronic Communications Privacy Act*”in (“Elektronik İletişimin Mahremiyeti Kanunu”) hükümlerini ihlal ettiği gerekçesi ile dava açılmıştır ve yargılanmasına başlanmıştır<sup>442</sup>.

#### bb) Ebeveynler ve çocuklar

Benzer tartışmalar çocuklar açısından da söz konudur. Çocuk haklarının ve bir hak sahibi olarak çocuk kavramının ortaya çıkışının göreceli yeni olmasına<sup>443</sup> rağmen günümüzde ebeveynler ile çocuğun ilişkisi ve dolayısıyla da birincilerin

<sup>440</sup> Jean Gauthier, Jean Gauthier, “Les résultats de l’audio-surveillance comme prévue pénale en droit suisse”, **Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé**, Zurich, 1987, s.81

<sup>441</sup> Her ne kadar dava TCK m.134'ten açılmış olsa da mahkumiyet, özel hüküm olması nedeniyle ve çok yerinde bir kararla 132.maddenin 2 ve 4.fikralarından verilmiştir.

<sup>442</sup> “American charged with hacking after snooping on wife’s emails”, [www.guardian.co.uk](http://www.guardian.co.uk) (Erişim: 28.12.2010); “Snooping on wife’s e-mail could put man in prison”, [www.aolnews.com](http://www.aolnews.com) (Erişim:28.12.2010)

<sup>443</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s. 457

denetim hakkı ile ikincinin özel hayatının gizliliği hakkı aile içi özel hayat konusunun bir diğer önemli yönüdür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çocuğun özel hayatını açık biçimde tanımıştır. Örneğin; okullardaki fiziksel disiplin cezaları ile ilgili 25 Mart 1993 tarihli Costello Roberts-İngiltere kararında okula gitmenin çocuğun özel hayatına müdahale olduğunu vurgulayan Mahkeme, 13 Şubat 2003 tarihli Odièvre-Fransa kararında da kimliğini ve kökenini bilmenin çocuğun özel hayatının bir parçası olduğunu söylemiştir. AİHM, 24 Nisan 2001 tarihindeki B. ve P.-İngiltere kararında da boşanma davalarının kapalı duruşmada görülmesinin çocuğun özel hayatının korunması açısından önemine işaret etmiştir. Hatta Mahkeme, özel hayatın gizliliğiyle de bağlantılı sayılabilecek bir olayda, bebeğin gizlice fotoğrafının çekilmesinin hem onun hem de ailesinin özel hayatını ihlal ettiğini belirtmiştir (Reklos ve Davourlis – Yunanistan, 15 Ocak 2009). Böylece çocuğun yanında bebeğin bile özel hayatının varlığı tanınmış ve korunması istenmiştir. Benzer şekilde, 20 Kasım 1989’da imzaya açılan ve 2 Eylül 1990’da yürürlüğe giren, 1995’ten bu yana Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 16.maddesinde de çocuk, özel hayatının gizliliğine yönelik keyfi ve hukuka aykırı müdahalelere karşı korunmaktadır. 40.maddede de çocuğunun özel hayatının gizliliğinin ceza soruşturması ve kovuşturmasının her aşamasında korunması gerektiği kuralı konmuştur.

Öte yandan Fransa’da, her ne kadar bu konuda hiçbir içtihat bulunmasa da, çocuğun ebeveynlerine karşı mahremiyetini koruyabilmek amacıyla Ceza Kanunu’nun 226-15.maddesinde düzenlenen “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçuna başvurulabileceği iddia edilse de<sup>444</sup>, Medeni Kanun’un eski 371-2.maddesinin ebeveynlere ergin olmayan çocuğu koruma ve takip etme hakkı verdiği gerekçesiyle çocuğa gelen tüm iletilerinde denetim hakları bulunduğu da kabul edilmektedir<sup>445</sup>. Buna karşın Belçika’da kişisel veriler konusunda çocuğun ayırtım gücü esas alınmakta ve buna sahip çocukların kişisel verileriyle ilgili rıza verebilecekleri kabul edilmekle birlikte İnternet üzerinden veri alınması ve bunların üçüncü kişilere iletilmesi veya alenileştirilmesi söz konusu ise ebeveynlerin onayının gerekli olduğu da eklenmektedir<sup>446</sup>. ABD’de de 1974 tarihli “*The Family Educational Rights and Privacy Act*” adlı kanuna göre on sekiz yaşından küçük öğrencilerin akademik

<sup>444</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.463-464

<sup>445</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.220; Benzer düzenlemeler halen kanunda bulunmaktadır

<sup>446</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.262-263

dosyalarındaki bilgilerin öğrenci ve ebeveynlerin dışındaki kişilere verilmesi yasaktır ve aksi halde okula idari yaptırım uygulanmaktadır<sup>447</sup>.

ABD Yüksek Mahkemesi, 1975 yılında verdiği bir kararda bir ailenin kızlarının uğradığı cinsel saldırı ve ardından ölümünü haber yapan kuruma karşı açtıkları davayı, diğerlerinin yanında, herhangi bir özel alanın ihlal edilmediği gerekçesini de ileri sürerek reddetmiştir<sup>448</sup>. Buna karşın Paris Mahkemesi 1965 tarihli eski bir kararında hasta yatağındaki çocuğun, korkutma pahasına, sırf ticari amaçlarla fotoğrafının çekilmesini ailenin özel hayatını ihlal olarak değerlendirmiştir<sup>449</sup>.

Bu konuda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da çocukların özel hayatının gizliliği hakkını bir yönetmeliğin hükmünü denetlerken tanımıştır. Davaya konu olayda Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41/d maddesine göre öğrencinin yani teknik anlamda bir çocuğun “cinsel ilişkiye girdiğinin tespit edilmesi” okuldan devam zorunluluğu olan okullara kayıt yaptıramayacak şekilde tasdikname ile uzaklaştırılması cezasına yol açmaktadır. Konuyu Anayasanın “kişi dokunulmazlığı” ile ilgili 17.maddesi açısından da değerlendiren Danıştay, 20.madde yani “özel hayatın gizliliği” üzerinde de durmuş ve hukuken çocuk olan lise öğrencilerini kastederek, temel haklarla ilgili kısıtlamaların ancak Anayasanın 13.maddesine göre yapılabileceğini, oysa somut olaydaki yönetmelik hükmünün, bir genelgenin varlığına rağmen, anayasal güvenceleri kaldırarak keyfi uygulamalara yol açabileceği gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir<sup>450</sup>.

Çocuk ile ebeveynler arasında da gizli kalması gereken özel hayat olaylarının olabileceği gerçeğini ortaya koyan örneklerden biri ise Fransız Hukukunda bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre (*Code de l'action sociale et des familles art.222-6; Code civil art.326*) doğum yapan bir annenin hastaneden gizlilik isteminde bulunma dolayısıyla da kendisinden hiçbir kimlik belgesinin talep edilmemesini ve hakkında araştırma yapılmamasını isteme hakkı bulunmaktadır. Her ne kadar bu düzenleme daha sonra çocuğun ebeveynlerini tanıyamamasına yol

<sup>447</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.120; BrianV. Johnstone, **a.g.e.**, s.77

<sup>448</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.111-113

<sup>449</sup> UNESCO, “The protection of privacy”, **International social science journal**, V.XXIV, Number 3, Paris, 1972, s.517

<sup>450</sup> İDDK E.2003/417 K.2005/234 T.7.4.2005 bkz. [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) (Erişim: 29.9.2010)

açtığından eleştirilse<sup>451</sup> de annenin özel hayatının gizliliğini korumaktadır. Ancak bunun tam karşıtı bir düzenlemenin İsviçre’de anayasal hüküm olduğu da belirtilmelidir. 119.maddesinin 2.fıkrasının “g” bendine göre herkesin ebeveynlerinin kimliğine ilişkin (genetik) bilgilere ulaşma hakkı vardır<sup>452</sup>. Düzenlemenin özel hayatın gizliliğine açık bir müdahale olduğu tartışmasız olsa da, aile içi ilişkiler, ebeveyn-çocuk ilişkisi düşünüldüğünde gerekli ve ölçülü olduğu kabul edilmelidir.

Tüm bu değerlendirmelerin ışığında ilk olarak ulaşılması gereken sonuç çocuğun da hukuken özel hayatının gizliliği hakkına sahip olduğudur. İkinci olarak da tıpkı eşlerin kendi aralarında olduğu gibi belli bir dengenin kurulmasının gerekli olduğudur. Elbette ebeveynler tedip hakkı çerçevesinde çocuklarının özel hayatına müdahale edebileceklerdir. Ancak bu ölçülü ve çocuğun yaşı ile orantılı olmalıdır. Özellikle belli bir dönemden sonra mutlak ve sürekli bir takibe, gözetime yol açılmaması gerekmektedir.

#### d) Ölen kişi

Paris İstinaf Mahkemesi, *Benjamin Constant*’ın mirasçılarının talebi üzerine ölen kişi tarafından yazılan mektupların yayını durdurmuştur<sup>453</sup>. Mirasçıların, ölen kişinin adına özel hayatın gizliliği hakkına dayanarak talepte bulunması kabul edilmezken yapılan veya yapılacak yayının kendi özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmesi halinde talep ve itiraz haklarının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>454</sup>. Zaten özel hayata saygı hakkının bir kişilik hakkı olması nedeniyle ölümle beraber sona erdiği<sup>455</sup>, devir veya miras konusu olamayacağı ve kimsenin de ölen kişinin adına veya hesabına bu hakkı ileri süremeyeceği genel olarak kabul edilen görüştür. Hatta 1881 tarihli Fransız Basın Kanunu’nun hakaret suçunu düzenleyen 34.maddesine göre ölen kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin ifşası ancak yaşayan mirasçılara, eşine veya külli haleflerinin onur veya şerefine zarar verme kastının varlığı halinde

<sup>451</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.258-259

<sup>452</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.77

<sup>453</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.27

<sup>454</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**,s.60

<sup>455</sup> William L. Prosser, **a.g.e.**, s.641; Fransız Yargıtay’ı 1.Hukuk Dairesi 14 Aralık 1999 ve 15 Şubat 2005 tarihli kararlarında bunu net biçimde ortaya koymuştur bkz. Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.80-81

hukuki sorumluluk doğurmakta ve suç oluşturmaktadır<sup>456</sup>. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 130.maddesinde “kişinin hatırasına hakaret” suçu düzenlenmiş ve ölmüş bir kişiye yönelik hakaret, ayrı ve özel bir suç olarak tanımlanmıştır.

Öte yandan *Danışman* ölen kişinin özel hayatı da olabileceğini düşünmektedir. Zira günümüzdeki tarih araştırmaları ve eleştiri özgürlüğü karşısında ölen kişinin özel hayatının önemini yitirdiğini, kişinin sağlığında özel hayatının gizliliğini korumaya yönelik daha çok ve daha etkili yolların bulunduğunu söylemektedir. Dolayısıyla da yaşayanın şeref, saygınlık (ve elbette özel hayatı) söz konusu ise hukuksal bir uyumsuzluk doğabileceği sonucuna ulaşmıştır<sup>457</sup>. Her ne kadar, yazar yukarıda belirtilen sonuca ulaşmış olsa da çıkış noktası olarak ölen bir kişinin özel hayatının varlığını kabul etmektedir. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda ölen kişinin cenazesıyla ilgili olarak saygınlığına yönelik ihlallere karşı, cenaze bitene dek, kişilik haklarının devam ettiğini ve bu hakların mirasçılar tarafından kullanılabilmesine karar vermiştir. Bu kararın özel hayatın gizliliğine yönelik ihlalleri de kapsadığı kabul edilmektedir<sup>458</sup>. Benzer şekilde Belçika'da da hak sahibinin ölümünden sonra sahip olduğu özel hayata saygı hakkının “bir örtülü vekalet” aracılığı ile mirasçılara ve/veya külli haleflerine geçtiği genel olarak kabul edilmektedir. Zaten biri Paris'te biri Brüksel'de iki hukuk mahkemesi de 1977 ve 2000 yılında verdikleri kararlarda ölümün, ölenin özel hayatını kamusal alana taşımadığına hükmetmişlerdir<sup>459</sup>. Fransız Yargıtay'ı da 20 Ekim 1998 tarihli kararında ölen kişinin izinsiz olarak resminin çekilmesini, özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuş, dolayısıyla da yerleşik içtihadın aksine ölen kişinin özel hayatını kabul etmiştir. Ancak mahkemeye göre dava hakkı mirasçıların elindedir. Ayrıca yine mahkemeye göre her ne kadar hak ölen kişinin de olsa resim çekilmesine izin verme hakkı mirasçılarındır<sup>460</sup>.

*Kayser*, bir tür orta yol kabul etmiş ve ölen kişinin özel hayatının gizliliğine yönelik bir ihlalin, onun eşi ve/veya çocuklarının da özel hayatının gizliliğini ihlal

<sup>456</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, .1638; Benzer bir anlayıştaki bir Belçika mahkeme kararı ve İsviçre içtihadı için bkz. Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.262

<sup>457</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.43

<sup>458</sup> ATF 118 IV 319 bkz. José Hurtado Pozo, **Partie spéciale II**, s.87; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.162

<sup>459</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.261; Jean Sace, **a.g.e.**, s.870

<sup>460</sup> Gégoire Loiseau, “Vie privée”, **La Semaine juridique**, 1999, s.474-476; Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.179

etmemesinin olası olmadığını, bu nedenle de ölenin özel hayatının gizliliğinin korunduğunu belirtmektedir<sup>461</sup>.

Paris İstinaf Mahkemesi ise 3 Kasım 1982 tarihli kararında özel hayata saygı hakkının yalnızca yaşayan kişilere ait olduğunu, mirasçıların ölen kişinin anılarıyla ilgili dava hakkının yanlış, değiştirilmiş, kötü niyetle veya abartılı olarak yayınlanmış olaylarla ilgili sınırlı olduğunu belirtmiştir<sup>462</sup>. Fransız Yargıtay'ı gerek eski cumhurbaşkanı *François Mitterand* gerekse öldürülen bir vali ile ilgili davalarda mirasçıların başvurusunun haklı bulmuş ama gerekçe olarak “ölen kişinin özel hayatına saygı hakkına” değil ölen veya yaşayan tüm insanlara saygı ve insan haysiyeti kavramlarına dayanmıştır<sup>463</sup>.

Özel hayattan kaynaklanan özel hayatın gizliliği hakkının gerçek kişilerin maddi ve manevi gelişimi ve kişiliğiyle yakından ilgili olduğu düşünülecek olursa yukarıdaki Fransız mahkeme kararlarının doğruluğu ve sonuç olarak da ölen kişinin bu haktan yararlanmasının söz konusu olamayacağı açıktır<sup>464</sup>. Ölen kişi hakkında ve onun yaşarkenki özel hayatıyla ilgili bir eylemin, müdahalenin ceza hukuku bağlamında doğurabileceği iki olası sonuç vardır. Birincisi eğer koşulları oluşmuş ise Türk Ceza Kanunu'nun 130.maddesi uygulanabilir. İkincisi ise eğer eylem, müdahale sağ olan mirasçıyı veya mirasçıları ya da mirasçı olmasa bile üçüncü kişileri ilgilendiriyorsa onlar açısından Türk Ceza Kanunu'nun özel hayatın gizliliğinin koruyan 134.maddesi söz konusu olabilecektir.

#### e) Tüzel kişi

Tüzel kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunması gerektiğini savunan görüşün temel çıkış noktası bazı ülkelerin ceza hukuklarında, giderek de yaygınlaşan biçimde, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de ceza sorumluluğunun olmasıdır<sup>465</sup>. Buna göre tüzel kişinin de hukuka aykırı eylemlerde bulunabileceği kabul edilerek aslında tüzel kişinin tamamen yapay olmadığı, organlarına bağlananın dışında bir

<sup>461</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, .312

<sup>462</sup> Jean Sace, **a.g.e.**, s.871

<sup>463</sup> Jean Sace, **a.g.e.**, s.872-873

<sup>464</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1636

<sup>465</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 20.maddesinin aksine 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 121-2. maddesinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiş hatta 2004 yılında yapılan bir değişiklikle bu genelleştirilip özel olarak suçu tanımlayan maddede gösterilmesi gereği kaldırılmıştır.

“ahlaki / psikolojik boyutu” olduğunun da kabul edildiği ileri sürülmektedir. Böylece tüzel kişinin, organlarını oluşturan kişilerden bağımsız-ayrı bir iradesi bulunmaktadır ve yapılan eylemin manevi açıdan da faili tüzel kişidir. Yaptığı eylemler açısından bir iradesi bulunan tüzel kişinin, kendisine karşı yapılan ve ona zarar veren eylemler ve ihlallerle ilgili de bir iradesi vardır. O halde onun da özel hayatı korunmalıdır<sup>466</sup>. Zaten bir tüzel kişiye yönelik eylemlerin sonuçları yalnızca ekonomik olmamaktadır, toplumun o tüzel kişiye yönelik görüşünü etkilemektedir, dolayısıyla da tüzel kişinin “özel hayatının gizliliğinin ihlali” toplum gözündeki değerini düşürebilmektedir<sup>467</sup>. Bu görüşü güçlendirmek için de ünlü Fransız hukukçu *Kayser*’in de 1971 yılında yazdığı bir makale ile tüzel kişilerin özel hayatı olduğu görüşünü savunduğu belirtilmekte ve bu görüşteki iki Fransız istinaf mahkemesi kararına yer verilmektedir<sup>468</sup>.

ABD’de tüzel kişilerin hukuka aykırı aramalara karşı tıpkı gerçek kişiler gibi anayasal düzeyde korunduğu kabul edilmektedir<sup>469</sup>. İsviçre’de Federal Mahkeme çok eski tarihli bir kararında (BGE, 1957, II, 334) tüzel kişilerin özel hayata saygı hakkını tanımış ve bir şirketle ilgili bilgi edinmek için detektif tutan bir mesleki kuruluşu cezalandırmıştır<sup>470</sup>. Fransa’da da Yargıtay, tüzel kişilere yönelik aramalarda Ceza Kanunu’nun konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenleyen 226-4 maddesine başvurmuştur<sup>471</sup>. Avrupa’daki üç önemli anayasa mahkemesi de gerçek kişilerle beraber tüzel kişiler açısından da konut dokunulmazlığı hakkını tanımıştır. Sırasıyla Fransız Anayasa Konseyi 1983 tarihli “*Pérquisitions fiscales*” kararı ile İspanyol Anayasa Mahkemesi 1985 tarih ve STC 135/1985 sayılı kararı ile ve nihayet Alman Anayasa Mahkemesi de 6 Mart 2002 tarih ve BvR 1619/00, NJW 2002, 1941 sayılı kararı ile bu sonuca ulaşmıştır<sup>472</sup>. Türkiye’de Yargıtay ise 1972 tarihli bir kararında, her ne kadar Alman Anayasasınının 19.maddesi gibi temel hakları, uygun düştüğü

<sup>466</sup> Paul-Henri Harand, **La protection de la vie privée de la personne morale**, Mémoire du DEA, Université Paris II, 2005, s.30-33

<sup>467</sup> Paul-Henri Harand, **a.g.e.**, s.34

<sup>468</sup> CA Limoges 4 mars 1998, CA Aix-en-Provence 10 mai 2002 bkz. Paul-Henri Harand, **a.g.e.**, 40

<sup>469</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.77

<sup>470</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.44

<sup>471</sup> Paul-Henri Harand, **a.g.e.**, s.51

<sup>472</sup> Laurence Burgogue-Larsen, **a.g.e.**, s.77: Yazar, Almanya’da devletin temel hakların hem alacaklısı hem de borçlusunu olamayacağı gerekçesiyle kamu kurumlarının bu korumadan muaf olduklarını da eklemektedir.

ölçüde, tüzel kişiler için tanıyan bir düzenleme Türk Hukukunda bulunmasa da, böyle bir kabulün Anayasanın ruhuna ve amacına uygun olduğuna hükmetmiştir<sup>473</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata ilişkin kavramları koruyan 8.maddesinin de gizlilik, konut ve haberleşme gibi kimi yönlerden tüzel kişiler için de geçerli olduğu savunulmaktadır<sup>474</sup>. Zamanla bu aşamaya gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Mart 1989 tarihli "*Chappel*" kararı ile bir meskeni hem kendi konutu hem de şirketinin merkezi olarak kullanan gerçek kişi açısından 8.maddenin korumasını kabul etmiş ve her zaman Sözleşme'yi "*güncel yaşam koşullarında yorumlanacak, yaşayan bir belge*" olarak kabul ettiği içtihadına dayanmıştır<sup>475</sup>. Konut dokunulmazlığı açısından bu tespiti tam olarak yapması ise ancak 2002 tarihli "*Société Colas Est*" kararı ile olabilmıştır<sup>476</sup>. Ancak Lüksemburg'daki Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ise 21 Eylül 1989 tarihli "*Hoescht c. Commission*" kararında 8.maddenin kişisel özgürlüğün gelişimiyle ilgili olduğu dolayısıyla da tüzel kişiler açısından uygulama alanı olmadığına hükmetmiştir<sup>477</sup>. Öğretide ise özellikle ticari sırlar açısından tüzel kişilerin özel hayatına saygıdan söz edilmektedir<sup>478</sup>.

Özel hayata yönelik ihlalleri engellemek özellikle de ismin korunmasını sağlamak amacıyla ilk yasal düzenlemeyi yapan ABD eyaleti olan New York, yalnızca gerçek kişilerin isimlerini korumaktadır. İlgili düzenleme şirket isimleri ile ortaklık isimlerini ve ticari isimleri kapsamamaktadır<sup>479</sup>. Avustralya'da da özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik düzenlemeler yalnızca gerçek kişileri kapsamakta, tüzel kişileri içermemektedir. Hatta piyasaların etkin ve dürüst bir biçimde işlemesini sağlamak adına ticari şirketlerin çok geniş bildirim ve raporlama zorunlulukları bulunmaktadır<sup>480</sup>.

<sup>473</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.157

<sup>474</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.532

<sup>475</sup> Jean-Paul Tomasi, "Les perquisitions administratives à l'épreuve du juge européen: Affaire Stés Colas Est et autres c. France du 16 avril 2002", **Revue pénitentiaire et de droit pénal**, 2003/3, s.514-515

<sup>476</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.77; Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.478; Jean-Paul Tomasi, **a.g.e.**, s.519 vd.

<sup>477</sup> Jean-Paul Tomasi, **a.g.e.**, s.516; Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.68

<sup>478</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.61

<sup>479</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.13

<sup>480</sup> Carolyne Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**, s.104: Yazarlar, bu raporların resmi kurumların internet sitelerinde yayımlandığını da eklemektedirler.

Özel hayatın gizliliği hakkının varlık nedeni düşünülürken tüzel kişiler açısından böyle bir hakkın bulunamayacağı kabul edilmelidir. Özel hayat ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkının varlığı bir kişinin insan haysiyetine uygun bir şekilde, kişiliğini geliştirebilmesi ve kendi yaşamıyla ilgili kararları verebilmesiyle yakından ilgilidir. O halde temelinde insan haysiyeti bulunan bir haktan yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği açıktır. Tüzel kişiler açısından böyle bir kavram ve gereklilik bulunmamaktadır. Ancak bir yazarın devlet için ileri sürdüğü düşüncenin, devletin de bir tüzel kişi olduğu da dikkate alınarak, aslında tüm tüzel kişiler için geçerli olduğu söylenebilir. Buna göre devletin özel hayatın gizliliği hakkı yoktur ve fakat gizlilik hakkı / istemi vardır ve bunların altında yatan gerekçeler birbirinden doğal olarak farklıdır<sup>481</sup>. Bunun yanında tüzel kişiler açısından arama, el koyma ve resmi makamlara bilgi sunma gibi önlemlere karşı korumalar vardır ve de olmalıdır. Ancak bunların çıkış noktası özel hayatın gizliliğinin korunması değil örneğin bir şirketin, ticari hayatın sağlıklı ve rekabete uygun şekilde işlemesini sağlamak amaçlı olarak ticari sırlarının korunmasını sağlamaktır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" adlı bölümündeki 239.maddede "Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçu tamamen bağımsız ve özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik düzenlemelerden ayrı bir suçtur. Buna karşın bir tüzel kişiye yönelik uygulanacak bir önlemin gerçek kişiler açısından özel hayata müdahale niteliği taşıması ve mağduru o gerçek kişiler olmak üzere suç oluşturması olasılığı da vardır. Örneğin tüzel kişinin binasını aynı zamanda konut olarak kullanan kişinin durumu veya banka bilgilerinin müşteriler açısından kişisel veri oluşturması gibi.

Ek olarak tıpkı işçiler gibi düzenli olarak kamusal nitelik taşıyan belli bir yere gitmekle yükümlü öğrencilerin de haklarına saygı gösterilmesi zorunludur. Durumları işçilere benzese de onların aksine bir sadakat yükümlülüğü bulunmayan öğrencilerin eğitim amacıyla gittikleri okullarda ancak güvenlik veya kamu sağlığı gibi bir gerekçenin yanında belirli bir yasal alt yapının olması ve önceden bilgi verilmesi kaydıyla güvenlik kamerası ve/veya giriş-çıkışların elektronik kartlarla denetlenmesi gibi önlemlere başvurulabilmelidir. Gizli takip ve sistematik arama ise hiçbir biçimde kabul edilemez.

<sup>481</sup> Andrew Clapham, **a.g.e.**, s.134

Tüm bu tartışmalı grupların yanında akıl hastaları ve asker kişiler gibi başka gruplar da vardır. Bu kişilerin de insan haysiyetine sahip gerçek kişiler olduğu dikkate alındığında yukarıda konan kurallar ve ilkeler doğrultusunda, içinde buldukları koşulların, kısıtlamaların boyutunu değiştirmesi de göz önüne alınarak özel hayatlarının varlığı kabul edilmeli ve özel hayatlarının gizliliği hakkına saygı gösterilmelidir<sup>482</sup>.

### C) Özel hayat kavramının gelişimi

Çağdaş bir nitelik taşıyan ve son yıllarda dinamik bir değişim gösteren özel hayat kavramının gelişimi üç boyutlu olarak ele alınabilir. Birincisi tarihsel gelişim (1), ikincisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarındaki gelişim (2) ve üçüncüsü de çeşitli ulusal ve uluslararası yargı yerlerinin yaklaşımındaki gelişim (3).

#### 1) Tarihsel gelişim

Özel hayatın gizliliği hakkı var olan haklar listesine en son eklenenlerden biri olup gelişimi, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve din özgürlüğü gibi özgürlüklerden çok sonra olabilmıştır<sup>483</sup>. Hatta bu hak önce içtihat yoluyla kişiler arasındaki ilişkiler açısından kabul edilmiş ve ancak XX.yüzyılın ikinci yarısında devlet-birey ilişkisinde de varlığı kabul edilen, gerçek anlamda bir “insan hakkı” olabilmıştır<sup>484</sup>.

##### a) İlk Çağ

Eski Roma ve Yunan uygarlıklarında elbette özel hayatın gizliliği hakkında söz etmek olanaklı değildir. Ancak yine de Eski Roma döneminde “özel” sözcüğüne verilen anlamın kabaca bir özel hayat tanımı olduğu da ileri sürülebilir. Zira “özel” karşıt anlamından tanımlanmakta ve “kamusal olmayan” yani “*kişinin kamusal*

<sup>482</sup> Akıl hastalarının özel hayatı açısından bkz. Valérie Doumeng, **La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel**, T.1, Aix-Marseille, 2002, s.433-436; Askerler açısından bkz. Güney Dinç, **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s.110

<sup>483</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.194

<sup>484</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.18-19

*konumu ve görevlerine zarar vermeden yapabildikleri*” olarak ifade edilmektedir<sup>485</sup>. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğini doğrudan korumaya yönelik hukuksal yollar bulunmamakla birlikte kişiye yönelik kasti saygısızlıklara ve maddi-manevi zarar doğuran her tür saldırıya karşı açılan “*injuria*” ve “*contumelia*” adlı davaların özel hayattan kaynaklanan çıkarları koruyabildiği söylenmektedir<sup>486</sup>. Ancak bu davaların daha çok günümüzdeki “hakaret” davalarının karşılığı olduğu düşünülürse korumanın kısmi ve yetersiz olduğu görülecektir. Keza toplumsal dayanışmanın çok önemli hale gelip hayatın son derece şeffaflaştığı ve kişinin gizli yönlerinin, mahremiyetinin toplum tarafından kötü algılandığı dönemler de olmuştur<sup>487</sup>. Tıbbi sırların korunması konusunda ise gerek eski Hint eserlerinde gerekse eski Yunan Hukukundaki *Hippocrate* yemininde düzenlemeler bulunmakta idi<sup>488</sup>.

#### b) Orta Çağ

V.yüzyıldan itibaren özellikle de Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılıp dışarıdan gelen ve “barbar” denen kavimlerin egemen duruma geçmesi ile birlikte feodaliteye giden süreç başlamıştır. Bunun sonucunda da kişilerin daha korunaklı evlerde, kulübelerde yaşamaya başlaması ile mahremiyet yeniden önem kazanmıştır<sup>489</sup>. Doğu Roma İmparatorluğu'na bakıldığında ise konuttan kaynaklı bir mahremiyet anlayışının orada da oluşmaya başladığı görülmektedir. “*Oikia*” kavramı ile içinde yaşanılan bina, “*oikos*” kavramı ile de orada yaşayanlar kastedilmekte ve o dönemde kaleme alınan yazılarda bu kişilerin gizliliği ve mahremiyeti üzerinde durulmaktadır<sup>490</sup>. Ayrıca özel hayatın gizliliğini kısmen koruyabilen yollar olarak konut dokunulmazlığı ve gönderilerin gizliliği geleneksel olarak bulunmaktadır<sup>491</sup>. Nitekim Ortaçağ dönemindeki Avrupa kanunlarına bakıldığında, kapı kilitlerini kıranlara çok ağır cezalar verildiği ve böylece mülkiyet hakkının korunduğu dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin de korunmaya başlandığı görülmektedir. Öte yandan “evin reisinin” mutlak otoritesi altındaki yabancılar, çocuklar ve kadınlar gibi kişiler üzerindeki denetimin de ancak “evden dışarı” çıktıkları zaman, “evin reisi”

<sup>485</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **a.g.e.**, s.154

<sup>486</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.61

<sup>487</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **a.g.e.**, s.234-235

<sup>488</sup> Süheyl Donay, **a.g.e.**, s.26: Yazar bu konudaki ilk cezai yasal düzenlemenin 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu olduğunu da eklemektedir (s.28)

<sup>489</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **a.g.e.**, s.421

<sup>490</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **a.g.e.**, s.563

<sup>491</sup> François Rigaux, **a.g.e.**, s.42; Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.556

öldüğü zaman ya da yardım istendiği zaman resmi makamların eline geçtiği not edilmelidir<sup>492</sup>.

Diğer yandan XIV. yüzyıl İtalya’ında yani daha Orta Çağ devam ederken bazı yazarlarca kişinin hayatının üç bölümde incelendiği ve bunların da; büyük siyasi topluluk yani kent veya krallık, komşu çevresi ve ev olduğu bilinmektedir. Açıkça ifade edilmese de ev ve aile hayatının kişinin “özel alanı” olarak algılandığı, komşu çevresinin de belli bir mahremiyetinin olduğunun kabul edildiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır<sup>493</sup>. Zaten bu dönemde ekonomik olarak iyi durumdaki orta sınıf üyelerinin evlerinde, büyük yaştaki bekar çocuklara ayrı oda verilmeye başlanması da bir kişisel/özel alan sağlanması biçiminde yorumlanmaktadır<sup>494</sup>. Rönesans dönemine gelindiğinde de özellikle soylu kişilerin yaşadığı yerlerde kişinin yalnız kalabileceği ya da belirli başka kişilerle görüşebileceği “özel kapalı bahçeler” (“*jardin clos*”) inşa edilmiştir<sup>495</sup>.

Ayrıca gönderilerin ve dolayısıyla haberleşmenin gizliliği açısından bir örnek vermek gerekirse İngiltere’de daha 1710 tarihli bir kanun ile gönderilerin karar olmaksızın açılması yasaklanmıştır<sup>496</sup>. Ama aynı İngiltere’de posta teşkilatı içerisinde yer alan ve gönderileri açıp inceleyerek istihbarat sağlayan bir “Gizli Ofis” 1845’e kadar varlığını sürdürmüştür<sup>497</sup>.

### c) XVIII. ve XIX. Yüzyıl

Başlangıçta çıplak göz ve kulakla tehdit edilen özel hayat XVI. yüzyıldan itibaren sanayi toplumundaki gelişme ve şehirleşmenin de artmasıyla basının önem kazanması sonucunda daha ciddi ve yoğun biçimde tehdit edilir hale gelmiştir, hatta bir “skandal endüstrisi” ve “merak hastalığı” doğmuştur<sup>498</sup>. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde XIX. yüzyılın son çeyreğinde gazete sayısı ikiye katlanıp 921’e çıkmış ve bunun 600’den fazlası 1880-1889 sürecinde yayın hayatına

<sup>492</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.2, Paris, 1999, s.27-30

<sup>493</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.2, s.161-162

<sup>494</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.2, s.214

<sup>495</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.3, Paris, 1999, s.213

<sup>496</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.45

<sup>497</sup> Anuj C. Desai, “Wiretapping before the wires: the post office and the birth of communications privacy”, **Stanford Law Review**, V.60, n.2, 2007, s.560

<sup>498</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.1-3

başlamıştır<sup>499</sup>. Zaten özel hayatın gizliliği kavramı da bir burjuva kavramı olarak doğmuş ve gelişmiş, aristokratik çevrelerde kabul görmemiştir<sup>500</sup>. Özel-kamu ayrımı da böylece özellikle XVIII. yüzyıldan itibaren belirlenmiş, bu da daha çok “aile” kavramı çevresinde gelişmiştir<sup>501</sup>.

Her türlü hak ve hukukun kaynağı olarak insanın görüldüğü ve “birey” kavramının ön plana çıktığı<sup>502</sup> XVIII. ve XIX. yüzyılda özel hayatın korunmasına yönelik adımlar üç aşamada atılabilmektedir. İlk başlarda “mülkiyet hakkı”<sup>503</sup>, “sözleşmeye aykırılık”, “haksız fiil” ve “hakaret” gibi başka haklar ve hukuksal kavramların içinde düşünülen özel hayat, ikinci aşamada ad, şöhret veya mektuplar üzerindeki haklar yoluyla korunmaya çalışılmıştır. Nihayet üçüncü aşamada kişiliğe bağlı manevi değerlerin bağımsızlığı kabul edilmiş ve mamelek dışı değerlerden olan özel hayatın gizliliği hakkı bağımsız olarak ortaya çıkabilmiştir<sup>504</sup>. Öte yandan sağlık sırlarının cezai anlamda 1810 tarihli Ceza Kanunu’nun 378.maddesi ile korunmaya başladığı Fransa’da<sup>505</sup> özel hayat kavramı ilk kez 1819 tarihli Basın Kanunu’nun Meclis’teki görüşmeleri sırasında kullanılmış<sup>506</sup> ve özel hayatın ev veya aile içinde kalması gereken korunan, görünmez ve ulaşılmaz bir kavram olduğu vurgulanmıştır<sup>507</sup>. Özel hayat kavramının aile kavramından da daha bireysele inmesi, kişiselleşmesi ise ancak XX.yüzyılda olabilmektedir. Ailedeki birey sayısının giderek azalması ve çekirdek aileye doğru geçiş, bununla birlikte toplu olarak yaşanan konutlar yerine hemen herkesin bir odasının olduğu çok bölümlü modern konutların inşa edilmeye başlanmasıyla herkesin kendi eşyası, mahremiyeti ve özel hayatı oluşmaya başlamıştır<sup>508</sup>. Buna karşın çocuklar üzerindeki yoğun ebeveyn denetimi sürmeye devam etmiştir. Örneğin 1930’ların Fransa’sında lisedeki yatılı çocuklara

<sup>499</sup> Richard F. Nixon, **a.g.e.**, s.28

<sup>500</sup> François Rigaux, **a.g.e.**, s.45; Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.6

<sup>501</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.4, Paris, 1999, s.17

<sup>502</sup> Ayrıntılı açıklama için Ülker Gürkan, “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hamdi Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara, 1995, s.50 vd.; Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.4, s.389 vd.

<sup>503</sup> ABD’de 1930’lara kadar mahkemelerce bu görüşün benimsendiği dönemi Alan F. Westin “mülk sahibi özel hayat dönemi” (“*the era of propertied privacy*”) olarak adlandırmaktadır bkz. Brian V. Johnstone, **a.g.e.**, s.76

<sup>504</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.62-63; Frédéric Zenati-Castaing – Thierry Revet, “La formulation de la théorie des droits de la personnalité (extraits)”, **Médias et vie privée**, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.49-50

<sup>505</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.4, s.471

<sup>506</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.7

<sup>507</sup> Jean Sace, **a.g.e.**, s.866

<sup>508</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.5, Paris, 1999, s.59 vd.

gönderilen mektupların ebeveynleri tarafından okunup onaylandığına dair bir imza taşıması gerekmektedir<sup>509</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özel hayatın gizliliği, özel hayata saygı hakkı gibi kavramların tartışılması XIX. yüzyılın ikinci yarısında başlamış, *Samuel Warren* ve *Louis Brandeis*'in 1890'da yayınlanan makaleleri yeni bir çığır açmıştır. Zira yazarlar “özel hayatın gizliliğinin” bağımsız olarak korunmasını savunmuşlar, “özel hayatın gizliliği hakkı” (“*right to privacy*”) kavramını ortaya atmışlardır<sup>510</sup>. New York Eyaleti'nde bazı özel hayat bilgilerinin ticari amaçla kullanılması yasaklayan bir kanun yapılmıştır<sup>511</sup>. Federal düzeyde ise 1934 yılında çıkarılan Federal İletişim Kanunu'nun (“*Federal Communications Act*”) 605.maddesinde telefon iletişiminin dinlenmesi kısıtlanmıştır<sup>512</sup>.

#### d) XX. yüzyıl ve günümüz

Konunun dünya ölçeğinde özellikle de Avrupa sathında gündeme gelmesi XX. yüzyılın ikinci yarısında olabilmıştır<sup>513</sup>. Bir yandan İkinci Dünya Savaşı'nın ardından temel haklar ve insan hakları anlayışının gelişmesi ve soyut bir birey kavramının yerini hak ve borçlara sahip somut “kişi” kavramının alması<sup>514</sup>, diğer yandan teknolojideki çok hızlı değişim özel hayatın gizliliği hakkının daha ciddi biçimde korunması gerektiğini ortaya koymuştur. Örneğin ilk bilgisayar 1951 yılında piyasaya çıkmış ve yirmi beş yılın sonunda yaklaşık 170 milyar İsviçre Frangı tutan bir yatırımla sayısı 300.000'i geçmiştir. Böylece kişisel bilgilerin hem toplanması, hem işlenmesi hem de dağıtılması ve paylaşılması giderek ve hızla kolaylaşmıştır<sup>515</sup>. Buna paralel olarak da özel hayatı korumaya yönelik hukuksal belgeler doğmaya başlamıştır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde özel hayata saygı hakkı açıkça tanınmıştır. Hatta Roma Kilisesi'nin

<sup>509</sup> Philippe Ariès – Georges Duby, **Histoire de la vie privée**, T.5, s.67

<sup>510</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.86; Yazar, benzer içerikli 1909 tarihli bir başka makaleden daha söz etmektedir bkz. s.64

<sup>511</sup> Richard F. Nixon, **a.g.e.**, s.43; Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.103

<sup>512</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.35

<sup>513</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffé, **a.g.e.**, s.238; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.68

<sup>514</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.14-15

<sup>515</sup> François Beguin, **a.g.e.**, s.117-122

1962 yılında yaptığı II. Vatikan Konsülü de herkesin özel hayatının gizliliğinin korunması hakkı olduğunu ifade etmiştir<sup>516</sup>.

Ayrıca yapılan bölgesel toplantıların sonuç bildirgelerinde de bu yönde kararlar alınmıştır. Avrupa’da özel hayatın korunmasında öncü olan İskandinav ülkeleri<sup>517</sup> 22 ve 23 Mayıs 1967’de İsveç’in Stockholm kentinde “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”ni düzenlemişlerdir. Toplantıya başka ülkelerden de hukukçular katılmış ve sonuçta önemli kararlar alınmıştır<sup>518</sup>. Özel hayatın temeline insan mutluluğu konulmuş ve kavramın içeriği son derece geniş tutularak; kişinin aile ve ev hayatı, fiziksel ve düşünsel bütünlüğü, şeref ve şöhreti, söz ve fiillerinin bütünlüğü, ismi, haberleşmesi ve mesleki sırları dahil edilmiştir. Ayrıca kişinin özel bilgilerinin ifşasına, zorunlu tıbbi müdahaleye, gizli takibe ve haberleşmesinin kötüye kullanılmasına karşı korunması gerektiği de belirtilmiştir. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin 2.fikrasına atıf yapılarak hakkın hangi nedenlerle sınırlanabileceği söylenmiştir. Koruma başlıklı son kısımda ise diğerlerinin yanında çeşitli cezai düzenlemeler önerilmektedir. Bunlar da sırasıyla; özel hayata müdahale, ses alma, fotoğraf veya filmini çekme, telefon dinleme, gizli mikروفon koyma ve bu biçimde elde edilmiş bilgi-belgelerin kullanılmasıdır. Öte yandan 13 Mayıs 1968’de “Uluslararası İnsan Hakları Konferansı”nın ilan ettiği “Tahran Bildirisi”nin 18.maddesinde bilimsel buluşların ve teknolojik gelişimin yararlarının yanında bireylerin haklarını ve özgürlüklerini tehlikeye attığı, buna dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>519</sup>.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu da 19 Aralık 1968’de aldığı kararda bu bildiriye atıf yapmış ve Genel Sekreteri’ni, başka kurumların da desteğiyle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkıyla ilgili çalışma yapmaya çağırmıştır<sup>520</sup>. Avrupa Adalet Bakanları, Türkiye de dahil olmak üzere 26-28 Mayıs 1970’te yaptıkları VI.Konferansta gizli dinlemelerle ilgili yeni düzenlemeler yapılması gerekliliğini ve uluslararası işbirliğini vurgulamışlardır<sup>521</sup>. Ayrıca yine aynı yıl Brüksel’de yapılan ve

<sup>516</sup> Brian V. Johnstone, **a.g.e.**, s.75

<sup>517</sup> Norveç telefon dinlemeleri ile ilgili 24 Haziran 1915’te bir yasa yapmıştır bkz. Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.383

<sup>518</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Süheyl Donay, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, **İHFİM**, Cilt XXXIX, 1974, s.439-449

<sup>519</sup> “Proclamation of Teheran”, [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org) (Erişim: 12.03.2010)

<sup>520</sup> Michael Kirby, **a.g.e.**, s.12

<sup>521</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.141-142

konusu özel hayat olan III. Uluslararası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kolokyumu'nda kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün, onurunun, şöhretinin, isminin, kimliğinin veya imajının ve mesleki sırrının korunması ve yine kişinin gizli takip yöntemlerine karşı korunmasına dikkat çekilmiştir<sup>522</sup>. Zaten bu dönemde Türkiye'de de konu tartışılmış ve Türkiye Barolar Birliği 7 Ocak 1971'de Adana'daki toplantısında Anayasada özel hayat ve haberleşme özgürlüğünü korumaya yönelik hükümleri de hatırlatarak, mahremiyete yeterince saygı gösterilmediğine dikkat çekmiş ve teknolojik gelişim nedeniyle yeni hukuk kurallarına gereksinim olduğuna daha o tarihlerde dile getirmiştir<sup>523</sup>.

Bu sırada ülkelerde de yoğun biçimde konuyla ilgili yasal faaliyetlere girişilmiştir. Özellikle kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasıyla ilgili olarak İsveç 11 Mayıs 1973'te, Amerika Birleşik Devletleri federal düzeyde 1974'te, Almanya 27 Ocak 1977'de ve Fransa 6 Ocak 1978'de ilgili kanunları kabul etmişlerdir<sup>524</sup>. İsveç kanunu bu alanda dünyada genel düzenleme yapan ve resmi bir kişisel veri koruma kurumu kuran ("*Datainspektionen*") ilk kanun olma özelliğine sahiptir<sup>525</sup>. Zaten ülkenin resmi istatistik kurumunun 1977'de yaptığı araştırmaya göre halkın en çok önem verdiği üçüncü konu özel hayatın gizliliğinin korunması olması<sup>526</sup> da bu gerekliliğe işaret etmektedir. Öte yandan iletişimin denetlenmesi ile ilgili kanunlar da 70'li yıllardan itibaren örgütlü suçluluk ve terörizmle mücadelenin arttığı Avrupa'da hız kazanmış, Almanya'da 1968, Avusturya'da 1974, İsviçre'de 1979, İtalya'da 1982 ve İngiltere'de 1985'te ilgili kanunlar yapılmıştır<sup>527</sup>.

1990'lı yıllarında ikinci yarısında ve özellikle de 2000 yıllarla beraber denge güvenlik lehine bozulmaya başlamış ve kişisel özgürlüklerin aleyhine toplum menfaatleri ağır basar hale gelmiştir. Nitekim 1998 yılında eski Almanya Adalet Bakanı "*Özgürlük sayfası, güvenlik yararına kesin olarak kapanmıştır*" diyebilmiştir<sup>528</sup>. Gizli dinleme ile ilgili olarak Fransa'da 1991'de<sup>529</sup> Belçika'da

<sup>522</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.27; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.35

<sup>523</sup> Yıldırım Zeren, **a.g.e.**, s.422

<sup>524</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.87

<sup>525</sup> François Beguin, **a.g.e.**, s.123

<sup>526</sup> Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.10

<sup>527</sup> Vesile Sonay Evik, "4422 sayılı Yasada İletişimin Dinlenmesi ve Tespiti", **Güncel Hukuk**, Ekim 2004, s.30

<sup>528</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.201

<sup>529</sup> Bahri Öztürk, "İletişimin Dinlenmesi", **Güncel Hukuk**, Ekim 2004, s.32

1994'te<sup>530</sup> bir yasal düzenleme yapılmıştır. İsviçre'de sınırların kameralarla izlenmesi için 26 Ekim 1994'te, demiryolları içinse 5 Aralık 2003'te kararnameler çıkarılmıştır<sup>531</sup>. Bu akımdan Türkiye de payına düşeni yapmış ve 1999 yılında çıkarılan 4422 sayılı kanun ile Türk Hukuku “yasal olarak ilk kez” iletişimin tespiti ve gizli görevli gibi kavramlarla tanışmıştır<sup>532</sup>.

Türkiye'de anayasalardaki düzenlemelere ve öğretide gerek genel olarak özel hayatın gizliliğinin korunması ve gerekse kişisel verilerin korunması konusunda yapılan ısrarlara rağmen<sup>533</sup> ancak 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısında özel hayatın gizliliğinin ceza normlarıyla korunabilmesi için ilk adım atılabilmiş<sup>534</sup> ve tasarının 2005 yılında kanunlaşp yürürlüğe girmesiyle uygulama olanağı elde edilmiştir. Kişisel verilerle ilgili kanun tasarısı ise hala beklemektedir.

Öte yandan teknolojik gelişim de hızlanarak devam etmektedir. Örneğin bugün Avrupa Komisyonu'nun önünde “*Siberoy*” denen elektronik iletişim yoluyla uzaktan oy kullanma yöntemi tartışması vardır. Uygulama İsviçre ve Almanya'da yerel düzeyde denenmekte, hatta Yeni Zelanda'da yasal düzenlemeye konu olmaktadır. Ancak halen gerekli gizlilik güvencelerinin sağlanamamış olması insanlığı bu şekilde kolayca oy kullanabilmekten mahrum etmektedir<sup>535</sup>.

## **2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması**

4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanıp, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, resmi adı ile İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 6366 sayı ve 10 Mart 1954 tarihli kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme bugün Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletler tarafından imzalanıp onaylanmış olup hemen tüm Avrupa'da uygulanır hale gelmiştir.

<sup>530</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.295

<sup>531</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.928

<sup>532</sup> Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.77

<sup>533</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.120

<sup>534</sup> Ersan Şen, **a.g.e.**, s.709

<sup>535</sup> Alexander Dix, “La démocratie électronique et ses implications en matière de vie privée dans la vie publique”, **La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.365-368

İlk metninde ve daha sonra onaylanan ek protokollerle birçok temel insan hakkını koruma altına alan Sözleşme'nin 8.maddesi özel hayata saygının, dolayısıyla da özel hayatın gizliliğinin korunması ile ilgilidir. Madde kaleme alınırken İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12.maddesinden esinlenilmiştir. Ancak 12.maddenin aksine 8.maddede, “onur ve saygınlık” kavramları bulunmadığı gibi muğlâk bir kavram olan “keyfi müdahale” sözüne, her ne kadar ilk halinde bulunsa da<sup>536</sup>, yer verilmemiştir<sup>537</sup>. Ayrıca orijinal haldeki İngiliz önerisinin aksine hakkın yalnızca devlet müdahalelerine karşı korunması söylemi de terk edilmiştir<sup>538</sup>. 8.madde Şubat 1949'da “Uluslararası Avrupa Hareketi Konseyi”nin Brüksel'de yaptığı önerilerden, Ağustos 1950'de Danışma Meclisi'nin Strasbourg'da kararlaştırdığı nihai haline kadar çok tartışılmış ve değiştirilmiştir. İlk halinde yalnızca ailenin korunması ve konut dokunulmazlığını içermekteyken, özellikle İngiliz delegasyonunun 15 Haziran 1950 tarihli önerisinin de etkisiyle bugünkü halini almıştır<sup>539</sup>.

Madde, benzerlerinde olduğu gibi ilk fıkrasında hakkı tanımlamakta, ikincisinde ile hukuka uygun bir kısıtlamanın koşullarını göstermektedir: “(1) *Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut dokunulmazlığı ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.* (2) *Bu hakkın kullanılmasına; demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı gerekleri ve kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve kanun gereği olan müdahaleler dışında kamu makamları tarafından karışılmaz*”<sup>540</sup>. Hakkın tanımlandığı ilk fıkrada dört kavram ön plana çıkmaktadır: özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme<sup>541</sup>. Korunan, tıpkı bazı yazarların da belirttiği gibi<sup>542</sup>, kişinin bu değerlere yönelik hakkı değil, bu değerlerine saygı duyulması, dolayısıyla, maddede yer verilmemiş olsa da, keyfi müdahalelere karşı korunma hakkıdır.

<sup>536</sup> Frédéric Sudre, “Rapport introductif; la ‘construction’ par le juge européen du droit au respect de la vie privée”, **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruxelles, 2005, s.12

<sup>537</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.528

<sup>538</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.529

<sup>539</sup> Preparatory work on Article 8 of the European Convention on Human Rights, **Council of Europe**, CDH (65) 5, Strasbourg, 12 Mayıs 1967

<sup>540</sup> Süheyl Batum – Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, 3.Baskı, İstanbul, 1999, s.229

<sup>541</sup> Yutaka Arai, “the Margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, V.16 n.1, 1998, s.41

<sup>542</sup> Colin Warbrick, “the Structure of Article 8”, **European Human Rights Law Review**, Issue I, 1998, s.34; Jacques Velu, **Rapport relatif ....**, s.50

AİHM söz konusu dört kavramı bazen bir arada kullanırken bazen de ayrı ayrı kullanmayı yeğlemektedir. Örneğin cinsel hayat, çocukların cinsel istismarının söz konusu olduğu olaylarda yalnızca “özel hayat” kavramından söz edilirken, konutların aranması ve iletişimin tespitinde bunun yanında “haberleşme” de devreye girmektedir. Ama başvuruçuların hükümlü olması halinde yalnızca “haberleşme” ileri sürülmektedir. Kişisel veriler ve çevre hakkı ise hem özel hayat hem aile hayatı hem de konuta saygı içerisinde değerlendirilmektedir<sup>543</sup>. Ama Mahkemenin maddede bu kavramlar tek tek sayıldığı için bu yola gittiği, aslında aralarında mutlak, kesin bir ayırım yapmadığı da ortadadır. Bu bağlamda söz konusu kavramların geniş anlamda özel hayatın parçası olduğu ve yapılacak keyfi müdahalelerin özel hayata saygı ve bazı hallerde özel hayatın gizliliği haklarını da ihlal edeceği kuşkusuzdur.

Öte yandan madde değerlendirilirken 9.maddedeki inanç özgürlüğü, 10.maddedeki bilgi ve düşünceleri paylaşma özgürlüğü ve 1 numaralı Ek Protokol’ün 2.maddesindeki eğitim özgürlüğünün de dikkate alınması gerektiği not edilmektedir<sup>544</sup>. Örneğin Mahkeme, 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens-Avusturya kararında siyasi kişilerin özel hayatı korunurken siyasi tartışmaların engellenmemesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>545</sup>.

a) Mahkeme’ye göre 8.maddenin kapsamının değerlendirilmesi

Öğreti Mahkeme’nin bu maddeye yönelik içtihadının iki yönde koruma sağladığı sonucuna ulaşmaktadır. Birincisi kişinin kendi hayat olaylarını ve bilgilerini toplumdan gizli tutabilmesi, yani özel hayatın gizliliği, ikincisi de kişisel tercihlerini özgürce seçebilmesi yani kişisel özerklik<sup>546</sup>. Bu bağlamda Mahkeme; manevi ve maddi bütünlük<sup>547</sup>, kişisel kimlik, kişisel bilgi, cinsellik ve kişisel veya özel alan gibi kavramları<sup>548</sup>, hatta kişinin kendi algısını ve kimliğini ifade etmesini<sup>549</sup>

<sup>543</sup> Frédéric Sudre, *Les aléas de la notion ...*, s.689-697

<sup>544</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *a.g.e.*, s.811

<sup>545</sup> Güney Dinç, *a.g.e.*, s.49

<sup>546</sup> Tomás Gómez-Arostegui, *a.g.e.*, s.160

<sup>547</sup> Bu bağlamda Mahkeme’nin, işkence, kötü muamele ve insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3.madde ile de bağlantı kurduğu 4 Aralık 2003 tarihli M.C.-Bulgaristan kararı için bkz. Frédéric Sudre, *Rapport introductif ...*, s.22

<sup>548</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *a.g.e.*, s.812; Enkelada Papa, *a.g.e.*, s.10; Sultan Üzeltürk, *a.g.e.*, s.169

<sup>549</sup> K.Ahmet Sevimli, *a.g.e.*, s.19

de 8.maddedeki “özel hayat” kavramı içinde değerlendirmektedir. Ayrıca Mahkeme, 11 Temmuz 2002 tarihli Goodwin-İngiltere kararında insan haysiyeti ve özgürlüğü kavramlarını Sözleşme’nin, dolayısıyla da 8.maddenin, temeli saymış ayrıca, 8.maddenin “kişisel özerklik” kavramını da içerdiğini belirtmiştir<sup>550</sup>. Öte yandan 11 numaralı Ek Protokol ile kaldırılan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu başta, 18 Mayıs 1976 ve 12 Temmuz 1977’de verdiği iki kararda, 8.maddenin belli ölçüde kişinin ilişkilerini kapsamakla birlikte bütün çevresi ile olan ilişkileri kapsamadığını ve özel hayatın sosyal hayat ile temas başladığı anda bittiğini belirtmiştir<sup>551</sup>. Ancak Mahkeme’nin önemli ilke kararlarından 16 Aralık 1992 tarihli Niemietz-Almanya kararında, özel hayatın mesleki veya ticari alanı da kapsadığı açıkça vurgulanmıştır<sup>552</sup>. Zira somut olayda bir avukatın, yürütülen bir ceza soruşturması nedeniyle bürosunun aranması söz konusudur ve davalı devletin, büronun mesleki yer olduğu dolayısıyla da özel hayata bir müdahalenin söz konusu olmadığı yönündeki savunması kabul görmemiştir. Bunun yanında 11 Ocak 2005 tarihli Sciacca-İtalya kararında Mahkeme’nin, kamusal alanda olsa bile, kişi ile üçüncü şahıslar arasında “bir etkileşim alanı” (“*zone d’interaction*”) bulunduğunu ve bunun da özel hayata saygı hakkı yani 8.madde çerçevesinde korunan alana dahil olduğunu belirtmesi<sup>553</sup>, bir yandan maddenin geniş yorumuna önemli bir örnek oluştururken diğer yandan da kamusal alan-özel alan ayrımının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da sorun çözücü, geçerli bir ayrım olmadığını da ortaya koymaktadır.

Aynı yaklaşım “*kişisel, toplumsal ve ekonomik ilişkilerin her insanın özel hayatının kurucu unsurları olduğunun*” vurgulandığı 9 Ekim 2003 tarihli Slivenko-Letonya kararında ortaya konduğu gibi<sup>554</sup>, 28 Ocak 2003 tarihli Peck-İngiltere kararında da kamusal alandaki kişilerle veya nesnelere olan ilişkilerin de özel hayat içinde değerlendirilebileceği söylenmiştir<sup>555</sup>. Somut olayda intihar etmek isteyen bir

<sup>550</sup> Frédéric Sudre, **Rapport introductif ...**, s.33; N.A.Moreham, “The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination”, **European Human Rights Law Review**, 2008/1, s.71

<sup>551</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.536; Jacques Velu, **La protection de la vie privée par le droit**, s.45

<sup>552</sup> Hanspeter Mock, **a.g.e.**, s.240

<sup>553</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.150

<sup>554</sup> Frédéric Sudre, **Rapport introductif ...**, s.17

<sup>555</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.54; Tomás Gómez-Arostegui, **a.g.e.**, s.171; Oysa İngiliz Mahkemesi bu ülkede açıkça tanınmış bir özel hayatın gizliliği hakkı olmadığından başvurucunun taleplerini reddetmiştir bkz. Rabinder Singh, “Privacy and the Media: The Impact of the Human Rights Bill”, **Protecting Privacy**, Oxford, 1999, s.172; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.195

kişinin güvenlik kameralarınca çekilen görüntülerinin medyada yayını söz konusudur. Ayrıca 8.maddenin amacının “*her bireyin benzerleri ile olan ilişkilerinde kişisel gelişimini güvence altına almak olduğunun*” belirtildiği 24 Şubat 1998 tarihli Botta-İtalya kararı ve “kişisel gelişim hakkının” açıkça ilk kez söylendiği 29 Nisan 2002 tarihli Pretty-İngiltere kararlarının<sup>556</sup> da altı çizilmelidir. Adı geçen son kararda Mahkeme’nin kişisel gelişim hakkını, benzerleri ile ilişki kurma hakkından ayrı olarak saydığı dolayısıyla ona ayrı bir özerklik verdiği öğretilerinde vurgulanmaktadır<sup>557</sup>.

#### aa) Kişisel veriler

Komisyon’un kişisel verilerin de 8.madde kapsamına girebileceği yönündeki 11 Aralık 1985 tarihli kararından sonra Mahkeme, 26 Mart 1987 tarihli Leander-İsveç kararında söz konusu verilerin korunmasının da 8.maddenin 1.fıkrası kapsamında olduğu içtihadını oluşturmuştur<sup>558</sup>. Bu bağlamda kişisel verinin kaydedilmesi, kullanılması ve ilgilinin bilginin aksini ispat isteminin reddedilmesi hallerinde madde devreye girecektir<sup>559</sup>.

Hassas kişisel verilerin rıza olmaksızın işlenmesinin de doğası gereği bu kapsamda olduğunu 27 Ağustos 1997 M.S.-İsveç kararında belirtmiştir<sup>560</sup>. Bu alandaki bir başka ilke kararı olan 4 Mayıs 2000 tarihli Rotaru-Romanya kararında AİHM, kamusal nitelikli verilerin de sistematik olarak toplanıp kaydedilmesi halinde özel hayata dahil olabileceğini, hele de kişinin uzak geçmişi söz konusu ise bunun daha da belirgin olduğunu söylemiştir<sup>561</sup>. Bu kararın, kamusal alanda ve hayatta da özel hayatın dolayısıyla da özel hayatın gizliliği hakkının bulunduğu iddiasına sağlam bir dayanak oluşturduğu açıkça vurgulanmalıdır.

Kamera takip sistemleri açısından da benzer bir ayırım yapan Komisyon, 14 Ocak 1998 tarihli Herbercq-Belçika kararında veri kaydı yapmayan, kamusal alandaki bir kameranın özel hayata saygı hakkına müdahale etmediğini söylemiştir. Bu kararın mefhumu muhalifinden çıkan sonuç kaydetme, saklama, verileri iletme

<sup>556</sup> Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.7-8; Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.143

<sup>557</sup> Frédéric Sudre, **Rapport introductif ...**, s.18

<sup>558</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.546-547; Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.20-21

<sup>559</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.63

<sup>560</sup> Deryck Beyleveld, **a.g.e.**, s.11

<sup>561</sup> Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.426; Fikret İlkiz – Duygun Yarsuvat, **a.g.e.**, s.22; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.191

gibi unsurların varlığı halinde özel hayata müdahalenin söz konusu olduğu ve o zaman da ihlal olmaması için gerekli güvencelerin aranacağıdır<sup>562</sup>. Aynı ayrımı bu kez Mahkeme, 17 Temmuz 2003 tarihli Perry-İngiltere kararında yapmış ve kamusal alanda kayıt yapmayan kameraların 8.madde kapsamına girmediğini ve fakat kayıt yapan yani sistematik olarak veri toplayan kameraların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>563</sup>. Yapılan kaydın kullanılıp kullanılmaması önem taşımamaktadır (Kopp-İsviçre, 25 Mart 1998)<sup>564</sup>. Komisyon ise biraz da bu içtihadattan ayrılan bir şekilde çekilen resimlerin isimsiz kalması, verilerin veri işleme sistemine girilmemesi ve kişinin kimliğinin belirlenmeye çalışılmaması halinde müdahalenin olmadığı görüşündedir (Friedl-Avusturya, 30 Kasım 1992).<sup>565</sup>

Mahkeme, kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkından yararlanabilmesi için kişisel verilerin korunmasının hayati önemi olduğuna işaret etmiştir (Z.-Finlandiya, 25 Şubat 1997). Hatta bu kararda başta sağlığa ilişkin gizli bilgiler olmak üzere bireye ilişkin bütün kişisel bilgilerin gizlilik hakkına dahil olduğunun vurgulanmış olması<sup>566</sup>, Mahkemenin özel hayatın gizliliği hakkına verdiği önemi ve bunu yalnızca dar anlamda kişisel verilerle kısıtlamadığını göstermesi açısından son derece ilgi çekicidir. Ayrıca nüfus sayımında veri toplanmasını (X.-İngiltere, 18 Kasım 1982), kolluk güçlerinin fotoğraf çekip parmak izi almasını (Murray-İngiltere, 28 Kasım 1994 ve McVeigh-İngiltere, 18 Mart 1981, Komisyon), zorunlu tıbbi muayeneyi (X-Avusturya, 13 Aralık 1979, Komisyon) ve tıbbi bilgilerin saklanması (Chave née Jullien-Fransa, 9 Temmuz 1991, Komisyon) müdahale sayılmıştır. Keza kişinin fiziksel durumu, sağlığı ve kişiliği ile ilgili bilgilerin ifşası veya hukuka aykırı biçimde üçüncü kişilere açıklanması da özel hayata bir müdahaledir (DVO-Belçika, 1 Mart 1979, Komisyon)<sup>567</sup>. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 9 Eylül 1992 tarihli Reyntjens-Belçika kararında kimlik taşıma ve istenildiğinde gösterme zorunluluğunu özel hayata bir müdahale olarak değerlendirmemiştir<sup>568</sup>. 7 Aralık 1982'de de vergi idaresi tarafından mükelleflerin kişisel harcamalarının listesinin istenmesinin bir müdahale olduğunu ama 2.fıkraya

<sup>562</sup> Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.434

<sup>563</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.53-54

<sup>564</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.54

<sup>565</sup> S. H. Naismith, "Photographs Privacy and Freedom of Expression", **European Human Rights Law Review**, 1996, s.155

<sup>566</sup> Thierry Massis, **a.g.e.**, s.3565

<sup>567</sup> G.Cohen-Jonathan, **a.g.e.**, s.407

<sup>568</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.813

uygun olduğuna karar vermiştir<sup>569</sup>. Buna karşın Mahkeme, bir şirket yöneticisinin malvarlığı konularının özel hayat içinde değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir (Fressoz ve Roire-Fransa, 21 Ocak 1999)<sup>570</sup>.

#### bb) Konut

“Konut” kavramı geniş yorumlanmakta, ikincil ikametgahlar, tatilde kalınan yerler ve otel odaları dahil edilmektedir. Ayrıca mesleki yerler de aynı kavram içinde değerlendirilmekte ama Komisyon kararına göre yola park etmiş araçlar “konut” sayılmamaktadır<sup>571</sup>. Maddedeki “konuta saygı” sözünü Mahkeme konutuna girme ve orada bulunma hakkının yanında (Wiggins-İngiltere, 8 Şubat 1978, Komisyon ve Gillow-İngiltere, 24 Kasım 1986), konutundan çıkartılmama veya konutuna dönüşünün fiziksel olarak engellenmemesi hakkı olarak da (Kıbrıs-Türkiye, 10 Temmuz 1976 ve 4 Ekim 1983, Komisyon) görmektedir<sup>572</sup>. Ama konut kavramının kişinin büyüdüğü ve ailevi köklerinin bulunduğu ama artık yaşamadığı bölgeyi kapsayacak biçimde zorlanamayacağı da karar altına alınmıştır (Loizidou-Türkiye, 18 Aralık 1996)<sup>573</sup>. Ayrıca Mahkeme yalnız mülkiyetin 8.madde anlamında konut kavramı için yeterli olmadığını belirterek 18 Mayıs 1999’da kabul edilemezlik kararı vermiştir (Barclay-İngiltere)<sup>574</sup>. Söz konusu karar Anglo-Sakson Hukukundaki mülkiyet temelli özel hayata saygı hakkının isabetsizliğini de aslında ortaya koymaktadır.

#### cc) Haberleşme

İletişimin denetlenmesi “haberleşme hakkına saygı” çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>575</sup>. Ancak Mahkeme’nin keskin bir çizgi çizmediği ve iletişimi hem haberleşme hem de özel hayat içerisinde değerlendirdiği (bkz. Klass-Almanya, 6 Eylül 1978)<sup>576</sup>, böylece bu kavramları kesin olarak ayırmadığı da vurgulanmalıdır. Bu bağlamda Mahkeme görüşmenin içeriğinin özel hayata ilişkin olmadığı

<sup>569</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.539

<sup>570</sup> Patrick Wachsmann, “Le droit au secret de la vie privée”, **Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme**, Bruxelles, 2005, s.122

<sup>571</sup> Hanspeter Mock, **a.g.e.**, s.243; Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.29

<sup>572</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.817

<sup>573</sup> Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.473

<sup>574</sup> Joshua Rozenberg, **Privacy and the press**, Oxford, 2004, s.115

<sup>575</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.818

<sup>576</sup> Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.16

gerekçesini de kabul etmemektedir (A-Fransa, 23 Kasım 1993 kararı)<sup>577</sup>, dolayısıyla bizatihi telefon görüşmesini özel hayata dahil saymaktadır. Ayrıca bu bağlamda telefon görüşmelerinin süresi, zamanı, muhatabı gibi özelliklerinin tespiti de 8.madde anlamında müdahale sayılmaktadır<sup>578</sup>. Hatta telgraf, elektrik veya bilişim yoluyla yapılan iletişimler bu kapsamda değerlendirilirken (Örneğin, Copland-İngiltere, 3 Nisan 2007) Komisyon 13 Mayıs 1982’de verdiği kararda özel radyo yayını yoluyla iletişimi de aynı biçimde değerlendirmiştir<sup>579</sup>. Ama Komisyon 27 Şubat 1995 tarihli C.-İsviçre kararında, üçüncü kişilerin de girebileceği bir hat üzerinden yapılan konuşmanın özel konuşma olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>580</sup>. Ayrıca somut olayda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yoluyla yapılan takip ve tespit de özel hayata müdahale niteliği taşımadığı, dolayısıyla da 8.maddeyi ihlal etmediği Mahkemece hüküm altına alınmıştır (Lüdi-İsviçre, 15 Haziran 1992)<sup>581</sup>.

#### dd) Diğer konular

“Aile hayatına saygı hakkı” toplumsal, ekonomik, kültürel ve coğrafi koşulların yanında ideolojik, dini ve felsefi koşullardan da etkilenmektedir. Öte yandan aile hayatı yalnızca hukuki aile hayatını yani evliliği değil fiili aile hayatını da kapsar biçimde yorumlanmaktadır<sup>582</sup>.

Komisyon, tıbbi muayeneye tabi tutulmayı da özel hayata saygı hakkına müdahale olarak yorumlamıştır (10 Aralık 1984)<sup>583</sup>. Hatta Mahkeme bu içtihadı geliştirerek “basit önemdeki” tıbbi müdahaleleri de aynı şekilde değerlendirmiştir (YF-Türkiye, 22 Temmuz 2003)<sup>584</sup>. Ayrıca zorunlu tedavi, karşılaşılan sağlık risklerini öğrenme ve tıbbi bilgilere ulaşımın engellenmesi gibi durumlar da madde kapsamında değerlendirilmektedir<sup>585</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin özellikle de son yıllarda gelişen içtihadıyla 8.maddenin kapsamını son derece genişlettiği ve özel hayat kavramını çok

<sup>577</sup> Patrick Wachsmann, **a.g.e.**, s.127; Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.121

<sup>578</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.77; Patrick Wachsmann, **a.g.e.**, s.131

<sup>579</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.560

<sup>580</sup> S. H. Naismith, **a.g.e.**, s.153

<sup>581</sup> Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.412

<sup>582</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.549-550; Hanspeter Mock, **a.g.e.**, s.241

<sup>583</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.569

<sup>584</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.50; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.258

<sup>585</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.76

kapsamlı biçimde yorumladığı var olan bir gerçektir. Birkaç örnek vermek gerekirse; sado-mazoşist yöntemler de dahil olmak üzere (Laskey, Jaggard ve Brown-İngiltere, 19 Şubat 1997) cinsel hayat (Dudgeon-İngiltere, 24 Şubat 1983), kimlik hakkı (Burghartz-İsviçre, 22 Şubat 1994; Stjerna-Finlandiya, 25 Kasım 1994; Guillot-Fransa, 24 Ekim 1996), yeni cinsel kimliğin tanınması hakkı (B.-Fransa, 25 Mayıs 1992), kökenini bilme hakkı (Odièvre-Fransa, 13 Şubat 2003 ve Miculic-Hırvatistan, 7 Şubat 2002), vatandaşlık hakkı (Karassev ve ailesi-Finlandiya, 12 Ocak 1999), çevre hakkı (Lopez Ostra-İspanya, 9 Aralık 1994 ve Guerra ve diğerleri-İtalya, 19 Şubat 1998), hükümlülerin belirli bir dereceye kadar bir araya gelme hakkı (McFeeley-İngiltere, 15 Mayıs 1980) ve hatta bu kişilerin genetik anne-baba olma kararına saygı hakkı (Dickson-İngiltere, 4 Aralık 2007)<sup>586</sup>. Mahkeme, yabancıların sınır dışı edilmesinin özel hayatı, özellikle de aile hayatını etkilediğini kabul etmekte ve üye devletlerin 8.madde koşullarını ihlal etmeden süreci uygulamalarını gözetmektedir<sup>587</sup>.

#### ee) Pozitif yükümlülükler

Mahkeme, 8.maddenin özellikle kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bir koruma yani negatif bir yükümlülük getirdiğini vurgulamakla birlikte üye devletlerin hakların tam olarak korunmasını sağlamak amacıyla bazı pozitif yükümlükleri yani bazı eylemleri yapmaktan kaçınmanın ötesinde bazı eylemleri de yapmak zorunda olabileceklerini kabul etmiştir. 2.fıkradaki düzenlemenin buna izin vermediği iddiasını da 24 Şubat 1998 tarihli Botta-İtalya kararında reddetmiştir<sup>588</sup>. Pozitif edim yükümünün temel çıkış noktası olarak Sözleşme'nin 1.maddesi ve Mahkeme'nin hakların "*kağıt üzerinde ve göstermelik değil uygulanabilir ve etkili*" yorumlanması gerektiği içtihadı gösterilmektedir<sup>589</sup>. Örneğin 23 Eylül 1994 tarihli Hokkanen-Finlandiya kararında devletin, kişilerin kendi kişisel bilgilerine ulaşma

<sup>586</sup> Kararların tam metni için bkz. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.23 vd.; İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.166; Damien Roets, "Chroniques", **Revue trimestrielle de droit civil**, 2008/1, s.164; Ursula Kilkelly, **Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı**, Strasbourg, 2001, s.8; Michel de Salvia, **Compendium de la CEDH**, Vol.1, Strasbourg, 2003, s.398-463; Sado-mazoşist cinselliği özel hayat içinde kabul eden Fransız Yargıtay kararı için bkz. Jean Sace, **a.g.e.**, s.867

<sup>587</sup> Örneğin Ziya Üner –Hollanda, 18 Ekim 2006 tarihli Büyük Daire kararı bkz. **Revue universelle des droits de l'homme**, Vol. 18 n.1-5, 2006, s.68-75

<sup>588</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.821-823

<sup>589</sup> Barış Bahçeci, "Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: AİHM ile AYM İçtihatları", **Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan**, GSU Yayınları No:5, 2007, s.518; Pozitif edimin teorik temeli için bkz.s516-517

hakkını sağlaması gerektiğine hükmetmiştir<sup>590</sup>. Burada söz konusu olan 2.fıkra bağlamında yapılacak bir değerlendirmeden çok toplumsal menfaat ile kişinin menfaatleri arasında “adil bir dengedir”<sup>591</sup>. 13 Haziran 1979 Marckx-Belçika ve 9 Ekim 1979 tarihli Airey-İrlanda kararları pozitif edim yükümlülüğü açısından “kurucu” karar olarak adlandırılmaktadır<sup>592</sup>.

Mahkeme, Craxi-İtalya kararında (17 Mart 2003) ilgilinin telefon görüşmelerinin basına sızdırılması hakkında etkili bir soruşturma yapılması gerektiğine işaret etmiştir. 24 Haziran 2004 tarihli Von Hannover-Almanya kararında ise başvurusunun özel hayatının gazetecilerden korunması yükümü söz konusudur. Ancak AİHM, A.B.-Hollanda kararında (29 Ocak 2002) mektupla haberleşme olanağı olan hapishanede mahkumlara telefonla haberleşme olanağını da sağlama yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmemiştir<sup>593</sup>. Ayrıca cinsiyet değişikliği sonucunda yeni cinsiyetin resmi olarak tanınması, kadının evlenince kendi soyadını koruyabilmesi, evlilik dışı çocuklara karşı ayrımcılıkların kaldırılması, çocuklarla ebeveynlerin bir araya gelmesi, azınlıkların yaşam tarzı, çevre kirliliği gibi konular pozitif edim yükümlülüğü bağlamında Mahkeme önünde sürekli tartışma konusu olmuş ve Mahkeme'nin de içtihadı zamana ve toplumsal gelişime göre oluşmuş ve değişime uğramıştır<sup>594</sup>. Pozitif edim yükümü kavramının Mahkeme'ye, 8.maddeyi bireyler arasındaki ilişkilere de uygulama olanağı sağlayan ve böylece maddeye, başlangıçta Komisyon'un da<sup>595</sup> kendisinin<sup>596</sup> de şüpheli yaklaştığı “yatay etkiyi” kazandırdığı da not edilmelidir (Örneğin, X. ve Y. –Hollanda, 26 Mart 1985 kararı: Somut olayda davalı devletten istenen yeni suçlar yaratmasıdır<sup>597</sup>).

<sup>590</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.824; Askerlerin sağlık bilgileriyle ilgili benzer bir karar olan 9 Haziran 1998 tarihli McGinley ve Egan-İngiltere kararı için bkz. Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.424

<sup>591</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.48; Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.534-535; Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.521

<sup>592</sup> Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.522; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.27; G.Cohen-Jonathan, **a.g.e.**, s.409-410

<sup>593</sup> Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.524; Frédéric Sudre, **Rapport introductif ...**, s.28

<sup>594</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.525 vd.

<sup>595</sup> S. H. Naismith, **a.g.e.**, s.157

<sup>596</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif...**, s.47

<sup>597</sup> Jacques Velu, **La protection de la vie privée par le droit**, s.72; Benzer kararlar için bkz. Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.523; Maddenin yatay etkisi Lüksemburg ve Belçika gibi ülkelerin mahkemelerince kabul edilmiştir bkz Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.49 ve Jean Sace, **a.g.e.**, s.868

b) Mahkeme'ye göre hukuka uygun kısıtlamanın koşulları

AİHM, şikayet konusunun Sözleşme'de korunan bir hakla ilgili olduğunu ve bir müdahalenin de varlığını kabul ettikten sonra hukuka uygunluk denetimine geçmektedir<sup>598</sup>. Bunun koşulları da ikinci fıkrada yer almaktadır. Koşullara geçmeden önce 8.madde ile diğer benzer maddeler arasındaki önemli bir farka dikkat çekmek gerekmektedir. 2.fıkra, 9, 10 ve 11. maddelerin 2.fıkralarından farklı olarak yalnızca resmi makamların müdahalesini öngörmektedir<sup>599</sup>. Söz konusu söylem maddenin yazımı sırasında İngiliz delegasyonu tarafından yapılan öneride ilk fıkrada yer almasına rağmen daha sonra ikinci fıkraya kaydırılarak<sup>600</sup> hakkın tanımında değil kısıtlama ölçütleri içerisinde yer verilmiştir. Böylece sağlanan korumanın yatay etki de tanınarak genişletilebilmesinin önü açılmıştır.

Ölçütler; yasal dayanak, haklı sebep, demokratik toplumda gereklilik<sup>601</sup> ve bu bağlamda orantılılık ve keyfiliği önleyici mekanizmalardır<sup>602</sup>. Ancak bu mekanizmaların yalnızca varlığı yeterli olmamakta bunların “sonuç doğuracak biçimde kullanılması” da gerekmektedir (Lambert-Fransa, 24 Ağustos 1998). Örneğin 29 Mart 2005 tarihli Matheron-Fransa kararında yargıcın, iletişimin denetlenmesine karar vermeden önce gerekli güvencelerin varlığını zorunlu olarak araması gerektiği belirtilmiştir<sup>603</sup>. Bir başka kararda da (Funke-Fransa, 25 Şubat 1993) Mahkeme ancak söz konusu mekanizmaların varlığı halinde delil elde etme amaçlı arama ve el koyma önlemlerini kabul etmiş ve somut olayda mekanizmaların olmadığına hükmetmiştir<sup>604</sup>. 6 Eylül 1978 tarihli Klass-Almanya kararında ise örneğin telefon dinlemeler konusunda şu asgari güvenceleri aramıştır<sup>605</sup>: şüphe, suç ve kişi kategorisi, son çare ilkesi, gerektiğinde bildirim, denetim, gerekçeli karar, tesadüfi delillerin durumu ve yasadışı uygulamaya karşı yaptırım. Mahkeme'nin yasal koşullar açısından titiz olduğunu gösteren kararlarından biri de 8 Nisan 2003

<sup>598</sup> Benzer ikili bir yaklaşım Amerikan mahkemelerince de benimsenmiştir. New Jersey Yüksek Mahkemesi'nin kararlarından örnekler için bkz. Orin S. Kerr, “Do we need a new fourth amendment?”, *Michigan Law Review*, April 2009, s.965 (<http://proquest.umi.com> Erişim:24.9.2010)

<sup>599</sup> Jacques Velu, *Rapport relatif...*, s.128

<sup>600</sup> Preparatory work, s.14

<sup>601</sup> Hanspeter Mock, *a.g.e.*, s.239; Ahmet Danışman, *a.g.e.*, s.29; Tomás Gómez-Arostegui, *a.g.e.*, s.156-157; Jacques Velu, *Rapport relatif...*, s.129

<sup>602</sup> Mustafa Taşkın, *a.g.e.*, s.243; Valérie Berset Bircher, *a.g.e.*, s.594; Sultan Üzeltürk, *a.g.e.*, s.235-236

<sup>603</sup> Mustafa Taşkın, *a.g.e.*, s.271 ve s.282

<sup>604</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, *a.g.e.*, s.646

<sup>605</sup> Mustafa Taşkın, *a.g.e.*, s.272-289

tarihli M.M.-Hollanda kararıdır. Somut olayda bir kişi, kendisini taciz ettiğini iddia ettiği bir başka kişi ile yaptığı görüşmeleri, polisini önerisi ve yardımı ile kayda almış ve bu kişi daha sonra kayıtlara dayanılarak mahkum edilmiştir. Mahkeme ise her ne kadar iletişimin bir tarafının rızası da olsa yasal koşullar oluşmadan (yargıç kararının yokluğu ve soruşturmanın henüz başlamamış olması) müdahalede bulunulduğu gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme'nin gerekli güvencelerle ilgili olarak özel hayatın gizliliğini doğrudan ilgilendiren gizli izleme yöntemlerine de değindiği 24 Nisan 2008 tarihli C.G. ve diğerleri-Bulgaristan kararı da oldukça önemlidir. Ulusal güvenlik açısından tehlikeli bulunduğu için sınır dışı edilmesine karar verilen Türk asıllı bir kişi tarafından yapılan başvuru üzerine açılan davada, sınır dışı kararının gerekçesi gizli izleme yöntemleri ile elde edildiği iddia edilen yine gizli istihbarat bilgileridir. Ulusal güvenlik konusunda daha hassas olunması gerektiğini kabul eden Strasbourg Mahkemesi, bununla birlikte gizli izleme yöntemleri ile elde edilen orijinal bilgilerin yazılı hale getirilmesi ve bu tip bilgilerin bütünlüğünün korunması gerektiğine işaret etmiştir. Oysa ilgili Bulgar mevzuatı tüm bunlardan yoksun olduğu için 8.madde ihlal edilmiştir. Ayrıca Mahkeme Türkiye ilgili olarak verdiği ve bir konutun aranmasının söz konusu olduğu kararda da, dava konusu olay sırasında yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97.maddesinin 2.fıkrası uyarınca kolluk görevlisinin, herhangi bir yargı denetimi olmaksızın tek başına "gecikmesinde sakınca bulunan hal" olgusunu takdir edip arama yapmasının gerekli güvencelerden yoksun olduğu ve böylece 8.maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>606</sup>.

#### aa) Yasal dayanak

Yasal dayanağın iki koşulu karşılması gerekmektedir. Birincisi öngörülebilirlik, ikincisi ise ulaşılabilirliktir<sup>607</sup>. Öngörülebilirlik koşulu açısından Mahkeme, kanunun resmi makamların, gerektiğinde gizli ve müdahaleci olan önlemlerinin koşullarının anlaşılabilirliği için yeterince açık olmasını istemektedir<sup>608</sup>.

<sup>606</sup> Işıldak-Türkiye, 30 Eylül 2008 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) Erişim:26.8.2010); Demet Bağal, "AİHS m.8 Çerçevesinde Usulsüz Arama", **Fasikül**, Aralık 2009, s.34-35

<sup>607</sup> Bunlar 1979 tarihli Sunday Times-İngiltere davasında getirilmiş koşullardır bkz. Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.234-235; G.Cohen-Jonathan, **a.g.e.**, s.420

<sup>608</sup> Okechukwu Benjamin Vincents, **a.g.e.**, s.642

Örneğin 15 Temmuz 2003 tarihli Ernst-Belçika kararında AİHM, genel ve geniş sözlerle verilen bir kararla arama yapılamayacağını söylemiştir<sup>609</sup>. Ayrıca mutlaka kişilere önceden önlemle ilgili bildirim yapılmasını istememekte ve resmi makamlara belli bir takdir hakkı bırakılmasını kabul etmektedir ama ilgilinin önleme örneğin takibe uğrayabileceğini bilmesi aranmaktadır (Malone-İngiltere, 2 Ağustos 1984; Olsson-İsveç, 1 Temmuz 1988, Komisyon; Kruslin-Fransa, 24 Nisan 1990)<sup>610</sup>. Ayrıca Mahkeme'nin, gizli alan diyebileceğimiz özel hayatın daha mahrem kısımlarıyla ilgili olarak devletlerin takdir hakkını son derece dar yorumladığı da bilinmektedir<sup>611</sup>.

Özellikle telefonların dinlemesini ağır bir müdahale sayan ve bu nedenle daha hassas davranan AİHM, işlemlerin özel olarak belirli bir kanuna göre yapılmasını aramaktadır (Huvig ve Kruslin-Fransa)<sup>612</sup>. Nitekim Türkiye ile ilgili olarak verilen 6 Aralık 2005 tarihli Ağaoğlu kararında da 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun arama önemiyle ilgili 91 ve 92.maddelerine dayanılarak telefonların dinlenmesini ihlal olarak değerlendirmiştir<sup>613</sup>. Mahkeme mutlak olarak kanun koyucu tarafından yapılmış bir şekli kanun aramamakta ve kavramı maddi anlamıyla algılamakta, hatta yazılı olmayan hukuku bile kabul etmekle<sup>614</sup> birlikte 12 Haziran 2007 tarihli Frérot-Fransa kararında genelge yoluyla hükümlülerin haberleşme hakkının kısıtlanmasını 8.maddeye aykırılık saymıştır. Zira AİHM'ye göre genelgeler, yalnızca hiyerarşik bir yapı içerisinde amirin memura verdiği bilgilendirme yazısıdır ve bağlayıcılıktan yoksundur. Bu nedenle 8.maddenin 2.fıkrasında öngörülen “kanun” kavramı içinde değerlendirilemez<sup>615</sup>. Benzer bir yaklaşımla 12 Mayıs 2000 tarihli Khan-İngiltere davasında bakanlığın rehber kuralları ile gizli dinleme yapılmasını ihlal olarak yorumlamıştır, çünkü bu kuralların yasal bağlayıcılığı olmadığı gibi ulaşılabilirliği de bulunmamaktadır<sup>616</sup>.

<sup>609</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.75

<sup>610</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.829

<sup>611</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.167

<sup>612</sup> Frédéric Sudre – ..., **a.g.e.**, s.414

<sup>613</sup> Güney Dinç, **a.g.e.**, s.28; Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.255-256

<sup>614</sup> Paul de Hert – Serge Gutwirth, **a.g.e.**, s.84

<sup>615</sup> Damien Roets, **a.g.e.**, s.162-164

<sup>616</sup> Ursula Kil Kelly, **a.g.e.**, s.26

## bb) Haklı sebep

Sözleşme'nin 8.maddesinin ikinci fıkrasında, bir müdahaleyi Sözleşme'ye uygun hale getirecek sekiz farklı sebebin, çok farklı ve geniş içerikli olması eleştirilmekte ve bütün değerlendirmeyi, pek de haksız olmayan bir ifade ile, “orantılılık” ilkesine yüklediği eleştirisi yapılmaktadır<sup>617</sup>. Uygulamaya bakıldığında ise Mahkeme'nin, telefonların dinlenmesi açısından düzensizliği ve suçun önlenmesi ile ulusal güvenlik gerekçelerini kabul ettiği görülmektedir<sup>618</sup>. Keza, Komisyon da 10 Mart 1981 tarihli kararında bir müflisin haberleşmesinin denetlenmesini ülkenin ekonomik refahı açısından haklı görmüştür<sup>619</sup>. Ayrıca suçun ve “*casusluk ve terörizmin çok karmaşık biçimlerinin önlenmesi*” de, uygun ve etkin güvencelerin bulunması koşulu ile, takip yöntemleri için haklı sebep oluşturmaktadır (Klass-Almanya, 6 Eylül 1978)<sup>620 621</sup>. Genel ahlak, ulusal güvenlik gibi sebeplerin değerlendirilmesinde Mahkeme'nin, üye devletlere daha geniş bir takdir alanı tanıdığı<sup>622</sup> da not edilmelidir. Ayrıca bir kişinin adli sicilinin açıklanması halkın bilgilenme hakkı açısından (N.-İsveç, 16 Ekim 1986) haklı bulunmuştur<sup>623</sup>. Zaten fıkarda sayılan haklı sebeplerin çokluğu ve genişliği bu alandaki tartışmaların çok fazla olmamasına yol açmaktadır. Nitekim başvurucunun itirazının bulunduğu davalarda bile Mahkeme, haklı sebebin varlığını hemen hemen hiç reddetmemiştir<sup>624</sup>.

## cc) Orantılılık

Devletin daha az müdahaleci, kısıtlayıcı önlemleri öncelikle tercih etmesi gerekmektedir<sup>625</sup>. Örneğin 10 Ekim 2006 tarihli LL-Fransa kararında Mahkeme, bir boşanma davasında kadın eşin sunduğu ve kocasının geçirdiği bir ameliyat ile ilgili

<sup>617</sup> Barbara Hudson, “Secrets of the self: punishment and the right to privacy”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s.139

<sup>618</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.835

<sup>619</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.562; Bu haklı sebebin 1950'deki çalışmalar sırasında İngiliz delegasyonunun çabaları ile eklendiği not edilmelidir bkz. Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.111

<sup>620</sup> N.A.Moreham, **The Right to Respect ...**, s.57; G.Cohen-Jonathan, **a.g.e.**, s.422; Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.42; Almanya açısından aynı durumun devam ettiği 29 Haziran 2006 tarihli Weber ve Saravia-Almanya kararında teyit edilmiştir bkz. 15e Rapport d'activité de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, 2006, s.80

<sup>621</sup> Fıkarda suçun önlenmesi öngörülmesine rağmen bastırılmasından söz edilmemektedir bkz. Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.112

<sup>622</sup> Yutaka Arai, **a.g.e.**, s.55 vd.

<sup>623</sup> S. H. Naismith, **a.g.e.**, s.156

<sup>624</sup> Ursula Kilkelly, **a.g.e.**, s.31

<sup>625</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.108; Yutaka Arai, **a.g.e.**, s.54

belgelerin mahkemece kabul edilmesini ihlal saymıştır, çünkü iddiaları kişisel verileri kullanmadan yani özel hayata daha az müdahale ederek kanıtlanma olanağı da vardır<sup>626</sup>. Bu bağlamda her ne kadar bir takdir hakkı olduğu kabul edilse de (Informationsverein Lentia-Avusturya, 24 Kasım 1993) Mahkeme bu hakkın da uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir<sup>627</sup>. Buna bakarken de görevlilerin iyi niyetli olup olmamaları ile ilgilenmemektedir (Keegan-İngiltere, 18 Temmuz 2006)<sup>628</sup>.

8.maddede, örneğin arama önlemi için, açıkça bir emir/karar istenmese de 2.fıkradaki koşullardan zımni olarak bu gerekliliğe ulaşılmaktadır<sup>629</sup>. Çok geniş, belirsiz kapsamlı kararlar da ihlale neden olmaktadır (Olağanüstü hal dönemindeki uygulamalarla ilgili olarak 13 Kasım 2003 tarihli Elçi ve diğerleri-Türkiye kararı)<sup>630</sup>. Aynı şekilde belgelere toplu olarak el konulması da ihlal kararına yol açmıştır (Mialhe-Fransa, 29 Kasım 1993)<sup>631</sup>. Ayrıca açık düzenleme olmaksızın yalnızca mahkeme kararı ile telefonların dinlenmesi de Mahkeme’yi kesinlikle tatmin etmemekte ve 8.maddenin ihlali yönünde kararlar çıkmasına yol açmaktadır (Kruslin ve Huvig-Fransa kararı)<sup>632</sup>. Bu içtihat özel hayatın gizliliğine yoğun biçimde müdahale eden önlemlere karşı yalnız başına mahkeme/yargıç kararının yeterli olmadığını gösterilmesi açısından son derece önemli ve dikkat çekicidir.

Orantılılık ilkesinden hareketle Komisyon örneğin çekilen fotoğraflar konusunda ikili bir denetim mekanizması geliştirmiştir. İlk önce fotoğrafların “dar anlamda özel hayatı” ihlal edip etmediğine (örneğin, konuta girilerek mi çekilmiş?) ve bir özel hayat olayına ilişkin olup olmadığına bakılır. İkinci aşamada ise fotoğrafların çekilme amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı, herkesin erişebileceği bir hale getirilip getirilmediği sorgulanmaktadır<sup>633</sup>. Bu denetimde yukarıda sözü edilen keyfiliğe karşı güvence mekanizmalarının da denetlendiği açıktır. Zaten bu mekanizmalar da orantılılık ilkesi ile yakından ilgilidir. Yine gizli takiple ilgili olmak

<sup>626</sup> Jean Hauser, “Chroniques”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007/1, s.95-96

<sup>627</sup> Hanspeter Mock, *a.g.e.*, s.245; Yutaka Arai, *a.g.e.*, s.54-55; Üye devletler arasında “ortak paydanın” eksikliği takdir hakkını genişletmektedir bkz. Carole Mounier, *a.g.e.*, s.145 ve Ursula Kilkelly, *a.g.e.*, s.4-5; Sultan Üzeltürk, *a.g.e.*, s.165

<sup>628</sup> N.A.Moreham, *The Right to Respect ...*, s.52

<sup>629</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, *a.g.e.*, s.557; Sultan Üzeltürk, *a.g.e.*, s.147-148

<sup>630</sup> Güney Dinç, *a.g.e.*, s.44

<sup>631</sup> Sesim Soyer, *a.g.e.*, s.35

<sup>632</sup> Jacques Velu, *La protection de la vie privée par le droit*, s.45

<sup>633</sup> S. H. Naismith, *a.g.e.*, s.151

üzere bu kez Mahkeme üçüncü bir kişiye ait olan konutta bulunmak zorunda olan kişinin dinlenmesini ve sözlerinin kaydedilmesinin demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olup 8.maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir (Vetter-Fransa, 31 Mayıs 2005)<sup>634</sup>.

Orantılılık ilkesinin haklı sebeple de bağlantılı olarak net biçimde uygulandığı kararlardan biri de yukarıda değinilen 24 Haziran 2004 tarihli Von Hannover-Almanya kararıdır. Karara konu olayda Monako Prensesi *Caroline*'nin çeşitli fotoğraflarının gazetelerde yayınlanması ve buna karşı Prenses'in dava açması söz konusudur. Alman mahkemeleri davacının Alman içtihadındaki “*çağdaş tarihteki mutlak kişilik*” tanımını içerisinde olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. AİHM ise resmi görevi olan ve olmayan ayrımı yapmış, başvurusunun Prenses olsa dahi resmi bir görevi olmadığını, dolayısıyla özel hayatının korunması konusunda “*haklı bir beklentisi*” olduğunu, bir başka deyişle özel hayatının daha geniş biçimde korunması gerektiğine hükmetmiştir<sup>635</sup>. Zira Mahkeme, herhangi bir resmi görevi yerine getirmeyen *Prenses Caroline*'in özel hayatının, bir siyasetçinininki kadar kamuoyunun bilgisine sunulamayacağını vurgulamıştır<sup>636</sup>. Karar, AİHM'nin orantılılık ilkesini uygulama yöntemini göstermesi bakımından önemli olmakla birlikte, 8.maddenin yatay etkisinin somut bir uygulamasını içermesi ve Anglo-Sakson Hukukunun “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” ölçütüne benzer bir ölçüt kullanması açısından da son derece dikkat çekicidir. Ancak Mahkeme'nin “haklı beklenti”yi açıklamaması vurgulanması gereken bir eksikliklerdir.

Orantılılık, basın özgürlüğü ve dolayısıyla da Sözleşme'nin 10.maddesi ile ilgili olan bir başka davada, Mahkeme, süreli – sürekli yasaklama üzerinde durmuştur. Fransa'nın eski Cumhurbaşkanı *François Mitterand*'in sağlık sırları daha sonra açıklanmış ve gazetede yayınlanmıştır. Bunun üzerine ailesinin açtığı dava sonucunda sürekli bir yayın yasağı konmuştur. Olayı değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi yani 8.madde açısından yayıncıya belli süreli bir yasak getirilebileceğini, ancak sürekli bir yasağın, zamanın geçmesi nedeniyle *Mitterand*'in dönemiyle ilgili tartışmalara yönelik kamu

<sup>634</sup> 14e Rapport d'activité de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, 2005, s.74

<sup>635</sup> Carole Mounier, **a.g.e.**, s.131-134

<sup>636</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.163

yararının onun özel hayatının gizliliğinin korunmasına göre daha üstün hale gelmesi karşısında ifade özgürlüğünü yani 10.maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>637</sup>. Karar, yapılan ve yapılabilecek müdahalelerin ağırlığını tartışarak orantılılığı somut olayda ortaya koyması bakımından önemlidir.

Yukarıda açıklanan 8.maddenin kendi içindeki tüm bu kısıtlamalar dışında 15.madde bağlamında savaş veya ulusun hayatını tehdit eden açık bir tehlike halinde, 16.maddeye göre yabancıların siyasi faaliyetlerine getirilen kısıtlamalar çerçevesinde, 17.maddeye göre Sözleşme'den yararlanma hakkının kaybı ve 57.maddeye göre bir devletin çekince koyması yoluyla sınırlanabileceği<sup>638</sup> not edilmelidir.

### 3) Çeşitli ülkeler ve uluslararası kuruluşlardaki uygulamalardan örnekler

Özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkının gelişimi konusunda önemli bir konu ulusal ve uluslararası uygulamalardır. Bu bağlamda bir yanda Anglo-Sakson ülkeleri (a), diğer yanda Kıta Avrupası ülkeleri (b) bulunmaktadır. Ayrıca son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dışındaki uluslararası kuruluşlara da değinmek uygun olacaktır (c).

Ulusal açıdan bakıldığında özel hayat kavramı ve özel hayatın gizliliği hakkı genel olarak kabul görse de anlayışlar ve uygulamalar ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu konuda Anglo-Sakson hukukuna yaklaşan İsrail'de özel hayatın gizliliği hakkının tanınıp tanınmaması tartışması sırasında bir yazar tarafından sunulan olası çözüm yolları da aslında bu ayrılıığı ortaya koymaktadır<sup>639</sup>. İlk yöntem “uyarlama yaklaşımıdır” (“*the adjustment approach*”); buna göre var olan haklar ve dava yollarına başvurulabilir (İngiltere örneği). İkinci yöntem “parçalı yaklaşımıdır” (“*the piecemeal approach*”); bu kez mevcut hukukta yer almayan yeni haklar tek tek tanınır (Avustralya örneği). Üçüncü Yöntem olan “genel çözüm yaklaşımında” (“*the general remedy approach*”) özel hayatın gizliliğini ihlale karşı özel bir dava hakkı tanınır (Fransa örneği). Son yöntem olan “hakkın tanınması yaklaşımına” (“*the*

<sup>637</sup> Editions Plon – Fransa, 18 Mayıs 2004 bkz. Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.75

<sup>638</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.28-29; Türkiye 15.madde çerçevesinde 8.maddeyi 6 Ağustos 1990 – 5 Mayıs 1992 tarihleri arasında kısıtlamıştır bkz. Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.99

<sup>639</sup> Ruth Gavison, **a.g.e.**, s.158-159

*declaration of right approach*”) göre ise herkesin özel hayatının bulunduğu, özel çözümler gösterilmeden, açıkça tanınır (kısmen ABD ve Kanada).

a) Özel hayatın gizliliği hakkını tanımayan veya geç tanıyan Anglo-Sakson ülkeleri

Her ne kadar Anglo-Sakson ülkelerinde özel hayatın gizliliği hakkına karşı genel olarak olumsuz bir duruş sergilendiği söylenebilirse de bu ülkelere ve bu ülkelerin resmi dili olan İngilizce’ye has “*privacy*” kavramına verilen değer ve uygulanma biçimi yine de her ülkede değişmektedir.

aa) İngiltere

İngiliz Hukukunda özel hayatın gizliliği hakkının tanınmadığı daha 1818 tarihinde mektubun muhatabı tarafından yayınlanmasını engellemek amacıyla talep edilen tedbir kararını, böyle bir kararın ilgilinin mektup üzerindeki mülkiyet hakkını ihlal edeceği gerekçesi ile reddeden mahkeme kararından<sup>640</sup> kısmen anlaşılacakla birlikte, 1991 tarihli *Kaye v. Roberston* kararında Yüksek Mahkeme tarafından açıkça söylenmiştir. Hatta İngiltere’de en üst yargı makamı sayılan Lordlar Kamarası da 1997 yılında verdiği *R. v. Kahn* kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesini ihlal ederek elde edilen bir delilin ceza davasında kullanılabilmesine hükmetmiştir<sup>641</sup>. İlki 1961 tarihli ve “*Lord Mancroft’s Right to Privacy Bill*” adlı tasarı olmak<sup>642</sup> üzere böyle bir hakkın tanınması yönündeki çabalar ise gerek medyadan gelen yoğun baskılar gerekse milletvekillerinin ifade özgürlüğünün kısıtlamaktan çekinmeleri nedeniyle defalarca başarısızlığa uğramıştır<sup>643</sup>. Ancak Lordlar Kamarası’nın 2004 yılındaki *Campbell v. MGN Ltd.* kararında özel hayatın gizliliği hakkını tanıdığı da not edilmelidir<sup>644</sup>.

<sup>640</sup> *Gee v. Pritchard*, 2 Swan 402 (1818) bkz. Albert E. Harum, **a.g.e.**, s.675

<sup>641</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.779; Micheline Decker, **a.g.e.**, s.30-31; Rabinder Singh – James Strachan, “the Right to privacy in English law”, **European Human Rights Law Review**, Issue 2, 2002, s.131; Bu hakkın varlığını reddeden başka kararlar için bkz. Oya Araslı, **a.g.e.**, s.78-79; Bu hakkın mahkeme değil ancak yasakoyucu tarafından tanınabileceğine dair tartışmalar için bkz. N. W. Barber, **a.g.e.**, s.603 ve Micheline Decker, **a.g.e.**, s.61

<sup>642</sup> UNESCO, **a.g.e.**, s.459

<sup>643</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.33 ve s.36; İngiliz Temyiz Mahkemesi’nin, söz konusu hakkın varlığı konusundaki tartışmalardan uzak durulması gerektiğini belirten 2002 yılına ait ilke kararı için bkz. Rabinder Singh – James Strachan, **a.g.e.**, s.157; Dudley J. Moore, **Privacy: the Press and the Law**, Bembridge, 2003, s.6

<sup>644</sup> N. A. Moreham, **Privacy in public places**, s.606-610

İngiliz Hukukunda vatandaşlara genel nitelikli bir hak tanımak yerine özel haklar tanımak yeğlenmekte ve tanıma da olumsuzdan hareketle yapılmakta, yani yasaklanmayan her şey serbest bırakılmaktadır<sup>645</sup>. Keza İngiliz Hukukunda genel sorumluluk ilkeleri bulunmamakta<sup>646</sup>, bu bağlamda her ne kadar özel hayatın gizliliği hakkı açıkça tanınmasa da kişinin bu yöndeki çıkarı mahkeme kararlarında dikkate alınmakta, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığını ihlal (“*the torts of trespass to land and goods*”), gizliliğin ihlali (“*the law of breach of confidence*”), sükunetin bozulması (“*breach of peace*”), hakaret (“*defamation*”)<sup>647</sup> ve “*false light*”<sup>648</sup> gibi kurumlar aracılığıyla belli bir koruma sağlanmaktadır. Örneğin kişinin yatak odasına mikrofon yerleştirilmesini İngiliz mahkemesi “konut dokunulmazlığını ihlal” olarak değerlendirmiştir<sup>649</sup>. Bazı yazarlar bu haliyle İngiliz Hukukunda özel hayatın tüm yönleriyle korunmadığını savunurken<sup>650</sup> başka yasal düzenlemelerle birlikte bu korumanın yeterli olduğu<sup>651</sup>, hatta İngiliz Hukukunda özel hayatın gizliliği hakkının tanınmadığı söyleminin doğru olmadığı, geniş bir yelpazede tanındığı<sup>652</sup> ileri sürülmektedir. Burada İngiltere’nin 1975–2000 yılları arasında AIHM tarafından 8.maddenin ihlali dolayısıyla 17 defa mahkum edildiği<sup>653</sup> not edilmelidir. Ayrıca yukarıdaki düzenlemelerin çoğunlukla ceza hukuku değil özel hukuk anlamında kurumlar olduğu da unutulmamalıdır<sup>654</sup>. Zira her ne kadar hakaret suçu olsa da (“*criminal libel / slander*”) uygulanabilmesi için fiilin kamu düzenini bozması gerektiğinden daha çok özel hukukta haksız fiil oluşturan ve özel bir zarar gerektirmeyen hakaret yolu işletilmektedir. Ama burada da gerçeklik defî mutlak olarak tanınmıştır<sup>655</sup>.

<sup>645</sup> Yves Akdeniz – John Bell, **a.g.e.**, s.151

<sup>646</sup> Cécile Bresson, **a.g.e.**, s.40

<sup>647</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.780-781; Bu yöndeki bir mahkeme kararı için bkz. Rabinder Singh – James Strachan, **a.g.e.**, s.132 ve s.141; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.79-80; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.47-48; İskoçya’da da hakaret davalarının gerekli korumayı sağladığı iddia edilmektedir bkz. Albert E. Harum, **a.g.e.**, s.676

<sup>648</sup> Bkz. s. 25-26.; Amerikan Hukukunda “false light” için bkz. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **The right to privacy**, New York, 1995, s.195 vd.

<sup>649</sup> Sheen v. Clegg (1961) bkz. Albert E. Harum, **a.g.e.**, s.674; Cécile Bresson, **a.g.e.**, s.43

<sup>650</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.210-211; N. A. Moreham, **The Right to Respect** ..., s.79

<sup>651</sup> N. W. Barber, **a.g.e.**, s.609-610; Bu görüşteki Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararı için bkz. Rabinder Singh, “Privacy and the media after the Human Rights Act”, **European Human Rights Law Review**, Issue 6, 1998, s.719 ve Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.814

<sup>652</sup> Dudley J. Moore, **a.g.e.**, s.8

<sup>653</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.839

<sup>654</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.219: Yazarlar, cezai düzenlemelerin gerekliliğine daha 1890’da dikkat çekmektedirler.

<sup>655</sup> Cécile Bresson, **a.g.e.**, s.45-47; Krş. Fransa bkz. s.139

Gizliliğin ihlalden korunma hakkı ise hem geleneksel hukukta hem de birçok yazılı mevzuatta tanınmıştır. Geleneksel hukuka göre gizli bilgiyi öğrenen kişi bunu ya izin almadan üçüncü bir kişiye iletmeli ya da bilgiyi edinme amacından farklı bir amaç için kullanmalıdır<sup>656</sup>. İngiliz mahkemeleri verdikleri kararlarla bu kavrama belli sınırlar getirmiştir. Örneğin zamanın geçmesi veya koşulların değişmesi ile gizlilik ortadan kalkabilir (A-G v. Jonathan Cape Ltd. 1976 1 QB 752) veya söz konusu gizlilik ifade özgürlüğü açısından bir kısıtlama olduğundan daha ağır basan bir kamu yararı olduğunda yine gizlilikten vazgeçilebilir. Örneğin işlenen bir suç veya yapılan bir haksız fiilin açıklanması İngiliz mahkemeleri tarafından bu biçimde değerlendirilmektedir (Gartside v. Outram 1857 LJ Ch 113). Ayrıca şüphelerin yakalanması için fotoğraflarının yayınlanması da gizlilik kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>657</sup>. Benzer şekilde evli bir futbol oyuncusunun başka bir kadınla olan ilişkisinin gazetede yayınlanmamasına yönelik tedbir kararı da üst mahkeme tarafından kaldırılmıştır<sup>658</sup>. Bununla birlikte İngiltere’de kişisel verileri korumak amacıyla 1998 yılında “*Data Protection Act*” adlı kanunun çıktığı verilerin korunması ve işlenmesi konusunda birçok yükümlülükler getirdiği ve ulusal düzeyde resmi bir makam oluşturulduğu da (“*Data Protection Commissionner*”) hatırlatılmalıdır<sup>659</sup>.

Takip ve fotoğraf çekimi konusunda ise üç yola başvurulabilir. Birincisi “taciz”, ikincisi yine “gizliliğin ihlali”<sup>660</sup>, üçüncüsü ise “konut dokunulmazlığını ihlal” olabilir. Ancak bu alanlarda da mahkemeler çok kesin sınırlar çizmişlerdir. Örneğin 1978 tarih ve 1978 I QB 479 sayılı Bernstein v. Skyways kararında mahkeme, bir şatonun veya bir yelkenlinin yukarıdan çekilen fotoğraflarının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine karar veren Belçika ve Fransa mahkemelerinin<sup>661</sup> aksine, davacının evinin gökyüzünden fotoğraflarının çekilmesinin konut dokunulmazlığı ihlal olmadığına çünkü mülkiyetin kullanmak için gerekli yükseklikle sınırlı olduğu dolayısıyla mülkiyete girilmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>662</sup>.

<sup>656</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.788

<sup>657</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.788-792

<sup>658</sup> N. W. Barber, **a.g.e.**, s.606

<sup>659</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.795-797

<sup>660</sup> Ancak burada söz konusu olan “varsayılan gizliliğin ihlali” denen türev bir kurumdur bkz. Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.798

<sup>661</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.263

<sup>662</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.799-800

Ceza yargılaması kurallarına göre ise kolluk güçlerinin bir konutta arama ve el koyma önlemlerine başvurabilmeleri için 1984 tarihli “*Police and Criminal Evidence Act*” adlı kanunun 15.maddesine göre yargıç kararı almaları gerekmektedir. Ancak yargıcın bu kararı gerekçelendirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca İngiltere’de yazılı hukukun yanında (“*Statutory Law*”) halen geçerli olan geleneksel hukuka göre (“*Common Law*”) kolluk güçlerinin “kamu düzeninin bozulması önleyebilmek” amacıyla konuta karar olamadan girebilme yetkisi de vardır<sup>663</sup>. Bunlara ek olarak terörle mücadele gerekçesine dayanılarak çıkartılan “*Terrorism Act 2006*” adlı kanun ile kolluk güçlerinin yetkileri daha da genişletilmiştir<sup>664</sup>. Takip yetkisi önce İçişleri Bakanlığının bir yönergesi ile düzenlenmiş ve fakat mahkemeler bunu yasallık ilkesine aykırı bulunca “*Police Act 1997*” adlı kanunun üçüncü bölümünde gerekli düzenleme yapılmış, özel bir komiserin soruşturacağı bir şikayet usulü de getirilmiştir<sup>665</sup>.

Her ne kadar İngiltere’de özel hayatın gizliliği hakkı bağımsız bir hak olarak tanınmamış olsa da yakın zamandaki bir gelişme dolaylı da olsa bir tanıma sağlamıştır. Uluslararası hukuk açısından “düalist” bir sistemi olan İngiltere 1998 yılında çıkardığı “*Human Rights Act*” ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni, dolayısıyla da 8.maddeyi, iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir<sup>666</sup>. Böylece kanuna göre kamu kurumları sözleşmeye uygun işlem yapmakla yükümlü hale gelmiş ve Sözleşme’deki haklar da ulusal mahkemelerin önünde savunulabilir hale gelmiştir. Hatta bir İngiliz mahkemesi yakın tarihli bir kararında İngiliz Hukukuna has olan “gizliliğin ihlali” kavramının değerlendirilmesinde Sözleşme’deki 8. ve 10.madde içtihatlarının dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>667</sup>. Bu bağlamda kanun her ne kadar kanun yalnızca dikey ilişkileri kapsasa da, basın

<sup>663</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.783-785; Bu yetkiyi “yasal” ve “haklı” bulan McLeod-İngiltere adlı AİHM kararı için bkz. Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.842-843 ve s.834; Aynı yetki Fransa’da da vardır bkz. Isabelle Lohes, **a.g.e.**, s.218

<sup>664</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.106-107

<sup>665</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.801-803

<sup>666</sup> Düzenleme uyarınca bir İngiliz mahkemesi Sözleşme’ye uymayan bir ulusal yasa hakkında “uyumsuzluk kararı” verebilmektedir. Böylece yasa koyucu o yasayı değiştirmek zorunda bırakılmaktadır bkz. Micheline Decker, **a.g.e.**, s.52; Ayrıca davacı açısından “tazminat” ve “tedbir kararı” olanakları da bulunmaktadır bkz. Rabinder Singh, ..., **1999**, s.182; Yasanın geçmişe etkili uygulanması talebini reddeden Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. Rabinder Singh – James Strachan, **a.g.e.**, s.157

<sup>667</sup> McKennitt v. Ash (2006) EWCA Civ 1714, (2007) 3 W.L.R 194 bkz. N. A. Moreham, **The Right to Respect ...**, s.44-45

kuruluşlarına yönelik şikayetleri değerlendiren “*Press Complaints Commission*” ve televizyon kanallarına yönelik şikayetleri değerlendiren “*Broadcasting Standards Commission*” aracılığı ile yatay etkiye de sahip olduğu da ileri sürülmektedir<sup>668</sup>. Ancak özellikle medyadan gelen yoğun tepkiler nedeniyle adı geçen kanun çıkartılırken yalnızca medyayı değil genel olarak ifade özgürlüğünü koruyan özel bir 12.maddenin eklenmiş olduğu, ancak bu düzenlemenin açıkça Sözleşme’nin 8.maddesini içermediği de<sup>669</sup> not edilmelidir.

## bb) Amerika Birleşik Devletleri

### aaa) Tarihsel gelişim

Amerika Birleşik Devletleri’nde eski tarihlerden itibaren özel hayatı ilgilendiren birçok tartışma yaşanmıştır. Her ne kadar İngiltere gibi Anglo-Sakson Hukuk sistemine ait bir ülke olsa da yazılı anayasal belgelerin olması özel hayatın gizliliği hakkının gelişimi üzerinde önemli bir etki yaratmıştır<sup>670</sup>. Ayrıca bağımsızlık mücadelesi sırasında yaşananlar özellikle haberleşmenin gizliliğinin korunmasını çok önemli hale getirmiştir. Haziran 1775’te İngiltere’nin Amerika Bakanı Amerika’dan İngiltere’ye giden tüm gönderilerin kontrol edilmesi emrini vermiş ve bunun üzerine hemen savaşın sonunda Ekim 1782’de Amerikan Meclisi gönderilerin açılmasını yasaklayan bir kanunu kabul etmiştir<sup>671</sup>. Daha sonra da 1792’de posta memurları açısından 1825’te ise diğer kişiler açısından yasak getiren federal kanunlar çıkartılmış ve bu kanunda yargıç kararı da dahil hiçbir istisna öngörülmemiştir; İç Savaş sırasında keşfedilen telgrafların denetlenmesi birçok eyalette suç haline getirilmiş, 1790’da başlanan nüfus sayımı çalışmaları kişisel bilgilerin de alınması nedeniyle büyük tartışmalar yaratmış, 1840’ta ilgili görevlilere bilgileri gizli tutmaları talimatı verilmiştir<sup>672</sup>. Ayrıca 1919 yılında nüfus bilgilerinin izinsiz olarak ifşası karşılığında para veya hapis cezası öngörülen bir suç haline

<sup>668</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.857; İlk komisyonun bünyesinde bir de özel “Privacy Commissionner” bulunmaktadır bkz. Mark Warby – Iain Christie – Adam Wolanski, “Context and Backround”, **The law of privacy and the media**, Oxford, 2002, s.29; Aksi görüş için bkz. Dudley J. Moore, **a.g.e.**, s.105

<sup>669</sup> James Price – Iain Christie – David Sherborne – Jacob Dean, “Remedies”, **The law of privacy and the media**, Oxford, 2002, s.392-393; Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.129; Rabinder Singh, ..., **1998**, s.727-728

<sup>670</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.55

<sup>671</sup> Anuj C. Desai, **a.g.e.**, s.561 ve s.565

<sup>672</sup> Richard F. Nixon, **a.g.e.**, s.36-37; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.274; Hyman Gross, **a.g.e.**, s.27-28

getirilmiştir<sup>673</sup>. Ancak “özel yaşamın gizliliği hakkında” 1890 yılında *Samuel Warren* ve *Louis Brandeis* tarafından yazılan ve üstü kapalı biçimde de olsa bu hakkı anayasal seviyeye çıkararak<sup>674</sup> makaleye kadar hiç söz edilmemiştir. Söz konusu makalede yazarlar, özel hayatın gizliliği hakkının varlığını ve gerekliliğini savunmuşlardır. Aksi halde yazarlara göre, kişinin kalesi sayılan konutunun kapısı resmi görevlilere kapatılacak ama arka kapı “*boş veya şehvet düşkünü merak*” için açılacaktır<sup>675</sup>. Özellikle Fransız Hukukunu temel olarak özel hayat olaylarının yayınıyla ilgili genel ilkeler ortaya koymuşlardır: Birincisi kamu yararının varlığı halinde yayın kabul edilmelidir, ikincisi özel bir zarar yoksa sözlü açıklama ihlal olmamalıdır, üçüncüsü rıza bir hukuka uygunluk sebebidir, dördüncüsü gerçeklik defî kabul edilemez, beşincisi ise iyi niyet bir savunma oluşturmaz<sup>676</sup>. Günümüzdeki birçok yasal düzenlemenin bu ilkelere paralel olduğu da burada not edilmelidir.

1890’dan sonra ise ABD’de bu hakkı kabul eden mahkeme kararları verildiği gibi reddedenler de olmuştur<sup>677</sup>. 1890-1937 döneminde mülkiyet hakkının bir türevi olarak yorumlanmış ancak 1930’larda hazırlanan ve bir tür Common Law Külliyyatı olan “*Restatements of Torts*” adlı eserin 867.maddesinde “*bir başkasının diğer kişilerce bilinmemesinde çıkarı bulunan yaşam olaylarına, makul olmayan ve ciddi nitelikte bir müdahalede bulunan veya görüntülerini kamuya yayan kimse, bundan doğacak zarardan sorumludur*” denerek söz konusu hakkın ihlalinin dava konusu olabileceği belirtilmiştir<sup>678</sup>. 1960’lı yıllardan itibaren ise birçok eyalette “*Common Law*”, tazminat hukuku açısından özel hayatın gizliliğini koruyacak biçimde genişlemiştir. Ancak elbette her eyaletteki içtihat diğerinden farklıdır<sup>679</sup>. Örneğin özel hayatın gizliliği hakkını ilk tanıyan eyalet olan New York’ta ilk derece mahkemeleri 1891’de ve 1893’te verdikleri kararlarla hakkın varlığını kabul ederken 1902’de New York İstinaf Mahkemesi bir oy farkla alınan bir kararla hakkın varlığını emsal karar (“*precedent*”) olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Oysa

<sup>673</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.47

<sup>674</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.89

<sup>675</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.220

<sup>676</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.214-218

<sup>677</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.84-87; Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.45; Anuj C. Desai, **a.g.e.**, s.567-568

<sup>678</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.90-91

<sup>679</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.39; Yazar, yalnızca Massachusetts ve Wisconsin eyaletlerinin herkesin özel hayatına saygı hakkıyla ilgili genel yasalar yaptıklarını da eklemektedir bkz. s.43; Daha 1955’te bir biçimde özel hayatın gizliliğini koruyan eyaletler için bkz. William L. Prosser, **a.g.e.**, s.636-637; Eyaletlerdeki farklı mahkeme kararları için bkz. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.289 vd.; Don. R. Pember, **a.g.e.**, s.229-232

yalnızca iki yıl sonra bu kez Georgia Yüksek Mahkemesi özel hayatın gizliliğini ihlali bir dava sebebi olarak görmüştür<sup>680</sup>.

Dolayısıyla bütün Amerika Birleşik Devletleri'ni kapsamı açısından konuya Federal Anayasa ve Yüksek Mahkeme içtihatları bağlamında bakıldığında, Mahkeme'nin ilk kez 1878 tarihli *Ex parte Jackson* (96 US 727, 1878) kararında Anayasanın Ek 4.Maddesinin iletişimin gizliliğini koruduğunu belirterek kapalı mektupların karar olmaksızın hükümet görevlilerince açılabilmesine olanak veren kanunu Anayasaya aykırı bulduğu görülmektedir<sup>681</sup>. 1886 yılında verdiği *Boyd v. United States* kararında ise maddenin amacının kişinin konutunun kutsallığını ve hayatının gizli yanlarını (“*the sanctities of a man's home and the privacies of life*”) korumak olduğunu ifade ederek bu madde ile özel hayatın gizliliği arasında açık bir bağlantı kurmuştur<sup>682</sup>. Ayrıca 1949 tarihli *Wolf v. Colorado* davasında Yüksek Mahkeme, kişinin özel hayatının gizliliğinin, kolluğun keyfi müdahalelerine karşı korunmasının maddenin çekirdeğini oluşturduğunu söylemiştir<sup>683</sup>.

bbb) *Anayasal temel olarak Ek 4.Madde*

Aslında söz konusu madde, cezai soruşturma ve kovuşturmalardaki hukuka aykırı aramalara karşı koruma sağlasa<sup>684</sup> da genel bir özel hayatın gizliliği hakkı tanımamaktadır. Böylece Yüksek Mahkeme tarafından muhasebe bilgilerini<sup>685</sup>, mektupları kapsayacak biçimde yorumlanmakta<sup>686</sup>, taksideki, mağazadaki<sup>687</sup>, işyerindeki kişileri, otel veya evde gece konaklayan konukları korumakta ancak açık alandaki kişileri veya evdeki ziyaretçileri korumamaktadır. Aynı şekilde gizli dinleyiciler ve telefon dinlemeler maddenin kapsamına girse bile bahçenin havadan gözetlenmesi<sup>688</sup> veya şüphelinin aracının GPS ile takip edilmesi<sup>689</sup> kapsama

<sup>680</sup> William L. Prosser, **a.g.e.**, s.636; Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.104-105; UNESCO, **a.g.e.**, s.453

<sup>681</sup> Anuj C. Desai, **a.g.e.**, s.556-557 ve 574-575

<sup>682</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.50; Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.35; Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.27

<sup>683</sup> UNESCO, **a.g.e.**, s.454

<sup>684</sup> Yüksek Mahkeme'nin 1977 tarihli *Whalen v. Roe* kararı bkz. Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.55

<sup>685</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.27

<sup>686</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.29

<sup>687</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.45

<sup>688</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.879; Ayrıca hukuka uygun bir biçimde yakalanan kişinin derhal aranması da yakalamanın hukuki sonucudur bkz. Hyman Gross, **a.g.e.**, s.72; Ancak yakalama hukuka aykırı ise el konulan kanıtların, fotoğraflar ve parmak izleri de dahil olmak üzere yok edilmesi gereklidir bkz. Hyman Gross, **a.g.e.**, s.79; Maddenin Amerikan anayasa hukuku bakımından geniş biçimde özel hayatın gizliliğini kapsadığı iddiasıyla ilgili bkz. Ralph F. Gaebler, **a.g.e.**, s.323-324

girmemektedir. Hatta Yüksek Mahkeme 1990 tarihli *United States v. Verdugo-Urquidez* kararında, oy çokluğu ile, korunacak kişiyle ilgili de kısıtlama getirmiştir. Somut olayda yargılanmak için ABD'ye getirilen bir Meksika vatandaşının Meksika'da karar olmaksızın aranmasını kabul eden Mahkeme'nin gerekçesi, ilgili kişinin Ek 4.Maddede sözü edilen ve korunan "halk" ("*people*") kavramı içinde olmadığıdır<sup>690</sup>. Ama aynı Yüksek Mahkeme, Mart 2004 tarihinde verdiği kararda yalnızca kişilerin değil ailenin de özel hayatın gizliliği hakkı olduğuna karar vermiştir<sup>691</sup>. Ancak bu içtihadı bizatihi ailenin özel hayatı bulunması biçiminde değil de, tek tek aile üyelerinin özel hayatlarının aileyle ilgili bir kısmının da bulunması biçiminde yorumlamak yerinde olacaktır. Zira özel hayat kişilikle ilgili bir kavram olup, gizli kalmasındaki amaç ilgili kişinin bazı çıkarlarının korunmasıdır. Oysa aile bizatihi kişiliği olmayan yalnızca bir kişi grubudur.

Amerikan mahkemeleri Ek 4.Maddeyi uygularken yapılan aramanın makul olup olmadığını belirlemeye çalışmakta ve arama gereksinimi ile aramanın yarattığı müdahaleyi dengelemeye çalışmaktadır. Zaten bir görüşe göre söz konusu madde özel olarak gizliliği korumamakta ve fakat ihlal oluşturan haksız aramalarla gerekli olan haklı aramalar arasındaki farkı ortaya koymaktadır<sup>692</sup>. Örneğin yakalanan bir kadının vücut içi aramaya tabi tutulması, uyuşturucu kaçakçılığı gibi suçlar açısından makul görülebilmekte ama bir trafik suçu halinde makul kabul edilmemektedir<sup>693</sup>. Ayrıca Oregon ve Nevada eyaletlerindeki iki mahkeme 1988 ve 1993 yıllarında verdikleri kararlarda genel tuvaletlerde kapı bulunmadığı gerekçesiyle yapılan gizli takiplerin Ek 4.Maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>694</sup>. Burada Anglo-Sakson Hukukundaki "özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi" kavramının devreye girdiği söylenebilir. Zira mahkemelere göre kapı bulunmadığı için içerde yapılanlar herkes tarafından görülebilmektedir.

<sup>689</sup> *United States v. Garcia* (2007) bkz. Recent Cases, **Harvard Law Review**, V.120, 2007, s.2230 vd.

<sup>690</sup> Diane Marie Aman, "Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme", **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, 2002, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) (Erişim: 17.6.2008), s.745 vd: Ancak yazar, 1979'da Berlin'deki Amerikan bölgesinde bir vakayı yargılamak amacıyla kurulan bir mahkemenin bir Amerikan makamı olduğu gerekçesiyle sanıklara yönelik tüm anayasal güvenceleri tanımak zorunda olduğuna hükmettiğini de belirtmektedir.

<sup>691</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.86

<sup>692</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.215

<sup>693</sup> Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.11-13; İlgili kararlar için bkz. s.24 vd.

<sup>694</sup> Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.271-272

Belirtmek gerekir ki Amerikan Yüksek Mahkemesi özel hayatın gizliliği hakkının anayasal temeli ile ilgili en büyük atılımları 1965 *Griswold* ve 1967 *Katz* kararları ile yapmıştır. Daha önceki tarihlerde bu hakkın Anayasada bulunduğunu reddeden Mahkeme, 1928 tarihli meşhur *Olmstead v. United States* (277 US 438, 1928) kararında kamu görevlilerinin kişinin telefon hattını evin dışından dinlemelerini Ek 4.Madde anlamında “arama” saymamıştır. Çünkü fiziksel olarak konut dokunulmazlığı ihlal edilmemiştir ve maddede belirtilenin aksine kişi, evi veya eşyaları aranmamıştır<sup>695</sup>. Her ne kadar 1939’da Yüksek Mahkeme federal görevlilerce telefon dinleme yoluyla elde edilen delillerin kullanılmayacağına hükmetse de, 1942’de gizli mikrofon yerleştirilmesi ile ilgili *Goldman v. United States* (316 US 129, 1942) ve 1952’de gizli soruşturmacı yoluyla dinleme ile ilgili *On Lee v. United States* (343 US 747, 1952) kararlarında *Olmstead* içtihadına dönmüştür<sup>696</sup>.

Nihayet, yasak olmasına rağmen doğum kontrol yöntemleri hakkında evli çiftlere bilgi verilmesiyle ilgili 1965 tarihli *Griswold v. Connecticut* kararında (381 US 479, 1965) Mahkeme, Ek 4.Madde de dahil olmak üzere tüm ek maddeleri içeren ve “*Bill of Rights*” (“Haklar Bildirgesi”) denen kısmın temel bir özel hayatın gizliliği hakkı içerdiğini belirtmiştir<sup>697</sup>. Yüksek Mahkeme iki yıl sonra verdiği ve genel bir telefon kulübesinin FBI tarafından dışarıdan dinlenmesinin tartışıldığı *Katz v. United States* kararında ise (389 US 347, 1967) Ek 4.Maddenin “*yerleri değil kişileri koruduğunu*” söyleyerek *Olmstead* içtihadında aradığı “konut dokunulmazlığının fiziksel olarak ihlali” koşulundan vazgeçmiştir<sup>698</sup>. Mahkeme bu kararında telefonun dinlenmesinin Ek 4.Maddede aramalar için öngörülen usule göre olabileceğini, dolayısıyla yargı denetiminde olması, zaman ve yer gibi anayasal güvencelere saygı gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>699</sup>. Böylece “Common Law” kültüründe özel hayatı mülkiyet hakkına bağlayan bağ kesilmiştir<sup>700</sup>. Ayrıca zamanla Ek 4.Madde ile ilgili içtihat genişlemiştir. Nitekim Aralık 2005’te *New York Times* gazetesi ulusal

<sup>695</sup> Pamela J.Gray-Lukkarila, **a.g.e.**, s.117-118; Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.36; Mahkeme’nin söz konusu yaklaşımı hakkında bkz. Joanna Farah, **a.g.e.**, s.14

<sup>696</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.277

<sup>697</sup> Pamela J.Gray-Lukkarila, **a.g.e.**, s.129; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.92; Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.192; Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.90; Anayasa’da açıkça yazmayan bir hakkı yargıcın yorumun ötesinde hukuk yaratarak tanıyamayacağı hakkında bkz. Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.94

<sup>698</sup> Pamela J.Gray-Lukkarila, **a.g.e.**, s.120; 1968 yılında çıkarılan yasa ile elektronik iletişim mesajlarının sıkı yasal koşullar dışında elde edilmesi ve saklanması yasaklanmıştır bkz. s.162; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.280

<sup>699</sup> Joanna Farah, **a.g.e.**, s.14-15; Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.94

<sup>700</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.52

güvenlik birimlerinin uluslararası iletişimi karar olmadan dinlediklerini ortaya çıkarmış ve Detroit'teki bir federal mahkeme, uygulamayı Ek 4.Maddenin günümüzdeki yorumuna aykırı bulmuştur. Artık bu maddenin bütün elektronik iletişim biçimlerini içerdiği kabul edilmektedir<sup>701</sup>. Hatta Yüksek Mahkeme'ye göre söz konusu madde özel hayatın bir parçası olarak “*kişinin kendi kararlarını alabilme hakkını*” da korumaktadır<sup>702</sup>.

Ancak Yüksek Mahkeme, özel hayatın gizliliği açısından farklı anayasal temeller de ileri sürmüştür. Örneğin 1965 tarihli bir kararında Anayasada tanınan özgürlüklerin diğer özgürlüklere zarar verecek biçimde kullanılmasını yasaklayan Ek 9.Maddeye dayanmıştır<sup>703</sup>. Eski bir kararında ise konuyu Ek 5.Maddedeki “*adil yargılanma hakkına aykırı olarak kimse özgürlüğünden mahrum edilemez*” hükmü açısından tartışmış<sup>704</sup> ve daha yakın tarihli bir kararında ise (*Lawrence v. Texas*, 539 US 558, 2003) Anayasada özel hayat ile ilgili genel bir hüküm olmaması nedeniyle kişinin özel hayatıyla ilgili kararları özgürce ve devletin hukuka aykırı müdahalesi olmaksızın alabilmesi hakkını, benzer içerikli Ek 14.Madde hükmüne dayandırmıştır<sup>705</sup>. Hatta belli bir süre için atanan bir profesörün üye olduğu bütün dernekleri bildirmesi zorunluluğunu bu maddeye aykırı saymıştır<sup>706</sup>.

### ccc) ABD'de ifade özgürlüğü ve özel hayat

Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasanın Ek 1.Maddesinde korunan ifade / bilgi edinme özgürlüğünün türevi olarak basın özgürlüğü çok büyük bir öneme sahiptir ve genellikle daha ağır basmaktadır<sup>707</sup>. Bunun bir yansıması olarak ABD'de eyaletler arasında çok farklı uygulamalar bulunmakla birlikte doğum, ölüm, evlilik, sürücü belgesi, tapu kayıtları, mahkeme kayıtları gibi kişisel bilgi içeren birçok kayıt kamuya açıktır<sup>708</sup>. Örneğin Alabama Eyaleti'nde, aksi öngörülmedikçe, resmi

<sup>701</sup> Anuj C. Desai, **a.g.e.**, s.554-558

<sup>702</sup> Joanna Farah, **a.g.e.**, s.22; Bu anlayışı ilk defa ortaya koyan ve kürtaja izin veren Roe v. Wade kararı için bkz. Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.39 ve Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.193

<sup>703</sup> Pamela J.Gray-Lukkarila, **a.g.e.**, s.110

<sup>704</sup> Public Utilities Commission v. Pollack, 343 US 451 1952 bkz.Albert E. Harum, **a.g.e.**, s.673; Hatta Olmstead kararındaki karşı oyda da Ek 5.Madde vurgulanmıştır bkz. Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.276

<sup>705</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.60; Ayrıca Mahkeme bir kararında Ek 14.Madde hükmüne dayanarak yükümlülüklerin federal görevliler yanında eyalet görevlilerini de bağladığını belirtmiştir bkz.

UNESCO, **a.g.e.**, s.455

<sup>706</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.95

<sup>707</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.88 ve s.97

<sup>708</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.195; Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.110

belgelerin kamuya açık olduğuna dair yasal düzenleme de vardır<sup>709</sup>. Ayrıca özel hayata müdahale niteliği taşıyan haberler, ifadeler her zaman tartışma konusu olmuştur. Örneğin bir Pennsylvania mahkemesi yerde parçalanmış yatan on bir yaşındaki bir kızın cesedinin fotoğraflarının yayınlanmasını, haberin “yakışsızlık” sınırını aşmadığını söyleyerek özel hayatın gizliliğine aykırı bulmamıştır<sup>710</sup>. Ayrıca Amerikan mahkemeleri kamuya mal olmuş kişinin hayat hikayesinin yayınlanmasını ve ceza davalarındaki iddiaların yayınlanmasını, kararın bozulması riskini belirterek, hukuka uygun bulmaktadır<sup>711</sup>. Yine çöpte bulunan belgelerle haber yapılması da 1975 yılında hukuka uygun olarak yorumlanmıştır. Zira yol kenarındaki çöpe atılan belgeler maliki tarafından artık terkedilmiştir<sup>712</sup>. Aynı karar 1988’de tekrarlanmış hatta 1992’de kağıt kıyma makinesine atılan belgelerin parçalarının resmi görevlilerce toplanması hukuka aykırı delil sayılmamıştır<sup>713</sup>. Oysa Kanada Yüksek Mahkemesi, 1997 tarihli *Stillman* kararında hükümlüler ve özgür kişiler arasında ayırım yaparak birincilerin seçim hakkı olamayacağı gerekçesiyle terk etme görüşünün geçerli olamayacağına ancak özgür kişiler açısından geçerli olabileceğine karar vermiştir<sup>714</sup>. Terk edilme görüşü kabul edilse bile malikin veya eski malikin çöpteki özel bilgilerinin bir başka deyişle özel hayatının gizliliğinin ifşasına izin verdiği, kabullendiği ileri sürülemez. Zira söz konusu olan mülkiyet hakkı değil özel hayatın gizliliği hakkı ve dolayısıyla da kişisel gelişim ve insan haysiyetidir. O halde özel hayata mülkiyet hakkı temelli bakan, en azından böyle bir tarihsel gelişimi olan Anglo-Sakson Hukuku mahkemelerinin yukarıdaki yaklaşımı kendi içlerinde tutarlı sayılabilirse de Kıta Avrupası Hukukundaki hakların dengelenmesi ve korunması bağlamında mülkiyet hakkının dışında bağımsız bir hak söz konusu olması nedeniyle kabul edilebilir değildir.

Diğer yandan Amerikan mahkemeleri iki davada borçluların, ödemeye zorlanmak amacıyla ilan edilmesini mahkemeler özel hayata haksız müdahale olarak kabul etmiştir<sup>715</sup>. Benzer bir yaklaşımla geçmişteki bir kasten adam öldürme fiilinin suç ortağı olarak hüküm giymiş olan bir kişiye dair bu bilgiyi yayınlayacak

<sup>709</sup> Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.s.107

<sup>710</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.8

<sup>711</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.19-20

<sup>712</sup> Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.37

<sup>713</sup> Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s.192

<sup>714</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.388

<sup>715</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.22

televizyon kanalıyla ilgili durdurma kararı verilmiştir. Gerekçe ise ilgili kişinin yeni bir başlangıç yapma hakkının üstün olduğudur<sup>716</sup>.

Ek 1.Maddenin bu derece geniş ve özgürlük lehine yorumu dolayısıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde başta politikacılar olmak üzere ünlü kişilerin özel hayatına müdahale oldukça yoğundur. İlginç bir örnek olarak 1973 yılında istifa eden *Spiro Angrew* yerine atanacak olan *Gerald Ford* ile ilgili olarak 500 FBI görevlisi araştırma yapmış ve 1700 sayfalık bir rapor hazırlanmıştır. Sonuçta *Ford*, üç yıl önceki bir programda taktığı hediye bir kravatı dahi açıklamak zorunda kalmıştır<sup>717</sup>. Diğer ilgi çekici bir örnek ise 28 Eylül 1978 tarihli federal kanundur. Buna göre Kongre üyelerinin, Başkan ile yardımcısı ve danışmanlarının, federal mahkemelerin üyelerinin gelirleri ve mal varlığı bilgileri ayrıntılı biçimde açıklanır, gerekli durumlarda kaynakları belirtilir. Açıklamalar kamuya ilan edilir ve ilgilenenler birer örnek alabilirler<sup>718</sup>. Hatta geniş ifade özgürlüğü nedeniyle her ne kadar bir Amerikan vatandaşının özel hayatının resmi makamlara karşı bir Avrupa vatandaşıninki kadar korunduğu kabul edilse de, toplumun gözü önünde olmak açısından birincinin daha az korunduğu söylenmektedir<sup>719</sup>. Ama ifade özgürlüğünün de sınırsız olmadığı, reklam amaçlı yayınlara Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından başlangıçta Ek 1.Madde anlamında koruma sağlanmadığı, daha sonra da diğer yayınlara göre daha az korunduğunun altı çizilmelidir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu yayınları da herhangi bir fark gözetmeksizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesi kapsamında değerlendirmektedir<sup>720</sup>.

#### ddd) ABD'de güvenlik-özel hayat tartışması

Bir diğer tartışma güvenlik-özel hayat tartışmasıdır. Federal kurumlar, özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik kanunları her zaman görevlerinin etkinliğini kısıtlayan düzenlemeler olarak görmüşlerdir<sup>721</sup> ve özellikle son yıllarda gelişen terörizm, uluslararası ve sınır aşan suçluluğa karşı takip yetkilerinin artmasını haklı

<sup>716</sup> Michel Tugendhat – Anna Coppola, “Principles and Sources”, **The law of privacy and the media**, Oxford, 2002, s.68; Burada “unutulma hakkı” da hatırlanmalıdır bkz. s.48

<sup>717</sup> Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.17

<sup>718</sup> Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.63-64

<sup>719</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.37

<sup>720</sup> François Rigaux, **a.g.e.**, s.40

<sup>721</sup> Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.186

bulan anlayış<sup>722</sup> çerçevesinde bu tartışma daha da alevlenmiştir. Örneğin bu ülkede tıpkı İngiltere gibi nüfus cüzdanlarına ve biyometrik kimlik belirleme yöntemlerine karşı ciddi bir muhalefet vardır. Zira böylece devletin hemen totaliter olmasa bile özel hayatın gizliliğine zarar verecek ölçüde müdahaleci olacağı iddia edilmektedir. Hatta devletin yasadışı göçle ilgili reform düşüncesine, nüfus cüzdanı zorunluluğuna yol açacağı gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır<sup>723</sup>. Söz konusu tartışma içerisinde, resmi görevlilerce yapılan bir izlemenin Ek 4.Madde bağlamında bir “arama” olup olmadığına karar vermek açısından mahkemelerin başvurduğu ikili bir değerlendirmeden söz edilmektedir. İlk aşamada mahkeme, takibin yoğunluğuna yani süresine ve ayrıntı gücüne bakar. İkinci aşamada ise toplanan bilgilerden ilgili kişinin kişilik profilini çıkartabilme olasılığı sorgulanır. Böylece sokaklara güvenlik amacıyla yerleştirilen kameralar, kişiler hakkında çok az bilgi sağladığı için “arama” sayılmazken, açıklanan yöntem şüpheli olmayanları kapsayacak genel bir kişisel bilgi toplanmasını yasaklamaktadır<sup>724</sup>.

Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri’nde kolluk güçlerinin yakalanan kişinin çekilen fotoğraflarını ve parmak izi bilgilerini yakalama sonrası işlemlerden bağımsız olarak gerekli gördüğü sürece saklama yetkisi bulunmaktadır. Ancak amaç dışı kullanmak elbette hukuka aykırı olacaktır<sup>725</sup>. Hatta Yüksek Mahkeme daha 1976’daki *United States v. Miller* kararında araya üçüncü bir kişinin girmesi halinde kişisel verilerin devlete sunulmasının Ek 4.Maddeye uygun olduğuna karar vermiştir. Zira somut olayda bir bankanın müşterisinin bilgilerini resmi makamlara iletmesi söz konusudur. Söz konusu karardan sonra Amerikan Kongresi banka hesaplarının gizliliği ile ilgili kanunlar yapmıştır<sup>726</sup>. Ancak Yüksek Mahkeme’nin şu ana kadar vatandaşların kişisel verilerini devlete iletmesini öngören hiçbir kanunu Anayasaya aykırı bulmadığı de not edilmelidir<sup>727</sup>. Yüksek Mahkeme’nin de özel hayatın gizliliğini “*yalnız bırakılma hakkı*” ile sınırlandırarak bu kavramın “*denetimsiz biçimde genişlemesini*” engellemeyi amaçladığı düşünülmektedir<sup>728</sup>. Ayrıca Anayasadaki sınırlamaların ve kişisel verilerle ilgili kanun olan “*Privacy Act*

<sup>722</sup> Mary M. Chieh, **a.g.e.**, s.116

<sup>723</sup> Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.104 ve 122-124; Fransa’da nüfus cüzdanı taşıma zorunluluğunun 2.Dünya Savaşı sırasında Yahudi vatandaşları belirlemek için Mareşal Pétain hükümeti tarafından getirildiği hatırlanacak olursa söz konusu kaygılar daha net anlaşılabilir bkz. Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.62

<sup>724</sup> Recent Cases, **Harvard Law Review**, s.2235-2236

<sup>725</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.9; İşyerlerinde yoğun önlemlerle ilgili olarak bkz. Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.27

<sup>726</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.41-42; Mary M. Chieh, **a.g.e.**, s.102

<sup>727</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.56

<sup>728</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.63

1974”ün, yalnızca resmi makamları bağlaması, özel sektörden gelen ve gelebilecek ihlallere karşı kişisel verileri hukuki korumadan ciddi biçimde mahrum bırakmaktadır<sup>729</sup>. Zaten özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen birkaç eyaletten yalnızca Kaliforniya’daki düzenlemenin yatay ilişkilere uygulanabilir nitelikte olması<sup>730</sup> da eksikliğin yalnızca federal değil federe düzeyde de olduğunu göstermektedir.

#### cc) Kanada

Kanada’nın 1960 tarihli Kanada Haklar Bildirisi’nde<sup>731</sup> veya birinci maddesinde bilgiye ulaşma özgürlüğünü koruyan 1982 tarihli Haklar ve Özgürlükler Bildirisi’nde özel hayata saygının korunması ile ilgili açık bir hüküm olmasa da federal düzeyde “*Federal Privacy Act*” ve eyaletler düzeyinde de çeşitli kanunlar bulunmaktadır. Örneğin Quebec Kişi Hakları ve Özgürlükleri Bildirisi’nin 5.maddesinde herkesin özel hayatına saygı hakkına sahip olduğu açıkça ilan edilmiştir<sup>732</sup>. Aynı Bildiri’nin 52.maddesine göre bu belge diğer kanunlara göre daha üstündür<sup>733</sup>, bir başka deyişle adeta anayasal niteliğe sahiptir. Yine Quebec daha 1983’te o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun Yönerge Tasarısını temel alan bir kişisel veriler kanunu yapmıştır ve bu kanun Kuzey Amerika’da özel sektöre uygulanan ilk kişisel veri kanunu olma özelliğini taşır<sup>734</sup>. Keza Quebec Meclisi yakın zamanda kabul ettiği bir kanun ile, günümüzde egemen olan “güvenlikçi” anlayışın aksine, kişinin açık rızası olmadan kimlik tespitinin veya doğrulamasının biyometrik araçlarla yapılmasını yasaklamış, ayrıca kanunda genel sağlık veya kamu güvenliği gerekçeleri ile öngörülen haller dışında kişinin her zaman yerini gösteren bir araca bağlanmasına izin verilmemiştir. Biyometrik

<sup>729</sup> Mary M. Chieh, **a.g.e.**, s.107-109: Bu nedenle ABD’de tıpkı Avrupa ülkelerindeki gibi, serbest piyasa anlayışına aykırı da olsa, veri toplanmasını denetleyecek resmi bir kurum kurulması önerilmektedir bkz s.110-111; Benzer bir kişisel veri koruma yasına sahip Japonya için bkz. Masao Horibe, “Protection des informations sur la vie privée et des informations personnelles au Japon: passé – présent – avenir”, **la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.530-531; Hastaların sırlarını kısmen de olsa koruyan 1996 tarihli federal yasa “HIPAA” için bkz. Robert Gellma, “La protection des données personnelles de santé aux Etats-Unis: de nouvelles règles pour 2003”, **la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.344-349

<sup>730</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.26

<sup>731</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.68

<sup>732</sup> Herbert Marx, **Le droit à l’information et le respect de la vie privée**, [www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1994/MARX.pdf](http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1994/MARX.pdf) (Erişim: 25.5.2009), s.50

<sup>733</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.65

<sup>734</sup> Simone Fischer-Hübner, **a.g.e.**, s.184; Yazar, ayrıca Kanada’daki bu parçalı yapıyı değiştirmek için model bir kişisel verilerin korunması yasası üzerinde çalışıldığını da eklemektedir s.188-189

verilerin depolandığı bankalar için de ek güvenceler getirilmiştir<sup>735</sup>. Ayrıca British Columbia, Manitoba ve Saskatchewan eyaletlerinin sırasıyla 1968, 1970 ve 1974 yıllarında çıkardıkları çıkardığı “*Privacy Act*” kanunlarında özel hayatının gizliliği hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişilere dava hakkı tanınmıştır<sup>736</sup>.

Kanada Yüksek Mahkemesi özel hayata saygının, Bildiri’nin basın özgürlüğünü koruyan 1.maddesi açısından makul bir sınırlama sebebi olabileceğini söylemiş ve kararlarında uygulamıştır<sup>737</sup>. Mahkeme, 1984 tarihli *Hunter v. Southam* kararında Kanada Bildirisi’nin 8.maddesini yorumlarken “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” ölçütünü kullanmış ve tıpkı ABD Yüksek Mahkemesi gibi bu maddenin “*yerleri değil kişileri koruduğuna*” hükmetmiştir<sup>738</sup>. Mahkeme bir başka kararında (*R. v. Duarte*, 1990 I SCR 30) bu maddeyi elektronik takip işlemine de uygulamış, aynı yıl verdiği bir başka kararda (*R. v. Thompson*, 1990 2 SCR 1111) telefonun tarafların rızası olmadan dinlenmesinin “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme bir kararında (*Godbout v. Longueil* 1997, 3 SCR 844) özel hayatın gizliliğinin amacının kişinin özel ve kişisel kararları için bir özerk alan yaratmak olduğunun altını çizerek bu hakkı tanımıştır<sup>739</sup>. Oysa yine Anglo-Sakson Hukuk geleneğinden gelen ve benzer hukuksal düzenlemelere sahip Yeni Zelanda’nın 1986 yılında verdiği bir karar ile özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan<sup>740</sup> Yüksek Mahkemesi, konutun açık alanında kamera takibi için karara gerek olmadığına hükmetmiştir (*R. v. Fraser*, 1997, 2 NZLR 87)<sup>741</sup>.

#### dd) Diğer birkaç ülkeden örnekler

Hindistan Yüksek Mahkemesi Anayasanın yaşam ve kişisel özgürlüğünü koruyan 21.maddesini uluslararası hukuk ışığında yorumlayarak bu maddenin özel hayatın gizliliği hakkını da kapsadığına dolayısıyla da telefonların dinlenmesinin bu

<sup>735</sup> Jennifer-Anne Stoddart, “Des technologies de surveillance sous surveillance”, **la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.113

<sup>736</sup> Ruth Gavison, **a.g.e.**, s.160

<sup>737</sup> Herbert Marx, **a.g.e.**, s.52-53

<sup>738</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.867

<sup>739</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.865 ve 869; Michel Tugendhat – Anna Coppola, **a.g.e.**, s.70

<sup>740</sup> Michel Tugendhat – Anna Coppola, **a.g.e.**, s.68; Yeni Zelanda içtihadı ihlal için üç ölçüt belirlemiştir: aleni açıklama, bir özel hayat olayının söz konusu olması ve ihlalin ağır olması bkz. Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.241

<sup>741</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.877

maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Açık bir hüküm olmayan İrlanda’da hakkın tanınması yönündeki talepler uzun süre mahkemelerce reddedilmekle birlikte nihayet 1987 tarihli *Kennedy v. Ireland* kararında Yüksek Mahkeme tarafından özel hayatın gizliliği hakkı tanınmıştır. Anglo-Sakson dünyasından en farklı örnek ise Güney Afrika Cumhuriyeti’dir. Zira bu ülkenin Anayasasının 14.maddesi özel hayatın gizliliğini, hukuka aykırı aramalara karşı korunma ve iletişimin gizliliğini de içerek biçimde açıkça tanımaktadır<sup>742</sup>.

Anglo-Sakson dünyasından Avustralya’da özel hayata ilişkin çeşitli çıkarlar, ayrı ayrı, özel, federal ve/veya federe kanunlarda korunmaktadır. Örneğin, *Privacy Act 1988* kanunu ile kamu makamlarına sunulan kişisel veriler, *The Telecommunications Act 1979* kanunu ile iletişimin gizliliği federal düzeyde korunmaktadır. Ayrıca Yeni Güney Galler’de *Workplace Videosurveillance Act 2005*, Queensland’da *The Invasion of Privacy Act* ve Victoria’da da *The Surveillance Devices Act 1999* gibi kanunlarla eyaletler düzeyinde gizli izleme ve dinleme araçlarıyla ilgili çok sıkı kısıtlamalar düzenlenmektedir<sup>743</sup>.

## b) Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan Kıta Avrupası ülkeleri

### aa) Fransa

#### aaa) *Tarihsel gelişim*

Yapılan bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasına göre özel hayatın en iyi korunduğu ülke olan Fransa’da<sup>744</sup> Ceza Kanunu ve Medeni Kanun’da ilgili düzenleme yapılmadan önce özel hayatın gizliliği ceza hukuku açısından 1881 tarihli Basın Kanunu’nda önceki 11 Mayıs 1868 tarihli kanunun 11.maddesinde korunmaktaydı. Söz konusu düzenlemeye göre “*özel hayata ilişkin bir olayın süreli bir yayında yayınlaması*” bir kabahat idi ve 500 frank para cezası ile cezalandırılmaktaydı. Maddeyi geniş yorumlayan Fransız Yargıtay’ı da korumayı yalnızca konutla sınırlandırmamış konut dışındaki hayat olaylarını da özel hayat

<sup>742</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.881-882; Michel Tugendhat – Anna Coppola, **a.g.e.**, s.68-69

<sup>743</sup> Carolyn Doyle- Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.98-102; Ayrıca Avustralya’da kişisel veri mevzuatı ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. s.116-135

<sup>744</sup> Patrick Baudry – Claude Sorbets – André Vitalis, **a.g.e.**, s.13

saymıştır<sup>745</sup>. Daha sonra ise 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu kanunun 29.maddesinde düzenlenen hakaret suçu aracılığı ile özel hayatın gizliliğinin dolaylı biçimde korunabileceği savunulmuştur. Zaten 35.maddeye göre hakaret iddiasına karşı gerçeklik iddiası bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır ancak özel hayat söz konusu ise gerçeklik iddiası dinlenmemektedir<sup>746</sup>. Hatta Yargıtay Ceza Dairesi'nin içtihadına göre mahkeme, resen de tartışma konusu olayın özel hayata ilişkin olup olmadığını değerlendirmelidir<sup>747</sup>. Yapılan ayrıma göre özel hayat, mesleki faaliyetler dışında kalan alan biçiminde, dar olarak, tanımlanmaktadır<sup>748</sup>. Ama ifade özgürlüğü ve özellikle de halkın haber alma özgürlüğü karşısında bu korumanın işlevsiz kaldığı da dile getirilmektedir<sup>749</sup>. Medeni hukuk açısından ise 1945 yılında kurulan bir komisyon Medeni Kanun'u değiştirme çalışmaları içerisinde "Kişilik Hakları" adında yeni bir bölüm eklemek istemişse de başarılı olamamıştır<sup>750</sup>. Bu nedenle öncelikle Medeni Kanun'un 1382.maddesindeki haksız fiille ilgili genel düzenlemeye başvurulmuş, 17 Temmuz 1970 tarihli kanun ile bu kanunun 9.maddesi değiştirilmiş ve herkesin özel hayatına saygı hakkı olduğu açıkça belirtilerek koruma güçlendirilmiştir<sup>751</sup>.

Öte yandan mahkemeler daha erken tarihlerde bu kavramı tanımış ve Paris İstinaf Mahkemesi 17 Mart 1966 tarihli bir kararında herkesin özel hayatın gizliliği hakkına sahip olduğunu açıkça söylemiş, bir başka kararında da ifade özgürlüğünün özel hayatın gizliliğini ihlal etmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>752</sup>. Somut bir olayda da Monako Prensesi *Caroline*'nin ünlü bir aktörle birlikte evinin balkonundan yarış seyrederken çekilen resminin yayımlanması Fransız mahkemeleri tarafından özel hayatın gizliliğini ihlal olarak kabul edilmiştir<sup>753</sup>. Fransız Yargıtay'ı kamuya açık

<sup>745</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.66

<sup>746</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.755; Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.168-169; Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1633

<sup>747</sup> Lyn François, "L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires: regards croisés des droits français et européens", **Gazette du Palais**, 5-6 mars 2008, s.4-5

<sup>748</sup> Massamba Bassanta Batema, **a.g.e.**, s.37

<sup>749</sup> Massamba Bassanta Batema, **a.g.e.**, s.72

<sup>750</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. UNESCO, **a.g.e.**, s.450;

<sup>751</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.150; Roger Nerson, **a.g.e.**, s.756-760; Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.128; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.83; Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.117-118; Ancak söz konusu maddenin tedbirlerle ilgili ikinci fıkrasının özel hayat değil daha dar olan mahremiyete atıf yapması dikkat çekicidir bkz. Berbard Beigner, **a.g.e.**, s.189; Bunun gerekçesinin de kavramı daraltıp basın özgürlüğünü korumak olduğu belirtilmektedir bkz. Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.38

<sup>752</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.67

<sup>753</sup> Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.229

olamayan işyerlerini de özel alan saymıştır<sup>754</sup>. Hatta bir somut olayda da Paris İstinaf Mahkemesi 6 Ekim 1999 günü, kamusal bir alanda yapılırsa bile özel hayata ait olan evlilik töreninin fotoğraflarının izinsiz yayınlanamayacağına karar vermiştir<sup>755</sup>. Ama Yargıtay, 23 Nisan 2003'te boşanma haberiyle ilgili olarak güncel, resmi ve ilgi çekici olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğü sınırlarının aşılmadığına hükmetmiştir<sup>756</sup>. Keza Paris Mahkemesi de dini faaliyet gibi toplumsal bir faaliyetin de özel değil toplumsal hayatın bir parçası olduğuna karar vermiştir<sup>757</sup>. Genel olarak Fransız içtihadına bakıldığında; duygusal yaşam, evlilik-ayrılık, aile hayatı, sağlık durumu, psikolojik durum, kişisel anılar ve çıplaklık gibi hayat olaylarının özel hayat kapsamında değerlendirildiği görülmektedir<sup>758</sup>. Örneğin Paris Asliye Mahkemesi 8 Aralık 1971 tarihli kararında “*La Gazette du Palais*” adlı yayın organının bir boşanma kararını yayınlamasının, söz konusu kararın çiftin özel hayatıyla ilgili bilgiler taşıdığı gerekçesi ile ihlal niteliğinde olduğuna hükmetmiştir<sup>759</sup>. Ayrıca Toulouse İstinaf Mahkemesi'nin 26 Şubat 1974 tarihli kararı ile onaylandığı gibi siyasi görüşler de özel hayatın bir parçasıdır<sup>760</sup>. Ancak mal varlığı bilgilerinin durumu halen tartışmalıdır<sup>761</sup>. Buna karşın içtihat yoluyla mal varlığı listelerinin yayınlanabilmesi için belli ilkeler getirmiştir: birincisi liste kişilerin kişisel veya ailevi hayatıyla ilgili bilgiler taşımamalıdır, ikincisi bilgiler hukuka aykırı biçimde elde edilmiş olmamalıdır ve son olarak da bilgiler eksik olmamalıdır<sup>762</sup>. Ayrıca tıpkı Amerika Birleşik Devletleri'ndekine benzer bir düzenleme Fransa'da da yapılmıştır. 1988 tarihli bir kanuna göre belirli siyasetçiler mal varlıkları ile ilgili bilgileri “Siyasi Yaşamın Mali Şeffaflığı Komisyonu”na sunmak zorundadırlar. Komisyon açıklanamayan değişimler görürse durumu savcılığa iletir. Ayrıca her sene Resmi Gazete'de, isim vermeden, rapor yayınlar. Bilgilerin ifşası suçtur<sup>763</sup>. Türkiye'de ise 19 Nisan 1990 tarih ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu” uyarınca başbakan ve bakanlar da dahil olmak üzere,

<sup>754</sup> Cass. crim. 8 Aralık 1983 bkz. Stéphane Hoebcke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.313

<sup>755</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.189; Benzer kararlar için bkz. Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.280

<sup>756</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.193

<sup>757</sup> François Terre, “La vie privée”, **La protection de la vie privée dans la société d'information**, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.139

<sup>758</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.100

<sup>759</sup> André Roux, **a.g.e.**, s.218; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.153

<sup>760</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.36

<sup>761</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.104; François Terre, **a.g.e.**, s.140-141; Joanna Farah, **a.g.e.**, s.10; C. Cas. Ch. Civ., 20 octobre 1993 bkz. **Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot**, n.940, Septembre 2007, s.98

<sup>762</sup> Pierre Kayser, **a.g.e.**, s.291-292

<sup>763</sup> Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.241-252

kamu görevlileri, siyasi parti başkanları ve hatta gazete sahiplerinin düzenli olarak, 8.maddede belirtilen resmi makamlara mal bildiriminde bulunması zorunludur (m.2). Ayrıca 9.maddeye göre bu bilgiler gizlidir ve içeriği ile ilgili yayın dahi yapılamaz.

bbb) *Anayasal temel tartışması*

Özel hayatın gizliliği hakkının anayasal temeliyle ilgili olarak Anayasa Konseyi'nin yaklaşımı ise zamanla belirginleşmiştir. Fransa'da halen yürürlükte olan 1958 tarihli Anayasa'da özel hayatın doğrudan korunmasıyla ilgili bir madde bulunmamaktadır. Anayasa Konseyi de bu nedenle 1977 ve 1984 tarihli kararlarında ekonomik suçlulukla mücadele için kamu makamlarına geniş arama yetkileri veren kanunları, müdahalelerin genişliği ve belirsizliği gerekçesiyle <sup>764</sup> 66.maddede belirtilen ve “*yargı erkini bireysel özgürlüğün koruyucusu*” sayan düzenlemeye aykırı bularak iptal etmiştir. 25 Temmuz 1991 tarihinde Avrupa Birliği bünyesindeki Schengen Antlaşması'nın onaylanmasına dair kanunu tartışırken de toplanan verilerin amaç dışı kullanılmasına, kötüye kullanılmasına karşı düzenlemeler olduğu için, bu kez, “*kişisel özgürlüğün*” ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>765</sup>. 18 Ocak 1995 tarihinde kamera takip sistemiyle ilgili olarak verdiği 94-352 DC sayılı kararda açıkça özel hayata saygı hakkını tanımış ve ihlalin bireysel özgürlüğe de zarar verebileceğini söylemiştir. 23 Temmuz 1999 tarihli kararında Konsey, başka bir anayasal temel bulmuş ve Anayasa'nın bir parçası sayılan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2.maddesinin<sup>766</sup> özel hayata saygı hakkını da içerdiğine karar vermiştir<sup>767</sup>. Konsey 21 Şubat 2008 tarih ve 2008-562 DC sayılı kararında da Bildirge'nin aynı maddesine dayanarak özel hayata saygı hakkını vurgulamış ve dava konusu kanunun bazı hükümlerini de iptal etmiştir<sup>768</sup>. Öte yandan 13 Mart 2003 ve 19 Ocak 2006 tarihli iki yakın zamanlı kararında, Anayasa Konseyi'nin, aralarında özel hayata saygının da bulunduğu “*anayasal güvence altındaki özgürlükler*” ile anayasal değerdeki güvenliğin korunması ve suçla mücadele ilkeleri arasında bir

<sup>764</sup> Pierre Kayser, “Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois”, **Mélanges Pierre Raynaud**, 1985, s.334 ve s.344; Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.511

<sup>765</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.531

<sup>766</sup> “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*”: “Her siyasi birliğin amacı zamanaşımına tabi olmayan ve doğal İnsan haklarının korunmasıdır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya direnmedir”

<sup>767</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1634; Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.70 ve

99

<sup>768</sup> **Jurisprudence**, Gazette du Palais, 27-28 février 2008, s.7-15

dengeinin sağlanması gereğine işaret ederek<sup>769</sup> özel hayatın gizliliği hakkının anayasal temeline vurgu yaptığı da not edilmelidir.

ccc) *Uygulamadan örnekler*

Fransa’da özel hayata ilişkin bilgilerle ilgili olarak birçok tartışma yaşanmıştır. Örneğin şehre güvenlik kameraları yerleştirme uygulaması ilk kez 1980’li yıllarda “Hyères” adlı bir belediyede başlamıştır. Ancak sistemi işleten yerel polis 13 Temmuz 1988’de CNIL tarafından kayıtların imhası için uyarılmıştır. Keza 93 kamera yerleştirmeye karar veren Avignon belediyesinin kararı da özel hayatın ihlal edildiği ve ne mahkeme kararı ne kamu düzeni gereği ne de suçların tespitinin bu aşırı müdahaleyi hukuksallaştıracağı gerekçesi ile 1990 yılında Marsilya İdare Mahkemesi’nce iptal edilmiştir. CNIL’in tavsiyeleri ve yoğun tartışmalar sonucunda ancak 23 Ocak 1995 tarih ve 95-73 sayılı kanun ile yasal düzenleme yapılabilmektedir<sup>770</sup>. Bugünkü mevzuatta kamusal alanlardaki kamera sistemlerine bu kanun, özel yerlerdekilere ise 6 Ocak 1978 tarihli kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kanun uygulanmaktadır<sup>771</sup>.

Bugün resmi bilgilere göre Paris’te 23.000 dolayında, diğer yerlerde ise yaklaşık 15.000 dolayında kamera bulunmaktadır<sup>772</sup>. 2006 yılında çıkarılan terörle mücadele kanununun sistemi kolaylaştırmasının yanında, uygulamada da Fransa’da artık çok hızlı bir biçimde kameralar yerleştirilmektedir<sup>773</sup>. Ancak özellikle gizli kameralar ve kişisel verilerin korunması dengesi bakımından Fransız Yargıtay’ının yakın tarihli bir kararına da burada dikkat çekilmelidir. Bir kaçakçılık olayını soruşturan jandarma, dışarıdan görülemeyen özel bir mülkteki kişileri ve araçları uzaktan özel objektifler kullanarak gizli olarak kaydetmiştir. Delillerin yasallığını tartışan Yargıtay Ceza Dairesi, 21 Mart 2007 tarihli kararında, ilgili kişilerin, kanun hükmüne uyulmadan, özel mülkte gizli olarak kaydedilmesini hukuka aykırı delil sayan İstinaf Mahkemesi kararını onamıştır. Ancak İstinaf Mahkemesi’nin, jandarmanın kişilerin kimliğini tespit edebilmek amacıyla araçların görüntülerini

<sup>769</sup> Bernard Stirn, *a.g.e.*, s.24

<sup>770</sup> Jacques Geogel, *Les libertés de communication*, Paris, 1996, s.48-52; Claude-Marie Vadrot, *a.g.e.*, s.34

<sup>771</sup> Olivia Dufour, *a.g.e.*, s.3, Romain Perray, “La CNIL: seul rempart contre la vidéosurveillance?”, *Gazette du Palais*, 28-29 mai 2008, s.4-6

<sup>772</sup> Claude-Marie Vadrot, *a.g.e.*, s.36-38

<sup>773</sup> Claude-Marie Vadrot, *a.g.e.*, s.39-41

kaydetmesini hukuka uygun bulan kararını bozmuştur. Daire, kanunda böyle bir düzenleme olmadığını belirtmiş ve çok da yerinde olarak, “*mahkemenin (Avrupa İnsan Hakları) Sözleşme(sinin belirtilen metninin (8.madde) anlamını ve içeriğini görmezden geldiğini*” söylemiştir<sup>774</sup>. Karar açıkça göstermektedir, gizli bir kayıta elde edilen bilgilerle, bizatihi kişi görüntülenemese bile onun kimliğini belirleyip ona ulaşmak, yaptıkları veya yapmadıkları ile ilgili veri toplamak, dolayısıyla da özel hayatının gizliliğine ağır biçimde müdahale etmek olanaklıdır.

Öte yandan 1974 yılındaki “Safari Olayı” sonucunda herkesin kişisel dosyalarına girilebilmesine olanak sağlayacak bir sistem üzerinde çalışıldığı medya aracılığı ile anlaşılmış ve tepkiler nedeniyle projeden vazgeçilerek gerekli koruyucu düzenlemeleri yapabilmek için bir komisyon kurulmuştur<sup>775</sup>. Sonunda ise 6 Ocak 1978 tarihinde “Bilişim, Fişler ve Özgürlükler Hakkında Kanun” çıkarılarak kişisel veriler koruma altına alınmıştır. Ancak Fransa’daki kişisel verilerin korunmasıyla ilgilenen resmi CNIL adlı komisyonun 2006’da yayınlanan raporuna göre 2004 yılındaki ısrarlı talebi üzerine İçişleri Bakanlığının sisteminde olmaması gereken 1.241.742 adet kişisel fişi yok etmiş olması<sup>776</sup> ve yine CNIL tarafından yapılan bir araştırmaya göre Fransız halkının yalnızca % 28’inin bu alandaki haklarını bilmesi<sup>777</sup> sorunun halen mevcut olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir diğer tartışma ise Anayasa Konseyi önünde yaşanmıştır. *PaCS* denilen (“*Pacte civil de solidarité*”) ve cinsiyetleri fark etmeksizin iki reşit kişinin medeni hukuka göre, evlilik düzeyinde olmayan, bir birliktelik kurmasını öngören sözleşmelerin asliye hukuk mahkemelerince kaydedilmesi zorunlu kılan kanunun amacının ilgili kişilerin haklarını koruyarak kamu düzenini sağlamak olduğu belirtilmiş ve kaydın kesinlikle bu kişilerin cinsel tercihlerini belirleme amacı taşıyamayacağını da Konsey tarafından altı çizilmiştir (99-419 sayı ve 9 Kasım 1999 tarihli karar)<sup>778</sup>. Zira Fransa’da hukuken eşcinsel evlilik olanaklı değildir. Onun yerine “*PaCS*” kurumuna başvurulmaktadır. Söz konusu kayıt zorunluluğu değerlendirilirken evlilikle paralellik kurulabilir çünkü Fransa’da *PaCS*’a da

<sup>774</sup> Jean-François Renucci, “Droits de l’homme”, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n.4, 2007, s.897-898

<sup>775</sup> James Michael, **a.g.e.**, s.65

<sup>776</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.128

<sup>777</sup> Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s.207

<sup>778</sup> Laurence Burgogue-Larsen, **a.g.e.**, s.82

bağlanan birçok hukuksal sonuç ve hak vardır. Bunun sonucu olarak düzeni sağlamak ve tıpkı söylendiği gibi kişilerin haklarını korumak açısından özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgili böyle bir bilginin resmi makamlarca kaydedilmesinin gerekliliği savunulabilir. Ancak kötüye kullanma, amacın dışında çıkılması gibi hallere karşı gerekli güvenceler sağlanmalıdır. Aksi halde kişilerin özel hayatının gizliliği ihlal edilebilir.

#### bb) Almanya

Alman Hukukunda başlangıçta “özel hayatın gizliliği hakkı” ayrı olarak tanınmamıştır. Fakat içtihat, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin (“*Reichgericht*”) yerleşik tutumunun aksine<sup>779</sup> 1949 tarihli “Temel Kanun”un 1.maddesinde korunan insan haysiyeti kavramı ve 2.maddesinde korunan başkasının haklarını ihlal etmediği sürece kişiliğini geliştirme hakkına dayanarak “genel kişilik hakkını” kabul etmiştir. İlgili kararını Federal Mahkeme 25 Mayıs 1954 tarihli “Schacht mektubu” davası ile vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise 14 Şubat 1973 tarihli kararı ile söz konusu hakkın Anayasaya uygunluğunu kabul etmiştir<sup>780</sup>. Böylece genel kişilik hakkı Medeni Kanun anlamında mutlak bir hak niteliği kazanmıştır ve mahkemeler, bundan hareketle özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik pek çok karar vermiştir: hastanın sırları, gizlice çekilen resimler ve gizli ses kayıtları gibi. Almanya’da özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik cezai düzenlemeler ise 1967 yılında yapılmıştır<sup>781</sup>.

Ancak daha 1959 yılındaki bir hükümet tasarısı ile “kişilik hakları” ile ilgili yasal düzenleme çalışması yapıldığı ancak başarısız olduğu görülmektedir. Söz konusu tasarının 15.maddesi, izin alınmaksızın veya haklı kamusal ya da kişisel bir yarar bulunmaksızın, bir kişinin özel veya ailevi yaşamına dair gerçeklerin alenileştirilmesini, ifşa edilmesini haksız müdahale saymaktaydı. 12.maddede mektuplar ve notların gizli içerikleriyle ilgili benzer bir düzenleme vardı<sup>782</sup>. Tasarının 18.maddesinde ise konuşmaların kaydı, toplantıların haber yapılması

<sup>779</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.53

<sup>780</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.68-76; Helmut Grothe, **a.g.e.**, s.84

<sup>781</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.69-75; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.150; Sözleri de genel kişilik hakkı içinde değerlendiren eski bir Alman yüksek mahkeme kararı için bkz. Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.219

<sup>782</sup> UNESCO, **a.g.e.**, s.443-444

olasılığı dışında, 19.maddede ise gizli dinlemeler, konuşma dinlemeyi yapan kişiye yönelik değilse veya özel veya ailevi hayata dair ise yasaktı<sup>783</sup>.

Konuyla ilgili içtihadı bakıldığında da Anayasa Mahkemesi'nin daha 1983'te kişisel verilerin korunması açısından önemli bir karar verdiği ve “*bilgisel kaderini tayin hakkını*” tanıdığı<sup>784</sup> görülmektedir. Adı geçen kararın konusu ulusal nüfus sayımı idi ve Mahkeme, bir sayımda üstün bir kamu yararının olmasına rağmen gerekli koruma önlemlerinin bulunmamasına dikkat çekerek ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir<sup>785</sup>. Alman Yargıtay'ı da 4 Haziran 1960'ta bir sanığın sözlerinin özel kişilerce gizlice kaydedilmesini insan hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir<sup>786</sup>. Bir başka deyişle özel hayatın gizliliğini bir insan hakkı olarak tanımıştır. Hatta aynı Mahkeme, 20 Şubat 1990 tarihli kararında, gönderilmiş bir mektubun açılmasının, okunmuş olup olmamasına bakmaksızın hem göndericinin hem de alıcının kişilik haklarını ihlal ettiğine hükmetmiştir<sup>787</sup>. Ama aynı Mahkeme, CDU adlı siyasi partinin başkanı ile genel sekreteri arasındaki telefon görüşmesinin hukuka aykırı kaydını yayımlayan gazeteyle ilgili davada bilgi edinme – haber verme haklarının üstün olduğuna karar vermiştir<sup>788</sup>. Söz konusu hakların bu derece geniş yorumlanması, adeta, iletişimin denetlenmesi mevzuatını hükümsüz kılmaktadır. Bu nedenle orantısız ve hukuka aykırı olarak değerlendirilmelidir.

Bu arada Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğinin gelişen teknoloji ve toplumsal değişimler karşısında korunmasına yönelik bir karara 2008 yılında imza atmıştır. Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nin çıkardığı kanun ile kamu makamlarına internet üzerindeki iletişiminin denetlenme yetkisi vermektedir. Ancak asıl tartışma yaratan kamuoyunda “*Federal Truvalı*” olarak adlandırılan uygulamadır. Buna göre kamu makamları bilgisayar, taşınabilir telefon ve benzer sistemler içine gizlice sızabilmekte ve kullanıcıyla ilgili bilgiler toplayabilmektedirler. Mahkeme gizli alana da müdahale riskine dikkat çekmiş ve bu çekirdek alana yönelik bir koruma olmadığını altını çizmiştir. Yargıç güvencesinin gerekliliğini vurgulamış ve keyfi, genel uygulama olasılığını belirtmiştir. Müdahalede yalnızca kamunun önemli

<sup>783</sup> UNESCO, **a.g.e.**, s.444

<sup>784</sup> Christopher Kuner, **a.g.e.**, s.18

<sup>785</sup> James Michael, **a.g.e.**, s.93

<sup>786</sup> Sesim Soyer, **a.g.e.**, s.120-121; Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.185; Jacques Velu, **Rapport relatif**., s.51

<sup>787</sup> Hans Stoll, “The General Right to Personality in German Law: An Outline of its Development and Personal Significations”, **Protecting Privacy**, Oxford, 1999, s.39

<sup>788</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.270

çıkarlarının değil ilgili kişinin kişiliğinin gelişimi, düşüncelerini, görüşlerini “*korkusuzca ifade edebilme*” olanağının önemli olduğunu söylemiştir. Bu karar ile Mahkeme’nin “*bilişim teknolojisi sistemlerini mahremiyeti ve bütünlüğü hakkını*” türettiği ileri sürülmektedir<sup>789</sup>.

cc) İsviçre

Anayasanın 13.maddesinde hem özel hayata saygı hakkını hem de kişisel verilerin korunmasını düzenlemektedir<sup>790</sup>. Alman Temel Kanunu’nun 1 ve 2.maddeleri gibi düzenlemeleri olmasa da<sup>791</sup> bu ülke ekolü etkisindeki İsviçre’de de “genel kişilik hakkı” teorisi temel alınmıştır. Öğretide anayasal güvencenin kamusal alanı kural olarak kapsamadığı ileri sürülse de, eğer ilgili kişinin bir çıkarı varsa burada da korumanın geçerli olacağı söylenmekte ve kamusal bir görev yürütmeyen kişinin söz ve görüntülerinin resmi makamlarca kaydedilmesini kabul etmek zorunda olmadığı artık ifade edilmektedir<sup>792</sup>. Bir hakkın kısıtlanması ise ancak genel bir düzenleme olan 36.maddeye göre yapılabilen ve yasallık, haklı sebep ve ölçülülük ilkeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne de uygun olarak, gerekli koşulları oluşturmaktadır. Ama “*ciddi, doğrudan ve yakın tehlike halinde*” ilk ilkedden vazgeçilebilmektedir<sup>793</sup>. Bu bağlamda Federal Mahkeme, işlenecek suçların önlenmesi ve işlenmiş suçların takibinin her zaman kamu yararı içinde olduğuna karar vermiş<sup>794</sup>, dolayısıyla haklı sebep olarak kabul etmiştir.

Öte yandan 1918 tarihli bir kararında Federal Mahkeme, “*özel hayat duvarla çevrilidir*” sözünün yalnızca bir davranış kuralı değil hukuk ilkesi olduğunu belirterek<sup>795</sup> özel hayatın gizliliğinin korunmasının önemini daha o tarihte vurgulamıştır. Hatta Mahkeme, kişisel özgürlüğün yanında mahremiyet hakkının da “*yazılı olmayan federal anayasa hukuku*” tarafından zımni olarak güvence altına

<sup>789</sup> Korkut Kanadoğlu, **Özel Yaşamın Gizliliği Paneli**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s.55-92

<sup>790</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.73; İsviçre’de kişisel verilerin korunmasıyla ilgili federal bir yasanın yanında 20’den fazla Kanton yasası vardır bkz. s.83; Ayrıca Neuchatel Kanton Anayasasının 13.maddesinde, Jura Kanton Anayasasının 8.maddesinde özel hayata saygı hakkı korunmaktadır. Vaud Kanton Anayasasının 15.maddesi bunu bir adım ileri götürerek açıkça kişisel verileri de korumaktadır.

<sup>791</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.28

<sup>792</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.50

<sup>793</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.57; Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s.205

<sup>794</sup> ATF 120 Ia 147, 151 bkz. Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.935

<sup>795</sup> UNESCO, **a.g.e.**, s.451

alındığını ifade etmiştir<sup>796</sup>. Ancak İsviçre’de özel cezai düzenlemeler 20 Aralık 1968 tarihli kanun ile yapılmıştır. Ama bu tarihten önce de özellikle arama önlemiyle ilgili koruma sağlama amaçlı cezai düzenlemeler bulunduğu hatırlatılmalıdır<sup>797</sup>. Ayrıca 1 Temmuz 1993 tarihinde “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun” (LPD) yürürlüğe girmiş<sup>798</sup>, kolluk güçlerinin “fişleme” faaliyetlerinin açığa çıkması üzerine de 21 Mart 1997 tarihli “Ulusal Güvenliğin Sağlanmasına Yönelik Önlemler Hakkında Federal Kanun” çıkarılmıştır<sup>799</sup>. Bir yandan da 19 Haziran 1992 tarihinde Ceza Kanunu değiştirilerek Konfederasyon ve kanton görevlilerinin özellikle aranan kişiler konusunda gerekli bilgilere kolaylıkla ulaşabilecekleri bir ulusal veri tabanı oluşturulmuştur<sup>800</sup>.

Federal Mahkeme ise 1981 yılından bu yana özel hayata saygı hakkını kişiliğin ve bireysel özgürlüğün temel parçalarından bir saymakta; bu hakkı gerçek kişinin kimliğinin, saygınlığının, sosyal ilişkilerinin ve mahrem davranışlarının korunması hakkı olarak görmektedir<sup>801</sup>. Bu bağlamda Federal Mahkeme 6 Temmuz 1983’te verdiği kararda kimlik kartı taşıma zorunluluğunu ve güvenlik güçlerinin de kendi takdirlerine göre kimlik kontrolü yapabilmesini vatandaşların özel hayatına doğrudan bir müdahale saymıştır<sup>802</sup>. Hatta aynı kararda kimlik kontrolü amacıyla arama yapılamayacağını, zira bu önlemin bir güvenlik gerekçesine bağlı olduğu ve ilgilinin haklarının da azami düzeyde korunması gerektiğini eklemiştir. Mahkeme resmi makamların takip yetkisini de ciddi bir hak sınırlandırması olarak yorumlamaktadır<sup>803</sup>. Yine Federal Mahkeme, “*Union*” adlı kararında bir derneğe üyeliği de özel hayatın bir parçası saymış ve üyelerle ilgili bilgilerin ifşasının da özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>804</sup>. Öte yandan Federal Mahkeme’nin güvenlik-özel hayat dengesi ile ilgili kararlarına bakılacak olursa, iki karar dikkat çekmektedir. Birincisinde izinsiz ve çevreye zarar veren bir gösteride yakalananların fotoğrafının çekilmesi ve parmak izlerinin alınması kabul edilebilir bulunmuş<sup>805</sup>,

<sup>796</sup> ATF 109 Ia 273 ss, 279 bkz. Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.76

<sup>797</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.76

<sup>798</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.62

<sup>799</sup> Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.89

<sup>800</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.243

<sup>801</sup> ATF 107 Ia 148, 150 ve ATF 124 I 134, 36 bkz. Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s.202-203; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.31; Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s.202

<sup>802</sup> Jacques Velu- Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.542

<sup>803</sup> ATF 122 I 82 bkz. Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.75

<sup>804</sup> ATF 97 II 97; Jean Guinard, “La protection de la vie privée”, **Conférences Universitaires 1977:**

**Ordinateur – vie privée – liberté**, Neuchâtel, 1978, s.129; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.155

<sup>805</sup> ATF 107 Ia 138, Jdt 1982 IV 194

ikincisinde ise ağır suçların takibi için telefon görüşmelerinin dinlenmesinin gizlilikten daha üstün bir menfaate hizmet ettiğine karar verilmiştir<sup>806</sup>.

#### dd) Belçika

Anayasanın 22.maddesinde özel hayata saygı hakkı açıkça tanınmakta ve ancak kanun ile istisna getirilebileceği belirtilmektedir. Her ne kadar Belçika Hukukunda uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü kabul edilmiş ve böylece yargıçlara uluslararası sözleşmelere aykırı kanun ve idari düzenlemeleri uygulamama yetkisi tanınmış olsa da<sup>807</sup>, özel hayata saygı hakkını kısıtlayacak kanuna yönelik ölçütlerin, yukarıda değinilen İsviçre örneğinin aksine anayasal düzeyde getirilmemiş olması, maddenin söyleminden hakkın tamamen ortadan kaldırılabilmesi anlamının çıkarılabiliyor olması ve tüm değerlendirmenin yargıcın takdir hakkına bırakılmış olması güvencenin yeterli olamayabileceği düşüncesine neden olmaktadır. Nitekim 6 Ocak 2003 tarihli kanun ile kolluk güçlerine verilen soruşturma yetkileri çok eleştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 21 Aralık 2004 tarihli kararı ile konunun teknik araçlarla izlenmesi ve konuta gizlice girilmesi yetkileri iptal edilmiştir<sup>808</sup>. Ayrıca aynı anayasa maddesinin 2.fikrasında da korumanın kanun veya kararname ile sağlanacağını belirtilmesi maddenin bizzat kendisinin koruma sağlamadığı, yalnızca devlete pozitif edim yükümlülüğü yüklediği gerekçesiyle öğretide<sup>809</sup>, yukarıdaki açıklamaların da ışığında, haklı olarak eleştirilmektedir.

Öte yandan Belçika Yüksek Mahkemesi, 21 Aralık 2004 tarihli kararında da vurguladığı gibi “kanun” teriminden kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemeyi anlamaktadır. Bu bağlamda örneğin Yargıtay 17 Ocak 1996'da bir bakanlık genelgesinin zorunluluk taşımadığına hükmetmiştir. Ayrıca düzenlemeleri sözü edilen kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi ışığında da değerlendiren Yüksek Mahkeme, kanunun yeterince açık, toplumsal bir gereksinime cevap veren ve amaca göre ölçülü olması gerektiğini de belirtmiştir. Ancak Belçika Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 56.maddesinde soruşturma yargıcının zor kullanma ve bireysel haklara ve özgürlüklere müdahaleye karar verme yetkisinin genel olarak

<sup>806</sup> ATF 109 Ia 224, Pra 72 Nr. 275, Jdt 1984 IV 160

<sup>807</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.43-45

<sup>808</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.66

<sup>809</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.239

tanınmış olması ise adeta kanun koyucu açısından bir yetki devri olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir<sup>810</sup>.

Belçika'da kolluk güçlerinin araştırma yetkileri kişisel veri toplama kapsamında değerlendirilmekte ve buna göre, kural olarak, ilgili mevzuatın uygulanması gerekmektedir. Ancak bazı istisnalar da kabul edilmiştir<sup>811</sup> ve bu araştırma veya soruşturmalarda elde edilen tüm veriler merkezi ulusal bir veri bankasında toplanmaktadır<sup>812</sup>. Öte yandan bazı kanunlarda daha az koşullar konmakla birlikte konutun aranması için yargıç kararı veya ilgilinin rızası gerekmektedir. Ayrıca bir bilişim sisteminde araştırma yapılacaksa, konutun aranması kararının dışında özel bir karar daha alınması gerektiği de belirtilmektedir<sup>813</sup>.

Özel hayatın gizliliğinin korunması açısından ilgi çekici bir sınırlama da 19 Temmuz 1991 tarihli kanun ile düzenlenen özel detektiflikle ilgidir. Buna göre özel detektiflerin kişileri kamuya açık olmayan yerlerde, rıza olmaksızın, bir araç ile görüntülemeleri, takip etmeleri, bu amaçlarla araç yerleştirmeleri veya üçüncü kişilere bilgi sağlamaları yasaktır. Ayrıca hassas verileri de kaydedemezler. Son olarak bu kişilerin topladığı bilgilerin kanıt değerini yargıç özgürce takdir eder<sup>814</sup>.

İçtihadı bakıldığında ise özel hayatın kişiliğinin serbestçe gelişimi açısından önemine vurgu yapıldığı<sup>815</sup>, telefon görüşmelerinin Yargıtay tarafından, haklı ve isabetli olarak, özel hayat kavramı içinde ele alındığı, ayrıca Verviers İş Mahkemesi'nin 20 Mart 2002 tarihli kararı ile e-maillerden elde edilen delillerin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir<sup>816</sup>. Ayrıca Belçika mahkemeleri, Fransız mahkemelerinden farklı olarak, gerçek veya tüzel kişinin aleni olmayan mali bilgileri veya mal varlığı bilgilerinin basın veya üçüncü kişiler tarafından yayınlanmasına izin vermemektedir<sup>817</sup>. Öte yandan Brüksel İş

<sup>810</sup> Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.145-147

<sup>811</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.291-292; Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili ulusal komisyon hakkında bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.335-336

<sup>812</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.303

<sup>813</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.293-294

<sup>814</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.315-316; Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.315

<sup>815</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.240

<sup>816</sup> Jean-François Leclercq – ..., **a.g.e.**, s.175 ve s.178

<sup>817</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.256-257

Mahkemesi, belli bir yerde hayat kadınlığı yapmanın “*yalnızca özel hayatın içinde değerlendirilemeyecek kadar aleni bir eylem*” olduğuna karar vermiştir<sup>818</sup>.

ee) Diğer ülkeleden örnekler<sup>819</sup>

İskandinav ülkeleri de özel hukuk önlemleri yerine doğrudan ceza hukuku düzenlemeleri ile koruma yolunu seçmişlerdir. İsveç, Danimarka ve Norveç gerek ceza kanunlarında gerek özel kanunlarda birçok suç tanımlamışlardır<sup>820</sup>. Bu ülkelerden İsveç, ulusal düzeyde veri koruma mevzuatını yürürlüğe geçiren ilk kuzey ülkesi, hatta Avrupa ülkesidir<sup>821</sup>. Öte yandan Finlandiya (m.10), Hollanda (m.10) ve Yunanistan (m.9) gibi anayasalarında özel hayata saygı hakkını açıkça tanıyan ülkelerin yanında çitayı daha da yükselterek kişisel verileri de anayasal düzeyde koruyan İspanya (m.18/4), Macaristan (m.59), Polonya (m.51), Portekiz (m.35) ve Rusya (m.24) gibi ülkeler de vardır<sup>822</sup>. Hatta bu ülkelerden Rusya Federasyonunda, “Operasyonel Soruşturma Faaliyetleri Kanununa” göre böyle bir faaliyet sırasında bir hakkının ihlal edildiğine “inanın” kişinin, mahkemeye, savcıya veya üst idari makamlara başvuru hakkı açıkça belirtilmiştir<sup>823</sup>.

İtalya’da ise mahkemeler özel hayatın korunması hakkının bağımsızlığını zamanla ve genelden özele doğru tanımıştır. Yargıtay 1956’da olumsuz bir karar verdikten sonra 1963’te genel bir hak olarak “*kendi kaderini tayin hakkını*” tanımış, 1975’te ise özel hayatın korunması hakkının varlığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de 1973 tarihli içtihadı ile aynı tavrı benimsemiştir<sup>824</sup>. Ama İtalyan mahkemelerinin de ifade özgürlüğünü kısıtlama konusunda çekingen oldukları not edilmelidir<sup>825</sup>.

<sup>818</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.68

<sup>819</sup> Yunanistan’da kişisel verilerin korunması hakkındaki düzenleme için bkz. Lilian Mitrou, **a.g.e.**, s.146 vd.; İzlanda’daki düzenleme için bkz. Páil Hreinsson, “La base de données du secteur médical islandais”, **La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.53-59; Meksika’daki anayasal düzenlemelerle ilgili olarak bkz. UNESCO, **a.g.e.**, s.432-434

<sup>820</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.48-52; Başka ülkelerdeki düzenlemeler için bkz. s.55 vd.

<sup>821</sup> James Michael, **a.g.e.**, s.53

<sup>822</sup> OCDE, **Protection de la vie privée en ligne**, Paris, 2003; Christopher Kuner, **a.g.e.**, s.18;

Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.112

<sup>823</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.114

<sup>824</sup> Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.29-30

<sup>825</sup> Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.3; İtalya’daki değişken içtihat için bkz. Guido Alpa, **a.g.e.**, s.115 vd.

c) AİHM dışındaki uluslararası kurumların yaklaşımı<sup>826</sup>

16 Aralık 1966'da kabul edilip 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı kanun ile taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17.maddesi kişinin şeref ve itibarının yanı sıra özel hayatını, ailesini, evini ve haberleşmesini “*keyfi müdahalelere karşı*” korumaktadır. Sözleşme'nin denetim organı konumundaki İnsan Hakları Komitesi, madde metninde müdahaleyi haklı kılacak nedenler sayılmadığından<sup>827</sup> Sözleşme'nin açıklayıcı notları uyarınca “keyfilik” kavramını o anki koşullar dahilinde makul olmayan biçiminde yorumlamakta ve bu değerlendirmede Sözleşme'nin amaçlarını dikkate almaktadır. Bu bağlamda Komite'nin 687/1996 sayılı Garcia-Kolombiya kararı son derece önemli olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı ile de bir paralellik içermektedir. Komiteye göre konuta yönelik her türlü müdahalenin yalnızca yasal olması bir başka deyişle kanuna uygun olması yetmez, müdahalenin keyfi de olmaması gerekir. Keza hükümlülerin haberleşmesinin denetlenebilmesi için de kanunun keyfiliği engelleyecek yeterli korumayı sağlaması gerektiğine Pinkey-Kanada (27/1978) ve Estrella-Uruguay (74/1980) kararlarında işaret edilmiştir<sup>828</sup>. Böylece Komite temel haklara müdahale edecek resmi makamlar açısından yalnızca yasallık değil hukukilik, hukuka uygunluk koşulunun da yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu içtihatla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin müdahale için kanunun gerekliliğine işaret etmekle kalmayıp yasanın gerekli güvenceleri de sağlaması gerektiğini belirten yerleşik içtihadına yaklaşmıştır<sup>829</sup>.

Komite 31 Mart 1994 tarihli Toonen-Avustralya kararında da “makul olma koşulu” (“*reasonableness*”) gereği özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahalenin amaçla orantılı ve olayın koşullarında gerekli olması gerektiğini belirtmiştir<sup>830</sup>. Öte yandan Komite Coeriel ve Aurik-Hollanda (453/1991) kararında özel hayatın hem başka kişilerle ilişki kurmayı kapsayan sosyal boyutunu hem de yalnız kalmayı

<sup>826</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ve Danışma Meclisi'nin ilgili tavsiye kararları ile diğer kararları için bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.39; Alain Bensoussan, **Informatique et ...**, s.35; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.96-97; Avrupa Birliğinin ilgili yönergeleri için bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.42; Ayrıca 1949 tarihli “Sivillerin ve Savaş Tutsaklarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmesi”nin de çeşitli maddelerinde özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik hükümler bulunmaktadır bkz.

Oya Araslı, **a.g.e.**, s.95

<sup>827</sup> Songül Atak, “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı”, **YÜHFD**, Cilt:IV, Sayı:2, 2007, s.212

<sup>828</sup> Songül Atak, **a.g.e.**, s.204-206

<sup>829</sup> Bkz. s.116

<sup>830</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.880; Lami Bertan Tokuzlu, **a.g.e.**, s.63

öngören bireysel boyutunu vurgulamış<sup>831</sup>, böylece sosyal ilişki-kişisel gelişim temelini altını dolaylı da olsa çizmiştir.

Avrupa Birliği bünyesindeki Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da 5 Ekim 1984'te verdiği kararında özel hayata saygı hakkının Topluluk Hukuk Düzenince korunan temel haklardan biri olduğunu kabul etmekle birlikte tanımlamanın zor olduğunu adeta itiraf ederek bu eylemden kaçınmıştır<sup>832</sup>. Öte yandan 13 Aralık 2007 tarihli Lizbon Antlaşması'nın 6.maddesine göre Birlik, Temel Haklar Bildirisi'ndeki hak, özgürlük ve ilkeleri tanımaktadır. Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinin adeta bir tekrarı olan Bildiri'nin 7.maddesi ve kişisel verilerin korunmasıyla ilgili 8. maddesi de Avrupa Birliği hukukunun bir parçası olmuştur<sup>833</sup>. Sözleşme'nin 8.maddesinin kısıtlamalarla ilgili 2.fikrasına paralel olarak da Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 29 Ocak 2008 tarih ve C-275/06 sayılı kararı ile üye ülkelerin ulusal güvenlik, ulusal savunma, kamu düzeni gibi gerekçelerin yanında başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için de iletişimin gizliliğini kaldırabilmesine izin vermiştir<sup>834</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine benzer bir sisteme sahip "Amerikan Devletleri Organizasyonu" adlı kurumun bünyesindeki iki belgede de özel hayatın gizliliği hakkı korunmaktadır. İlki 1948 tarihli "Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi"nin V.maddesi, ikincisi ise 1969 tarihli "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"nin 11.maddesidir. Kurum bünyesindeki "İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu" ve "İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi" adı geçen belgelerin ihlali ile ilgili üye ülkelere karşı yapılan başvuruları değerlendirmektedir<sup>835</sup>. Maddelerde kişinin "keyfi" ("*arbitrary*") ve "kötüye kullanılan" ("*abusive*") müdahalelere karşı korunması vurgulanmaktadır<sup>836</sup>. Örnek kararlara bakılacak olursa; 1983 tarihli *Íta Ford* kararında Komisyon, El Salvadorlu görevlilerin yaptığı işkence ve adam öldürme eylemlerini özel hayata saygı hakkının ihlali saymıştır. 1993 tarihli *Alejandro Piché Cuja* kararında da Guatemala'nın başvurucuyu zorla askere alması aynı şekilde ihlal sayılmıştır. 1995'teki Garcia v.

<sup>831</sup> Songül Atak, **a.g.e.**, s.189

<sup>832</sup> Jean Sace, **a.g.e.**, s.865

<sup>833</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.40-41

<sup>834</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.321

<sup>835</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. [www.oas.org](http://www.oas.org)

<sup>836</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.469-470

Peru kararında tank tugayınca yapılan arama ve el koyma, 1996'da Raquel Marti de Meija v. Peru kararında cinsel istismar ve saldırı, 1997'de X.v. Arjantin kararında ölçüsüz olduğu için mahkumun eşi üzerinde vücut içi arama Komisyon tarafından ihlal olarak yorumlanmıştır. Mahkeme de 1997 yılındaki Ortiz v. Guatemala kararında polis güçlerinin aktif takibi ve tehditlerinin Sözleşme'nin 11.maddesi anlamında ihlal olduğuna karar vermiştir<sup>837</sup>.

## D) Çeşitli hukuk dallarında özel hayatın gizliliğinin korunması

### 1) Anayasa Hukuku

Anayasal güvencelerin gelişen teknik nedeniyle zamanla yetersiz kalacağı<sup>838</sup> ve bunun aslında bütün hukuk dalları için geçerli olduğu vurgulamaktadır. Bununla birlikte anayasanın üstünlüğü ilkesi ve anayasalarda devletin temel yapısının yanında temel hak ve özgürlüklerin de tanımlanıp korunması nedeniyle özel hayat kavramı ve özel hayatın gizliliği hakkı açısından adı geçen temel kanun çok büyük önem taşımaktadır.

#### a) Anayasadaki düzenlemeler

Türk Anayasa Hukukundaki tarihsel gelişime bakılacak olursa görülmektedir ki, her ne kadar XIX. yüzyıldaki fermanlarda çeşitli haklar korunmuş, 1876 tarihli Kanuni Esasinin 22.maddesinde konut dokunulmazlığı, 1924 tarihli Teşkilatı Esasinin de 71 ve 76.maddelerinde yine konut dokunulmazlığı ve 81.maddesinde haberleşmenin gizliliği hükümleri yer almış<sup>839</sup> olsa da özel hayat kavramının ve korunmasının açıkça geçtiği ilk anayasal belge 1961 Anayasasıdır<sup>840</sup>. Bu anayasanın sırasıyla 15, 16 ve 17.maddelerinde özel yaşamın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, konut, üst, özel kağıtlar ve eşyaya tanınan korumalar açıklanmıştır<sup>841</sup>. 1982 Anayasasının genel anlamda özel hayat kavramıyla yakından ilgili birçok maddesi bulunmaktadır. 20, 21 ve 22.maddelerin yanında 24.maddedeki din ve vicdan özgürlüğü, 26.maddedeki düşünceyi açıklama özgürlüğü, 28.maddedeki

<sup>837</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.477-481

<sup>838</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.237

<sup>839</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.92; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.77

<sup>840</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**,s.13

<sup>841</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.236; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.93; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.265

sınırlamalarıyla beraber basın özgürlüğü, 32.maddedeki cevap ve düzeltme hakkı ve 41.maddedeki ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler en yakın ve doğrudan ilgili olanlardır<sup>842</sup>. Hatta 1982 Anayasası aile hayatına o derece önem vermiştir ki, bir öncekinden farklı olarak özel hayatın korunmasıyla ilgili 20.maddede de aile hayatı kavramına yer vermiş, bunun gerekçesi olarak da özel hayatın “ferdi hayat” ve “aile hayat”ından oluşan bir bütün olduğu belirtilmiştir<sup>843</sup>. Ayrıca 2010 yılında 5982 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda kişisel veriler de 20.maddenin bir parçası haline gelmiş ve kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği kavramı içerisinde anayasal bir niteliğe kavuşturulmuştur<sup>844</sup>.

Söz konusu maddenin içeriği bu gerekçeyi tam olarak doğrulaması da madde ve sonraki iki maddenin ana başlığı birlikte düşünüldüğünde başlıkta kastedilenin geniş anlamda özel hayat olduğunu kabul etmenin, hem anayasanın düzenlemesine hem de özel hayatı koruma amacına daha uygun olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Zaten Anayasanın bu maddelerinin içeriği aynı kaynağın yani özel hayatın değişik uzantıları olup, iç içe geçmiş durumdadır. Dolayısıyla özel hayatla ilgili genel söylem hepsi için geçerlidir<sup>845</sup>. Anayasanın yanında uluslararası belgelerde de bu kavramların hep birlikte kullanıldığı görülmektedir<sup>846</sup>. Ayrıca 20, 21 ve 22.maddelerin lafzından çıkan sonuç, hem bu korumadan hiçbir ayırım olmaksızın bütün insanların yararlandığı hem de yalnızca kamu otoriteleri açısından değil herkes açısından bir saygı yükümlülüğü getirildiğidir<sup>847</sup>.

Öte yandan 2001 yılında Anayasada çok kapsamlı bir değişiklik yapılmış ve özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili kısım adeta yeni baştan yapılandırılmıştır. Örneğin 20-22.maddelerde bulunan ve adli soruşturma ve kovuşturmalarda özel

<sup>842</sup> Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.117

<sup>843</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.60; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.94

<sup>844</sup> Fıkra metni: “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”

<sup>845</sup> Duygun Yarsuvat, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler”, **TBMM Anayasa Hukuku I.Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 2003, s.35; Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.285-286: Yazar, çok yerinde bir söylemle özel hayatın gizliliğinin bu hakların tamamını kapsadığını ifade ettikten sonra bölüm başlığının “özel hayatın gizliliği” olması gerektiğini yine haklı olarak önermektedir.

<sup>846</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.11

<sup>847</sup> Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s.10

hayatın gizliliği ilkesinden ayrılmasına izin veren düzenleme<sup>848</sup> kaldırılmış ve böylece özel hayatın gizliliği hakkı her alanda tanınmıştır. Ayrıca değişiklik öncesi özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşıyan önlemlerde, öğretilerde de eleştirilen bir biçimde<sup>849</sup>, yargıç kararı ancak kanunda açıkça gösterildiği hallerle sınırlı iken kural haline getirilmiş ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yargıcın onayı sıkı süre koşullarına bağlı olarak aranmaya başlamıştır<sup>850</sup>. Ek olarak 13.madde genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarılmış ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen her maddede özel sınırlama sebepleri sayılmıştır. 20.maddede hem bazı yeni sebepler eklenerek hem de bazıları çıkartılarak<sup>851</sup> AİHS 8.maddenin 2.fıkrası ile paralellik sağlanmıştır. Ancak Anayasanın 15.maddesine dayanılarak, olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemelerde genel yapıya istisna oluşturan hükümler bulunduğu da not edilmelidir (2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu m.9 ve 11, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m.3, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu m.12). Ayrıca haberleşme özgürlüğü ile gizliliğini düzenleyen 22.maddenin, aslında Danışma Meclisi metninde olmayan ve fakat Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenen, kamu kurum ve kuruluşlarında ek ve ayırık kısıtlamalara olanak sağlayan son fıkrası<sup>852</sup> da halen varlığını sürdürmektedir. Artık işyerinde de özel hayatın varlığının kabul edildiği bir zamanda ve dünyada böyle bir düzenlemenin ister istemez temel hakların korunması ve ölçülü müdahale açısından tartışma yaratacağı kuşkusuzdur.

Son olarak 1982 Anayasasının özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeleri 12.maddenin 1.fıkrasına göre “dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez” olan, 13.maddeye göre de ancak kanun ile sınırlanabilecek temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlemiş olması<sup>853</sup> ve 1961 Anayasasının 10.maddesinin 2.fıkrasına benzer biçimdeki, devletin görevleriyle ilgili 5.maddesindeki “... engelleri kaldırmak” yükümlülüğü dikkate alındığında kişinin özel hayatının korunmasına yönelik olarak, tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarındaki benzer bir “pozitif edim yükümü” akla gelebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bazı yasal düzenlemeleri 5.maddeye aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir (E.85/8, K.86/27,

<sup>848</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.171; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.98

<sup>849</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.96

<sup>850</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.61

<sup>851</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.69

<sup>852</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.62

<sup>853</sup> K.Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.25

26.11.1986). Ancak AİHM'nin aksine Anayasa Mahkemesi'nin var olmayan bir düzenlemeyi yapması için yasama organını zorlama yetkisi bulunmamaktadır<sup>854</sup>.

b) Anayasa Mahkemesi içtihadı

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği ilk kararlarından birinde arama yetkisinin “tahkik memuruna” devrini Anayasaya aykırı bulmuştur (E.1963/138, K.1964/71, 11.2.1964). E.1973/41 K.1974/13 sayı ve 25.4.1974 tarihli kararında da Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile polise verilen “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” arama yapabilme yetkisini, kişisel anlayışa göre genişleyebilecek ve keyfiliğe varabilecek bir nitelikte olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir<sup>855</sup>. Ama aynı Mahkeme, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa 4178 sayılı kanun ile eklenen Ek 1.Maddeyle valiye, hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında güvenlik amacıyla arama da dahil önlem anlam yetkisi tanıyan düzenlemeyi E:1996/68 K.1999/1 sayı ve 6.1.1999 tarihli kararı ile Anayasaya uygun bulmuştur<sup>856</sup>. Söz konusu kararın 2001 değişikliklerinden önce verilmiş olduğu dikkate alınırca bugünkü düzenleme karşısında Mahkeme'nin içtihadını değiştirebileceği kabul edilebilir.

Nitekim PVSK kapsamındaki arama önlemi 1982 Anayasası döneminde bu kez farklı bir bakış açısından Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve o da aramalar arasında ayırım yapmamıştır. Hamur Sulh Ceza Mahkemesi itiraz yolu ile yaptığı başvurusunda, E.2003/29, K.2006/24 sayı ve 22.2.2006 tarihli karara konu olan olayda adı geçen kanunun 9.maddesinde 4771 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda idari aramalar için de yargıç kararının gerekmesi ve eski sistemin aksine illerde vali ile ilçelerde kaymakam emrinin ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmasının Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise özel hayatın dokunulmazlığının temel bir hak olduğunu ve 20.maddeye göre özel hayatın gizliliğinin esas olduğunu vurgulamış, maddenin 2001 yılında değişmiş halinin iddia edilenin aksine yalnızca adli aramalarda değil bütün aramalarda geçerli olduğunu söylemiştir. Davaya konu kanun değişikliğinin de bu

<sup>854</sup> Barış Bahçeci, **a.g.e.**, s.532-534: Yazar, bu eksikliğin giderilebilmesi için anayasa şikayeti yolunu önermektedir (s.535)

<sup>855</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.171; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.85

<sup>856</sup> Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.84

amaçla yapıldığını belirten Mahkeme, idari / önleme aramalar(ın)da yargıç kararının istisna tutulamayacağına, dolayısıyla da düzenlemenin Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Ama kanun koyucu, bu kararı ve hatta 2001 değişikliklerini tamamen göz ardı ederek hemen bir yıl sonra yine aynı maddede yapılan düzenleme ile “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramını, sistemi tersine çevrilerek, bazı durumlarda kural haline getirmiş, bir başka deyişle yargıç kararını istisna etmiştir<sup>857</sup>.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında (E.1971/31, K.1972/5, 15-16 Şubat 1972) Sıkıyönetim Kanunu’ndaki istisnai düzenlemeleri tartışmış ve hem çok tartışmalı hem de özel hayatın gizliliği hakkının ortadan kaldırılmasına yol açabilecek bir gerekçeyle başvuruyu büyük ölçüde reddetmiştir. Mahkeme öncelikle, 1961 Anayasasının genel sınırlama maddesi olan 11.maddesine dayanmış ve maddenin söz konusu düzenlemeye izin verdiğini belirtmiştir. Oysa *Özbudun*’un da söylediği gibi bir anayasal güvence hükmü “*11.madde yoluyla etkisiz kılınmaz*”, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve özüne uygun olması gerekmektedir. Mahkeme’nin ikinci gerekçesi ise sıkıyönetim halinin başlı başına, 11.maddeden bağımsız bir sınırlama nedeni olduğudur. Böyle bir yaklaşım da hukuki bir rejim olan sıkıyönetimi hukuk dışına çıkarma sonucunu doğurmakta<sup>858</sup> hem de resmi makamlara Anayasada gösterilmemiş yetkilerin tanınabileceği anlamına gelmektedir. Gerek hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ilkesi, gerekse insan haklarına saygı yükümü açısından kabul etme olanağı olmayan bir sonuç olduğu vurgulanmalıdır.

## 2) Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku

Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku, özel hayata ilişkin değerlerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için ilk kararların çıktığı ve ilk düzenlemelerin yapıldığı alandır. Hatta daha önce de belirtildiği gibi özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde özel hayatın korunması daha çok bu iki hukuk dalına ait dava yollarıyla ve usullerle yapılmaktadır. Zaten *Araslı* da özel hayatın gizliliği hakkının iki görünümü olduğunu belirtmekte ve bireyler arasındaki yani birbiriyle eşit yetkilere sahip, aynı konumdaki kişiler arasında özel hukuk kurallarından kaynaklan bir “*özel*

<sup>857</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülşah Kurt Yücekul – Güçlü Akyürek, **a.g.e.**, s.186-191

<sup>858</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.291-292; Sultan Üzeltürk, **a.g.e.**, s.153; Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.230

*hakkın*” söz konusu olduğunu, devlet-birey ilişkisinde ise bir “*kamu hakkına*” dönüşerek “*devlet iktidarına bir sınır*” haline geldiğini ileri sürmektedir<sup>859</sup>.

Öte yandan Avrupa ülkelerindeki uygulamalar özel hayatın gizliliğinin korunması için suçları şikayet etmek yerine özel hukuk yargılamasının tercih edildiğini göstermektedir. İlgili suçlardaki unsurların bulunmaması nedeniyle mahkumiyet kararının pek verilemiyor olmasının yanında hukuk yargılamasının daha pratik olması ve bazı ülkelerde seri yargılama usulü ile karar verilmesi, maddi-manevi tazminat elde etme olasılığının bulunması ve miktarın tespitinde, en azından o ülkelerdeki yargıçların, çok katı olmaması özel hukuk yargılamasını daha etkin kılmıştır<sup>860</sup>. Dolayısıyla daha eski ve zengin bir içeriğe sahip olan Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunun konuya yaklaşımına bakmak özel hayatın gizliliği hakkını incelemek açısından gereklidir.

#### a) Türk Hukuku

4721 sayılı Medeni Kanun’un 24.maddesi kişinin hem gizli hayatını hem de özel hayatını korumakta<sup>861</sup>, 25.madde ise saldırının önlenmesinin yanında, sona erdirilmesi, tespiti, kararın yayınlanması, üçüncü kişilere bildirilmesi gibi yeni dava hakları tanımaktadır. Düzenleme 743 sayılı Eski Medeni Kanun’un 3444 sayılı ile 1988’de değişen 24 ve 24/a maddelerinin yeni kanuna alınmış halidir<sup>862</sup>. Ayrıca 1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 85.maddesi de eser oluşturmaya bile kişinin mektup, anı ve buna benzer yazılarını ve bunlardan kaynaklanan kişilik haklarını (dolayısıyla da özel hayatına saygı hakkını) korumaktadır<sup>863</sup>. Böylece fikri hakların dolaylı bir koruma olduğu ve özel hayatın gizliliği hakkını tam olarak korumadığı yönündeki haklı eleştirinin<sup>864</sup> işaret ettiği eksiklik özel hukuk alanında giderilmeye çalışılmıştır. Zaten Yargıtay 4.Hukuk Dairesi’nin 1972 tarihli bir kararı da sırların yanında söz konusu mektup ve anılar üzerinde kişinin mutlak nitelikteki kişilik hakkını vurgulamış ve izin olmadan

<sup>859</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.99

<sup>860</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1639

<sup>861</sup> Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.62-64

<sup>862</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.104-105

<sup>863</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.152-153; Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.134-135: Yazar, bu yazıların mutlaka sır içermesi gerektiği görüşünü reddetmektedir.

<sup>864</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.201

yayınını hak ihlali saymıştır<sup>865</sup>. Bu anlayıştan hareketle söz konusu mektup veya yazıların sır içermesi gerektiği görüşüne karşı çıkılmış ve sır içermese dahi “yazı üzerindeki bağımsız kişilik hakkının” (“*das Recht am geschriebenen Wort*”) ihlalinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir<sup>866</sup>.

Aynı Daire, bir yıl sonra verdiği bir kararda da anıların izinsiz olarak yayınlanmasını ağır kusur olarak kabul etmiş ve manevi tazminata hükmetmiştir<sup>867</sup>. Bir başka kararında da davacının, davalının kendisi hakkında bir kadınla evlilik dışı ilişkisi olduğunu söyleyerek özel hayatının gizliliğinin ve kişilik haklarının ihlal ettiğine dair iddiasını da kabul etmiştir<sup>868</sup>. Yine 4.Hukuk Dairesi, farklı tarihlerde verdiği iki kararda gizli kaydı mutlak olarak özel hayatın gizliliğini ihlal saymıştır. İlkinde davacının telefon görüşmelerinin gizlice kaydı ve kamuoyuna ifşası söz konusudur. Yargıtay telefon görüşmesinin içeriğinin gizli kalması gereken sözlerden oluşmasa bile dinlenemeyeceğini ve toplumca tanınan bir kişi olsa bile özel hayatın gizliliğinin korunduğunu, korumanın geçerli olduğunu çok doğru biçimde saptamıştır. Hatta davalı dinlememiş olsa bile kaydı ifşa etmesi yeterli sayılmıştır<sup>869</sup>. İkinci kararda ise davacının ses ve görüntülerinin gizlice kayıt edilmesi ihlal olarak kabul edildiği gibi haber verme hakkı – kamu yararı gibi herhangi bir tartışmaya girilmeksizin, televizyonda görüntülerin yayınlanması ikinci bir ihlal olarak yorumlanmıştır<sup>870</sup>.

#### b) Yabancı Hukuk

Norveç’te 1958’de yapılan yasal değişiklikle özel hayatına saygı hakkı ihlal edilen kişilere tazminat alma hakkı tanınmış, İsveç’inkine benzer hukuk sistemi gereği, manevi tazminatla ilgili de açık düzenleme yapılmıştır<sup>871</sup>. Danimarka’da ise bir suçun varlığı halinde tazminat hakkı tanınmakla birlikte, suç oluşturmayan eylemler için tıpkı Türk Medeni Kanunu’nun 25.maddesindeki gibi sürmekte olan saldırıya son verilmesi istemiyle dava açılabilir<sup>872</sup>. Amerika Birleşik

<sup>865</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.156

<sup>866</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.135

<sup>867</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.106

<sup>868</sup> Y. 4.HD, E.2004/7268 K.2005/1090 10.2.2005 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 19.12.2008)

<sup>869</sup> Y. 4.HD. E.2000/6487 K.2000/9467 31.10.2000 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 20.05.2009)

<sup>870</sup> Y. 4.HD. E.2006/13723 K.2007/13089 26.10.2007 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 19.12.2008)

<sup>871</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.772 ve 780

<sup>872</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.778

Devletleri'nde de hukuka aykırı olan arama ve el koymalara karşı hukuksal sorumluluk davası açılabilir<sup>873</sup>. Hatta eyaletler düzeyinde uygulamada haksız aramalar sonucunda müdahalenin menî ve tazminat davalarına yoğun olarak başvurulduğu ve davaların kazanıldığı belirtilmektedir<sup>874</sup>. Fransa'da da önce genel hukuki sorumluluk maddesi olan Medeni Kanun'un 1382.maddesine başvurulduğunu ama 1970 yılında 9.maddede yapılan değişiklikle özel hayata saygı hakkının özel olarak tanındığı ve ikinci fıkrada ilgililere mahkemeden tedbir isteme hakkı tanındığı hatırlatılmalıdır. Yargıtay verdiği iki ilke kararında yalnızca özel hayatın gizliliğine müdahalenin varlığının tespitini tazminat için yeterli görmüştür<sup>875</sup>. Ayrıca mahkemeler bu özel düzenlemenin yanında genel kurallara göre (Medeni Usul Kanunu m.809/1) yapılan başvuruları da kabul etmektedir<sup>876</sup>. Belçika'nın da Fransa ile aynı sisteme sahip olduğu, acil durumlarda doğrudan mahkeme başkanına başvurularak da tedbir kararının alınabilmesinin hukuken olası olduğu<sup>877</sup> söylenebilir. İsviçre'de Medeni Kanun'un Türk Medeni Kanunu ile paralel bir içeriğe sahip olan 28 ve 28/a maddelerine ayrıca Borçlar Kanunu'nun 49.maddesine başvurma olanağı vardır<sup>878</sup>. Benzer usullerin Almanya'da ve ifade özgürlüğünü korumak gerekçesiyle çok işletilmese de İngiltere'de de olduğu ("*injunction*")<sup>879</sup> not edilmelidir.

İspanya ise farklı bir yol izleyerek 5 Mayıs 1982 tarihinde onur, kişisel ve ailevi mahremiyet ve resim hakkının medeni hukukça korunmasına dair bir kanun çıkarmıştır. Kanunun 7.maddesine göre, diğerlerinin yanında, her hangi bir yere dinleme veya gözlem aleti yerleştirmek, bir kişinin veya ailenin özel bilgilerini ifşa etmek, bir kişinin özel bir yerdeki veya andaki görüntüsü çekmek veya yayınlamak, eğer rıza veya bir hakkın icrası gibi bir hukuka uygunluk sebebi yok ise, haksız bir müdahale olacaktır. Bu durumda ilgili kişinin hem tazminat isteme hem de

<sup>873</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.82

<sup>874</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.273

<sup>875</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.94; François Terre, **a.g.e.**, s.137

<sup>876</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1641: Ancak yazarlar, gerek AIHM içtihatları karşısında ifade özgürlüğünün önemi gerekse işi asıl mahkemesine bırakma düşüncesi ile yargıçların tedbir kararlarında çekingen davrandıklarını da eklemektedirler bkz. s.1642; Micheline Decker, **a.g.e.**, s.136; Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.39-40

<sup>877</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.337-341

<sup>878</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.77-78; Jean Guinard, **a.g.e.**, s.128; Hans Stoll, **a.g.e.**, s.46; Carole Mounier, **a.g.e.**, s.137

<sup>879</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.139-140; Fransız-Alman-İngiliz sistemlerinin ayrıntılı karşılaştırması için bkz. s.291-292; İngiliz sisteminin ayrıntılı incelemesi için bkz. Raymond Wacks, **Privacy and press freedom**, Glasgow, 1995, s.144-168; Alman sisteminin ayrıntılı incelemesi için bkz. Jon A. Lehman, "The right to privacy in Germany", **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol.1, 1968, s.112-121

saldırının durdurulmasını veya gelecek saldırıların önlenmesini talep etme hakkı olacaktır<sup>880</sup>. Keza Rus Medeni Kanunu da özel hayatın gizliliği hakkını yasal olarak korunan bir gayri mameleki hak olarak kabul etmiş ve kişinin haysiyetini, dokunulmazlığını, onurunu, adını ve sırlarını bu hakla bağlantılı saymıştır<sup>881</sup>.

### 3) Diğer hukuk dallarından örnekler

Özel hayat kavramının genişliği ve hukuk dallarının çeşitliliği tüm alanları incelemeyi olanaksız kılıp çalışmanın boyutlarının dışına çıkılması sonuncu doğursa da bazı tartışmalı durumlara burada yer vermek konunun açıklanması ve irdelenmesi açısından yararlı olacaktır.

Gerek medeni yargılama hukuku gerekse idari yargılama hukukunda özel hayatın gizliliğini koruyabilmek için, kural olan aleni yargılama ilkesine istisnalar getirilmiştir<sup>882</sup>. Türkiye’de ise Anayasanın 141.maddesi gereği yargılamalar açık olarak yapıldığı ve yalnızca genel ahlak ya da kamu güvenliği gereği kapalılık kararı verilebileceği için bütün yargılama usulü kanunları bu şekilde düzenlenmiştir (Ceza Muhakemesi Kanunu m.182, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.149, İdari Yargılama Usulü Kanunu m.18). Bu nedenle davacı, davalı, sanık, katılan, tanık gibi yargılamaya bir biçimde dahil olan kişilerin özel hayatının gizliliğinin aleniyete karşı korunabilmesi ancak bu iki istisnai sebep kapsamında sağlanabilecektir. O halde aleniyet ilkesinin koruduğu değerlere zarar verilmemesi ve kötüye kullanmaları engellemek açısından ilgiliden gelecek bir talep üzerine mahkemenin özel hayatın gizliliğinin korunması gerekçesiyle gizlilik kararı verebilmesine yönelik bir düzenleme yapılabilir.

Öte yandan özel hayatın gizliliği açısından bir diğer sorun da Türk İcra Hukukunda bulunmaktadır. Bir mahkeme kararının yerine getirilmesi veya bir borcun ifası için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra takibi başlatan alacaklının alacağı için haczedilecek malların niteliği günümüzde teknolojinin geldiği noktada çok büyük önem taşımaktadır. Örneğin borçlunun

<sup>880</sup> Luis Escobar de la Serna – Salustiano del Campo Urbano, **a.g.e.**, s.175-176; Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.2 ve 13-14

<sup>881</sup> Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.113

<sup>882</sup> Fransa örneği için bkz. André Roux, **a.g.e.**, s.215-217, 219 ve 221

bilgisayarının (hatta taşınabilir telefonunun veya taşınabilir belleğinin) haczi yasal olarak olanaklıdır. Oysa bir bilgisayar veya benzeri bir araçta depolanan bilgiler, defalarca silinse bile tam olarak ortadan kalkmamaktadır. Dolayısıyla aracın eski sahibinin özel hayatına dair olan gizli bilgilerinin hacizden sonra aracı satın alan kişinin eline geçmesi olasılığı vardır. O halde bu alanda özel bir düzenleme yapılması ve alacaklıların da çıkarlarıyla bir denge sağlamak amacıyla bir bilgisayarın veya benzeri bir aracın haczi sırasında bilgilerin depolandığı sabit belleğin (“hard disk”) sökülerek sahibine iadesinin sağlanması gerekmektedir. Aksi ancak ilgilinin rızası ile olanaklı olabilmelidir. Zaten 2004 sayılı kanunun 85.maddesinin, icra memurunun alacaklı ile borçlu arasında çıkar dengesi kurması gerektiğine dair hüküm de böyle bir uygulamayı olanaklı kılmaktadır.

Ayrıca 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 148 ve devamı maddelerindeki gerçek ve tüzel kişilerin, vergi incelemesi yapan görevlilerin istediği bilgileri vermeye mecbur olduklarına dair düzenleme genel olarak tüm dünyada var olan bir uygulama olmakla birlikte, istenen bilgiyle ilgili bir kısıtlama konmamış olması özel hayatın gizliliği hakkı açısından sorun yaratabilir. Buna karşın aynı yasanın 5.maddesindeki “vergi mahremiyeti” ilkesi ve 362.maddesine göre ilkenin ihlalinin TCK m.239’daki suçu oluşturması ve 150.maddedeki istisnalar, ülkemiz açısından da bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi ve ilgili AİHM içtihadı bağlamında özellikle de orantılılık ilkesi dikkate alınarak uygulandığında gerekli korumanın sağlandığı söylenebilir.

## II. BÖLÜM: ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN HUKUKSAL YAPISI

Özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik en geniş ve en köklü düzenlemelerin anayasal metinlerde ve özel hukuk mevzuatında olduğu görülmektedir. Ancak birincilerin yalnızca ilkeleri koyan genel kurallar içermesi, ikincilerin de o alana has tecavüzün durdurulması ve tazminat yollarını öngörmesi<sup>883</sup> ceza kanunlarında özel hayatın gizliliğini, kişisel veriler gibi yeni kavramları da kapsayacak biçimde<sup>884</sup>, korumaya yönelik suçlar yaratılmasını gerekli kılmıştır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında birçok ülkenin doğrudan veya dolaylı yoldan özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik cezai hükümler getirdiği görülmektedir (A). Zaten 765 sayılı Türk Ceza Kanununda dolaylı yoldan da olsa (B), 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise doğrudan koruma sağlayan düzenlemeler (C ve devamı) bulunmaktadır.

### A) Çeşitli ülkelerdeki cezai düzenlemeler

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından karşılaştırmalı hukuka bakıldığında XX.yüzyılda ve özellikle ikinci yarısında yoğun cezai düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. İlk kanunların, teknolojik gelişimle de bağlantılı olarak iletişimin hukuka aykırı denetlenmesi eylemleri ile ilgili olduğu (1), daha sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi benzeri düzenlemelerin yürürlüğe girmeye başladığı (2) anlaşılmaktadır. Bunun yanında dolaylı koruma sağlayan ceza hükümleri sevk eden ülkeler de (3) vardır.

<sup>883</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.708

<sup>884</sup> Durmuş Tezcan, **a.g.e.**, s.390

## 1) Genel olarak

İletişimin hukuka aykırı denetimini ilk cezalandıran ülkelerden olan Amerika Birleşik Devletleri'nde gerek *Common Law* gerekse birçok eyalet kanunu tarafından gizli dinlemeler suç olarak kabul edilmiştir. Her kanun ve uygulama farklı olmakla birlikte genellikle failde başkalarına ifşa veya ilgiliye zarar verme özel kastı aranmaktadır<sup>885</sup>. Nitekim federal düzeydeki 1934 tarihli *Federal Communications Act* m.605 dar yorumlanmış ve yalnızca dinleme cezalandırılmayarak ancak ifşanın cezalandırılması yoluna gidilmiştir<sup>886</sup>. Oysa bunun gizliliğin korunması açısından yetersiz olduğu açıktır. Bunun yanında 1968 tarihli federal kanuna aykırı olarak yapılan dinlemeler para ve hapis cezası ile cezalandırıldığı gibi ilgiliye tazminat davası hakkı da tanımaktadır<sup>887</sup>. Ayrıca haberleşmenin gizliliğini koruyan cezai düzenlemeler de mevcuttur<sup>888</sup>.

Avrupa'da ise bu yöndeki asıl eğilim 1950'li yıllardan son hız kazanmıştır. İlk örneklerden olan Norveç'te önce Ceza Kanunu daha 1902 yılında telefonla yapılan iletişimin dinlenmesini yasaklamış<sup>889</sup>, daha sonra 12 Aralık 1958 tarihli bir kanun ile Ceza Kanununa 145a maddesi eklenerek başkalarının sözlerinin kaydedilmesi cezalandırılmaya başlamıştır. 1852 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nun 1965 yılında değiştirilen 310/d maddesi kayıt aletlerinin kötüye kullanılmasını, şikayete bağlı olarak, 6 ay ile 1 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırmaktadır<sup>890</sup>. 22 Aralık 1967 tarihli Alman kanunu kayıt ve ses alma aletlerinin kötüye kullanılmasını cezalandırmış, İsviçre'de ise 20 Aralık 1968'de, Fransa'da 17 Temmuz 1970'te ilgili maddeler ceza kanunlarına girmiştir<sup>891</sup>. İngiltere'de 1969 tarihli *Post Office Act* telefonların dinlenmesini suç haline getirmiştir<sup>892</sup>. Ayrıca İngiltere'de iletişiminin yasadışı olarak dinlendiğinden şüphelenen kişi bu durumda mahkemeye başvurmakta ve böyle bir uygulama varsa durdurulmasını talep edebilmektedir. Eğer dinleme yasal ise tıpkı Türkiye'deki gibi herhangi bir yasadışı uygulama olmadığına dair

<sup>885</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.47

<sup>886</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.228

<sup>887</sup> Ergun Özbudun, **a.g.e.**, s.284

<sup>888</sup> Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.41

<sup>889</sup> **The Ready Guide to Intercept Legislation**, SS8, 2007, s.47

<sup>890</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.384; Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.54

<sup>891</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.739

<sup>892</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.81

bildirimde bulunmaktadır<sup>893</sup>. İsveç'te ise Ceza Kanunu'nun 4.bölümüne 1975'te eklenen 9a ve 9b maddeleri ile konuşmaların gizlice kaydedilmesi ve haberleşmenin gizliliğinin ihlal eylemleri cezalandırılmaya başlanmıştır<sup>894</sup>. İspanya Ceza Kanunu'nun 536.maddesi de yasadışı olarak telekomünikasyon iletişimini dinleyen, dinleme, kaydetme, nakletme, ses, görüntü veya iletişim bilgisi üretme araçlarını kullanan kamu görevlilerini cezalandırmaktadır<sup>895</sup>. Danimarka'da Ceza Kanunu'nun 263.maddesinde gönderilerin izinsiz açılması suçu kıyas yolu ile telefon görüşmelerinin izinsiz dinlenmesi açısından da uygulanmakta ve bu durum, haklı olarak, ciddi biçimde eleştirilmektedir<sup>896</sup>. Belçika'da 1994 tarihli kanun ile Ceza Kanunu'na eklenen 314bis maddesi özel kişiler tarafından, 259bis maddesi ise kamu görevlisi tarafından hem telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin bir alet yardımıyla dinlenmesini hem de bu amaçla bir aletin yerleştirilmesini aynı biçimde cezalandırmaktadır<sup>897</sup>. Kanada'da ise 1973 tarihli *Özel Hayatın Gizliliğinin Korunmasına Dair Kanun* ("The Protection of Privacy Act") ile karar olmadan yapılacak dinlemeler suç haline getirilmiş hem de bu yolla elde edilen bilgiler yasadışı delil kabul edilerek tazminat nedeni sayılmıştır<sup>898</sup>.

## 2) Doğrudan düzenleme yapan ülkeler

Bu ülkeler ağırlıklıla Kıta Avrupası ülkeleri olmakla birlikte Amerika kıtasından da örnekler bulunmaktadır.

### a) Fransa

Fransa'da ilk cezai düzenlemeler 1970'te yapılmış ve 1994 tarihli Yeni Ceza Kanunu'nda da büyük ölçüde korunmakla birlikte kimi değişiklikler yapılmıştır (art.226-1). Düzenleme Fransız öğretisinde "işitsel ve görsel casusluk" ("*l'espionnage auditif et visuel*") olarak adlandırılmaktadır<sup>899</sup>. Kanunun ilk halinde "özel bir yerde" ("*dans un lieu privé*") bulunan kişinin sözlerinin veya görüntülerinin

<sup>893</sup> James Michael, **a.g.e.**, s.105

<sup>894</sup> [www.regeringen.se/sb/d/584](http://www.regeringen.se/sb/d/584) (İsveç hükümeti resmi internet sitesi, erişim: 31.3.2009)

<sup>895</sup> Lusi Escobar de la Serna – Salustiano del Campo Urbano, **a.g.e.**, s.173

<sup>896</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.775; Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.82

<sup>897</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.80; Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.321

<sup>898</sup> James Michael, **a.g.e.**, s.81

<sup>899</sup> Michèle-Laure Rassat, **Droit pénal spécial**, 3e éd., Paris, 2001, s.395-396

alınması, kaydedilmesi veya iletilmesi suç iken<sup>900</sup> yeni halinde sözler açısından “özel veya gizli olması” (“à titre privé ou confidentiel”) gerekmektedir. Görüntüler açısından ise “özel bir yerde” olma kuralı halen geçerlidir. Böylece 1970 tarihli kanundan farklı ikili bir ayırım yapılmış ve görüntüler açısından “objektif” bir ölçüt konmuş, sözler açısından ise, kişilikle de bağlantılı olması nedeniyle “sübjektif” bir ölçüt benimsenmiştir<sup>901</sup>. Sözlerin “özel veya gizli” olması açısından Fransız içtihadının, ailevi sorunlar, aile hayatı, kişisel ilişkiler ve sağlık durumu gibi konuları bu kapsamda değerlendirmektedir<sup>902</sup>. Bu bağlamda eski dönemde bir ceza mahkemesinin verdiği ve otelde olan kocası ile yaptığı telefon görüşmesi kendi rızası ile kaydedilen kadının eyleminin suç oluşturmadığı yönündeki kararı<sup>903</sup> yeni düzenlemede suç oluşturabilecektir. “Özel yer” kavramının nasıl açıklanacağı ise halen tartışılmaktadır. Çoğunluğa göre öznel bir ölçüt dikkate alınmalı, mağdurun rızasına göre belirleme yapılmalıdır. Azınlıkta kalan görüşe göre ise nesnel ölçüt kullanılmalı ve mevzuat gereği kamusal alan sayılan yerler dışındaki her yer korunmalıdır<sup>904</sup>. Başlarda nesnel ölçütü benimseyen yargı kararlarında da zamanla öznel ölçüt ağırlık kazanmıştır<sup>905</sup>. Böylece mahkemeler kamusal alanları “özel izin gerekmeden herkesin girebileceği yerler” ile “girişin sürekli koşulsuz veya belirli koşul, süre veya sebeplere bağlı olduğu yerler” olarak tanımlamıştır<sup>906</sup>. Paris İstinaf Mahkemesi 5 Haziran 1979 tarihli kararında açık denizdeki gemiyi “özel yer” saymış, Paris Asliye Mahkemesi ise 28 Nisan 1998 tarihli kararında bir limana yaklaşıyor olup olmamasına bakmaksızın bir gemiyi “özel yer” olarak kabul etmiştir<sup>907</sup>. Ayrıca aynı yer belli durumlarda özel belli durumlarda kamusal hale gelebilir. Örneğin bir davaya konu olayda, mahkeme tarafından eczanenin giriş kısmı iş saatlerinde kamusal bir alan, bu saatlerin dışında özel bir alan olarak değerlendirilebilmektedir<sup>908</sup>. Hatta bir cezaevindeki mahkumun fotoğraflarını gizlice çeken gazetecinin eyleminin de suç oluşturduğuna karar verilerek<sup>909</sup> cezaevinde de özel hayatın varlığı tanınmıştır. Böyle bir yaklaşım Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin uygulanmasında da esas

<sup>900</sup> Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.112

<sup>901</sup> Daniel Becourt, **Image et vie privée**, Paris, 2004, s.92

<sup>902</sup> Jean Pradel – Michel Danti-Juan, **Droit pénal spécial**, 4e éd., Paris, 2007, s.226

<sup>903</sup> Tribunal de Pontalier le 20 mai 1977 bkz. Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.113

<sup>904</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.106-113

<sup>905</sup> Michèle-Laure Rassat, **a.g.e.**, s.397

<sup>906</sup> Besançon 5 janvier 1978, TGI Paris 23 octobre 1986 bkz. Valérie Doumeng, **a.g.e.**, s.428

<sup>907</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.437

<sup>908</sup> Trib. corr. Paris, 7 novembre 1975 bkz. Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.399

<sup>909</sup> Trib. Corr., Paris, 23 octobre 1986 bkz. Jean Pradel – Michel Danti-Juan, **a.g.e.**, s.228

alınabilir. Ek olarak suçun düzenlemesi nedeniyle, yalnızca kişinin görüntüsü veya sesi suçun konusunu oluşturabilir<sup>910</sup>.

Öte yandan kanunun açık düzenlemesi karşısında (“*au moyen d’un procédé quelconque*”) hem eski hem yeni halde herhangi bir alet kullanmaksızın yalnızca dinlemek veya izlemek suç oluşturmamaktadır<sup>911</sup>. Böylece görüntüyü alan, kaydeden veya ileten bir alet olmayan dürbünle veya yalnızca çıplak gözle veya kulakla<sup>912</sup> yapılan izleme, özel hayatın gizliliğini ihlal etse de suç oluşturmamaktadır. Nitekim Yargıtay da dolabın içine saklanıp konuşmaları dinleyen kolluk görevlisinin suç işlemediğine karar vermiştir<sup>913</sup>. Oysa bu eylem Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesi açısından suç oluşturmaktadır. Keza kalem de kanunun anladığı anlamda bir alet olmadığı için not almak da suçu oluşturmamaktadır<sup>914</sup>. Ancak mevzuattaki farktan dolayı (“*capter/fixer*”) dinleme aletinin mutlaka kaydedici olması gerekmez<sup>915</sup>. Manevi unsur açısından ise suç her ne kadar halen tartışılrsa da, çoğunluğa göre genel kast ile işlenmektedir ve bu bağlamda saikin önemi bulunmamaktadır<sup>916</sup>. Ancak maddedeki “*volontairement*” (“isteyerek”) ifadesinin özel hayatın gizliliğini ihlal etme özel kastını içerdiğini iddia eden bir görüş de vardır<sup>917</sup>. Benzer biçimde eski kanun döneminde özel hayatın gizliliğini ihlal etme özel kastının arandığı iddia edilmekte idi<sup>918</sup>. Bunun yanında genellikle maddi unsurun gerçekleşmesinin manevi unsuru da ortaya koyduğu ve uygulamada çok sorun yaşanmadığı da ifade edilmektedir<sup>919</sup>.

Ayrıca Fransız Yargıtay’ı yalnızca maddede sayılan eylemlerin yapılmasını yeterli görmemiş “özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi” neticesinin de ayrıca oluşmasını aramıştır. Böylece kaydedilen görüşmelerinin özel hayata dair olup olmamasına göre bir karara varmayı tercih etmiştir<sup>920</sup>. Bunun Türk Ceza Kanunu’nun 133.maddesinin 2.maddesindeki tartışmaya<sup>921</sup> benzediği söylenebilir. Ancak

<sup>910</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.432

<sup>911</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.748; Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.115; Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.429

<sup>912</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.405

<sup>913</sup> 22 avril 1992 bkz. Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.89

<sup>914</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.430

<sup>915</sup> Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.16-17

<sup>916</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.748; Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.116; Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.779 vd.

<sup>917</sup> Denis de la Bugade, **a.g.e.**, s.172; Valérie Doumeng, **a.g.e.**, s.429

<sup>918</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.70

<sup>919</sup> Valérie Malabat, **Droit pénal spécial**, 3e éd., Paris, 2007, s.325

<sup>920</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.68-72

<sup>921</sup> Bkz. s.209

Yargıtay'ın “*kaydın teknik sonuçları ne olursa olsun*” suçun oluştuğunu kabul eden kararları da vardır. Somut olayda ses kaydı duyulamaz durumdadır<sup>922</sup>. Bununla birlikte Paris Mahkemesi 26 Mart 2003 tarihli kararında bir dans kulübündeki kişinin görüntülenmesini, Yargıtay da 6 Mart 2001 tarihli kararında kişinin ibadet ederken görüntülenmesini özel hayatın gizliliğini ihlal olarak kabul etmiştir<sup>923</sup>.

Öte yandan takip eden maddede (eski kanunda art.369, yenisinde art.226-2) bu seslerin veya görüntülerin saklanması veya ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak önceki maddeye yapılan açık atıf nedeniyle o suç işlenmeden elde edilen ses veya görüntülerin saklanması ya da ifşa edilmesi suç oluşturmayacaktır<sup>924</sup>. Bu bağlamda Fransız Kanunu Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin 2.fikrasından ayrılmaktadır. Bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntülerin belirli bir başka kişiye rıza ile verilmesi ve sonucunda habersiz ifşa edilmesi eylemi, Fransa'da ön suç olmadığı için suç oluşturmayacak Türkiye'de ise m.134/2 ayrı bir suç olduğu için suç oluşturacaktır. Ayrıca failin Fransız Ceza Kanunu'nun 121-3.maddesindeki genel kast düzenlemesi gereği görüntü veya konuşmaların hukuka aykırı bir biçimde elde edildiğini de bilmesi gerekmektedir<sup>925</sup>. Buna karşı da yine aynı madde gerekçe gösterilerek failin yalnızca taksirinin yeterli olduğu da savunulmaktadır<sup>926</sup>. Ancak ön suçun cezalandırılmış olması gerekmemektedir<sup>927</sup>. Öte yandan Toulouse Mahkemesi 10 Aralık 2002 tarihli kararında ifşanın tekrar edilmesinin suç oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>928</sup>. Saklama ve ifşa etme suçunun Fransız Yargıtay'ı tarafından mütemadi suç olarak yorumlandığı, bunun sonucunda da zamanaşımı süresinin neticenin kesildiği tarihte başladığının kabul edildiği belirtilmelidir<sup>929</sup>.

Son olarak değinilmesi gereken suç ise aynı bölümde yer almamakla birlikte yukarıdaki düzenlemelerle birlikte değerlendirilen “montaj” suçudur (art.226-8). Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda da şu anki 134.maddenin karşılığı olan 192.maddeden sonra gelmek üzere “montaj” başlıklı 193.madde düzenlenmiş ve mehzaz kanun durumundaki Fransız düzenlemesi aynen alınmıştır: “*Her ne suretle*

<sup>922</sup> 18 Mayıs 1981 tarihli karar için bkz. André Roux, **a.g.e.**, s.115

<sup>923</sup> Daniel Becourt, **a.g.e.**, s.170-171

<sup>924</sup> Eleştirisi için bkz. Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.127 ve Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.118

<sup>925</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.132; Valérie Malabat, **a.g.e.**, s.326

<sup>926</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.183

<sup>927</sup> Isabelle Lolies, **a.g.e.**, s.116

<sup>928</sup> Daniel Becourt, **a.g.e.**, s.172

<sup>929</sup> 4 Mart 1997 tarihli karar için bkz. Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.47

*olursa olsun, rızası olmaksızın bir kişinin sözleri veya resimleri kullanılarak gerçekleştirilen montajları yayınlayan faile üç aydan bir yıla kadar hapis ve iki milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Yayının bir montaj oluşturduğunun açıkça belli olduğu veya yayında montaj yapıldığının belirtildiği hallerde, fiil ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, faile ceza verilmez*<sup>930</sup>. Fransız Kanunu ile olan benzerlik Tasarı'daki madde gerekçesinde de ifade edilmekte ve suçun “*her insanın resimleri ve sözleri itibarıyla gerçek kişiliğinin dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiği*” belirtilmektedir<sup>931</sup>. Fransız içtihadına göre de fotoğrafa yönelik her türlü değişiklik, “montaj” suçunu oluşturmamakta, ancak fotoğrafın diğer unsurlarla birlikte sanatsal değerinin, içeriğinin, anlamının değiştirilmesi gerekmektedir<sup>932</sup>. Öte yandan kişinin toplum önündeki “imajını” koruyan bu suçun oluşması için kullanılan söz veya görüntülerin mutlaka özel hayata dair olması gerekmediği de mahkeme kararlarında ifade edildiği gibi<sup>933</sup>, yayın eyleminin üçüncü kişilerin bilgisine sunma yani ifşa anlamında anlaşıldığı, suçun basın-yayın yoluyla işlenmesinin zorunlu olmadığı da yerleşik bir Yargıtay içtihadıdır<sup>934</sup>.

Ayrıca Fransız Ceza Kanunu'ndan, Fransız Ceza Hukukunun gereği olarak, montaj suçu hariç, bu suçlara teşebbüsün de özel olarak cezalandırılması (art.226-5) ve suçun tam cezasının veriliyor olması ve yine Fransız Ceza Hukukuna göre tüzel kişilerin de bu suçlardan cezai sorumluluğunun bulunması (art.226-7) Ceza Kanunu'nun özel hayatın gizliliğine verdiği önem olarak yorumlanmaktadır<sup>935</sup>. Ancak düzenleme “basit” (“*banal*”) ihlalleri cezalandırabildiği, modern yöntemlere karşı yetersiz kaldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir<sup>936</sup>.

## b) İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda 1968'den bu yana yer alan düzenleme Türkiye'deki düzenleme ile birçok benzerlikler içermektedir. Öncelikle bölümün başlığı “Gizli Alan veya Özel Alan Aleyhine Suçlar” (“*Infractions contre le domaine secret ou le domaine privé*”) olmuştur. Türk Ceza Kanunu'nun 132 ve devamı maddelerine yakın

<sup>930</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.52

<sup>931</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.86-87

<sup>932</sup> Daniel Becourt, **a.g.e.**, s.93

<sup>933</sup> Paris, 11e ch., 29 octobre 1997 bkz. Michel Veron, **Droit pénal spécial**, 11e éd., Paris, 2006, s.194

<sup>934</sup> Crim. 30 janvier 1978 bkz. Michèle-Laure Rassat, **a.g.e.**, s.399

<sup>935</sup> Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.184; Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.419

<sup>936</sup> Jean Pradel – Michel Danti-Juan, **a.g.e.**, s.222

olan maddelerinden çalışmasının konusunu oluşturan 134.maddenin karşılığı 179quarter maddesidir. Buna göre İsviçre Ceza Kanunu gizli alan-özel alan ayrımını benimsemiş ve gizli alana ilişkin bir faaliyeti görüntü alan bir araçla gözetlemek suçun maddi unsurunu oluştururken, eğer özel alana ilişkin bir faaliyet söz konusu ise “*başka türlü kimse tarafından bilenemeyecek*” olmasını aramıştır<sup>937</sup>. Ayrım Federal Meclis’in iki kanadı arasındaki görüş ayrılığından kaynaklanmış ve nihayet Federal Adalet ve Polis Dairesi’nin önerisi ile çözülmüştür<sup>938</sup>. Ancak düzenlemenin kamusal alanlardaki özel hayat olaylarını kapsamadığı açıktır<sup>939</sup>.

Bu düzenleme Türk Ceza Kanununun Tasarısı’nda da 192.madde olarak kabul edilmiştir. Tıpkı İsviçre’deki gibi gizli alandaki olayların görüntülerinin saptanması veya kaydedilmesi doğrudan suç oluşturacaktı. Ancak “özel yaşam olayı” için “*normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmaması*” koşulu aranacaktı. Böylece günümüzdeki “yasallık” tartışmaları<sup>940</sup> engellenebileceği ve suçun kapsamının çok geniş olmamasının da sağlanabileceği ileri sürülebilirse de “*gizli alan faaliyeti*” veya “*normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan özel yaşam olayı*” kavramlarının içini yine yargı kararları dolduracak ve belki de suçun geniş yorumlanmasına yol açabilecekti.

İsviçre’de kanun maddesindeki kavramların içeriği Federal Mahkeme tarafından doldurulmuştur. “*Olay*” kavramı, “*maddi olarak var olan ve tespit edilebilen*” olarak yorumlanmıştır (ATF 118 IV 44). Böylece Alman ve Fransız hukuklarının aksine fiziksel görünüş ve davranışların yanında, yazı, resim ve planların da kapsama girdiği ve korumanın daha geniş olduğu kabul edilmektedir<sup>941</sup>. “*Gizli alan*” ise “*kişinin gizli tutmak ve başkalarının merakına sunmamak istediği bilinmeyen olaylar*” olarak açıklanmıştır. Örnek olarak da ailevi çatışmalar, cinsel hayat ve çekilen acılar verilmiştir (ATF 118 IV 46). Son olarak Federal Mahkeme “*başka türlü kimse tarafından bilenemeyecek*” ölçütünü belirlerken, fiziki, hukuki veya ahlaki bir engel olup olmamasına bakmaktadır. Bu bağlamda konuttaki faaliyetler korunurken kamuya açık yerlerdeki faaliyetler ceza kanununun uygulama

<sup>937</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.393-394; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.83

<sup>938</sup> José Hurtado Pozo, **Partie spéciale II**, s.80

<sup>939</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.42

<sup>940</sup> Bkz. s.195-196

<sup>941</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.137

alanı içerisine girmemektedir (ATF 118 IV 48, 49 ve 50)<sup>942</sup>. Ancak konut dışında olsa da konutun yakın çevresi, örneğin giriş kapısı korumadan yararlanmaktadır<sup>943</sup>. Gerek suçla korunan hukuki menfaat gerekse Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin daha genel nitelikte olması dikkate alındığında bu yaklaşımın Türk Hukuku açısından da kabul edilebilir olduğu açıktır. Ayrıca aynı madde ile ilgili olmasa da içtihadı ortaya koymak açısından bir duruşma, yargılama sırasında gizli ses kaydı yapmak da İsviçre mahkemeleri tarafından, aleni olmayan bir konuşma söz konusu olmadığı için, özel hayatın gizliliğine karşı suçlar bağlamında değil 292.maddede düzenlenen, “resmi bir makamın kararına karşı gelme” suçu (TCK m.286) olarak değerlendirilmiştir<sup>944</sup>.

Öte yandan İsviçre Kanunu da tıpkı Fransa gibi “bir aygıt/alet” kullanılmasını, kayıt yapılmasa bile, gerekli görmekte ve dolayısıyla da dürbün, gözlük, periskop veya gece görüş dürbünü ile yapılan izlemeyi suç saymamaktadır. Böylece İsviçre kanun koyucusu da yalnızca çıplak gözetlemeyi suç saymamakta, hatta aynayı da kanun maddesi anlamında alet saymamaktadır (ATF 117 IV 34)<sup>945</sup>. Düzenlemenin bu yapısı Gerekeç'e de suç mağdurunun gerçekten savunmasız olması nedeniyle cezai alanda da korunmaya gereksinim duyması ve belli bir sınırlandırma yaparak suçun yasallık ilkesini ihlal edecek ölçüde genişlemesini engelleme amacıyla açıklanmaktadır<sup>946</sup>. Ancak suç konusu görüntünün mutlaka kaydedilmiş olması gerekmemektedir. Federal Mahkeme içtihadı uyarınca görüntüyü iletmek, saklamak, yeniden göstermek amacıyla alma olanağı sağlayan bir aletin kullanılması yeterlidir (ATF 117 IV 33)<sup>947</sup>. Ayrıca yine Fransa ve hatta Türkiye'deki gibi suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir, soruşturulması-kovuşturulması ise şikayete tabidir<sup>948</sup>.

Maddenin 2. ve 3.fıkraları uyarınca ilk fıkradaki suç aracılığı ile elde edilen görüntülerden yarar sağlanması, bunların ifşa edilmesi ve hatta saklanması da suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda da düzenleme ilk fıkraya bağlılık açısından Fransız Kanunu'na benzemekte ve Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin 2.fikrasından ayrılmaktadır.

<sup>942</sup> Jose Hurtado Pozo, **Partie spéciale II**, s.81-83

<sup>943</sup> Thoms Legler, **a.g.e.**, s.144

<sup>944</sup> Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.80

<sup>945</sup> José Hurtado Pozo, **Partie spéciale II**, s.84-85; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.147-148

<sup>946</sup> **Feuille Fédérale**, Volume I, N.14, Berne, le 5 avril 1968, s.619

<sup>947</sup> José Hurtado Pozo, **Partie spéciale I**, s.85

<sup>948</sup> José Hurtado Pozo, **Partie spéciale I**, s.86; Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.394-395

c) Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun haberleşmenin gizliliğini koruyan 202.maddesi dışında konuşmalar ve görüntüler ayrı ayrı maddelerde korunmaktadır. Konuşmanın gizliliğini ihlal eylemini cezalandıran 201.maddenin kapsamına yalnızca “aleni olmayan konuşma” (“*das nichtöffentlich gesprochene Wort*”) girmektedir. Böylece düzenleme Türk Ceza Kanunu'nun 133.maddesi ile benzerlik taşımaktadır. Ancak burada da bir alet kullanmak gerekmektedir. Ayrıca suçu oluşturan eylemler kaydetme, kaydı kullanma ve üçüncü bir şahsın kullanabilmesini sağlamadır ve seçimlik hareketler olarak düzenlenmiştir. Ceza ise üç yıla kadar hapis cezasıdır<sup>949</sup>. Dolayısıyla Türkiye'deki düzenlemeden cezası daha ağır olmasına rağmen suçun kapsamı daha dardır.

Öte yandan 134.maddeye benzeyen 201a maddesi ise 2004 yılında kanuna eklenmiştir. Madde özel hayatın gizliliğini fotoğraf çekimlerine karşı korumaktadır. Düzenleme uyarınca “*her kim, yetkisi olmaksızın konutta veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir yerde bulunan bir kişinin, görüntüsünü çekerek veya bunları ileterek, bu insanın gizli özel hayatını ihlal ederse (“höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt”)*, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”<sup>950</sup>. Görülmektedir ki, Alman Ceza Kanunu konutta veya benzer biçimde özel olarak korunan bir yerde bulunan kişiyi korumakta, kamusal alanı kapsam dışında bırakmaktadır. Suçu oluşturan hareket görüntüyü çekmek veya iletmek, netice ise mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal etmektir. Kastın hem hareketi hem de neticeyi içerdiği dikkate alınacak olurda failin, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Ayrıca hukuka aykırılık unsuru da belirtilmiş ve karşıt anlamından yetki bulunması halinde, örneğin yasal bir araştırma yetkisi veya mağdurun rızası söz konusu ise, suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Devam eden fıkralarda görüntüleri kullanma (fıkra 2), üçüncü

<sup>949</sup> Les documents de travail du Sénat, a.g.e., s.10; **La surveillance des communications téléphoniques et l'enregistrement des télécommunications dans certains Etats membres du Conseil de l'Europe**, Dossier législatif n.2, Strasbourg, 1982,s.7

<sup>950</sup> Feridun Yenisey – Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, İstanbul, 2009, s.274-275

kişilerin ulaşmasını sağlama (fıkra 3) cezalandırıldığı gibi kullanılan teknik aletlerin müsaderesi de öngörülmüştür (fıkra 4).

Düzenlemenin bazı hallerde gizli kamera kullanması kaçınılmaz olan basın açısından savunulamaz bir kısıtlama olduğu iddialarına karşı da ya çekimin izin alınarak yapılması gerektiği ya da kamuyu kesinlikle ilgilendirmeyen, örneğin kişinin cinsel hayatı gibi konuların mutlaka koruma altında kalması gerektiği ifade edilmiştir<sup>951</sup>. Dolayısıyla bir çekirdek alan / gizli alanın gerekliliği burada da ortaya konmuştur.

#### d) İtalya

1974 yılında Ceza Kanunu'na eklenen 615bis maddesi ile İtalya'da “*görüntü veya ses alıcı araçlar kullanarak, 614.maddede gösterilmiş (konut dokunulmazlığını ihlal suçu) yerlerde geçen özel yaşantı ile ilgili haberleri veya görüntüleri elde etme*” cezalandırılmaktadır<sup>952</sup>. Öncelikle 614.maddeye yapılan atıf nedeniyle suçun kapsamına konut veya özel oturma ayrılmış yerler ve bunların eklentilerindeki faaliyetler girmektedir. Böylece İtalyan Kanunu geniş anlamda konut dışındaki özel hayatı cezai olarak korumamaktadır. Ayrıca buradaki faaliyetlerin de özel hayatla ilgili olması gerekmektedir. Bir başka deyişle konutta olsa bile özel yaşantı ile ilgisi olmayan bir görüntünün elde edilmesi halinde eylem suç oluşturmayacaktır. Öte yandan yine bir alet kullanma koşulu ve şikayete tabi olması açısından diğer Avrupa ülkeleri düzenlemesine benzemekle birlikte suçun cezasının dört yıla kadar ağır hapis cezası olması önemli bir farklılık yaratmaktadır. Ayrıca ikinci fıkrada ilk fıkraya göre elde edilmiş haber veya görüntülerin halka açıklanması veya yayılması da aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Somut bir örnek olarak Down sendromu olan çocuğa yönelik şiddet görüntülerinin İnternet'te yayınlanmasıyla ilgili olarak bir arama motorunun üç yöneticisi gıyaplarında yapılan yargılama sonucunda İtalyan mahkemesi tarafından altı ay hapis cezasına çarptırılmış ve ceza ertelenmiştir<sup>953</sup>. Dolayısıyla hasta bir çocuğa uygulanan şiddetin görüntülenmesi birinci fıkra bakımından özel hayat görüntüsü sayılmış ve böylece yayını da ikinci fıkra

<sup>951</sup> Helmut Grothe, **a.g.e.**, s.100

<sup>952</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.418; Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.58 vd.; Maurizio de Arcangelis, **a.g.e.**, s.40

<sup>953</sup> “Bir video Google’ı mahkum etti” [www.ntvmsnbc.com](http://www.ntvmsnbc.com) (Erişim: 25.2.2010)

anlamında suç oluşturmuştur. Özel hayatın kapsamı ve korunan hukuki menfaat düşünüldüğünde böyle bir görüntünün Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin 2.fikrası kapsamında da suç oluşturduğu kabul edilebilirse de bundan dolayı İnternetteki arama motorunun yöneticilerinin cezai sorumluluğu, özellikle manevi unsur dikkate alındığında, son derece tartışmalıdır. Zaten 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195.maddesinin 1.fikrasının açık düzenlemesi karşısında gıyabi yargılama da kural olarak yapılamaz.

#### e) İspanya

Düzenleme 1995 tarihli Ceza Kanunu ile yapılmıştır. Başkasının sırlarını öğrenme veya mahremiyetini ihlal etme özel kastı aranmaktadır. Seçimlik hareketli bir suç olup kişinin kağıtlarını, postasını, belgelerini, eşyalarını veya telefonlarını dinlemek veya ses dinleme, kaydetme, iletme ya da görüntü kaydetme, iletme aracı kullanmak maddi unsuru oluşturmaktadır. Suçun cezası bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ve para cezasıdır. Ayrıca bu bilgileri ifşa etmek veya üçüncü kişilere vermek ayrı bir suç değil, ilk fıkradaki suçun ağırlaştırıcı sebebidir. Bunun yanında maddi menfaat saiki de bir başka ağırlaştırıcı sebeptir<sup>954</sup>.

#### f) Rusya

Rusya Federasyonu'nun 1997 tarihli Ceza Kanunu'nun "haberleşmenin gizliliğini ihlal" (m.138) ve "konut dokunulmazlığını ihlal" (m.139) suçlarının yanında 137.maddesi "özel hayata saygının ihlali" başlığını taşımaktadır. Buna göre "*bir kişinin kişisel veya ailevi sırlarını oluşturan özel hayat bilgilerini hukuka aykırı olarak ve rızası olmadan toplayan veya yayan kişi*" veya "*bu bilgileri kamuya açık bir konuşmada, aleni bir eserde veya basında, kendi çıkarı veya başka bir kişisel sebep için yayan kişi*", "*yurttaşların hakları ve yasal çıkarlarına zarar vermesi halinde*" cezalandırılmaktadır. Böylece suçun konusu Türkiye'deki düzenlemeye göre daha dar tutulurken, ifşa suçunda da özel kast aranmaktadır. Suçu failin görevi çerçevesinde işlemesi hali ise bir ağırlaştırıcı sebeptir. Ceza seçimlik olup para cezası, kamuya yararlı bir işte çalışma veya en fazla altı ay hapis cezasıdır<sup>955</sup>.

<sup>954</sup> Les documents de travail du Sénat, a.g.e., s.15

<sup>955</sup> L. Golovko, **Code pénal russe de 1997**, Paris, 1998

g) Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri Anglo-Sakson Hukuk sistemine dahil olduğu için federal düzeyde özel hayatın gizliliği hakkının korunmasıyla ilgili bağımsız suçlar yaratmamıştır. Ancak ülkedeki eyaletlerden Arizona’da Avrupa ülkelerine benzer bir düzenleme olduğu vurgulanmalıdır. Buna göre “*yatak odasında, banyoda veya özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi olan bir yerde bir kişiyi, tuvalet ihtiyacını görürken, giyinirken, soyunurken, çıplak halde veya cinsel ilişki ya da cinsel temas sırasında, rızası dışında, filme almak veya kaydetmek*” suç oluşturmaktadır<sup>956</sup> (Criminal Code 13-3019). Kanunda suç oluşturan eylemin maddi unsuru özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkı bakımından değerlendirildiğinde bu kavramların içine girdiği açıktır. Dolayısıyla Arizona Ceza Kanunu, daha dar kapsamda da olsa, özel hayatın gizliliği hakkını cezai düzenlemelerle korumaktadır.

h) Diğer ülkelerden örnekler

Bağımsız bir suç ihdas eden Norveç Ceza Kanunu’nun 390.maddesinin 1.fıkrasına göre bir kişinin kişisel veya ailevi bilgilerini kamuya bildirerek özel hayatını ihlal etme eylemi para cezası veya üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılan bir suçtur<sup>957</sup>. Böylece madde kamuya bildirme-ifşa üzerinde durmuş yalnızca failin öğrenmesini suç saymamıştır. İçerik olarak Türk Ceza Kanunu’ndaki maddelerin adeta bir karması gibidir. Bir sonraki madde olan 390a maddesinde ise Anglo-Sakson dünyasının “*yalnız bırakılma hakkına*” yakın bir bakış açısı ile kişinin “*huzur içinde kalma hakkını*” ihlal eden kişiye para cezası veya iki yıla kadar hapis cezası verilmesinin öngörüldüğü belirtilmektedir. Diğer yandan Norveç’te gerek 390, gerekse 390a maddelerindeki suçların şikayete bağlı olmakla birlikte ek olarak soruşturma için kamu yararının da arandığı hatırlatılmalıdır<sup>958</sup>.

Yine bir Kuzey Avrupa ülkesi olan Danimarka’nın Ceza Kanununu 263.maddesi de hem Norveç Kanunu gibi ifşayı cezalandırmakta hem de gizli alan-  
dar anlamda özel hayat ayrımı yapmaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal

<sup>956</sup> Christopher Slobogin, **a.g.e.**, s.89

<sup>957</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.770

<sup>958</sup> [www.ub.uio.no](http://www.ub.uio.no) (Erişim: 4.2.2009)

eyleminin de cezalandırıldığı maddenin 1.fıkrasının (III) numaralı bendine göre “başkasının çok özel konularını” (“*strictly private affairs of others*”) alenen ifşa eden kişi, (IV) numaralı bendine göre ise “*başkalarının makul olarak başkasına iletilmemesini beklediği diğer özel konularını*” alenen ifşa eden kişi para cezası veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>959</sup>. Böylece öğrenme eyleminden çok ifşa üzerinde durmuş olan Danimarka kanun koyucusu, komşusu Almanya’nın üç alan teorisine de kanununda yer vermiştir.

1969 tarihli Brezilya Ceza Kanunu’nun 162.maddesi de Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin teknik aletlerle işlenen halini suç haline getirmekte ve başkasının özel hayatının gizliliğinin teknik araçlarla ihlal eden veya aleni olmayan konuşma veya yazısının gizliliğine saygı göstermeyen kişileri bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırmaktadır<sup>960</sup>. Benzer biçimde Hollanda Ceza Kanunu’na 1971’de eklenen 139f maddesi de bir kişinin konutunda veya kamuya açık olmayan bir yerde resminin çekilmesini cezalandırmaktadır<sup>961</sup>. Avusturya Ceza Kanunu ise kişinin özel hayatını korumayı amaçlayan bölümünde haberleşmenin gizliliğini ve verileri koruyan hükümlerin yanında 120.maddesinde “kayıt ve dinleme cihazlarının kötüye kullanılmasını”, 121.maddede de “meslek sırrının ihlalini” cezalandırmaktadır. İlk suçun maddi unsuru kamuya ve failin kendi bilgisine kapalı açıklamaların cihazla dinlenmesi veya kayda alınmasıdır<sup>962</sup>.

Görüldüğü gibi genel eğilim bir alet kullanmadan, bir başka deyişle en temel yöntemler olarak çıplak gözle veya çıplak kulakla yapılan hukuka aykırı izleme veya dinlemelerin cezalandırılmaması yönündedir. Zira Avrupa Konseyi Uzmanlar Komitesi’nin de belirttiği gibi “*özel hayatın gizliliğine saygı açısından bir olayın kaydedilmesi izlenmesinden daha vahim bir müdahaledir*”<sup>963</sup>. Her ne kadar böylece hukuki ihlaller ve yaptırımlarla cezai ihlallerle yaptırımlar arasında bir sınır da konmuş olacağı iddia edilse<sup>964</sup> de alet kullanmadan yapılan saldırıların cezai açıdan yaptırımsız kalması sonucu bastırılması olanaksız hale gelecektir. Nitekim bu durum daha yıllar önce bir eksiklik olarak dile getirilmiş ve adeta 5237 sayılı Türk Ceza

<sup>959</sup> <http://www.wihl.nl/finals/Denmark/DK.L-PC.criminal%20code.pdf> (Erişim: 31.3.2009)

<sup>960</sup> The protection of privacy, s.440

<sup>961</sup> Jacques Velu, *Le droit au respect de la vie privée*, s.73

<sup>962</sup> Hamide Zafer, *a.g.e.*, s.63-65

<sup>963</sup> Jacques Velu, *Le droit au respect de la vie privée*, s.69-70

<sup>964</sup> Thoms Legler, *a.g.e.*, s.150; Stig Strömholm, *a.g.e.*, s.791

Kanunu'nun düzenlemesini destekleyen, daha geniş kapsamlı ve dolayısıyla da daha koruyucu maddelerin kanunlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>965</sup>. Ancak özellikle Avrupa ülkelerinde yukarıda değinilen suçlarla ilgili son derece az kovuşturma yapıldığı, mahkumiyetin de yine yok denecek kadar az olduğu ifade edilmekte, buna gerekçe olarak da hem özel hukuktaki yolların mağdurlar açısından daha etkin ve tatminkar olması hem de kamuoyundaki düzenlemelerle ilgili bilgi ve kabullenme eksikliği olduğu ileri sürülmektedir<sup>966</sup>. Örneğin medeni hukuk yargılaması sırasında verilebilen “ihtiyati tedbir” kararı benzeri bir olanağın ceza yargılamasında bulunmaması ve yargılamanın da en iyimser görüşle aylarca sürmesi Fransa’da yoğun biçimde eleştirilmektedir<sup>967</sup>. Hatta Almanya’da Ceza Kanunu’na 2004 yılında eklenen düzenlemenin tek sonucunun mağdurlara, Alman Borçlar Hukuku gereğince, manevi tazminat isteme hakkı sağlaması olduğu eleştirileri dile getirilmiştir<sup>968</sup>. Ancak medeni hukuk yargılamasındaki genel başvuru yolu olan tazminatın da yeterliliğinin sorgulandığı belirtilmelidir<sup>969</sup>.

### 3) Dolaylı koruma örnekleri

Daha çok Anglo-Sakson ülkelerinin bulunduğu bu grupta özel hayatın gizliliği hakkı açıkça tanınmadığı için başka amaçlarla getirilen cezai hükümler bu hakkın korunmasını da sağlayabilmektedir.

#### a) İngiltere

İngiltere’de özellikle 1970’li yıllardan itibaren oluşturulan komiteler özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik suçlar ihdas edilmesini önermişlerdir. Bunlardan *Younger* Komitesi, 1972 yılında teknik izleme aletlerine karşı özel hayatın gizliliğini koruyan bir suç düzenlenmesini önermiş ama genel bir “özel hayat hukukunu” gerekli görmemiştir. Birkaç yıl sonraki *McGregor* Raporu’nda da özellikle basın açısından daha belirgin standartlar getirilmesini önermiş, nihayet 1990 yılındaki *Calcutt* Raporu’nda “*yayınlamak amacıyla bilgi edinmek için özel bir yere yasal olarak orada bulunan kişinin rızası olmadan girilmesi veya izleme aleti*

<sup>965</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.68-69

<sup>966</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.256; Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.24

<sup>967</sup> Stéphane-Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.439

<sup>968</sup> Helmut Grothe, **a.g.e.**, s.107

<sup>969</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.791

*yerleştirilmesi, fotoğrafının çekilmesi, kaydedilmesi*” eylemlerinin suç haline getirilmesi önerilmiştir<sup>970</sup>. Ancak bu önerilerden hiçbiri sonuca ulaşmamıştır.

Böylece İngiliz Hukukunda daha çok dolaylı yollardan koruyucu cezai düzenlemeler devreye girmiştir. Örneğin 1361 tarihli “*Justices of the Peace Act*” adlı kanuna göre “*meraklılar ve kapıları dinleyenlere*”, kamu barışını bozmamaları ve iyi davranmaları ihtar edilir<sup>971</sup>. Ayrıca 1875’te çıkartılan bir kanunda, adı açıkça anılmasa da, özel hayatın gizliliğini koruyan bir suç yaratılmış ve “*kişiyi zorlayarak veya evini, işini, yaşantısını dinleyerek, gözetleyerek veya izlemek yoluyla veya utandırarak hakkında bilgi edinmek*” cezalandırılmaya başlamıştır<sup>972</sup>. Madde, hem ev yani konut ve işyerini birlikte ele alması hem de günümüzde özel hayatın gizliliğini ihlal eden dinleme, gözetleme ve izleme gibi eylemleri daha o dönemde cezalandırması bakımından son derece önemli ve dikkat çekicidir. Ayrıca kişisel veri konusunu hatırlatan bir şekilde suçun cezalandırılan neticesinin “bilgi edinme” olması da yine kanunun yapıldığı dönem açısından önemli bir noktadır.

İngiltere ve Galler açısından bir diğer suç ise Common Law kaynaklı “kamunun ahlakını bozma” (“*outraging public decency*”) suçudur. Kıta Avrupası bakış açısından ciddi bir yasallık sorunu bulunan ve henüz bu özelliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tartışılmamış olan suçun maddi unsuru kamu ahlakına yönelik hareketi en az iki kişinin göreceği biçimde yapmaktır. Elbette bu durumda da yasallık sorununun yanında en az iki kişi koşulunun aslında hareketin kamuya açık bir yerde yapılabilmesine yol açtığı da ileri sürülmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, iki kişinin bulunması koşulunun maddi değil usulî bir koşul olduğuna hükmederek bir kişinin görmesini de yeterli saymıştır. Suçun çok geniş bir alanı kapsamaması da eleştirilmektedir<sup>973</sup>.

İngiltere açısından verilebilecek son örnek ise 2003 tarihli “Cinsel Suçlar Kanunu” (“*Sexual Offences Act 2003*”) adlı kanunun 67.maddesindeki (“*Section 67*”) “röntgencilik” suçudur (“*voyeurism*”). Düzenleme uyarınca ilgilinin rızası olmadan, cinsel haz almak amacıyla “özel bir faaliyet” (“*a private act*”) yapan kişiyi izlemek,

<sup>970</sup> Mark Warby – Iain Christie – Adam Wolanski, **a.g.e.**, s.23-26

<sup>971</sup> Cécile Bresson, **a.g.e.**, s.20-21; The protection of privacy, s.520

<sup>972</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.81

<sup>973</sup> Alisdair G. Gillespie, **a.g.e.**, s.372-374; Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.245-247

bunun için araç kullanmak, kaydetmek, bu amaçlarla üçüncü bir kişiye yardımcı olmak iki yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılmaktadır. Devam eden maddede ise “özel faaliyet” tanımlanmaktadır. Buna göre kişinin öncelikle özel hayatın gizliliğini sağlaması makul olarak beklenen bir yerde bulunması gerekmektedir<sup>974</sup>. İkinci olarak kişinin cinsel organı, kalçası veya göğsü açıkta ya da yalnızca iç çamaşırı ile kapatılmış olmalı veya kişi tuvalet/banyoyu kullanıyor olmalı ya da normal olarak kamunun içinde yapılmayacak bir cinsel faaliyette bulunmalıdır. Böylece bir kişiyi alışveriş merkezinde gezerken kaydetmek suç oluşturmazken alışveriş merkezinin kıyafet deneme kabininde seyretmek veya kameraya kaydetmek suç oluşturacaktır. Görüntülerin ifşasının ise ayrı bir suç olarak cezalandırılmadığı da eklenmelidir. Bu daraltıcı yaklaşımın sebebinin özel hayatın gizliliğinin dar bir çerçevede “kişinin vücudunu sergilemesinin kendi denetiminde olması” olarak yorumlanmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>975</sup>. Suçun konusu açık düzenleme gereği oldukça dar bir alanı içermekte ve ayrıca özel kast (cinsel haz alma amacı) aranması kanunun uygulanma alanını Türk Ceza Kanunu’na göre oldukça daraltmaktadır<sup>976</sup>. Ayrıca kanunun içeriği dikkate alındığında korunan hukuki menfaat olarak cinsel dokunulmazlığın ön planda olduğu da belirtilmelidir. Ancak diğer Avrupa ülkelerinden farklı olarak bir alet kullanmadan da “izleme” eylemini cezalandırması Türkiye’deki 134.madde ile bir paralellik sağlamaktadır.

#### b) Avustralya

Avustralya’da, Anglo-Sakson Hukuku açısından gizlilik ve mahremiyetten çok mülkiyet ve malik kavramlarının ön planda olduğu ve korunduğu<sup>977</sup> konut dokunulmazlığını ihlal gibi klasik düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa aslında özel alandaki bir faaliyeti tespit etmek için kamera veya ses kayıt cihazı kullanılması cezalandırılmamaktadır. Nitekim mahkeme de bitişik yoldan yatak odasının teleskopla izlenmesi veya fotoğraflarının çekilmesinin yasak olmadığına hükmetmiştir<sup>978</sup>. Bunun yanında “gizli takip” (“*stalking*”) suçuna göre mağdurda, kişisel güvenliği açısından korku yaratacak bir harekette bulunan (örneğin izleme)

<sup>974</sup> Anglo-Sakson kökenli “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” kavramı için bkz. s.17 vd.

<sup>975</sup> Alisdair G. Gillespie, **a.g.e.**, s.376-379

<sup>976</sup> Aynı hukuk kültürüne sahip Yeni Zelanda’da maddi unsur daha geniş olduğu gibi manevi unsur açısından da genel kast ve hatta taksir yeterlidir bkz. Alisdair G. Gillespie, **a.g.e.**, s.378-379

<sup>977</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.42

<sup>978</sup> Carolyn Doyle – Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.112-114

fail cezalandırılmaktadır. Ancak mağdura zarar verme veya korkutma özel kastı aranmaktadır<sup>979</sup>.

### c) İsveç

İsveç Ceza Kanunu açısından dolaylı bir koruma önerilmiş ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 547.maddesine benzer bir "rahatsız etme" suçu düzenleyen 4.Bölümün 7.maddesinin rahatsız edici fotoğraf çekimleri açısından uygulanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>980</sup> Yakın bir yaklaşımın federal düzeyde kanunları bulunmayan Amerika Birleşik Devletleri'nin birçok eyaletinde olduğu söylenebilir. Her ne kadar birkaç eyalette (Örneğin Kaliforniya) konut dokunulmazlığını ihlal etmeden kişileri özel alanlarında seyretme özel bir suç halinde getirilmiş olsa da genellikle kişileri sürekli olarak seyretmek veya takip etmek "rahatsız etme" suçunu oluşturmakta ve cezai yaptırımlarla karşılanmaktadır<sup>981</sup>. Öte yandan başta New York, Virginia, Oklahoma ve Utah eyaletlerinde olmak üzere bir kişinin adının, resminin veya fotoğrafının ticaret veya reklam amacıyla izinsiz olarak kullanılması suçtur<sup>982</sup>. Böylece korunan hukuki menfaat maddi de olsa kişinin özel hayatının gizli parçaları olan bazı bilgi ve belgelerin de korunduğu açıktır.

## **B) 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme**

Doğrudan özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik bir suçun düzenlenmesi 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi ile gerçekleşmiştir. Ancak çalışmanın başından bu yana ortaya konduğu üzere sınırları son derece geniş olan özel hayat kavramı dikkate alındığında, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 12.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da geniş anlamda özel hayatı ve hatta dolaylı yoldan da olsa özel hayatın gizliliği hakkını korumaya yönelik düzenlemeler bulunduğu kabul edilmelidir<sup>983</sup>. Ancak gerek önceki

<sup>979</sup> Carolyn Doyle – Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.140

<sup>980</sup> Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.779

<sup>981</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.24-25; The protection of privacy, s.519; Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.244

<sup>982</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.10

<sup>983</sup> Örneğin m.229 Kamu Görevlisinin Göreve İlişkin Sırrı İfşası (m.258), m.480-482 Hakaret ve Sövme (m.125), m.525/a ve b Bilgisayarlarda Bulunan Verileri veya Diğer Unsurları Haksız Şekilde Ele Geçirmek, Kullanmak veya Yaymak (m.243) bkz. Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.709-710

bölümlerde genel hatlarıyla da olsa ortaya konan özel hayatın gizliliği hakkının içeriği, gerekse ilgili olabilecek birçok suçun korudukları hukuki menfaat ve 5237 sayılı kanundaki karşılıkları dikkate alındığında doğrudan konuyla ilişkili olmadıkları için yalnızca bazı suçlara değinme olanağı bulunmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle İkinci Kitabın İkinci Babının Beşinci Faslında yer alan “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümlerin” (m.195-m.200) gerek faslın adı gerekse suçların içeriği incelendiğinde özel hayatın gizliliği ile doğrudan bağlantılı olduğu ortaya çıkmaktadır (1). Bir önceki fasılda yer alan “haksız arama” cürümü de (m.183) (2) ve önceki bölümlerde de değinildiği gibi özel hayatın gizliliği ile yakından ilgili olan konut kavramının korunmasıyla ilgili olarak yine aynı bapta dördüncü fasılda yer alan “Mesken Masuniyeti Aleyhinde Cürümler” (m.193-m.194) (3) de günümüzdeki düzenlemelerin irdelenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Son olarak çok fazla uygulanmamış ve tartışılmamış olsa da çalışmanın konusunu oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesine benzer biçimde genel bir içeriğe sahip olduğu iddia edilebilecek olan, üçüncü kitabın birinci babının yedinci faslında yer alan ve o dönemdeki sisteme göre kabahat cinsinden bir suç oluşturan 547.madde de vurgulanması gerekenler arasında yer almaktadır (4).

### 1) Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler (m.195-m.200)<sup>984</sup>

Söz konusu faslın ilk maddesi olan 195.maddede resmi sıfatı olmayan kişiler açısından “haberleşme özgürlüğünü bozma” suçunu düzenlenmektedir. Korunan hukuki menfaat, içinde bulunan fasıl da dikkate alındığında kişilerin kural olarak gizli kalması gereken haberleşmeleri dolayısıyla da sırlarıdır. Zaten maddedeki düzenleme karşısında her haberleşmenin sır olduğu kabul edilmiştir<sup>985</sup>. Düzenlemenin, haberleşme dolayısıyla ifade özgürlüğünü de korumaya yönelik olduğu<sup>986</sup> not edilmelidir. Öte yandan suçun faili resmi görevli olmayan bir kişidir. Zira faslın sonundaki 200.maddede posta memurları ile ilgili özel düzenleme vardır. Mağdur ise genel anlamda haberleşmeyi gerçekleştiren / gönderinin sahibi olan kişidir. Hürriyet aleyhine bir cürüm söz konusu olduğundan mağdur da ilgili kişi

<sup>984</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.107

<sup>985</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanununun Açılması**, Cilt II, 4.Baskı, İstanbul, s.905

<sup>986</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.184

olacaktır. Zaten 199.maddede kovuşturmanın o zamanki sistemde var olan şahsi davaya bağlanmış olması da bu durumu ortaya koymaktadır.

Suçun oluşması için gerekli önşart faile gönderilmiş olmayan bir mektup, telgraf, kapalı zarf veya bir haberleşme evrakının bulunmasıdır. Seçimlik hareketli bir suç söz konusu olduğundan failin, evrakı açması veya eline geçirmesi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Manevi unsura bakıldığında her ne kadar maddeden evrakın açılması yoluyla suçun işlenmesi halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45.maddesinin 1.fıkrasındaki genel kural uyarınca genel kast yani failin neticeyi bilmesi ve istemesi yeterli gibi gözükse de, öğretide suçu oluşturan diğer hareket olan ele geçirme açısından gerekli olan "içeriğini anlamak" özel kastının açma hareketi için de geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>987</sup>. Ancak Yargıtay bir kararında gönderinin içindeki parayı almak maksadıyla mektubu açıp daha sonra vazgeçen failin eylemini içeriği anlamak özel kastını tartışmaksızın suçun oluşması için yeterli görmüştür<sup>988</sup>. Diğer yandan failin parayı almak için, önceden bu konuda bilgi sahibi olduğu kabul edilse bile, önce gönderiyi açıp içeriğini öğrenmesi gerektiği düşünülecek olursa aslında Yargıtay kararının öğretideki görüşle uyumlu olduğu kabul edilebilir. Zaten Yargıtay da 765 sayılı kanunun 78.maddesine atıf yaparak eğer fail parayı almış olsaydı artık hırsızlık suçunun söz konusu olacağını da belirtmiştir.

1889 tarihli mehzaz İtalyan Kanunu'nda yer almayan ikinci fıkrada ise ilk fıkradaki evrakın içeriğini ifşa ederek veya telgraf-telefon haberleşmesinin gizliliğini ihlal ederek bir zarara neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Yargıtay da ilgili bir kararında Anayasanın özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü ile ilgili koruyucu maddelerini de vurgulayarak, bina dışındaki telefon kutularına dinleme cihazı yerleştirerek talepte bulunanlara istedikleri kişilerin telefonlarının dinlenmesi hizmetini sunan failerin cezalandırılması yönündeki ilk derece mahkemesi hükmünü onamıştır<sup>989</sup>. Söz konusu düzenleme öğretide ayrı bir suç olarak kabul edilmektedir<sup>990</sup>. Ancak yine de ikili bir ayırım yapılmalıdır; ifşa bakımından suçun

<sup>987</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.907; Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku**, Cilt II, Ankara, 1965, s.280; Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5.Baskı, Ankara, 2004, s.228

<sup>988</sup> 4.CD. E.1990/5122 K.1990/5007 T.11.10.1990 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 7.4.2010)

<sup>989</sup> 8.CD E.2000/20551 K.2000/20678 T.11.12.2000 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim:7.4.2010)

<sup>990</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.908; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.281

konusu ilk fıkradaki evrakın içeriği olduğundan *Erem*'in de haklı olarak belirttiği gibi<sup>991</sup> ilk fıkradaki gibi öğrenilmiş bir içerik yoksa ikinci fıkradaki suç oluşmaz<sup>992</sup>. Ancak telgraf veya telefon haberleşmesinin gizliliğini ihlal etmek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132.maddesine benzer bir düzenleme olup ilk fıkradan bağımsız olarak suçun maddi unsuru gizliliği ihlal (hareket) ve bunun sonucunda oluşan zarardır (netice). Manevi unsur açısından da her ne kadar kastın zararı içermesine gerek olmadığı ileri sürülmüş olsa da<sup>993</sup> kastın hem hareketi hem de neticeyi içermesi gerektiği dikkate alındığında<sup>994</sup> zararın da kastın bir parçası olması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Bir sonraki madde olan 196.madde ise alıcısı olmadığı gönderiyi ortadan kaldırma suçudur. Her ne kadar söz konusu suç ile haberleşme özgürlüğüne ve özel hayata hukuka aykırı bir müdahale olsa da aslında özel hayatın gizliliği ile ilgili bir tartışma bulunmadığından çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

197.madde ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132.maddesinin 3.fıkrası ile benzer bir içeriğe sahip olup bu kez haberleşmenin tarafı olan kişinin karşı tarafın rızası olmaksızın ilgili mektup veya telgrafi “*neşir veya işaa etmesini*” cezalandırmaktadır. Öncelikle bu suçun özgü bir suç olduğu ve yalnızca haberleşmenin tarafı olan kişi tarafından işlenebileceğini belirtmek gerekmektedir. Bu bağlamda üçüncü bir kişinin bir mektubu, iştirak iradesi olmaksızın, ilgisinden alıp yayınlaması suç oluşturmamaktadır. Zira 197.madde açısından fail, haberleşmenin tarafı değildir, 195.maddenin 2.fıkrası açısından ise ilk fıkraya göre elde edilmiş bir içerik yoktur. Bu düzenlemelerle korunan hukuki menfaat karşısında mevcut yasal boşluk öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>995</sup>. Boşluğun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132.maddesinin 1. ve 2.fıkralarıyla giderilmeye çalışıldığı not edilmelidir.

Maddi unsur açısından hareket “neşir “ve “işaa”, netice ise “zarar”dır. Neşir herhangi bir yolla yayınlamak, mehzaz kanunda olmayan “işaa” ise gizliliğin, mahremiyetin ihlali olarak yorumlanmaktadır. Böylece belirli birkaç kişiye içeriği

<sup>991</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.281

<sup>992</sup> Fransa'daki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da benzer bir düzenlemedir bkz. s.168

<sup>993</sup> Benzer bir içeriğe sahip 197.madde için bkz. Faruk Erem, **a.g.e.**, s.286

<sup>994</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **a.g.e.**, s.219

<sup>995</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.234

bildirmenin de suç oluşturduğu ve bu durumun haberleşme özgürlüğünü korumak açısından daha uygun olduğu öğretide savunulmuştur<sup>996</sup>. Söz konusu anlayışı 5237 sayılı kanunun ilgili maddelerini özellikle de bu çalışmanın konusunu oluşturan 134.maddeyi yorumlarken dikkate almak gerekmektedir.

Suçla ilgili olarak değinilmesi gereken diğer iki nokta hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsurdur. Hukuka aykırılık unsuru açısından suçta bir hukuka uygunluk sebebi vardır ki, o da gönderenin yani mağdurun rızasıdır. Zaten gönderenin ifşaya yönelik rızası varsa korunan hukuki menfaate de zarar gelmeyeceği böylece suçun da oluşmayacağı açıktır. Manevi unsur konusunda ise ancak kasten işlenebilecek bir suç söz konusu olmakla birlikte tıpkı 195.maddenin 2.fıkrasındaki kastın neticeyi de kapsamı gerekçesi ile öğretideki<sup>997</sup> genel kabulün aksine zarar da kapsam içinde değerlendirilmelidir.

198.madde “meslek sırrını ifşa” suçunu düzenlemektedir. Her ne kadar bulunduğu fasılla ilgili bir suç söz konusu olsa da, diğer suçların aksine haberleşme özgürlüğü ile ilgili olmayıp<sup>998</sup> aslında doğrudan özel hayata yönelik bir çıkarı korumamakta ve fakat suçun işlenmesi bazı durumlarda özel hayatın gizliliğini de ihlal edebilmektedir. Zaten *Donay* da madde aracılığı ile özel hayatın korunduğuna işaret etmiştir<sup>999</sup>. Öte yandan korunan hukuki menfaat kişilerin özgürce yani sırlarının ifşa edilmesinden korkmadan meslek veya sanat mensuplarına başvurabilmeleridir. Söz konusu olan kişilerin güven içinde yaşama özgürlüğüdür<sup>1000</sup>. Aslında meslek sırrının korunmasında ilgilinin kişisel çıkarı kadar toplumun çıkarının da korunduğu açıktır<sup>1001</sup>.

Madde, benzer birçok düzenlemenin aksine genel bir içeriğe sahip olup yalnızca belli meslek sahiplerinin değil meslek sırrını bilen herkesin fail olabileceği biçimde düzenlenmiştir. Ancak bir sırrın meslek sırrı olabilmesi için mesleğin icrası

<sup>996</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.284-285, Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.234

<sup>997</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.286, Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.235

<sup>998</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.292

<sup>999</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.11

<sup>1000</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.912

<sup>1001</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.94

sırasında öğrenilmesi ve meslekle ilgili olması gerekmektedir<sup>1002</sup>. Bu bağlamda yalnızca tevdi edilen değil meslek icabı öğrenilen sırların da suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir<sup>1003</sup>. Ancak failerin sırları gizlice yaymaları ile alenen ifşa etmeleri arasında bir fark olmadığı gibi görevde iken yaymaları ile görevden sonra yaymaları arasında da fark bulunmamaktadır<sup>1004</sup>, hatta kısmi açıklama bile yeterlidir<sup>1005</sup>. Ayrıca önşart olarak “*ifşası halinde zarar verebilecek bir meslek sırrının*” bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda gerçek kişileri ilgilendirmedeği sürece ticari sırlar özel hayatın gizliliği açısından önem taşımaz. Örneğin bir kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin ifşası halinde mağdurun özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olabilecektir. Ancak aynı zamanda sırrın gizliliğinin belli bir yoğunlukta olması gerekecektir. Zira ifşasının zarar verebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Aranılan böyle bir olasılığın bulunmasıdır. Yoksa 195.maddenin 2.fıkrası ve 197.maddenin aksine mutlaka ifşa sonunda bir zarar meydana gelmiş olması gerekmez<sup>1006</sup>. Bu bağlamda manevi unsurun daha doğru bir söylemle failin kastının belirtilen suçların aksine zararı içermesi gerekmemektedir. Failde zarar kastının bulunması gerekmediği gibi failin, mağdura yardım etmek amacıyla hareket ettiği olayda suçun oluştuğuna hükmeden çok eski tarihli bir Fransız Yargıtay kararı bile vardır<sup>1007</sup>.

Son olarak değinilmesi gereken ifşanın suç oluşturabilmesi için haklı bir sebebe dayanmaması yani haksız olması gerekmektedir. Dolayısıyla maddede bir özel hukuka aykırılık hali söz konusudur. İlgilinin rızası, zorunluluk hali, kanunun hükmü, amirin emri ve hakkın kullanılması gibi genel hukuka uygunluk sebeplerinin yanında öğretide adli makamlara ihbar yükümlülüğü ve mahkeme önünde yapılan tanıklık ve bilirkişilik de haklı sebep olarak kabul edilmektedir<sup>1008</sup>.

Bu suçun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tam karşılığının bulunmadığı; ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı gibi belirli sırlar açısından 239.maddenin, özel hayatla ilgili sırlar açısından ise 134.maddenin devreye girebileceği

<sup>1002</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.7-8

<sup>1003</sup> Örneğin bir avukatın dava dosyasından öğrendiği sırlar bkz. Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.104

<sup>1004</sup> Hakkı Demirel, **Postanın Önemi ve Ana Kuralları**, Ankara, 1971, s.49

<sup>1005</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.107

<sup>1006</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.297; Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.915

<sup>1007</sup> 19 Aralık 1885 tarihli Watelet Davası bkz. Hakkı Demirel, **a.g.e.**, s.51; Aynı yönde Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.168

<sup>1008</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.916-917; Hakkı Demirel, **a.g.e.**, s.52

hatırlatılmalıdır. Ancak bu maddelerin tam da birbirlerinin karşılığı olmadığı unutulmamalıdır. Nitekim *Donay*'ın verdiği örnekte, uzaktan bir kişinin konutunda, habersizce fotoğraflarını çekip yayınlayan gazeteci, kişilik haklarını ihlal etmiş olsa bile arada herhangi bir güven ilişkisi bulunmadığı için 198.maddedeki suçu işlemiş olmayacaktır <sup>1009</sup> . Ancak aynı failin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesine göre suç işlediğini söylemek olanaklıdır.

199.maddeye göre yukarıda değinilen suçların kovuşturulması şahsi davaya bağlıdır. Söz konusu kavram mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 344 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Suçtan zarar görenin açıp yürüttüğü bu ceza davası şeklinde Cumhuriyet savcısı asli süje olmayıp gerektiğinde müdahale etme yetkisine sahiptir <sup>1010</sup> . Ancak bu düzenleme 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almamış ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9.maddesinde gerekli geçiş düzenlemesi yapılmış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılık suçlarda ise şikayete tabi olma ilkesi benimsenmiştir.

Fasıldaki son suç olan 200.maddede genel anlamda, yukarıda açıklanan suçların bir posta memuru tarafından işlenmesi halini düzenlenmiştir. İlk fıkrada posta memurunun gönderiyi veya haberleşme evrakını ele geçirmesi (zaptetmesi) veya açması (m.195 f.1), haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi (m.195 f.2), ikinci fıkrada ise bunları yok etmesi (m.196) cezalandırılmaktadır. Var olan koşullara ek olarak bu maddede düzenlenen suçlar özgü suç olduğundan yani yalnızca posta memuru tarafından işlenebileceğinden failin posta memuru olması önşartı vardır. Öte yandan suçun maddi unsuru açısından failin yani posta memurunun görevini değil bu sıfatını kötüye kullanarak fiili işlemesi gerekmektedir. Dolayısıyla bunun iki sonucu olmaktadır. Birincisi, fail sıfatından yararlanarak suçu işlemek zorundadır, bir başka deyişle başka bir serviste çalışan posta memuru, sıfatının sağladığı kolaylıkla bir haberleşme evrakını ortadan kaldırır ise suç işlenmiş olacaktır. İkincisi eğer memur sıfatından yararlanmaksızın bir gönderiyi açarsa 195.madde, bu gönderiyi yok ederse 196.madde devreye girecektir <sup>1011</sup> . Ayrıca zapt etme kavramının çok dar yorumlanmaması gerektiği ve kasten elde tutma, sevkıyatını geciktirme, yanlış yöne

<sup>1009</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.196-197

<sup>1010</sup> Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 9.Baskı, İstanbul, 2002, s.865 vd.

<sup>1011</sup> Faruk Erem, **a.g.e.**, s.290

gönderme, geri gönderme gibi hareketlerin de suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenmektedir<sup>1012</sup>. Öte yandan 2.fıkranın son cümlesine göre zarar, bu suç açısından bir ağırlatıcı sebeptir.

Tıpkı 195 ve 197.maddelerdeki gibi bu suç açısından Yargıtay, korunan hukuki menfaatin kişinin gizli haberleşme özgürlüğü olduğunu çeşitli kararları ile ortaya koymuştur. Örneğin 4.Ceza Dairesi'nin E.1989/5272 K.1989/5973 sayı ve 9.10.1989 tarihli kararında fail olan posta memurunun gönderinin içindeki paraları almak amacıyla gönderiyi açması halinde hırsızlık suçunun aksi halde 200.maddedeki suçun oluşacağını vurgulamış yine aynı dairenin E.2000/6297 K.2000/6980 sayı ve 23.10.2000 tarihli kararında failin suçunu ortaya çıkarmak amacıyla zarfa konan değersiz kartların bulunduğu zarfı açması halinde (faydalanma ve dolayısıyla da hırsızlık kastı olamayacağı için) yine 200.maddenin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>1013</sup>.

Ek olarak benzer bir suçun da 4 Şubat 1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 5 Kasım 2008 tarih ve 5809 sayılı kanununun 66.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 20.maddesi olduğu belirtilmelidir. "Ahkamı cezaiye" başlıklı fasıldaki bu hükme göre haberleşmenin gizliliğini ihlal eden yani, kanunun açıklamasına göre, yasal yolların dışında bir telgraf-telefon haberleşmesinin içeriğini başkalarına ifşa eden yani yayan veya üçüncü kişileri bu haberleşmeden haberdar eden telgraf ve telefon memuru hapis ve para cezası ile cezalandırılmaktaydı. Yine haberleşme özgürlüğünü korumaya yönelik bu suçta da fail yalnızca telgraf veya telefon memuru olabilmekteydi. Maddi unsur telgraf veya telefon haberleşmesinin başkalarına yayılması veya başkalarının bu konuda haberdar edilmesiydi. Ayrıca bir zarar aranmamaktaydı. Zaten suçu oluşturan hareket, korunana hukuki menfaat açısından başlı başına bir zarardı. Manevi unsur da genel kural gereği genel kasttı. Her ne kadar düzenleme 200.maddeye benzese de o maddede bizatihi gönderinin açılması ve gizliliğin ihlali cezalandırılırken 20.maddede yama, haberdar etme gibi gönderiyi açtıktan sonra gelecek hareketler cezalandırılmaktaydı.

<sup>1012</sup> Hakkı Demirel, **a.g.e.**, s.64

<sup>1013</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 7.4.2010) yine aynı yönde 4.CD 11.4.1944 tarihli karar bkz. Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.920

Maddeyle ilgili son olarak değinilmesi gereken nokta ise cezalandırılan fillerin günümüzde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132 ve devamı maddeleri kapsamında olduğu ve 137.maddedeki nitelikli haller olarak adlandırılan ağırlatıcı sebeplerin de dikkate alınması gerektiğidir.

## 2) Haksız arama suçu (m.183)

Madde bir memur tarafından kanunda belirtilen hallerin dışında bir kişinin üstünün aranmasını veya bu yönde bir emir verilmesini cezalandırmaktadır. Korunan hukuki menfaat kişinin bedeninin dokunulmazlığı ve aslında özel hayatının gizliliğidir. Dolayısıyla bu suçla iki amaçlı bir koruma sağlamak istenmiştir. Zaten özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik Anayasanın 20.maddesi doğrudan kişinin aranması ile ilgili düzenlemeler getirmekte ve arama-özel hayat bağlantısını doğrudan ve açıkça kurmaktadır.

Suç yalnızca memur tarafından işlenebilecek bir özgü suçtur. Dolayısıyla fail olarak bir memurun bulunması önşartı vardır. Maddi unsur açısından söz konusu memurun ya kanunda belirtilen haller dışında bir arama emri vermesi ya da bizzat bu şekilde arama yapması gerekmektedir. Üst aramasından kişinin üzerindeki elbiseleri, cepleri, el çantası hatta eğer yolculuk ediyorsa bavulunun, çantasının aranması anlaşılır<sup>1014</sup>. Manevi unsur ise genel kasttır. Ancak kanunda belirtilen haller içinde hareket edilmesi bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Bu bakımdan genel anlamda idari yani suç işlenmeden önceki önleme amaçlı aramalarda 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, suç işlendikten sonra delil elde etmeye yönelik olan adli aramalar için de o zaman için 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şu an için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu) hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir.

Haksız arama suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da korunmuş ve "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümünde 120.maddede düzenlenmiştir. Ancak eski maddeye nazaran dört önemli farklılık içermektedir. Birincisi suçun önşartı açısından failin memur değil kamu görevlisi olması yeterlidir. Kanunun 6.maddesinin 'c' fıkrasında bu kavramın eskisine göre son derece geniş biçimde tanımlanması

<sup>1014</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.148

nedeniyle artık daha çok kişinin fail olabilmesi olanaklı hale gelmiştir. İkincisi maddi unsur açısından üst araması değil eşyaların da aranması suç oluşturmaktadır. O halde mağdurun yalnızca elbiselerinin veya el çantasının değil haksız olarak evindeki veya arabasındaki eşyalarının aranmasıyla da suç tamamlanabilecektir. Üçüncüsü failin yani kamu görevlisinin suçu işleyebilmesi için aramayı bizzat yapması gerekmektedir. Haksız arama emrini veren kamu görevlisi açısından ise iştirak hükümleri (m.37-41) ve kanuna aykırı bir emir söz konusu olduğundan m.24/son uygulanabilir. Son farklılık ise belki de en temel olanıdır. Eski düzenlemede “*kanunda yazılı hallerin haricinde*” arama yapılması suçu meydana getirirken artık “*hukuka aykırı olarak*” yapılan aramalar suçun konusudur. Hukuk kavramı ve hukuka aykırılığın kanun ve kanunda yazılı haller kavramlarından çok daha geniş olduğu düşünülürse ilgili kanunun hukukiliği ve kanuna uygun olsa da hukuka uygun olmayan aramaların suç oluşturması tartışmaları gündeme gelebilecektir<sup>1015</sup>.

Suçla korunan hukuki menfaat ve suçun özel hayatın gizliliği ile yakından ilgisi dikkate alındığında düzenlemedeki bazı koşulların özellikle de önşartın bulunmaması halinde yani kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından yapılan haksız arama halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin uygulanabilme olasılığının bulunduğu da not edilmeli ve değerlendirilmelidir<sup>1016</sup>.

### 3) Konut dokunulmazlığının ihlal suçu (m.193-194)

193.maddede resmi görevi olmayan kişilerin 194.maddede ise resmi görevlilerin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemelerini cezalandırılmaktadır. Özel hayatın gizliliği ile olarak çok eski çağlardan bu yana cezalandırılan bir suçtur. Örneğin Roma Hukukunda “hakaret” olarak değerlendirilirken Cermen Hukukunda “Yuva Huzurunu Bozma” suçu olarak kabul edilmiştir<sup>1017</sup>. Türk Hukukunda ise 1256 ve 1267 tarihli Ceza Kanunnameleri’nde bu suça rastlanmamasına rağmen 1274 tarihli Kanunname’de resmi görevliler açısından düzenleme yapılmış, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise tıpkı mehz 1889 İtalyan Ceza Kanunu’ndaki gibi 193 ve 194.maddeler kabul edilmiştir<sup>1018</sup>. Korunan hukuki menfaat açısından çeşitli

<sup>1015</sup> Burada PVSK m.9’daki önleme aramaları ile ilgili olarak yapılan ve sistemi tersine çeviren 2007 yılındaki değişikliklerle ilgili tartışmalar hatırlanmalıdır bkz. s.156-157

<sup>1016</sup> Bkz. s.213

<sup>1017</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.873

<sup>1018</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.177

tartışmalar olmakla<sup>1019</sup> birlikte genel olarak kabul gören görüş kişinin konutundaki huzuru ve sükununun korunduğudur. Bu bağlamda uluslararası belgelerde de görüldüğü gibi özel hayat kavramından ayrı düşünilemeyen konut kavramının korunması ile aslında doğrudan kişinin özel hayatı ve özel hayatının gizliliğinin korunduğu da tartışmasız bir gerçektir. Bu nedenle gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 193 ve 194.maddeleri gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 116.madde ile çalışmanın konusunu oluşturan 134.madde arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.

193.madde açısından rıza hilafına, hile ile ya da gizlice meskene veya müştemilatına girildiğinde ya da rıza ile girildikten sonra çıkılmaması halinde suç işlenmiş olmaktadır. 2.fıkraya göre suçun gece veya şiddet kullanılarak ya da topluca işlenmesi ağırlatıcı sebeptir. Suç açısından mesken yani konut ve müştemilat yani eklenti kavramları önem taşımaktadır. Ceza Hukuku açısından konut kavramının Medeni Hukuktaki ikametgah kavramından daha geniş olduğu ve böylece yerleşmek amacı taşımayan geçici olarak oturlan yerlerin de konut kavramına girebileceği belirtilmekte, tıpkı Amerikan Hukukundaki gibi<sup>1020</sup> otel odasının da konut olarak kabul edildiği sonucuna öğretide tarafından ulaşılmaktadır<sup>1021</sup>. Hatta günümüzdeki gibi özel hayat kavramını geniş yorumlayan Yargıtay çok eski tarihli bir kararında (4.CD 13.5.1948 tarih 5646/5364 sayı) hükümlünün kaldığı hapis hane koğuşunun da bir konut olduğunu ve gece rıza hilafına girilmesinin suç oluşturduğuna hükmetmiştir. Soyaslan ise aslında özel hayat ile konut arasındaki açık bağı da ortaya koyan bir biçimde “*özel hayatı ilgilendiren bir faaliyetin icra edildiği yeri*” konut olarak kabul etmiştir<sup>1022</sup>. İşyerlerinin durumu ise öğretide tartışmalıdır<sup>1023</sup>. Öte yandan balkon, koridor, merdivenler, sahanlık, etrafı çitle çevrili avlu ve duvarla çevrili bahçe, suçla korunan hukuki menfaat düşünülürken haklı olarak, Yargıtay tarafından eklenti

<sup>1019</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.177-179; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.252-253; Önder ise özel hayata saldırı düşüncesinin artık terk edildiğini ve hürriyet aleyhinde bir suç olduğunu ileri sürmektedir bkz. Ayhan Önder, **a.g.e.**, s.54-55 Oysa konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hürriyet aleyhine bir suç olduğu mutlak bir gerçek olmakla birlikte kişinin özel hayatının gizliliğini de ihlal ederek buna yönelik bir saldırı içerdiği de yadsınmaz.

<sup>1020</sup> Bkz. s.129

<sup>1021</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.183; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.255; Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.874-875

<sup>1022</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3.Baskı, Ankara, 1999, s.614

<sup>1023</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.188-189; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.256-257; Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.875; Doğan Soyaslan, **a.g.e.**, s.614; Ayhan Önder, **a.g.e.**, s.59; 5237 sayılı TCK m.116/2’de özel düzenleme vardır

kavramı içinde değerlendirilmiştir<sup>1024</sup>. Ayrıca rıza bu suç açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Burada belirtilmesi gereken ve özel hayatın gizliliğinin de korunması ile ilgili bir nokta ise 765 sayılı kanun döneminde gerek öğretinin görüşü gerekse eski tarihli de olsa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, konutun müştereken kullanılması halinde tüm ilgililerinin rızasının gerektiği, aksi halde konuta giren veya çıkmayan failin suç işlemiş olacağı yönünde idi<sup>1025</sup>. Böyle bir yaklaşımın özel hayatın kişiselliği düşünüldüğü zaman daha doğru ve koruyucu olduğu açıktır. Oysa 5237 sayılı kanun ile sistem tamamen tersine çevrilmiş ve 116.maddenin üçüncü fıkrasına göre müşterek kullanım halinde, örneğin evlilikte, bir kişinin rızası yeterli sayılmıştır<sup>1026</sup>. Düzenlemenin kişilerin tek tek özel hayatlarının gizliliğinin korunmasına zarar vermesi yönünden sakıncalı olduğu kabul edilmelidir.

765 sayılı kanununun 196.maddesi ise memur tarafından işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunu benzer bir biçimde düzenlemekle birlikte temel bazı farklar içermektedir. Birincisi özgü bir suç vardır ve yalnızca memur tarafından işlenebilir. İkincisi memurun görevini kötüye kullanması veya yasal koşullara uymaması gerekmektedir. Üçüncüsü ise 193.maddeden farklı olarak hukuka uygun biçimde girdikten sonra çıkmamak suçun maddi unsuru içinde yer almamaktadır. Bu eksiklik öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve bu durumda 193.maddenin veya memurlar açısından genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunun düzenleyen 240.maddenin uygulanabileceği ileri sürülmüştür<sup>1027</sup>. Ayrıca suçun faili memur olduğu için bu kez rıza değil kanun hükümleri hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır.

Düzenleme Anayasadakinden daha az koruma sağladığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Zira Anayasa konuta dokunulamamasından söz ederek içeri girilmeden yapılacak ihlalleri de yasaklarken 193 ve 194.maddeler böylesi bir yoruma uygun değildir<sup>1028</sup>. Bu durumda da aşağıda değinilecek olan 547.madde devreye girebilecektir. Öte yandan her ne kadar *Kaboğlu*, 194.maddenin kapalı

<sup>1024</sup>İlgili kararlar için bkz. Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.190-191

<sup>1025</sup>YİBK 12.3.1941 38/8; Ayhan Önder, **a.g.e.**, s.72; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.264

<sup>1026</sup>Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.119

<sup>1027</sup>Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **a.g.e.**, s.217; Faruk Erem, **a.g.e.**, s.271-272; Abdullah Pulat Gözübüyük, **a.g.e.**, s.900; 5237 sayılı TCK'da ikili ayırım kalkmış ve kamu görevlisi olmak ağırlatıcı sebep haline getirilmiştir (m.119)

<sup>1028</sup>Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.107; Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.454; Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu durumu tartıştığı ve olumsuz görüş verdiği "Olmstead kararı" için bkz.s.131

yerlerdeki hukuka aykırı aramaları cezalandırdığı ve benzer üst aramaları için kanunda bir hükmün bulunmadığını ileri sürse<sup>1029</sup> de yukarıda açıklanan 183.madde karşısında bu eleştirinin kabul edilebilir olmadığı açıktır.

#### 4) Halkı rahatsız etme kabahati (m.547)

Kabahat olarak “halkı rahatsız eden hareketler” isimli fasılda düzenlenmiştir. Gerek bulunduğu fasıl gerekse bu fasıldaki diğer suçlar dikkate alındığında aslında korunan hukuki menfaatin halkın ve toplumun huzuru ve sükunu olduğu, kişisel huzurun ikinci planda kaldığı açıktır<sup>1030</sup>. Zaten maddi unsur da “*itidal veya muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hal ile başkasını alenen incitme veya huzur ve rahatını ihlal etmedir*”. Dolayısıyla aslında doğrudan kişinin özel hayatının gizliliğini öngörmeyen maddenin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun unsurları eksik kaldığında özellikle de failin konuta girmeksizin içeriye izlediği durumlarda tek başına, failin konuta girip mağduru seyrettiği hallerde ise konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile birlikte uygulanması ve özel hayatın gizliliğini de böylece koruması söz konusu olabilmektedir<sup>1031</sup>.

Yargıtay da eski tarihli kararlarından bu yana yukarıdaki görüşü kabul etmiştir. Örneğin evin penceresinden içerisinin gözetlenmesi, sofadan yatak odası penceresinin, balkon penceresinden evin içerisinin, merdivenden abdesthanedekilerin gözetlenmesi ve başkalarının evini gözetlemek amacıyla ağaca çıkılması Yargıtay’ın çeşitli daireleri tarafından 547.maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>1032</sup>. Ayrıca cami avlusundan mağdurun tuvalet penceresinin gözetlenmesi<sup>1033</sup>, evin etrafının dolaşarak pencereden içeri bakılması<sup>1034</sup> ve avlu duvarından eve bakılması<sup>1035</sup> da konut dokunulmazlığını ihlal değil 547.maddenin ihlali olarak yorumlanmıştır. Diğer yandan failin hiçbir söz söylemeksizin mağdureyi yalnızca gözetlemesi eyleminde de 5.Ceza Dairesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 421.maddesinin 2.fikrasına göre

<sup>1029</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, a.g.e., s.171

<sup>1030</sup> Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Cilt III, Ankara, 1993, s.2610

<sup>1031</sup> Burada Anglo-Sakson Hukukunda var olan bu yöndeki eksiklik hatırlanmalıdır bkz. s.11 vd.; Aynı yönde bkz. Muhtar Çağlayan, “Özel Hayatın Gizliliği”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977, s.448

<sup>1032</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanununun Açılması**, Cilt IV, 4.Baskı, İstanbul, s.736-739

<sup>1033</sup> 4.CD E.1991/3815 K.1991/4614 T.23.6.1992 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 1992, s.1446-1447

<sup>1034</sup> 4.CD E.1991/6877 K.1991/7699 T.10.12.1991 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim:7.4.2010)

<sup>1035</sup> 4.CD E.1993/8133 K.1993/8769 T.14.12.1993 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim:7.4.2010)

“sarkıntılıktan” hüküm kuran ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve eylemin 547.madde kapsamına girdiği sonucuna ulaşmıştır<sup>1036</sup>.

Maddenin halkın huzur ve sükununu korumaya yönelik olmasının yanında bundan hareketle kişilerin özel hayatının gizliliğini de koruması ve böylece yukarıda atıf yapılan Yargıtay içtihadının da ışığında iki yönlü bir koruma sistemi getirmesi karşısında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda iki farklı maddeye karşılık geldiği kabul edilmelidir<sup>1037</sup>. Birincisi hürriyete karşı suçlar bölümünde yer alan “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu” yani m.123’tür. Maddenin yeri ve başlığı itibarıyla kişisel menfaatin ön plana çıktığı ve artık topluma değil kişilere karşı bir suç olması önemli bir değişikliktir. Madde içeriğine uyan biçimde kişilerin rahatsız edilmesi halinde bu suç işlenmiş olacaktır. Ama eskiye göre önemli bir farklılık suçun ancak özel kastla işlenebilecek olmasıdır. “Sırf huzur ve sükunu bozma” özel kastı artık aranmaktadır<sup>1038</sup>. Bunun yanında yukarıda verilen Yargıtay kararlarına konu somut örneklerdeki gibi özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda ise, örneğin konut içerisinin gözetlenmesi, gerek maddi unsur gerekse de korunan hukuki menfaat uyarınca 134.maddenin uygulanması gündeme gelecektir.

### C) Korunan hukuki menfaat

134.maddede tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yeni bir suç olması ve özel hayat gibi içeriği çok geniş ve sınırları çoğu zaman belirsiz bir kavramı korumaya yönelik olması nedeniyle korunan hukuki menfaatin belirlenmesi uygulama açısından önem taşımaktadır. Suçta korunan hukuki menfaati belirlerken ilk aşamada kanunda bulunduğu yeri değerlendirmek gerekmektedir. 134.maddedeki suç “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında yer aldığından korunanın bizatihi ve öncelikle kişi olduğu, dolayısıyla kişinin çıkarının ön planda tutulması ve korunması gerektiği açıktır. Öte yandan maddenin bulunduğu bölüm ise “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” adını taşımaktadır. Bu başlıktan hareketle kanun koyucunun ilk bölümde değinilen ve Alman Hukuku kökenli olan “Üçlü Alan / Çember” teorisini benimsediği sonucuna ulaşılabilir. Bir başka deyişle kamusal veya sosyal

<sup>1036</sup> 5.CD E.2001/4554 K.2002/2049 T.1.4.2002 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim:7.4.2010)

<sup>1037</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.711

<sup>1038</sup> “Yasallık” ilkesi açısından suçun tanımındaki sorunlar için bkz. Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.710

hayat olarak da adlandırılan ve fakat artık günümüzde özel hayatın bu alanlarda da geçerli olduğu düşünülecek olursa özel olmayan hayat olarak adlandırmak gereken en dış alanın veya çemberin yanında, bir özel hayat alanı ve bunun da en mahrem, gizli kısmını oluşturan gizli alan yer almaktadır. Bu bölümdeki(m.132-140) suçlar da bir yandan özel hayatı korumaya yönelirken (haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi suçu, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu), diğer yandan gizli alanı da korumayı amaçlamaktadır (özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ve bazı hassas veriler açısından m.135/2).

Dikkate alınması gereken diğer bir nokta ise Anayasadaki düzenlemedir. “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümündeki “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında, daha önce de belirtildiği gibi, 1961 Anayasası ile de paralel biçimde 20, 21 ve 22.maddelerde sırasıyla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Burada da kişi ve kişinin özgürlüğü ön plana çıkartılmış, özel hayat kavramı, dar anlamda gizliliğin korunmasının yanında (m.20) doğrudan ilgili konut (m.21) ve haberleşme kavramlarıyla (m.22) birlikte koruma altına alınmıştır. Zaten Türk Ceza Kanunu Gereğesi de, tıpkı öğreti gibi, ilgili anayasal düzenlemelere açıkça atıfta bulunmakta ve yasal düzenlemelerin anayasal gerekliliğin sonucu olduğunu belirtmektedir<sup>1039</sup>. Ayrıca Anayasadaki bu yapı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 116.maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal ve 120.maddesinde düzenlenen haksız arama suçları ile özel hayatın gizliliği arasındaki bağı ortaya koymakta hatta anayasal olarak bu hakkın bir parçası saymaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında elinde kesici bir aletle konut dokunulmazlığını bozan kişi aleyhine manevi tazminat kararı verirken, anayasal hükümlere atıf yapmış ve 20.maddedeki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile 21.maddedeki konut dokunulmazlığı hakkının “*kişi hakları açısından birbirini tamamladıklarına kuşku*” olmadığını ifade etmiştir. Keza Yargıtay, o zamanki mevzuat gereği manevi tazminat için haksız fiilin “özel ağırlığa” ulaşması gerekmesi koşulunun da yerine geldiğini söylemiş ve bu yönde direnen ilk derece mahkemesini haklı bulmuştur<sup>1040</sup>.

<sup>1039</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.86; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7.Baskı, Ankara, 2010, s.493 ve 509; Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Güz 2009, s.9; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Sulh Ceza Davaları**, Ankara, 2007, s.279

<sup>1040</sup> YHGK E.1986/4-691 K.1987/523 T.17.6.1987, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1988, s.895-897

Tüm bu bilgi ve değerlendirmelerin ışığında suçla korunan hukuki menfaat kişinin kişiliğini özgürce geliştirebilme ve bağımsız bir hayat sürebilme hakkı bağlamında hem üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyeceği gizli alanının korunması hem de bazı kişilerce bilinebilir olmakla beraber yayılmasını, ifşa edilmesini istemeyeceği özel hayat bilgilerinin korunması, dolayısıyla da kişinin rahat ve özgür bir özel hayat sürdürebilme hakkı olduğu söylenebilir. O halde özel hayatının gizliliğine saygı duyulan ve bu hakkı korunan kişi hem seçimlerinde özgür olur, hem daha mutlu ve rahat bir hayat sürer hem de insan haysiyetini koruyarak “*zihinsel ve duygusal güvenliğini sağlar*”<sup>1041</sup>. Tüm bu yapının temelinde de insan haysiyeti bulunmaktadır.

#### **D) Kanunilik unsuru**

Suçun Hükümet Tasarısı’ndan son derece farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesindeki düzenlenmiş hali şu biçimdedir:

##### **MADDE 134: Özel hayatın gizliliğini ihlal**

(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.*

Suçun konusunun geniş yorumlanmaya uygun özel hayatın gizliliği hakkı olması Ceza Hukukundaki yasallık ilkesi açısından tartışmalara yol açmakta (1), bu bağlamda Tasarı ile Kanun arasındaki farklılık da (2) önem kazanmaktadır.

#### **1) Yasallık tartışması**

Madde düzenlemesi geniş yoruma uygundur. Bunun da, özel hayat kavramının halen daha tartışmalı ve yer yer sınırları belirsizleşen bir kavram olmasından

<sup>1041</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.8-10

hareketle Çağdaş Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan “yasallık” ilkesi açısından sıkıntı doğuracağı iddia edilebilmektedir<sup>1042</sup>. Zira kişilerin karşılığında yaptırım öngörülen yasaklanmış eylemleri önceden bilmesini amaçlayan ve gerek 1982 Anayasasının 38.maddesinin 1.fikrasında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7.maddesinde gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2.maddesinde vücut bulan bu ilke gereğince hem kıyas yasaklanmakta hem de ceza hükmünün açık ve belirli olması aranmaktadır<sup>1043</sup>. Öte yandan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suç ve Cezada Kanunilik” başlıklı 2.maddesinin 3.fikrasının son cümlesi “*Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamaz*” diyerek aslında yasallık ilkesi gereği zaten var olan kıyas yasağı kuralını tekrar etmiş ve Ceza Hukukunda genel olarak kabul edilen genişletici yoruma da izin vermiştir<sup>1044</sup>. Dolayısıyla bir ceza kanunu maddesini ve buradaki kavramları geniş biçimde yorumlamak yasallık ilkesine zarar vermez, meğer ki kıyas yapılmamış olsun. Zaten özel hayatın geniş bir kavram olmasının yanında Türk Ceza Kanunu Tasarısı’ndaki düzenleme ve ardından yapılan değişiklikler de daha geniş ve kapsayıcı bir yorumu gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Ayrıca Tasarı’daki Genel Gereğe kısmında da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yargıcın takdir hakkını kısıtlayan ve her olasılığı tek tek düzenleyen “kazuistik” olmakla eleştirilmiş, oysa 1960’lardan itibaren gelişen yeni anlayış çerçevesinde yasallık ilkesine zarar vermeden yargıca da takdir yetkisi veren bir ara yol benimsenmiş ve Tasarı’nın da bu doğrultuda hazırlandığı ifade edilmiştir<sup>1045</sup>. Dolayısıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun genel ruhu da genişletici yoruma uygundur. Ama yine de maddenin bu haliyle geniş bir içeriğe ve uygulama alanına sahip olduğu da vurgulanmalıdır .

## 2) Tasarı ile Kanun arasındaki farklılık

Suçun Tasarı’daki ilk hali çok daha başka olup genel olarak Batı Avrupa ülkeleri ile ve özellikle de İsviçre Ceza Kanunu’nun 179quarter maddesi ile benzerlik taşımakta ve Alman Üç Alan / Çember teorisini daha net biçimde ortaya koymaktadır. 192.maddede düzenlenen suçun başlığı “*Resim çekici veya kaydedici bir aletle özel*

<sup>1042</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.55

<sup>1043</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt I, 13.Baskı, İstanbul, 1997, s.17

<sup>1044</sup> Buna karşın örneğin Fransız Ceza Kanunu’nun 111-4.maddesinde dar yorum ilkesi açıkça zorunlu kılınmıştır: “*La loi pénale est d’interprétation stricte*” “*Ceza kanunu dar yorumlanır*”

<sup>1045</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.23

*hayatın ihlali*” olup birinci fıkrası şu biçimde kaleme alınmıştır: “*Resmi çekici veya kaydedici bir aletle özel yaşamın gizli alanına giren veya normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan bir özel yaşam olayını, ilgilinin rızası olmadan saptayan ve kaydeden kimseye altı yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir*”.<sup>1046</sup>

Düzenleme esaslı biçimde değişmiştir. Öncelikle Tasarı maddesinde yürürlükteki farklı olarak bir önşart vardır, o da eylemin bir “resmi çekici veya kaydedici aletle” yapılmasıdır. Bir başka deyişle Tasarı maddesine göre failin; kamera, fotoğraf makinesi veya günümüzdeki teknolojik düzey bakımından kameralı bir taşınabilir telefon kullanması gerekmektedir. Bu önşart benzer düzenlemeye sahip olan Avrupa ülkelerinde var olan bir koşuldur<sup>1047</sup>. Oysa yürürlükteki düzenleme böyle bir önşart içermediğinden Tasarı’nın aksine, örneğin bir kişinin konutunu bir alet kullanmaksızın çıplak gözle gözetleyen fail açısından maddi unsur gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip bir alet bulunması gerektiği için dürbün kullanmak Tasarı’ya göre suç oluşturmazken mevcut 134.maddeye göre suç olacaktır. Önşartın bir diğer etkisi ise 192.madde açısından yalnızca görüntüler suç oluşturabilecek, seslerin kaydedilmesi öteki koşulların da varlığı halinde şu anki 132 ve 133.maddelerin karşılığı olan 190 ve 191.maddeler bakımından değerlendirilebilecektir (Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu ve söyleşi sırasındaki konuşmaların kaydedilmesi suçu). Oysa 134.madde seslerin kaydedilmesinin ve hatta dinlemesinin dahi cezalandırılmasını öngörmektedir. Ancak alet kullanılması halinde diğer maddeler tartışılabilir<sup>1048</sup>. Sonuç olarak yalnızca önşartın yokluğu dahi suçun uygulanma alanını çok ciddi biçimde genişletmiştir.

Öte yandan 192.madde suçu tanımlarken Üç Alan / Çember teorisini de açık biçimde ortaya koymuştur. Buna göre “gizli alan” söz konusu ise failin, yukarıda tartışılan aletle yalnızca girmesi yeterli iken, diğer özel yaşam olaylarının “*normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan*” olaylar olması ve failin bunları saptaması veya kaydetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla suç

<sup>1046</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.52; Tasarının bu hükmü 1989 tarihli Öntasarının 185.maddesinin hemen hemen aynısidir bkz. Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s.141-142

<sup>1047</sup> Bkz. s.176-177

<sup>1048</sup> Bkz. s.205 vd.

gizli alana girmekle tamamlanırken, ikinci alan yani dar anlamda özel hayat alanı açısından suça konu olayın belli bir nitelikte ve yoğunlukta olması aranmaktadır. Ayrıca ikinci alan açısından failin seçimlik hareketlerden birini yapması gerekmekte yani ya olayı saptaması ya da kaydetmesi aranmaktadır. Oysa 134.madde iki özel hayat alanını bu denli açık biçimde ayırmamış ve daha geniş yorumlanmaya uygun olan “özel hayatın gizliliği” kavramını kullanmıştır. Ayrıca suç serbest hareketli bir hale getirilerek failin “ihlal” etmesi yeterli sayılmıştır. Bu biçimde de suçun uygulama alanını, hem gizli alanı kapsayacak hem de gizli bütün özel hayat olaylarını, herhangi bir nitelik aramaksızın, kapsayacak biçimde genişletmiştir.

### **E) Maddi unsur**

134.maddedeki düzenlemede iki ayrı fıkrada iki ayrı suç yer almaktadır. Birinci fıkradaki düzenleme özel hayatın gizliliği hakkını ihlal biçimlerinden ilki olan “araştırma/öğrenme” eylemine yoğunlaşırken, ikinci fıkrada özel hayata dair gizli bilgilerin üçüncü kişilerin bilgisine sunma yani “ifşa” suç haline getirilmektedir. Ayrıca her suçun birer ağırlatıcı sebebi de bulunmaktadır.

#### **1) Özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali (1.fıkra)**

Fıkradaki düzenleme açısından suçun bulunduğu bölümün adına ve maddedeki tanımına, dolayısıyla da maddi unsuruna bakıldığında yukarıdaki tartışma ve açıklamaların da ışığında kapsamı çok geniş bir suçla karşı karşıya olunduğu öncelikle belirtilmelidir. Bu bağlamda 134.maddede yer alan “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçunun öncelikle aynı bölümde yer aldığı 132, 133, 135, 136 ve 138.maddelerdeki suçları da kapsayabilecek adeta bir “torba suç” olduğu ileri sürülebilecektir<sup>1049</sup>. Ayrıca özel hayat kavramının içeriği düşünüldüğünde, yukarıda da belirtildiği gibi, önceki bölümlerde yer alan “Konut Dokunulmazlığını İhlal” (m.116) ve “Haksız Arama” (m.120) suçları da aynı biçimde değerlendirilebilir. Elbette genel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na bakıldığında “İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme” (m.115), “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali” (m.117), “Ayrımcılık” (m.122) veya “Hakaret” (m.125) gibi özel hayatla ilgili olan, işlenmesi halinde mağdurun özel hayatına da zarar verebilecek

<sup>1049</sup> Hamide Zafer, a.g.e., s.55

olan birçok suç bulunduğu açıktır. Ancak 134.maddenin maddi unsuru, daha doğru bir anlatımla suçun tamamlanması için aranan netice “özel hayatın gizliliğinin” ihlal edilmesidir. Böylece her ne kadar belli bir derecede “torba bir suç” söz konusu olsa da özel hayatın bütün yönlerini kapsayacak derecede adeta sınırsız değil, özel hayatın gizli kalması gereken yönlerini korumaya yönelik bir düzenlemedir. Bu belirlenirken de hem korunan hukuki menfaat hem de suçun yer aldığı bölüm dikkate alınmalıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 16 Şubat 2000 tarihinde verdiği ve ilke kararlarından biri haline gelen Amann-İsviçre kararında toplanan bilgilerin hassas olup olmadığı veya başvurucuya zarar verip vermediğini değerlendirmek durumunda olmadığını, yalnızca özel hayata dair bilgilerin bir kamu makamu tarafından kaydedilmesinin müdahale için yeterli olduğunu söylemiştir<sup>1050</sup>. Benzer bir yaklaşımın 5237 sayılı kanunun kanun koyucusu tarafından da sergilendiği ileri sürülebilir. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” açısından elde edilen bilgilerin hassas bilgiler olması veya ilgiliye zarar vermesi unsur olarak aranmamaktadır. Bir başka deyişle örneğin haberleşme veya kişiler arasında konuşma ya da kişisel veri gibi kavramların bizatihi özel hayatla ilgili olduğu kabul edilmekte ve ihlalin de bizatihi zarar verdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Böylece genel anlamda kişinin kimliğine ilişkin bilgiler, cinsel hayatı, ev, araç ve özel yerlerinin aranması, telefon konuşmaları, posta gönderileri, fotoğrafı, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin özel hayatla ilgili olduğu<sup>1051</sup> ve gizliliğinin ihlali halinde 134.maddenin uygulanmasının söz konusu olabileceği açıktır. Keza kişinin mesleki hayatının dışında eğlenmek veya tatil amacıyla yaptığı eylemlerin özel hayata girdiği konusunda neredeyse kesin bir görüş birliği bulunmaktadır, hatta bir Fransız mahkemesi çok eski tarihli bir kararında bir çiftin kamusal alanda da olsa tatil kıyafetleri ile resminin dergide yayınlanmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir<sup>1052</sup>. Zaten ihlal de bu alana giren olayların, bilgilerin başkalarına olduğu gibi ya da değiştirilerek açıklanmasıyla gerçekleşebilir<sup>1053</sup>. Ayrıca eser niteliği taşımayan resim, portre, mektup ve benzerlerinin yayınına ilişkin kuralların ihlali halinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 85 ve 86.maddelerinin

<sup>1050</sup> Partrick Wachsmann, **a.g.e.**, s.143

<sup>1051</sup> Yusuf Hakkı Doğan, **Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr), Erişim:8.5.2009, s.4

<sup>1052</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.274

<sup>1053</sup> Ahmet. M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.136

gönderme yaptığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 197 ve 199.maddeleri yerine artık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132 ve devamı maddelerinin<sup>1054</sup>, ve bu arada elbette ki 134.maddenin, uygulanması gündeme gelecektir. Bu bağlamda özel hayatın gizliliğine yönelik her türlü müdahale suçun maddi unsurunu oluşturacaktır<sup>1055</sup>.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında 134.maddenin birinci fıkrasının maddi unsuru üç aşamada incelenebilir. Birincisi doğrudan bu madde kapsamına giren özel hayat olayları ve bilgilerinin gizliliğinin ihlal edilmesi (a), ikincisi kanundaki düzenlenmemesi gereği torba suç söz konusu olduğu için diğer ilgili maddelerle olan ilişkisinden doğan uygulama (b) ve son olarak da bir ağırlaştırıcı sebep olarak “görüntü veya seslerin kayda alınması” (c).

a) Doğrudan 134.madde kapsamına giren ihlaller

Daha önce de belirtildiği gibi özel hayatın gizliliği hakkı “kişinin özel ve gizli hayat olayları ve bilgilerinin hakkı olmayan üçüncü kişilerin öğrenmesine karşı koruyan bir hak” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla da madde hükmü bu biçimde yorumlanmalıdır. Failin, mağdurla ilgili bir özel hayat olayını veya bilgisini öğrenmesi halinde suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Bu bağlamda kişinin gizli alanına<sup>1056</sup> giren hayat olaylarının ve bilgilerinin (örneğin sırları) korunan değerler arasında olduğu çok açık olmakla birlikte, özel hayatın gizliliği hakkında yararlanan diğer olay ve bilgiler açısından “özel ve gizli olma” ölçütüne başvurmak gerekmektedir. İlk akla gelen örnekler “görüntü ve seslerdir”. Bir kişinin konutundayken, banyo yaparken veya en klasik örnek olarak cinsel ilişki halinde seyredilmesi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Aynı biçimde kişinin özel eşyalarının karıştırılması ve fotoğraflanmasının<sup>1057</sup> da suçu meydana getirdiği kabul edilmelidir. Fransa'daki görüntünün mutlaka kişiye ait olması gerektiği görüşünün aksi olan bu düşüncenin sebebi kişinin eşyalarının da özel olarak kabul edilip yabancı kişilerin bilgisinden uzak, gizli bir nitelik taşıması ve dolayısıyla da özel hayatın bir parçası olmasıdır. “Özel ve gizli” ölçütü değerlendirilirken Fransız

<sup>1054</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.51

<sup>1055</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.511

<sup>1056</sup> Bkz. s.34

<sup>1057</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.192

kanunundaki “özel veya gizli sözler” ile ilgili değerlendirmeler de yol gösterici olabilir<sup>1058</sup>. Türkiye’den somut bir örnek olarak Bakırköy Mahkemesi’nin yalnızca davetiyeli kişilerin girebildiği özel bir defilede çekilen fotoğrafların özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesi ile 134.maddeye göre mahkumiyet kararı verdiği belirtilmelidir. Kişinin böyle bir davete katılması kendisi açısından özeldir ve sadece davetlilerin bulunması da gizlilik açısından bir değer taşımaktadır. Dolayısıyla mahkemenin kararının maddenin yorumu ve özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından doğru olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan kişi hakkındaki ve kişisel veri niteliğinde olmayan bilgilerin öğrenilmesi de birinci fıkra kapsamına girdiği gibi ikinci fıkranın yalnızca görüntü veya seslerin ifşasının içermesi nedeniyle bu bilgilerin ifşası da yine birinci fıkra kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin failin, mağdurun günlüğünü okuyarak ailevi sorunları ve çocuklarıyla olan özel ilişkileri hakkında bilgi edinmesi (öğrenme) ve bunları başkalarına anlatması (ifşa). Aynı biçimde mağdurun cinsel tercihini bilen failin, bunu üçüncü kişilere anlatması yani ifşa etmesi de görüntü veya ses ifşası söz konusu olmadığından ve fakat özel ve gizli bilgi açıklandığından ikinci fıkranın değil birinci fıkranın maddi unsuru içinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Fransız Ceza Kanunu’nun aksine<sup>1059</sup> Türk Ceza Kanunu 134.maddenin kapsamına yalnızca kişinin görüntü ve sesleri girmemektedir, zira bunların kaydı ve ifşası ayrı/özel olarak cezalandırılmaktadır. Bu bağlamda Amerikan mahkemelerinin verdiği kararların aksine<sup>1060</sup> kişinin attığı çöpün de alınması ve ifşa edilmesi, eğer özel ve gizli bilgiler içeriyorsa suç oluşturabilecektir. Kişinin çöpu atarken başkasının görebileceğini kabul ettiği / zımni rıza gösterdiği ileri sürülebilirse de ifşaya rıza gösterdiğinin kabulü korunan hukuki menfaat açısından makul ve kabul edilebilir değildir. Ayrıca 765 sayılı kanun döneminde meslek sırrını ifşa suçunun konusunu oluşturan sırların ifşası da yine 134.madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Böylece kişiye özel olan sırlar, örneğin sağlığına ilişkin sırlarının bir doktor tarafından ya da bir davaya ilişkin sırlarının avukatı tarafından ifşa edilmesi, başka kişilere bildirilmesi 134.maddenin 1.fıkrası bağlamında değerlendirilecektir. Sırrın aynı zamanda ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı oluşturması nedeniyle 239.madde ile içtima

<sup>1058</sup> Bkz. s.166

<sup>1059</sup> Bkz. s.167; Fransız Ceza Kanununda meslek sırrı da dahil olmak üzere sırrın ifşası ayrı bir madde olan 226-13 maddesinde bir yıla kadar hapis ve 15.000 euro para cezası ile cezalandırılmaktadır.

<sup>1060</sup> Bkz. s.133

oluşması olasılığı da vardır<sup>1061</sup>. Önemli olan gizlilik koşulunu kendiliğinden yerine getiren sırrın kişiye özel olup olmadığıdır. Somut örnek olarak bir şirketin kâr-zarar tablosu ticari sır oluşturabilirken, bir kişinin AIDS olması ya da eşcinsel olması veya hayalleri, fantezileri ona ait kişisel sırları olarak değerlendirilmelidir<sup>1062</sup>.

Durum diğer taraf açısından yani özel hayata dair olay / bilgi kendisine iletilen, ifşa edilen kişi açısından değerlendirildiği zaman ise o kişinin bir suç işlemediğini kabul etmek gerekir. Zira tıpkı yanında bir başkasına hakaret edilen kişi gibi “pasif bir konumdadır” ve suçu işleyen bizzat eylemi yapan yani ileten, ifşa edendir. Ancak eğer bu kişi öğrendiği bilgiyi başkalarına iletirse, örneğin kendisine elektronik posta yoluyla gelen görüntüleri bilgisayarına veya uygun bir araca kaydederse birinci fıkra, başka kişi ya da kişilere ulaştırırsa ikinci fıkra açısından sorumluluğu doğar. Aynı biçimde öğrendiği bilgileri üçüncü kişilere anlatırsa birinci fıkranın ilk cümlesini ihlal etmiş olur.

Ayrıca günümüzde artık genel olarak kabul edildiği üzere kamusal alanlarda da kişilerin özel hayatı bulunduğu<sup>1063</sup> ve bundan dolayı da özel hayatlarının gizliliğine saygı duyulması gerektiği düşüncesinden hareketle<sup>1064</sup> kamusal alanlardaki bazı eylemlerin de 134.maddenin 1.fikrasının maddi unsurunu oluşturabileceği kabul edilmelidir. Örneğin sokaktaki kişinin gittiği yerler ve yaptıkları hakkında bilgi edinilmesi bir başka deyişle kişiye özel bir hayat bilgisinin, öğrenme hakkı olmayan bir yabancı tarafından (gizlilik koşulu) öğrenilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal eder. Bu bağlamda tıpkı kişisel verilerin korunmasındaki gibi süreklilik (örneğin sürekli takip) önemlidir. Zira kişinin özel hayatının hukuka aykırı biçimde öğrenilmesini hatta duruma göre ifşa edilebilmesine yol açar. Öte yandan süreklilik içermese bile kişinin özel hayatının gizliliği hakkı içinde değerlendirilebilecek (özel ve gizli) bir faaliyetin de kayda alınması bir ihlal oluşturur. Örneğin iki kişinin parkta yaptıkları özel konuşmanın gizlice dinlenmesi de suçun maddi unsuruna uyar. Buna karşın kişinin, bir başkasıyla öpüşmek gibi son derece özel bir faaliyeti kamuya açık yerde yapması halinde hayatın olağan akışı gereği başkalarınca görülmesi özel hayatının gizliliğini ihlal etmez ama bunun gizlice kayda alınması halinde birinci fıkradaki

<sup>1061</sup> Bkz. s.313

<sup>1062</sup> Daha ayrıntılı bir açıklama için bkz. “sırlar” bölümü s.46 vd.

<sup>1063</sup> Bkz. Avrupa Hukuk düzeyinde AİHM’nin Peck ve Perry kararları s.109-111; ayrıca kamusal alan ve süreklilik kavramları için bkz. ilgili Danıştay ve İdare Mahkemesi kararları s.38

<sup>1064</sup> Örneğin Venedik Komisyonu’nun ilgili görüş ve önerileri bkz. s.62-63

ağırlaştırıcı sebep devreye girecek, ifşası halinde ikinci fıkra uygulanabilecektir. Çünkü kamusal alanda görülmek ve bunu kabullenmekle görüntü ve sesinin kamusal alanda kaydedilmesini kabullenmek farklıdır zira özel ve kayda ya da ifşaya karşı gizli bir faaliyet söz konusudur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 2003 yılında verdiği ATF 129 v 323, 325 F sayılı kararında bir kişinin özel detektif tarafından kamera aracılığı ile izlenip elde edilen bilgilerin sigorta sözleşmesinin ifasında aleyhine kullanılması eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine ve anayasal korumalara aykırı olduğuna karar vermiştir. Yine Federal Mahkeme araç filusunun işveren tarafından uydu aracılığı ile sürekli ve canlı olarak izlenmesini ATF 130 II 425, 447 sayılı kararı ile orantısız bulmuştur<sup>1065</sup>. Fransız Ceza Kanunu'nun 226-1 maddesindeki hükmün de görüntüler açısından olmasa bile sözler açısından “özel veya gizli” olma ölçütünü getirerek, kamusal alanda da koruma sağladığı vurgulanmalıdır<sup>1066</sup>. Ayrıca Türkiye açısından 2010/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi unutulmamalıdır<sup>1067</sup>.

Ancak kamusal alanda gizlice izlenen veya kaydedilen faaliyetin de yine özel hayat kapsamında olması gerektiği açıktır. Yukarıda da belirtildiği gibi ya fail mağduru sürekli biçimde izleyerek, gün içinde neler yaptığı nerelere gittiği gibi ona karşı gizli kalması gereken hayat olaylarını ve bilgileri edinmeli ya da kişisel konuşmayı gizlice dinleme ya da öpüşen kişileri kaydetme gibi eylemlerle ilgililerin rızasının ve öngörüsünün ötesine geçmiş olmalıdır. Bu bağlamda bir İsviçre mahkemesinin kişinin sokakta yürürken, arabaya binerken veya arabayı sürerken fotoğrafının çekilmesinin ihlal oluşturmadığı kararı<sup>1068</sup>, eylemin süreklilik içermemesi ve özel hayat olaylarının göstermemesi nedeniyle doğrudur. Yine İsviçre'deki Fribourg mahkemesinin kişiyi mahkeme kapısında görüntüleyen fotoğrafı çeken muhabiri suçsuz bulan 2002 tarihli kararı<sup>1069</sup> da aynı gerekçe ile haklıdır. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin kamuya açık alanlardaki faaliyetleri kapsamadığı, madde gerekçesi de gösterilerek belirtilmektedir<sup>1070</sup>. Öncelikle günümüzde temel hak ve özgürlükler anlayışı ile teknolojinin geldiği noktada kişinin özel hayatının “evinin kapısında bittiği”

<sup>1065</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.55

<sup>1066</sup> Bkz. s.166

<sup>1067</sup> Bkz. s.66

<sup>1068</sup> Arrêt du 13 décembre 1982 bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.186

<sup>1069</sup> Christian Favre – Marc Pellet – Patrick Stoudmann, **Code pénal annoté**, Lausanne, 2004, s.463

<sup>1070</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.190

düşüncesi terk edilmektedir. Gerek suçla korunan hukuki menfaat olarak kişinin özgürce kişiliğini geliştirmesi, gerekse başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmak üzere güncel mahkeme kararları dikkate alındığında, yasallık ilkesine de uymak koşulu ile 134.maddenin kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri kapsayacak biçimde yorumlanması kaçınılmazdır. Aksi halde suç hem kanundaki düzenlemeye hem koruduğu hukuki menfaate aykırı biçimde daraltılacaktır. Diğer yandan madde gerekçesi Tasarı'da yer alan ve mehzazı İsviçre Ceza Kanunu olan düzenlemeyi esas almıştır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi suçun yapısı daha sonradan son derece değişmiş ve genişlemiştir. Tasarı'da yer alan ve suçun daha dar bir alana uygulanmasına yol açacak “*başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan*” koşulu kaldırılmıştır. Dolayısıyla yürürlükteki düzenleme gerekçe doğrultusunda yorumlanamaz. Zaten bir kanunun gerekçesi de yol gösterici olabilmekle birlikte bağlayıcı değildir. Ek olarak bir kişinin gizli kamera ile takibinin İsviçre Ceza Kanunu'na göre de suç oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>1071</sup>.

Maddi unsuru daha net biçimde ortaya koymak için Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun İngiltere Masası'nın 1970 yılında hazırladığı ve İngiliz Hukukunda mağdurların korunmadığını bildirdiği somut olay örnekleri üzerinden gidilebilir<sup>1072</sup>. İlk olayda kişi, konutunun bahçesinde eşini öperken iki kilometre uzaktaki tepede bulunan fail tarafından bir dürbünle seyredilmektedir. Kişinin hem konutunda bulunması hem de eşini öpmek gibi kendisine özel ve gizli kalmasını isteyeceği bir faaliyeti gerçekleştirdiği için seyretme eylemi özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Diğer örnekte bir işveren, işçisi hakkında bilgi edinmek için onun eşini takip etmekte ve hakkında araştırma yapmaktadır. Bu durumda da eylemin hem işçinin eşinin hem de koşulları varsa işçinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Benzer biçimde, toplumda saygı gören ve fakat kamuya mal olmuş kişi<sup>1073</sup> olmayan mağdurun, adli sicilinin, evlilik dışı ilişkisinin veya annesinin ölüm sebebinin ifşa edilmesi örnekleri de yine özel ve gizli hayat olayları/bilgileri söz konusu olduğu için 134.maddenin ilk fıkrasının maddi unsurunu oluşturmaktadır. Buna karşın iki yöneticinin şirket hakkında konuşmalarının gizlice dinlenmesi örneğinde, ne kişisel anlamda özel ne de özgürce seçim amacına hizmet eden gizli

<sup>1071</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.269-270

<sup>1072</sup> Rupert Granville Glover, “The right to privacy”, **Canterbury Law Review**, Vol.2, 1983, s.52-53 ([www.austlii.com/nz](http://www.austlii.com/nz) Erişim: 16.8.2010)

<sup>1073</sup> Bu kavramla ilgili açıklamalar için bkz. s.292 vd.

bir bilgi söz konusu olmadığından 134.madde devreye giremez. Koşulları varsa 239.madde veya özel hüküm konumundaki 133.maddeye gidilebilir. Yine karşılaştırmalı hukuktan ama bu kez İsviçre'den verilen örneklerden<sup>1074</sup> de, kişisel bilgiler taşıyan bir belgenin fotokopisinin çekilmesi, kişinin çıplak resminin rızası olmadan kullanılması ve kişinin özel hayatının uydu vasıtası ile izlenmesi ve/veya kaydedilmesi eylemleri de Türk Ceza Kanunu açısından 134.madde kapsamına girmektedir. Ancak gönderilen faksları gizlice kopyalayan bir sistem kurma veya kişilerin iletişimini gizlice denetleme örnekleri genel anlamda özel hayatın gizliliğini ihlal etse de özel hüküm durumundaki 132.madde kapsamında değerlendirilecektir.

b) “Torba suç” düzenlemesinden doğan uygulama

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, özellikle de ilk fıkrası, koruduğu hukuki menfaat ve bu menfaatin hukuk düzenindeki konumu (örneğin Anayasanın 20, 21 ve 22.maddeleri) gereği hem bulunduğu bölümdeki diğer suçlar hem de konut dokunulmazlığını ihlal (m.118) ve haksız arama (m.120) suçları ile yakın bağlantı içinde olup bu suçlar açısından “torba suç” konumundadır. Dolayısıyla bu ilişkinin de maddi unsur açısından ortaya konması gerekmektedir.

aa) Haberleşmenin gizliliğini ihlal

132.madde kişiler arasındaki haberleşmeyi ve bunun gizli kalmasını koruma amacındadır. Her ne kadar maddedeki kavramların genel, soyut ve bu nedenle de yasallık ilkesini ihlal edici nitelikte olduğu iddia edilse de<sup>1075</sup>, maddede haberleşme yani elverişli bir araçla yapılan düşünce iletişiminin<sup>1076</sup> gizliliğinin ihlal edilmesi bir başka deyişle üçüncü kişilerce öğrenilmesi eylemi cezalandırılmakta ve düzenleme 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine yalnızca yazılı değil her türlü haberleşme aracını içeren bir yapıya sahip bulunmaktadır<sup>1077</sup>. Aslında bu biçimi ile maddenin, kanun hükümlerini günün gelişen koşullarına uyarlamayı amaçlayan “geliştirmeci yoruma” daha uygun olduğu ve yeni haberleşme araçlarının ortaya çıkması ile beraber uygulayıcıların suçla korunan hukuki menfaate daha uygun yorumlar

<sup>1074</sup> Örnekler için bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.269-270

<sup>1075</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.712

<sup>1076</sup> Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.10-11; Oya Araslı, **a.g.e.**, s.56

<sup>1077</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.496; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.271

yapabilmesini sağlayacağı belirtilmelidir<sup>1078</sup>. Ek olarak tıpkı Fransız Yargıtay'ının da benimsediği gibi maddenin korumasından yalnızca posta yolu ile gönderilmiş gönderilerin değil örneğin doktoru tarafından doğrudan hastasına verilen mektupların da yararlanması gerektiği ifade edilmelidir<sup>1079</sup>.

Öte yandan haberleşmenin içeriğinin özel hayata ilişkin olması gerektiği yönünde öğretilerde savunulan görüş<sup>1080</sup> yerine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki benzer suçlar açısından böyle bir koşulu kabul etmeyen görüşün<sup>1081</sup> düzenlemeye daha uygun olduğu kabul edilmelidir. Çünkü suça konu eylemde, örneğin telefonla yapılan görüşmelerin dinlenmesi ve/veya kaydedilmesi ya da bir gönderinin açılması veya okunmasında içeriğin özel hayata ilişkin olması gerekmez, zira haberleşme bizzatı özel hayatın bir parçası olduğundan söz konusu haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi ile özel hayatın gizliliği de ihlal edilmiş olur. Aksi bir yaklaşım gerek Anayasanın yukarıda değinilen sistematiğine gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iletişimin denetlenmesi önlemlerini 8.madde kapsamında değerlendiren içtihadına<sup>1082</sup> aykırı olacaktır. Bu değerlendirme yapılırken 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 85.maddesiyle ilgili olarak ileri sürülen görüş de dikkate alınmalıdır<sup>1083</sup>. Zaten Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 6487/9467 sayı ve 31 Ekim 2000 tarihli kararında iki kişi arasında yapılan telefon yoluyla haberleşmenin üçüncü kişilerce kaydedilmesi tartışılmış ve Yargıtay sözlerin içeriğinin özel hayata dair olduğunu, dolayısıyla da gizli kalması gerektiğini belirtmekle beraber şu ifadeyi kullanmıştır: “Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ... saldırı teşkil eder”<sup>1084</sup>. Böylece Yargıtay da içeriğe bakılmaksızın haberleşmenin özel hayatın bir parçası olduğunu açıkça kabul etmiştir. Benzer bir yaklaşım Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1998 tarihli *Shulman v. Group W. Productions Inc.* kararında

<sup>1078</sup> Benzer anlayıştaki 17 Kasım 2000 tarihli Paris Asliye Ceza Mahkemesi kararı için bkz. Hubert Bouchet, **a.g.e.**, s.301

<sup>1079</sup> Roger Nerson, **a.g.e.**, s.753

<sup>1080</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.497-498; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.271

<sup>1081</sup> Halil Yılmaz, “Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku”, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2002, s.314; Fransız Ceza Hukuku ve Ceza Kanunundaki aksi görüş için bkz. Agathe Lepage, **a.g.e.**, s.11

<sup>1082</sup> Bkz s.112; Kaydedilen iletişimin içeriğinin özel hayata ilişkin olmadığı gerekçesi ile temyiz başvurusunu reddeden 14 Şubat 2006 tarihli Fransız Yargıtay kararı için bkz. **15e Rapport d'activité de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité**, s.81-82

<sup>1083</sup> Bkz s.158

<sup>1084</sup> K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.14

bulunmaktadır. Orada da mahkeme, bilginin içeriğine değil elde edilme biçime odaklanması gerektiğinden hareketle iletişimin içeriğiyle ilgili gizlilik beklentisi olmayan bir kişinin dahi bizatihi iletişiminin dinlenip kaydedilmemesi yönünde haklı bir beklentisinin olduğuna karar vermiştir<sup>1085</sup>. Hatta Fransız Yargıtay'ı suçla korunan hukuki menfaati çok eski bir tarihinde o kadar geniş yorumlamıştır ki, bir mektubun izinsiz olarak açılmadan yalnızca zarfının fotoğrafının çekilmesinin de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu sonucuna varmıştır<sup>1086</sup>. Buna karşın belirli bir kişiyi hedeflemeyen, anonim, genel nitelikteki gönderiler açısından 132.maddedeki suçun oluşması söz konusu olamaz<sup>1087</sup>. Zira teknik anlamda bir haberleşme ve dolayısıyla da gizlilik söz konusu değildir.

Ayrıca 1.fıkranın 2.cümlesinden de anlaşıldığı gibi maddede tek cezalandırılan eylem içeriğin kaydı değildir. Bu bağlamda kişiler arasındaki görüşmelerin yalnızca varlığını tespit etmek, görüşmelerin zamanını ve/veya süresini belirlemek de haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemler olarak kabul edilmelidir. Böylece Fransız Yargıtay'ının 4 ve 16 Ocak 1974 tarihlerinde verdiği iki ayrı kararında, aranan numarayı, iletişimin zamanını ve süresini kaydeden aletlerin kullanılmasını eylemini içerik kaydı bulunmadığı gerekçesi ile suç saymaması<sup>1088</sup> Türk Ceza Hukuku ve Kanunu açısından kabul edilebilir değildir.

132.maddenin 3.fıkrasına göre kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini karşı tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi, ilk iki fıkraya göre daha az bir cezası olmakla birlikte suçtur. Bu bağlamda aleniyet veya ifşanın bulunmaması halinde, yani somut örnekte failin konuşmayı kaydedip saklaması veya bir başkasına dinletmesi halinde suçun oluşmayacağı belirtilmektedir. Hatta Şen bunun için bu eylemleri de kapsayacak yeni düzenleme gerektiğini ileri sürmektedir<sup>1089</sup>. Oysa söz konusu eylemler 132.maddenin 3.fıkrası anlamında suç olmasa da karşı tarafın rızası ve haberi olmadan haberleşmesinin diğer tarafça bile olsa kaydedilmesi veya

<sup>1085</sup> Tomas Gomez-Arostegui, **a.g.e.**, s.179-180

<sup>1086</sup> Cass. crim., 9.1.1963 bkz. Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.185

<sup>1087</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.497; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.271

<sup>1088</sup> André Roux, **a.g.e.**, s.110; Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.397

<sup>1089</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.713; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt II, Ankara, 2008, s.2028; Yusuf Hakkı Doğan, **a.g.e.**, s.2; Fransa kamu makamlarının iletişimi denetleyebilmesini yasal hale getiren 1991 yılındaki düzenleme ile “özel dinlemelerin” kesin olarak yasaklanmış olduğu ifade edilmektedir bkz. Jean Riviero – Hugues Moutouh, **a.g.e.**, s.96; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135.maddesinin 7.fıkrasının da aynı anlayışı yansıttığı söylenebilir.

dinletilmesi o kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecektir. Zira özel hayatın gizliliği tek tek kişilere ait bir hak olup bir tarafın rızası bir müdahaleyi hukuka uygun hale getirememektedir. O halde örneğin yaptığı bir telefon görüşmesini gizlice kaydeden ve/veya bunu üçüncü kişilere dinleten fail açısından 132.madde değil ama 134.maddedeki suçun işlendiği kabul edilmelidir<sup>1090</sup>.

bb) Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması

133.madde genel olarak kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları tarafların rızası olmadan aletle dinleyen veya kayda alanları (1.fıkra), katıldığı aleni olmayan söyleşiyi yine rıza olmadan kayda alan kişiyi (2.fıkra) ve bu biçimde elde edilen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları üçüncü kişilere veren faileri (3.fıkra) cezalandırmaktadır. Aleniyet bakımından yer önem taşımamaktadır. Örneğin bir evdeki konuşma aleni olmayacağı gibi kamuya açık bir yerde olsa bile özel gayret olmaksızın duyulamayacak bir konuşma da aynı şekilde aleni değildir<sup>1091</sup>. Maddede kişiler arasındaki iletişim korunmakta ve fakat 132.maddeden farklı olarak bir alet aracılığıyla yapılan haberleşmenin değil doğrudan konuşmanın dokunulmazlığı korunmaya çalışılmaktadır<sup>1092</sup>. Ancak suçun oluşabilmesi için failin dinleme veya kaydı mutlaka “aletle” veya “ses alma cihazı” ile yapması gerekmektedir. Bu bağlamda failin mutlaka mekanik, elektromanyetik, dijital bir alet kullanması, örneğin gizli bir mikrofonla dinleme ve/veya kayıt yapması gerekmektedir<sup>1093</sup>. O halde failin hiçbir alet kullanmadan yalnızca çıplak kulakla aleni olmayan bir konuşmayı dinlemesi eylemi, alet kullanmadığı için maddi unsur oluşmadığından 133.madde kapsamına girmeyecektir. Ancak iletişimin ve özellikle de aleni olmayan iletişimin özel hayatın bir parçası olduğu ve ilgilinin rızasının dışında gizliliğine müdahale edilmesinin ihlal oluşturacağı düşünülecek olursa söz konusu eylemin 134.madde kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekmektedir<sup>1094</sup>.

<sup>1090</sup> Belçika Yargıtay’ı 9 Ocak 2001 tarihinde verdiği kararda bir tarafın, diğerinin haberi olamadan, aralarındaki telefon görüşmesini kaydedip mahkemeye sunmasını hukuka uygun bulmuştur bkz.

Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.322; Bu eylem Avustralya’da ve Yeni Zelanda’da yasak değildir bkz. Carolyn Doyle – Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.142 ve Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.878

<sup>1091</sup> Yusuf Hakkı Doğan, **a.g.e.**, s.3

<sup>1092</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.505

<sup>1093</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.506; Çetin Arslan – Bahattin Azizoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004, s.601

<sup>1094</sup> Aynı yönde Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.506; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Sulh Ceza Davaları.**, s.276

Diğer yandan maddenin kaleme alınış biçimi “rıza” tartışması yaratmaktadır. Her ne kadar maddeden sanki konuşmayı yapanlardan birinin rızasının eylemi hukuka uygun hale getireceği gibi anlam çıkıyor olsa da gerek korunan hukuki menfaatin tek tek tüm konuşmacıların menfaati olması gerekse madde gerekçesindeki açık ifadeler nedeniyle<sup>1095</sup> bütün konuşmacıların rızasının bulunması gerektiği açıktır. Aksinin kabulü halinde 134.madde gündeme gelebilecektir. Örneğin üç kişinin aralarındaki özel konuşmayı birinin rızası ile gizlice kaydeden fail açısından, kabule göre, bir tek rıza olduğu için 133.maddedeki suç oluşmayacaktır. Ancak rızası bulunmayan konuşmacıların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin bir parçası olan bu nedenle de özel hayatları kapsamında değerlendirilebilecek olan bir hayat olayının gizliliği ihlal edilmiş olduğundan failin diğer iki konuşmacıya karşı 134.maddedeki suç işlediği ileri sürülebilecektir.

133.maddenin 2.fıkrasındaki “söyleşi” kavramı da tartışılmalıdır. İlk fıkradaki “konuşma” kavramı yerine “söyleşi” sözü tercih edilmiştir. Bu farklılık ve madde gerekçesi de dikkate alındığında yalnızca iki kişi arasındaki konuşmanın bir tarafça kayda alınmasının fıkra kapsamına girmediğini kabul etmek gerekecektir. Konuşmadan farklı olarak söyleşide en az üç kişinin olması gerekir<sup>1096</sup>. Bu tartışma Fransa’da da yapılmış ve öğretinin çoğunluğu bu durumda suçun oluşacağını savunmuştur. Fransız Yargıtay’ının da bu yönde kararları vardır<sup>1097</sup>. Ancak Türk Ceza Hukuku açısından eylem 133.maddenin 2.fıkrası kapsamına girmemesine rağmen 134.madde açısından tartışılması gerekecektir. Özel hayat kavramı düşünüldüğünde haberleşmenin aksine tüm konuşmaların özel hayatın gizliliği korumasından yararlandığı iddia edilemez. Bu durumda yüz yüze konuşan iki kişinin konuşmasının bir tarafça karşı tarafın rızası olmadan kaydedilmesi halinde konuşmanın özel hayata dair olup olmadığı, daha doğru bir söylemle özel hayatın gizliliği hakkının korunmasından yararlanması gerekip gerekmediği tartışılacaktır. Bunun için de yine yukarıda değinilen “özel ve gizli olma” ölçütüne başvurulmalıdır. Eğer cevap olumlu ise 134.maddenin 1.fıkrasındaki suç, 2.cümledeki ağırlatıcı sebep de dikkate alınarak oluşmuş denebilecektir. Aksi halde eylem, özel hukuk ve tazminat bakımından değerlendirilebilir olmakla birlikte suç oluşturmayacaktır. Örneğin Fransa’da da bir mahkeme kararına konu olan bir olayda olduğu gibi, işten

<sup>1095</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.714

<sup>1096</sup> Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.15

<sup>1097</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.87

çıkarılan işçinin, işvereni ile yaptığı mesleki görüşmeyi gizli kaydetmesi halinde “söyleşi” olmadığı için 133.maddenin uygulanması söz konusu olmayacağı gibi özel hayat ve gizliliği olmadığından da 134.madde de uygulanamayacaktır<sup>1098</sup>. Özel hayata ilişkin olma konusunda ise yine Fransa’dan bir örnek durumu daha net ortaya koyabilecektir. Bir kişi, hakkındaki soruşturmada kullanmak üzere doktoru ile yaptığı görüşmeyi gizlice kaydetmiştir. Konuşmalar fail açısından özel hayata ilişkin doktor açısından ise özel hayatın dışında mesleki bir nitelik taşımaktadır. Böylece bir tarafın rızası olduğu diğer tarafın da özel hayatına müdahale olmadığı için Fransız Yargıtay’ı suçun oluşmadığı kararını vermiştir<sup>1099</sup>. Konu Türk Ceza Hukuku açısından da aynı biçimde değerlendirilmelidir.

Türkiye’de Yargıtay bir hukuk davasında, farklı bir yaklaşımla koruma alanını daha geniş tutmuştur. Karara konu olayda bir ilköğretim okulu müdürü, evine çağırdığı bir öğretmenle yaptığı görüşmeyi gizlice kaydederek Cumhuriyet savcılığına sunmuştur. Ancak savcılık, hukuka aykırı delil gerekçesi ile takipsizlik kararı vermiştir. Mağdurun açtığı tazminat davasının sonunda ise Yargıtay 4.Hukuk Dairesi “*Bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının yasadışı dinlenmesi kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliğindedir. Bu kayıt ve görüntülerin kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir*” diyerek yapılan eylemi hukuka aykırı bulmuştur<sup>1100</sup>. Dolayısıyla Daire, içeriği özel hayata ilişkin olmasa bile gizli kaydı ihlal olarak değerlendirmiştir. Benzer bir olayda bu kez bir İngiliz mahkemesi, 1825 tarihinde verdiği kararda, içeriği tamamen doğru da olsa bir kişinin sözlerinin onun rızası olmadan yayınlanmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>1101</sup>. Ancak her iki olayda da söz konusu olanın bir tazminat davası olduğu, o halde eylemin bir haksız fiil oluşturup tazminata neden olabilmekle beraber Ceza Hukuku açısından suç oluşturmayabileceği de söylenmelidir. Zira mesleki ve benzeri konuşmalar, ne özel ne de kişisel anlamda gizli olduğundan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamına giremez. Dolayısıyla dinleme, kayıt ve ifşa tazminat hukuku ve koşullarının olması halinde Türk Ceza Kanunu’nun 239.maddesi açısından değerlendirilebilir olsa da 134.maddenin kapsamı dışındadır.

<sup>1098</sup> Mahkeme kararı için bkz. Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.393-394

<sup>1099</sup> Crim. 18 novembre 1996 bkz. Michel Veron, **a.g.e.**, s.193

<sup>1100</sup> “Yargıtay: Gizli kayıt yapan tazminat öder” Milliyet Gazetesi (13.3.2008)

<sup>1101</sup> Abernethy v. Hutchinson bkz. Cécile Bresson, **a.g.e.**, s.21

## cc) Kişisel verilerin korunması

135, 136 ve 138.maddeler özel hayatın günümüzdeki en önemli alanlarından birini oluşturan kişisel verilerle<sup>1102</sup> ilgili suçları düzenlemektedir. Ancak kişisel verinin henüz Türk Hukukunda yasal olarak tanımının bulunmaması çok ciddi bir eksiklik olup maddelerin uygulanmasında sıkıntıya yol açmaktadır. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” halen tasarı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde uzun zamandan beri beklemektedir. Öğretide de bu haliyle cezai düzenlemenin yasallık ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmektedir<sup>1103</sup>. Zaten maddelerin henüz pek uygulanmamış olması da aslında bu eksikliği ortaya koymaktadır. Buna karşın 2010 yılında 5982 sayılı kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikle “kişisel veri” kavramı ve “kişisel verilerin korunması hakkı” anayasal bir niteliğe kavuşmuş ve fıkranın eklendiği 20.madde itibarıyla kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkı ile bağlantısı açıkça ortaya konmuştur.

Maddelerin uygulanabilmesi açısından kişisel veri kavramının ne olduğunun açıklanabilmesi gerekmektedir. Zira bu kavram suçun konusunu oluşturmaktadır. Her ne kadar henüz kanunlaşmamış olsa da ilgili tasarıya ve diğer ülke uygulamalarına bakıldığında belli bir kişi ile ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Bu bağlamda, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin tüm veriler kişisel veri kapsamında<sup>1104</sup> değerlendirilmeli ve o kişi hakkındaki her türlü objektif bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Örneğin; kişinin adı-soyadı, adresi, kimlik numarası, vergi numarası, nüfus bilgisi, parmak izi, DNA bilgisi ve hatta ücreti ...vb. Buna karşın ve kanun hükümleri incelendiğinde kişinin görüntü veya seslerinin kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği ve 134.maddenin kapsamına girdiğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca 136.maddeye bakıldığında kişisel verilerin başkasına verilmesi veya yayılması suç haline getirilmiş ve fakat açıklanması eylemi sayılmamıştır. Öte yandan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın 34.maddesinin üçüncü fıkrasına bakıldığında yayma, verme, aktarma gibi eylemlerin yanında “açıklama” eylemi ayrıca sayılmış ve bu gibi hallerde 136.maddenin uygulanacağı belirtilmiştir. Demek ki “açıklama” eyleminin 136.maddenin kapsamına girmediği kabul edilmiştir.

<sup>1102</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. s.36 vd.

<sup>1103</sup> Ersan Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.717-718

<sup>1104</sup> Yusuf Hakkı Doğan, **a.g.e.**, s.5-6

Hem bu açıklama hem cezai hükümlerin bağlı olduğu yasallık ilkesi gereği kişisel verilerin açıklanması eyleminin, Tasarı'nın 34.maddesi bu haliyle kanunlaşınca kadar torba hüküm olan 134.madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Öte yandan 135.maddenin 2.fikrasında sayılan bilgilerin birçoğunun kişinin gizli alanına dahil bilgiler olduğu da açıktır. Dolayısıyla bu bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi halinde bu fıkra, yine kişisel veri olarak bir başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi halinde 136.madde uygulanacaktır. Başka hallerde 134.madde düşünülmelidir. Örneğin bir yöneticinin, işyerinde çalışan işçileri cinsel eğilimlerine göre sınıflandırıp bu verileri kayıt altına alması halinde “kişisel verilerin kaydedilmesi suçu” (m.135/2), söz konusu verileri bir başka şirketin yöneticisine iletmesi halinde ise “verileri hukuka aykırı olarak verme suçu” (m.136) işlenmiş olacaktır. Oysa aynı yönetici bir biçimde öğrendiği bu bilgileri bir arkadaşına anlatsa ne 135 ne 136.madde söz konusu olacak ve fakat özel ve gizli bir bilgiyi, hatta bir sırrı ifşa ettiği için 134.maddedeki suçu işlemiş olacaktır.

Öte yandan Tasarı'nın kanunlaşmamış olması nedeniyle failin fiilinin ne zaman suç oluşturmadığını yani hukuka uygunluğunu belirlemek açısından genel mevzuata ve uygulamaya bakmak gerekecektir. Hem tanım eksikliği hem de bu eksiklik 135, 136 ve 138.maddelerin uygulanmasını son derece güçleştirmektedir. Bu durumda genel hüküm olarak 134.maddenin dikkate alınması gerekebilmektedir.

Son olarak maddeler arasındaki ilişki açısından genel bir örnek olarak da şu düşünülebilir: (A), izinsiz ve yetkisiz olarak (B)'nin telefon görüşmesini dinlerse 132.maddedeki suçu işlemiş olacaktır. Eğer bu görüşmenin içeriğini ifşa ederse yine aynı maddenin bu kez 2.fikrası devreye girecektir. Eğer (A), (B)'nin yaptığı görüşmeler nedeniyle ödediği ücretler gibi verileri kaydederse bu kez 135.madde ihlal edilmiş olacaktır. Buna karşın (A), dinlediği bir görüşme sayesinde (B)'nin bazı özelliklerini, eğilimlerini, fantezilerini veya ilişkilerini ya da alışkanlıklarını öğrenir ve bunları ifşa ederse o zaman da 134.maddenin 1.fikrası uygulanacaktır. Zira (B)'ye ait özel ve gizli bilgiler hukuka aykırı biçimde ifşa edilmiş ve (B)'nin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olacaktır.

## dd) Konut dokunulmazlığını ihlal ve haksız arama

118 ve 120.maddelerde düzenlenen bu suçlar özellikle Anayasanın 20 ve 21.maddeleri gereği özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle bazı unsur ve önşartların yokluğu halinde 134.maddenin uygulanması gündeme gelmektedir. Bu konuda daha önce yapılan tartışma ve değerlendirmelere gönderme yapmakla yetinilmektedir<sup>1105</sup>.

c) Özel hayattaki sesler ve görüntüler

Özel hayata ilişkin özellikle bir görüntü veya sesle ilgili olarak yapılan ihlalin etkisi diğer ihlallere göre daha ağırdır<sup>1106</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu bu unsurları ayrı değerlendirmiş ve hem kayda alınmasını<sup>1107</sup> hem de ifşasını daha ağır biçimde cezalandırmıştır. 134.maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre “*özel hayatın gizliliği görüntü veya seslerin kayda alınması yoluyla ihlal edilirse*” cezanın alt sınırı artmakta yani ağırlaşmaktadır. Böylece bir görüntü veya sesi belli bir elektronik, dijital, manyetik bir yere sabitleyen fail kaydetme eylemini yerine getirmiş olacaktır<sup>1108</sup>. O halde dürbün ile seyretmek ya da kayıta olmayan bir kamera ile kişiyi seyretmek veya işitme cihazı ile dinlemek ikinci cümledeki düzenlemenin kapsamına girmeyecektir. Aynı biçimde kişinin resminin çizilmesinin de “kaydetme” eylemi oluşturmayacağı ve failin yalnızca suçun basit halinden sorumlu olabileceğini de kabul etmek gereklidir.

Görüntü veya seslerden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Görüntü, yukarıda değinildiği gibi sabitlenmiş görsel malzemedir. O halde hem fotoğraf hem de video görüntüsü bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ses açısından ise acıdan kaynaklanan çığlıklar veya sevişen bir çiftin nefes alışları bu kapsamda değerlendirilecek midir? Fransa’da “söz” kavramı kanunda yer aldığı için bu seslerin kaydedilmesinin cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir<sup>1109</sup>. Oysa 134.madde seslerden söz ettiği için eğer kaydedilen ve/veya ifşa edilen sesler, özel ve gizli koşullarını karşılıyorsa, ki her iki örnek de buna uyabilmektedir eylem suç oluşturabilecektir. Görüntüdeki

<sup>1105</sup> Bkz. s.188 vd.

<sup>1106</sup> Haber verme hakkı bağlamındaki tartışma için bkz. s.289

<sup>1107</sup> Karşı yönde bkz. Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.195

<sup>1108</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.195; [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim: 19.8.2010)

<sup>1109</sup> Isabelle Lolie, **a.g.e.**, s.90

kişinin tanınabilir veya sesin anlaşılabilir olmasının suçun oluşumu bakımından hiçbir önemi yoktur<sup>1110</sup>. Önemli olan failin, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal etmiş olmasıdır. Burada Fransız Yargıtay'ının kaydedilen seslerin anlaşılmaz olmasına rağmen ihlal kararı verdiği içtihadı hatırlanmalıdır<sup>1111</sup>. Ancak suçun şikayete bağlı olması nedeniyle, fiili olarak mağdurun tanınamamasının soruşturma-kovuşturma yapılması üzerinde bir etkisi olabilecektir.

Vurgulanması gereken son nokta da düzenlemenin seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle hem görüntü hem de seslerin birlikte kaydedilmesi gerekmediği gibi birlikte kaydedilmesi halinde de tek suç işlenmiş olacaktır<sup>1112</sup>.

## 2) Özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali (2.Fıkra)

### a) Genel olarak

Kişinin kaydedilen görüntüsünün onun isteği doğrultusunda kullanılması gerekmektedir. Aksi bir yaklaşım özel hukuk ilişkisi bakımından ilgilinin resmi hakkını ihlal edebileceği gibi eğer kişiden gizli olarak elde edilmiş ise özel hayatın gizliliğinin ihlali söz konusu olabilecektir. Ayrıca kişinin bilgisi dâhilinde olsa bile onun bazı özel hayat anlarının görüntülerinin belli bir kullanım amacıyla elde edilip daha sonra amaç dışı kullanılması (başkalarına gösterme, ifşa) da yine suçun oluşumuna neden olacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı dışında kişinin özel hayatının gizliliği hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir<sup>1113</sup>.

Fıkranın düzenleniş biçimine bakıldığında ilk fıkradan bağımsız bir suç olduğu ve Avrupa'daki benzer düzenlemelerin aksine<sup>1114</sup> suçun konusunun farklı olabileceği, dolayısıyla ilk fıkranın ağırlaştırıcı sebebi olmadığının kabulü gereklidir. Zira suçun maddi unsuru “*özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmektir*”. Bu görüntü ve seslerin ilk fıkra uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlali yolu ile elde edilmiş olması gerekmemektedir<sup>1115</sup>. Örneğin tarafların rızası ile çekilen bazı görüntülerin daha

<sup>1110</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.195-196

<sup>1111</sup> Bkz. s.168

<sup>1112</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt I, İstanbul, 2006, s.594

<sup>1113</sup> Stéphane Hoebcke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.242-243

<sup>1114</sup> Fransa ve İsviçre örnekleri için bkz. s.168 ve 171

<sup>1115</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.198

sonra ilgililerin rızası ve bilgisi olmadan ifşa edilmesi 2.fikradaki suçu, ilk fıkra ihlal edilmeksizin, işlemek için yeterlidir<sup>1116</sup>. Zaten madde gerekçesinde de ayrı bir suç olduğu vurgulanmıştır.

“İfşa” kavramından anlaşılması gereken de maddedeki suçun maddi unsurunun tamamlanması açısından önemlidir. Kavram, yalnızca dar bir çerçevede kamuoyuna duyurma, aleniyet kazandırma olarak anlaşılmamaktadır. “İfşa etmek”; “gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek, afişe etmek” anlamına gelmektedir<sup>1117</sup>. Bu bağlamda suçun konusunu oluşturan ses veya görüntülerin üçüncü kişilerin bilgisine sunulması, “öğrenme yetkisi olmayan kişi veya kişilerin görgüsüne sunulması da” suç kapsamına girecektir<sup>1118</sup>. Dolayısıyla kendisine elektronik posta aracılığı ile gelen cinsel ilişki görüntülerini başka kişilere aynı yolla gönderen kişinin de ifşa eyleminde bulunduğu kabulü gereklidir. Zaten madde gerekçesinde de ifşanın yayılma anlamında kullanıldığı ve yetkisiz kişilerin öğrenmesinin sağlanması anlamına geldiği belirtilmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda madde üzerinde görüşmeler sırasında da Türkçeleştirmek amacıyla “ifşa eden” yerine “açıklayan” sözünün konması teklif edilmiş ama görüntülerin açıklanmasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle ve ifşanın da “yayma” anlamında kullanıldığı itirazı ile bu öneri reddedilmiştir<sup>1119</sup>. O halde aleniyet olmadan da yetkisiz kişilerin bilgisine sunma ile suç oluşabilmektedir. Böylece başkalarının özel hayat görüntüleri kendisine elektronik posta yoluyla gönderilen failin bunun yalnızca izlemesi bir suç oluşturmazken, onun da aynı yolla görüntüleri arkadaş(lar)ına iletmesi halinde 134.maddenin 2.fikrasındaki suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Buna karşın kamuya açık bir alanda, kimse olmasa bile, özel hayata ilişkin ses veya görüntülerin başkalarının görülmesinin, duyulmasının sağlanmasına çalışılması halinde ifşanın yapıldığı görüşü<sup>1120</sup>, üçüncü kişilerin bilgisine sunma eyleminin tamamlanmadığı gerekçesi ile kabul edilmemeli ve teşebbüs tartışılmalıdır. Zaten aynı görüş çerçevesinde görüntü veya ses

<sup>1116</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.511; Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.18; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2039

<sup>1117</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim: 19.8.2010)

<sup>1118</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.501; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.595; Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.123

<sup>1119</sup> **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, TC Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005, s.527-528

<sup>1120</sup> Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **a.g.e.**, s.18

kayıtlarının üçüncü kişilere iletildiği ve fakat henüz izlenmediği / dinlenmediği hallerde suçun oluşmadığı da belirtilmektedir<sup>1121</sup>.

İkinci fıkra açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta ise suçun konusunun yalnızca özel hayata ilişkin görüntü veya seslerle sınırlı olmasıdır. Bu bağlamda ikinci fıkra ilk fıkra kadar geniş yorumlanmaya uygun değildir. Öncelikle belirtilmesi gereken, ilk fıkradan farklı olarak suçun neticesinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi ve görgüsüne sunma olduğu ve düzenlemenin de buna karşı koruma sağladığı dikkate alınacak olursa görüntü veya seslerin anlaşılabilir olması, kimlerin olduğunun fark edilememesi halinde, ifşa eylemi tamamlanmamış olduğundan 2.fıkra uygulanamayacaktır. Ses veya görüntünün sahibinin de anlaşılması, açıklanması<sup>1122</sup> veya en azından anlaşılabilir olması gerekir. Örneğin bir görüntü veya sese kişi veya kişilerin kim olduğu, çekim kalitesinden veya yapılan bazı teknik değişiklikler nedeniyle anlaşılamiyorsa suç tamamlanmış olmayacaktır. Buna karşın ek olarak fail tarafından kişilerin kimliği de açıklanıyor/ifşa ediliyorsa suç tamamlanmış olacaktır.

Ayrıca görüntü ve ses dışındaki başka bilgi ve belgeler fıkranın kapsamına girmemektedir. Böylece kişinin sırlarının ifşa edilmesi halinde 134.maddenin 2.fikrasının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak sırlar özel hayatın gizli kalması gereken bir parçasını oluşturduğu dikkate alınacak olursa birinci fıkranın uygulanması söz konusu olabileceği gibi kişisel veri oluşturan bir sır örneğin tıbbi bir sır söz konusu ise 135 ve devamı maddelerin, nitelikli hal oluşturan 137.madde de değerlendirilmek üzere, uygulanması gündeme gelebilecektir<sup>1123</sup>. Ayrıca duruma göre 125.maddedeki hakaret suçu veya 239.maddedeki ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu tartışılabilir.

Suçun konusunun özel hayata ilişkin görüntü veya seslerle sınırlı olmasının bir diğer sonucu da bu kapsamdaki her türlü görüntü veya sesin suç kapsamında değerlendirilebileceğidir. Böylece bir suçun işlenmesiyle ilgili görüntülerin yayınlanmasının 134.madde anlamında suç oluşturup oluşturmadığı da tartışılması gereken bir konudur. İlk başta akla gelenler bir kişiye karşı kasten yaralama, eziyet, nitelikli cinsel saldırı gibi bir suç işlenirken çekilen fotoğraf veya görüntülerin

<sup>1121</sup> Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.197

<sup>1122</sup> Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Sulh Ceza Davaları.**, s.281

<sup>1123</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.595-596

yayınlanması ya da bir biçimde ifşa edilmesi, üçüncü kişilerin bilgisine sunulmasıdır. Yapılması gereken somut olaydaki görüntünün özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bir kişinin kendisine karşı işkence, kasten yaralama veya özellikle nitelikli cinsel saldırı suçu işlenirkenki görüntülerinin onunla olan doğrudan ilişkisi nedeniyle özel olduğu açıktır. Nitelikli cinsel saldırı suçunda zaten mağdurun vücudu kendi rızası dışında ve hatta zorla sergilenmektedir. Diğer yandan mağdurun maddi-manevi gelişimine olumsuz etkileri ve zararları düşünüldüğünde böyle bir görüntünün üçüncü kişiler tarafından da görülmesi ve bilinmesini istememesi hayatın olağan akışına uygundur. Nitekim bir İtalyan mahkemesinin kalıcı rahatsızlığı bulunan bir çocuğa yönelik şiddet eyleminin yayınlanmasıyla ilgili ihlal kararı hatırlanmalıdır<sup>1124</sup>. Aynı biçimde İsviçre’de Zürih Mahkemesi, eşi ile ilişkisi olduğundan şüphelendiği kişiye cinsel yoldan işkence yapan ve bunu kameraya kaydeden faili hapis cezasına mahkum etmiştir<sup>1125</sup>. Türkiye’de de Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi, mağdurun iradesi dışında onunla cinsel ilişkiye girip görüntüleri de taşınabilir telefonu ile kaydeden, daha sonra da İnternet’e koyan failin eylemini çok doğru biçimde ifşa olarak değerlendirmiştir<sup>1126</sup>. Söz konusu örnek olaylarda kişinin gizlilik konusunda da bir haklı menfaati ve beklentisi bulunmaktadır. Gizlilik koşulu da olduğundan özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olmaktadır. Bunun da görüntü veya seslerin ifşası yoluyla yapılması karşısında 134.maddenin 2.fikrasının uygulanması gereklidir. Ama her suç görüntüsünün ifşası adı geçen düzenleme kapsamına girer biçiminde kesin bir kural koymak yerine her somut olayda değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin failin, mağdura hakaret ederken kaydedilen görüntülerinin ifşası 134.maddenin kapsamına kural olarak girmez. Öte yandan Fransa’da 1881 tarihli Basın Kanunu’nun önce 1992 yılında değiştirilen 38.maddesinin 3.fikrası daha sonra da 2000 yılında düzenlenen 35quarter maddesinde bu eylemlerle ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır ve hangi araçlarla olursa olsun, bir cürüm veya cünhanın, mağdurun rızası olmadan ve haysiyetine ciddi biçimde zarar verecek şekilde

---

<sup>1124</sup> Bkz. s.173

<sup>1125</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.186

<sup>1126</sup> Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi E.2006/36 K.2007/259 T..11.4.2007 (yayınlanmamış karar); Fail ayrıca Antalya 3.Ağır Ceza Mahkemesi tarafından nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılmıştır

gösterilmesi / canlandırılması şikayet üzerine 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>1127</sup>.

b) Özel hayat olaylarının tekrar ifşası

Bir kişinin özel hayatının gizli kalması gereken bilgilerinin ilk ifşanın ardından tekrar yayılmasının / ifşa edilmesinin ihlal oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gereken bir konudur. Zira böyle bir somut olayda artık gizliliğin kalmayacağından bahisle bir kişiye ait olan, örneğin bazı fotoğrafların, tekrar yayınlamasının ihlale yol açmayacağı ileri sürülebilir. Ancak özel hayatın gizliliğinin korunmasındaki özel hayatın korunması ve dolayısıyla kişinin özgürce kişisel gelişimini sağlayabilmesi amacı dikkate alınacak olursa söz konusu bilgi veya verilerin her seferinde yayılması, üçüncü kişilerin hakları olmadığı halde bilgilendirilmesinin ilgili kişiye zarar vereceği ve onun rızası olmadıkça (ya da suçun varlığını ortadan kaldıracak başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça) özel hayatının gizliliğinin her seferinde ihlal edileceği açıktır. Zaten Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin hakaretle ilgili bir kararı da benzer bir mantığı yansıtmaktadır. Somut olayda başkasının yazısından yapılan alıntının da hakaret sonucuna doğurduğunu belirten Daire “*Hukuka aykırı olduğu ileri sürülen yazının, bir başka yazarın yazısından alınmış olması; alıntı yapanın, hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*” gerekçesini sunmuştur<sup>1128</sup>. Nasıl ki hakaretin tekrar yayınlanması mağdurun korunan hukuki menfaatine zarar verdiği için hukuka aykırı bir nitelik taşıyorsa, daha önce hukuka aykırı bir şekilde açıklanmış gizli bir özel hayat bilgisinin de tekrar yayınlanması, ilan edilmesi, kısacası üçüncü kişilerin bilgisine ve kullanımına sunulması halinde 134.maddedeki suç işlenmiş olur. Örneğin Fransız yerleşik içtihadı da bu yöndedir. Hatta daha önceki yayına ses çıkarılmaması zımni bir rıza olarak kabul edilmemekte ve yeni yayınları hukuka uygun kılmamaktadır, meğer ki mağdur daha önce bu bilgiyi kendi rızası ile kamuoyunun bilgisine sunmamış olsun<sup>1129</sup>.

Bununla birlikte kişiyle ilgili özel hayat olayları hukuka uygun bir biçimde ifşa edilmişse, örneğin kişinin rızası varsa veya bilgi haber değeri taşıdığı için

<sup>1127</sup> François Terre, **a.g.e.**, s.146; Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.195-196

<sup>1128</sup> Y. 4.HD. E.2005/4976 K.2006/5552 T.9.5.2006 (yayınlanmamış karar)

<sup>1129</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.259-260

kamuoyuna ifşa edilmişse tekrar yayınlanmasının özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceği dolayısıyla da suç oluşturmayacağı söylenebilir. Nitekim Fransız Yargıtay'ı da yıllar önce aile içinde gerçekleştirmiş ve basına yansımış olan cinayet ve intihar vakalarının sinema filmi haline getirilmesiyle ilgili davada önceden ifşa olmuş olayların tekrar edilmesinin tek başına özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceğine hükmetmiştir<sup>1130</sup>. Ancak burada da “unutulma hakkı” dikkate alınmalı ve değerlendirme ona göre yapılmalıdır<sup>1131</sup>.

### c) Basın-yayın yoluyla ifşa

134.maddenin ikinci fıkrasındaki suçun maddi unsurunun “basın ve yayın yoluyla” gerçekleşmesi hali ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüş ve suçun cezasının yarı oranında arttırılması hüküm altına alınmıştır. Aslında Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen tasarı maddesinde “*Bunun basın ve yayın yoluyla yapılması halinde ...*” biçiminde kabul edilen düzenleme, Adalet Komisyonu'nun 5 Temmuz 2004 tarihli görüşmesinde, mevcut hukuki düzenlemelere daha uygun olduğu gerekçesi ile “*Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ...*” diye değiştirilmiş ve böylece Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 15 Eylül 2004'te kabul edilmiştir<sup>1132</sup>. İfşa eyleminin boyutlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde son derece genişleyeceği ve mağdura verilen zararın çok daha büyük olacağı düşünüldüğünde yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir<sup>1133</sup>. Öte yandan “basın ve yayın yolu” sözünün tanımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6.maddesinin 1.fıkrasının (g) bendinde “*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” biçiminde yapılmıştır. Böylece aslında başka yolla işlenebilen bir suç basın ve yayın yoluyla işlenmekte ve etkisi arttığından cezası da ağırlaşmaktadır<sup>1134</sup>. Özel hayata dair görüntü veya seslerin gazete, dergi, kitap, televizyon, radyo ve internet<sup>1135</sup> aracılığı ile ifşa edilmesi eylemi bu düzenlemenin kapsamına girecektir. Buna karşın el ilanları kitle iletişim aracı sayılmayacağından basın ve yayın yoluyla ifşa eylemi gerçekleşmemiş olacaktır.

<sup>1130</sup> Cour de cassation, chambre civile 2, 3 juin 2004, **Médias et vie privée**, s.83-84

<sup>1131</sup> Bkz. s.48 vd.

<sup>1132</sup> **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, s.527-532

<sup>1133</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.598

<sup>1134</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4.Baskı, İstanbul, 2006, s.417-418

<sup>1135</sup> Örneğin bkz. Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi E.2006/36 K.2007/259 T..11.4.2007 (yayınlanmamış karar)

Ayrıca kitle iletişimi söz konusu olduğu için eylemin belirsiz sayıdaki kişilere yönelik olması gereklidir, dolayısıyla kişisel e-mail, telefon gibi araçlar da bu kapsamda değerlendirilemez<sup>1136</sup>.

### 3) Teşebbüs

Henüz suçun tamamlanması sonucunu doğuran netice meydana gelmemiş olmasına rağmen suçla korunan hukuki menfaati tam olarak sağlayabilmek amacıyla getirilmiş bir düzenleme olan ve suçu düzenleyen hükmü genişleten “teşebbüs” kavramı<sup>1137</sup>, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 35 ve 36.maddelerinde düzenlenmiş ve 765 sayılı kanundakinden farklı bir yapıya kavuşturulmuştur.

Çalışmanın konusunu oluşturan 134.maddedeki “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun tıpkı kanundaki diğer pek çok suç gibi “teşebbüs” hükümleri ile birleşmesi hukuken ve fiilen olanaklıdır. Ancak burada unutulmaması gereken önemli nokta bu suçun “neticesi harekete bitişik” bir suç olduğudur<sup>1138</sup>. “Şekli suç” veya “neticesiz suç” da denen bu suçlarda failin suçun hareketini meydana getirmesiyle netice kendiliğinden oluşur yani suç işlenmiş olur<sup>1139</sup>. Dolayısıyla 134.maddenin birinci fıkrası açısından failin özel hayatın gizliliğini ihlal eden hareketi yapması, örneğin mağdurun habersizce konutunda fotoğraflarını çekmesi veya ikinci fıkra açısından ifşada bulunması yani fotoğrafları yayınlaması yeterlidir. Ayrıca başkaca bir neticenin oluşması gerekmez, zira bu hareketler suçla korunan hukuki menfaate bizatihi zarar verdiği için başka bir zararın oluşması beklenmez.

Öte yandan neticesi harekete bitişik suçların 765 sayılı kanun dönemindeki “tam teşebbüse” elverişli olmadığı, ancak hareketin parçalara bölünebildiği hallerde “eksik teşebbüs”ün kabul edilebileceği belirtilmekteydi<sup>1140</sup>. Bu suçlarda hareket yapıldığı an suç işlenmiş olacağından ve tam teşebbüs için de bütün icra hareketlerinin bitmiş ama neticenin meydana gelmemiş olması gerektiğinden varılan

<sup>1136</sup> Osman Yaşar – Hasan Tahsin Gökcan – Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt I, Ankara, 2010, s.116

<sup>1137</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt I**, s.416; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara, 2009, s.414

<sup>1138</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.600; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.514; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2041

<sup>1139</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt I**, s.384; Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.255

<sup>1140</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt I**, s.444

sonuç kaçınılmazdır. 5237 sayılı kanun açısından ise her ne kadar eksik-tam teşebbüs ayrımı madde metninden çıkartılmış olsa da, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hareketlerinin bölünebildiği hallerde teşebbüsün (eski kanun anlamında “eksik teşebbüs”) uygulanabilir olduğunu kabul etmek gereklidir<sup>1141</sup>. Örneğin konutundaki kişinin habersiz, çıplak fotoğraflarını çekmek isteyen failin bu sırada fotoğraf makinesinin çalışmaması nedeniyle teşebbüs halinde kaldığı söylenebilir<sup>1142</sup>. Olay teşebbüsün koşulları açısından değerlendirildiğinde; kastettiği bir suç bulunmaktadır (m.134), fotoğraf makinesi elverişli bir vasıta ve fail de bunu elverişli biçimde kullanmaktadır, failin konuta yakın bir yerde fotoğraf çekmeye hazırlanması doğrudan doğruya icra başlama olarak değerlendirilebilir ve son olarak failin “elinde olmayan” bir nedenden dolayı (makinenin o an için çalışmaması) hareket tamamlanamamış ve netice de gerçekleşmemiştir. Ancak eğer fotoğraf makinesi o anda çalışmıyor değil de hiç çalışmıyor ise bir başka deyişle “mutlak elverişsiz” ise elverişsiz vasıta ve elverişsiz hareket söz konusu olduğundan yapılan hareket teşebbüs olarak değerlendirilemeyecektir. Hemen eklemek gerekir ki, eğer fail çıplak gözle de mağduru görüp seyredebilecek bir konumda ise makine çalışmasa bile suç tamamlanmış olur. Diğer bir örnek de karşısındaki ile yaptığı özel görüşmeyi gizlice kayda almak isteyen failin ses kayıt cihazının çalışmamasıdır. Burada da yukarıda değinilen koşullar söz konusu olduğundan, cihazla ilgili istisnai durum da aynen geçerli olmak üzere, teşebbüs hali vardır. Fail, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna teşebbüs etmiş ama neticeye ulaşamamıştır.

134.maddenin 2.fikrası yani ifşa eylemi açısından verilebilecek teşebbüs örnekleri ise bir kişinin özel hayatına dair fotoğraflarını gazetede yayınlamak isteyen basın mensubunun bunları yayına hazırlayamaması veya iki kişinin özel görüntülerini gizlice çekip bir internet sitesinde yayınlamak isteyen failin teknik bir nedenden dolayı bunu yapamamasıdır. Öte yandan ikinci fıkradaki suçun konusu görüntü ve sesler olduğu için bunun dışındaki bir ifşa eyleminin tamamlanamaması hali bu hüküm açısından teşebbüs olarak değerlendirilemez. Koşulları varsa birinci fıkra uygulanabilir. Örneğin bir hekim, hastasından öğrendiği sağlık sırlarını onun rızası olmadan başka arkadaşlarına bildirmek için mektup yazsa veya elektronik mesaj gönderse ve fakat bunlar çeşitli nedenlerle karşı tarafa ulaşmasa bu durumda

<sup>1141</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.514; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2041

<sup>1142</sup> Aynı örnek Fransız Kanunu için de verilmektedir bkz. Valérie Malabat, **a.g.e.**, s.325

134.maddenin 2.fikrasına teşebbüsten söz edilemez. Ancak fail görevinin sınırlarını aşmış olduğu ve fakat hareketlerini tamamlayamadığı için birinci fıkradaki suça teşebbüs durumunda kaldığı söylenebilir.

Aşağıda tartışılmakla beraber yeri gelmişken vurgulanması gereken bir nokta daha bulunmaktadır. O da Fransa ve İsviçre gibi ülkelerde gizli görüntü ve ses kaydı cihazlarının üretimi, ithali, satılması gibi eylemlerin özel izne bağlı olması ve bu kuralların ihlalinin suçu oluşturmasıdır. Türk Hukuku açısından da böyle özel düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır. Zira gizli kayıt cihazının üretilmesi, ithali, alınması veya satılması gibi eylemler başlı başına özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna teşebbüs olarak değerlendirilemez. Hazırlık hareketi söz konusudur ve neticeye uzak olup kastı da açıkça ortaya koymadığı, dolayısıyla “tehlikesiz” olduğu için, temel hak ve özgürlükleri de koruma gerekçesi ile cezalandırılmaz<sup>1143</sup>. Tıpkı silah satın alan veya yapan bir kişinin adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmaması gibi gizli kayıt cihazı üreten, ithal eden veya bir biçimde elde eden kişi de hazırlık aşamasında olduğu ve henüz 5237 sayılı kanunun 35.maddesinin deyimini ile “doğrudan doğruya icraya başlamış” kabul edilemeyeceği için cezalandırılmaz. Özel bir düzenleme gereklidir.

Teşebbüsle ilgili olan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 36.maddesinde düzenlenen “gönüllü vazgeçme” kurumu da özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından bir farklılık doğurmamaktadır. Hükümdeki koşulların gerçekleşmesi halinde faile uygulanması olanaklıdır. Örneğin bir kişinin gizlice fotoğraflarını çekmek veya eşyalarını, bilgisayarını karıştırmak amacıyla konutuna giren failin sonradan kendi isteğiyle vazgeçip konuttan çıkması halinde 134.maddeye göre cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Ancak eylemi 116.maddedeki konut dokunulmazlığını ihlal suçunu meydana getirmiş olacaktır. Benzer biçimde yukarıda verilen örneklerde failin uzaktan fotoğraf çekmekten vazgeçmesi veya yaptığı özel görüşmeyi gizlice kaydetmekten yine vazgeçmesi halinde suç işlenmemiş olacaktır. Buna karşın kişinin konutundaki görüntülerinin gizlice kaydedildikten veya özel görüşmenin gizlice kayda alındıktan sonra silinmesi halinde ise netice artık gerçekleşmiş olduğundan suç işlenmiş olacak ve fail gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamayacaktır. Yalnızca eğer fail bu görüntü veya sesleri ifşa kastı ile hareket

<sup>1143</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.450; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.420

ediyorsa 134.maddenin 2.fikrasındaki suça teşebbüs hali olmayacak, buna karşın birinci fıkra ihlal edilerek buradaki suç işlenmiş olacaktır. Dolayısıyla özel hayata dair görüntü veya sesleri ifşa kastıyla kaydeden failin sonradan bunları silmesi / yok etmesi halinde gönüllü vazgeçme hüküm uyarınca 134.maddenin 2.fikrası uygulanmayacak ve fakat birinci fıkraya göre cezalandırılacaktır.

#### 4) Ek düzenleme gereği

Son olarak değinilmesi gereken nokta ise birçok Batı ülkesinde olan ve fakat Türk Hukukunda yer almayan ve aslında önleyici bir işlev gören düzenlemedir: gizli dinlemeye ya da gizli takip yapmaya yarayan aletlerin denetimi. Teknolojik nedenlerle kolay bulunabilen ve ucuza mal edilebilen fakat kullanıldığında tespit edilmesi son derece zor olan bu aletlerin denetim altında tutulması ve önceden belli yasal/hukuki koşullara göre üretilip satılabilmesi ve kullanılabilmesi özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesine önemli ölçüde engel olabilecektir<sup>1144</sup>. Nitekim İtalya’da çok uzun zamandır telefonların dinlenmesini sağlayan aletler kaydedilmekte ve denetlenmektedir<sup>1145</sup>. Benzer biçimde Fransa’da Ceza Kanunu’nun 226-3.maddesine göre, eski düzenlemeye de benzeyen bir biçimde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesine (art.226-15 al.2) veya özel ya da gizli sözlerin uzaktan gizlice tespit edilmesine (art.226-1) yarayan aletlerin üretimi, ithali, elde bulundurulması, sergilenmesi, arz edilmesi, kiralanması veya satılması ve hatta suça azmettirecek biçimde reklamının yapılması bir yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırmaktadır. Hangi aletlerin/araçların izne tabi olduğu uzmanlardan oluşan bir danışma kurulunun verdiği öneriler ışığında başbakanlık tarafından hazırlanan bir idari karar ile belirlenmektedir. Örneğin halihazırda yürürlükte olan 29 Temmuz 2004 tarihli kararın ekinde bu aletler ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Hatta 23 Ocak 2007 tarihli bir kararla bu konularla ilgilenmek üzere özel bir sekreterlik birimi kurulmuştur.

İsviçre’de ise Ceza Kanunu’nun ilgili 179sexies maddesinin kapsamı çok daha geniş tutulmuş ve hukuka aykırı biçimde görüntü kaydetmeye yarayan aletler de

<sup>1144</sup> Aynı yönde bkz. Stig Strömholm, **a.g.e.**, s.784; Örneğin taşınabilir telefonlara yüklenebilecek yazılımlarlar ilgili olarak bkz. “Yazılım indiren istediğini dinliyor” [www.milliyet.com.tr](http://www.milliyet.com.tr) (8.4.2010)

<sup>1145</sup> M. G. Moffa, “Liberté des communications et interceptions téléphoniques”, **Vie privée et droits de l’homme: Actes du 3e Colloque international sur la CEDH**, Bruxelles, 1973, s.233; Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.425; Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.64

kapsama alınmıştır. Ayrıca suç oluşturan eylemler arasında, Fransa’da sayılanların yanında ihraç etmek, depolamak, nakletmek, ödünç vermek ve dolaşımda tutmak da bulunmaktadır. Yalnızca reklam yapmak da suç oluşturmaktadır. Suçun cezası üç yıla kadar hapis veya para cezasıdır. Her iki ülkede de suçun şikayete tabi olmayıp resen soruşturulduğu da not edilmelidir. Türkiye’de ise yeterli uzman bulunmaması nedeniyle fiili olarak da bir denetimin sağlanmadığı Ulaştırma Bakanı tarafından ifade edilmektedir<sup>1146</sup>.

Söz konusu araçların alınması, satılması, elde bulundurulması gibi eylemler hem suç kastını açıkça ortaya koymadığı hem de kronolojik olarak neticeye uzak olduğu için 132, 133 ve 134.maddedeki suçlar açısından ancak hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu eylemlerin cezalandırılma olanak ve olasılığı yoktur. Yapılması gereken özel ve ayrı bir düzenleme ile bu aletlerin başta ithali ve üretimi olmak üzere, alınması, satılması ve pazarlanmasının denetim altına alınarak belirli koşullara bağlanması ve aksi davranışların da (suç veya kabahat olarak) cezalandırılmasıdır<sup>1147</sup>.

## **F) Hukuka uygunluk sebepleri**

Hukuka aykırı bir eylem olan suçun bu özelliğini ortadan kaldıran ve failin eylemini hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk sebepleri Türk Ceza Kanunu’nun 24 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla “kanunun hükmü ve amirin emri” (1), “meşru savunma ve zorunluluk hali” (2) ve “hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” (3) olmaktadır.

### **1) Kanunun hükmü ve amirin emri**

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından bu başlık altında incelenebilecek hukuka uygunluk sebepleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “Koruma Tedbirleri” olarak düzenlenen “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin

<sup>1146</sup> “Dinleme cihazlarının denetiminde zayıfız” Vatan Gazetesi (8.1.2010)

<sup>1147</sup> Konu ile doğrudan bağlantılı olmasa da bir örnek oluşturabilmesi açısından, hız sınırlarının aşılp aşılmadığını tespit etmekte kullanılan cihazların yerini tespit veya sürücüyü ikaz eden her türlü cihazın imalı, ithali ve araçlarda bulundurulmasını yasaklayan ve aksine eylemleri de para ve hapis cezası ile cezalandıran 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 51.maddesi dikkat çekicidir.

denetlenmesi” (a), “Teknik araçlarla izleme” (b), “Arama” (c) ve “Gizli soruşturmacı görevlendirme” (d) olmaktadır.

a) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi

Teknolojinin gelişmesi ile kolaylaşan ve önem kazanan bu önleme verilecek isim konusunda genel bir tartışma halen daha mevcuttur. Kamuoyunda “telefon dinleme” olarak bilinmekte olup aynı zamanda “telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi”, “haberleşme araçlarının dinlemeye alınması”, “uzakla haberleşmenin kontrol edilmesi” ve “telefon, faks, telex gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi” terimleri kullanılmaktadır<sup>1148</sup>. Burada kanundaki tanımdan hareketle “iletişimin denetlenmesi” terimi kullanılacaktır.

Söz konusu terim dört farklı önlemi içermektedir: hepsi telekomünikasyon yoluyla olmak üzere iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi. Her ne kadar isimleri bir fikir veriyor olsa da hukuken 10 Kasım 2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “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” madde 3’ün h), i) ve p) bentlerinde tanımlanmaktadır. Buna göre iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması; telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasını ifade eder. İletişimin tespiti ise iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik bir işlemdir. Son olarak sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriye verilen isimdir.

Önlemin yalnızca “iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması” bölümünü içeren kısmı, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesini düzenleyen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 132.maddesi açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Ancak düzenleme 134.madde açısından da önem taşımaktadır. Birincisi haberleşme

<sup>1148</sup> Murat Durmuş, a.g.e., s.86

ile özel hayatın gizliliği arasında yukarıda da değinilen yakın ilişki<sup>1149</sup> ve iletişimin gizli biçimde denetlenmesi sonucu elde edilecek özel hayat bilgilerinin kötüye kullanılması halinin özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi söz konusudur. İkincisi önlemin, iletişimin tespit edilmesi<sup>1150</sup> ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi gibi eylemleri de içermesi ve buralardan elde edilecek bilgi ve verilerin özel hayata dair olması nedeniyle bu bölümde değinilmesini gerekli kılmaktadır. Zira bu iki önlem sonucunda elde edilen bilgiler kişisel veriler oluşturmakta ve kişinin özel hayatına dair birçok bilgiye ilgili kişilerin gizli biçimde ulaşmasını sağlamaktadır. Üçüncüsü de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen bu önlem ile aynı kanunun 140.maddesinde düzenlenen, özel hayatın gizliliğine doğrudan bir müdahale niteliği taşıyan ve aşağıda tartışılan “teknik araçlarla izleme” önleminin koşullarının neredeyse aynı olması birincisi ile ilgili tartışma ve açıklamaları ikincisi açısından da geçerli kılmaktadır. Dolayısıyla “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” önleminin sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

#### aa) Dünyada ve Türkiye’de gelişim

Söz konusu önlem teknolojinin de gelişmesiyle beraber tüm dünyada yoğun bir biçimde kullanılmaya başlamış ve ilk başlarda hukuksal düzenlemelerin yokluğu ve eksikliği sorunlar yaratmakla birlikte zamanla gerekli düzenlemeler az veya çok yapılmaya başlanmıştır<sup>1151</sup>. Hatta *Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi* tarafından Ağustos 1958’de Brüksel’de düzenlenen “V.Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi” sonuç bildirisinde iletişimin denetlenmesinin temel özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı vurgulanmış ve uygulamanın ancak yargıç kararı ile ve “ciddi suç belirtilerinin” varlığı halinde yapılması gerektiği söylenmiştir<sup>1152</sup>. Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından konu daha 1928’de tartışılmış yasal düzenleme ise ancak 1968 tarihli “*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*” adlı kanun ile yapılabilmektedir. Buna göre kural olarak iletişimin

<sup>1149</sup> Bkz. s.58

<sup>1150</sup> Bu uygulamanın yargıç kararı olmadan yapılmasına izin vermeyen 1998 tarihli İtalyan Yargıtay kararı da özel hayatın gizliliğinin korunmasına işaret etmektedir bkz. Marco Cappato, “La protection de la vie privée dans les communications électroniques”, **La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données**, Paris, 2002, s.260

<sup>1151</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. s.60; Ayrıca 1970’li yıllarda Fransa’daki yoğun tartışma ve kararlar için bkz. André Roux, **a.g.e.**, s.120-137

<sup>1152</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.84

denetlenmesi için yargıç kararı istenmiş, kolluğun da acele hallerde karar verip daha sonra buna yargıca onaylatmasına olanak sağlanmışır. Ayrıca ABD Başkanı da belli hallerde iletişimin denetlenmesi emrini verebilmektedir<sup>1153</sup>. İlginç bir örnek olarak 1987 yılında iletişimin denetlenmesini kendi sınırları içinde mutlak olarak yasaklayan tek Avrupa Konseyi üyesi olan<sup>1154</sup> Belçika’da haberleşmenin ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi 1994 yılında düzenlenmiş, Belçika Yargıtay’ı ise 26 Mart 2003 verdiği kararda söz konusu önlemi; sözlü veya değil, doğrudan veya mesafeli, karşılıklı veya telefon aracılığı ile gerçekleşen tüm ifadeleri kapsayacak biçimde<sup>1155</sup> son derece geniş ve temel hakların kısıtlanması sistemini zorlayan şekilde yorumlamıştır.

Türkiye’de ise daha gerekli düzenlemeler yapılmadan önce uygulama ve tartışmalar başlamıştır. Örneğin Askeri Yargıtay’ın 2.Dairesi E.1966/742 K.1967/46 sayı ve 18.1.1967 tarihli kararda gizli dinleme sonucu elde edilen kayıtları kabul etmiş, aynı daire bu kez 10.11.1970 tarihinde verdiği kararda da aynı tutumu sergilemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da E.1972/7-288 K.460 sayı ve 4.6.1973 tarihli kararında hakim kararı ile yapılan gizli dinlemeyi hukuka uygun bulmuştur. Buna karşın 9.Ceza Dairesi E.1983/1835 K.1983/2436 sayı ve 5.10.1983 tarihli kararı ile sadece ses kayıtlarına dayanan mahkumiyet kararını bozmuştur<sup>1156</sup>. Öte yandan ilk yasal düzenleme 1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu olmuş ancak yasal anlamda çok dar olan uygulama alanı 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135 ve devamı maddeleri ile daha genel ve geniş bir hale getirilmiştir. Teknik anlamda bu önlemler Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından, elektronik ortamda yerine getirilmekte ve yine elektronik ortamda ilgili makama iletilmektedir. Dolayısıyla canlı dinleme yapılmamaktadır. Söz konusu başkanlık, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun Ek 7.maddesine 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı kanun ile eklenen 10.fikrasıyla, Telekomünikasyon Kurumu’na bağlı olarak kurulmuştur<sup>1157</sup>.

<sup>1153</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.436-437

<sup>1154</sup> Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **a.g.e.**, s.541-542

<sup>1155</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.295

<sup>1156</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.283-287

<sup>1157</sup> Anayasa Mahkemesi E.2005/85 K.2009/15 sayı ve 29.1.2009 tarihli kararı ile Telekomünikasyon İletişim Başkanınının Başbakan tarafından atanmasına dair hükmü, üst düzey yönetici olduğu dolayısıyla da müşterek kararname ile atanması gerektiği gerekçesi ile iptal etmiştir.

Mevcut düzenleme eski 4422 sayılı kanundaki ile benzer bir nitelik taşımaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve devamı maddelerine göre bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması sırasında, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka suretle delil elde etme olanağının olmaması (son çare ilkesi) halinde, kural olarak yargıcın gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmektedir. Öte yandan iletişimin tespiti dışındaki uygulamalar ancak 135.maddenin 6.fikrasında sınırlı olarak sayılmış suçların soruşturma veya kovuşturulmasında söz konusu olabilir<sup>1158</sup>. Şurası da unutulmamalıdır ki, önleme başvurulduğu süre boyunca tüm koşulların eksiksiz bulunması gerekmektedir. Örneğin şüphenin ortadan kalkması, kataloga girmeyen bir suç olduğunun anlaşılması ve hatta başka bir delil elde etme yolunun ortaya çıkması halinde, temel hak ve özgürlükleri korumak ve ölçülülük ilkesi gereği önleme son verilmelidir<sup>1159</sup>.

Öte yandan kayıtların güvenilebilir bir delil olup olamayacağını da zaman zaman Türk mahkemeleri tartışmıştır. İlk tartışmalardan biri Askeri Yargıtay'ın 18.01.1967 tarih ve E.1966/742 K.1967/46 sayılı kararında yapılmıştır. Mahkeme, ses kayıtlarının delil olamayacağı gerekçesine dayanan temyiz talebini, söz konusu kayıtların delil olamayacağına dair bir yasal düzenleme olmadığını belirterek reddetmiştir. 10.11.1970 tarih ve 570/561 kararında ise ses kayıtlarının tek başına delil olamayacağını kabul etmiş ve ancak başka delil ve emarelerle birlikte bir anlam ifade edebileceği sonucuna ulaşarak<sup>1160</sup>, ilk içtihadını kayıtların aleyhine değiştirmiştir. Benzer bir yaklaşımı sergileyen Anayasa Mahkemesi de 17-19.08.1971 tarih ve 42/67 sayılı kararında ses kayıtlarının tek başına kanıt oluşturamayacağına, aksi düşüncenin hukuk devletinde düşünülemeyeceğine karar vermiştir. Aslında Mahkeme burada kayıt yapılan bandın teknik özelliği üzerinde durmuş ve güvenilebilir bir kanıt olamayacağını vurgulamıştır<sup>1161</sup>. Ayrıca Yargıtay 9.Ceza Dairesi de 5.10.1984 tarih ve 1835/2346 sayılı kararında ses kayıtlarının tek

<sup>1158</sup> Koşullar 1974 tarihli İtalyan Yasasına benzemektedir: bkz Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.435

<sup>1159</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr) (Erişim: 8.5.2009)

<sup>1160</sup> Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.122

<sup>1161</sup> Köksal Bayraktar, **a.g.e.**, s.121-122

başına delil olmasını reddetmiştir<sup>1162</sup>. Böylece bu kayıtlar “*tek başlarına bir şey ifade etmeyen dilsiz delil*” kategorisine sokulmaya başlanmıştır<sup>1163</sup>.

Yine düzenlemeler yapıldıktan sonra ise özellikle Yargıtay 8. ve 10. Ceza Daireleri’nin verdiği kararlar bu alanda dikkat çekici olmuştur. 1 Haziran 2005 tarihinde yeni mevzuatın devreye girmesinden sonra 10.Ceza Dairesi E.2007/11806 K.2007/12471 sayı ve 2.11.2007 tarihli<sup>1164</sup> çığır açan kararında iletişimin denetlenmesi tutanaklarında yer alan ve fakat diğer sanığa verildiği iddia edilen uyuşturucuların maddi olarak elde edilememesi sonucunda, tutanak ve diğer sanığın sonradan döndüğü beyanı dışında delil olmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Benzer biçimde hareket eden 8.Ceza Dairesi’nin E.2008/13682 K.2009/479 sayı ve 22.1.2009 tarihli<sup>1165</sup> kararında da davaya konu suç 6136 sayılı kanuna muhalefettir ve ağırlaştırıcı sebep olan “*topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birliktelik*” açısından tek delil iletişim tutanaklarıdır. Buna dayanan ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararını bozan Ceza Dairesi aynen şu ifadeyi kullanmıştır: “*Sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine dair, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenmeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter, kesin ve inandırıcı delil elde edilmediği ...*”. Böylece çok tartışılan ve hemen her zaman başvurulmuş iletişimin denetlenmesi önlemi açısından adeta bir devrim niteliği taşıyan kararlar, aslında Yargıtay’ın yerleşik “*ikrar tek başına delil oluşturmaz*” içtihadının bir yansıması niteliğindedir. Nitekim Yargıtay başkaca delillerle desteklenmeyen ikrarı, tek başına mahkumiyet kararı için yeterli görmemektedir (Örneğin, YCGK E.1991/1-28 K.1991/68 T.11.3.1991<sup>1166</sup> ). Burada söz konusu olan hukuk yargılamasından farklı olarak ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşma amacıdır. Böylece tıpkı ikrarda olduğu gibi bir telefon görüşmesi sırasında şüphelinin bir suçu işlediğini söylemesi veya işleme biçimi ile ilgili bilgi vermesi eğer maddi başkaca bir veri, olgu bulunamazsa bir ceza yargılaması bakımından yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla bir yandan “otomatikleşen” dinleme kararlarını engelleyebilecek olan bu karar, ceza yargılamasının mantığına ve amacına da tamamiyle uygundur.

<sup>1162</sup> Tefik Odman, “Askeri Yargıtay’ın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar”, **Askeri Adalet Dergisi**, Yıl 24 Sayı 95, Ankara, 1996, s.24

<sup>1163</sup> Öztekin Tosun, **a.g.e.**, s.454

<sup>1164</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 8.6.2010)

<sup>1165</sup> [www.adalet.org](http://www.adalet.org) (Erişim: 8.3.2009)

<sup>1166</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 8.6.2010)

Zaten 8.Ceza Dairesi de bu yöndeki kararlarına devam ederek bir içtihat oluşturma yolunda ilerlemeye devam etmiştir. E.2009/417 K.2009/6705 sayı ve 12.5.2009 tarihli<sup>1167</sup> kararında bir kısım sanıklar açısından iletişimin dinlenmesine dair tutanaklar dışında maddi kanıtların olmaması ve bunların da tek başlarına kesin, inandırıcı deliller olmamaları nedeniyle beraat kararı verilmesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını bozmuştur. Hatta öğretilerde, “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular” varsa uygulanabilecek olan tutuklama önlemi açısından da (CMK m.100) telefon dinleme tutanağının tek başına yeterli olamayacağı, bunun ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği ileri sürülmektedir<sup>1168</sup>.

Öte yandan Yargıtay 10.Ceza Dairesi’nin E.2009/8450 K.2010/3907 sayı ve 22.2.2010 tarihli kararı<sup>1169</sup> da hem iletişimin denetlenmesi hem de teknik araçlarla izleme önlemlerinin güvenilebilirliği ve denetlenmesi açısından son derece önemlidir. Daire, adı geçen kararda uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili olan davada her iki önlemin uygulanmasından elde edilen çözüm tutanaklarının mutlaka getirilerek sanığa okunması, görüntülerin de izlettirilmesi, böylece gerek kendisine aidiyet gerekse ne de ifade ettiği konusunda tartışılmasının sağlanması gerektiğine karar vermiştir. Kararın Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217.maddesindeki yargıcın duruşmaya getirilen ve huzurunda tartışılan delillerle bağlılığı kuralına uygun olması yanında özel hayatın gizliliğine doğrudan müdahale niteliği taşıyan delillerin denetlenebilmesi açısından son derece önemli ve yerinde olduğu vurgulanmalıdır.

Bunun yanında iletişimin kayda alınması ile elde edilen bilgilerin bazı eylemler açısından yeterli ve inandırıcı delil oluşturabileceği de burada not edilmelidir. Örneğin bir mazot kaçakçılığı soruşturması sırasında usulüne uygun olarak verilmiş iletişimin denetlenmesi kararı uygulanırken bir kolluk görevlisinin telefonda şüphelilere soruşturma ile ilgili bilgi verdiğinin saptanması üzerinde hakkında ilgili mevzuat gereği uygulanan meslekten çıkarılma kararını, İstanbul 5.İdare Mahkemesi, “*telefon konuşmaları dışında yeterli, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı*”

<sup>1167</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 8.6.2010)

<sup>1168</sup> Ersan Şen, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 60.Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 19-20 Aralık 2008

<sup>1169</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 26.8.2010)

gerekçesi ile iptal etmiş, Danıştay 12.Dairesi ise E.2008/1444 K.2008/4333 sayılı ve 4.7.2008 tarihli kararı<sup>1170</sup> ile hükmü bozmuştur. Öncelikle iddia edilen eylem zaten gizli kalması gereken bilgileri şüphelilere ulaştırmak ki, telefon konuşmaları bunun için yeterli delildir. İkincisi yapılan bir idari soruşturmadır ve verilen de bir idari cezadır. O halde konu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve dolayısıyla da 138.maddeleri kapsamında değerlendirilemez.

bb) Koşulları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve devamı maddelerine bakıldığında bu önemlin ancak aşağıda açıklanan koşullar çerçevesinde yasal olabilmektedir.

aaa) *Soruşturma veya kovuşturma bulunması*

Öncelikle bu önleme başvurabilmek için ortada başlamış bir soruşturma veya kovuşturma bulunması gerekmektedir. Soruşturma 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2.maddesinin "e" bendine göre, "*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" ifade etmektedir. Bu bağlamda daha soruşturma başlamadan iletişimin denetlenmesi uygulanamaz<sup>1171</sup>. Öte yandan kovuşturmada da yani iddianamenin kabulü ile başlayan evrede de bu önlemin uygulanabilmesi eleştirilmektedir. Zira artık delil toplama dönemi bitmiş ve yargılamaya başlanmıştır. O halde ancak başka türlü delil elde etme olanağı olmadığında uygulanabilecek bir önleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170.maddesinin 2.fıkrası uyarınca "yeterli şüphe" varsa başlatılabilecek olan dava sürecinde başvurulabilmesi başlı başına bir çelişki değil midir? Zaten öğretilerde de ancak yakalama amacıyla kovuşturma sırasında iletişimin tespitine başvurulabileceği ifade edilmektedir<sup>1172</sup>. Diğer yandan doğası gereği gizli olması gereken önleme sanığın katılımının zorunlu olduğu (CMK m.193) yargılama sürecinde karar verilmesi de önlemi anlamsız kılacaktır. Dolayısıyla iletişimin tespiti önleminin asıl uygulama alanı soruşturma evresi olacaktır.

<sup>1170</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 9.6.2010)

<sup>1171</sup> Bu yönde istemlerin olduğu ve yasal gerekçelerle bunların reddedildiği Telekomünikasyon İletişim Dairesi Başkanı tarafından da açıkça dile getirilmiştir: **Telefon Dinleme** adlı panel, İstanbul Barosu, 14 Aralık 2007

<sup>1172</sup> Köksal Bayraktar, **Telefon Dinleme** adlı panel, İstanbul Barosu, 14 Aralık 2007

bbb) *Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*

İletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, diğer yandan da “*başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması*” gerekmektedir. Kuvvetli şüphe sebeplerinin tutuklama önleminde aranan “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular*” (CMK m.100) kadar yoğun ve somut olmadığı ve fakat “*basit veya makul şüpheden*” daha yoğun olması gerektiği genel olarak öğretide kabul edilmektedir<sup>1173</sup>. Dolayısıyla bunu takdir edecek olacak yargıcın, suça dair herhangi bir şüphe ile ya da işlendiği iddia edilen suçla şüpheli arasındaki basit bir bağ/ilgi ile yetinmeyip somut dosya durumuna bakarak ve şüphelinin de temel haklarını gözeterek bir değerlendirme yapması ve kararında hukuki gerekçelerin yanında somut olayda var olan maddi gerekçeleri de ortaya koyarak bir karar vermesi gerekmektedir. Ancak uygulamada tıpkı tutuklama kararlarındaki gibi iletişimin denetlenmesine yönelik kararların da çoğu zaman ikna edici somut gerekçelerden yoksun biçimde verildiğinden yoğun biçimde şikayet edilmektedir.

ccc) *Son çare ilkesi*

Kuvvetli şüphe sebeplerinin yanında önlemin son başvurulabilecek önlem olması gerekmektedir. Zira diğer soruşturma önlemlerine göre kişinin başta özel hayatının gizliliği olmak üzere temel haklarına çok daha yoğun biçimde ve gizli olarak müdahalede bulunmaktadır. Ancak öğretide başka suretle delil elde edilememesinin yani son çare ilkesinin mutlak olmadığı, bir başka deyişle mutlaka başka yollara başvurulmuş ama sonuç elde edilememiş olmasının gerektirmediği, böyle bir öngörünün yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>1174</sup>. Nitekim 14 Ocak 2007 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in “Tanımlar” başlıklı 4.maddesinde de “Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hâli”; “*Soruşturma veya kovuşturma sırasında*

<sup>1173</sup> Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, 2.Baskı, Ankara, 2008, s.59-60; Örneğin ABD’de Anayasanın Ek 4.Maddesi kıyasen uygulanmakta ve suç şüphesine dair sunulan bilgileri “yeterli” bulan yargıç “arama” yani somut olayda “dinleme” kararı vermektedir bkz. Amitai Etzioni, **a.g.e.**, s.94; İtalya’da benzer “kuvvetli belirtilerin varlığı” koşulu örgütlü suçlar açısından 1991 yılında “yeterli belirti” haline getirilmiştir bkz. Vesile Sonay Evik, **a.g.e.**, s.31

<sup>1174</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**; Yusuf Hakkı Doğan, **Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri**, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr) (Erişim: 8.5.2009)

*diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması”* biçiminde açıklanmaktadır. Benzer bir düzenleme ve yorum eskiden beri İsviçre’de de bulunmaktadır<sup>1175</sup>. Öte yandan bir önceki koşul ile bu koşul birbiri ile çatışmaktadır. Her ne kadar “kuvvetli şüphe sebebinin” ortaya konması için mutlaka delil düzeyinde verilerin bulunması gerekmeseyse de kuvvetli bir şüpheden söz edilebilmesi yine belli yoğunluktaki verilerin varlığını gerektirmektedir. Bu bağlamda aslında başka yolla delil elde etme olanağının büyük ölçüde bulunduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla teorik düzlemde bu iki koşul birbiri ile çatışmakta ve önlemi adeta olanaksız, uygulanamaz hale getirmektedir<sup>1176</sup>.

Öte yandan Yargıtay’ın “son çare ilkesi”nin uygulanması açısından örnek oluşturabilecek önemli bir kararı bulunmaktadır. Somut olayda konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlediği iddia edilen kişiye ait taşınabilir telefondan yapılan iletişimin tespiti, faili yakalayabilmek için talep edilmiştir. Dosya kanun yararına bozma yolu ile 2.Ceza Dairesi’nin önüne gelmiştir. Daire ise kararını verirken iletişimin tespiti gibi daha müdahaleci bir önleme doğrudan başvurmak yerine telefonun sim kartı bilgilerine ulaşılarak soruşturmanın sürdürülmesinin daha doğru olacağı gerekçesine dayanmıştır<sup>1177</sup>. Burada söz konusu olan açıkça söylenmese de “son çare ilkesi” bir başka deyişle başka yolla delil elde etme olanağının bulunmamasıdır.

Buna karşın son çare ilkesine istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi önlemini düzenleyen 5397 sayılı kanunda yer verilmemiştir. Böylece daha az müdahaleci önlemler kullanılarak yapılabilecek faaliyetler için daha ağır olan iletişimin denetlenmesi önleminin kullanılmasına yasal olanak sağlanmıştır<sup>1178</sup>. Öte yandan istihbarat amaçlı önlemlerde, yapısı gereği, ortada bir suç olmadığı için suç şüphesinden söz etmek olanaklı olamayacaktır. Dolayısıyla daha belirsiz de olsa “ulusal güvenliğe yönelik tehdit ve tehlikeler” dikkate alınacaktır<sup>1179</sup>. Ancak kanun

<sup>1175</sup> Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.86

<sup>1176</sup> Aynı yönde Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**; Duygun Yarsuvat, “Kişinin Özel Hayatı ve İletişiminin Denetlenmesi”, **TCHD Pazartesi Forumları**, İstanbul, 1 Aralık 2008

<sup>1177</sup> Y. 2.CD. E.2009/22575 K.2009/31143 T.25.6.2009 (yayınlanmamış karar)

<sup>1178</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.268

<sup>1179</sup> Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.68

koyucu bunu bile yeterli görmemiş olacak ki, düzenlemede Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250.maddesindeki suçlara atıf yaparak bunların işlenmesini önlemek amacıyla adı geçen önlemin, yargıç kararı ile, alınabileceğini belirtmiştir. Ayrıca gerek yasal düzenlemelerin farklı olması gerekse istihbarat amaçlı uygulanan önlemlerde elde edilen verilerin ilgili kanun maddelerindeki “*bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz*” hükmü nedeniyle bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılması olanaksızdır. Bir suç şüphesinin varlığı halinde Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki usule göre işlem yapılmalı ve önlem adli amaçlı önleme dönüştürülmelidir<sup>11801181</sup>.

İstihbarat amaçlı önlemleri düzenleyen kanunlardaki belirsizliğin ve güvencesiz genişliğin uygulamadaki yansıması ise hukuki olarak kabul edilemez bir biçimde ve sistemin ruhuna tamamen aykırı olarak hem Emniyet Genel Müdürlüğü'ne hem de Jandarma Genel Komutanlığı'na “bütün Türkiye çapında genel iletişimin denetlenmesi yetkisi” (!) verilmiş olmasıdır. Zaten değil ülke çapında, ilgilinin kullandığı veya kullanacağı tüm telefon numaralarının dinlenmesine yönelik bile genel bir karar verilemez<sup>1182</sup>. Zira mevzuat (CMK m.135/2, PYSK m Ek madde 7/4, JTYK Ek madde 5/3, DİHMİTK m.6) buna engel olduğu gibi kötüye kullanmaya açık ve sınırsız bir yetkinin temel hak ve özgürlükler aleyhine tanınması da söz konusu olamaz. Nitekim Jandarma Genel Komutanlığı'na yönelik Ankara 11.Ağır Ceza Mahkemesi'nin tek hakimince verilen 27.11.2007 tarih ve 2007/6147 sayılı karar Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına bozma yolu ile (CMK m.309) Yargıtay'a gönderilmiş, 9.Ceza Dairesi de 2008/874 E. 2008/7160 K. sayı ve 4.6.2008 tarihli kararı ile<sup>1183</sup> “yetki” yönünden bozma kararı vermiştir. Daire'nin özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün önemine değinmekle beraber Ankara'daki özel yetkili yargıcın tüm ülke çapında karar veremeyeceği gerekçesi ile yani esas değil usulle ilgili bir gerekçe ile bozma kararı vermiş olması karşısında şu

<sup>1180</sup> Örneğin Fransa'daki araştırmalar istihbarat amaçlı önlemlerin yarısına yakınının adli amaçlı önleme döndüğünü göstermektedir bkz. Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.49

<sup>1181</sup> Adli amaçlı – istihbarat amaçlı ayrımı bazı ülkelerde oldukça keskindir. Örneğin İrlanda'da yalnızca istihbarat amaçlı uygulama yapılabilirken Avusturya'da yalnızca adli amaçlı uygulama vardır. İtalya'da ise tıpkı Türkiye'deki gibi istihbarat amaçlı kayıtlar adli amaçla kullanılmaz bkz Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.51-57

<sup>1182</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.93; **La surveillance des communications téléphoniques ...**, s.10; ABD'deki gizli takip yetkilerini ölçsüz biçimde genişleten *Patriot Act* böyle bir yetkiyi de içermektedir bkz. Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.57-58

<sup>1183</sup> [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (Erişim: 22.12.2008)

soru cevapsız kalmıştır: Acaba yargıç, Ankara'daki tüm telefonların dinlenmesine yönelik bir karar verebilir miydi? Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın yoğun taleplere rağmen<sup>1184</sup> aynı içeriğe sahip ama Emniyet Genel Müdürlüğü'ne verilen yetki ile ilgili hiçbir işlem yapmaması hem bu kararın akıbeti ile ilgili hiçbir bilgi edinilememesine hem de iletişimin denetlenmesi önlemi açısından kanun yararına bozma yolunun etkin olmadığına açıkça anlaşılmasına yol açmıştır.

Öte yandan söz konusu kanunlar çıkmadan önce de benzer uygulamalar yapılmıştır. Ankara 2.DGM Yedek Hakimliği, 30 Aralık 1994 tarihli kararında Emniyet Genel Müdürlüğü'ne her türlü haberleşmenin denetlenmesi yetkisi (!) vermiştir. Ankara DGM Yedek Hakimliği 20 Ocak 1995 tarihinde de aynı yönde bir karar vermiştir. Hatta DGM Savcılığı kararın süreklilik taşıdığı gerekçesiyle ayrıca bir karara gerek olmadığını da bildirmiştir. Nihayet 10 Nisan 1997 tarihinde mahkemenin kurul halindeki kararı ile bu yanlış uygulamadan dönülebilmıştır<sup>1185</sup>. Eski dönemde zaten açık bir yasal düzenleme olmadığı için bu tip kararlar hukuka aykırı olduğu gibi, günümüzde de kanunda açıkça hakkında denetleme kararı verilecek kişilerin kimliği istenmesi karşısında halen de bu kararlar hukuka aykırıdır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 132. ve 134.maddelerine göre de suç oluşturmaktadır.

ddd) *Katalogda sayılan suçlardan birinin bulunması*

İster Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen adli amaçlı önlem olsun, ister istihbarat amaçlı önlem olsun, iletişimin denetlenebilmesine karar verilebilmesi için kanunda açıkça öngörülen suçlardan birinin söz konusu olması gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki katalog suç Türkiye gibi Almanya'da da benimsenmiş bir yöntemdir. Fransa ve Avusturya gibi ülkelerde suça karşılık gelen cezaya göre bir belirleme yapılırken, İngiltere, Lüksemburg ve İsviçre'de fiilin ağırlığı önem taşımaktadır<sup>1186</sup>. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135.maddesine bakıldığında birçoğu Türk Ceza Kanunu'nda yer almak üzere otuzdan fazla suçun sayıldığı görülmektedir (9.fikradaki suç 5560 sayılı kanun ile yürürlükten kalkmış, (c)

<sup>1184</sup> [www.ntvmsnbc.com](http://www.ntvmsnbc.com) (Erişim: 30.12.2008): Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulu da bu nedenle Adalet Bakanlığı bürokratlarının soruşturulmasını istemiştir; 5397 sayılı yasada coğrafi olarak ülke güvenliğinin %90'ından sorumlu Jandarma'ya kendi görev çevresinde, %10'dan sorumlu polis teşkilatına ise tüm ülke çapında yetki tanınmış olması da dikkat çekici bir ayrıntıdır bkz. Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.154

<sup>1185</sup> Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.59; Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.293

<sup>1186</sup> Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.89; Isabelle Lokies, **a.g.e.**, s.97

bendinde adı geçen Bankalar Kanunu'nun yerini ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu almıştır). Düzenleme uyarınca dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi faaliyetleri ancak bu suçların soruşturma veya kovuşturmasında yapılabilir. Dolayısıyla birincisi iletişimin tespiti faaliyetini kanun koyucu ayrı tuttuğu için bu suçlar dışındaki suçların da soruşturma ve kovuşturmasında uygulanması yasal olarak olanaklıdır. Yalnızca bir iletişimin varlığının tespit edilmesinden ibaret olan ve diğerlerine göre özel hayatın gizliliğine, dolayısıyla da temel haklara daha az müdahale eden söz konusu önlemin daha geniş uygulanabilmesinin kabul edilebilir olduğu söylenebilir. Zaten bu değişiklik de kanun daha yürürlüğe girmeden değişiklik yapan 5353 sayılı kanunun 16.maddesiyle yapılmıştır<sup>1187</sup>. İkinci olarak bu suçlar dışında bir suçla ilgili olarak dinleme, kayda alma yapılamaz, sinyal bilgileri değerlendirilemez. Yargılama sırasında katalog dışındaki bir suçun işlendiği anlaşılacak olursa önleme dair tutanakların artık delil niteliği taşıması gerekir<sup>1188</sup>. Zaten “Tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı 138.maddenin 2.fikrasının ruhundan ve karşıt anlamından da varılması gereken sonuç budur. Ancak bu bilgilerin ilgili suçların araştırma/soruşturulmasına başlanabilmesi için bir veri / bir bilgi sayılmasında hukuki bir engel bulunmadığı da kabul edilmelidir. Zira 160.maddenin 1.fikrası gereği “*bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali*” öğrenen Cumhuriyet savcısının derhal “*işin gerçeğini*” araştırma yükümlülüğü düzenlenmiş ve fakat nasıl öğrenmesi gerektiği belirtilmediği gibi öğrenmesi özel bir biçime de bağlanmamıştır.

Bunun yanında “*Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suç*” kavramı belirsiz bir içeriğe sahip olmakta ve hem katalogda sayılmayan suçlarla ilgili olarak iletişimin tespit edilebilmesine yönelik hem 135.maddenin 3.fikrasının 5353 sayılı kanun ile eklenen son cümlesi gereği süre bakımından kötüye kullanmalara yol açabilmektedir<sup>1189</sup>. Nitekim 4422 sayılı kanun döneminde de “*çıkar amaçlı suç örgütü*” tanımının açık ve belirgin olmaması ve diğer örgütlü suçlar açısından da önlemlerin uygulanıp uygulanmayacağına dair bir yasal belirleme bulunmaması eleştirilmekte idi<sup>1190</sup>. Mevcut düzenleme karşısında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220.maddesindeki “*suç işlemek amacıyla örgüt kurmak*” ve

<sup>1187</sup> Değişiklik yasa teklifine Adalet Komisyonu'nun 20.5.2005 tarihli raporu ile eklenmiştir bkz [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

<sup>1188</sup> Köksal Bayraktar, **Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi**, s.123

<sup>1189</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.96

<sup>1190</sup> Vesile Sonay Evik, **a.g.e.**, s.30

314.maddesindeki “silahlı örgüt suçu” için iletişimin denetlenmesi önlemlerine başvurulabilirken, örgüt bünyesindeki suçlar açısından yine katalog suç düzenlemesi geçerli olacaktır<sup>1191</sup>. Aksini kabul “örgütlü suç” kavramını adeta bir “açık çek” haline getirerek bütün suçlar açısından iletişimin denetlenmesine başvurulabilmesine ve tüm güvencenin ortadan kalmasına yol açacaktır. Zaten sayılan suçların kapsamının dar olduğu dolayısıyla kanundaki düzenlemenin teorik planda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesine göre daha ileri bir yapısı olduğu söylenmekle birlikte, uygulamanın tamamen aksi yönde olduğu, sayılan suçlardan birinin söz konusu olması halinde adeta “otomatik” dinleme kararı verildiği ve bu tip soruşturmalarda gizlilik kararlarının da her zaman bulunduğu uygulamacılar tarafından dile getirilmektedir<sup>1192</sup>. Öte yandan kanundaki “*örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir*” cümlesi, aslında süresi üç ay olup bir kez üç ay daha uzatılabilecek<sup>1193</sup> önlemi belirtilen suçlar açısından adeta “sonsuz süreli” hale getirebilmektedir. Aşağıda değinilen tartışmada da görüldüğü gibi yalnızca yargıç denetiminin yeterli olmadığı da dikkate alınacak olursa ölçsüz müdahalelere yasal zemin hazırlayan bu düzenlemenin ya tamamen kaldırılması ya da asıl düzenlemeden farklı da olsa bir üst sınır getirilmesi gerekmektedir. Mevcut düzenleme güvenceleri tamamen etkisiz hale getirmektedir. Örneğin 2001 yılındaki terörle mücadele kanunları ile iletişimin denetlenmesi süresini azami 60 günden bir anda 1 yıla çıkaran Kanada’da bile bu süre en fazla 3 yıla kadar uzatılabilmektedir<sup>1194</sup>. Aynı şekilde de Belçika’da da altı aylık bir azami süre öngörülmektedir<sup>1195</sup>. Buna karşın yargıç denetimini yeterli gören İtalya ve Almanya gibi Avrupa ülkelerinde de, maalesef, bazı hallerde azami süre bulunmamaktadır.

<sup>1191</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**; Aksi yönde Yusuf Hakkı Doğan, **Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri**

<sup>1192</sup> Turgay Demirci, **Telefon Dinleme** adlı panel, İstanbul Barosu, 14 Aralık 2007

<sup>1193</sup> Tasarıda iki kez uzatabilme olanağı öngörülyordu bkz. Bahri Öztürk, **a.g.e.**, s.32; Bu sürelerin de ihlal edici niteliği taşıdığı belirtilmektedir bkz. Köksal Bayraktar, **Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi**, s.124; Süre konusunda son derece hassas davranan Danıştay 10.Dairesi’nin E.2007/2795 sayı ve 14.10.2008 tarihli kararı ile sürenin, “kararın sisteme tanıtılması ile başlayacağına” dair yönetmelik hükmünün keyfilik yaratacağı gerekçesi ile yürütmesini durdurduğu da burada hatırlatılmalıdır ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim: 8.4.2009)

<sup>1194</sup> Sydney Adoua, **a.g.e.**, s.1091

<sup>1195</sup> Damien Vandermeersch, **Eléments de droit pénal et de procédure pénale**, 2e éd., Bruxelles, 2006, s.506

eee) *Yargıç kararı*

Diğer bir koşul olarak iletişimin denetlenebilmesi için gerek anayasal gerekse yasal olarak bir yargıç kararı gerekmektedir (AY m.22/2, CMK m.135/1). Her ne kadar iletişim en az iki taraflı bir faaliyet olduğu dolayısıyla bir kişi için alınan yargıç kararının aslında diğer kişi veya kişilerin de gizliliğine müdahale niteliği taşıdığı söylenebilirse de, bu durum iletişimin denetlenmesi önleminin özel hayatın gizliliğine ne ölçüde müdahale ettiğini ortaya koymakla birlikte olası karşı tarafları saptayıp buna göre karar almak fiilen olanaksızdır. Kararda üçüncü kişilerin de belirlenmesi beklenemez<sup>1196</sup>. Ama değerlendirme tüm bu durum dikkate alınarak yapılmalıdır. Verilen kararın gerekçeli olması da hukukun ve Anayasanın 141.maddesinin 3.fikrasının bir gereğidir ama uygulaması çok tartışmalıdır. Fransa’da gerekçenin yeterli, uygun ve dürüst (“*suffisante, pertinente et sincère*”) olması gerektiği belirtilmiş ve kişiye ilişkin şüphe ile gerekçe arasındaki bağlantının (maddi gerekçe) mutlaka ortaya konması gerektiği resmi kurumların yayınladığı raporlarda ortaya konmuştur<sup>1197</sup>.

Öte yandan yargıcın bu yönde bir karar verebilmesi için hangi makamın istemde bulunabileceği de mahkeme kararlarında tartışma konusu yapılmıştır. Her ne kadar 135.maddede açıkça bir belirleme olmasa da istemin Cumhuriyet savcısından gelmesi gerektiği açıktır. Birincisi soruşturma evresinde bulunduğu için Cumhuriyet savcısı soruşturmayı yapan ve yöneten kişi konumundadır (CMK m.160 m.161). İkincisi “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” yetki Cumhuriyet savcısındır. O halde yargıçtan da o istemde bulunmalıdır. 4422 sayılı kanun döneminde kolluktan Cumhuriyet savcısına gelen böyle bir istem sonucunda ret kararı verilebilmesi için dosya yargıç önüne gönderilmiş ve yazılı emir sonucunda konuyu değerlendiren Yargıtay 8.Ceza Dairesi, Cumhuriyet savcılarının soruşturma yetkilerini hatırlatarak bir istem olduğunda öncelikle bu makamın, doğrudan yargıca başvurmak yerine bir değerlendirme yapması ve gereksinim duyarsa yargıç kararı istemesi gerektiğine karar vermiştir<sup>1198</sup>.

<sup>1196</sup> Bahri Öztürk, **a.g.e.**, s.33

<sup>1197</sup> 16e rapport d’activité 2007, s.35-36

<sup>1198</sup> Y. 8.CD. E.2000/27613 K.2000/21500 T.21.12.2000 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 2001, s.1295-1297

Benzer bir yetki tartışması bu kez Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu'nda görevli müfettişler ile ilgili olarak yapılmış, Danıştay farklı bir gerekçe ile yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Davaya konu Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98.maddesinin 1.fikrasının (ç) bendi ile müfettişlere iletişiminin denetlenmesi için istemde bulunma yetkisi verilmiştir. Yetkiyi E.2009/5240 sayılı kararında tartışan Danıştay 5.Dairesi, kanun ve tüzükte tanınan yetkilerin dışına çıkıldığı ve hukuka aykırı yeni bir yetki tanındığı gerekçesi ile yürütmeyi durdurma kararı vermiştir<sup>1199</sup>. Karar hukuken doğru olmakla birlikte, tartışmalar sürerken Adalet Bakanlığı'nın 12.11.2009 tarihinde internet sitesinde yaptığı basın açıklaması aslında sistemin nasıl yürüdüğü hakkında adeta bir "itirafı". Söz konusu açıklamaya göre adalet müfettişlerinin istemi doğrultusunda, devam etmekte olan bir soruşturma ile ilgili olarak, 56 Cumhuriyet savcısı ve yargıç hakkında iletişimin dinlenmesi kararı verilmiş, bunun sonucunda da 46 kişi hakkında soruşturmaya geçilmesine yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla daha ortada bir soruşturma yokken Cumhuriyet savcıları ve yargıçların iletişiminin dinlenmiş olmasının ötesinde "kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" kuralı da ihlal edilmiştir. Zira önlem uygulandıktan sonra bile soruşturma açılmasına yetecek herhangi bir bulguya ulaşılamamış olması söz konusu dinleme kararlarının tamamen soyut şüphelerle verildiğinin bir göstergesidir.

Yargıç kararının yanında istisnai olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu yönde bir emir verebilmektedir. Ancak bu emrin derhal yargıcın onayına sunulması ve en geç 24 saat içinde onaylanması gerekmektedir. Aksi halde önlem uygulanamaz. Bir başka deyişle ya yargıcın kararı ya da çok kısa bir süre içinde vereceği onay gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 26 Nisan 2007 tarihli Dumitru Popescu-Romanya davasında uygulamayı bağımsız bir makamın önünde tartışma, gerekçeleri sorgulama gibi yargısal güvencelerden yoksun biçimde yalnızca bir savcının kararı ile iletişimi kaydedilen kişinin mahkum edilmesini 8.maddeye aykırılık saymıştır<sup>1200</sup>.

Benzer bir onay sistemi olan İsviçre'de iletişimin denetlenmesi kararı, soruşturmadan önce Konfederasyon Başsavcısı tarafından, soruşturma sırasında ise soruşturma yargıcı tarafından verilmektedir. Ancak her iki halde de karar, 24 saat

<sup>1199</sup> [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) (Erişim: 3.1.2010)

<sup>1200</sup> 16e rapport d'activité 2007, s.106

içinde ilgili Federal Mahkeme Dairesi başkanının onayına sunulmaktadır. Karar; federal hukukun ihlali, yetki aşımı veya yetkinin kötüye kullanılması gerekçeleri ile kaldırılabilir<sup>1201</sup>. Fransa, ABD ve Rusya gibi ülkelerde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi önlemleri ancak yargıç kararı ile uygulanabilirken istihbarat amacı varsa Fransa’da Bakan, ABD’de Başkan, Rusya’da ise Gizli Servis yetkili hale gelmektedir. Ancak ABD’de ülke içindeki istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi, elektronik takip ve aramalarda 11 kişiden oluşan, bu alanda yetkili olan ve 1978’de kurulmuş olan “Dış İstihbarat Takibi Mahkemesi”nin (“*Foreign Intelligence Surveillance Court-FISC*”) kararı gerekmektedir<sup>1202</sup>. İngiltere, İrlanda ve 24 Aralık 2001 tarihli kanundan bu yana Kanada’da ise genel olarak Bakan yetkilidir ve böylece yürütmenin bir organına mahkemelerce de denetlenemeyen bir yetki verilmiştir<sup>1203</sup>. Hatta İngiltere’de “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kolluk da doğrudan devreye girebilmektedir<sup>1204</sup>. Ancak İngiltere’de telefonun dinlenmesi sonucu elde edilen verilerin mahkemelerde delil olarak kullanılmadığının hatırlatılmasında da yarar vardır<sup>1205</sup>. İspanya ve İtalya’da ise Türkiye’deki gibi yetki yargıçta olmakla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya bakan devreye girebilmektedir<sup>1206</sup>.

Kural olarak yargıç kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri sistemi, gelişen teknoloji ve şüphelilerin etkin biçimde takibi amaçlarıyla makul kabul edilebilir. Ancak hem Anayasa hem de kanun hükümlerinde sıklıkla tekrar edilen “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramının bir yönetmelik maddesinde tanımlanmış olması (11 Kasım 2005 tarihli Yönetmelik m.3/f)<sup>1207</sup> en azından hukuk güvenliği açısından sakıncalar doğurabilecek niteliktedir. Zira İdare’ye tanımı daraltarak ve genişleterek anayasa

<sup>1201</sup> Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.87

<sup>1202</sup> [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov) (Erişim: 20.8.2010)

<sup>1203</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.85; Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.73; Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.116; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.803: Ancak İngiltere’deki farklı hukuk sistemi böyle bir sonuç doğurmaktadır. Nitekim yazarlar, gönderilere el koyma yetkisinin de, açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uzun yıllardan beri oluşan uygulama gereği Bakan’a ait olması örneğini vermektedirler; ABD’deki düzenlemenin ayrıntısı için bkz. Oya Araslı, **a.g.e.**, s.230 vd. ve Jacqueline Klosek, **a.g.e.**, s.35-38; Sydney Adoua, **a.g.e.**, s.1092

<sup>1204</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.862

<sup>1205</sup> Susanne Forster, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

<sup>1206</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.178 ve 189; İspanya’da Anayasa Mahkemesi’nin, önlemin anayasallığı için yargıç kararının yanında ölçülülük ilkesine yaptığı vurgu da dikkate alınmalıdır bkz. Luis Escobar de la Serna – Salustiano del Campo Urbano, **a.g.e.**, s.171-172; Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.114

<sup>1207</sup>“ Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hâli”

koyucu ve kanun koyucunun koyduğu ilkelerin dışına çıkma, güvenceleri etkisiz hale getirme olanağı sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla tanımın yasal düzeyde örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2.maddesine eklenecek bir ek bentle yapılması daha doğru olacaktır. Ayrıca İsviçre Hukukunda var olan, kararı veya onayı istenen yargıcın, "kişiliğin korunması için ek önlemler" isteme yetkisi<sup>1208</sup> de uygulamaya yönelik tartışmaların azalmasına yol açabilir. Zaten Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararı<sup>1209</sup> bu tartışmalarda önemli bir dönüm noktası olabilecek niteliktedir. Ceza Genel Kurulu sahte içki üretildiği iddiasına dayanarak Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılan bir depoyla ilgili davada, Cumhuriyet savcısının yetkisinin istisnai olduğunun altını çizerek, gecikmesinde sakınca bulunan hali "*ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi*" olarak tanımlamıştır. Buna bağlı olarak arama tutanağında "*gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmemiş*" olması ve yargıç kararı alınması halinde sakıncalı bir gecikme yaşanacağına dair bir bilgi ve belge bulunmaması karşısında, aramanın hukuka aykırı olduğu ve hükme esas alınamayacağı sonucuna varılmıştır. Böylece istenildiği zaman yazılı emir yolu ile arama yapılmasının önü Yargıtay'ın en üst kurulu tarafından kesilmiş ve aslında hukukun da emrettiği gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa bunun ortaya konup gerekçelendirilmesi gereği açıkça belirtilmiştir<sup>1210</sup>. Aynı biçimde Yargıtay 7.Ceza Dairesi de yine yargıç kararı olmadan yapılan bir aramada "*Hakim kararı alınmasını engelleyecek gecikmesinde sakınca buluna halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge bulunmamaktadır*" gerekçesiyle delilin hukuka aykırı olduğuna karar verip mahkumiyet kararını bozmuştur<sup>1211</sup>.

<sup>1208</sup> Bernard Sträuli, "La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication: aperçu du nouveau droit", **Plus de sécurité-moins de liberté**, Groupe suisse de travail de criminologie, Zurich, 2003, s.148

<sup>1209</sup> YCGK E.2009/7-160 K.2009/264 T.17.11.2009 Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 2010, s.899-925

<sup>1210</sup> Belçika Anayasa Mahkemesi de arama ile ilgili 19 Aralık 2007 tarih ve 154/2007 sayılı kararında, AİHS'ye de atıf yaparak, yargısal denetim olmayan aramaların istisnai olabileceği ve bu eksikliği giderecek ek güvenceler sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu özelliklerden yoksun yasa hükmünü de iptal etmiştir bkz. **Revue de droit pénal et de criminologie**, Avril 2008, s.413-421

<sup>1211</sup> Y. 7.CD. E.2003/13539 K.2005/8098 T.20.6.2005 (yayınlanmamış karar)

Öte yandan Türk Hukukunda yargıcın ret yani onaylamama kararı vermesi halinde Cumhuriyet savcısının itiraz edemeyeceği iddia ediliyor olsa<sup>1212</sup> da teknik anlamda bir yargıç kararı söz konusu olması ve Ceza Muhakemesi Kanunu'daki "itiraz" ile ilgili ayrı bir düzenleme bulunmaması (m.267 ve devamı) nedeniyle Cumhuriyet savcısının itiraz edebileceği kabul edilmelidir. Ayrıca böyle bir yaklaşımın iletişimin denetlenmesi kararlarındaki denetim eksikliğini azaltmaya yönelik bir etki de doğurabilir. ABD'de FISC talebi reddederse münhasıran bu alanda yetkili olan ve üç üyeden oluşan "Temyiz Mahkemesi"ne ("*Court of Review*") itiraz edilebilmektedir<sup>1213</sup>.

Diğer yandan yargıç kararı bir güvence olsa da, tek başına ya da yasal olarak sınırları tam olarak belirlenmedikçe yeterli değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yalnız yargıç kararını 8.madde açısından yeterli saymamaktadır<sup>1214</sup>. 4422 sayılı kanun öncesi dönemde 1412 sayılı Ceza Usulü Muhakemesi Kanunu'nun gönderilere el konulması ile ilgili 91 ve 92.maddelerinin geniş yorumdan da öte kıyas yapılarak iletişimin denetlenmesi önlemi açısından uygulanmasını, açık yasal düzenleme olmadığı gerekçesi ile ihlal sayan Strasbourg Mahkemesi 6 Aralık 2005 tarihli Ağaoğlu kararında Türkiye'yi mahkum etmiştir<sup>1215</sup>. Her ne kadar eski tarihlerden bu yana söz konusu kanun maddelerine dayanan uygulamanın hukuksallığı, idari düzenlemeler gerekçe gösterilerek savunulsa da<sup>1216</sup> Yargıtay 9.Ceza Dairesi de benzer bir kararı 26 Ekim 1995'te vermiş ve açık yasal düzenleme olmadan yapılan uygulamanın Anayasanın 22.maddesine aykırı olduğuna, elde edilen kanıtların da hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir<sup>1217</sup>. Öte yandan yargıç kararı ile ilgili bir benzetme yapmak gerekirse yargıç kararı amiral gemisidir ama bir donanma yalnızca amiral gemisinden oluşmaz. Zaten Türkiye'de basına da yansıyan ve bir yargıcın bizzat kendi telefon hattı için denetleme kararı verip sonrasında da

<sup>1212</sup> Yusuf Hakkı Doğan, **Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri**

<sup>1213</sup> Bkz. s.240

<sup>1214</sup> Kruslin ve Huvig-Fransa kararı bkz. s.118; Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.401-402

<sup>1215</sup> Bkz s.118; Karar metni için bkz. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); ayrıca Hamdi Yaver Aktan, "Telefon Dinleme ve Sorumluluk", **Cumhuriyet Gazetesi**, 4 Haziran 2008, s.2; Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.255-256

<sup>1216</sup> Yıldırım Zeren, **a.g.e.**, s.421: Yazar, "şehir içi telefon işletme rehberi" m.4'ü ileri sürmektedir; Bu dönemde bazen hiçbir yasal gerekçe göstermeden kararlar verildiği de ileri sürülmektedir bkz. Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.243

<sup>1217</sup> Sesim Soyer, **a.g.e.**, s.76-77; Oysa Fransız Anayasa Konseyi son derece yanlış ve AİHM içtihatlarına da aykırı biçimde 2 Mart 2004 tarihli kararında yalnızca yargıç kararının kısıtlamalar için yeterli olduğunu belirtmiştir bkz. Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.110; Benzer yaklaşımdaki bir Fransız Yargıtay kararı için de bkz. 16e rapport d'activité 2007, s.95

rüşvet suçundan tutuklanması yönündeki haberler<sup>1218</sup> aslında yargıçlar tarafından da yeterli incelemenin yapılmadığını ve adeta kararların “otomatikleştiğini”, maalesef, ortaya koymaktadır. Kararın gerekçelendirilmesi gerekli etkin denetimin sağlanabilmesi açısından bir zorunluluk olduğu gibi 14 Ocak 2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” m.6 1.fıkranın (özellikle (b) ve (c) bentleri) da bir gereğidir. Dolayısıyla aslında asıl sorun yargıçların kararları verirken yeterli denetimi yapmamalarıdır. Bu durumda yargıçların verdikleri hukuka aykırı ve temel hakları ihlal eden kararlar nedeniyle kişisel sorumluluklarının daha fazla ve etkin biçimde gündeme gelebilmesi düşünülmelidir. Böylece yargıç kararı olmaksızın Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek emirlerin olası olumsuz sonuçları da azaltılabilecektir. Ayrıca yargıç verdiği kararın uygulamasını da denetlemeli, denetleyebilmelidir<sup>1219</sup>. Bu yaklaşımı Fransız Anayasa Konseyi vergi memurlarının yaptığı aramalar açısından açık biçimde ortaya koymuştur<sup>1220</sup>. Diğer yandan örneğin Avustralya’daki mahkemelerin de, olması gerektiği gibi, özel hayatın gizliliği kaygısı ile iletişimin denetlenmesine dair hükümleri dar yorumladıklarının burada altı önemle çizilmelidir<sup>1221</sup>.

Diğer yandan verilen yargıç kararının gizli olması gerekli hukuksal denetimi engellemekte ve özel hayatın gizliliği yanında savunma hakkına da zarar vermektedir. Zira teknik olarak bir yargıç kararı söz konusu olduğundan gidilebilecek tek kanun yolu Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 257.maddesi uyarınca itiraz yoludur. Oysa gizli bir karar söz konusu olduğundan ilgilinin böyle bir olanağı bulunmamaktadır. Böylece karşılaştırmalı hukukta var olduğu belirtilen, özellikle kayıtların tutanağa değiştirilmeden veya bozulmadan aktarılması aşamasında devreye giren özel yargıçlık ve müdafilik kurumu<sup>1222</sup> benzerlerinin oluşturulması gündeme gelebilir. Şüpheli (veya düşük olasılık da olsa sanık) ile ilişkisi olmayan ve ona bilgi sunmamakla yükümlü olan, özel olarak atanan bir müdafî, verilen dinleme kararını hukuki yönden inceleme ve gerektiğinde kanun yollarına başvurma yetkisine sahip

<sup>1218</sup> “Hakimler önce kendilerini dinletti, sonra tutuklandı”, Radikal gazetesi, 17.12.2008

<sup>1219</sup> M.G. Moffa, **a.g.e.**, s.236: Her ne kadar yazar uygulamanın bizzat yargıç tarafından yapılmasından söz ediyor olsa da günümüzde bunun olanaklı olmadığı kabul edilmek zorundadır.

<sup>1220</sup> 83-164 DC sayı ve 29 Aralık 1983 tarihli karar bkz. Pierre Kayser, **Le Conseil constitutionnel ...**, s.339

<sup>1221</sup> Carolyn Doyle – Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.142

<sup>1222</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**

olabilir. Bunun da hem “otomatikleşen” kararları önleme hem de ilgililerin temel haklarını koruma yönünden çok önemli katkıları olur. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 29 Mart 2005 tarihli Matheron-Fransa kararında başvuruçunun, bilgisi olmadan dinlenen telefonunun kayıtlarının dava dosyasına konmasının ve kendisinin de hukuka aykırılığı iddia edememesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin ihlali olduğuna karar verdiği unutulmamalıdır<sup>1223</sup>. Ayrıca aynı Mahkeme’nin hem iletişimin denetlenmesi hem de teknik takip açısından geçerli olan ve elde edilen bilgilerin orijinalliğinin mutlaka korunması gerektiğini vurgulayan 24 Nisan 2008 tarihli C.G. ve diğerleri-Bulgaristan kararı da göz ardı edilmemelidir<sup>1224</sup>.

Yargıç kararının Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen iletişimin denetlenmesine dahil olan her dört önlem için de geçerli ve gerekli olduğu burada açıkça vurgulanmalıdır. Nitekim 135.maddenin ilk fıkrası da bu durumu herhangi bir duraksamaya yer bırakmadan ortaya koymaktadır. Ancak Yargıtay 8.Ceza Dairesi, E.2007/8616 K.2007/8160 sayı ve 23 Kasım 2007 tarihli kararında<sup>1225</sup> Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma talebi ile önüne gelen somut olayda iletişimin tespiti açısından kanuna uygun olmayan bir karar vermiştir. Dava konusu olayda “*görüşmelerin arayan ve aranan ayrı ayrı sayısal olarak tespiti*” amacıyla yerel sulh ceza mahkemesine başvurulmuş ama mahkeme, istemin 135.maddesi kapsamına girmediği ve dolayısıyla da yargıç kararına gerek olmadığı gerekçesi ile ret kararı vermiştir. Yetkili Asliye Ceza Mahkemesi’ne yapılan itiraz da aynı gerekçe ile reddedilmiştir. Yargıtay da konunun 135.madde değil genel soruşturma yetkilerini tanıyan 160 ve 161.madde kapsamına olduğu gerekçesi ile bozma talebini aynı biçimde reddetmiştir. Oysa somut olayda Cumhuriyet savcılığının talebi, aslında defalarca mahkemelerin kararlarında da söylendiği gibi iletişimin tespit edilebilmesine yönelik karar verilebilmesidir. Keza bu önlemin yukarıda değinilen Yönetmelik’teki tanımına bakıldığı zaman da talebin bu yönde olduğu doğrulanmaktadır. Bu durumda açık kanun ve yönetmelik hükümleri karşısında üstelik önlemin iletişimin tespiti olduğu açıkça mahkemelerce de kabul edilmişken belirtilen sonuca nasıl ulaşıldığını anlayabilmek olanaklı değildir.

<sup>1223</sup> 14e Rapport d’activité, 2005, s.73

<sup>1224</sup> Bkz. s.117

<sup>1225</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 27.5.2010)

fff) *Mutlak olarak korunan gizli alan*

Koşullar açısından son olarak değinilmesi gereken iletişimin taraflarına yönelik kısıtlamalardır. Benzer düzenlemeler birçok ülkede de vardır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletlerin muhasebeci, psikolog, müdafii ve hatta gazetecilerle yapılan iletişimin denetlenmesini yasaklayan düzenlemeleri vardır<sup>1226</sup>. Ceza Muhakemesi Kanunu da bazı kişilerin iletişimi açısından adeta dokunulmaz bir “gizli alan” yaratmış ve ilgili önlemlerin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Buna göre öncelikle şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle, yani Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45. maddesinde sayılan “nişanlı, evlilik bağı kalkmış olsa bile eş, üstsoy ve altsoy, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile, iletişimi kayda alınamaz alınsa bile bu bilgiler derhal yok edilir (CMK m.135/2). Hatta Danıştay 10.Dairesi bu hükmü mutlak olarak yorumlamış ve 135.maddedeki koşulların bulunması halinde “suç şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar” hakkında da bu önlemin uygulanmasına izin veren yönetmelik hükmünün yürürlüğünü, kanuna aykırı olduğu gerekçesi ile, E.2007/2795 sayı ve 14.10.2008 tarihli kararı ile durdurmuş<sup>1227</sup>, K.2010/1399 sayı ve 22.2.2010 tarihli kararlar da hükmü iptal etmiştir<sup>1228</sup>. Zaten 135.maddenin 2.fikrası karşısında yasal koşulların oluşmasının olanaksız olmasının yanında “suç şüphesi altındaki” terimi muğlak olup yasal koşulların dolanılması anlamına gelmektedir.

Öte yandan Kanun'un 46.maddesinde sayılan kişilerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Zira hem 135.maddenin lafzından bu sonuca ulaşılmaktadır hem de “mahremiyet – özel hayat” açısından etkin ve dengeli bir koruma sağlanması açısından böyle bir yorum zorunludur. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın; avukatı, stajyerleri veya yardımcılıyla, hekim, diş hekimi, eczacı gibi sağlık görevlileri ile ya da mali müşavirleri ile yaptığı iletişimin de kayda alınmaması, alınmış ise kayıtların yok edilmesi yasal olarak zorunludur. İkinci olarak şüpheli veya sanığın müdafinin işyeri, konutu veya yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla yaptığı iletişimin denetlenmesi yasaklanmıştır (CMK

<sup>1226</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.52-53

<sup>1227</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 8.4.2009); Bu karara yapılan itiraz da Danıştay İDDK tarafından 2009/107 sayı ve 30.4.2009 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

<sup>1228</sup> [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr) (Erişim: 17.2.2011)

m.136). Bu yasağı da mutlak biçimde yorumlayan Danıştay 10.Dairesi biraz önce değinilen kararında, “suç şüphelisi olan” müdafinin iletişiminin denetlenmesine olanak veren yönetmelik hükmünün yürütmesini durdurmuştur. Daire'nin de belirttiği gibi 136.madde son derece net ve istisnasızdır. Ayrıca yasağın koruduğu değer itibarıyla, ki burada öncelikle savunma hakkının dokunulmazlığı söz konusudur, müdafinin kullandığı taşınabilir telefonların da aynı dokunulmazlıktan yararlanması gerekir<sup>1229</sup>. İlk düzenleme şüpheli/sanık ile müdafii arasında iletişimin denetlenmesini yasaklarken, ikinci düzenleme şüpheli ve sanığa isnat edilen suçtan dolayı müdafii hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmesini yasaklamaktadır.

Burada unutulmaması gereken 135.maddenin 2.fikrasının son cümlesinin dolanılmaması gereğidir. Hükme göre kayda alınması yasak olan bir iletişimin kayda alındığı fark edilirse derhal bu kayıtlar yok edilmelidir. Ancak bunun önşartı olarak öncelikle birisinin bu kayıtları dinlemesi gerekir. Bu durumda kayıtlar yok edildikten sonra dinlemiş olan kişi tanık olarak mahkemeye çağrılabilir mi sorusunun cevabı olumsuz olmak zorundadır. Zira kanun, bu iletişimler açısından dokunulmaz, gizli bir alan, bir çekirdek alan yaratmıştır. Dolayısıyla bunun dolanılmasına yol açacak uygulamalar yapılamaz. Hukuk devletinin kanuna karşı hileyi himaye etmesi düşünülemez. Nitekim benzer bir ceza yargılaması sistemine sahip olan Almanya'da hukuka aykırı olarak yapılan dinlemeyi gerçekleştiren kişinin tanık ifadesi delil olarak kabul edilememekte, hatta bu kayıtlara dayanarak sanığa sorular sorulup ikrarı alınsa bile bu geçerli sayılmamaktadır<sup>1230</sup>. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135.maddesinin 2.fikrasında yalnızca “kayda almanın” yasaklanmasının dinlemeyi serbest bıraktığı konusunda yorumlanmaması gerekir. Burada söz konusu olan teknik olanaklar gereği canlı değil elektronik kayıt yollarıyla otomatik yapılan dinleme işlerinde, o anda denetlenmesi yasak olan bir iletişiminin dinlenebilmesi durumudur. O halde fiili olarak tek yapılabilecek olan kayıtların bir kişi tarafından, ister istemez, dinlenerek ilgili kısımların silinmesidir.

Öte yandan böyle bir kısıtlamanın ve gizli alanın 5397 sayılı kanun ile düzenlenen “istihbarat amaçlı” iletişimin denetlenmesi önlemleri açısından olmaması

<sup>1229</sup> Ersan Şen, “Kişinin Özel Hayatı ve İletişiminin Denetlenmesi”, **TCHD Pazartesi Forumları**, İstanbul, 1 Aralık 2008

<sup>1230</sup> Feridun Yenisey, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, **Güncel Hukuk**, Ekim 2004, s.26

ciddi bir eksikliklerdir. Her ne kadar ülkenin güvenliği ve savunması amacıyla istihbarat faaliyetlerinin gerekli ve kabul edilebilir bir müdahale olduğu ileri sürülebilirse de, temel hak ve özgürlükleri de korumak ve hem 1961 Anayasasında (m.11) hem de 2001 değişikliklerinden sonra açıkça 1982 Anayasasında (m.13) yer alan “öze dokunma yasağı”na uymak açısından dokunulmaz bir “gizli alan” yaratmanın zorunluluğu açıktır. Ayrıca adli amaçlı önlemlerden farklı olarak daha ortada bir suç, dolayısıyla da suç şüphesi olmadan uygulanacak istihbarat amaçlı müdahalelerin<sup>1231</sup> daha karmaşık ve özgürlükleri tehdit edici bir niteliğe kavuşabileceği olasılığı da daha çok güvenceyi gerekli kılmaktadır.

*ggg) Yakalama amaçlı tespit önlemi*

135.maddenin 4.fikrasında yukarıda koşulları açıklananlara göre biraz daha ayrıksı bir denetleme önlemi öngörülmüştür. Buna göre şüpheli ve sanığın taşınabilir telefonunun yeri yakalanabilmesi amacıyla tespit edilebilecektir. Karar kural olarak yargıç tarafından alınır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yine Cumhuriyet savcısı karar verebilmektedir. Her ne kadar fıkroda onay mekanizmasından söz edilmemiş de olsa anayasal sistem çerçevesinde bir temel hak olarak özel hayatın gizliliğine müdahale söz konusu olduğu için 1.fikradaki kurallar dahilinde Cumhuriyet savcısının kararının yargıç onayına sunulması zorunludur. Aksi halde karar kaldırılmalıdır. Bu önlem uygulanırken kararda taşınabilir telefonun numarasının ve sürenin belirtilmesi yeterlidir. Süre yine en fazla üç ay olabilmektedir ve yalnızca bir kez daha, en fazla üç ay, uzatılabilmektedir. Taşınabilir telefondan yer tespiti gibi daha az müdahaleci bir önlem en fazla altı ay süre ile uygulanabilirken, dinleme ve kayda alma gibi daha ağır önlemlerin “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla” ilgili olarak sonsuza kadar uzatılabilmesinin olanaklı olması da hukuken kabul edilemez bir durumdur. Bu garip durum Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 12.maddenin 1 ve 2.fikralarında açıkça ortaya konmaktadır. Söz konusu önlemlerle ilgili son olarak da vurgulanması gereken, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla tespit yapıldığı için bu kişi hakkında bir yakalama emri bulunmasının bir önşart olduğudur. Bu bağlamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun başta

<sup>1231</sup> Murat Durmuş, a.g.e., s.68

98.maddesi olmak üzere 90 ve devamı maddeleri dikkate alınmalıdır. Aksi halde hem hukuka aykırı bir yakalama yapıldığı, bir başka deyişle kişinin özgürlüğü hukuka aykırı bir biçimde kısıtlandığı için “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” (TCK m.109) suçu hem de kişinin iletişimi hukuka aykırı olarak takip edildiği için özel hayatın gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olacaktır.

#### cc) Özel dinleme

Vurgulanması gereken bir diğer nokta 135.maddenin son fıkrasının açık düzenlemesi karşısında yukarıda koşulları açıklanan usulden başka hiçbir biçimde iletişimin denetlenmesinin yasal olarak olanaklı olmamasıdır. Bu bağlamda bir kişinin, ne sebeple olursa olsun, bir başkasının telefonunu, habersiz olarak dinletmesi ve bizzat dinlemesi, hiçbir şekilde 135.maddeden doğan hukuka uygunluk sebebi kapsamına giremeyecektir. Böylece koşullara göre Türk Ceza Kanunu’nun 132, 133 veya 134.maddesindeki suçlar işlenmiş olacaktır. Örneğin günümüzde de yoğun bir biçimde tartışılan işyerinde işçilerin telefon görüşmelerinin, habersiz olarak, dinlenip kaydedilmesi veya evlilik içinde eşlerden birinin diğerinin, herhangi bir sebeple, telefon görüşmelerinin takip etmesi halinde Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135.maddesinin, özellikle de son fıkrasının açık düzenlemesi karşısında, eylem hukuka aykırı olmaya devam ederek suç oluşturacaktır. Aynı yaklaşım, iletişimin denetlenmesinin 30 Haziran 1994 tarihli özel bir kanun ile düzenlendiği ve yetkinin münhasıran kamu görevlilerine verildiği Belçika’nın öğretisinde ve içtihadında da görülmektedir<sup>1232</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde de mahkeme önüne giden bir olayda komşusunun hareketlerinden şüphelenen kişinin telefon dinlemesi sonucu başlatılan soruşturma ve kovuşturma neticesinde komşusu cezalandırılmıştır. Yüksek mahkeme ise kanunsuz delille ceza verilemeyeceği gerekçesi ile mahkumiyet kararını bozmuştur<sup>1233</sup>. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Fransa ile ilgili olarak verdiği bir kararında özel dinlemelerle ilgili benimsediği aksi görüşü<sup>1234</sup> ise, özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi açısından kabul etme olanağı olmadığı gibi mevcut hali ile Türk Hukukunda da uygulanabilme olanağı bulunmamaktadır. Aynı biçimde İngiltere’deki Basın Şikayet Komisyonu’nun (“*Press Complaints Commission*”) bir

<sup>1232</sup> Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.40-43 Bu kişinin fiili Belçika’da da suçtur (Ceza Yasası m.314bis); Konu ile ilgili olarak AIHM’nin paralel görüşü için bkz. M.M – Hollanda kararı s.117

<sup>1233</sup> State v. Favord (Wash) 910 P2d 447 (1996) bkz. Mustafa Can, **a.g.e.**

<sup>1234</sup> Bausson-Fransa, 1 Şubat 1993 bkz. Rabinder Singh, **1999**, s.177

kişinin annesi ile yaptığı telefon görüşmesini yayınlayan gazete hakkında yapılan şikayete cevap olarak sunduğu “çok büyük bir kamu yararı” varsa müdahalenin haklı olabileceği görüşü<sup>1235</sup> de hem genel olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135.maddesinin yapısına hem de özel olarak 2.fikrasına aykırıdır. Haber verme hakkı da, aksi uygulama korumayı etkisizleştireceği için, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez.

Türk mahkemelerinin içtihadına bakıldığında da en önemli kararlardan biri Anayasa Mahkemesi’nin verdiği E.1999/2 K.2001/2 tarih ve 22.6.2001 tarihli Fazilet Partisi’nin kapatılma davasında verdiği karardır. İddianamede yer alan ve partinin genel başkanı ile TBMM başkanvekili arasındaki konuşmanın üçüncü kişilerce kaydına dayanan tutanaklar, Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut mevzuat ışığında, usule uygun olmadığı için hukuka aykırı delil olarak kabul edilmiş ve hükme esas alınmamasına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Yine aynı kararda parti ile ilgili bazı iddiaların yalnızca hukuka aykırı telefon görüşmelerine dayananlarını da Mahkeme reddetmiştir. Öte yandan Yargıtay 8.Ceza Dairesi de katılan tarafından, sanıkla yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilerek mahkemeye delil olarak sunulduğu somut olayda, kaydı hukuka aykırı delil olarak kabul etmiş ve beraat yönündeki ilk derece mahkemesi kararını haklı olarak onamıştır<sup>1236</sup>. Ayrıca bu biçimde hareket eden kişinin tanıklığı, ifadesi de mahkeme tarafından dinlenmemeli ve kabul edilmemelidir<sup>1237</sup>. Aksi halde kanuna karşı hile söz konusu olur.

dd) Önlemin kötüye kullanılmaması ve çözüm önerileri

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141 ve devamı maddelerinde düzenlenen “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” bölümünde iletişimin denetlenmesi önleminden söz edilmemiş olması, teknolojinin geldiği bu noktada iletişimin denetlenmesinin son derece kolay ve yaygın olması karşısında eleştirilebilecek bir tutumdur. Bu bağlamda öğretide idarenin genel esaslar üzerinden sorumluluğuna gidilebileceği öne sürülmektedir<sup>1238</sup>. Zaten 137.maddenin 4.fikrası

<sup>1235</sup> Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.166-167

<sup>1236</sup> Y.8.CD. E.2009/9930 K.2009/13934 T.9.11.2009 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 2010, s.162

<sup>1237</sup> Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.44

<sup>1238</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**

gereği, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi<sup>1239</sup> ya da yargıç onayının alınmaması halinde ilgilinin durumdan haberdar edilmesinin amacının da hakkını arayabilmesi için hukuki yollara başvurabilmesi olduğu da açıktır<sup>1240</sup>. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 1999 tarihli bir usulsüz dinleme sonucunda açılan davada, Ankara Emniyet Müdürlüğü'ndeki özel ve ayrı dinleme odasının ancak İdare tarafından oluşturulabileceğine dolayısıyla İçişleri Bakanlığı'nın tazminat ödemek zorunda olduğuna ve görevlilere rücu edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>1241</sup>. Örneğin İsviçre'de gizli izleme veya iletişimin denetlenmesi yapıldıktan sonra kişiye haber verilmektedir. Kişinin gerek federal gerekse kanton düzeyinde mahkemeye başvuru hakkı 6 Ekim 2000 tarihli kanunun 10.maddesinin 5.fikrasında açıkça tanınmaktadır. Bunun yansıması olarak benzer düzenlemeler kanton kanunlarında da yapılmıştır (örneğin, Jura Kantonu 13 Aralık 1990 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu m.197).

Keza hukuka uygun bir uygulama yapılmış ve elde edilen kanıtlara dayanılarak dava açılmış, hatta mahkumiyet kararı verilmiş olsa bile, herkesin özel hayatının gizliliği hakkı bulunduğu ve yapılacak müdahalenin ancak ölçülü olması halinde hukuka uygun olacağı dikkate alınacak olursa, tutanaklarda yer alan ve kişilerin özel hayatıyla ilgili olup yargılama ile ilgisi olmayan çözüm, kayıt ve belgelerin dosyadan çıkartılması gerektiği kuşkusuzdur ve her ne kadar bu sonuca ölçülülük ilkesi gereği ulaşılabilirse de açık bir yasal düzenlemenin daha uygun olacağı kesindir<sup>1242</sup>. Aksi bir uygulamada hukuka uygunluk sebebi, keyfiliği içermeyeceği için ortadan kalkacak ve Türk Ceza Kanunu'nun 132.maddesi veya 134.maddesinin devreye girmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda somut bir örnek olarak doğrudan 134.madde ile ilgili bir ceza davası olmasa da İstanbul 5.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13 Nisan 2010 tarihli tespit-kınama kararı<sup>1243</sup> son derece önemlidir. Davacı, kamuoyu tarafından yakından izlenen bir ceza davasının önce şüphelisi sonra

<sup>1239</sup> Adalet Bakanlığının yayınladığı ve bu konudaki ender resmi istatistiklere göre Türkiye'de 2006-2008 döneminde 12.888 kişinin iletişim kayıtları imha edilmiştir bkz. Vatan Gazetesi, 26 Nisan 2009; Ancak iletişimi dinlenen ve sonradan haber verilen kişilerin sayısı bu sayının çeliştiği iddia edilmektedir bkz. "Dinlenen çok, imha edilen az iddiası", Milliyet Gazetesi, 1 Ekim 2009

<sup>1240</sup> Söz konusu düzenleme 4422 sayılı yasada yoktu ve eksiklik olarak değerlendirilmekteydi bkz. Vesile Sonay Evik, **a.g.e.**, s.31; Benzer bir düzenlemenin İsviçre'de de de AIHM kararları nedeniyle önce Federal Mahkeme içtihatları ile daha sonra da açıkça yasa tarafından getirildiği belirtilmelidir bkz. Jörg Paul Müller – Martin Looser, **a.g.e.**, s.70 ve Bernard Sträuli, **a.g.e.**, s.178; Almanya'da da Anayasa Mahkemesi'nin 15 Aralık 1970 tarihli kararı ile kabul edilmiştir bkz. **La surveillance des communications téléphoniques ...**, s.13

<sup>1241</sup> "Yasadışı dinleme yapan polis değil, Bakanlık kusurlu bulundu", Milliyet Gazetesi, 19 Eylül 2009

<sup>1242</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.297 Soruşturma ile ilgisiz kayıtların dosyadan çıkartılması ile ilgili

İsviçre'de açık düzenleme vardır bkz. Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.88

<sup>1243</sup> İstanbul 5.Asliye Hukuk Mahkemesi E.2009/385 K.2010/99 T.13.4.2010 (yayınlanmamış karar)

da sanığıdır. Hakkında açılan davanın iddianamesinde kişilik haklarına saldırıda bulunduğu ve özel hayatının gizliliğine müdahale edildiği iddiasıyla ilgili Cumhuriyet savcılarına karşı tespit, kınama ve kararın yayını için dava açmıştır. Mahkeme öncelikle bunun bir hukuk davası olduğunu belirterek iddianamenin ceza hukuku yönünden değerlendirilmesinin yetkili-görevli mahkemenin işi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, diğer iddiaları değerlendirdikten sonra da özel hayat ve özellikle de haberleşme özgürlüğü ile ilgili olarak davacının üçüncü kişilerle yaptığı telefon görüşmelerinin, buradaki kişisel değerlendirmelerinin “*isnat edilen suçla bir ilgisi olmamasına rağmen*” iddianamede yer almasının hukuka aykırı olduğu sonucuna çok doğru biçimde ulaşmıştır. Mahkeme’nin haberleşmenin ikili yönüne dikkat çekerek bu biçimde telefon görüşmelerinin yayınlanmasının diğer üçüncü kişileri de zarara uğrattığını belirtmesi ve isnat edilen suçla ilgisi olmayan dinleme tutanaklarının imhasının gerekliliğine işaret etmesi son derece önemlidir. Hatta mahkeme, davacının yakın arkadaşlarıyla yaptığı sohbetlerin alenileştirilmesinin, davacı şüpheli de olsa, hukuka aykırı olduğu kararını vererek hem haberleşme-özel hayat ilişkisini net biçimde ortaya koymuş hem de hakkında ceza soruşturma veya kovuşturması yapılan kişilerin de özel hayatın gizliliği hakkı bulunduğunu vurgulamıştır. Tüm değerlendirmeler sonucunda Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca hukuka aykırılık tespit edilmiş ve kınanmıştır. Her ne kadar bir hukuk davası da olsa, gerekçe ve karar dikkate alındığında özel hayatın gizliliğine müdahale eden önlemlerin keyfi biçimde kullanılması halinde hukuka aykırı hale geleceği ve bu eylemlerin faillerinin hukuka uygunluk sebeplerinden artık yararlanamayacağı bir mahkeme kararı ile ortaya konmuş bulunmaktadır. Böylece iddianamede, isnat edilen suçla ilgisi olmayan özel hayat bilgilerinin verilmesi halinde 134.maddenin devreye girebileceği de açıktır.

Öte yandan her halde yargılama bitip kesinleştikten sonra yalnızca ilgili tutanaklar kalacak biçimde geri kalan tüm tutanak ve kayıtların derhal imha edilmesi de ölçülülük açısından önemlidir. Nitekim Avusturya’da gerekli incelemeden sonra kayıtlar yargılama sonunda imha edilmektedir<sup>1244</sup>. İsviçre’de de özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik olarak, kararı veren makamlarca soruşturmayı yürüten birimlerin soruşturma ile ilgisi olmayan bilgileri öğrenmemelerini sağlama

---

<sup>1244</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.171

yükümlülüğüne ve gerekmeyen belgelerin yargılamadan sonra derhal yok edilmesine dair yasal düzenlemeler vardır<sup>1245</sup>.

Bütün bu tartışmalar ve kamuoyunda oluşan güvensizlik duygusunu yok edebilmek için, öncelikle iletişimin denetlenmesi önleminde olmak üzere, bütün koruma önlemlerinde, yargılamayı yapmakta olan mahkeme, içeriğe girmeden önce uygulamanın hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığını denetlemelidir. Burada incelenecek olan önlem kararının ve sonrasındaki uygulamanın kanundaki koşullara uyup uymadığıdır<sup>1246</sup>. Burada Fransız Yargıtay'ının 19 Aralık 2007 tarihli kararı kısmen de olsa yol gösterici olabilecektir. Somut olayda istinaf mahkemesi, sanık müdafilerin telefon dinlemelerinin hukuka aykırı olduğu yönündeki itirazlarını, Cumhuriyet savcısının iddialarına cevap vermedikleri gerekçesi ile reddetmiştir. Yargıtay ise bu kararı bozarken bir yandan istinaf kararlarının gerekçesiz veya eksik gerekçeli olamayacağına dair Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 593.maddesine dayanırken asıl önemlisi yargıçların (Fransız Anayasası m.66 uyarınca) “*bireysel özgürlüğün koruyucusu*” olduğunu hatırlatmış ve dinlemelerin hukukiliği ile ilgili böyle bir itirazı incelemekle yükümlü olduklarını belirtmiştir<sup>1247</sup>.

Bu karar da dikkate alınarak, yargıçların ve mahkemelerin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, bağımsızlıklarının verdiği sorumluluk nedeniyle bir koruma önleminin uygulanmış olduğu dava dosyalarında, hem ilk derece yargılamalarında hem de istinaf ve/veya temyiz aşamasında öncelikle önlemin hukuka uygunluğunu sorgulamaları gerekmektedir. Böylece iki sonuç elde edilebilecektir. Birincisi “otomatikleşen”, hemen her zaman izin verilen önlemlere yönelik etkin bir denetim sağlanabilecektir. İkincisi yargılama yapan mahkemenin, kanuna uygun olmayan bir önlem ile elde edilen delilleri görüp, ister istemez, etkilenmesi engellenebilecektir. Bu konuda Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin E.2009/1721 K.2009/5855 sayı ve 13.10.2009 tarihli<sup>1248</sup> dikkat çekici kararını da hatırlatmak gerekmektedir. Daire, kasten adam öldürme suçundan dolayı mahkum olan sanıkla ilgili ilk derece mahkemesinin kararını, tek delilin kardeşleri ve babası ile olan telefon görüşmelerine dair tutanak olduğu bunun da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

<sup>1245</sup> Bernard Sträuli, **a.g.e.**, s.160 ve s.163

<sup>1246</sup> Aynı yönde: Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.91

<sup>1247</sup> Sabrina Lavric, “Jurisprudence”, **AJ Pénal**, 2008/3, s.144; Belçika'daki benzer bir yaklaşım için

bkz. Laurent Kennes, **a.g.e.**, s.148

<sup>1248</sup> Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2009, s.2162-2164

135.maddesinin 2.fıkrası anlamında yasadışı delil olduğu gerekçesi ile bozmuştur. Hem Anayasa hükümlerine hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 8.maddelerine ve geçmiş Yargıtay içtihadına atıf yapılan karar, hem koruma önlemlerinin hukuka uygunluğunu ön incelemeden geçirme açısından, hem de iletişimin denetlenmesinin tek başına hükme esas olamayacağı kuralı açısından son derece önemlidir.

İletişimin denetlenmesi önlemleriyle ilgili olarak yapılabilecek bir başka öneri bu konuda, yine denetimi arttırmak açısından, tıpkı birçok ülkede olduğu gibi, ilgili verilerin ülke düzeyinde toplanıp resmi bir rapor olarak (örneğin Meclis'e) sunulmasıdır. Örneğin Almanya'da beş parlamenterden oluşan bir heyet tarafından ülkedeki iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi gibi önlemlerin uygulanması denetlenir<sup>1249</sup>. Böylece Almanya'da 1994 yılında 4674 dinleme yapılmışken, 2004 yılında bu sayının 29017'ye çıktığını söylemek olanaklıdır<sup>1250</sup>. Fransa ile ilgili olarak örneğin 2004 yılında istihbarat amacıyla 3733 iletişimin dinlenmesi kararı verildiğini, bunun % 50'sinin örgütlü suçluluk, % 34'ünün terör suçları, % 14'ünün ulusal güvenlik ve nihayet % 2'sinin de ekonomiyi korumakla ilgili olduğunu ve 1918 kararın da yenilendiğini söyleyebilecek kadar ayrıntı vermek olanaklıdır<sup>1251</sup>. Diğer yandan İtalya'da söz konusu önlemleri uygulamakla ilgili resmi dairelerin yaptığı harcamalar bakımından Meclis ve Senato'ya bilgi sunulmakta ve bu yolla bir denetim sağlanmaktadır<sup>1252</sup>. Bu ülkede de 2000'li yıllarda sayının 100000'i geçtiği bilinmektedir<sup>1253</sup>. İletişimin denetlemesi düzenlemesi ile ilgili 1999 yılından bu yana Japonya'da da parlamentoya rapor sunulmakta, hatta bu raporlar yayınlanmaktadır<sup>1254</sup>. İspanya'da ise özel olarak 1980 tarihli Terörle Mücadele Kanunu kapsamına alınan önlemlerle ilgili olarak hem Meclis'e hem de Senato'ya üç ayda bir hükümet tarafından bilgi verilmektedir<sup>1255</sup>. İngiltere'de Ocak 2005 – Mart 2006 döneminde telekomünikasyon verileriyle ilgili tam 439054 talep yapılmasına rağmen yalnızca 2407 dinleme izninin verildiğinin<sup>1256</sup> bilinmesi şeffaflık açısından son derece önemli olduğu gibi “otomatik dinleme” kararı olmayabileceğinin de

<sup>1249</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.42

<sup>1250</sup> **The Ready Guide to Intercept Legislation**, s.25

<sup>1251</sup> Bernard Stirn, **a.g.e.**, s.22; Daha ayrıntılı bilgi için bkz. 16e rapport d'activité 2007, s.15 vd.

<sup>1252</sup> M. G. Moffa, **a.g.e.**, s.238

<sup>1253</sup> **The Ready Guide to Intercept Legislation**, s.34

<sup>1254</sup> Enis Coşkun, **a.g.e.**, s.198-200

<sup>1255</sup> **La surveillance des communications téléphoniques ...**, s.13

<sup>1256</sup> **The Ready Guide to Intercept Legislation**, s.61

somut bir kanıttır. Oysa Türkiye’de TBMM’deki bir soru önergesine Adalet Bakanlığı “2005-2006-2007 yıllarında telefon dinlemeleriyle ilgili olarak Bakanlığımızda istatistiki veri bulunmamaktadır” biçiminde yanıt verirken<sup>1257</sup>, iletişimin denetlenmesinin teknik olarak uygulayan Telekomünikasyon İletişim Kurumunun Başkanı ayrıntı vermeksizin ve şifahi olarak Türkiye genelinde nüfusa oranla % 1 (yani yaklaşık 70000) dinleme olduğu bilgisini vermektedir<sup>1258</sup>. Oysa olması gereken bu konuda ilgili kurumlara yasal bir yükümlülük getirip düzenli olarak iletişimin denetlenmesi önlemi konusunda belli makamlara bilgi verilmesi ve böylece kamuoyu önünde de şeffaflığın sağlanabilmesidir.

ee) Yasal sisteme aykırı yönetmelik hükmü

İletişimin denetlenmesi konusunda son olarak Türkiye’de bir dönem çok tartışılan ve yukarıda tartışılan önlemlerle doğrudan ilgisi de olan bir yönetmelik hükmüne değinmek gerekmektedir. Adı geçen yönetmelik 28 Mayıs 2009 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”dir. İşletmecilerin Hak ve Yükümlülükleri başlıklı 19.maddesinin f) bendine göre gerek elektronik haberleşme gerekse telefon hizmeti sunan işletmeciler; bu hizmetlerden yararlananların sayısını, kimlik bilgilerini, görüşme süreleri ile görüşmelere ait trafik bilgilerini bir yıl süreyle muhafaza etmekle yükümlüdür. Ayrıca yine aynı maddenin a) fıkrasına göre işletmeciler istenen bilgi ve belgeleri sunmak zorundadır. Burada yapılan işlemin iletişimin tespiti işlemi olduğu, söz konusu önlemin tanımından da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135.maddesine aykırılık olduğu düşünülebilir. Ancak aynı maddenin son fıkrası yalnızca dinleme ve kayda alma önlemleri açısından başka usulleri yasaklamış, bir başka deyişle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin yanında iletişimin tespitini ayırık tutmuştur. Bu durumda başka biçimde de iletişimin tespit edilebileceği kabul edilebilir.

Buna karşın, her ne kadar iletişimin tespiti, dinleme ve kayda almaya göre daha az müdahaleci bir önlem olsa da, sonuçta haberleşmenin gizliliğine ve kişisel verilere

<sup>1257</sup> Vatan Gazetesi, 26 Nisan 2009

<sup>1258</sup> Fethi Şimşek, “Özel Hayatın Gizliliği ve Özel Haberleşme Özgürlüğü Açısından Önleme ve Adli Amaçlı Yapılan İletişimin Denetlenmesi” paneli, **Dünya’da ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, İstanbul, 28 Mayıs 2010

ve dolayısıyla da özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşımaktadır. O halde Anayasanın 22.maddesine giren bir temel hak söz konusu olduğundan yine Anayasanın 13.maddesi gereği bir “kanun” yapılması gerekmektedir. Oysa yukarıda değinilen hükmün bulunduğu Yönetmeliğin dayanağı olan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 12.maddesinde işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler ve işletmecilerin de bunlara uyma zorunluluğu dile getirilmekle birlikte iletişimin tespiti ve kişisel verilerin saklanması dair bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde kanunda bulunmayan ve temel hakları kısıtlayan bir yetkinin yönetmelik ile verilmesinin hukuka aykırı olduğu ortadadır. Böylece ortada Türk Ceza Kanunu’nun 24.maddesi anlamında bir kanun hükmü veya hukuka uygun emrin icrası söz konusu olmadığından halen de uygulanmakta olan bu işlemin bir hukuka uygunluk sebebi oluşturamayacağı ve aynı kanunun 135.maddesi veya kabule göre 134.maddesindeki suçun işlenmekte olduğu ortadadır.

Benzer bir düzenleme ve tartışma Almanya’da da yaşanmış, nihayet 2 Mart 2010 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı<sup>1259</sup> ile konu yeni bir boyut kazanmıştır. Karara ilgi çekici olması nedeniyle değinilmesinde yarar vardır. Almanya’da 2006/24/EC numaralı Avrupa Birliği Yönergesi’nin iç hukuka geçirilmesi kapsamında Telekomünikasyon Kanunu’na (“*Telekommunikationsgesetz*”) 113a ve 113b maddeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu’na ise (“*Strafprozessordnung*”) 100g maddeleri eklenmiştir. Buna göre servis sağlayıcılar, tıpkı Türkiye’de olduğu gibi, telefon ve elektronik haberleşme hizmetlerine dair trafik bilgilerini altı ay süre ile saklamakla yükümlü kılınmışlardır<sup>1260</sup>. Bu veriler ceza soruşturması, kamu güvenliğine yönelik somut bir tehlikenin engellenmesi ve istihbarat amacıyla kullanılabilir.

Yapılan geniş katımlı başvurular sonucunda dava önüne gelen Alman Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi Anayasanın 10-1.maddesinde korunan “haberleşmenin gizliliği” hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Öncelikle Mahkeme, verilerin 6 aylık süre boyunca herhangi bir gerekçe olmaksızın saklanmasını

<sup>1259</sup> [www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-011en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-011en.html) (Erişim: 27.5.2010)

<sup>1260</sup> Söz konusu verinin boyutu konusunda verilen örneğe göre yalnızca Deutsche Telekom bünyesinde 19 Terabyte veri toplanmıştır, bu da 5 milyar sayfa etmektedir bkz. Mark A. Zoller, “Die Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten – (Deutsche) Wege und Irrwege”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, İstanbul, 2010, s.35

anayasaya aykırı bulmamıştır<sup>1261</sup>. Bunun yanında Mahkeme önemli tespitlerde bulunmuş ve mevzuatın nasıl olması gerektiğini ayrıntılı biçimde açıklamıştır.

Öncelikle Mahkeme, her ne kadar yapılan kayıtlarda içeriğe bir müdahalede bulunulmasa da, verilerin ilgilinin özel hayatına ilişkin olduğunu, onun toplumsal, siyasi bağlantılarını, kişisel tercihlerini, eğilimlerini ve hatta “zayıflıklarını” ortaya koyacağını belirtmiştir. Böylece içerik kaydedilmeksizin yalnızca iletişimin tespitinin de özel hayatın gizliliğine müdahale anlamı taşıdığını ortaya bu koyan bu içtihat Türkiye’deki uygulamalar açısından da dikkate alınmalıdır.

Buna karşın Alman Anayasa Mahkemesi belirli koşullara uyulmak kaydıyla müdahalenin hukuka uygun hale gelebileceğini de ifade etmiştir. Öncelikle Mahkeme, tüm verilerin merkezi bir resmi kurumda değil de özel sektördeki servis sağlayıcılarda toplanmasını bir avantaj olarak kabul etmiştir. Böylece devletin tüm verilere her an ulaşma olanağı bulunmamaktadır. Öte yandan Mahkeme, özel güvenlik hükümleri içeren ve bu hükümleri bağlayıcı ve açık olan bir kanunun gerekliliğine işaret etmektedir. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ulaşılabilir ve öngörülebilir yasal düzenleme içtihadı ile bir benzerlik bulunmaktadır. Türkiye’dekinin ise yalnızca bir yönetmelik hükmü olduğu unutulmamalıdır.

Diğer yandan verilerin kullanılabilmesi de belirli amaçlarla ve koşullarda olabilmelidir. Örneğin suçların soruşturulması için özel olgulara dayanan şüphe aranmalı, tehlikenin önlenmesi, bir diğer deyişle önleyici bir kullanım söz konusu ise kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne veya özgürlüğüne yönelik ya da Federal Hükümet veya bir eyaletin güvenliğine ya da genel güvenliğe yönelik yeterince ispatlanmış somut bir tehlike söz konusu olmalıdır. Türkiye’de bu koşulların da bulunmadığı, özel servis sağlayıcıların istenen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olması karşısında bu güvencenin de bulunmadığı açıktır.

<sup>1261</sup> Burada Mahkeme’nin AB Yönergesi ile çatışmaya girmek istemediği için böyle bir karar aldığı iddia edilmektedir. Zira Yönerge’nin 6.maddesine göre üye ülkeler verileri 6 ay ila 2 yıl arasında saklamak zorundadır. Ayrıca bu maddeyle ilgili olarak İrlanda Yüksek Mahkemesi’nin Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na başvurduğu da belirtilmiştir bkz. “Özel Hayatın Gizliliği ve Özel Haberleşme Özgürlüğü Açısından Önleme ve Adli Amaçlı Yapılan İletişimin Denetlenmesi” paneli, **Dünya’da ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, İstanbul, 28 Mayıs 2010

Ayrıca bazı kişiler arasındaki iletişim mutlak olarak dokunulmaz olmalıdır. Mahkeme buna örnek olarak sosyal yardım kuruluşları ve dini kurumlarla yapılan görüşmeleri örnek olarak göstermiştir. Türkiye’de iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasında şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar arasındaki görüşmeler mutlak olarak korunurken (CMK m.135/2), iletişimin denetlenmesi açısından herhangi bir gizli alan bulunmamaktadır. Burada da Alman Mahkemesi’nin görüşünü temel alarak bir düzenleme yapmak yerinde olacaktır. Zira iletişimin dinlenip kayda alınmasının aksine kişinin örneğin eşi veya anne-babasıyla yaptığı görüşmelerin yalnızca tespit edilmesi özel hayatının gizliliğine bir müdahale olmakla birlikte ağır bir müdahale oluşturmamaktadır. Oysa kişinin bazı hekimlerle, psikologla görüşmesi, sosyal yardım kurumlarından danışmanlık-yardım alması onun açısından daha mahrem ve gizli kalmasını isteyebileceği bilgilerdir. Bu nedenle benzeri durumları kapsayan bir gizli alan yaratmak hakkın daha etkin korunması ve ölçülü müdahale ilkesi açısından gereklidir.

Tüm bunlara ek olarak şeffaflık ilkesi de Mahkeme’nin korunmasını istediği ilkeler arasındadır. Buna göre veriler kullanılırken, kural olarak, ilgiliye bilgi verilmeli, gizli kullanım ancak sıkı koşullar altında ve yargıç kararı ile yapılabilir. Zaten Alman Anayasa Mahkemesi genel olarak, yargıç denetimine de işaret etmektedir. Son olarak ihlallerin cezai yaptırımlarla cezalandırılması gerektiği de belirtilmektedir. Ülkemizde ceza soruşturması ve kovuşturması açısından iletişimin tespiti halinde yargıç kararı, denetimi tartışmalı olmakla birlikte, olmasına rağmen söz konusu verilerin bir yıl boyunca depolanması konusunda herhangi bir yargısal müdahale bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüm bu değerlendirme ve tartışmaların ışığında tıpkı Almanya’daki gibi verilerin saklanması ile ilgili hükmün hukuka aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Bunun sonucunda da bu eylem Türk Ceza Kanunu’nun 135.maddesi anlamında suç oluşturmaktadır. Ayrıca elde edilen verilerin kötüye kullanılması halinde ise 134.madde söz konusu olabilecektir.

#### b) Teknik araçlarla izleme

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi gelişen teknolojinin izin verdiği ve kişilerin habersizce görüntülenmesi ve

aralarındaki konuşmaların dinlenmesini ifade eden, böylece de özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale niteliği taşıyan bu önlem dünyada çok tartışılmıştır. Halen de tartışılmaktadır. Zira bir kişinin görüntü ve seslerinin bilgisi dışında sürekli olarak kaydedilmesi iletişimin denetlenmesine göre daha ağır bir müdahaledir. Çünkü bir iletişim aracını kullanmama veya kullanırken belirli bilgileri gizleme olanağı her zaman vardır. Oysa görüntü ve sesleri kaydedilen kişinin gizleyebileceği bir mahremiyeti kalmamıştır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi de teknik takibi özel hayata ağır bir müdahale olarak yorumlamaktadır. Bunun sonucunda da ilgili düzenlemenin ayrıntılı bir kanun olması gerektiği söylenmektedir<sup>1262</sup>. Hatta İngiltere’de bir mahkeme, ceza davası sırasında kamuya açık yerlerde, hiçbir özel unsur olmasa bile gizli kamera ile yapılan çekimin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>1263</sup>.

Ayrıca iletişimin denetlenmesi ile kişinin hayatının yalnızca belirli bir kısmı öğrenilirken, teknik takipte ilgilinin bütün yaşamı gözler önüne serilebilmektedir. Böylece örneğin Fransa’da iletişimin denetlenmesi kararı veren yargıcın gerekçe sunma zorunluluğu yok iken teknik takip kararını gerekçelendirmesi zorunludur (CPP art.706-73). Bunun da önemli bir güvence olduğu söylenmektedir<sup>1264</sup>. İsviçre’de de teknik takip Ceza Kanunu’nda açıkça bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Zira özel hayatın gizliliğinin görüntü alınması/kaydedilmesi yoluyla ihlalini cezalandıran 179quarter maddesinden sonra 1979’da eklenen 179octies maddesinde kanun ile izin verilmiş ve yargıcın onay verdiği haller istisna tutulmuştur<sup>1265</sup>.

Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme 1979 tarihli *Dalia v. United States* davasında kolluğun bir konuta girmek için izni olması halinde içeriye teknik takip cihazı yerleştirme yetkisinin de bulunduğu hükmetmiştir<sup>1266</sup>. Türk Hukukuna göre ise arama ve teknik takip önlemleri farklı olup farklı kararlara tabi olduğundan (CMK m.119 ve m.140) böyle bir yaklaşım olanaklı değildir. Fransa’da Yargıtay 23 Kasım 1999 tarihli kararında gerçeği ulaşmayı amaçlayan

<sup>1262</sup> Bernard Sträuli, **a.g.e.**, s.122

<sup>1263</sup> N.A.Moreham, **Privacy in public places**, s.629

<sup>1264</sup> Edouard Verny, “Des sonorisations et des fixations d’images décidées par le juge d’instruction”, **Revue pénitentiaire et de droit pénal**, 2004/4, s.783

<sup>1265</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.225 vd.

<sup>1266</sup> Amitia Etzioni, **a.g.e.**, s.96

genel soruşturma yetkilerine dayanarak yargıç kararı ile gizli dinleme (“*sonorisation*”) yapılmasına, savunma hakkına saygı gösterilmek kaydıyla izin vermiştir. Ama bir sene sonra daha olumsuz bir tavır sergileyerek, gizli dinleme aleti yerleştirmek için arama izni ile konuta girilmesi olayında, “*arama, yalnızca gerçeği ortaya koyacak nesnelere bulmak amacı ile yapılabilir*” gerekçesi ile uygulamayı hukuka aykırı bulmuştur<sup>1267</sup>. İngiltere’de ise tıpkı iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi teknik takipte de gerek ilk yasal düzenleme olan *Police Act 1997* gerekse sonraki ve daha geniş düzenleme olan *The Regulation of Investigatory Powers Act 2000* kanunları yargıç kararını öngörmemektedir. Bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi açısından sorun yaratabileceği öğretilerde ifade edilmektedir<sup>1268</sup>.

#### aa) Koşulları

Yasal düzenleme yapılması gerektiği söylemleri ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun kimi hükümlerinin adeta “zorlanarak” uygulanmasına yönelik eleştirilerin<sup>1269</sup> ardından Türkiye’deki ilk yasal düzenleme 4422 sayılı kanunun 3.maddesinde yer almış ve bu kez de gerek konut dokunulmazlığını gerekse özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği hatta “mahvettiği” gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>1270</sup>. Kanun ile avukat ve hekim gibi meslek gruplarının sınırlarının dahi “ellerinden alındığı” ileri sürülmüştür<sup>1271</sup>. Daha genel düzenleme ise Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140.maddesi ile yapılmıştır. “Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı maddenin genel yapısı 135.maddeye benzemektedir. Öncelikle kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve son çare ilkesinin söz konusu olması yani başka suretle delil elde edilmemesi halinin bulunması gerekmektedir<sup>1272</sup>. Bu bağlamda yukarıda yapılan açıklamalar ile değinilen sorunlar aynen burada da geçerlidir. Ayrıca örneğin Fransa’da teknik araçlarla takip yapılabilmesi için kanunda “araştırmanın gerekleri” tabiri kullanılmakta (CPP art.706-97) ve öğretilerde bunun, basit şüpheyi geçen “çok kuvvetli şüphe” anlamına geldiği ifade

<sup>1267</sup> Edouard Verny, **a.g.e.**, s.778

<sup>1268</sup> Andrew Ashwort – Michelle Strange, **a.g.e.**, s.140-141

<sup>1269</sup> Oya Araslı, **a.g.e.**, s.238

<sup>1270</sup> Duygun Yarsuvat, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre ...**, s.31

<sup>1271</sup> Duygun Yarsuvat, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre ...**, s.34

<sup>1272</sup> İsviçre’de aynı kural vardır bkz. Alain Bauer – Pierre Cornu, **Code de procédure pénale necuhâteloise annoté**, Neuchâtel, 2003, s.384

edilmektedir<sup>1273</sup>. İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu'nda ise “*ciddi bir suçun hazırlandığı şüphesi ve zararlı sonuçlarının önlemek amacıyla*” kanton polis teşkilatı müdürünün emri ile teknik araçlarla izleme yapılabilmektedir<sup>1274</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği kararlarda söz konusu önlemlere başvurabilmek için şüpheyi ortaya koyan somut bilgi ve bulguların varlığını aramakta, genel ve soyut şüpheyi kabul etmemektedir<sup>1275</sup>. Belçika'da da “*araştırmanın gerekleri*” ve “*başka suretle delil elde edememe*” koşulları getirilerek<sup>1276</sup> Türkiye'deki ikileme düşülmemiştir.

İlk bakışta teknik araçlarla izleme önleminin iletişimin denetlenmesi gibi sayılan katalog suçların soruşturma ve kovuşturulmasında uygulanabileceği söylenebilir. Zira madde ilk fıkrada hem şüpheli hem de sanıktan söz etmektedir. Buna karşın 14 Ocak 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” 4.maddesinin teknik araçlarla izlemeyi tanımlayan k) bendinde ve usulün anlatıldığı 15.maddenin 1.fikrasında yalnız suçların soruşturulmasından söz edilmektedir. Öyleyse yönetmeliğin yetkiyi daralttığı ve teknik araçlarla takibin yalnızca soruşturma sırasında şüphelilerle ilgili olarak uygulanabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Zaten önlemin doğası gereği gizliliği esas olduğundan sanığın bulunduğu bir duruşmada karar verilmesinin pek de anlam ifade etmeyeceği ortadadır. Buna karşın örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde ve İngiltere'de adli amaçlı takibin yanında, devletin güvenliği için veya suçların önlenmesi amacıyla idarenin kararı (İngiltere'de Bakan kararı) ile istihbarat amaçlı takip de yapılabilmektedir<sup>1277</sup>.

Teknik araçlarla takip önlemi usul açısından iletişimin denetlenmesi önlemi ile birçok benzerlikler taşımaktadır. Bu bağlamda kural olarak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ve sonrasında yine yargıcın onayı burada da geçerlidir. Ancak bunun sonucunda benzer sorunlar yer almaktadır. Yargıçların adeta “otomatikleşen” kararları, gizlilik

<sup>1273</sup> Edouard Verny, “**Des sonorisations et des fixations ...**”, s.782; İsviçre'de de kuvvetli şüphe aranmaktadır bkz. Bernard Sträuli, **a.g.e.**, s.131

<sup>1274</sup> Alain Bauer – Pierre Cornu, **a.g.e.**, s.241

<sup>1275</sup> Alain Bauer – Pierre Cornu, **a.g.e.**, s.383

<sup>1276</sup> Damien Vandermeersch, **a.g.e.**, s.461

<sup>1277</sup> G.Cohen-Jonathan, **a.g.e.**, s.419; Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.4; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.861

nedeniyle denetim eksikliği, gecikmesinde sakınca bulunan hal ifadesinin yönetmelikte tanımlanması ve nihayet 3.fıkraya kural olarak süresi en çok dört hafta olabilen ve yalnızca bir kez uzatılabilenin sürenin, “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar” için sınırsız hale gelebilmesi 140.maddede de var olan sorunlardır. Süresiz uygulama sorunu diğer ülkelerde de dile getirilmektedir. Teknik araçlarla izleme önlemi ile 9 Mart 2004 tarihli kanun ile tanışan Fransa’da yargıçların her seferinde dört ayı geçmemek üzere uygulamayı defalarca uzatma yetkileri bulunmaktadır<sup>1278</sup>. Belçika’da ise ikili bir ayırım yapılmış ve daha basit suçların soruşturulmasında (kabahat ve bir kısım cünha ve cürümler) yetki savcıya verilirken, diğer cünha ve cürümlerin soruşturulmasında yetki soruşturma yargıcındadır<sup>1279</sup>.

Bunun yanında iletişimin denetlenmesinin teknik olarak daha kolay ve uygulanabilir olması kamuoyunda daha çok tartışılmasına yol açmıştır. Ayrıca 140.madde teknik takibin kullanım alanını da ciddi biçimde sınırlamıştır. 1.fıkraya göre “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri” ve “işyeri” takip edilebilmektedir. Her ne kadar bu maddenin doğal sonucu olsa da, 5.fıkra da kişinin konutunda teknik takip yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Böylece teknik araçlarla izleme önlemi açısından geniş bir gizli alan yaratılmış ve ölçsüz müdahalelerin önüne geçilmeye çalışılmıştır<sup>1280</sup>. Düzenlemenin kaynak ülkesi konumunda olan Almanya’da ise kural konut dışında teknik araçlarla izleme olmakla birlikte bazı özel koşulların varlığı halinde 1998 yılından bu yana konutta da uygulama yapılabilmektedir<sup>1281</sup>. Keza İtalya’da konutun suç mahalli olduğundan şüpheleniliyorsa teknik izleme orada da gerçekleştirilebilmektedir<sup>1282</sup>. Ancak yine de sorulması gereken soru kısıtlamanın yeterli olup olmadığıdır. Örneğin Fransa’da avukatın bürosuna, konutuna veya aracına söz konusu izleme araçları konamaz. Aynı korumadan basın-yayın kuruluşları, hekimlerin muayenehaneleri, noterlerin büroları ile milletvekili, senatör ve yargı mensuplarının araç, büro ve konutları da yararlanır<sup>1283</sup>. Avukatlar ve hekimler açısından benzer bir koruma Belçika’da da

<sup>1278</sup> Edouard Verny, “**Des surveillances nouvelles en droit pénal**”, s.1144-1145

<sup>1279</sup> Damien Vandermeersch, **a.g.e.**, s.461 ve s.495

<sup>1280</sup> Buna karşın Ünver sıkı koşullar altında konutta da izleme yapılabilmesi gerektiğini savunmaktadır bkz. Yener Ünver, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumunu ve Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

<sup>1281</sup> Sesim Soyer, **a.g.e.**, s.82; Hans-Jörg Albrecht, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumunu ve Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

<sup>1282</sup> Renzo Orlandi, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, İstanbul Kültür Üniversitesi, 27 Mayıs 2010

<sup>1283</sup> Edouard Verny, “**Des sonorisations et des fixations ...**”, s.785

vardır<sup>1284</sup>. Diğer yandan yine örnek olarak Avustralya'nın Yeni Güney Galler eyaletindeki kanun uyarınca gizli kamera ancak yargıç kararı ile, kıyafet değiştirme odaları, tuvalet, duş, banyo dışındaki yerlere konabilmektedir<sup>1285</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştirilen ve “*minimization*” denen yöntemle de teknik araçlarla dinleme yapılırken özel bir konuşma yapılıyorsa ara ara dinleme yapılarak özel konuşmanın bitip bitmediği kontrol edilmektedir. Ancak bu yöntemin özel alanı veya gizli alanı korumak için ne kadar yeterli olduğu tartışmalıdır<sup>1286</sup>. Türkiye’de de savunma hakkına daha etkin bir saygı göstermek açısından avukatlara yönelik özel bir düzenleme veya koruma alanı olması gerektiği ileri sürülebilir. Ayrıca tanıklıktan çekinme hakkı olanlarla, şüpheli/sanığın ortak görüntü ve seslerinin kaydı konusunda da daha kısıtlayıcı bir düzenlemeye gereksinim bulunmaktadır.

Diğer önemli bir nokta önlemin yapıldığı uygulama sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığına dair bir karar verilirse ya da Cumhuriyet savcısının yazılı emri yargıç tarafından onaylanmazsa ilgilinin bilgilendirilmesinin söz konusu olmamasıdır. 140.maddede 135.maddenin 4.fıkrası gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca Koruma Nedeniyle Tazminat başlıklı 141.madde ve devamındaki düzenleme de teknik araçlarla izleme önlemini öngörmemektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak izlenmiş veya hukuka uygun olarak izlenmiş ve fakat hakkında yeterli delil bulunamamış bir kişinin bu durumdan hiçbir zaman haberi olmayabilecektir. Bu durum ise hem özel hayatın gizliliğinin korunması hem de hukuk güvenliği açısından son derece sakıncalıdır. Anayasanın 36 ve 40.maddeleri de bu anlamda dikkate alınmalıdır. İsviçre’de kanunda açıklık olmamasına rağmen Federal Mahkeme ATF 109 Ia 309 sayılı kararı ile ilgili kişinin bilgilendirilmesine yönelik yasal düzenleme gerekliliğini kantonlar açısından kabul etmiştir<sup>1287</sup>. Türk Hukukunda da ya yasal düzenleme yapılması ya da Yargıtay’ın 135.madde ile kıyas yaparak bu yönde bir içtihat geliştirmesi gerekmektedir.

Son olarak değinilmesi gereken nokta teknik araçlarla izleme önleminin içeriğinin 140.maddede çizilen çerçeve ile sınırlı olduğudur. Bir başka deyişle ancak

<sup>1284</sup> Damien Vandermeersch, **a.g.e.**, s.448-449

<sup>1285</sup> Carolyn Doyle – Mikro Bagaric, **a.g.e.**, s.150

<sup>1286</sup> Rita Haverkamp, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumunu ve Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

<sup>1287</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.217, Bu yönde yasal düzenleme de yapılmıştır bkz. Alain Bauer – Pierre Cornu, **a.g.e.**, s.393

sayılan katalog suçların soruşturulmasında, usulüne göre alınmış yargıç kararı veya onayı bulunması koşuluyla ve kararda belirtilen kişilerle ilgili olarak uygulanabilmektedir. Bunun birinci sonucu tesadüfi delillerle ilgilidir. Her ne kadar teknik araçlarla izleme açısından 138.madde benzeri bir düzenleme olmasa da, 140.maddenin 4.fıkrası gereği elde edilen verilerin katalogda sayılan suçların dışında bir suçla ilgili herhangi bir soruşturma veya kovuşturmada kullanılması hukuken olanaklı değildir. Ancak iletişimin denetlenmesi önleminde olduğu gibi bu bilgi bir nevi ihbar sayılarak ve durumdan Cumhuriyet savcısı haberdar edilerek yeni bir soruşturmanın başlatılması sağlanabilir. Katalog dahili bir suç söz konusu ise yasal usul izlenerek yeni bir karar alınması gerekir. Örneğin İsviçre'deki yasal uygulama bu yöndedir<sup>1288</sup>. İkinci sonuç ise genel yollara yerleştirilen güvenlik kameralarının, kolluk güçlerinin toplumsal olaylarda, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kullandıkları kayıt cihazlarının ya da karayollarındaki trafik denetim araçlarının kullanılması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140.maddesi kapsamına giremez<sup>1289</sup>. Ancak bu yöntemlerin de özellikle son yıllarda çok yaygınlaşan güvenlik kameralarının da (özellikle MOBESE) özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşıyabileceği, kamuoyunda tartışmalı olduğu bilinen bir gerçektir.

#### bb) MOBESE kameraları

Genelleştirilmiş teknik izleme olarak adlandırılabilir MOBESE, İstanbul'daki güvenliği arttırmak amacıyla yapılan bir uygulamadır. Açılımı "Mobil Elektronik Bilgi Entegrasyonu" olup Araç Takip Sistemi, Muhtarlık Otomasyon Sistemi, Plaka Algılama Sistemi gibi başka sistemlerle de ilgilidir. Merkez ise resmi olarak 17 Haziran 2005'te açılmıştır. Dünyadaki kameralarla takip/güvenlik anlayışının bir yansıması olmak üzere Türkiye'de başta İstanbul olmak üzere birçok şehirde son yıllarda yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır. Güvenliğe olumlu katkısı tartışmalı olmakla birlikte tüm dünyada bu yönde genel bir eğilim olduğu da bilinen bir gerçektir<sup>1290</sup>.

Günümüzde kişinin özel hayatının yalnızca konutuyla sınırlı olmadığı, toplum içerisindeki görüntü ve seslerinin de başta kişisel verilerin korunması bağlamında

<sup>1288</sup> Alain Bauer – Pierre Cornu, **a.g.e.**, s.389

<sup>1289</sup> Aynı yönde bkz. Gérard Piquerez, **Procédure pénale suisse**, 2e éd., Zurich, 2007, s.520-521

<sup>1290</sup> Bkz. s.61 vd.

olmak üzere genel olarak özel hayatın gizliliğinin korunması için gerekli olduğu dikkate alındığında milyonlarca insanın yaşadığı büyük şehirlerde aralıksız çekim yapan, bu bilgileri kaydeden kameralar ve elde edilen verileri merkezi bir sistemde toplayan MOBESE sisteminin özel hayatın gizliliğine yoğun bir müdahalede bulunduğu açıktır. Tartışılması gereken müdahalenin hukuka uygunluğudur. Nitekim İsviçre’de 1987 yılında yapılan bir referandum ile güvenlik kameralarının kaldırılması reddedilmiş ancak kayıtların saklanması engellemek için kişilerin yüzlerinin “balık gözü objektif” kullanılarak tanınmaz hale getirilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir<sup>1291</sup>. Yine İsviçre’de Federal Mahkeme 2005 tarih ve ATF 131 I 272 sayılı kararında, yer altı garajındaki kamera kayıt sisteminin, izlenen kişinin kısıtlı bir sürede orada bulunması ve kayıtların 24 saat sonunda otomatik olarak siliniyor olması nedeniyle özel hayatın gizliliğine ciddi bir müdahalede bulunmadığına karar vermiştir<sup>1292</sup>. Aslında bu kararın karşıt anlamından çıkan sonuç yer altı garajı gibi dar ve kısıtlı bir alanda yapılan kamera kaydının dahi bir müdahale niteliği taşıdığı ancak otomatik kayıt silme gibi güvencelerin varlığı sayesinde müdahalenin ihlal boyutuna ulaşmadığıdır. İspanya’da ise bulunduğu binaya yirmi güvenlik kamerası yerleştiren ve fakat bu kameralarla sokaktaki kişileri de görüntüleyen şirkete 14 Ocak 2010’da 2500 Euro para cezası verilmiştir<sup>1293</sup>. MOBESE’deki durum ise bilinmemektedir.

Öncelikle irdelenmesi gereken temel bir hakkın kısıtlanması söz konusu olduğu için bunu öngören bir kanunun bulunup bulunmadığıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140.maddesi bu anlamda bir yasal altyapı oluşturmaz çünkü düzenlediği suçun işlenmesinden önceki genel bir izleme değil, suç işlendiği şüphesi nedeniyle belirli bir kişi veya kişilerin izlenmesidir. Uygulamanın konusu uyuşmamaktadır. Öte yandan MOBESE ile ilgili özel bir kanun olmadığı gibi ilgili olduğu düşünülebilecek 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ya da 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nda da herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca ilkinin birinci maddesinde polisin genel olarak görevleri sayılmış ve kamu güvenliğinin korunması da burada belirtilmiştir. İl İdaresi Kanunu’nun valinin görevleri ile ilgili 11.maddesinde ise hem A) hem de C) bentlerinde il sınırları içinde güvenliğin ve düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi görevleri ifade edilerek suç işlenmesinden önceki döneme vurgu yapılarak, valiye “gereken karar ve tedbirleri”

<sup>1291</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.229

<sup>1292</sup> Jean Ruegg – ..., **a.g.e.**, s.55

<sup>1293</sup> **International Data Protection Enforcement Bulletin**, May 2010

alma yetkisi tanınmıştır. Benzer bir yetki 32.maddeye göre ilçede kaymakama da tanınmıştır. Ancak bu yetkilerin genel yetkiler olduğu, yalnızca bu kanun hükümlerine dayanarak temel haklara, sürekli bir müdahalenin hukuki olmayacağı da açıktır. Aksi halde Anayasanın 13.maddesine aykırı hareket edilmiş olacağı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8.madde kapsamındaki müdahalelerde varlığını aradığı ulaşılabilir ve öngörülebilir yasal düzenleme talebi de karşılanmamış olacaktır. Aslında bir bakıma bu derece genel ve soyut bir kanun hükmü ile sürekli kayıt yapan güvenlik kameralarının kullanılması, eski dönemde 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 91 ve 92.maddesinden hareketle iletişimin denetlenmesi kararı verilmesine benzemektedir. Sürekli olarak yapılan kayıtlarla ve bu kayıtların saklanması ile Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin ihlali söz konusu olmaktadır. Aynı biçimde İngiltere, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde de güvenlik kameralarının kullanımı ile ilgili yasal düzenleme olmadığı belirtilmektedir<sup>1294</sup>. Buna karşın Fransa'da mevzuata aykırı olarak kamera yerleştirmek, kullanmak, kayıt yapmak veya kayıtları gerektiği gibi silmemek, Ceza Kanunu'nun hükümleri saklı kalmak koşulu ile, üç yıla kadar hapis cezası ve 45.000 euro adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Söz konusu 21 Ocak 1995 tarihli kanununun 10 ve 10-1 maddeleri kamuya açık yerlere güvenlik kameralarının yerleştirilme ve kullanılma usullerini düzenlemektedir. Örneğin kararın verilebilmesi için yargı mensuplarının da bulunduğu çeşitli kurullardan onay almak gerekmektedir. Ayrıca bu kameraların konutların içini ve hatta girişlerini göstermeyecek bir biçimde yerleştirilmesi gerekir. Aksi uygulama İsviçre Hukuku açısından da Federal Mahkeme'nin ATF 118 IV 41, 50 F sayılı kararında da ortaya konduğu gibi suç oluşturmaktadır<sup>1295</sup>. Oysa MOBESE kameraları açısından, ölçülülüğü sağlamaya yönelik olarak böyle yasal bir kısıtlama yoktur. Bir diğer güvence olarak kayıt yapan, dolayısıyla da verileri saklayan kameralar konusunda kişilerin bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilmekte<sup>1296</sup> ve fakat bu koşul da MOBESE sisteminde yerine getirilmemektedir. Burada Venedik

<sup>1294</sup> Christopher Slobogin, **a.g.e.**, s.89: Yalnızca Kanada'nın bazı eyaletleri ile İngiltere'de ihlal halinde hiçbir cezai, idari ve ya hukuki sorumluluğun doğmadığı "Uygulama Kılavuzları" ("Code of Practice") bulunmaktadır.

<sup>1295</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.940; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.189

<sup>1296</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.941

Komisyonu'nun kamusal alanlardaki kamera takip sistemleri ile ilgili görüşü ve önerileri hatırlanmalıdır<sup>1297</sup>.

Diğer yandan Fransız Kanunu kişilerin haklarının korunabilmesi açısından iki önemli kural koymuştur. Birincisi adli soruşturma dışında kayıtlar bir ay içinde imha edilmek zorundadır. Aslında ilk başta bazı uzun süreli soruşturmaları düşünerek altı ay olması öngörülen sürenin özel hayatın gizliliğini korumak kaygısı ile bir aya düşürüldüğü de belirtilmelidir<sup>1298</sup>. İsviçre'de gösteri sırasında kolluk görevlilerin çektiği resim ve filmler soruşturma dışında üç ay içinde, sınır bölgesinde kaydedilenler üç hafta içinde, tren yolu civarındakiler ise 24 saat içinde yok edilmek zorundadır<sup>1299</sup>. İkincisi ilgililerin kendileriyle ilgili kayıtlara ulaşma hakkı vardır. Oysa Türkiye'de bu çok önemli iki kural da bulunmamaktadır. Ayrıca şeffaflık/hesap verme gereğinin bir yansıması olarak Fransa'da bizzat hükümet her sene, kişisel verilerin korunmasında sorumlu olan ulusal komisyona o seneki uygulamayla ilgili bir rapor sunmak zorundadır. Ancak Türkiye'de tıpkı iletişimin denetlenmesi veya teknik takiple izleme önlemlerinde olduğu gibi güvenlik kameraları açısından da böyle bir zorunluluk veya uygulama bulunmamaktadır.

Bir diğer örnek olarak Belçika'ya bakıldığında ise 21 Mart 2007 tarihli özel bir kanun ile düzenleme yapıldığı görülmektedir. Kanunda belirtilen amaç çeşitli suçların önlenmesi ve tespit edilmesidir. Kameralar açık alanlara, kapalı ama kamuya açık olan alanlara ve kamuya kapalı alanlara yerleştirilenler olarak üçe ayrılmaktadır. Farklı kurallar olmakla birlikte bazı hallerde şehir meclisinden izin almak, kolluk amirine haber vermek, Özel Hayatı Koruma Komisyonu'na bilgi vermek gibi koşullar bulunmaktadır. Ayrıca ilgilinin kamera takip sistemi bulunduğu dair bir uyarıcı levha asma zorunluluğu da bulunmaktadır. Kameraların başka alanları kaydetmesi yasak olduğu gibi kişilerin mahremiyetine zarar verilmemesi ve kişisel veri toplama aracı olarak kullanılmaması gerekmektedir. Son olarak kayıtların, kural olarak, bir aydan fazla saklanması Belçika'da da yasak olduğu vurgulanmalıdır<sup>1300</sup>.

<sup>1297</sup> Bkz. s62-63

<sup>1298</sup> Jacques Georgel, **a.g.e.**, s.59-60

<sup>1299</sup> Alexandre Flückiger – Andreas Auer, **a.g.e.**, s.927; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.229

<sup>1300</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.297-302

cc) İletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izlemenin birlikte uygulanabilmesi sorunu

Yukarıda değinilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme önlemleri arasında yasal olarak bir sıralama bulunmamaktadır. Bu nedenle ölçülülük ilkesi gereği en az müdahale eden önlemin yeğlenmesi gerekmektedir birlikte, koşulların gerektirmesi halinde hepsine birden başvurulabileceği de söylenebilir<sup>1301</sup> de başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması her bir önlem için gerekli bir koşul olduğundan aslında teorik olarak adı geçen önlemlerin bir arada kullanılmasının önünde yasal bir engel bulunduğu açıktır. Ancak yine de bir belirleme yapmak gerekirse teknik araçlarla izlemenin, yukarıda da değinildiği gibi, daha müdahaleci bir önlem olduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar konut dışında, kamuya açık yerlerde ve işyerinde uygulanabilecek bir önlem de olsa bir kişinin yaşamı düşünüldüğünde yine de iletişimde geçirdiğinden daha yoğun ve uzun bir sürenin izlendiği ortadadır. Ayrıca iletişimin denetlenmesinde de içeriğe yönelik birçok kısıtlamalar olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda ancak iletişiminin denetlenmesinden de sonuç alınmaması veya sonuç alınamayacağının öngörülmesi halinde teknik araçlarla izleme yoluna başvurulabileceği, yukarıdaki görüş çerçevesinde ileri sürülebilir. Buna karşın Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin yukarıda da değinilen kararında<sup>1302</sup> her iki önlemin birden kullanılmış olmasıyla ilgili bir tartışmaya girmediği ve böylece arada bir sıralama olmadığı görüşüne zımni olarak onay verdiği görüşü ileri sürülebilir. Yine de dava dosyası tam olarak incelenmeden tam bir sonuca ulaşılmaz.

### c) Arama

Arama önlemi içeriği ve temel hak ve özgürlükler mevzuatındaki yeri itibarıyla (AİHS m.8; AY m.20) doğrudan özel hayatın gizliliğini ilgilendiren bir müdahale şekli olarak gözüke de, Türk Hukukunda yalnızca resmi görevlilerin arama yetkisine sahip olması (CMK m.119, PYSK m.9) ve bu kişilerin de hukuka aykırı olabilecek aramalarının Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesine göre özel hüküm durumundaki 120.madde veya duruma göre 116.madde tarafından cezalandırılıyor olması

<sup>1301</sup> Mustafa Ruhan Erdem, **a.g.e.**

<sup>1302</sup> Bkz. s.230

nedeniyle “arama” önlemi “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

Anayasanın 20.maddesi ve ilgili mevzuat değerlendirildiğinde zaten resmi görevli olmayan kişilerin arama yapması hiçbir biçimde hukuken olanaklı değildir. Aksi uygulama yukarıda da değinildiği gibi 134.maddenin uygulanması sonucunu doğuracaktır<sup>1303</sup>. Burada özel olarak değinilmesi gerekenler 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gereğince hizmet gören özel güvenlik görevlileridir. Zira bu kişiler resmi görevli olmamakla beraber, anılan kanunun 7.maddesi uyarınca kişileri ve eşyalarını detektörle veya X-ray cihazı ile arama, hakkında yakalama emri veya mahkumiyet kararı olanları arama, belli koşullarda işyeri veya konuta girme gibi arama önlemi kapsamına girecek yetkilere sahiptir<sup>1304</sup>. Öte yandan her ne kadar bu kişiler resmi görevli olmasalar da hem 5188 sayılı kanunun 23.maddesi gereği görevleriyle ilgili suçlarda kamu görevlisi sayılırlar hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6.maddesinin (c) fıkrasına göre bu kişilerin yerine getirdiği güvenlik sağlama faaliyetinin “kamusal faaliyet” olduğu düşünülecek olursa yine ceza kanun anlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerekir. Dolayısıyla bu kişilerin yapacağı hukuka aykırı aramalar da Türk Ceza Kanunu’nun 120.maddesi kapsamında değerlendirilecek, 134.madde ve ilgili hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olmayacaktır.

Aramanın bir özel biçimi de 5584 sayı ve 1950 tarihli Posta Kanunu’nun 45.maddesinde yer almaktadır. Buna göre 40 ve 41.maddelerde sayılan (patlayıcı maddeler, uyuşturucu maddeler, suça teşvik eden resim ve yazılar vb.) ve posta ile gönderilmesi yasak olan maddelerin yurtiçi bir gönderinin içinde bulunduğu “sezilirse” ve alıcının rızası yoksa postane bünyesinde oluşturulan bir kurul tarafından açılır ve yasak olmayan maddeler alıcısına verilir. Suç teşkil eden madde ile ilgili ise soruşturma makamlarına haber verilir<sup>1305</sup>. Yurtdışı gönderi geri gönderilir. Düzenlemede gerekenin aksine kesin koşulların belirlenmemiş olması ve özellikle “sezilirse” gibi muğlak ifadelerin kullanılması nedeniyle yasallık açısından sorun olduğu açıktır. Ancak yapılan eylem, bir haberleşme söz konusu olduğundan Türk

<sup>1303</sup> Bkz. s.189

<sup>1304</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. K. Ahmet Sevimli, **a.g.e.**, s.56

<sup>1305</sup> Hakkı Demirel, **a.g.e.**, s.68

Ceza Kanunu'nun 134.değil 132.maddesi açısından önem taşımakta ve sonuç doğurabilmektedir.

Öte yandan bizatihi arama eyleminin hukuka aykırı olmasının sonuçları 134.madde dışında olsa bile hukuka uygun bir aramanın sonucunda elde edilen bilgilerin hukuka aykırı olarak saklanması ve/veya ifşa edilmesi bu madde anlamında suçun oluşmasına yol açabilir. Örneğin hukuka uygun biçimde ve usulüne uyularak yapılan bir aramada kişinin özel fotoğraflarının veya dosyalarının görülmesi ve bunlara el konulması olasılık dahilindedir. Ancak kolluk görevlisinin bunların bir kısmını kendine saklaması 134.maddenin birinci fıkrası anlamında suç oluşturacağı gibi daha sonra ifşa edilmesi de bu aynı maddenin ikinci fıkrası bakımından suç oluşturacaktır ve bu durumda aramanın hukuka uygun olması 116 ve 120.maddedeki suçlar açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluştursa da tamamen aramanın kapsam ve amacının dışına çıkıldığı için 134.maddenin işlenmiş olmasını engellemeyecektir. Bu konudaki tartışma aşağıdaki “İçtima” bölümünde yapılacaktır<sup>1306</sup>. Ancak yine de somut bir örnek olarak, suçun oluşması ile ilgili bir hüküm verilememiş de olsa Bakırköy Mahkemesi'nce karara bağlanan bir davadan söz edilebilir. Bir soruşturma kapsamında kişinin bilgisayarında ilgili mevzuat uyarınca arama yapılmış ancak ele geçirilen bilgilerin kamuoyuna ifşa edilmesi üzerine kişi şikayette bulunmuş ve 134.maddeye göre dava açılmıştır. Her ne kadar 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26.maddesi gereğince zamanaşımı süresi dolduğundan mahkemece düşme kararı verilmiş ve somut olay tartışılmamışsa da, olaydaki arama hukuka uygundur ve fakat sonuçları itibarıyla 134.maddenin işlenmesine yol açabileceğine dair somut ve önemli bir örnektir.

#### d) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139.maddesinde düzenlenen ve genel bir düzenleme ile Türk Hukukuna giren “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” yöntemi yukarıda değinilen “arama” tedbirine benzer bir biçimde sonuçları açısından değerlendirildiğinde özel hayatın gizliliğini ihlal sonuçları doğurabilmektedir. Örneğin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişinin oluşturulan örgüt üyeleriyle ilgili olarak özel hayat bilgileri edinmesi olası ve hatta çoğu zaman

<sup>1306</sup> Bkz. s.315

kaçınılmazdır. Bu bilgilerin de soruşturma-kovuşturma dışında kullanılması, ifşa edilmesi halinde ilgililerin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Zira şüpheli/sanık/hükümlülerin de özel hayatı olduğu açıktır. Nitekim ilgili 139.maddenin altıncı fıkrasında da bu olasılıklar öngörülerek, biraz da hatalı bir Türkçe ile, “*soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz*” hükmünü getirmiştir. “Kişisel bilgi” kavramı “kişisel veri” kavramından daha geniş olup kişiyle ilgili tüm bilgiler demek olduğundan özel hayat bilgilerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla kişilerin özel hayatıyla ilgili olarak elde edilen bilgiler ancak soruşturma-kovuşturmada kullanılabilir. Burada bilgilerin ifşası açısından bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin gizli soruşturmacının bir şüphelinin başka birileri ile olan kişisel ilişkilerini, soruşturma gereğince dosyada ifşa etmesi hukuka uygun olacaktır. Ancak kişinin ilgisiz sağlık bilgilerinin gerek soruşturma dosyasında ifşa edilmesi gerekse üçüncü kişilere iletilmesi ya da bir soruşturmada kural olarak gerekli olmayacak cinsel eğilim bilgilerinin ifşa edilmesi halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun maddi unsuru gerçekleşmiş olacak ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin koşulları dışına çıkıldığı için hukuka uygunluk sebebi bulunmadığından suç tamamlanmış olacak, hatta görüntü veya seslerin ifşası halinde 134.maddenin 2.fıkrası uygulanabilecektir .

## **2)Meşru savunma ve zorunluluk hali**

### **a) Meşru savunma**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 25.maddesinin 1.fıkrasında yer almaktadır. Ceza kanununda yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden olan meşru savunma halinde fail, kendisine veya bir başkasına karşı yapılan veya gelecekte kesin olarak yapılacak olan haksız bir saldırıyı defetmek için orantılı olarak, aslında suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirir. Birçok teorinin yanında en çok insanın kendini savunma içgüdüğü ve hukuk düzeninin hiçbir şekilde bir hakkın saldırıya uğramasına izin veremeyeceği görüşleri ile açıklanan kurum<sup>1307</sup> her ne kadar maddedeki düzenlemesinden sanki bir cezasızlık sebebi gibi anlaşılabilir; gerek kurumun yapısı gerek Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223.maddesinin 2.fıkrasının “d” bendi

<sup>1307</sup> Timur Demirbaş, a.g.e., s.267-268

karşısında eylemi tamamen hukuka uygun hale getirip suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk sebebi olarak yorumlamak gerekmektedir<sup>1308</sup>.

Meşru savunmanın koşulları saldırıya ve savunmaya ilişkin olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Buna göre saldırının; bir hakka yönelmesi, haksız olması ve halen olması veya gerçekleşmesinin / tekrarının muhakkak olması gerekmektedir. Savunma açısından savunmada zorunluluk bulunması, savunmanın saldırı karşısında orantılı olması ve saldırgana karşı yapılması gerekmektedir<sup>1309</sup>. Bu bağlamda kasten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesindeki eylemi yapan failin, sayılan koşullara uyması halinde hukuka uygun hareket etmiş ve suç işlememiş olacağı teorik olarak doğrudur. Ancak “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun meşru savunma ile birleşmesi pratik olarak neredeyse olanaksızdır. Örneğin yabancı ülkelerde, aslında Türk Ceza Hukuku açısından 132.madde bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilecek olan ancak sonuçları itibarıyla 134.madde açısından da değerlendirilebilecek olan iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesinin hakaret, tehdit veya telefonla rahatsız etme suçları bakımından bir meşru savunma hali oluşturabileceği ileri sürülmektedir<sup>1310</sup>. Oysa böyle bir durumda koşulları oluşmayan meşru savunmanın devreye girmesi söz konusu olamaz. Zira kurumu tanımlayan 25.maddede “saldırıyı defetmek zorunluluğundan” söz etmekte ve bu da öğretide “savunmada zorunluluk bulunması” koşulu ile belirtilip; saldırıdan başka türlü kurtulma olanağı olmaması<sup>1311</sup> ve saldırı ile savunmanın hem zamanlılığı<sup>1312</sup> olarak açıklanmaktadır. Halbuki örnek olayda bu koşul yerine gelmemektedir. Öncelikle telefon yoluyla yapılan hakaret veya tehdidi gizlice kaydetmek “saldırı defetmek” amacını sağlayamaz. Yalnızca mağdurun elinde, yetkili makamlara şikayette bulunduğu iddiasını ispat etmek için gerekli kanıtlar bulunur. Kanıtları toplamak ise Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca Cumhuriyet savcısı ve emrindeki kolluğun işidir. Dolayısıyla hem saldırı ile hem zamanlı bir savunma bulunmamaktadır hem de aksi yaklaşım resmi makamların görev ve yetkilerinin sivil vatandaşlara devri sonucuna yol açabilecektir. Gelecekteki muhakkak saldırıyı engellemek amacı da kabul edilemez çünkü telefon görüşmesi kaydedilen kişinin

<sup>1308</sup> Bu yöndeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Baskı, Ankara, 2009, s.315

<sup>1309</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **C.II**, s.106 vd.; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.268 vd., Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.302 vd.

<sup>1310</sup> Jean Gauthier, **a.g.e.**, s.80; Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.216

<sup>1311</sup> İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s.320

<sup>1312</sup> Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.272

gelecekte de hakaret veya tehdit suçunu veya başka bir suç işleyeceğinin ya da en basit söylemlerle bir saldırıda bulunacağına “muhakkak” olduğunun kayıt yapılırken bilindiği de ileri sürülemez. O halde ileri sürülen örnekte meşru savunmanın koşulları oluşmamıştır.

134.madde ile ilgili olarak verilebilecek daha yakın bir örnek ise bir kişinin kendisine veya bir başkasına karşı suç işleyeceğinden şüphelendiği komşusu veya bir üçüncü kişiyi teknik araçlarla veya bunlar olmaksızın sürekli takip etmesidir. Burada da hem bir haksız saldırının veya gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının bulunmaması hem de saldırı-savunma hem zamanlılığına uyulmaması nedeniyle meşru savunmanın koşulları bulunmamaktadır. Böyle bir durumda kişinin yapması gereken yetkili makamlara ihbar/şikayette bulunmaktır. Aksi halde de burada da resmi yetkiler, sivil kişilere devredilmiş olacaktır.

#### b) Zorunluluk hali

Zorunluluk hali yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25.maddesinin 2.fikrasında tanımlanmıştır. Tıpkı meşru savunma gibi çok uzun bir geçmişe sahip olan zorunluluk halinin de hukuki esası ile ilgili birçok teori bulunmakla birlikte asıl dayanan yine kişinin kendisini koruma güdüsüdür. *Dönmezer-Erman* bunu “*hukuk insanlara kahramanlığı bir hukuki görev olarak yükleyemez*” biçiminde ortaya koymaktadır<sup>1313</sup>. Öte yandan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen<sup>1314</sup> zorunluluk halinin 5237 sayılı kanundaki düzenleme ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m.223/3-b hükmü karşısında durumu tartışmalı hale gelmiş ve kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu ileri sürüldüğü gibi<sup>1315</sup> çatışan hakların eşitliği halinde bir mazeret sebebi, korunan değer üstünse hukuka uygunluk sebebi olacağı iddia eden görüşler de ileri sürülmüştür<sup>1316</sup>. Her ne kadar kurum tarihsel ve kavramsal olarak tıpkı 765 sayılı kanun dönemindeki gibi bir hukuka uygunluk sebebi olsa da özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki açık düzenleme karşısında hem mazeret hem de hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüşün benimsenmesi daha uygun gözükmektedir.

<sup>1313</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **C.II**, s.126

<sup>1314</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **C.II**, s.127

<sup>1315</sup> İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s.378

<sup>1316</sup> Zeynel Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, 2010, s.47; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.277

Zorunluluk halinin koşulları da bu kez tehlikeye ilişkin olanlar ve korunmaya ilişkin olanlar biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Tehlikeye ilişkin koşullar; muhakkak bir tehlikenin var olması, ağır olması, kişinin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması ve bazı meslek grupları dikkate alındığında tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün olmamasıdır. Korunmaya ilişkin koşullar ise; başka türlü korunma olasılığı olmaması, korunma ile tehlike arasında orantı olmasıdır<sup>1317</sup>. Buna göre meşru savunmada verilen örnekler zorunluluk hali açısından da değerlendirildiğinde sonuç yine olumsuz olmaktadır. Zira hem iletişimin dinlenip kaydedilmesi hem de sürekli takip örneklerinde eylem, saldırıya karşı yapılmaktadır. Oysa ki zorunluluk halinde meşru savunmadan farklı olarak hareket saldırıya değil tamamen “masum” bir üçüncü kişiye yönelmelidir<sup>1318</sup>. Dolayısıyla bu eylemler zorunluluk hali kapsamına da girmemekte ve suç oluşturmaktadır.

Buna karşın Fransa’daki bir olayda Fransız Yargıtay’ı vesayet ile ilgili bir davadaki 15 Mayıs 2007 tarihli kararında özel hayata dair bilgilerin mutlak olarak korunmadığını belirterek, savunma hakkının da korunabilmesi açısından orantılı bir müdahalenin hukuki olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>1319</sup>. Aynı mahkeme benzer bir kararı bu kez sağlık bilgilerinin korunması – savunma hakkı ikilemi bağlamında ikinciyi yeğleyerek 24 Nisan 2007 tarihinde vermiş ve sağlık bilgilerinin ifşasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi anlamında orantılı bir müdahale olup olmadığını tartışmayan istinaf mahkemesi kararını bozmuştur. Fransız Yargıtay’ının, savunma hakkının korunması bakımından, zorunluluk hali içinde değerlendirilebilecek biçimde, avukat, danışman, muhasebeci, hekim gibi sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerin ifşa eyleminin suç oluşturmadığına yönelik bir yerleşik bir içtihadı da bulunmaktadır<sup>1320</sup>. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 198.maddesindeki “meslek sırrını ifşa” suçuna karşılık gelen niteliği ile savunma hakkı zorunluluk hali çerçevesinde karşı karşıya gelebilmektedir. Davalara konu olaylarda olduğu gibi bir ceza davasında

<sup>1317</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **C.II**, s.127 vd.; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.282 vd; Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.314 vd; Zeynel Kangal, **a.g.e.**, s.230 vd.

<sup>1318</sup> Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.285; Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.314

<sup>1319</sup> Jean Hauser, “Chroniques”, **Revue trimestrielle de droit civil**, 2007/4, s.753-754

<sup>1320</sup> Yves Mayaud, “Respect de la vie privée, secret professionnel et droits de la défense”, **Revue de science criminelle**, 2007, s.815 vd. ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) Erişim:17.6.2008)

kendisini savunmak durumundaki bir hekim, avukat veya danışmanın; hastasının, müvekkilinin veya müşterisinin özel hayatına ilişkin bazı sırlarını açıklaması gerekebilir. Durum zorunluluk halinin koşulları açısından değerlendirildiğinde, ilgilinin ceza mahkumiyetine uğrama gibi ağır kabul edilebilecek bir tehlikeyle karşı karşıya olduğu ve bununla yüzleşme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilebilir. Eğer kişi bu duruma kendisi bilerek yol açmadıysa tehlikeye ilişkin koşullar tamamlanmış demektir. Korunmaya ilişkin olarak da başka türlü korunma olanağının bulunmaması ve orantı koşulları vardır. Sayılan mesleklerin yapısı ve işlevi düşünüldüğünde hekim ile hastası, avukat ile müvekkili veya danışman ile müşterisi arasındaki sırların çok özel ve genellikle bu ikili dışında kimse tarafından bilinmeyen bilgiler olduğunu kabul etmek gerekir. Eğer özel hayata ait sırlar ise örneğin kişinin hastalık veya başkaca bir sağlık sorununun böyle kabul edilmesi gerekir. Bilgilerin paylaşılması, ifşası 134.madde açısından suç oluşturacaktır. Ancak bir hekimin yaptığı bir işlemin veya müdahalenin gerekçesini açıklarken hastasıyla ilgili bilgi vermesi kaçınılmaz olabilir. Öte yandan savunma hakkı Anayasanın 36.maddesindeki “hak arama hürriyetinin” bir parçası olarak korunmaya değer bir anayasal temel haktır. Ayrıca Fransız mahkemelerinin gönderme yaptığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin 2.fıkrası da başkalarının haklarının korunmasını müdahalede haklı sebep saymaktadır. Böylece savunma hakkının da özel hayatın gizliliği hakkına en azından eşit olan ve korunmaya değer bir hak olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. O zaman da orantı koşulunu dikkate almak ve verilen örnekteki hekimin gerektiği kadar bilgi açıklayıp açıklamadığını değerlendirerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 27.maddesi anlamında sınırın aşılp aşılmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Yine özellikle sağlık sırlarıyla ilgili olmak üzere bir çocuğun ebeveynleri tarafından tedavi amacıyla bir hekime götürülmesi ve sağlık bilgilerinin ifşası da zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilebilir. Hem Anayasanın 41.maddesinin 2.fıkrası gereği özel korunan ve hem de 56.madde gereği sağlıklı olarak yaşama hakkına sahip olan çocuklara gerekli bakımı sağlamayan aile bireylerinin de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 233.maddesi uyarınca cezai sorumluluğu doğabilecektir. Diğer yandan 4721 sayılı Medeni Kanun’un 339.maddesi genel olarak bir bakım yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumda çocuğun gerekli korumadan yararlanabilmesi için ebeveynleri gerekli sağlık bilgilerini ilgili kişilere

ve makamlara sunabilirler. Sağlık bilgilerinin ifşası Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi anlamında suç oluşturabilirse de burada bir hakkı muhakkak bir tehlikeye karşı koruma amacı bulunduğundan, eğer ölçülü olunursa yani gerektiği kadar bilgi verilirse, eylem hukuka uygun hale gelecektir.

### 3) Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak “hakkın kullanılması” Roma Hukuku kaynaklarından beri var olan ve “*iuris enim exercitio non haber iniuriam*” (“hakkın kullanılması suç teşkil etmez”) olarak ifade edilen kuralın yansımasıdır. Varlık sebebi ise bizzat hukuk düzenidir. Zira bir hukuk düzeninde, bir eylemin hem hak olarak tanınması hem de suç oluşturması düşünülemez olduğundan hakkını, yasal koşulları içinde, kullanan kişi suç işlemiş olmaz zira eylemi baştan itibaren hukuka uygundur<sup>1321</sup>. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde “hakkın kullanılması” açıkça kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen öğretisi ve yargı organları tarafından kabul edilmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmesi ile 26.maddenin ilk fıkrasında, Roma Hukukuna benzer biçimde, “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” ifadesiyle kanundaki yerini almıştır. Her ne kadar hükmün bulunduğu yerden ve söyleminden dolayı sanki “ceza sorumluluğunu kaldıran bir hal” söz konusuymuş gibi bir algılama olsa da tıpkı önceki dönemdeki gibi hakkını kullanan kişinin eyleminin baştan itibaren hukuka uygun olduğu düşünüldüğünde bir “hukuka uygunluk sebebinin” var olduğunun kabulü zorunludur. Zaten hüküm gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmekte<sup>1322</sup> ve öğretide de bu biçimde açıklanmaktadır<sup>1323</sup>.

İlgilinin rızası yani mağdurun rızası da eski Yunan ve Roma Hukukları kaynaklı bir hukuka uygunluk sebebidir: “*Nulla injuria in volentes*” (“Razı olana karşı suç işlenemez”). Bu sebep de 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer almamasına rağmen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26.maddesinin 2.fıkrasında “*Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza*

<sup>1321</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, C.II, s.29

<sup>1322</sup> “*Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir...*”

<sup>1323</sup> İzzet Özgenç, a.g.e., s.284

verilmez” biçiminde, genel olarak ve açıkça düzenlenmiştir. Mağdurun rızası da aynen yukarıda belirtilen gerekçelerle bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>1324</sup>.

a) Hakkın kullanılması olarak basının haber verme hakkı

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak basının haber verme hakkı irdelendiğinde tartışılıp ortaya konması gereken iki önemli noktanın bulunduğu görülmektedir. Birincisi kişilerin, özel hayatın gizliliği de dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan yazılı-görsel-işitsel haberlerin, haber verme sınırları içinde kalıp kalmadığı, bir başka deyişle hukukun belirlediği alan içinde hareket edilip edilmediğidir. Zira kamunun bilgilenme hakkı kapsamındaki bir olayla ilgili bilgi verilirken (kaza, saldırı, tören ..vb) haber verme hakkının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmekle birlikte bilgi ve görüntülerin haber sınırları içinde kalması gerektiği unutulmamalıdır<sup>1325</sup>. Aksi halde sınır aşılımış ve suç tamamlanmış olacaktır. Zaten Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1998 tarih ve 1165 sayılı kararında, üye devletlerden, özel hayatın gizliliğini ihlal eden basın mensuplarına karşı hukuksal yolların yanında, cezai yaptırımların da uygulanmasını istemiştir<sup>1326</sup>. Türk Hukukunda da 1931 tarih ve 1881 sayılı Matbuat Kanunu’nun 29.maddesinde kişinin özel hayatının, ima yoluyla bile olsa, yayınlanması cezalandırılmaktaydı. Ayrıca 5680 sayılı eski Basın Kanunu’nun ilk halinde, “*basının denetim görevini engelleyeceği ve kamuyu bilgilendirmeyi imkansız kılacağı*” gerekçesi ile yer almayan düzenleme 1954 tarih ve 6334 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle eklenmiş ve özel veya ailevi durumun teşhiri hapis ve para cezası ile cezalandırılmaya başlanmıştır. Söz konusu düzenleme 94 sayı ve 1960 tarihli kanun ile kaldırılmıştır<sup>1327</sup>. Günümüzde diğer unsurların da bulunması koşulu ile Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesine göre cezalandırmak gündeme gelecektir. Ayrıca yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3.maddesi, basın özgürlüğünün, diğerlerinin yanında, “*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*” amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir ki, bu düzenlemenin özel hayatın gizliliğini de kapsadığı açıktır. Ayrıca 14.maddede yine özel hayatın gizliliğini korumak açısından etkili olan ve ihlali halinde çeşitli yaptırımlar öngörülen “cevap ve düzeltme hakkı”

<sup>1324</sup> Gerekçe: “... Maddenin ikinci fıkrasında mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir...”; İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s.326

<sup>1325</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.279

<sup>1326</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.173

<sup>1327</sup> Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s.101-102; Murat Durmuş, **a.g.e.**, s.13-14

ve 21.maddede de bazı hallerde habere konu kişilerin mağdurlarının kimliğinin gizli tutulması da yine özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik düzenlemelerdir. Mesleki etik açısından yapılan disiplin düzenlemelerine örnek olarak da Türkiye Gazeteciler Cemiyeti'nin 24 Temmuz 1960'ta kabul ettiği "Basın Ahlak Yasası" madde 5'te kamu yararı dışında özel hayatın teşhir edilmesi ve 1988'de kurulan Basın Konseyi'nin "Basın Meslek İlkeleri"nden beşincisinde de yine kamu çıkarı dışında özel hayatın yayın konusu olmasının yasaklanması örnek olarak verilebilir<sup>1328</sup>.

Basının haber verme hakkı açısından ikinci önemli nokta ise uzun yıllardır Yargıtay içtihatlarıyla da yerleşik hale gelmiş "kamuya mal olmuş kişi" kavramıdır. Her ne kadar bu kişilerle ilgili de haber yapılırken ilk noktadaki kurallar esas alınıyorsa da "kamuya mal olmuş kişi" ile diğer kişilerin habere konu olması ve haberin işlenmesi farklı anlamlar taşımakta ve farklı koşullara tabi olabilmektedir.

#### aa) Hakkın sınırları

İlk olarak konuya genel açıdan yani haber ve haber verme / alma hakkı açısından bakılmalıdır. Basının haber verme hakkı gerek uluslararası belgelerde gerekse ulusal belgelerde tanınmakta ve korunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili 10.maddesini haber verme hakkı açısından da kabul etmiş ve ünlü 26 Kasım 1991 tarihli Sunday Times-İngiltere kararında basının önemini vurgulamıştır. Mahkeme, söz konusu kararda basının "*hayati bir kamusal gözlemcilik görevi*" üstlendiğini belirtmiş ve genel olarak da basın özgürlüğünü koruyan bir içtihat oluşturmuştur<sup>1329</sup>. Ayrıca Avrupa sathında uluslararası bir antlaşma olan ve 5 Mayıs 1989 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılan, Türkiye'nin de 7 Eylül 1989'da imzalayıp 3915 sayılı kanun ile onayladığı "Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi"nin ("*European Convention on Transfrontier Television*") 9.maddesinde kamuoyunun bilgiye ulaşma, bilgilenme hakkına işaret etmekte ve taraf devletlere de gerekli önlemleri alma görevini yüklemektedir<sup>1330</sup>. Türk Yargıtay'ı ise gerek 1978'de gerek 1983'te verdiği kararlarda basının, özellikle kamu gücünü elinde tutanlar ve kamu görevlileri ile yöneticileri üzerinde "*toplumun denetim aracı*" olduğunu, "*bunların özel*

<sup>1328</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.102

<sup>1329</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.166; Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1643

<sup>1330</sup> Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996, s.81; ayrıca bkz. [www.coe.int](http://www.coe.int)

*yaşantılarını, yasaların elverdiği ölçüde kamuya yansıtma görevli*” olduğunu vurgulamıştır<sup>1331</sup>. Diğer yandan Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin (AIDP) 1961 yılında Portekiz'in Lizbon şehrinde yaptığı VIII.Kongre'nin kararlarında basın haber verme hakkına da değinilmiş ve suçsuzluk karinesinin yanında özellikle yargılanan kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesi koşulu ile basının haber verme hakkının olduğu vurgulanmıştır<sup>1332</sup>. Fransız Anayasa Konseyi de çeşitli kararlarında basın özgürlüğünün hukuksal altyapısı olarak 1789 Bildirgesi'nin “düşüncelerin yayılması hakkını” düzenleyen 11.maddesine dayanmıştır<sup>1333</sup>. Böylece basın özgürlüğünün gerek kamuyu bilgilendirmeye yönelik “kamusal görevi” gerekse ifade özgürlüğü ile olan yakın ilişkisi nedeniyle Fransa ve Avustralya gibi ülkelerde özel hayatın gizliliği ile de ilgisi olan kişisel verilerin korunmasına yönelik mevzuatta basın mensupları birçok yükümlülükten başışık tutulmuştur<sup>1334</sup>. Aynı biçimde İtalya'da da kişisel verilerin korunması ile kanununun 13.maddesine göre “mesleki amaçlarla” kişisel verileri toplayan basın mensubu, ilgili kişinin rızası olmasa bile suç işlemiş olmaz<sup>1335</sup>. Böylece gazetecilik mesleği çerçevesinde yapılan faaliyetler, İtalya'da da, Türk Ceza Kanunu'nun 135.maddesinde de bulunan “kişisel verilerin kaydedilmesi” suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmektedir. İngiltere'de ise basın özgürlüğü oldukça ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Nitekim bu yaklaşımı biraz da çarpıcı bir biçimde, basın ile ilgili bir davada mahkeme, “*ifade özgürlüğünü diğer çıkarlarla dengelemek söz konusu değildir. O her zaman kazanan koddur*” şeklinde dile getirmiştir<sup>1336</sup>. Öte yandan örneğin sırların korunmasına yönelik mahkemenin tedbir kararı ancak basın özgürlüğünden daha üstün bir gizlilik hakkı varsa söz konusu olabilmektedir. Hatta kamusal alandaki bir bilginin ifşası hiçbir biçimde engellenemez<sup>1337</sup>.

Türkiye'de ise 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin” yanında (m.26), “basın hürriyetini” özel bir maddede koruma altına almış (m.28) hatta 3.fıkra da devletin, basın hürriyeti ve aslında bunun karşılığı olan haber alma hürriyetinden yararlanılmasını sağlayacak önlemleri almakla, bir

<sup>1331</sup> Y. 4.HD. E.9419 K.12048 T.16.12.1978 ve Y. 4.HD E.5122 K.5790 T. 1.6.1983 bkz. Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.10 ve 19

<sup>1332</sup> Manuel Antonio Lopes Rocha, **Secret de l'instruction – liberté d'information et protection de la vie privée**, Lisbonne, 1981, s.21

<sup>1333</sup> Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.62

<sup>1334</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.221; Carolyn Doyle – Mirko Bagaric, **a.g.e.**, s.124

<sup>1335</sup> Guido Alpa, **a.g.e.**, s.129

<sup>1336</sup> R v. Central Independent Television, 1994, Fam 192 at 203 bkz. Dudley J. Moore, **a.g.e.**, s.108

<sup>1337</sup> Raymond Wacks, **a.g.e.**, s.158 ve 164

başka deyişle pozitif edim yükümlülüğü ile görevlendirmiştir. Öte yandan bir sonraki fıkrada kısıtlamalar açısından 26.maddeye gönderme yapan anayasakoyucu ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki sıkı ilişki ve bağlantıyı da ortaya koymuştur.

İfade özgürlüğü ile var olan bu yakın ilişkisi de dikkate alındığında *Özek*, basın özgürlüğünün üç hakkı içerdiğini belirtmektedir<sup>1338</sup>. Bunlardan birincisi “haber verme hakkı” olup, yalnızca haber verme amacına yöneliktir. Burada da bu hak bağlamında hem haberi verenin hakkı hem de haberi alanın hakkı ortaya çıkmaktadır. Ancak genel anlamda haber verme hakkının yapısı ve anayasal koruması dikkate alındığında ağır basanın kamunun veya tek kişilerin haberi öğrenme yani haber alma hakkın olduğu da unutulmamalıdır<sup>1339</sup>. Haber verme hakkında yorum ve eleştiri yer almamakta ve haber verme hakkının sınırlarının içinde kalıp kalınmadığı sorusunun cevabı yapılan yayının suçu oluşturup oluşturmadığını belirlemektedir. Zaten çalışmanın konusunu oluşturan Türk Ceza Kanunu 134.madde açısından basın özgürlüğü ile ilgili olarak en tartışmalı, dolayısıyla da en çok irdelenmesi gereken yön budur. İkinci hak, “eleştiri ve inceleme hakkı” yani yayınlanan olayla ilgili düşünce ve değerlendirmelerin de ifade edilmesidir. Son olarak da “yaratma hakkı” yer almaktadır. Var olan bir olayın değerlendirilmesi değil, bilimsel veya sanatsal değer taşıyan yeni bir şeyin yaratılması söz konusudur.

Haber verme hakkının da bir sınırı olduğu açıktır. Nitekim yukarıda değinilen Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi’nin 7.maddesinde de yapılan yayınların insan haysiyetine ve başkalarının temel haklarına saygılı olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir<sup>1340</sup>. Zaten hem özel hayatın gizliliği hakkının hem de basın özgürlüğünün gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (madde 8 ve 10), gerekse birçok ülkede olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda (madde 20, 21, 22 ve 28) ayrı maddelerde düzenlenmiş olması nedeniyle normatif değer olarak eşit oldukları ve bir çatışma halinde yargıcın bir değerlendirme yaparak denge sağlamak zorunda olduğu var olan mevzuatın da bir gereğidir<sup>1341</sup>. Fransa’da da Yargıtay, 4 Kasım 2004 tarihli kararında, basının toplumdaki tartışmalarda üstlendiği görevin önemine vurgu yapmakla birlikte bunun, “kişinin haysiyetine saygı” sınırları içinde

<sup>1338</sup> Çetin Özek, **a.g.e.**, s.34-38; Aynı yönde Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.12

<sup>1339</sup> Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.63

<sup>1340</sup> Ersan Şen, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996, s.79-80; ayrıca bkz. [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>1341</sup> Aynı yönde Fransa’da 9 Temmuz 2003 tarihli Yargıtay kararı bkz. Médias et vie privées, s.66-67

olması gerektiğinin de altını çizmiş<sup>1342</sup>, böylece özel hayatın gizliliğinin korunmasını işaret etmiştir. Nitekim Fransız mahkeme kararlarında kişi “ünlü” de olsa (“*vedette*”), hastalığının, kaza sonrası yaşadığı fiziksel kayıpların, ailevi hayatının ve ölüm döşegindeki görüntüsünün ifşasının ihlal oluşturacağına dair değerlendirmeler vardır<sup>1343</sup>. Alman mahkemeleri de “çıkarların değerlendirilmesi ve dengelenmesi” yöntemi ile (“*Güter – und Interessenabwägung*”) ile temel hakları kıyaslamakta ve dokunulmaz gizli alan dışındaki özel hayat alanına müdahalelerin hukukiliğini, mağdurun hayatını ve ölçülülük ilkesini dikkate alarak değerlendirmektedir<sup>1344</sup>. Bu bağlamda Türkiye’de ise Yargıtay’ın koyduğu ve yıllardır ısrarla uyguladığı ve her ne kadar özel hukuk yargılamalarında ortaya konmuş olsa da ceza yargılamasında da yol gösterici olan koşulların de dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 4.Ceza Dairesi de yapılan haberin hakaret suçunu oluşturup oluşturmadığını tartıştığı kararlarında aynı ölçütlere başvurulması ve gerekirse bilirkişiye gidilmesi gerektiğini söylemiştir<sup>1345</sup>. Söz konusu koşullar sırasıyla; “gerçeklik”, “kamu yararı ve ilgisi”, “güncellik”, “düşünsel bağlılık” ve “ölçülülük” koşullardır<sup>1346</sup>. Aslında bu koşulların farklı biçimde de olsa (“*doğru olaylar, güvenilir ve kesin bilgiler, iyi niyet ve basın etiği*”) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire –Fransa kararında da yer aldığı<sup>1347</sup> eklenmelidir.

#### aaa) Gerçeklik

İlk koşul haberin gerçek olmasıdır. Haberin gerçek olmaması halinde mutlak olarak hukuka aykırı olduğu unutulmamalıdır<sup>1348</sup>. Nitekim Yargıtay, yapılan bir habere karşı manevi tazminat isteminde bulunulan bir davada, “güncellik”, “kamu yararı” ve “düşünsel bağ” kurallarını da ayrıca belirttikten sonra davalının, iyi niyetli olsa bile gerçeğe aykırı haber yapması halinde hukuki sorumluluğunun doğacağını

<sup>1342</sup> Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.193

<sup>1343</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.294

<sup>1344</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.120-124

<sup>1345</sup> Y. 4.CD. E.1991/421 K.1991/5624 T.8.10.1991 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1993, s.1083-1084; Y. 4.CD. E.1992/6879 K.1992/7326 T.25.11.1992 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1993, s.465-466; Ölçütlerin tartışıldığı bir diğer örnek Y. 4.HD. E.1989/10681 K.1990/1775 T.27.2.1990 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim: 21.4.2009)

<sup>1346</sup> Çetin Özek, **a.g.e.**, s.238 vd.; Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.7; İtalyan Yargıtay’ı da aynı koşulları kabul etmiştir bkz. Guido Alpa, **a.g.e.**, s.122; Alman Anayasa Mahkemesi’nin benzer kararları için bkz. Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.9; Belçika Hukuku için bkz. Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.144

<sup>1347</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.325

<sup>1348</sup> Çetin Özek, **a.g.e.**, s.165; İbrahim Kaplan, **a.g.e.**, s.21

belirtmiştir<sup>1349</sup>. Zaten böyle bir durumda 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14.maddesi uyarınca “cevap ve düzeltme” hakkından yararlanma olanağı olduğu gibi istemin yayınlanmasının 18.maddeye göre cezai sonuçları da bulunmaktadır<sup>1350</sup>. Ancak anlaşılması gereken mutlak maddi gerçek değildir. O anda var olan koşullar çerçevesinde, gazetecinin gazetecilik sınırları içerisinde ulaşabileceği gerçektir. Aksi halde günümüzde basının haberlere hızlı ulaşım sunma görevi asla yerine getirilemez hale gelir. Nitekim Yargıtay da eski tarihli de olsa önemli bir kararında söz konusu gerçeklik tartışmasını açıkça yapmış ve somut olayda gazetecinin “polis bültenine” dayanarak yaptığı haberin gerçeklik koşuluna uygun olduğuna hükmetmiştir<sup>1351</sup>. Gerek mutlak gerçeğin aranmaması kuralı gerekse değinilen Yargıtay kararı ışığında basın mensubunun polis bülteni, mahkeme kararı, idari açıklama gibi resmi belgelere dayanarak yaptığı haberin kural olarak gerçeklik koşuluna uyduğu söylenebilir. Ancak başka bir yolla öğrenilmiş haberin gerçekliğinin gazetecilik sınırları içinde olmak kaydıyla doğrulanmaya çalışması gerektiği de açıktır. Örneğin evli bir kişinin üçüncü bir kişi ile ilişkisi olduğunu duyan gazetecinin doğrudan haberi yapmak yerine kişilerin yakın çevresinde bir araştırma yapması hukuken gereklidir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde savunulduğu gibi “haber gerçekse kişi cezalandırılmaz” kuralı<sup>1352</sup> kadar sert bir kural konmamalıdır zira “haber değeri” taşımanın başka koşulları da vardır. Zaten Amerikan mahkemelerinin de bu kurala uyan ve gerçeğe aykırı haberin kasten veya taksirle yayınlandığının ispat yükünü mağdura bırakan<sup>1353</sup> veya şüpheli çocukların veya cinsel saldırı suçu mağdurlarının isminin yayınlanmasını yasaklayan kanunları iptal eden kararları olduğu gibi<sup>1354</sup> haber gerçek olsa ve hatta hukuka uygun yollardan elde edilmiş olsa dahi daha üstün çıkarların korunabilmesi için yayın eyleminin cezalandırılabilmesine dair kararları da vardır<sup>1355</sup>. Ayrıca Fransız basın mevzuatında özel hayat olayları söz konusu ise “gerçeklik definin” de savunma olarak dinlenmediği hatırlatılmalıdır<sup>1356</sup>. Türk

<sup>1349</sup> Y. 3.HD. E.1986/984 K.1986/3196 T.27.3.1986 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 1986, s.1128-1130

<sup>1350</sup> Cevap ve düzeltme hakkı için bkz. François Rigaux, **a.g.e.**, s.41; ABD Yüksek Mahkemesi 1974'te cevap ve düzeltme hakkını anayasaya aykırı bulmuştur bkz. Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.41; Buna karşın Kaliforniya eyaletinde düzenlenmiştir bkz. Don R. Pember, **a.g.e.**, s.246

<sup>1351</sup> Y 4.HD. E.1978/9042 K.1979/4935 T.12.4.1979 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 21.4.2009)

<sup>1352</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.239; Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.170

<sup>1353</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.245

<sup>1354</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.45; Don R. Pember, **a.g.e.**, s.242

<sup>1355</sup> Florida Star v. B.J.F 491 US 524 (1989) bkz. Patricia Ferrier, **a.g.e.**, s.117-118: Kararda karşıoylar da vardır; Yüksek Mahkeme'nin 1975, 1977, 1979 ve 1989 tarihli karar örnekleri için bkz. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.165-166

<sup>1356</sup> Bkz. s.139

Hukuku açısından da özel olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Kimliğin Açıklanmaması" başlıklı 21.maddesindeki kısıtlamalar bulunmaktadır. Benzer bir yasak, bazı istisnalarla beraber İngiliz Hukukunda da vardır<sup>1357</sup>.

bbb) *Kamu yararı ve toplumsal ilgi*

Bu bağlamda ikinci koşul "kamu yararı" ve "toplumsal ilgi" olarak belirlenmiştir. Bu koşul basının son derece rahat ve hatta müdahaleci olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nin ("*public interest*")<sup>1358</sup> yanında Belçika<sup>1359</sup>, İsviçre<sup>1360</sup>, Fransa<sup>1361</sup> ve İspanya<sup>1362</sup> gibi Avrupa ülkelerinde de kabul edilmiştir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi "*Union*" adlı kararında yalnızca kamu yararının, özel hayatın gizliliği hakkını ortadan kaldıracığını belirterek, bir kişinin özel hayatı hakkında haber alabilmek için "özel olarak önemli bir yarar" ("*un intérêt particulièrement important*") bulunmasını şart koşmuştur<sup>1363</sup>. Ancak koşulların bu kadar ağırlaştırılmasının da bu kez basın özgürlüğünü ölçsüz biçimde kısıtlayabileceği dikkate alınacak olursa kamu yararı koşulunun daha doğru olduğu kabul edilmelidir. Zaten yayınında kamu yararı bulunmayan, toplumsal ilgiyi çekmeyen bir bilginin, olayın yayını da haber olarak değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay, kolluk görevlilerinin bir kaçağı yakalamak amacıyla geldikleri evde bulunan iki kişiyi "sevişirken basıldıkları" biçiminde haber yapan gazeteciyi kusurlu bulmuştur. Yargıtay gerekçede, verilen bilgi gerçek olsa bile, "iki sade vatandaş" söz konusu olduğu için "haber değeri" taşımadığını söylemiştir<sup>1364</sup>. Burada kastedilenin "kamu yararı ve toplumsal ilgi" olduğu açıktır. Böylece bir siyasetçinin veya bir üst düzey devlet yöneticisinin özel hayatının haber yapılmasında kamu yararı bulunurken, sıradan bir kişinin örneğin konutundaki yaşantısının görüntülenmesi

<sup>1357</sup> Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.170

<sup>1358</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.240-241; Hyman Gross, **a.g.e.**, s.5: Yazar, aksi halde özel hayatın gizliliği hakkının korunması gerektiğini de belirtmektedir; Zaten ABD'de de Türkiye'dekine benzer bir "haber değeri testi" ("*newsworthiness test*") uygulaması vardır bkz. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.166 ve Les documents de travail du Sénat, **a.g.e.**, s.39

<sup>1359</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.274

<sup>1360</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.191-192

<sup>1361</sup> Jacques Ravanat, "La méthode utilisée par le juge français: la balance des intérêts", **Médias et vie privée**, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.64; Micheline Decker, **a.g.e.**, s.115

<sup>1362</sup> İlgili STC 121/2002 nolu Anayasa Mahkemesi kararı bkz. Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.113

<sup>1363</sup> Jean Guinard, **a.g.e.**, s.130; *İmre* de bu koşulu "sosyal illiyet" olarak adlandırmıştır bkz. Zahit *İmre*, **a.g.e.**, s.162-163

<sup>1364</sup> Y.4.HD. E.1987/2077 K.1987/3267 T.28.4.1987 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 1.7.2010)

halinde hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın icrasının koşulları gerçekleşmemiş olduğundan eylem Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi bağlamında suç oluşturabilecektir. Örneğin bir Alman mahkemesi, yeni eyaletlerde yapılan özelleştirmelerdeki yolsuzluklara karıştığı iddia edilen bir kişinin adının ve fotoğraflarının yayınlanmasını haber alma hakkı içinde değerlendirerek kamu yararının bulunduğuna hükmetmiştir<sup>1365</sup>.

Ancak “kamu yararı ve toplumsal ilgi” kavramlarının salt kamuoyu merakı olarak da yorumlanmaması gerekir. Aksi halde habere konu kişilere hiçbir özel hayat alanı ve hatta gizli alan bırakmaksızın her türlü bilgi ve olayın ifşası sonucu doğabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Fransa ile ilgili olarak verdiği kararında “yalnızca bir kısım kamuoyunun merakını tatmin amacını” yeterli görmemiş ve somut olayda basın özgürlüğünün, dolayısıyla da ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini belirtmiştir<sup>1366</sup>. Dolayısıyla haberin verilmesinde gerçekliğin yeterli olmadığı, kamu yararının da mutlaka bulunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1367</sup>. Nitekim Yargıtay 4.Ceza Dairesi de bir kararında davaya konu haberde “okuyucunun gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bilinmesinde kamu yararı bulunması” koşulunun yerine getirilip getirilmediğinin araştırılmasını istemiştir<sup>1368</sup>. İtalyan Yargıtay’ı da “merak ve dedikodunun” bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağına bir kararında belirtmiştir<sup>1369</sup>. Bu bağlamda bir kişinin sırf ünlü diye denize girerken mayolu fotoğraflarının yayınlanması, bir kesimin merak ve ilgisini uyandırır da kamu yararından yoksundur ve haber değeri taşımamaktadır. Zaten kamu yararı kavramı, geniş yorumlanmalı ve yalnızca belli bir kesimin değil genel olarak tüm toplumun çıkarı düşünülerek değerlendirme yapılmalıdır<sup>1370</sup>. Bunun da her zaman kolay olmadığı söylenmelidir.

Çok çarpıcı bir örnek olarak Monako Prensi *Albert*'in evlilik dışı çocuk sahibi olmasının haber yapılması üzerine Almanya'da açılan davada mahkemeler, Prens'in tahtın veliahdı olması nedeniyle yayını kamu yararı kapsamında değerlendirirken,

<sup>1365</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.271

<sup>1366</sup> Soci t  Prisma Presse-Fransa, 1 Temmuz 2003 bkz. Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.77-78; Patrick Wachsmann, **a.g.e.**, s.147; Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.169

<sup>1367</sup> Çetin  zek, **a.g.e.**, s.164

<sup>1368</sup> Y. 4.CD. E.1991/421 K.1991/5624 T.8.10.1991 bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1993, s.1083-1084; Benzer y ndeki bir Fransız mahkeme kararı i in bkz. St phane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.274; Yine benzer y nde bkz. Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.171-172

<sup>1369</sup> Guido Alpa, **a.g.e.**, s.117

<sup>1370</sup> St phane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.275

aynı eylemle ilgili olarak Fransız mahkemeleri, kurallar gereği Prens'in çocuğunun veliyet olmadığını dolayısıyla da yayında kamu yararının bulunmadığını belirterek özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>1371</sup>. Ancak Prens'in veliyet olması ve kamuoyu önünde önemli bir kişi olması karşısında Alman mahkemelerinin kararının daha doğru olduğu söylenmelidir. Diğer bir dikkat çekici örnek ise “özel hayatın gizliliği” kavramını ilk kez öne sürenlerden olan *Warren* ve *Brandeis*'in makalelerinde verdikleri örnektir. Buna göre konuşma gücünü çeken ve bu nedenle çekingen, içine kapanık bir kişiliği olan birisini haber yapmak ihlal niteliği taşıırken aynı sorunu yaşayan ve milletvekili adayı olan kişiyle ilgili haber, “kamu yararı” ve “toplumsal ilgi” koşulları açısından hukuka uygun bir nitelik taşıyabilecektir<sup>1372</sup>. Öte yandan *Kılıçoğlu* ise haber değerine bakarken “kamu yararı” koşulunu adeta ayrıcalıklı bir yere koymakta ve “*açıklama üstün bir kamu yararı için uygun bir araç ise açıklamanın konusu özel yaşamın hangi alanına girerse girsin hukuka uygun olarak değerlendirilecektir*” demektedir<sup>1373</sup>. Kamu yararı gerekli bir koşul olmakla birlikte tek koşul olarak algılanamaz. Ayrıca Anayasanın 13.maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, hatta genel hukuk ilkeleri dikkate alındığında kişilere temel bir hakla ilgili olarak mutlak korunan, çekirdek bir alan bırakılması gerektiği açıktır. Bu nedenle kişinin gizli alanının yalnızca ona ait olması gerektiği ve bilinmesinde kamu yararı / toplumsal ilgi olsa bile ölçülülük gereği korunması gerektiği unutulmamalıdır. Aksi halde kişiye, kendine ait en ufak bir alan kalmaz ve özel hayatın gizliliği hakkından yararlanılması olanaksız hale gelir.

### ccc) Güncellik

Üçüncü koşul da güncellik koşuludur. Aslında bunun bir üstteki kamu yararı ile ilgili olduğu ve hatta ondan kaynaklandığı açıktır. Zira güncel olmayan bir konunun basın tarafından dile getirilmesinde kamuoyunun haber alma hakkı açısından bir kamu yararının olması beklenmez. Nitekim Yargıtay da bakmakta olduğu bir davada iki aylık süreyi dahi güncelliğin yitirilmesi açısından yeterli bulmuş ve “*çoğunlukla bütün haberler günün koşullarına göre ve taze iken değerlidirler*” ifadesi ile de güncellik koşuluna açıkça işaret etmiştir<sup>1374</sup>. Benzer bir anlayışın Fransız Hukukunda

<sup>1371</sup> Carole Mounier, **a.g.e.**, s.144

<sup>1372</sup> Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, **a.g.e.**, s.215-216

<sup>1373</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.127

<sup>1374</sup> Çetin Özek, **a.g.e.**, s.243

da yer aldığı belirtilmelidir<sup>1375</sup>. Güncellik koşulu, özel hayatın gizliliği hakkı ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından ele alındığında Batı dünyasında oldukça önemli bir konu olan “*unutulma hakkını*” gündeme taşımaktadır. Daha önce de değinildiği gibi<sup>1376</sup> bir kişinin geçmişinde yaşanan ve ifşa olan hayat olaylarının zamanla kişinin özel hayatının bir parçası halinde geldiği ve böylece kişinin bunların unutulmasına yönelik korunmaya değer bir menfaatinin ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Örneğin geçmiş yıllarda işlenmiş ve mahkemeye intikal etmiş, suç oluşturan bir eylemin yıllar sonra tekrar basın tarafından gündeme getirilmesi failin, unutulma hakkının ihlal edebilmektedir. Bu bağlamda güncelliği de olmayan haberde, hukuka uygun olmadığı dolayısıyla “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun işlendiği, somut koşullar çerçevesinde, iddia edilebilecektir.

Konuyla ilgili olarak özel hayatın gizliliği kavramının daha dar olarak yorumlanıp daha dolaylı olarak korunduğu İngiltere’den dikkat çekici bir örnek verilebilir. 1968 yılında 11 yaşında olan bir kişi iki küçük çocuğun ölümüne yol açar ve 1980 yılın kadar ıslahevinde kalır. Daha sonra 1998 yılında yazılan bir kitapta bu olay anlatılınca, ilgili kişi dava açar. İngiliz Yüksek Mahkemesi Başkanı, Mayıs 2003 tarihinde verdiği kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin, “*kişinin kimlik ve kişisel gelişim hakkı ile başkalarıyla ilişki kurma hakkını*” içerdiği düşüncesi ve bunun da “*ruhsal dinginlik*” gerektirdiği gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir<sup>1377</sup>. 8.maddenin amacıyla birlikte geniş olarak yorumlandığı kararın açıkça ifade edilmemiş de olsa, güncellik ve unutulma hakkı kavramlarını destekler bir yapıda olduğu bellidir. Ancak güncellik koşulunun somut olaya göre belirlenebilecek olması nedeniyle, örneğin ünlü bir kişinin geçmişinde yaşanmış ve fakat sonra ortaya çıkmış bir olay veya ilişkinin, diğer koşulların da varlığı halinde, haber değeri taşınması ve gazetecinin ifşa eyleminin de hukuka uygun olabileceği de unutulmamalıdır.

#### ddd) *Düşünsel ilişki ve haberin verilişinde ölçülülük*

Son iki koşul ise “*düşünsel ilişki*” ve “*haber verilişinde ölçülülük*” koşullarıdır. Bu iki koşula “*hakkın objektif sınırı*” ve “*sübjektif sınırı*” da

<sup>1375</sup> Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.236; Bernard Beigner, **a.g.e.**, s.192

<sup>1376</sup> Bkz s.48

<sup>1377</sup> Joshua Rozenberg, **a.g.e.**, s.132-134

denmektedir<sup>1378</sup>. Aslında bu ikisi genel anlamda ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Zira yapılan haber ile temel bir hakka / özgürlüğe müdahale edildiğinden eylemin hukuka uygun hale gelebilmesi için ölçülülük ilkesinin de ihlal edilmemesi, bir başka deyişle özel hayatın gizliliği açısından gereksiz ve abartılı bilgilerden kaçınılması gerekmektedir<sup>1379</sup>. Haberde verilen bir bilgi, gerçek, güncel olup toplumun da ilgisini çekebilir ancak gereksiz verilen ek bilgiler veya abartılı ya da saldırgan bir yaklaşım, habere konu kişiye kamu yararının ötesinde zarar verip ifade / basın özgürlüğünün, dolayısıyla da hukuka uygunluk sınırının aşılmasına yol açabilir<sup>1380</sup>. Söz konusu koşul; Amerikan Hukukunda “makul biçim” (“*reasonable manner*”) olarak ortaya konurken<sup>1381</sup>, Fransız Hukukunda “*kişide gereksiz manevi acıya yol açmama*” biçiminde ifade edilmektedir<sup>1382</sup>. Ayrıca yine Fransa’da Yargıtay, gazetecinin yalnızca kamuoyunu bilgilendirme amacıyla mı yoksa gazetenin satışlarının artırma amacıyla mı hareket ettiğine bakarak ölçülülüğü belirlemeye çalışmaktadır<sup>1383</sup>. İmre ise “*yakışık alma kriterini*” ortaya atmakta ve “*uygunluk veya zarafet*” anlamına gelen bu kriteri “*terbiye ve görgü kurallarına uygunluk*” olarak açıklayarak aslında farklı bir yoldan, ölçülülük ilkesine işaret etmektedir<sup>1384</sup>. Örnek olarak verilebilecek somut bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da yüksek mahkeme, dava konusu basın yoluyla hakaret de olsa genel ilkeyi ortaya koymuştur. Basının önemine ve özgür olduğu gerçeğine, uluslararası belgelere de atıfla vurgu yapan Genel Kurul, haberin veriliş biçiminin “objektif” ölçülerin dışına çıkmaması gerektiği söylemiştir<sup>1385</sup>. “*Bir haber ne derece gerçeğe uygun olursa olsun, verilişinin gerektirmediği tahkir edici bir dilin kullanılması durumunda hukuka uygunluktan söz edilemez. Kullanılan ifadenin habere konu olay ile düşünsel bir bağlantısının, bir ilgisinin bulunması zorunludur*” diyen Yargıtay, hem yalnızca gerçekliğin yeterli olmadığını vurgulamış hem de “düşünsel ilişki” ve “haber verilişinde ölçülülük” koşullarını açıkça ortaya koymuştur. Karar ilkesel olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasına da uygundur.

<sup>1378</sup> Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.22 ve 24

<sup>1379</sup> Çetin Özek, **a.g.e.**, s.243-244

<sup>1380</sup> N. W. Barber, **a.g.e.**, s.608

<sup>1381</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.24

<sup>1382</sup> Jacques Ravanans, **La méthode utilisée ....**, s.65

<sup>1383</sup> Cass. civ. 2.ch. 12 juillet 1966 bkz Micheline Decker, **a.g.e.**, s.117; Aynı eğilim ABD’de de vardır bkz. Hyman Gross, **a.g.e.**, s.14

<sup>1384</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.162-163

<sup>1385</sup> YHGK E.1978/4-187 K.1980/2107 T.2.7.1980 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 21.4.2009)

Değınilen Yargıtay kararının da ışığında haberde anlatılan olaylarla ilgisi olmayan, ilgili kişinin gizli alanına müdahale eden yayınların sınırı aştığı ve hukuka uygun olmayacağı kabul edilmelidir<sup>1386</sup>. Daha çok hakaret suçu ve özel hukukta davacının kişilik haklarının ihlali tartışmalarında gündeme gelen bu koşullar özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından dikkate alınmalıdır. Örneğin ünlü bir kişinin bir başka ünlü kişi ile yaşadığı ilişkiyi haber yapmak isteyen gazetecinin bu kişileri buldukları zaman ve hatta, koşullara göre, birlikte bir yere girerken veya oradan çıkarken fotoğraflaması ölçülü bir müdahale olarak kabul edilebilirse de, söz konusu kişilerin kendi konutlarında veya cinsel ilişki sırasında görüntülenmesi ölçüsüz bir müdahale olacağı gibi “kamu yararı” koşulunu da karşılamaktan uzaktır. Bu durumda fotoğraf çekme, görüntüleme eyleminin suç oluşturması gündeme gelecektir. Ayrıca kolluk görevlileri usulüne uygun olarak alınmış bir karar sonucunda bir konutta arama yaparken, basın mensuplarının da gelip görüntüleri kaydetmesi, bizzatıhi arama önleminin yol açtığı özel hayatın gizliliğine yoğun müdahale de dikkate alındığında haber verme hakkının sınırları aşan ve suç oluşturan bir eylemdir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bir federal mahkeme, bu eylemde bulunan televizyon kanalı muhabirinin, “konutta bulunmak açısından hırsızdan daha büyük bir hakka sahip olmadığını” söylemiştir<sup>1387</sup>. İngiltere’de de mahkeme, arama yapılırken basının çağırılmasını “üzücü” bulmuş ama bunun arama kararını etkilemediğini söylemiştir<sup>1388</sup>. Yine bir başka örnek olarak yargılanan bir kişinin, dava konusu dışında ailevi, kişisel ilişkilerinin, alışkanlıklarının, haberleşmelerinin, cinsel hayatının ifşa edilmesi halinde de sınır aşılmış ve suç işlenmiş olacaktır. Zaten haber değeri taşıyan bir olay nedeniyle gündeme gelmiş bir kişinin de özel hayatının gizliliğine ancak o habere konu olay çerçevesinde müdahale edilebileceği, kalan kısım için korumanın devam ettiği aksi halde sınırın aşılacağı tüm dünyada genel kabul gören bir ilkedir<sup>1389</sup>. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri’nde “sınırlı olarak kamuya mal olmuş kişi” “*limited public figure*” ve Almanya’da da “göreceli çağdaş tarih kişisi” (“*relative Personen der Zeitgeschichte*”) kavramları doğmuştur<sup>1390</sup>. Somut bir örnek olarak da İsviçre Federal Mahkemesi önünde görülen

<sup>1386</sup> Sabine Abravenel-Jolly, **a.g.e.**, s.238; Raymon Lindon, “Une proposition de loi sur la bas edu droit à l’information” (extraits), **Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot**, n.940, Septembre 2007, s.55-56

<sup>1387</sup> Ayeni v. CBS, New York, 1994 bkz. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, **a.g.e.**, s.190

<sup>1388</sup> Richard Clayton – Hugh Tomlinson, **a.g.e.**, s.864

<sup>1389</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.241; Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.279; Sabine

Abravenel-Jolly, **a.g.e.**, s.240; Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.170

<sup>1390</sup> François Rigaux, **a.g.e.**, s.39

bir davada, gazetecinin, görevinde kusuru bulunan ve bu yüzden bakanlıkça yeri değiştirilen kamu görevlisinin ilgili eylemlerini haber konusu yapması basın özgürlüğü kapsamında görülmüş ancak ayrıca nişanlısından, çocuklarından söz edilmesi ve hatta kızının bikinili fotoğrafının yayınlanması, son derece haklı olarak, kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmiştir<sup>1391</sup>. Eğer olayla ilgisi olmadığı halde aile hayatı ifşa edilmiş ve kızının fotoğrafı habersizce çekilip yayınlanmış ise Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi anlamında bir suçun işlenmiş olduğu açıktır.

Ancak gözden kaçırılmaması gereken basın özgürlüğü dolayısıyla haber verme hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olarak değer taşımasıdır. Bunun sonucunda basın mensuplarının haber elde etmek ve bunu yayınlamak için yaptığı eylemlerin rahatsız edici olması hatta Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinde tanımlanan suçun maddi unsurunu oluşturması, yapılan işin doğası gereği, söz konusu olabilir. Değerlendirme yukarıda değinilen koşullar çerçevesinde hukuka uygunluk sebebinin yani hakkın icrasının söz konusu olup olmadığı konusunda yapılacaktır. Bunun da basın özgürlüğünü engelleyecek ölçüde olmaması gerekmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde uçağı düşen bir pilotun ısrarla fotoğrafının çekilmeye çalışılması, röportaj için, içine girmeksizin, uzun süre konutunun önünde beklenmesi ve kamuya açık bir restoranda görüntülenmesi, basın özgürlüğünün de doğası gereği, ihlal olarak kabul edilmemiştir<sup>1392</sup>.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir başka nokta da basın mensubunun kimliğini gizleyerek yaptığı araştırma sonucu elde ettiği ve kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin akıbetidir. Zira basın mensubu kimliğini gizlediği için ilgili kişi ona güvenerek sırlarını paylaşabilir<sup>1393</sup>. Öncelikle kuralın aynı olduğu söylenmelidir. Yani yukarıdaki koşullara uymak kaydıyla, özellikle de ölçülü olmak kaydıyla, bu bilgiler yayınlanabilir. Ancak yayında hem gerekli olmayan, ölçüsüz bilgi verilmemeli hem de kesinlikle kişinin mutlak olarak korunan gizli alanına girilmemelidir. Örneğin İngiltere'de basına yansıyan bir olayda bir basın mensubu ülke çapında ünlü olan bir mankenin para karşılığı fuhuş yaptığı haberini oluşturmak için gerçek kimliğini gizli tutarak bu kişi ile görüşmüş ve bu sırada çektiği gizli

<sup>1391</sup> Zahit İmre, **a.g.e.**, s.160

<sup>1392</sup> Dempsey v. National Enquirer (1988) bkz. Desmond Browne – Anna Coppola – Sara Mansoori – Sapna Jethani, "Privacy Rights", **The law of privacy and the media**, Oxford, 2002, s.76

<sup>1393</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.131-133

görüntüleri de yayınlamıştır<sup>1394</sup>. Olayın yani mankenin para karşılığı fuhuş yaptığının gerçek olduğu ve toplumsal ilgiyi çektiği söylenebilir. Böyle bir haberi bilmenin, haber bütün olarak değerlendirildiğinde, kamuoyu açısından yararlı olduğu da ileri sürülebilir ama “düşünsel ilişki” ve “haber verilmesinde ölçülülük” ilkelerine uyulmamıştır. Habercilik açısından gereği yokken yalnızca toplumun merakını uyandırmak ve reklam yapmak amacıyla ünlü bir mankenin çıplak görüntülerinin yayınlanması haber verme hakkının sınırını aştığından eylem Türk Ceza Hukuku açısından hukuka aykırı hale gelmekte ve suç oluşturmaktadır. Özel hayatın gizliliğine bu denli yoğun biçimde müdahale eden bir eylem ancak mağdurun rızası ile hukuka uygun hale gelebilir. Ayrıca kimliğini gizleme bazı hallerde basın mensubunun mesleğinin icrası açısından kaçınılmaz olduğu kabul edilebilirse de bu uygulamanın belirli bir olaya has olması, süreklilik kazanmaması gereklidir. Aksi halde kamu görevlilerine bile çok sıkı koşullar altında istisnai olarak verilen “gizli soruşturmacı” yetkisi (CMK m.139) koşulsuz ve sınırsız olarak basın mensuplarına verilmiş olur ki, özel hayatın gizliliğinin korunması açısından kabul edilemez bir durum ortaya çıkar.

#### eee) Gizli kamera tartışması

Özel hayatın gizliliğinin korunması açısından basında çok tartışılan “gizli kamera / gizli çekim” konusundan söz edilmelidir. Çünkü ölçülülük ilkesi açısından bakılması gereken bir nokta haberde görüntü kullanılıp kullanılmadığıdır. Zira fotoğraf veya kamera görüntüleri olan bir haber, salt yazılı veya sözlü bir haberden daha müdahaleci bir yapıya sahiptir. Bu nedenle özel hayatın gizliliğinin korunması, görüntülü yayınların hedef kitleyi inandırma gücü daha fazla olduğu için daha hassas hale gelmektedir<sup>1395</sup>. Zaten Yargıtay da “gereği yokken özel bir çaba ile sağlanmış fotoğrafın” yayınlanmasını ihlal olarak yorumladığı<sup>1396</sup> gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin 2.fıkrası görüntülerin ifşasını daha ağır biçimde cezalandırmaktadır. Dolayısıyla haberde kullanılan ve özel hayatın gizliliğine müdahale eden fotoğraf ve görüntülerin de haber için gerekli olup olmaması ve ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı tartışılmalı ve cevap olumsuz ise, diğer koşulların da varlığı halinde, eylemin suç oluşturduğu kabul edilmelidir. Bir Fransız

<sup>1394</sup> “Top modeli bitiren zarfçı muhabir!”, Vatan Gazetesi, 20 Kasım 2007

<sup>1395</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.137; Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.252-253

<sup>1396</sup> Y.4.HD. E.8254 K.7889 T.7.7.1975 bkz. Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.23

mahkeme kararında, haberde ancak olayla ve sonrasındaki gelişmelerle doğrudan ilgisi olan fotoğrafların yayınlanabileceği belirtilmiştir<sup>1397</sup>.

Bu bağlamda haberlerde kullanılan ve çok tartışılan “gizli kamera” konusu ortaya çıkmaktadır. Kişi ile yapılan görüşmenin gizlice kaydedilmesi veya kişinin uzaktan gizli bir biçimde izlenmesine yarayan bu uygulama zaman zaman basın mensuplarının başvurduğu bir yöntem olmakta ve özel hayatın gizliliği açısından sorunlar yaratmaktadır. Ancak Türk Hukuku açısından gizli kameranın kabul edilebilir olmadığı belirtilmelidir. Öncelikle 17.03.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan “Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik”, “Yayın İlkeleri” başlıklı 5.maddesinin (f) fıkrasında özel hayatın gizliliğinin korunması gerekliliğini ifade ettikten sonra gizli görüntü ve ses kayıtlarının ilgilinin izni olmadan yayınlanmaması koşulunu getirmektedir. Yayın ilkelerine aykırılık ise 3984 sayılı kanunun 33.maddesine göre aralarında idari para cezalarının da olduğu birçok cezaya yol açmaktadır. Bunun yanında ilgililerin cezai sorumluluğunun da doğacağı açıktır. Benzer bir ilke İngiltere’deki resmi basın denetim kuruluşu olan “*Press Complaints Commission*” adlı komisyonun Kasım 1997’de yayınladığı “Meslek Kurallarının” 3.maddesinin (ii) bendinde de vardır. Mutlak olarak mağdurun rızası aranmaktadır<sup>1398</sup>. Yüksek Mahkeme, şirketler arası görüşmelerin dahi gizli kamera ile kaydedilmesini, ilgili şirketin çıkarlarının ihlali kabul etmiştir<sup>1399</sup>. İsviçre’de de ilgilinin mutlaka rızasının alınması gerektiği aksi halde özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceği belirtilmektedir. Nitekim İsviçre Televizyonununun 1979 tarihli kendi iç genelgesinde de hem bu koşul açıkça belirtilmiş hem de özel bir izin usulü getirilmiştir<sup>1400</sup>.

Öte yandan gizli kamera kullanımını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140.maddesinde düzenlenen “teknik araçlarla izleme” önleminin basın mensupları tarafından kullanılması demektir. Kamu görevlileri açısından bile ancak belli ağırlıktaki suçların araştırılması amacıyla ve çok sıkı koşullarda verilmiş bir yetkinin özel kişilere tanınması düşünülemez. Dolayısıyla gizli kamera ile yapılan haberlerin hukuka uygun olmayacağı ve suç oluşturacağı söylenmesi yanlış olmayacaktır.

<sup>1397</sup> TGI Paris, 10 juillet 1974 bkz. Sabine Abravenel-Jolly, **a.g.e.**, s.238

<sup>1398</sup> Rabinder Singh – James Strachan, **a.g.e.**, s.145; Yves Akdeniz – John Bell, **a.g.e.**, s.153

<sup>1399</sup> R v. Broadcasting Standards Commission, ex p. BBC (2001, QB 885) bkz. Desmond Browne – Anna Coppola – Sara Mansoori – Sapna Jethani, **a.g.e.**, s.79

<sup>1400</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.193

Yargıtay 2.Ceza Dairesi de soyunma odasında kıyafet değiştiren mankenlerin gizli kamera ile çekilen görüntülerinin yayınlanmasını suç saymıştır. Daire, “*kişilerin vücut mahremiyetlerinin toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmesi*” gerekçesinden hareketle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 482.maddesi uyarınca “sövme” suçundan hüküm kurmuştur<sup>1401</sup>. Ancak olayda hem gizli kamera kullanılmasından kaynaklı bir ölçsüzlüğün varlığı hem de toplumun bir kesiminde merak uyandırma bile genel anlamda kamuoyunun bilgilenmesini gerektiren bir kamu yararının yokluğu karşısında haber verme hakkının söz konusu olmadığı ve günümüz koşullarında da Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin ihlal edildiğı açıktır.

Yine Yargıtay önünde tartışılan ve bu kez 4.Hukuk Dairesi’nin karar verdiğı bir gizli kamera ile çekim olayında, davalı kendisini muayenehanesinde taciz ettiğini iddia ettiğı davacıyı yetkili makamlara şikayet etmemiş ve fakat bir gazeteci aracılığı ile gizli kamera tarafından çekilen görüntülerinin televizyonda yayınlanmasını sağlamıştır. Yargıtay ise davacının eylemini onaylamamakla birlikte hukuki yollara başvurmak yerine gizli kamera ile çekim yaptırıp yayınlamayı tercih eden davalının, davacının kişilik haklarına saldırdığına karar vermiştir. Daire, telefon konuşmalarının hukuka aykırı olarak dinlenmesine atıf yapmış ve içeriğı hukuka aykırı bile olsa görüntülerin bu biçimde kaydının “özel yaşama saldırı niteliğı” taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla gizli kameranın, kanun ile belirli teknik takip gibi istisnalar dışında hukuken kullanılmasının olanaksız olduğı açıkça ortaya konmuştur<sup>1402</sup>. Karar ilkesel olarak doğrudur. Nitekim Hukuk Genel Kurulu da, Daire kararı doğrultusunda yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur<sup>1403</sup>. Yapılan bir eylem nedeniyle mağdur olan kişilerin ve elbette gazetecilerin, gizli kamera çekimleri yerine yetkileri önceden yasal düzeyde belirlenmiş yetkili makamlara başvurmaları hem hukuk devletinin bir gereğidir hem de özel hayatın gizliliğı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından zorunludur.

<sup>1401</sup> Y. 2.CD. E.1998/2325 K.1998/2271 T.3.3.1998 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 12.6.2009)

<sup>1402</sup> Y. 4.HD. E.14189/2004 K.2005/12835 T.29.11.2005 (yayınlanmamış karar)

<sup>1403</sup> YHGK E.2007/4-98 K.2007/110 T.7.3.2007 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 7.4.2009)

## bb) Kamuya mal olmuş kişi kavramı

Kamuya mal olmuş kişiler yargı kararlarıyla kabul edilmiş bir kavram olup kamuoyunun önünde “ünlü” veya “tanınan” kişiler olarak tanımlanabilecek bu kişilerin, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi’nin de belirttiği gibi özel hayatlarının “dokunulmaz ve gizli alanları öteki yurttaşlara göre çok sınırlıdır”<sup>1404</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki, kamuya mal olmuş kişilerin de, özellikle de siyasetçilerin her ne kadar kamusal bir faaliyete girerek, kamusal tartışmaların parçası olmayı kabul edip özel hayatlarına yönelik korumadan belli bir oranda vazgeçtikleri kabul edilse de<sup>1405</sup>, bir özel hayatı bulunmaktadır ve böylece özel hayatın gizliliği hakkına sahiplerdir. Özellikle siyasetçiler açısından bu gerçek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 17 Temmuz 2003 tarihli Craxi-İtalya kararında açıkça ortaya konmuştur<sup>1406</sup>. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1998 tarih ve 1165 sayılı kararında “kamuya mal olmuş kişi” (“*public person*”) kamusal bir görev yerine getiren veya kamu fonlarını kullanan kişi olarak tanımlanmış, bunun da siyasi, ekonomik, sanatsal, sportif veya bir başka biçimde kamusal alanda bir rol oynamak olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>1407</sup>. Meclis, Galler Prensesi *Diana*’nın Paris’te gazetecilerden kaçarken ölümü üzerine aldığı bu kararda, kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatına saygı hakkı olduğuna işaret etmiş ve haber verme hakkı ile arasında bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır<sup>1408</sup>. Bu kişilerden bazıları, kraliyet ailesinin üyeleri gibi, doğuştan bu özelliğe sahip olurken, bazıları da daha sonraki çabaları ile kamuoyunun önüne çıkmayı başarırlar, ki buna örnek de siyasetçiler ve sanatçılardır<sup>1409</sup>. Ancak herhalde özel hayatlarının bulunduğu ve müdahalelerin ölçülü olması gerektiği kuşkusuzdur. Ayrıca kendi seçimleri ile bu konuma gelen ikincilere göre birincilerin daha çok korunmayı hak ettikleri de ifade edilmektedir<sup>1410</sup>. Buna karşın özellikle belirtilmelidir ki, kamuya mal olmuş kişinin özel hayatı haberleştirilirken dayanılan hukuka uygunluk sebebi basın özgürlüğü ve dolayısıyla haber verme / alma hakkıdır. Zira bazılarınca ileri sürülen “önceden verilmiş rıza” görüşü, ilgilinin habere açıkça karşı çıkması halinde çözüm üretememekte ve kamunun bilgilendirme hakkının

<sup>1404</sup> Y.4.HD. E.10763 K.16320 T.28.1.1974 bkz. Sinan Sekmen, **a.g.e.**, s.20

<sup>1405</sup> Stéphane Hoebeker – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.268

<sup>1406</sup> Patrick Wachsmann, **a.g.e.**, s.146

<sup>1407</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.161

<sup>1408</sup> Bkz. <http://www.assembly.coe.int>

<sup>1409</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.162

<sup>1410</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.172

engellenmesine yol açmaktadır<sup>1411</sup>. Böylece eylemi hukuka uygun hale getirecek olan koşullar haber verme hakkı çerçevesinde değerlendirilecek ve kamuoyunun bilgilenmesi yalnızca ilgilinin takdirine bırakılmamış olacaktır. Zaten Alman kanun koyucusu da 1907 yılından bu yana kamuya mal olmuş kişiler (“*Personen der Zeitgeschichte*”) açısından rızaya önem vermemektedir ve İtalyan kanun koyucusu da 1941’de yaptığı kanunlarda aynı yolu izlemiştir<sup>1412</sup>. Benzer biçimde çok eski tarihli bir Paris İstinaf Mahkemesi kararında da tartışılan ve çok doğru bir biçimde reddedilen ünlü kişilerle ilgili haberlerde “*ünleri için vazgeçilmez olan reklam*” gerekçesi<sup>1413</sup> de özel hayatın gizliliği – basın özgürlüğü dengesine yönelik sisteme aykırı olduğu gibi haberlerde aranan “kamu yararı” koşulunu da karşılamaktan uzaktır.

Öte yandan kimlerin kamuya mal olmuş kişi sayılabileceği sorusuna ise Alman Hukukundaki “*çağdaş tarihin kişileri*” kavramından hareketle *Danışman*, oldukça kapsayıcı bir cevap vermektedir. Türk Hukukundaki “kamuya mal olmuş kişi” kavramının karşılığı olan “çağdaş tarihin kişisi” kavramını Alman Federal Yüksek Mahkemesi, “*kamuoyunun incelemesine mazhar olan ve bunun da salt meraktan öte haber alma hakkına yönelik bir kamu yararına dayandığı kişi*” olarak yorumlamaktadır<sup>1414</sup>. Bu yaklaşımın ışığında *Danışman*’a göre “*seçimi gerektiren bir göreve aday olan veya böyle bir görevde bulunan; aleni bir faaliyette bulunan ve tanınmışlıktan yararlanan kimseler (sinema, televizyon yıldızları, sporcular*” bu gruba girmektedir<sup>1415</sup>. Ayrıca yargılamanın aleniliği ilkesinden hareketle yargılanan kişiler de *Danışman* tarafından bu grupta sayılmaktadır. Oysa yargılanan ve bir başka biçimde haber değeri taşıyan bir olayın parçası olan ünsüz kişilerin kamuya mal olduğunu kabul etmek yerine yargılamanın veya ilgili olayın yukarıda tartışılan koşullar ışığında haber değeri taşıyıp taşımadığını ortaya koymak hakların dengelenmesi açısından daha doğrudur. Çünkü kamuya mal olmuş bir kişinin özel

<sup>1411</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.146; Hatta İspanyol içtihadı siyasetçiler dışındaki ünlü kişiler açısından her somut olayda “*hayatını kamuya ifşa etme kastını*” aramaktadır bkz. Laurence Burgorgue-Larsen, **a.g.e.**, s.114; Aksi yöndeki Amerikan mahkeme kararları için bkz. Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.250 Aynı yöndeki Belçika ve Fransa mahkeme kararları için bkz. s.309-311

<sup>1412</sup> François Rigaux, **a.g.e.**, s.38

<sup>1413</sup> Cour d’appel de Paris, 16 Mart 1955 bkz. Médias et vie privée, s.53

<sup>1414</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.29

<sup>1415</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.43; Örneğin İsviçre’de daha dar bir yorum yapılarak yalnızca kamu yöneticileri bu kapsamda değerlendirilirken sanatçı ve sporcu gibi diğer ünlüler ayrı bir grupta sayılmamaktadır bkz. Carole Mounier, **a.g.e.**, s.138

hayatıyla ilgili birçok konu, doğası gereği haber değeri taşıyabilirken, bu niteliği olmayan bir kişinin yargılanması her zaman haber değerinde olmayabilir.

Nitekim Türkiye’de de benimsenen ve kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatının varlığını kabul eden bu görüşün yurtdışında yansımalarından Alman Federal Adalet Divanı’nın 15 Ocak 1963 tarihli kararında da belirttiği gibi bu kişiler, sırf kamuya mal oldukları için özel hayatları kamusal hayat haline gelmemiştir<sup>1416</sup>. Aynı yönde Paris İstinaf Mahkemesi’nin 11 Ocak 1977 tarihli “France-Edition” kararı da örnek olarak verilebilir<sup>1417</sup>. Ancak kuşkusuz en önemli ve çarpıcı karar daha önce de değinilen<sup>1418</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Von Hannover-Almanya kararıdır. Mahkeme kararında kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatına müdahale edebilmek için yalnızca kamunun bilgilenme hakkından kaynaklanan kamu yararını yeterli görmemiş, bunun “haklı” olmasını da aramıştır<sup>1419</sup>. Bu bağlamda iki görüş ortaya çıkmaktadır. Birincisine göre ünlü kişilerin, örneğin fotoğrafları, ancak kamusal hayatlarına veya mesleki faaliyetlerine ilişkin ise çekilebilir aksi halde eylem bir ihlaldir<sup>1420</sup>. Böylece siyasetçiler için ancak devlet hayatındaki görevleri ile ilgili ve bunlara etkisi olan özel hayat olaylarının basın tarafından gündeme getirilebileceği, diğer ünlü kişiler açısından ise ünlerinin sebebini oluşturan faaliyetler ve onları tanımaya yarayan özel hayat olaylarının ifşa edilebileceği belirtilmektedir<sup>1421</sup>. Bu bağlamda başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere Anglo-Sakson dünyada “şeffaf” olması istenen siyasetçilerin özel hayatı, kamusal hayatlarının doğrulanma veya yalanlanma aracı olarak görüldüğünden yoğun biçimde müdahaleye maruz kalmaktadır<sup>1422</sup>. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde 1964 tarihli *New York Times v. Sullivan* kararından bu yana özellikle siyasetçilerle ilgili haberleri yapanlar, zarar verme kastının varlığı halinde

<sup>1416</sup> Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s.132

<sup>1417</sup> Jean Sace, **a.g.e.**, s.869; Diğer bir karar da bir siyasetçinin eşcinsel olduğu haberini yayımlayıp mahkum edilen gazete ile ilgili karardır bkz. Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.277-288

<sup>1418</sup> Bkz. s.121

<sup>1419</sup> Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.80

<sup>1420</sup> Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie privée**, s.78: Yazar, bir mahkeme kararına atıf yapmaktadır; Bu yöndeki bir Belçika mahkemesi kararı için bkz. Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.265; İtalyan Yargıtay’ı Ceza Dairesinin de aynı yönde bir kararı vardır bkz. Guido Alpa, **a.g.e.**, s.125

<sup>1421</sup> İbrahim Kaplan, **a.g.e.**, s.22

<sup>1422</sup> Enkelada Papa, **a.g.e.**, s.71; Aynı anlayışı yansıtan bir Fransız mahkeme kararı için bkz. Sabine Abravanel-Jolly, **a.g.e.**, s.237; İngiltere’de 1989’da yapılan bir ankete göre halkın % 73’ü basın, kamuya mal olmuş kişilerin hayatına çok fazla müdahale ettiğine inanmaktaydı bkz. Mark Warby – Iain Christie – Adam Wolanski, **a.g.e.**, s.25

cezalandırılmaktadır<sup>1423</sup>. Ancak burada sınırın giderek muğlak hale gelip belirsizleştiği de unutulmamalıdır<sup>1424</sup>. Öte yandan son olarak şu da eklenmelidir ki, eğer kişi kasten, öğrenilmesinde kamu yararı bulunan bir haberin parçası haline gelmişse, mağdurun rızası ile de bağlantılı olarak, yayının hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim 1939 yılında Los Angeles kentinde bir binadan atlayarak intihar eden kişinin haber ile ilgili davada, Kaliforniya mahkemesi özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir<sup>1425</sup>.

İkinci görüşe göre kamuya mal olmuş kişilerin yalnızca kamusal hayatları veya mesleki faaliyetleri değil bunlarla ilgisi olan özel hayat olayları da ortaya konabilmeli, ifşa edilebilmelidir<sup>1426</sup>. Örneğin kamuya mal olan kişilerin kamusal faaliyetleri dışındaki faaliyetlerinin ancak onların rızası ile haber yapılabileceği belirtilen Fransa’da<sup>1427</sup>, anayasal olarak “ulusal bağımsızlığın güvencesi” kabul edilen cumhurbaşkanının sağlığının, özel hayatının parçası olmasına rağmen, basın tarafından ifşa edilmesinin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir<sup>1428</sup>. Bu bağlamda Türkiye’de örneğin başbakanın sağlık durumu, özellikle de var olan kronik bir rahatsızlığı, özel hayatının tartışmasız bir parçası da olsa, basın tarafından irdelenip kamuoyuna duyurulabilmelidir. Buna karşın Türkiye’de bir dönem çok tartışıldığı üzere örneğin başbakanın oğlunun sağlık sorunu nedeniyle askerlik hizmetini yapamaması haber değeri taşımakla birlikte, söz konusu sağlık sorunun ne olduğunun sorgulanması, doğrudan kamuya mal olmuş kişiyi değil, onun yakınının özel hayatına müdahale niteliği taşıyacağı için ölçüsüz olacak ve hakkın icrası sınırının dışına çıkmış olacaktır.

Öte yandan Fransa’da kamusal faaliyetlerin bir yansıması olduğu kişiliğin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği de ayrıca söylenmektedir<sup>1429</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihadı da 1926 yılından bu yana aynı yöndedir<sup>1430</sup>. İzmir’de de bir mahkeme, Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesinin uygulanması için yapılan şikayet sonucunda genel duruma benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Davaya konu

<sup>1423</sup> Elisabeth Zoller, **a.g.e.**, s.47

<sup>1424</sup> Gérald Messadie, **a.g.e.**, s.15

<sup>1425</sup> Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.272

<sup>1426</sup> Aynı yönde Carbonnier’den aktaran Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.66 ve bir Belçika mahkeme kararı için bkz. Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.267

<sup>1427</sup> Carole Mounier, **a.g.e.**, s.139

<sup>1428</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.290

<sup>1429</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.294

<sup>1430</sup> Pierre Engel, **a.g.e.**, s.11

olayda ünlü bir oyuncunun, evlilik töreni, basına kapalı olmasına rağmen yerel bir basın mensubu tarafından görüntülenmiş ve yayınlanmıştır. Yapılan şikayet üzerine yargılamayı yapan İzmir 2.Asliye Ceza Mahkemesi, şikayetçinin kamuya mal olmuş bir kişi olduğunu, “*hayatında gelişen önemli bir unsurun haber yapılabilceğini*” belirtip kamuoyunun haber alma hakkını da gerekçe göstererek beraat kararı vermiştir<sup>1431</sup>. Dolayısıyla mahkeme, şikayetçinin evlilik töreninin görüntülerinin izinsiz olarak çekilip yayınlanmasını şikayetçinin özel hayatının gizliliğine bir müdahale saymış ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle suçun oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatının olmadığı iddia edilemez. Dolayısıyla herhangi bir kişinin özel hayatının gizliliğine müdahale anlamı taşıyan bir eylem, kamuya mal olmuş kişiler açısından da aynı niteliktedir. Ancak kamunun bilgi edinme, haber alma hakkı çerçevesinde bu kişilerin kamusal faaliyetleri dışında özel hayatlarının da haber değeri taşıdığı ve yapılan müdahalelerin Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesindeki suçun maddi unsurunu oluşturmakla birlikte hukuka uygun olacağı dolayısıyla da suç oluşturmayacağı sonucuna ulaşılabilmektedir. Ayrıca yapılan müdahalenin ölçülü olması ve kesinlikle ilgilinin gizli alanına girmemesi gerekmektedir<sup>1432</sup>. Örneğin bir siyasetçinin evlilik dışı bir ilişkisi ile ilgili yapılan yayınların, özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşısa ve fakat haber verme sınırları içinde kalarak hukuka uygun olduğu iddia edilebilirse de, aynı kişinin bu ilişkisini ispat etmek amacıyla yapılan gizli görüntü kayıtlarının yayınlanması sınırın aşılmasına ve suç işlenmesine neden olabilecektir.

Kamuya mal olmuş kişiler açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da söz konusu kişilerin özel hayatlarının ancak bu nitelikleri devam ettiği sürece haber değeri taşıyabileceğidir. Dolayısıyla görev başındaki bir siyasetçi ya da ünlü bir sanatçının özel hayatıyla ilgili haberler yapılabilceği kabul edilebilirse de, bu özellikleri bittikten sonra “vaktiyle meşhur olması” gerekçesine dayanılarak özel hayatlarının gizliliğine müdahale edilemez<sup>1433</sup>. Bu durumda da kamuya mal olmamış kişiler gibi değerlendirilerek hareket edilmesi gerekir. Öte yandan geçmişte yaşamış

<sup>1431</sup> “Halit Ergenç bu fotoğraf için dava açtı” Vatan Gazetesi (16.10.2007); “Halit Ergenç davayı kaybetti” [www.haber7.com](http://www.haber7.com) (27.12.2007)

<sup>1432</sup> Barbara Wilson, **a.g.e.**, s.171

<sup>1433</sup> Serap Helvacı, **a.g.e.**, s.67

kişilerin özel hayatlarının tarih-araştırma açısından önem taşıdığı ve ifşa edilebileceği de unutulmamalıdır<sup>1434</sup>. Bir bilginin haber değeri taşıyıp taşımadığını belirlemeye yönelik koşullar bu alanda da geçerli kabul edilebilir ancak dikkat edilmesi gereken, buradaki kişiler ölmüş olduklarından özel hayatlarının gizliliği hakkının söz konusu olamayacağı, varsa, hayattaki aile üyeleri ve çevrelerinin değerlendirilmesi gerektiğidir.

#### b) İlgilinin rızası

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26.maddesinin 2.fıkrasına göre "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*". O halde ilgilinin yani mağdurun rızasının varlığı halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmayacağı açıktır. Özel hayat doğrudan kişilikle ilgili ve kişiye bağlı bir kavram olması nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkı da kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hak olarak kabul edilmelidir. Zira ilgili yani mağdur özel hayatına ve hatta gizli alanına üçüncü bir kişinin müdahale etmesine rıza göstermekte ve bu bağlamda da özel hayatının gizli yönlerini aleni hale getirmekte özgürdür<sup>1435</sup>. Nitekim rıza ile ilgili olarak verilebilecek somut bir örnekte mahkeme, sanığın, kız arkadaşıyla birlikte olup çıplak fotoğraflarını çekmesi eyleminde, bilirkişi incelemesi sonucunda, mağdurun rızası bulunduğu gerekçesi ile suç oluşmadığı sonucuna ulaşmış ve böylece sanık hakkında hem Türk Ceza Kanunu'nun 102.maddesinin 2.fıkrası yönünden (nitelikli cinsel saldırı) hem de 134.maddesinin 1.fıkrası yönünden beraat kararı vermiştir<sup>1436</sup>. Ancak rızanın bütün hukuk sistemlerinde genel bir hukuka uygunluk sebebi olduğu düşünülmemelidir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırırken<sup>1437</sup> Fransa'da mağdurun rızası kural olarak eylemi hukuka uygun hale getirmediği için özel hayatın gizliliğini ihlalle ilgili suçlarda rızanın bulunmaması koşulu açıkça ifade edilmiştir<sup>1438</sup>. İsviçre'de de Fransa'ya benzer bir biçimde ilgili suç maddesi olan 179quarter'de mağdurun rızasının bulunmaması koşulu açıkça yer almış ve böylece rıza olmaksızın

<sup>1434</sup> Thierry Massis, **a.g.e.**, s.3567

<sup>1435</sup> Georges Levasseur, **a.g.e.**, s.110; Zahit İmre, **a.g.e.**, s.156

<sup>1436</sup> "Çıplak fotoğraf fantezisine beraat" Vatan Gazetesi (26.10.2007)

<sup>1437</sup> William L. Prosser, **a.g.e.**, s.642; Ayrıca örnek mahkeme kararları için bkz. The protection of privacy, s.519

<sup>1438</sup> Isabelle Lories, **a.g.e.**, s.73

yazılı eylemi kasten gerçekleştiren kişinin suç işlediği belirtilmiştir<sup>1439</sup>. Öte yandan Anglo-Sakson dünyasında burada değinilen “bireysel rızanın” yanında bir hukuk kuralı veya o ülkelere özgü olan ve mahkemelerce ortaya konan bir “Common Law” kuralından kaynaklanan resmi uygulamalar açısından da “toplumsal rızanın” (“*consentement communautaire*”) var olduğu kabul edilmektedir<sup>1440</sup>.

#### aa) Rızaya ehliyet

Rıza ile ilgili olarak ilk değinilmesi gereken nokta rızaya ehliyet konusudur. Bir başka deyişle ilgili kişinin rıza vermeye ehil olup olmadığıdır. Rızanın, özgür ve yaptığı işlemin sonuçlarının algılayabilecek bir kişinin iradesinin ürünü olması gerekmektedir<sup>1441</sup>. Başta karşılaşılan sorun kişinin yaşıdır. Yasal olarak ergin olan yani 18 yaşının doldurmuş kişinin rızası konusunda bir tartışma yoktur. Ancak 18 yaşından küçük olan çocukların durumunu açıkça ortaya koymak gerekmektedir. Öncelikle her insanın bir özel hayatının bulunduğu bu nedenle de özel hayatının gizliliği hakkına sahip olduğu tekrar edilmelidir. Bu durumda hukuken çocuk sayılan bir kişinin de özel hayatının gizliliğine saygı duyulmasını isteme hakkı vardır. Bunun karşısında da hakkının istediği bölümünden vazgeçme olanağı bulunmaktadır. Gerek özel hayatın kişi ve kişilikle olan doğrudan ilgisi gerekse Yargıtay’ın başta “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu” (m.109) olmak üzere çocukların da rızasına değer veren içtihadı dikkate alındığında da ulaşılmaması gereken sonuç budur. Örneğin Ceza Genel Kurulu’nun E.2007/5-253 K.2008/52 sayı ve 11.3.2008 tarihli kararı bu yöndedir. Kurul, adı geçen kararında, “*ayırt etme gücüne sahip ( sezgin ) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip olduklarını*” belirten 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Ceza Genel Kurulu’nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarına da atıf yapmıştır<sup>1442</sup>. Öte yandan Yargıtay 20 Şubat 1969 tarih ve E.1968/5 K.1969/2 tarihli bir başka İçtihadı Birleştirme Kararı’nda 15 yaşından küçüklerin rıza beyanı ve şikayet açısından ayırt etme gücüne sahip olmadıklarına hükmetmiştir ve 2.Ceza Dairesi de 27 Mart 1948 tarih ve E.2195 K.3206 sayılı kararında, şikayet konusunda, zarar gören küçük ise yasal

<sup>1439</sup> José Hurtado Pozo, **Partie spéciale II**, s.86

<sup>1440</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.392

<sup>1441</sup> André Roux, **a.g.e.**, s.116

<sup>1442</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 26.7.2010)

temsilcisinin bu hakka sahip olduğunu belirtmiştir. *Donay* da ayırt etme gücü olmayan küçüğün yasal temsilcisinin rıza beyanında bulunabileceğini söylemektedir<sup>1443</sup>. Böylece rızanın kanun tarafından dikkat alınmadığı, daha önemli hukuksal değerlerin korunduğu istisnalar (örneğin, TCK m.103 ve 104) dışındaki suçlarda ayırt etme gücüne sahip çocukların rızasının suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü gereklidir<sup>1444</sup>. Söz konusu önemli hukuksal değerlere yine özel hayat ile ilgili olarak kişisel veriler örneği de verilebilir. İlgili Avrupa Birliği Yönergesi bağlamında çocukların da, tıpkı akıl hastaları gibi kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rızalarının hukuken geçerli olmayacağı ileri sürülmektedir<sup>1445</sup>. Kişisel verilerin hassas bir konu olması ve uzun vadeli etkiler doğurabilme olasılığı çocukların korunması ilkesini ön plana çıkardığı için kabul edilebilir bir görüştür. Aynı biçimde İsviçre Federal Mahkemesi de bir çocuğun pornografik görüntülerinin ifşasına rızasının geçerli olamayacağından hareketle eylemi özel hayatın gizliliğini ihlal suçu saymıştır<sup>1446</sup>. Türk Hukuku açısından eylem, özel hüküm durumunda olan 103 veya 104.maddeler kapsamına girmektedir. Genel anlamda rızaya ehliyet konusunda akıl hastaları açısından da, geçerli bir rıza verebilecek derece ayırt etme gücüne sahip oldukları ölçüde aynı değerlendirme yapılmalıdır.

Rızaya ehliyet bakımından tartışılması gereken bir diğer konu da birkaç kişiyi birlikte ilgilendiren veya birden fazla kişinin dahil olduğu bir özel hayat olayının taraflardan birince üçüncü kişilere iletilmesi veya tek bir kişinin rızası ile yayınlanmasıdır. Örneğin Fransa'daki geçmiş tarihli bir mahkeme kararında hakaret veya iftira içermeyen sözlerin, bildirimlerin bir otobiyografide yayınlamasının özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır<sup>1447</sup>. Oysa özel hayatın kişiselliği düşünüldüğünde farklı bir sonuca varılması gerekirdi. Öncelikle 134.maddede kişiye karşı bir suç söz konusudur. O halde bizatihi mağdur kişisel olarak zarar gördüğüne göre bir başkasının rızası kabul edilemez. Oysa yine özel hayatla ilgili konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenleyen 116.maddenin

<sup>1443</sup> Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s.142

<sup>1444</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.71

<sup>1445</sup> Mette Hartlev, **a.g.e.**, s.29

<sup>1446</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.185

<sup>1447</sup> TGI Paris, 6.12.1979 bkz. Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, **a.g.e.**, s.280

3.fıkrasının sistemi tersine çevirdiği ve yanlış olduğu da daha önce belirtilmişti<sup>1448</sup>. Zira suçun yapısı gereği bakılması gereken tek tek olayın veya bilginin taraflarının zarar görüp görmediğidir. O halde otobiyografi yazan bir kişinin başkalarının da dahil olduğu bir olayı anlatırken veya bir bilgiyi verirken, eğer haber verme hakkı gibi başka bir hukuka uygunluk sebebi yoksa, ya o kişi veya kişilerin de rızasını alması ya da isim belirtmemesi, o kişi veya kişilerin gizliliğini koruması gerekmektedir. Aynı şekilde toplu olarak çektirilmiş ve özel hayata ilişkin bir fotoğrafta tek bir kişinin olduğu bölümün büyütülebilmesi için de yine o kişinin rızasının alınması gerekmektedir<sup>1449</sup>. Bundan hareketle karşılıklı yapılan bir iletişimin içeriğinin açıklanması açısından da her iki tarafın da rızası alınmalıdır<sup>1450</sup>.

#### bb) Rızanın açıklanması

Değnilmesi gereken diğer konu rızanın açıklanmasıdır. Rızanın açıklanma biçimi önemli olmadığından<sup>1451</sup>, kural olarak, açık veya zımni olabilir, bir başka deyişle ilgilinin hareketlerinden de anlaşılabilir<sup>1452</sup>. Örneğin şu an Türkiye’de uygulandığı gibi bazı kurum veya şirketlere telefon eden kişiye otomatik bir santral tarafından görüşmenin kaydedildiği ve saklanacağı bildirilmektedir. Böylece eğer kişi görüşmeye devam ederse zımni de olsa müdahaleye rıza göstermiş olur, ki bunun sonucunda da eylem yani kaydetme fiili hukuka uygun hale gelir. Rıza göstermeyen kişinin istediği an görüşmeye son verme hakkı mevcuttur, ya da mevcut olmalıdır. Bu biçimde rıza alınmazsa Türk Ceza Kanunu’nun 132, 133 veya koşullara göre 134.maddesinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Belçika’da bu alanda elektronik iletişim açısından yasal bir düzenleme yapılmış ve 13 Haziran 2005 tarihli kanununun 128.maddesine göre mesleki amaçlı elektronik haberleşme ve verilerin ancak tarafların kayıt, saklama süresi ve amacı konusunda bilgilendirilmesi koşuluyla hukuka uygun hale gelebileceği belirtilmiştir<sup>1453</sup>. Her seferinde açık rızanın alınmasının çok zor olduğu durumlar açısından böyle bir yöntemin

<sup>1448</sup> Bkz. s.191 ; Ancak bu anlayışı kabul eden bazı Amerikan mahkeme kararları için bkz. Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.387

<sup>1449</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.150

<sup>1450</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.40

<sup>1451</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.71; Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.139

<sup>1452</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.395; Aynı yöndeki bir ABD Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.383

<sup>1453</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.321

benimsenmesi haberleşmenin, dolayısıyla da özel hayatın gizliliğinin korunması açısından son derece gereklidir.

Benzer sonuçları doğuran yasal bir karine, Fransız Ceza Hukukunda da vardır. Özel konuşmaların veya özel yerlerdeki görüntülerin kaydını cezalandıran 226-1.maddenin son fıkrası uyarınca, “*eylemin, ilgilinin görmesi ve bilmesine rağmen karşı çıkmaması halinde işlenmesi*” suçun oluşumunu engellemektedir. Yakın bir düzenleme 226-8.maddedeki “montaj” suçunda da vardır. Ancak iki rızanın birbirinden farklı olduğu, montaj eyleminin “gerçeğin değiştirilmesi” olduğundan kişinin özel hayatının gizliliği ile ilgili verdiği rızanın, teknik olarak 226-1.maddeye göre verilecek bir rızanın, montaja yani 226-8.maddedeki eylemi de hukuka uygun hale getirmeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>1454</sup>. Ayrıca öğretide 226-1.maddedeki söz konusu karinenin yalnızca kaydı içerdiği, görüntü veya sesin kullanılmasını içermediği iddia edildiği gibi, aslında düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olduğu, zira Strasbourg Mahkemesi’nin rızanın açıkça verilmesini istediği de belirtilmektedir<sup>1455</sup>. Nitekim Mahkeme’nin bu görüşte olduğu doğrudur. Genellikle Sözleşme’nin 6.maddesi yani adil yargılanma hakkı ile ilgili davalarda, 7 Mayıs 1974 tarihli Neumeister-Avusturya kararından bu yana Mahkeme istikrarlı biçimde, Sözleşme’deki bir haktan somut olayda feragat edilmesinin ancak “açık bir biçimde” (“*in an unequivocal manner / de manière non équivoque*”) olması gerektiğini belirterek, bir anlamda zımni rızayı reddetmekte açık rızayı aramaktadır. Hatta Mahkeme, usulî bir hak söz konusu ise ek olarak asgari güvencelerin bulunmasını da istemektedir<sup>1456</sup>. Söz konusu içtihadın kişinin her zaman devlet otoritesi ile karşı karşıya geldiği ve bazı hallerde kişinin kendisine rağmen bile korunan<sup>1457</sup> adil yargılanma hakkı / savunma hakkı bağlamında olduğuna dikkat edilmelidir. Özel hayatın gizliliği hakkının ise tamamen kişiye bağlı olduğu ve yaşamını dilediği gibi sürdürebilmesini öngördüğü düşünülecek olursa bu alanda zımni rızanın da kabulünün gerekli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

<sup>1454</sup> Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.34

<sup>1455</sup> Massamba Bassante Batema, **a.g.e.**, s.70-71

<sup>1456</sup> Colozza-İtalya, 12.2.1985; Barberá, Messegué ve Jabardo – İspanya, 6.12.1988; Pfeifer ve Plankl-Avusturya, 25.2.1992; Zana-Türkiye, 25.11.1997; Michele de Salvia, **a.g.e.**, s.33-34 ve 630

<sup>1457</sup> Örneğin adil bir yargılama yapılabilmesi ve savunma hakkının korunabilmesi için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun sanığın yokluğunda duruşma yapılamamasına ilişkin 193.maddesi ile gerektiğinde zorla getirilmesine ilişkin 199.maddesi.

134.madde ile rıza arasındaki somut ilişkiye örnek olarak Şişli 2.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007 yılında verdiği bir kararı örnek olarak gösterilebilir<sup>1458</sup>. Olayda her ikisi de polis memuru olan bir çift, ellerinde tabancaları ile evlilik fotoğrafı çektirmişler, fotoğrafın fotoğrafçı tarafından vitrine konulması üzerine konu basına yansımış ve gazetede haber yapılmıştır. Şikayet üzerine 134.maddenin 2.fikrası gereği dava açılmıştır. Mahkeme ise yapılan yargılama sonucunda çiftin fotoğraflarının vitrine konulmasına izin vererek bunların “*herkes tarafından görülebilecek ve muttali olabilecek*” hale getirdiğini, dolayısıyla özel hayatlarına yönelik bu müdahaleye rıza gösterdikleri sonucuna varmış, konunun haber değerine de dikkat çekerek sanık hakkında beraat kararı vermiştir. Aslında evlilik fotoğrafı kişiye özel ve yabancılara karşı gizli olması nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde korunmasına rağmen fotoğraftaki çiftin, aleniyete rıza göstermesi nedeniyle 5237 sayılı kanununun 26.maddesinin 2.fikrası gereği 134.maddedeki suç oluşmayacaktır. Ayrıca fotoğrafların, mahkeme kararında da dikkat çekildiği gibi belli bir haber değerinin olduğu da unutulmamalıdır.

Tüm bunlara ek olarak hukuka uygun olarak verilmiş rızanın, aradan geçen zaman sonucunda ortadan kalkmış olacağının kabulü de yine özel hayatın gizliliği hakkının etkin biçimde korunması açısından gereklidir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde Louisiana Yüksek Mahkemesi 1961 yılında verdiği kararda, olaydan dokuz yıl önce verilen rızanın geçerli olmadığına hükmetmiştir<sup>1459</sup>.

Ayrıca kişinin dar anlamda özel hayatı ile gizli alanı arasında da bir ayrım olduğu söylenmelidir. Gizli alan, kişinin hakkının dokunulmaz, çekirdek kısmını oluşturduğu için ancak onun açık rızası varsa girilebilecek, ifşa edilebilecek bir alandır. Dolayısıyla genel ilke olarak değil ama bu alana has olarak kişinin karşı çıkmamasının zımni rıza olarak yorumlanmaması gerekmektedir<sup>1460</sup>. Bunun sonucunda 1997 yılında Kaliforniya Mahkemesi'nin, iki ünlü kişinin cinsel hayatına ilişkin fotoğrafların dergide yayınlanmasının, çiftin özel hayatlarını zaten basına açtıkları yani bir tür zımni rıza verdikleri yönündeki gerekçe ile ihlal oluşturmadığı kararı<sup>1461</sup> yanlıştır. Diğer yandan dar anlamda özel hayat alanına yönelik koruma

<sup>1458</sup> Şişli 2.Asliye Ceza Mahkemesi E.2005/700 K.2007/1458 T.25.1.2.2007 (yayınlanmamış karar)

<sup>1459</sup> Don R. Pember, **a.g.e.**, s.237

<sup>1460</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.385

<sup>1461</sup> Les documents du travail du Sénat, s.37

daha az olup hem zımni rızayı kabul eder hem de rıza olmasa bile haber alma hakkı çerçevesinde, yukarıda da tartışılmış olan kurallara uyararak yapılacak müdahaleleri hukuka uygun sayar<sup>1462</sup>. Bu bağlamda rıza açısından şöyle bir sıralama yapmak doğru olacaktır: kişinin en mahrem alanı olan ve mutlak olarak korunan gizli alanındaki bilgi ve olaylara müdahale açısından ancak onun açık rızası bir hukuka uygunluk sebebi olabilir. Onun hemen dışındaki dar anlamda özel hayat alanı da kural olarak gizli olmakla birlikte ilgilinin ya da Ceza Kanunu'nun deyimini ile mağdurun açık veya zımni rızası da eylemi hukuka uygun hale getirebilir. Mamelek hakları dışında Medeni Hukuk deyimini ile kişiye sıkı suretle bağlı bir kişilik hakkı olarak özel hayatın gizliliği hakkı söz konusu olduğundan ancak, zımni de olsa, belirli bir rıza ile kısmen haktan vazgeçilebileceği unutulmamalıdır<sup>1463</sup>. Özel hayat alanı dışındaki bilgi ve olayların izlenmesi, kaydedilmesi, ifşa edilmesi gibi eylemler ise, özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesindeki korumadan yararlanmaz ve böylece bu bağlamda mağdurun rızası devreye giremez. Burada başka haklarla birlikte ifade özgürlüğü ve bilgi alma hakkı tartışılmalıdır<sup>1464</sup>.

Tüm bunların yanında sağlıklı ve geçerli bir rıza açıklaması için verilen rızanın sonuçları bilinmeli ve kişi kendi isteğiyle bu rızayı verebilmelidir<sup>1465</sup>. Örneğin kişinin yalnızca fotoğraflarının çekilmesine rıza gösterip yayınlanmasına rıza göstermemesi olasıdır. Bu bağlamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesinin 1. ve 2.fıkrasına yönelik rıza ayrı olarak değerlendirilmelidir. Ancak somut koşullara ve hayatın olağan akışına göre bir basın mensubunun çektiği fotoğrafları yayınlayacağını da bilinmesi ve bir itirazda bulunulmadıysa yayına da rıza gösterildiği kabul edilmelidir<sup>1466</sup>. Oysa *Kılıçoğlu* bu yaklaşıma karşı çıkmakta ve kişinin basın mensubuna bir özel hayat olayı hakkında bilgi vermesinin mutlaka yayına rıza anlamına gelmediğini, bu durumda yayının hukuka aykırı olacağını ileri sürmektedir<sup>1467</sup>. Rızanın sonuçlarının bilinmesi ve özgür irade ile hareket edilmesi bir gereği ortaya çıkarmaktadır. Buna göre öncelikle kişi neye rıza verdiğini bilmeli ve sonuçlarının en azından öngörebilmelidir. Böylece yalnızca güvenlik veya arşiv amacıyla kaydedilen görüntü veya seslerin reklam gibi bambaşka bir amaçla ifşası

<sup>1462</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.101-103

<sup>1463</sup> Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.140

<sup>1464</sup> Micheline Decker, **a.g.e.**, s.106-108

<sup>1465</sup> Thomas Legler, **a.g.e.**, s.156; Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.391

<sup>1466</sup> Eran Şen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar**, s.717

<sup>1467</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.129

halinde rıza ortadan kalkacak ve eylem tamamen hukuka aykırı hale gelip suç oluşturacaktır. İngiltere'deki 2005 tarihli *McKennit v. Ash* davasında da mahkeme, davacının bir toplantıda nişanlısının ölümünden söz etmesinin, davalının kitabında sekiz sayfa boyunca özel hayat olaylarının anlatmasının haklı çıkarmayacağını belirterek “*korunacak bir şeyler bulunduğu sürece hukuksal korumanın devam ettiğini*” söylemiştir<sup>1468</sup>. Aynı anlayışın devamı olarak verilen rızanın kapsamı ve sınırları da doğru çizilmelidir. Açık veya zımni bir sınırlama yoksa amaca uygun her türlü müdahaleye genel bir rıza gösterildiği kabul edilebilirse de, örneğin bir Amerikan mahkemesinin 1991 tarihli Jimeno kararında da vurgulandığı gibi “*sandığın açılmasına rıza göstermek içindeki kilitli evrak çantasının kilidinin kırılmasına rıza göstermeyi de kapsamaz*”<sup>1469</sup>. Türkiye’de de Şişli 2.Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2008 yılında verdiği kararı dikkat çekicidir<sup>1470</sup>. Davaya konu olayda bir basın mensubu, kimliğini gizleyip, o sırada üzerinde mayo bulunan tanınmış bir kişinin yanına gelerek birlikte fotoğraf çektirmek istemiştir. Çekilen fotoğrafların gazetede yayınlanması üzerine şikayette bulunmuş ve yapılan yargılama sonucunda mağdurun rızası olduğu ve haber hakkı bulunduğu gerekçesi ile beraat kararı verilmiştir. Oysa mahkemenin değerlendirmesi doğru değildir. Her ne kadar mağdurun bir rızası olsa da bu rıza ancak bir hayranının anı amacıyla çektiği bir fotoğrafa yöneliktir. Dolayısıyla basın-yayın yoluyla ifşaya rıza gösterildiği kabul edilemez. Kişinin mayo giymesinin de kural olarak bir haber değeri taşıyamayacağı da dikkate alındığında aslında olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı ve suçun işlendiğinin kabulü gerekmektedir.

Ayrıca kişinin de iradesinin hata, hile, ikrah gibi yollarla sakatlanmaması baskı altında olmaması ve kendini rıza vermek zorunda hissetmemesi gerekmektedir<sup>1471</sup>. Söz konusu durumun bir şirket ile kuracağı iletişimin kaydedildiğini bilen müşteri açısından geçerli olduğu ileri sürülebilirse de bir işe başlamak için başvuran ve işin gereklerinin ötesindeki yoğun kayıt, arama, izleme gibi denetimleri kabul etmek durumuna olan bir işçi adayında olmadığı açıktır<sup>1472</sup>. Aynı şekilde Amerikan mahkemelerince suçlamaları geri alma karşılığında veya aleyhine var olan delilleri

<sup>1468</sup> N. A. Moreham, **Privacy in public places**, s.615

<sup>1469</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.384

<sup>1470</sup> Şişli 2.Asliye Ceza Mahkemesi E.2005/643 K.2008/252 T.29..2.2008 (yayınlanmamış karar)

<sup>1471</sup> Mette Hartlev, **a.g.e.**, s.29; Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.72-73; Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.391

<sup>1472</sup> Bkz. s.80

ileri sürerek alınan rızalar da hukuken geçerli kabul edilmemiştir<sup>1473</sup>. Öte yandan rızanın eylem yapılmadan önce verilmesi veya eylem sırasında mutlaka bulunması gerekmektedir zira Ceza Hukukunda geriye etkili icazetin yeri yoktur<sup>1474</sup>.

Öte yandan rızanın, suçu meydana getiren eylem tamamlanincaya kadar geri alınması da, hakkın etkin biçimde korunabilmesi için, hukuken olanaklıdır. Bu bağlamda kişinin, rızası ile yayınlanmak amacıyla çekilen fotoğraflarının yayınından, yayın gerçekleşene kadar vazgeçmesi, olası yayın eyleminin hukuka uygunluğunu ortadan kaldırır. Nitekim Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin E.2003/3322 K.2003/8240 sayılı ve 26.3.2003 tarihli kararına konu olayda da vardığı sonuç bu yöndedir. Ancak kararda da dile getirildiği gibi failin, rızanın geri alınması nedeniyle uğradığı zararı, tazminat hukuku çerçevesinde isteme hakkı vardır<sup>1475</sup>. Ayrıca Yargıtay, rızayı da mutlak olarak kabul etmemiş ve soyunma odasında kıyafet değiştiren mankenlerin gizli kamera ile çekilen görüntülerinin yayımlandığı olayda, “*rıza bulunsa bile gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi*” bulunmadığını belirtmiştir<sup>1476</sup>. Zaten öğretide de kanuna, ahlaka veya adaba aykırı bir konuya yönelik rızanın eylemi hukuka uygun hale getiremeyeceği de ifade edilmektedir. Bununla ilgili olarak da ileri sürülen gerekçe tıpkı 743 sayılı eski Medeni Kanun'daki gibi 4721 sayılı Medeni Kanun'unda da 23.maddede yer alan “*kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*” hükmüdür<sup>1477</sup>. Böylece kimse önceden verilmiş genel bir rıza ile özel hayatının gizliliğinden tamamen vazgeçemeyeceği gibi, kanuna/ahlaka/adaba aykırı bir rıza da hukuken geçerli değildir. Bir İngiliz yazar da, rızanın varlığının müdahaleyi ortadan kaldırmadığını belirterek, bazı hallerde kişiyi korumak adına rızanın geçerli kabul edilmemesi gerektiğine işaret etmektedir<sup>1478</sup>. Diğer yandan belirtilen sınırlar içinde kalmak kaydıyla rızanın bazı koşullara bağlanması da olanaklıdır<sup>1479</sup>.

<sup>1473</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.41

<sup>1474</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.73; Thomas Legler, **a.g.e.**, s.156; André Roux, **a.g.e.**, s.116

<sup>1475</sup> [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 26.7.2010); aynı yönde bkz. Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.42 ve Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s.142

<sup>1476</sup> Y. 2.CD. E.1998/2325 K.1998/2271 T.3.3.1998 bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 12.6.2009)

<sup>1477</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.81; aynı yönde bkz. Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.42

<sup>1478</sup> Sandra Marshall, **a.g.e.**, s.37

<sup>1479</sup> İlgili bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için (ATF 100 IV 159) bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.157

Diğer yandan belli eylem için örneğin bir özel hayat olayının ifşası için verilen rıza, ilgili kişiyi daha sonraki yayınlara karşı çıkma hakkından mahrum etmez. Nitekim Fransız Yargıtay'ının 30 Mayıs 2000 tarihli kararına göre yüksek mahkeme, daha önce yapılmış bir yayına rıza gösterme veya sessiz kalmanın, kişinin daha sonradan özel izin alınmadan yapılacak yayınlara karşı çıkma hakkından mahrum etmeyecektir<sup>1480</sup>. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi'nin de 1983 tarihli bir kararı örnek gösterilebilir<sup>1481</sup>. Ancak bu kez de başka hukuka uygunluk sebeplerinin dikkate alınması gerekebilir. Örneğin kamuya mal olmuş bir kişinin mahrem anılarının rızasına uygun olarak bir kitapta yayınlanması üzerine basın kuruluşlarının yayını ve içeriğini haberleştirmeleri, ilgilinin rızası olmasa bile, haber verme hakkı çerçevesinde hukuka uygun olarak değerlendirilebilir.

#### cc) Ceza Muhakemesi önlemlerinde rıza

Rıza konusunda bir diğer tartışmalı konu özellikle bir suç mağdurunun rızası sonucunda delil elde etmek ve/veya faili yakalamak amacıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin hukuka uygun hale gelip gelmediğidir. Bu konuda genellikle ileri sürülen hukuksal gerekçe 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161.maddesinde Cumhuriyet savcısına verilen genel araştırma yetkisidir. Böylece aynı kanunun 135.maddesinde sayılan katalog suçlar dışındaki suçlar açısından da suçun mağdurunun talebi veya rızası üzerine iletişimi, yargıç kararı olmadan denetlenebilecektir. Bu bağlamda Yargıtay 4.Ceza Dairesi de gerek 29.11.2006 tarih ve 2006/4669 E. 2006/17007 K.sayılı kararında gerekse 28.3.2007 tarih ve 2007/1398 E. 2007/2879 K.sayılı kararlarında mağdur açısından 135.maddenin geçerli olmadığını 160 ve 161.maddelere göre Cumhuriyet savcısının hareket edebileceğini belirtmiştir<sup>1482</sup>. Bundan hareketle de 14 Ocak 2007 tarihli “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” m.10'da “*somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olması halinde*” şikayetçinin açık rızası üzerine Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile

<sup>1480</sup> Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, **a.g.e.**, s.1637; Bu görüş tekrar ifşanın da suç olması düşüncesini desteklemektedir bkz. s.218

<sup>1481</sup> Tribunal fédéral, Arrêt du 9 juin 1983, ATF 109 II 353

<sup>1482</sup> Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s.76 ve [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 8.4.2009)

iletişimi tespit edilebilmektedir<sup>1483</sup>. Aynı yönde Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin de 8 Ekim 1993 tarihli ve eleştirilen bir kararı vardır<sup>1484</sup>. Keza Amerikan Yüksek Mahkemesi de iletişimin taraflarından birinin rızası ile kolluk görevlilerince yapılan müdahaleyi “dinleme” saymamıştır<sup>1485</sup>.

Öncelikle her ne kadar bir ceza muhakemesi önlemi açısından maddi ceza hukukunda yer alan ilgilinin rızası (TCK m.26/2) kurumuna başvurulmasının eleştirildiği ileri sürülse de<sup>1486</sup> eğer hukuka uygun olmayan bir eylem söz konusu ise Türk Ceza Kanunu'nun 132 ve devamı maddeleri gereğince suç işlenmiş olacağından bu eleştiriye katılmak olanaklı gözükmemektedir. Ancak unutulmaması gereken haberleşmeye nasıl müdahale edilebileceği Anayasanın 22.maddesinde açıkça, hiçbir istisnaya yer vermeksizin düzenlenmiştir. Ayrıca yine Anayasanın 6.maddesinin son fıkrasının son cümlesi gereği bu yetkinin resmi organlar açısından kullanılması ancak anayasal hükümler çerçevesinde söz konusu olabilir. Nitekim Danıştay 10.Dairesi, kolluk görevlilerine Türk Ceza Kanunu'nun 26.maddesinin 2.fıkrasına dayanarak, “rıza ile arama” yapma yetkisi veren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8.maddesinin “f” bendindeki “ilgilinin rızası” sözünü iptal etmiştir. Danıştay, kararında gerekçe olarak Anayasanın 20. ve 21.maddelerine dayanmış ve söz konusu düzenlemelerin kolluk ile birey arasındaki güç eşitsizliğini gidermek amacıyla sıkı koşullar getirerek yargıç kararına ağırlık verdiğini belirtmiştir. Rızanın, ihlali kolaylaştırabileceğini ve anayasal korumayı da işlevsizleştirebileceğini ileri süren Daire, başka maddelerle birlikte bu düzenlemenin de hukuka uymadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>1487</sup>. Benzer biçimde Amerikan Yüksek Mahkemesi de 1948 tarihli *Johnson* kararında kolluğun emrine uymanın “*özgür ve gönüllü bir rıza*” olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>1488</sup>. Bunlara ek olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135.maddesinin son fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi bakımından gerektiği gibi, son derece açık olup maddedeki düzenlemenin dışında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesini ve

<sup>1483</sup> Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.91

<sup>1484</sup> Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1 Sayı:2, Aralık 2006, s.128

<sup>1485</sup> Hyman Gross, **a.g.e.**, s.38

<sup>1486</sup> Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s.75-76

<sup>1487</sup> D.10.D E2005/6392 K.2007/948 T.13.3.2007, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:LXXXI, Sayı:5, 2007, s.2415-2429; Zaten bir önceki Yönetmelik'teki benzer hükmünün de yine Danıştay 10.Dairesi tarafından yürütmesinin durdurulmuş olması (E.2003/3396) da yargı kararlarına saygı açısından son derece acı ve ibret verici bir örnektir

<sup>1488</sup> Alain-Robert Nadeau, **a.g.e.**, s.383; Aynı yönde Kanada Yüksek Mahkemesi'nin de kararları vardır bkz. s.389

kayda alınmasını yasaklamaktadır. Ayrıca her ne kadar tüm görüşmeler için tek tek karar almak olanaksız olsa da haberleşmenin iki taraflı bir faaliyet olduğu ve diğer tarafından da dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır. O halde bu açık düzenlemeler ve kısıtlamalar karşısında mağdurun rızası ile telefon görüşmeleri dinlenemez, kayda alınmaz. Ancak iletişimin denetlenmesi açısından tespit etme ve sinyal bilgilerini değerlendirme önlemleri de vardır. Bunlar 135.maddenin son fıkrasındaki kısıtlamaya girmediği ve diğerlerine göre daha az müdahaleci önlemler olduğu için 161.madde çerçevesinde rıza ile uygulanabilecekleri kabul edilebilirse de<sup>1489</sup>, olması gerekenin açık bir yasal düzenleme olduğu, bir başka deyişle bir yönetmelik maddesi ile değil bir kanun hükmüyle düzenlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

### G) Manevi unsur

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21 ve 22.maddelerinin ilk fıkraları karşısında 134.maddedeki “özel hayatın gizliliği” suçunun ancak kasten işlenebilecek bir suç olduğu, taksirle işlenmesinin yasal olarak olanaklı olmadığı açıktır. Zaten Avrupa ülkelerindeki örnekler de bu yöndedir<sup>1490</sup>. Kastın hangi türünün söz konusu olduğuna gelince ise genel kast yeterlidir<sup>1491</sup>. Özel kast gerekmediği için saike bakılmaz. Failin, mağdurun özel hayatının gizliliğini ne amaçla ihlal ettiği önemli değildir. Nitekim aynı görüşü benimseyen eski tarihli bir Fransız mahkeme kararında da kötü bir örnek olarak göstermek kastı olmasa bile bir çiftin tatildeki resminin yayınlanması özel hayatın ihlali olarak yorumlanmıştır<sup>1492</sup>. Dolayısıyla kastın tanımından<sup>1493</sup> da yola çıkarak failin suçta göstertilen “kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal etme” neticesini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bundan varılması gereken sonuç failin harekette bulunurken ihlal sonucundaki neticeyi bilmesi ve istemesidir. Örneğin mağdurun fotoğraflarını bilerek ve isteyerek çekmesidir veya mağduru bilerek ve isteyerek takip etmesidir ya da dinlemesidir. Yapısı gereği neticesi harekete bitişik bir suç olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda fail hareketi kasten yaptığı zaman netice de meydana gelmiş olur. Ayrıca özel olarak “özel

<sup>1489</sup> Benzer görüş bkz. Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s.77; Mustafa Taşkın, **a.g.e.**, s.297

<sup>1490</sup> Bkz. s.167 vd.

<sup>1491</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.514; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.600; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2039

<sup>1492</sup> Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit**, s.274

<sup>1493</sup> TCK m.21/1 c.2; Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.219

hayatın gizliliğini ihlal etmeyi” istemesi aranmaz. Aksi düşünce suçta özel kast aramak ve kanuna ekleme yapmak olur zira böyle bir durum kanun metninde bulunmamaktadır.

134.maddedeki suç ancak kastla işlenebilir. Bununla birlikte madde metninin iki fıkrasındaki düzenlemeler birbirinden bağımsızdır. O halde taksirle elde edilen özel hayat görüntülerinin kasten ifşası halinde de suçun manevi unsuru tamamlanmış olur. Fransa ve İsviçre örneklerinin<sup>1494</sup> aksine ilk fıkrayı ihlal etmeden yani taksirle ya da tamamen hukuka uygun biçimde kanun gereği ya da mağdurun rızası ile elde edilen bir özel hayat görüntüsünün bilerek ve isteyerek ifşa edilmesi halinde “özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali” suçu gerçekleşmiş olur. Örneğin dışarıda çekim yapan failin, bu sırada konutlarında öpüşen iki kişinin görüntüsünü dikkatsizliği nedeniyle kaydetmesi, kast değil taksir bulunduğu için suç oluşturmamaktadır. Ancak daha sonra bu görüntüyü İnternet’te yayınlaması halinde ifşa eylemi bakımından kasten hareket etmiş olduğundan 134.maddenin 2.fıkrasındaki suç işlemiş olacaktır.

Manevi unsur ile ilgili olarak değinilmesi gereken diğer bir nokta da suçun “olası kast” ile işlenip işlenemeyeceğidir. 5237 sayılı kanun ile yasal bir niteliğe kavuşan bu kavram, 21.maddenin ikinci fıkrasında “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiil işlemesi hali*” olarak tanımlanmaktadır. Böylece kastın ilk unsuru olan neticeyi öngörme koşulu gerçekleşmesine rağmen, isteme koşulu doğrudan kastta olduğu kadar yoğun olmamakta failin bir “*umursamazlık içinde*” olduğu ifade edilmektedir. Bundan dolayı bu kast türünün bir adı da “*olursa olsun kastıdır*”<sup>1495</sup>. Hatta bu nedenle temel ceza belirli bir oranda indirilerek uygulanmaktadır. Çalışma konusu suç olası kast ile de işlenebilir<sup>1496</sup>. Bugünkü haliyle MOBESE kameralarının olası kast ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna yol açabileceği söylenebilir. Zira yukarıda belirtildiği gibi başka ülkelerin aksine bu kameraların duruş ve çekim açısının, yasal bir düzenleme olmadığından, özel hayatın gizliliğini koruyacak biçimde yani somut olarak konutların girişi ve içi gibi alanları göstermeyecek biçimde ayarlanmamış olma

<sup>1494</sup> Bkz. s.168 ve 171

<sup>1495</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.389-390

<sup>1496</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.512; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2039

olasılığı yüksektir. Dolayısıyla bir sokak veya caddedeki MOBESE kamerasının bir kişinin konutunun içini, içinde yaşayanlarla birlikte göstermesi ve bu biçimde de kayda devam ediyor olması söz konusu olabilmektedir. Böylece sorumluların, özel hayatın gizliliğini ihlal neticesini umursamama ve hatta kabullenme halinde oldukları ve olası kastla hareket ettikleri yasal olarak ileri sürülebilir.

## H) İçtima ve iştirak

### 1) İçtima

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bir “torba suç” olması nedeniyle içtima konusu son derece önemli bir yer tutmakta ve hem suçun uygulama alanı hem de diğer suçlarla ilişkisi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### a) Maddedeki suçların içtimalı

134.madde iki fıkrasında iki ayrı suçu düzenlemektedir ve her suçun da yine ağırlatıcı sebepleri vardır. Değerlendirmenin de buna göre yapılması gerekmektedir. Nitekim Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi, Temmuz 2004 tarihinde rıza dışı cinsel ilişkinin görüntülediği, Ağustos 2005’te ise görüntülerin internete konduğu somut olayla ilgili olarak yalnızca ikinci eylemi 134.maddenin 2.fıkrası uyarınca cezalandırmıştır<sup>1497</sup>.

Birinci fıkranın ilk cümlesi suçun basit halidir. Ancak ihlal, görüntü veya seslerin kayda alınması yoluyla yapılırsa cezanın alt sınır artar yani ağırlatıcı bir sebep devreye girer ve suç nitelikli bir hal alır. Bu durumda bir kişiyi örneğin banyo yaparken seyreden ve görüntüyü de kaydeden fail açısından her iki cümle uygulanmaz yalnızca nitelikli halden ceza verilir<sup>1498</sup>. Burada tıpkı geçitli suçlarda olduğu gibi nitelikli hale geçmek için basit halden geçilmesinin zorunlu olduğu ve basit halin nitelikli halin içinde eridiği kabul edilmelidir<sup>1499</sup>. Ancak farklı zamanlarda iki farklı eylem yapılıyorsa zincirleme suç hali düşünülmelidir.

<sup>1497</sup> Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi E.2006/36 K.2007/259 T..11.4.2007 (yayınlanmamış karar)

<sup>1498</sup> Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.511

<sup>1499</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt I**, s.404

Diğer yandan eğer fail elde ettiği görüntüleri ifşa ederse ikinci fıkrayı ihlal etmiş olur. Bu durumda failin görüntü veya sesleri ifşa edebilmesi için önce kaydetmesinin zorunlu olduğu gerekçesi ile bir geçitli suçun bulunduğu böylece ilk suçun ikincinin içinde erdiği ve yalnızca daha ağır olan ifşa suçundan dolayı ceza verilebileceği iddia edilebilir<sup>1500</sup>. Ancak kayıt eylemi ifşa için zorunlu olarak yapılması gereken bir eylem değildir. Özel hayata dair görüntü veya sesleri kaydeden kişi ile bunları ifşa eden kişi farklı olabilecekleri gibi teknik olarak bir görüntü veya sesi kaydetmeden de üçüncü kişilere ulaşmasını / ifşa edilmesini sağlamak olanaklıdır. Örneğin mağdurun konutuna kayıt yapmayan kapalı devre kamera sistemi kurup görüntüleri canlı olarak başkalarına seyrettiren fail, görüntüleri kaydetmemekte ve fakat ifşa etmektedir. Ancak aynı fail hem kaydeder hem de ifşa ederse her iki fıkradan dolayı da cezalandırılacaktır<sup>1501</sup>. İlkesel bağlamda örnek alınabilecek somut bir kararda da Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, gizli kamera çekimini tartıştığı bir davada, gizli kamera ile kayıt yapılmasını bir saldırı, kaydın yayınlanmasını ikinci bir saldırı olarak değerlendirilmiştir<sup>1502</sup>. Aynı mantıktan hareketle özel hayata dair ses veya görüntünün kaydının bir suç, ifşa edilmesinin ikinci ve ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi gerekir.

#### b) Fikri içtima

Öncelikle bir noktanın tekrar altını çizmek gerekmektedir. Daha önce de vurgulandığı gibi<sup>1503</sup> 134.maddedeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, özel hayat kavramının geniş içeriği nedeniyle gerek bulunduğu bölümdeki diğer suçlar gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun diğer bölümlerindeki özel hayatın gizliliği ile ilgili suçlar açısından bir "torba suçtur". Dolayısıyla diğerleri özel hüküm konumunda olup koşulları varsa öncelikle uygulanmalı aksi halde 134.maddenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu suçlar "Kişiler Karşı Suçlar" kısmının yedinci bölümünde bulunan "konut dokunulmazlığını ihlal" suçu (m.116) ve "haksız arama" suçu (m.120) ile dokuzuncu bölümde bulunan "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçu

<sup>1500</sup> Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2041

<sup>1501</sup> Ersa Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.595; Hamide Zafer, **a.g.e.**, s.218; ; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.515: Ancak yazarların, görüntüleri kaydedene, ifşa edenden daha fazla ceza verildiği bu nedenle faile her iki fıkradan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği görüşünün gerekçesine ise katılma olanağı yoktur. Zira kaydedenin cezasının altı sınır bir yıla yükseltilmekte ve fakat üst sınırı iki yılda kalmaktadır. Oysa ifşa halinde alt sınır aynı biçimde bir yıl iken üst sınır üç yıldır.

<sup>1502</sup> Y. 4.HD. E.14189/2004 K.2005/12835 T.29.11.2005 (yayınlanmamış karar)

<sup>1503</sup> Bkz. s.198

(m.132), “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suç (m.133) ve kişilerin verilerin korunması ile ilgili suçlardır (m.135, 136, 138). Nitekim aynı nitelikteki, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 240.maddesinde düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma” suç için kabul edilen esaslar burada da geçerlidir. Bunun sonucu da genel norm – özel norm ilişkisi olduğu için “fikri içtima” hükmü uygulanmaz ve özel hüküm daha az cezayı öngörse bile uygulanır<sup>1504</sup>. Öte yandan aynı durum, bu kez tersine, 257.maddedeki “görevi kötüye kullanma” suç ile bulunmaktadır. Eğer özel hayatın gizliliğini ihlal eden eylemi yapan fail bir kamu görevlisi ise maddi unsur olarak hem 134 hem de 257.madde söz konusu olabilir ancak gerek 257.maddedeki “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” sözü gerekse 134.maddenin bulunduğu bölümdeki suçların “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesinin özel bir ağırlatıcı sebep olarak 137.maddede düzenlenmesi<sup>1505</sup> nedeniyle bu kez 134.madde özel norm durumunda değerlendirilir ve cezası daha az bile olsa somut olayda uygulanır.

Bunun yanında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu başka suçlarla fikri içtima halinde olabilir. 5237 sayılı kanunun 44.maddesinde kavram “*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet*” verme olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla failin eyleminin hem 134.maddeyi hem de arasında genel norm – özel norm ilişkisi bulunmayan bir başka maddeyi ihlal etmesi olasıdır. Örneğin failin, kendisi veya bir başkası bir mağdura nitelikli cinsel saldırı eyleminde bulunurken görüntüleri çekip yayınlaması halinde mağdur açısından özel ve gizli kalmasını isteyeceği dolayısıyla da özel hayatının gizliliği hakkı kapsamına giren bir hayat olayının rıza dışı ifşası söz konusudur ve böylece 134.maddenin 2.fikrasındaki suç işlenmiş olacaktır. Aynı zamanda failin bu eylemi yani mağdura karşı nitelikli cinsel saldırı görüntülerini ifşası mağdurun “*onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte*” olup, sövme suçunun mutlaka sözlü biçimde işlenmesi gerekli olmadığı da dikkate alındığında<sup>1506</sup>, 125.maddeyi de ihlal etmektedir. Zira hakaret ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, birbirine yakın da olsa farklı hukuki menfaatleri koruyan ve aralarında genel-özel ilişkisi bulunmayan farklı iki suçtur<sup>1507</sup>. Bu durumda somut

<sup>1504</sup> Ayhan Önder, **a.g.e.**, s.215

<sup>1505</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. s.318 vd.

<sup>1506</sup> Y. 4.CD. 23.1.1996 8191/421 bkz. Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, **a.g.e.**, s.457

<sup>1507</sup> Paul-Henri Harand, **a.g.e.**, s.38

olayda ağırlatıcı ve hafifletici sebepler de dikkate alınarak en ağır cezayı öngören madde hangisi ise fikri içtima kuralı gereği o maddeye göre fail cezalandırılacaktır.

Diğer bir fikri içtima olasılığı ise Türk Ceza Kanunu'nun 239.maddesinde tanımlanan “Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” suçu ile vardır. Bir sır hem ticari sır olup hem de özel hayata ilişkin olabilir. Örneğin bir ticari şirkete ait olan özel bir hastanede müşteri durumundaki hastaların sağlık sırlarının orada çalışan bir hekim veya başka bir çalışan tarafından yetkisiz üçüncü kişilere iletilmesi, ifşa edilmesi halinde, fail hem müşteri sırrı, hatta duruma göre ticari sır niteliğindeki bilgileri açıklamış hem aynı eylemle mağdurların sağlıklarına ilişkin sırlarını rızaları dışında ileterek özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmiş olacaktır. Yine aynı biçimde hafifletici ve ağırlatıcı sebepler dikkate alınarak en ağır cezayı öngören suç belirlenip uygulanacaktır.

Benzer biçimde, Türk Ceza Kanunu'nun 285.maddesinde tanımlanan ve 134.madde gibi yeni bir suç olan “gizliliğin ihlali” suçunun da fikri içtima içinde olma olasılığı vardır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157.maddesine göre gizli olan soruşturma sırasında elde edilen ve şüphelinin özel hayatıyla ilgili de bilgiler içeren belgeleri açıklayan fail tek bir eylemle hem soruşturmanın gizliliğini ihlal etmiş (m.285/1 c.1) hem özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş (m.134/1 c.1). Eğer soruşturma dosyasında Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılmış teknik araçlarla izleme faaliyetine ilişkin görüntüler varsa 285.maddenin 1.fikrasının 2.cümlesi ve 134.maddenin 2.fikrası söz konusu olabilecektir. Öte yandan bir kişinin özel hayatıyla ilgili bilgilerin verildiği ve kanun ya da mahkeme kararı gereği kapalı yapılan bir duruşmadaki görüntüleri ifşa eden fail de yine her iki suçu birden işlemiş olacaktır (m.285/2 ve m.134/2). Değerlendirme 44.madde çerçevesinde yapılacaktır.

#### c) Zincirleme suç

Zincirleme suç ya da eski adı ile “müteselsil suç” 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 80.maddesi tarafından “*bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi*” olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı kanunun ilgili 43.maddesi hem bu tanıma değiştirmiş hem de başka olasılıkları tanıma dahil etmiştir. Öncelikle kanunda artık “aynı hükmün ihlali” değil

“aynı suçun işlenmesinden” söz edilmekte ve mağdurun mutlak aynı kişi olması gerekmektedir. Örneğin bir kişinin özel hayatını merak eden failin, mağduru değişik zamanlarda gözetlemesi, takip etmesi, gizlice dinlemesi (132 veya 133.maddeye girecek biçimde bir alet kullanmaksızın) 134.maddenin birinci fıkrası açısından zincirleme suç örneğidir ve faile tek bir ağırlaştırılmış ceza verilir. Öte yandan 43.maddenin 1.fıkrasının 3.cümlesi gereği suçun nitelikli biçimi de temel biçimi ile aynı suç sayıldığından, verilen örnekte failin bazı görüntü veya sesleri kaydetmesi halinde de varılan sonuç değişmez. Diğer yandan failin, mağdurun günlüğünü gizlice okuyarak özel hayat bilgilerinin öğrenmesi ve sonra da bunları arkadaşlarına anlatması halinde de yine zincirleme suç söz konusu olmalıdır. Çünkü fail, günlüğü okuyarak mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal etmiştir, edindiği bilgileri yetkisiz üçüncü kişilere anlatarak suçla korunan hukuki menfaati tekrar ve daha ağır biçimde ihlal etmiştir. İkinci eylemde görüntü veya seslerin ifşası söz konusu olmadığından 134.maddenin 1.fıkrası uygulanabilecektir. O halde aynı suçu ikinci kez aynı mağdura karşı işlediği sabittir ve zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi birinci ve ikinci fıkradaki suçlar farklı olduğundan failin mağdurun görüntülerini önce kaydetmesi sonra da bunları ifşa etmesi halinde her iki fıkradan yani suçtan da gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılması gerekmektedir.

Zincirleme suç ile ilgili olarak 5237 sayılı kanunla yapılan en önemli değişikliklerden birisi ise 43.maddenin 2.fıkrasıdır. Böylece “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da*” zincirleme suç hükümleri uygulanır yani ağırlaştırılmış tek bir ceza verilir. Bu düzenlemenin hukuki niteliği konusunda öğretilerde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birincisine göre “aynı neviden fikri içtima”<sup>1508</sup>, ikincisine göre zincirleme suçun genişlemesi daha doğru bir söylemle zincirleme suçun tek bir mağdura karşı işlenmesi kuralına bir istisna söz konusudur<sup>1509</sup>. Tek bir eylem bulunması nedeniyle kavram, yapısal olarak fikri içtima kurumuna daha benzerdir ama sonuçları açısından kanun koyucu tarafından zincirleme suç hükümlerine bağlanmıştır. Bu durumun da özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından gerçekleşmesi olasıdır. Hatta özel hayatın kişinin başkalarıyla olan ilişkisini de içerdiği düşünülecek olursa 134.maddenin 43.maddenin 2.fıkrası

<sup>1508</sup> Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.499; İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s.523; Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Baskı, Ankara, 2009, s.691-692

<sup>1509</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.492

hükmü ile sık sık birleşebileceği açıktır. Örneğin cinsel ilişki halindeki kişilerin gizlice fail tarafından seyredilmesi ve/veya kaydedilmesi, yine iki veya daha fazla kişinin konutlarındaki birlikte yaşantılarının izlenmesi, bu kişilerin birlikte iken sürekli olarak takip edilmesi, iki veya daha fazla kişinin aralarındaki özel sohbetin çıplak kulakla gizlice dinlenmesi örneklerinde fail tek bir eylemde bulunmakta ve aynı anda birden fazla kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmektedir. Kişilere karşı bir suç söz konusu olduğundan olaydaki her mağdurun hakkının tek tek ihlale uğradığının kabulü gerekmektedir. 134.maddedeki suç 43.maddenin son fıkrasında istisna edilen suçlardan biri de olmadığına göre yukarıda sayılan örneklerde faile, suçun cezası 43.maddenin ilk fıkrası uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılarak verilir.

#### d) Gerçek içtima

Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere 134.maddede düzenlenen suç bir “torba suç” olsa ve bunun sonucunda benzer özel bir suçun varlığı halinde somut bir olaya uygulanma olanağı bulunmasa da, somut olay örgüsü ve fail ya da failerin eylemleri gereği bu suçlar arasında gerçek içtima da söz konusu olabilir. Örneğin failin, bir kimsenin konutuna rızasına aykırı olarak girmesi halinde 116.maddedeki konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olacaktır ve özel hayat ile ilgili bile olsa genel-özel norm ayrımı gereği 134.madde devreye girmeyecektir. Ancak aynı fail hem rıza olmadan eve girmiş hem de konutunda gizli çekim yapmış veya mağdurun eşyalarını karıştırmış, bilgisayarındaki dosyalarına, görüntülerine bakmış hatta bunları kaydetmiş ise konut dokunulmazlığı suçu işlendikten sonra ayrıca bir özel hayatın gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olacağından gerçek içtima uygulanacaktır. Zira araç suç – amaç suç ilişkisi bulunmaktadır<sup>1510</sup>.

Benzer bir biçimde elinde usulüne uygun bir arama kararı veya emri bulunmayan kolluk görevlisinin mağdurun eşyalarını araması halinde haksız arama suçunu işlemiş olacaktır. Daha sonra bu haksız aramada elde ettiği bilgileri ifşa etmesi halinde yine 134.maddeye göre suç işlemiş olacaktır. İki kişinin arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal ederek 132.maddeye göre sorumlu olan ve bu

<sup>1510</sup> İzzet Özgenç, **a.g.e.**, s.500; Aynı yönde kişinin konutuna kayıt yapmak amacıyla gizlice giren faile İsviçre Federal Mahkemesi her iki suçtan da ceza vermiştir ATF 118 IV 50 (Jdt 1994 IV 84) bkz. Thomas Legler, **a.g.e.**, s.168

görüşmeden öğrendiği özel bilgileri yine ifşa eden kişinin durumu da yine gerçek içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Araç suç – amaç suç ilişkisi bakımından Fransa’da özel hayat görüntülerinin “montajlanması” ve böylece hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile montaj suçunun hem de montaj suçunun işlenmesi örneği verilmektedir<sup>1511</sup>. Aynı durumda Türk Hukuku açısından da 134.madde ile diğer koşulların da varlığı halinde hakaret suçunun gerçek içtima halinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

## 2) İştirak

5237 sayılı kanunun 37–41.maddeleri arasında düzenlenen “iştirak” konusu özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından özellik göstermemektedir. Genel kurallar çerçevesinde uygulama yapılmalıdır. Örneğin mağdurun özel hayat olayını izleyen, görüntüleyen, fotoğrafını çeken, mağduru gizlice dinleyen, bu bilgileri ifşa eden kişilerden her biri 37.maddenin 1.fıkrası anlamında “fail”dir. Zira “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili*” gerçekleştirmişlerdir. Öte yandan suç işleyenlerin, şeriklerin aralarında “iştirak iradesi” bulunuyorsa suç iştirak halinde işlenmiş demektir. Burada kastedilen 7 Mart 2000 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği gibi her şerikin suçun başka şeriklerle birlikte işlendiğini yani suçun iştirak halinde işlendiğini bilmesidir<sup>1512</sup>. Dolayısıyla 134.madde açısından da birden çok şerik varsa, bu durumu bilenler açısından suç iştirak halinde işlenmiştir ve 37 ve devamı maddelere göre değerlendirme yapılır.

Yukarıda da belirtildiği gibi suç tanımındaki fiili bizzat yapanlar fail olup suçun tam cezası ile cezalandırılırlar. Bu bağlamda somut bir olayda rıza dışı cinsel ilişki görüntülerini internete koyan iki kişiyi Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi fail saymış ve 134.maddenin 2.fıkrasından cezalandırmıştır<sup>1513</sup>. 37.maddenin 2.fıkrasına göre ise bir başka kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan fail de dolaylı fail olarak sorumlu olur ve araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği bulunmuyor ise failin cezası arttırılır. Buna somut örnek olarak bir kişinin tek başına veya başkalarıyla beraber özel hayatına dair görüntü veya sesleri bir çocuk veya akıl hastasına kaydettiren ya da dikkat çekmemek için mağduru bir çocuğa takip ettiren

<sup>1511</sup> Ahmet Danışman, **a.g.e.**, s.74

<sup>1512</sup> Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.458

<sup>1513</sup> Kadıköy 1.Asliye Ceza Mahkemesi E.2006/36 K.2007/259 T..11.4.2007 (yayınlanmamış karar)

failin durumu gösterilebilir. Böyle fail dolaylı fail olacak ve cezası üçte birden yarıya kadar arttırılacaktır.

Azmettirme ise bir “asli manevi iştirak” türü olup 38.maddede düzenlenmiştir ve azmettiren de tıpkı fail gibi suçun tam cezası ile cezalandırılır. Azmettiren suçun icra hareketlerine katılmasa bile faile suç işleme kararını verir ve bu da “*suç işleyen kişi, azmettirenin yönlendirmesi gerçekleşmeseydi suçu işlemeyecekti*” biçiminde açıklanır<sup>1514</sup>. Bu iştirak türüne özel hayatın gizliliğini ihlal suçu için verilebilecek örnek ise bir gazete yöneticisinin, muhabire açık denizdeki yatında güneşlenen bir ünlü kişinin çıplak fotoğraflarını çekmesini söylemesidir. Diğer olası bir örnek de 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki “meslek sırrını ifşa suçu” açısından verilen ve failin, suçtan zarar görenin sırrını açıklamaya bir basın mensubu tarafından azmettirilmesidir<sup>1515</sup>. Eski düzenlemenin aksine sırrın, meslek sırrı olup olmaması 134.maddedeki suçun oluşumu açısından önem taşımamaktadır. İfşa açısından ise elinde eski sevgilisinin gizli kalması gereken özel görüntü veya ses kayıtları bulunan failin, arkadaşı tarafından bunları intikam amacıyla internet üzerinde yayınlamaya ikna edilmesidir.

Bir sonraki maddede “yardım etme” düzenlenmektedir. 765 sayılı kanun dönemindeki “fer’î iştirak” halidir<sup>1516</sup>. Buna göre suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme ile suçtan sonra yardımda bulunmayı vaat etme; suçun işlenmesi ile ilgili yol gösterme, araç sağlama ve suç öncesinde veya sırasında yardımda bulunarak icrayı kolaylaştırma, suçu kolaylaştırma eylemlerini yapan şerike kanunda öngörülen indirim çerçevesinde ceza verilir. “Manevi yardım etme” denilen ilk dört halden teşvik ve kuvvetlendirmede, azmettirmeden farklı olarak failde zaten var olan suç işleme kararı teşvik edilir veya kuvvetlendirilir<sup>1517</sup>. Yukarıda verilen ifşaya azmettirme örneğinde failin zaten intikam amacıyla görüntü ve sesleri ifşa etme düşüncesinin arkadaşı tarafından desteklenmesi, suçu işlemeye teşvik edilmesi halinde azmettirme değil manevi anlamda yardım etme söz konusudur. Vaatte bulunma açısından ise vaadin gerçekleştirip gerçekleşmesi önemli

<sup>1514</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.515; Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.523-524

<sup>1515</sup> Süheyl Donay, **a.g.e.**, s.197-198

<sup>1516</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.528 vd.

<sup>1517</sup> Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.474-475

olmadığından<sup>1518</sup> aynı örnekte arkadaşının faile, gerçekleştirmeyecek bile olsa suçtan sonra saklanmasına, kaçmasına yardım edeceğini vaat etmesi de yine 39.maddenin 2.fıkrasının (a) bendi kapsamında yardımda bulunmadır ve ilgili kişi şerik sıfatıyla cezai anlamda eylemden sorumlu olur. Son manevi yardım etme hali olan “yol göstermede” ise şerik, mağdurun konutuna gizli görüntüleme veya dinleme cihazı yerleştirmek isteyen faile cihazı nasıl yerleştirip kayıt yapabileceği konusunda teknik detayları anlatıp açıklamalar yapması örnek olarak verilebilir. Ancak şerikte mutlaka “iştirak iradesinin” bulunması gerekmektedir. Aksi halde failin suç işleme kastını bilmeden genel anlamda açıklama yapan kişi şerik ve yardım eden olarak kabul edilemez.

Öte yandan eğer şerik cihazı bizzat faile, iştirak iradesi içinde, veriyorsa o zaman da maddi yardım etme hali olan araç sağlama durumu ortaya çıkar. Daha önce de belirtildiği gibi Türkiye’de piyasada bulunabilecek bu tip aletlerin satılması başlı başına iştirak sayılamaz. Satıcının ayrıca özel düzenleme olmadığından failin suçu işleyeceğini bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir. Ayrıca konuta gizli kayıt cihazı yerleştirme örneğinde hizmetçinin faili, bilerek ve isteyerek içeri alması ya da yine aynı kastla onun girebileceği bir pencereyi açık bırakması halinde suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırma söz konusudur.

#### **D) Suçun nitelikli halleri**

Yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 137.maddesinde, biri hariç “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümündeki tüm suçlar için geçerli iki genel ağırlaştırıcı sebep öngörülmüştür. Dolayısıyla 134.maddedeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından maddede yer alan özel ağırlaştırıcı sebeplerin yanına iki genel sebep daha eklenmiştir. Bunlar sırasıyla “*suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi*”, diğeri ise “*suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesidir*”. Her ikisi de failin veya şerikin durum veya sıfatına bağlı olduğu için subjektif / şahsi hallerdir<sup>1519</sup>. Herhangi birinin varlığı halinde ceza yarı oranında arttırılır.

<sup>1518</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.532

<sup>1519</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt II**, s.343

**1) Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.137/1-a)**

Gelişen ve değişen teknoloji ile araştırma tekniklerinin sonucunda kişilerin kamu otoriteleri ve kamu görevlileri ile daha sık karşılaşmaları, böylece de kamu görevlileri tarafından özel hayata ilişkin değerlerin ihlal edilmesi olasılığının giderek artmasının yarattığı söz konusu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için iki koşul bulunmaktadır. Birincisi suçu işleyen kamu görevlisi olması, ikincisi de suçu, görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlemesidir<sup>1520</sup>. Dolayısıyla 134.maddeye göre suç oluşturan bir eylemi yapan fail, sırf kamu görevlisi diye daha ağır cezaya çarptırılmayacaktır.

“Kamu görevlisi” kavramının içeriği ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6.maddesinin 1.fikrasının (c) bendinde açıklanmıştır. Buna göre “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir*”. Böylece içeriği 765 sayılı kanuna göre çok daha geniş tutulmuştur. Kolluk görevlisi, yargıç, Cumhuriyet savcısı gibi kişilerin yanında avukat, noter ve bilirkişiler de tanıma girmektedir<sup>1521</sup>. Öte yandan bu konumdaki kişinin görevden kaynaklanan yetkisini de kötüye kullanması gerekir. Bundan anlaşılması gereken de kamu görevlisinin kendisine verilen görev gereği sahip olduğu yetkiye uygun davranmaması ve bu yetkinin dışında hareket etmesidir. Örneğin bir kolluk görevlisinin akşam konutunda otururken çeşitli saiklerle komşusunun konutundaki yaşantısını gizlice görüntülemesi, görev gereği bir durum olmadığı için ağırlatıcı bir hal olmazken aynı kolluk görevlisinin hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140.maddesi gereği teknik araçla izleme kararı verilmiş şüphelinin, kanun maddesinin 5.fikrasına aykırı biçimde konutunu da izlemesi halinde işlediği suçun cezası 137.maddeye göre ağırlştırılır. Diğer bir örnek de kendisine verilen dava dosyasındaki özel hayata ilişkin görüntü ve ses kayıtlarını, yayınlaması için bir basın mensubuna veren bilirkişinin durumudur<sup>1522</sup>.

<sup>1520</sup> Osman Yaşar – Hasan Tahsin Gökcan – Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Ankara, 2010, s.4131

<sup>1521</sup> Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2051-2052

<sup>1522</sup> Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2052

## 2) Suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi (m.137/1-b)

İkinci ağırlaştırıcı hal suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesidir. Düzenlemenin kastettiği meslek veya sanatın icrası ile suçun işlenmesi arasında bir nedensellik bağının bulunabilmesidir<sup>1523</sup>. Böylece belli meslek ve sanata yönelik güvenin korunması ve kişilerin bu meslek veya sanat erbaplarıyla daha kolay ve rahat ilişkiye geçebilmeleri amaçlanmıştır. 134.madde ile olan ilişkisi dikkate alındığında ilk başta akla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 198.maddesindeki “meslek sırrını ifşa” suçunu akla getirmektedir. Zira yeni düzenleme karşısında eğer fail mesleği gereği öğrendiği mağdura ait kişisel sırrı (örneğin sağlık bilgisi) ifşa etmesi halinde 134.madde ve 137.madde uygulanacaktır. Kişisel bir sırrın söz konusu olduğu ve eski 198.madde kapsamına giren hemen her olayda artık 134.madde ile beraber 137.maddedeki ağırlatıcı sebebin uygulanacağı söylenebilir.

Ağırlatıcı sebebin başka hallerde de devreye girmesi söz konusu olabilir. Örneğin bir otel işletmecisinin veya otel çalışanının odalara gizli kayıt cihazları yerleştirerek müşterilerin özel görüntü ve seslerinin kayıt ve/veya ifşasını gerçekleştirilmesi ya da bir fotoğrafçının kişinin rızası üzerine ve yalnızca kendisine verilmek üzere özel fotoğraflarını çekip daha sonra bunları üçüncü kişilere vermesi olaylarında da ceza 137.madde gereği ağırlaşacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, ağırlatıcı sebep açısından “*belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylık*” söz konusu olduğundan son örnekte failin mutlaka profesyonel anlamda bir fotoğrafçı veya fotoğrafçılık sanatını icra eden bir kişi olması gerekir. Bu nitelikleri olmayan bir failin yaptığı eylem suçun basit haline göre cezalandırılacaktır. Diğer örnekler için de aynı durum söz konusudur.

Her iki ağırlatıcı hal açısından da vurgulanması gerekenlerden biri de, maddede belirtilen sebeplerin suç işlendiği sırada var olmasının uygulama için yeterli olmasıdır. Her iki sebebin de varlık nedeni ve suçlarla korunan hukuki menfaatlere sağladığı katkı düşünüldüğünde sonradan ilgili niteliklerin kalkması, örneğin failin artık kamu görevlisi olmaması ya da suçu işlemesini kolaylaştıran mesleği bırakması

<sup>1523</sup> Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.609

suçun nitelikli hal özelliğini kaybetmesine yol açmayacaktır. Öte yandan her iki ağırlaştırıcı sebebin birden aynı olayda olması ise fiilen olanaksızdır. Çünkü fail ya kamu görevlisidir ve yetkisini kötüye kullanmaktadır ya da meslek veya sanatı icrayı kolaylaştırmaktadır. Kamu görevlisi açısından görev-yetkinin dışında bir meslek veya sanat söz konusu olamaz. Dolayısıyla koşulları dolduran kamu görevlisi açısından ancak ilk sebep uygulanabilir. Kamu görevlisi olmayan kişi açısından ise zaten ilk sebebin uygulanma olasılığı yoktur<sup>1524</sup>.

Öte yandan 20 Ocak 2009 tarihinde 2/386 Esas numarası ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132–140 arası maddelerinde değişiklik yapılmasını öneren ve henüz komisyon aşamasında olan “Türk Ceza Kanununun Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar Kanununda Yer Alan Maddelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin 6.maddesi 137.maddeye bir nitelikli hal daha eklemektedir: *yasadışı suç örgütlerinin amaçları için suçun işlenmesi*. Suç örgütü zaten yasadışı bir oluşum olduğundan düzenlemedeki ifadenin gereksiz olduğunu belirtmekle beraber teklif gerekçesinde de vurgulandığı gibi özellikle son yıllarda özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların çoğu zaman bir örgüt tarafından, bazı çıkarlara ulaşmak amacıyla işlendiği dikkate alınacak olursa değişiklik teklifi kabul edilebilir. Bunun yanında Türk Ceza Kanunu'ndaki bazı suçların “*örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi*” ağırlatıcı bir sebepken (m.79, m.91/4, m.142/3), bazı suçlarda da “*suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanma*” yine bir ağırlatıcı sebeptir (m.106/2-d, m.119/1-d). Dolayısıyla teklifteki düzenlemenin benzer hale getirilmesi kanunun sistematığı ve uygulama açısından daha uygun olabilir.

## **J) Yaptırım ve usul**

### **1) Yaptırım**

134.maddenin birinci ve ikinci fıkralarında iki ayrı suç ve farklı yaptırımlar öngörüldüğü için bunları ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Birinci fıkrada düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temel halinin cezası seçimliktir ve

<sup>1524</sup> Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2052: Yazarlar, ikinci sebebin uygulanabilmesi için “kamu görevlisi olmama” koşulunu saymaktadırlar. Düzenlemede bu koşul açıkça yer almasa da fiili olarak varılması gereken sonuç budur.

ya altı ay ile iki yıl arasında hapis cezası ya da adli para cezasıdır. Dolayısıyla mahkeme sanığı ya bu süreler arasında hapis cezasına çarptırarak ya da 5237 sayılı kanunun 5560 sayılı kanun ile değişik 61.maddesinin 9.fıkrası gereği yine bu süreler arasında bir gün sayısına karar verip 52.maddenin 2.fıkrasına göre 20 lira ile 100 lira arasında belirleyeceği miktarla çarpıp çıkan sonuca göre adli para cezasına çarptıracaktır. Öte yandan eğer ağırlaştırıcı sebep varsa yani görüntü ve sesler kayda alınmış ise cezanın alt sınırı bir yıla yükselmektedir.

134.maddenin ikinci fıkrasındaki özel hayat görüntülerinin veya seslerinin ifşası suçunun yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. İlk fıkradan farklı olarak adli para cezası ne seçenek ne de ek yaptırım olarak öngörülmüştür. Ancak adli para cezası bu suç için bir seçenek ceza olmadığından hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi hukuken olanaklıdır. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ise ceza yarı oranında arttırılır..

134.maddede öngörülen yaptırımların yeterli olup olmadığı ise tartışmalıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki değişiklik teklifinin 3.maddesinde ilk fıkra için "iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası" öngörülmekte ve görüntü veya seslerin kaydı halinde alt sınır üç yıla yükselmektedir. İkinci fıkra içinse "üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası" öngörülmekte ve ağırlaştırıcı sebep aynen korunmaktadır. Önerilen cezaların çok yüksek olduğu açıktır.

Bunun yanında Avrupa ülkelerinde de tam bir yaptırım birliği yoktur. Fransa'da bir yıla kadar hapis cezası ve 45.000 euro para cezası öngörülmektedir. Ancak uygulamada mahkemelerin hapis cezasını, erteleyerek dahi olsa pek tercih etmedikleri, para cezasında da üst sınıra hiç yaklaşmadıkları ifade edilmekte ve para cezasının failin elde ettiği yarara orantılanması önerilmektedir<sup>1525</sup>. Öte yandan Almanya'da bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilmektedir. Rusya'da ise birçok seçenek yaptırımın dışında en fazla altı ay hapsi cezası verilebilmektedir. Oysa hapis cezasının süresi İsviçre'de üç, İtalya'da ve İspanya'da dört yıla kadar çıkabilmektedir. Cinsel amaçlı ihlali cezalandıran İngiltere'de<sup>1526</sup> ise süre en fazla iki

<sup>1525</sup> Stéphane Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.442-443; Türkiye'de mahkemenin, adli para cezasını hesaplarken failin elde ettiği yarara orantılı hale getirme olanağı kısmen de olsa vardır (m.52/1-2)

<sup>1526</sup> Bkz. s.178-179; Ancak tazminatın cezai bir işlevinin de olduğu İngiltere'de milyonlarca liraya varan tazminat hükümleri verilmektedir bkz. Stéphane Dimitri Chupin, **a.g.e.**, s.443-444

yıldır. Dolayısıyla Türkiye'dekinden daha ağır yaptırımlar öngören ülkeler bulunduğu gibi daha hafif yaptırımlar öngörenler de vardır. Yeni ve uygulaması çok az olan bir suç olduğu için yaptırımla ilgili yapılabilecek değerlendirmelerin henüz erken olduğu iddia edilebilirse de, teklifteki kadar olmamakla birlikte, her iki fıkradaki suçun yaptırımının, suçtan zarar görenlerin daha sık ceza hukuku yollarına başvurmalarını ve maddenin daha etkin biçimde uygulanmasını sağlayabilmek için ağırlaştırılması tartışılabilir. Ancak mutlak bir gereklilik değildir.

## 2) Usul

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçların büyük bölümünün soruşturulması ve kovuşturulması 139.maddedeki genel düzenleme nedeniyle şikayete tabidir. Söz konusu düzenleme Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın ilk halinde de 196.madde olarak bulunmaktadır<sup>1527</sup>. 134.maddedeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da bunlardan biri olduğundan gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında Türk Ceza Kanunu'nun 73.maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Zaten benzer düzenlemelere sahip olan Avrupa ülkelerinde de şikayet gerekmektedir (Fransa CK m.226-6, İsviçre CK m.179quarter, Almanya CK m.205/1)

İlk önce değinilmesi gereken şikayet hakkının kime ait olduğudur. Kişiye karşı bir suç ve kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan özel hayatın gizliliği hakkı söz konusu olduğundan şikayet hakkı hiç kuşkusuz bizzat suçtan zarar görene aittir. Somut olarak fotoğrafları, görüntüleri kaydedilen, konuşması dinlenen, gizlice takip edilen kişinin şikayet hakkı bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi çocukların da özel hayatı olduğundan, onlar da bu suçun mağduru olabilirler ve dolayısıyla şikayet hakkına sahiplerdir. Zaten Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre da ayırt etme gücüne sahip çocukların, yasal temsilcilerinden bağımsız olarak şikayet hakkını kullanabilecektir<sup>1528</sup>. Ancak çocuğun yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi bir nedenden dolayı ayırt etme gücü bulunmaması halinde yasal temsilcisinin şikayet hakkını kullanabileceği kabul edilebilir<sup>1529</sup>.

<sup>1527</sup> **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s.52

<sup>1528</sup> YİBK 14/9 sayı ve 15.04.1942 tarihli kararı; YCGK E.2007/5-253 K.2008/52 sayı ve 11.3.2008 tarihli kararı; ayrıca YCGK E.5/43 K.50 sayı ve 15.2.1991 tarihli kararı (aktaran Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.201); Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.218

<sup>1529</sup> Benzer bir anlayış Fransız Hukukunda da vardır bkz. Stéphane Dimitri-Chupin, **a.g.e.**, s.451

Şikayet Türk Ceza Kanunu'nun 73.maddesinin birinci fıkrası gereği altı ay içinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158.maddesindeki makamlara yapılır<sup>1530</sup>. Süre failin ve fiilin öğrenildiği tarihte işlemeye başlar. Aslen fail değil fiil şikayet edildiği için şikayetçi, fail veya failleri bilmese de şikayette bulunabilir<sup>1531</sup>. Öte yandan suçtan zarar görenler birden fazla ise hepsinin ayrı ayrı şikayet hakkı bulunmaktadır. Özel hayatın gizliliği suçunun, zincirleme suç bölümünde de açıklandığı gibi, tek hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesi olasıdır. Bu durumda sadece bir kişi şikayette bulunup diğeri bulunmayabilir. Suçun konusunun kişilerin kendilerine özel ve gizli tutmak istedikleri, mahrem hayat olayları ve bilgilerinden oluştuğu düşünülürse birçok halde suçtan zarar görenlerin daha fazla zarar görmemek için şikayetten kaçındıklarını vurgulamak gerekmektedir. Ancak şikayetten kaçınan kişinin, aynı olayla ilgili olarak şikayette bulunan diğer kişiye karşı hukuken yapabileceği bir şey yoktur. Zira her ne kadar şikayetçi, böylece diğer kişinin de özel hayatının gizliliğinin yargılama nedeniyle ifşa edilmesine yol açıyor olsa da Anayasanın 36.maddesinden ve yasalardan kaynaklanan bir hakkı kullandığı için eylemi hukuka uygundur. Ama bu durumda mahkemenin tek ihlali dikkate alması, örneğin zincirleme suç hükümlerine başvurmaması gerekmektedir<sup>1532</sup>. Bunun yanında şikayetin bölünmezliği ve şikayetten vazgeçme gibi kural ve kurumların kanundaki yansıması olan 73.maddenin 3, 4, 5, 6 ve 7.fıkraları genel kurallar çerçevesinde, herhangi bir farklılık göstermeksizin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından da uygulanır<sup>1533</sup>.

Şikayet konusunda tartışılması gereken son nokta özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun şikayete tabi olmasının yerinde olup olmadığıdır. Zira teknolojinin ulaştığı ve giderek de gelişen güncel düzeyde, kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini öğrenmesi çok zaman alabileceği gibi bundan hiç haberi dahi olmayabilmektedir veya kişiler çeşitli nedenlerle şikayette bulunmaktan kaçınabilmektedirler. Nitekim özel hayat ve korunması ile doğrudan bağlantısı olan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”ndaki suçların şikayete bağlı olmasının korumayı % 80 oranında kaldırdığı ifade edilmekte, Almanya örneğinde

<sup>1530</sup> Suçtan zarar görenin yalnızca şikayette bulunması yeterli olup açılan davayı mutlaka takip edip katılan sıfatı alması gerekmez bkz. Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.182

<sup>1531</sup> Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Cilt I**, s.327-328; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s.202

<sup>1532</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.583

<sup>1533</sup> Şikayetten vazgeçme sonucunda davanın düşmesi kararına örnek olarak bkz. Şişli 2.Asliye Ceza Mahkemesi E.2006/533 K.2007/140 T.23.2.2007 (yayınlanmamış karar)

şikayet değil ihbar yükümlülüğünün olduğu ancak çeviri hatası yapıldığı ileri sürülmektedir<sup>1534</sup>. Dolayısıyla kişiye sıkı suretle bağlı bir hakkın ihlali söz konusu olsa da şikayete bağlı bir suç olması sorgulanmaktadır. Nitekim yukarıda değinilen değişiklik teklifinin<sup>1535</sup> 8.maddesinde 139.maddenin tamamen ters yönde değiştirilmesi ve bölümdeki tüm suçların resen soruşturulup kovuşturulacağı ifadesinin eklenmesi önerilmektedir. Elbette böyle bir değişiklik yerine maddenin kaldırılmasını önermek daha yerinde olacaktır, çünkü aksi kanunda belirtilmedikçe bir suç resen kovuşturulur (TCK m.73, CMK m.158-160). Ancak yine de bu kadar “radikal” bir değişikliğin amaca hizmet etmediğini belirtmek gereklidir. Suçtan zarar gören kişinin, kendisiyle ilgili özel konuların mahkeme önünde, istememesine rağmen tartışılması doğru bir çözüm değildir. Zira kural olarak, kamu düzenine değil öncelikle ve doğrudan kişiye zarar veren bir suç söz konusudur<sup>1536</sup>.

Bunun yanında Şen ara bir yol önermektedir. 137.maddedeki nitelikli hallerden yola çıkarak, failin kamu görevlisi olması veya meslek ya da sanatının sağladığı kolaylıklardan yararlanması halinde suçtan zarar göreni korkutma, baskı altına alma, yıldırma olasılığının bulunduğu ileri sürmekte ve bu gibi hallerde şikayet koşulunun kaldırılmasını önermektedir<sup>1537</sup>. Öneri gerekçeleriyle beraber son derece yerindedir ve şikayet koşulunun zararlı yan etkilerini giderebilir. Ayrıca yukarıda “Suçun nitelikli halleri” bölümünde de değinildiği gibi suç örgütleri tarafından suçun işlenmesi halinin de ağırlaştırıcı sebep olmasının yanında şikayet aranmayan bir resen soruşturma-kovuşturmaya yol açması uygun bir değişiklik olabilir.

Diğer bir ara yol da Alman Ceza Kanunu’na geçtiğimiz yıllarda yapılan değişiklikle eklenmiştir. Almanya’da başta 134.maddenin oradaki karşılığı sayılabilecek 201a maddesi olmak üzere özel hayata ilişkin suçlar, özellikle de kişisel verilere ilişkin suçların soruşturma ve kovuşturması 205.maddenin 1.fikrasına göre şikayete bağlıdır. Ancak bu fıkraya eklenen hükme göre 202a maddesindeki “veri casusluğu” (“*Ausspähen von Daten*”) ve 202b maddesindeki “verilerin iletilirken ele geçirilmesi” (“*Abfangen von Daten*”) suçları kural olarak şikayete bağlı

<sup>1534</sup> Yener Ünver, “Kişisel Verilerin Korunması”, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 60.Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 19-20 Aralık 2008

<sup>1535</sup> Bkz. s.321

<sup>1536</sup> Denis de la Burgade, **a.g.e.**, s.181; Hatta ABD’deki “bireysel yararlılık” (“*individual utility*”) görüşüne göre mağdur, yetkili makamlara başvurmadan önce ihlal ve kendisine maliyeti üzerinde bir değerlendirme yapar ve gerekirse vazgeçer bkz. Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s.178

<sup>1537</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.612

olmakla birlikte “ceza takibinde özel kamu yararından dolayı” (“wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung”) resen kovuşturma yapılabilir<sup>1538</sup>. Düzenleme kişisel verilerle ilgili de olsa Alman kanun koyucusu, bazı istisnai hallerde genel kuraldan ayrılmayı kabul etmiştir. Böyle bir anlayış Türk Ceza Kanunu’na da yerleştirilebilir. 134.madde bakımından suçun örgütlü ve sistematik olarak işlenmesi, bazı gruplarca adeta bir silah olarak kullanılması gibi hallerde suçtan zarar görenin tek başına ihlalleri tespit edip şikayet etmesinin güçlüğü düşünüldüğünde ve böylesi bir durumda oluşacak toplumsal zarar dikkate alındığında resen soruşturma-kovuşturma olanağının kabul edilebilir hale geldiği söylenmelidir<sup>1539</sup>. Zaten Türkiye’de sürekli olarak kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği iddiaları ortadayken başta 134.madde olmak üzere bu bölümdeki diğer suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmanın çok az olması da aslında bu sakıncaya işaret etmektedir<sup>15401541</sup>. Bu bağlamda somut veri olarak 134.madde ile ilgili Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre 2006 yılında 36, 2007 yılında 48, 2008 yılında ise 171 dava açılmış aynı üç yıllık dönemde 164 dava sonuçlanmıştır. Adı geçen davalardaki 327 sanıktan 127’si hakkında beraat (% 38.8), 130’u hakkında ise mahkumiyet kararı (%39.7) verilmiştir<sup>1542</sup>.

Şikayet ve soruşturma safhaları tamamlandıktan sonra kovuşturma safhasına gelinmektedir. Görev bakımından 134.maddenin 1.fikrasındaki suç her halde 5235 sayılı kanunun 10.maddesi gereği Sulh Ceza Mahkemesinin görev alanına girmekte ve dava zamanaşımı da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 66.maddesinin 1.fikrasının (e) bendi uyarınca beş yıl olmaktadır.

Seçenek kurumlar açısından suçun basit hali de olsa cezası ağırlaştırılmış nitelikli hali de olsa verilebilecek hapis cezası 51.madde sınırları içinde kaldığı için erteleme kararı verilebilecektir. Ayrıca verilen temel veya ağırlaştırılmış hapis cezası

<sup>1538</sup> Feridun Yenisey – Gottfried Plagemann, **a.g.e.**, s.282

<sup>1539</sup> Aynı yönde bkz. Sylvain Métille, “Les mesures techniques de surveillance”, **Risque(s) et droit**, Genève, 2010, s.62

<sup>1540</sup> Özellikle TCK m.132’de düzenlenen “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu açısından böyle bir düzenlemeye ciddi biçimde gereksinim duyulmaktadır. Nitekim Fransa’da ilgili komisyonunun açıkça yasada öngörülmüş böyle bir yükümlülüğü vardır bkz. 16e rapport d’activité 2007, s.25

<sup>1541</sup> Muriel Fabre-Magnan, “Le domaine de l’autonomie personnelle”, **Recueil Dalloz**, 2008/I, s.34:

Yazar, özellikle iş dünyası ve cezaevi gibi ortamlarda suç mağdurlarına, kötü de olsa yapılan sonucu istedikleri ve böylece de şikayet edemeyecekleri anlayışının genel olarak yerleştirildiğine dair bir teori ileri sürmektedir.

<sup>1542</sup> TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, [www.adlisicil.adalet.gov.tr](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr) (Erişim:3.11.2010)

veya adli para cezasının açıklanması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231.maddesine 5560 sayılı kanun ile eklenen "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" düzenlemesi çerçevesinde geri bırakılabilir. Ancak hapis cezasının Türk Ceza Kanunu'nun 50.madde uyarınca seçenek yaptırıma çevrilebilmesi için cezanın basit halde yukarı haddenden verilmemesi, nitelikli halde de asgari haddin aşılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte 134.maddenin 1.fikrasında hapis cezası ile adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü için 50.maddenin 2.fikrası gereği hapis cezası adli para cezasına çevrilemez.

İkinci fıkradaki düzenleme hem basit hem de nitelikli haliyle 5235 sayılı kanunun 11.maddesi gereği Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmekte ve dava zamanasını da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66.maddesinin 1.fikrasının (e) bendi uyarınca beş yıl olmaktadır. Cezanın ağırlığı ilk fıkraya göre seçenek kurumlar açısından yargılama yapan mahkemenin olanaklarını azaltmaktadır. Verilen hapis cezası iki yılı geçmezse ertelenebilir veya hüküm açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilir. Öte yandan yalnızca asgari haddenden ceza verilmesi halinde seçenek yaptırımlar uygulanabilir.

Öte yandan 134.maddenin her iki fıkrasındaki suç şikayete bağlı olması nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5560 sayılı kanun ile değişik 253.maddesinin 1.fikrasının (a) bendi uyarınca uzlaşmaya tabidir. 253 ve devamı maddeler uyarınca soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi tarafından şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören kişiye uzlaşma teklifinde bulunur. Eğer suçun uzlaşmaya tabi olduğu kovuşturmada anlaşılırsa teklifi mahkeme yapar. Belirtilen maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiş uzlaşma usulünün sonunda taraflar soruşturma sırasında uzlaşır ve edim defaten yerine getirilirse Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir. Yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılmış, taksitli bağlanmış veya süreklilik arzeden bir edim söz konusu ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı veren Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse doğrudan kamu davasını açar. Uzlaşma kovuşturma sırasında gerçekleşirse ilk edim türünde davanın düşmesine, ikinci edim türünde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Son halde edim yerine getirilmezse hüküm açıklanır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun kişiye sıkı suretle bağlı özel hayatın gizliliği hakkını koruduğu ve kural

olarak, suçun doğrudan zarar göreninin ilgili mağdur kişi olduğu düşünöldüğünde uzlaşma hükümlerinin uygulanabilir olmasının hakların korunması ve usul ekonomisi açısından doğru bir seçim olduğu söylenebilir.

Tüm bunlara ek olarak 137.maddedeki genel ağırlaştırıcı sebeplerden birinin somut olayda söz konusu olması halinde 134.maddenin birinci veya ikinci fıkrasındaki suçun cezasının yarı oranında arttırılması gerekecektir. Bunun da en belirgin sonucu birinci fıkradaki suçun da artık Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmesidir. Ayrıca 140.madde gereğince bölümdeki diğer tüm suçlar gibi 134.maddedeki suçlar açısından da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Bunun için de 60.madde dikkate alınacaktır.

## SONUÇ

Teknolojinin gelişmesi ile beraber kişilerin haklarına kendi bilgi ve rızaları dışında müdahale edilmesi giderek kolaylaşmış hatta sıradanlaşmıştır. Buna koşut olarak gelişen İnsan Hakları teori ve ilkeleri daha geniş ve koruyucu bir hal almıştır ve almaya da devam etmektedir. Bunun en somut örneklerinden biri olan özel hayatın gizliliği hakkıdır. Birçok ülkenin ceza kanununda korunan bu kavram Türk Ceza Hukukuna da 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 134.maddesi ile girmiştir. Böylece yasallık ilkesi gereği sınırlarının çizilmesi ve uygulama alanının belli olması gerekmektedir.

Bu bağlamda ilgili çalışma, araştırma ve uygulamaların ışığında özel hayatın gizliliği hakkı; kişiye özel ve gizli kalmasını istediği bilgiler ile hayat olaylarının yabancı kişilerce öğrenilmesine karşı korunma hakkı olarak tanımlanmalıdır. Böylece bir yandan özel hayatın gizliliği hakkı kendinden kaynaklı kavram ve değerlerle açıklanırken diğer yandan da ulusal ve uluslararası tartışma ve tanımlamalara uygun biçimde haberleşme, kişisel veriler ve konut gibi konuların özel hayat içinde değerlendirilmesi sağlanmaktadır. Ayrıca öğretide tartışmalı olmakla birlikte başta işyerleri olmak üzere kamusal yerlerde de özel hayatın varlığını sürdürdüğü bu nedenle de ihlallerin 134.maddenin kapsamına girdiği vurgulanmalıdır. Burada işçilerin, kişisel özgürlüğü kanun gereği kısıtlananların ve öğrencilerin durumu önemlidir. Zaten hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı hem de Avrupa ve bazı hallerde ABD ulusal mahkemelerinin içtihadı bu yöndedir. Günümüzde ulaşılan temel haklar anlayışında da kişinin sürekli olarak izlenmesinin, sokakta çeşitli ilişki biçimlerinde izinsiz görüntülenmesinin Ceza Hukuku bakımından önem taşımadığı savunulmamalıdır. Türkiye’de son dönemde gittikçe yaygınlaşan MOBESE ve benzeri sistemlerin de özel hayatın gizliliğini tehdit ettiği ve ciddi bir yasal boşluk bulunduğu altı çizilmelidir.

Gerçek ve etkin bir koruma içinse yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun 134.maddesi ile yetinilmemelidir. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi kuralından hareketle başta çalışma konusu suç olmak üzere ilgili diğer suçlar açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturabilecek yasal düzenlemelerin ivedilikle yapılması gerekmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu artık tasarı olmaktan çıkartılmalı ve kanunlaşmalıdır. Ayrıca rızalarının geçerliliği tartışmalı olan işçilerin izlenebilmesi ve denetlenebilmesiyle ilgili olarak tıpkı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hükümlü ve tutuklular bakımından yapılanlara benzer düzenlemeler yapılmalıdır. Burada "gizli alan"a ve "ölçülülük ilkesi"ne saygı esastır. Ek olarak özellikle büyük şehirlerde giderek yaygınlaşan kameralı güvenlik ağlarının Avrupa'daki örnekleri gibi yasal ve açık alt yapıya kavuşturulması; özel hayatın gizliliği hakkının etkin biçimde korunabilmesi için mevcut genel düzenlemelerle yetinilmemesi gerekmektedir. Tüm bunların yanında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme gibi yeni ve resmi görevlilerce özel hayatın gizliliğine yoğun biçimde müdahale niteliği taşıyan koruma önlemleri konusunda şüpheli veya sanıkla bir ilişkisi olmayan ve gizlilik yükümlülüğü olan özel müdafî sistemi tartışılmalı hatta hayata geçirilmelidir. Çok ciddi sorunlara ve tartışmalara yol açan önlemlerle ilgili kanun yollarının etkinleşmesi sağlanmalı ve koşulları ihlal edilen tüm görevlilerin mutlaka hem hukuki hem de cezai sorumluluğuna gidilmelidir.

Ayrıca açık yasal düzenleme karşısında ilgili mevzuat dışındaki gizli izleme, görüntü ve ses kayıtlarının hukuka aykırı kabul edilmesi ve 134.madde açısından suç oluşturur biçimde yorumlanması gerekmektedir. Çok sıkı koşullar altında ve yalnızca resmi görevlilere verilen belirli yetkilerin basın mensupları tarafından ya da aile hayatının ve evliliğin yükümlülükleri gerekçe gösterilerek eşler tarafından birbirlerine karşı ya da ebeveynler tarafından çocuklarına karşı ya da işçinin sadakat yükümlülüğünden hareketle işverence ona karşı kullanılması hukuka uygun eylemler olarak değerlendirilemez. Yalnızca kanıt bulma amacının özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesini hukuka uygun hale getirdiği düşüncesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma önlemleri ile ilgili düzenlemelerinin gereksiz ve işlevsiz kılınması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer gerekli yasal düzenleme ise gizli izleme işlevi gören teknik araçların mutlak bir denetim haline alınmasıdır. Gelişen teknoloji nedeniyle ihlalin giderek kolaylaşması ve fakat tespit edilmesinin de zorlaşması karşısında gizli kayıt araçlarının Türkiye'deki üretimi, ülkeye ithali, ticareti ivedilikle düzenlenmeli ve izne bağlı kılınmalıdır. Hatta benzer yabancı örneklerde olduğu gibi bu araçlarının reklâmının ve tanıtımının yapılması da sınırlandırılmalıdır. Kuralların ihlali ise kabahat veya suç oluşturmalıdır. Böyle bir “önsel” düzenlemenin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun özellikle nitelikli hallerinin işlenmesine etkisi olacağı açıktır. Zaten gelişen teknolojiye koşut olarak hukuk kurallarının da gelişip değişmesi gerektiği genel kabul gören bir olgudur.

134.maddedeki suçun düzenlenişi açısından yapılması gereken ilk tartışma ise düzenlenin tanımı gereği bir “torba suç” olduğu ve yasallık ilkesine aykırılık oluşturabileceğidir. Ancak suçun sınırları, yapılan açıklamaların ışığında çizilebilir durumdadır. Ayrıca doğrudan maddenin uygulama alanına giren haller dışında diğer ilgili maddelerin önceliği dikkate alınmalı ve onların uygulanamaması halinde, tıpkı görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi 134.maddeye başvurulmalıdır. Diğer bir tartışma ise cezanın düşük olduğu ve şikayet sayısını olumsuz olarak etkileyebileceğidir. Bu nedenle her iki fıkradaki suçun cezasının da arttırılması önerilebilir olmakla beraber bunun mutlaka gerekli olduğu, Kanun'un ceza sistematigi de dikkate alındığında, söylenemez. Diğer yandan bölümdeki tüm suçlar için geçerli olan 137.maddedeki nitelikli hallerde “suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” hali eklenmelidir. Böylece sonuçları daha ağır olan suçun buna uygun olarak daha ağır biçimde cezalandırılması sağlanabilecektir.

Tüm bunların yanında çalışma konusu suç, olması gerektiği gibi şikayete tabidir. Ancak yine etkin bir koruma sağlamak amacıyla bazı istisna veya ek düzenlemeler düşünülmelidir. Öncelikle suçun yapısı gereği birçok durumda mağdurun durumdan haberdar olmasının çok uzun sürdüğü hatta olanaksız olduğu gerekçesi ile ihlalden haberdar olan resmi kurumların mutlaka ve ivedilikle mağduru bilgilendirmesi gerekliliğinin açık bir yasal düzenleme haline getirilmesi önerilmektedir. Ayrıca başta yukarıda önerilen ağırlaştırıcı sebep olmak üzere 137.maddedeki hallerden birinin söz konusu olması halinde şikayet koşulu

kaldırılmalı ve artık toplumun zararı bireysel zararın önüne geçtiği için resen soruşturma/kovuşturma yapılabilirdir.

Son olarak vurgulanmalıdır ki bizatihi özel hayatın gizliliğini koruyan bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda yer alması önemli bir aşamadır. Yeni bir suç olması nedeniyle uygulama konusunda tereddütlerin ortadan kalkması ve tam olarak uygulanması zaman alacaktır. Ayrıca özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının içeriğinin tam olarak nasıl yorumlandığı bu aşamaların sonunda belirlenecektir. Ancak unutulmaması gereken nokta kişilerin en temel haklarından biri olan ve insan olmakla yakından ilgisi olan özel hayatın gizliliği hakkının etkin biçimde korunmasında hukuki düzenlemelerin yanında bu yönde bir iradenin bulunması da en az o düzenlemeler kadar önemli olduğudur. Söz konusu irade iki boyutlu olup bir yandan toplumsal anlamda özel hayatının gizliliğinin korunması yönünde bir bilinci ve isteği kapsarken diğer yandan aynı yönde siyasi bir iradenin bulunmasını gerekli kılar. Çalışmada sıklıkla değinilen ve özellikle Batı ülkelerindeki tartışma ve isteklerin Türkiye'de daha yeni yeni dile getiriliyor olması bu bakımdan bir başlangıç olmakla birlikte önemli bir eksikliklerdir. Diğer yandan siyasi iradenin de gerek Türkiye'de var olan anayasal sistemin ışığında gerekse yine Türkiye'nin bağlı olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince özel hayatın gizliliği hakkını ve genel olarak da özel hayata saygı hakkını koruyucu düzenlemeleri ivedilikle yaparak uygulamayı da sıkı bir biçimde izlemesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

14° Rapport d'activité de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, 2005

15° Rapport d'activité de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, 2006

16° Rapport d'activité 2007, Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, Paris, 2008

ABRAVANEL-JOLLY Sabine, La protection du secret en droit des personnes et de la famille, Paris, 2005

ADOUA Sydney, L'impact de la loi antiterroriste canadienne sur les libertés fondamentales, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n.72, 2007, s.1087-1100

AKDENIZ Yves – BELL John, La vie privée et l'Internet: Perspectives du Royaume-Uni, La protection de la vie privée dans la société d'information, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.151-160

AKTAN Hamdi Yaver, Telefon Dinleme ve Sorumluluk, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Haziran 2008, s.2

ALBRECHT Hans-Jörg, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

ALDERMANN Ellen – KENNEDY Caroline, The right to privacy, New York, 1995

ALPA Guido, The Protection of Privacy in Italian Law, Protecting Privacy, Oxford, 1999, s.105-130

AMAN Diane Marie, Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2002, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) (Erişim: 17.6.2008), s.745-764

ARAI Yutaka, The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Netherlands Quarterly of Human Rights, v.16, n.1, 1998, s.41-61

ARASLI Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasında Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979

ARCHARD David, The value of privacy, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.13-31

ARIES Philippe – DUBY Georges, L’histoire de la vie privée, T.I, 1999

ARIES Philippe – DUBY Georges, L’histoire de la vie privée, T.II, 1999

ARIES Philippe – DUBY Georges, L’histoire de la vie privée, T.III, 1999

ARIES Philippe – DUBY Georges, L’histoire de la vie privée, T.IV, 1999

ARIES Philippe – DUBY Georges, L’histoire de la vie privée, T.V, 1999

ARSLAN Çetin – AZİZOĞLU Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004

ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Ankara, 2004

ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009

ASHWORTH Andrew –STRANGE Michelle, Criminal law and human rights in 2002, European Human Rights Law Review, 2003, s. 139-156

ATAK Songül, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:IV Sayı:2, 2007, s.179-214

ATIAS Christian, La protection pénale de la vie privée, Liberté de la presse et droit pénal, P. U. D’Aix-Marseille, 1994, s.87-96

BAĞALI Demet, AIHS m.8 Çerçevesinde Usulsüz Arama, Fasikül, Aralık 2009, s.34-35

BAHÇECİ Barış, Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, 2007, s.515-535

BARBER N. W., A right ot privacy?, Public Law, 2003, s.602-610

BASSANTE BATEMA Massamba, La protection pénale de la vie privée, Mémoire du DEA, Université Paris II, Paris, 2004

BATUM Süheyl – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 3.Baskı, İstanbul, 1999

BAUDRY Partick – SORBETS Claude – VITALIS André, Le conflit entre liberté d'informer et secret de la vie privée (extraits), Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.11-13

BAUER Alain –CORNU Pierre, Code de procédure pénale neuchâtelois annoté, Neuchâtel, 2003

BAYRAKTAR Köksal, Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2007, s.111-124

BAYRAKTAR Köksal, Telefon Dinleme adli panel, İstanbul Barosu, 14 Aralık 2007

BECOURT Daniel, Image et vie privée, Paris, 2004

BEGUIN François, L'ordinateur et la vie privée, Conférences Universitaires 1977: Ordinateur – vie privée – liberté, Université de Neuchâtel, 1978, s.117-125

BEIGNER Bernard, La protection de la vie privée, Libertés et droits fondamentaux, 13e éd., Dalloz, 2007, s.179-204

BENSOUSSAN Alain, Informatique et libertés, Levallois, 2008

BENSOUSSAN Alain, Le correspondant à la protection des données à caractère personnel : un maillon important de la réforme, Gazette du palais - Doctrine, Septembre-Octobre, 2004, s.3013-3018

BERNEMAN Sidney, L'admissibilité de la preuve dans un système continental: le modèle belge, Revue de droit pénal et de criminologie, Avril 2007, s.298-343

BEYLEVELD Deryck, An Overview of Directive 95/46/EC in Relation to Medical Research, The Data protection directive and medical research across Europe, Hampshire, 2004, s.5-21

BIALE Noam. What Criminologists and Others Studying Cameras Have Found, Expert Findings on Surveillance Cameras, [www.aclu.org](http://www.aclu.org) (Erişim: 9.1.2008)

BIRCHER Valérie Berset, L'impact de l'article 8 CEDH sur le droit du travail: Analyse comparée des droits suisse et français, Les droits de l'homme au centre, Fribourg/Genève, 2006, s.579-612

BOUCHET Hubert, Vie privée – vie salariée, Le 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.301-307

BRESSON Cécile, L'atteinte à la vie privée en droit français et en droit anglais, DEA de l'Université de Paris II, 1994

BROWNE Desmond – COPPOLA Anna – MANSOORI Sara – JETHANI Sapna, Privacy Rights, The law of privacy and the media, Oxford, 2002, s.73-117

BUISSON Jacques, Chroniques, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n.3, 2007, s.587-617

BURGORGUE-LARSEN Laurence, L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 2005, s.70-115

CAN Mustafa, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, [www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm](http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm) (Erişim: 29 Mayıs 2009)

CAPPATO Marco, La protection de la vie privée dans les communications électroniques, La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.259-261

CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul, 2007

CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Baskı, İstanbul, 2006

CHARVIN Robert – SUEUR Jean-Jacques, Droits de l'homme et libertés de la personne, 5e éd., Paris, 2007

CHIEH Mary M., Technology and privacy: creating the conditions for preserving personal privacy, Scientific and technological developments & Human rights, Athens, 2001, s.99-157

CHUPIN Stéphane-Dimitri, La protection de la vie personnelle delimitée par les frontières des sphères privée et publique, Thèse, Université Paris I, 2002

CLAES Eric, Restorative justice and the right to privacy, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.181-196

CLAPHAM Andrew, Human rights in private sphere, Oxford, 1993

CLAYTON Richard – TOMLINSON Hugh, The Law of Human Rights, Oxford, 2000

COHEN-JONATHAN G., Respect for private and family life, The European system for the protection of human rights, Dordrecht, 1993, s.405-444

COŞKUN Enis, Küresel Gözaltı, Ankara, 2000

ÇAĞLAYAN Muhtar, Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul, 1977, s.448

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

DE ARCANGELIS, L'Internet et la vie privée, Aix-en-Provence, 2004

DE HERT Paul – GUTWIRTH Serge, Privacy data protection and Law enforcement opacity of the individual and transparency of power, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.61-104

DE LA BURGADE Denis, La vie privée des hommes politiques, Thèse, Université de Paris I, 2000

DE SALVIA Michele, Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'Homme. Vol. 1, Jurisprudence 1960 à 2002 Kehl, Strasbourg, 2003

DECKER Micheline, Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français allemand et anglais, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2001

DELMAS-MARTY Mirelle, Libertés et sûreté dans un monde dangereux, Paris, 2010

DELVOIE Ariane, Le correspondant CNIL : une adaptation française du « chef privacy officer » américain, Gazette du palais - Doctrine, Mars-Avril, 2006, s.912-913

DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara, 2009

DEMİREL Hakkı, Postanın Önemi ve Ana Kuralları, Ankara, 1971

DESAI Anuj C., Wiretapping before the wires: the post office and the birth of communications privacy, Stanford Law Review, v.60, n.2, 2007, s.553-594

DESGENS-PASANAU Guillaume, La CNIL est désormais une juridiction, Expertises / Doctrine, Juin 2008, s.216-221

DETIENNE Jean, Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003/3, s. 525-548

DIX Alexander, La démocratie électronique et ses implications en matière de vie privée dans la vie publique, La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.365-368

DİNÇ Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara, 2006

DJOLAKIAN Laurence, Lutte contre les activités illicites en ligne, Gazette du Palais, 7-10 mai 2008, s.38-40

DOCQUIR Benjamin, Le droit de la vie privée, Bruxelles, 2008

DOĞAN Yusuf Hakkı, Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr) (Erişim: 8.5.2009)

DOĞAN Yusuf Hakkı, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr) (Erişim: 8.5.2009)

DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1979

DONAY Süheyl, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, İHFM Cilt 39, 1974, s.439-449

DOUMENG Valérie, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, T.I, P.U. d'Aix-Marseille, 2002

DOYLE Caroline – BAGARIC Mirko, Privacy law in Australia, Sydney, 2005

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 13.Baskı, İstanbul, 1997

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12.Baskı, İstanbul, 1999

DUCOURTIEUX Cécile – EUDES Yves, Y a-t-il une vie privée sur Internet, Le Monde, 28.5.2010, s.16-17

DUFOUR Olivia, La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles, Gazette du Palais, 28-29 mai 2008, s.2-3

DURMUŞ Murat, Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevde İstihbarat Faaliyetleri, Kırıkkale Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006

ENGEL Pierre, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985

ERDEM Mustafa Ruhan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr) (Erişim: 8.5.2009)

ERDEM Mustafa Ruhan, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 1.Baskı, Ankara, 2001

EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Ankara, 1965

EREM Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt III, Ankara, 1993

ERGÜL Ozan, Özel yaşamın gizliliği hakkı ve korunması, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998

ESCOBAR DE LA SERNA Luis – DEL CAMPO URBANO Salustiano, Le droit à l'intimité dans l'ordre juridique espagnol, La protection de la vie privée dans la société d'information, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.161-179

ETZIONI Amitai, The Limits of Privacy, New York, 1999

EUDES Yves, En Europe le fichage suscite de fortes oppositions, Le Monde, 28.5.2010, s.17

EVİK Vesile Sonay, 4422 sayılı Yasada İletişim Dinlenmesi ve Tespiti, Güncel Hukuk, Ekim 2004, s.30-31

FABRE-MAGNAN Muriel, Le domaine de l'autonomie personnelle: Indisponibilité du corps humain et justice sociale, Recueil Dalloz, 2008/1, s.31-39

FARAH Joanna, Droit au respect de la vie privée et right to privacy: Etude comparée, Mémoire du DEA de l'Université Paris I, 1996

FAVRE Christian – PELLET Marc – STOUDMANN Patrick, Code pénal annoté, Lausanne, 2004

FERAL-SCHUHL Christiane, Respect de la vie privée: principe de proportionnalité, P.I, Confidentiel Sécurité, Octobre 2007, s.5-6

FERAL-SCHUHL Christiane, Respect de la vie privée: principe de proportionnalité, P.II, Confidentiel Sécurité, Novembre 2007, s.5-6

FERAL-SCHUHL Christiane, Respect de la vie privée: principe de transparence, Confidentiel Sécurité, Septembre 2007, s.5-6

FERRIER Patricia, There ought to be a law, Michigan, 2006

Feuille Fédérale, Volume I, N.14, Berne, le 5 avril 1968

FISCHER-HÜBNER Simone, Privacy and security at risk in the global information security, Cyber Crime, London, 2003, s.173-192

FLÜCKIGER Alexandre – AUER Andreas, La vidéosurveillance dans l'oeil de la Constitution, Aktuelle Juristische Praxis, n.8, 2006, s.924-942

FLÜCKIGER Alexandre, Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée, Revue de droit de communication, Mars 2003, s.225-233

FORSTER Susanne, Risk Altındaki Global Dünya Toplumuna ve Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

FORTIS Elisabeth, La surveillance au travail, Gazette du palais - Doctrine, Septembre-Octobre 2006, s.2955-2958

FRANÇOIS Lyn, L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires: regards croisés des droits français et européens, Gazette du Palais, 5-6 mars 2008, s.2-11

GAEBLER Ralph F., Is there a natural law right to privacy, The American Journal of Jurisprudence, V.37, Indiana, 1992, s.319-336

GAUTHIER Jean, Les résultats de l'audio-surveillance comme prévue pénale en droit suisse, Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé, Zurich, 1987, s.75-91

GAVISON Ruth, Should we have a "general right to privacy" in Israel?, Israel Law Review, n.2, 1977, s.155-171

GELMA Robert, “La protection des données personnelles de santé aux Etats-Unis: de nouvelles règles pour 2003, la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.344-349

GEORGEL Jacques, Les libertés de communication, Paris, 1996

GILLESPIE Alisdair A., “Up-Skirts” and “Down-Blouses”: Voyeurism and the Law, Criminal Law Review, 2008/5, s.370-382

GLOVER Rupert Granville, “The right to privacy”, Canterbury Law Review, Vol.2, 1983, s.51-67 ([www.austlii.com/nz](http://www.austlii.com/nz) Erişim: 16.8.2010)

GOLOVKO L., Code pénal russe de 1997, Paris

GOMEZ-AROSTEGUI H.Tomas, Defining private life under the European convention on human rights by referring to reasonable expectations, California Western International Law Journal, v.35, 2005/2, s.153-202

GÖLCÜKLÜ Feyyaz – GÖZÜGÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2001

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanununun Açılması, Cilt II, 4.Baskı, İstanbul

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanununun Açılması, Cilt IV, 4.Baskı, İstanbul

GRAY-LUKKARILA Pamela J., The right to privacy: Constitutional and theoretical foundations, Claremont, 1997

GRIDEL Jean-Pierre – LACABARATS Alain, Droit à la vie privée et liberté d’expression: fond du droit et action en justice, Gazette du Palais, Recueil novembre-décembre 2002, s.1632-1643

GROSS Hyman, Privacy – its legal protection, New York, 1964

GROTHER Helmut, La protection de la vie privée contre les prises de vue voyeuristes en droit privé allemand, Revue de droit international et de droit comparé, v. II, 2006, s.81-107

GUESS Raymond, Kamusal şeyler özel şeyler, 1.Baskı, İstanbul, 2007

GUINARD Jean, La protection de la vie privée, Conférences Universitaires 1977: Ordinateur – vie privée – liberté, Neuchâtel, 1978, s.127-132

GUINCHARD Serge – BUISSON Jacques, Procédure pénale, 4e éd., Paris, 2008

GÜRKAN Ülker, Kişilik Kavramının Evrimi, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara, 1995, s.39-54

HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Güz 2009, s.9-22

HARAND Paul-Henri, La protection de la vie privée de la personne morale, Mémoire du DEA droit de la communication, Université Paris II, 2005

HARTLEV Mette, The Concept of Privacy: An Analysis of the EU Directive on the Protection of Personal Data, The Data protection directive and medical research across Europe, Hampshire, 2004, s.24-31

HARUM Albert H., Right of Privacy in Europe, American Bar Association Journal, v.56, 1970, s.673-677

HAUSER Jean, Chroniques, Revue trimestrielle de droit civil, 2007/1, s.87-88

HAUSER Jean, Chroniques, Revue trimestrielle de droit civil, 2007/3, s.571-572

HAUSER Jean, Chroniques, Revue trimestrielle de droit civil, 2007/4, s.753-754

HAVERKAMP Rita, Risk Altındaki Global Dünya Toplumunu ve Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

HAYES Ben, Surveillance society, Red Pepper, January 2008

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001

HERVE Jean, Etude de quelques aspects de la police de la vie privée, Paris, 1938

HERZOG-EVANS Martine, L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé, Paris, 2000

HILDEBRANDT Mireille, Privacy and identity, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.43-57

HOEBEKE Stéphane – MOUFFE Bernard, Le droit de la presse, Bruylant, 2000

HOLMES Stephen, Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne, Paris, 1994

HORIBE Masao, Protection des informations sur la vie privée et des informations personnelles au Japon: passé – présent – avenir,, la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.530-536

HREINSSON Páil, La base de données du secteur médical islandais, La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.52-59

HUDSON Barbara, Secrets of the self: punishment and the right to privacy, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.137-161

International Data Protection Enforcement Bulletin, May 2010

İLKİZ Fikret – YARSUVAT Duygun, Açık Tartışma: Gizli İzleme, Kayıt ve Denetim, Güncel Hukuk, Ağustos 2005, s.20-24

İLKİZ Fikret, Gizli İzleme Kayıt ve Denetim, Güncel Hukuk, Ağustos 2005, s.20-24

İMRE Zahit, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM Cilt 39, 1974, s.147-168

JOHNSTONE Brian V., The right to privacy: the ethical perspective, The American Journal of Jurisprudence, V.29, Indiana, 1989, s.73-94

Jurisprudence, Gazette du Palais, 27-28 février 2008, s.7-15

KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1994

KANADOĞLU Korkut, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s.55-98

KANGAL Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara, 2010

KAPLAN İbrahim, Kişilik Haklarının Kitle İletişim Haberleşme Araçları Karşısında Korunması, Ankara

KAYSER Pierre, La protection de la vie privée par le droit: protection du secret de la vie privée, Aix-en-Provence, 1995

KAYSER Pierre, Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, s.329-348

KENNES Laurent, La preuve en matière pénale, T. I, Bruxelles, 2005

KERR Orin S., Do we need a new fourth amendment?, Michigan Law Review, April 2009, s.951-966 (<http://proquest.umi.com> Erişim:24.9.2010)

KILIÇOĞLU Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 3.Baskı, Ankara, 2008

KILKELLY Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Ankara, 2005

KIRBY Michael, La protection de la vie privée et des droits de l'homme à l'ère du numérique, Les droits de l'homme dans le cyberspace, UNESCO, Paris, 2005

KIZILARSLAN Hakan, Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara, 2007

KLOSEK Jacqueline, The war on privacy, Westpart, 2007

KUNER Christopher, European Data Protection Law, 2nd Edition, Oxford, 2007

La protection de la vie privée face aux médias, Les documents de travail du Sénat, Srie Législation comparée, n.LC 33, Paris, 1998

La surveillance des communications téléphoniques et l'enregistrement des télécommunications dans certains Etats membres du Conseil de l'Europe, Dossier législatif n.2, Strasbourg, 1982

LAVRIC Sabrina, Jurisprudence, AJ Pénal, 2008/3, s.144

LECLERCQ Jean-François – DE ROY David – NEVEN Jean-François – DEMEZ Gilbert – PLASSCHAERT Emmanuel – van WASSENHOVE Stanislas – CARLIER Eric – ALBERT Gaëtane – WANTIEZ Claude, Vie privée du travailleur et prérogatives patronales, Bruxelles, 2005

LEGLER Thomas, Vie privée et image volée, Berne, 1997

LEHMAN Jon A., The right of privacy in Germany, International Law and Politics, v.1, 1968, s.106-127

LEPAGE Agathe, Vie privée du salarié et droit pénal, AJ Pénal, 2005/1, s.9-13

LEVASSEUR Georges, La protection pénale de la vie privée, Etudes offertes à Pierre Kayser, T.II, P.U.d'Aix-Marseille, 1979, s.107-129

LINDON Raymon, Une proposition de loi sur la bas edu droit à l'information (extraits), Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.55-56

LOISEAU Grégoire, Vie privée, La Semaine juridique, 1999, s.474-476

LOLIES Isabelle, La protection pénale de la vie privée, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1999

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli: Ankara / 18 Ekim 2008, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s.100-109

MALABAT Valérie, Droit pénal spécial, 3e éd., Paris, 2007

MANARA Cédric, La vidéosurveillance à portée de tous les yeux, Petites Affiches, 2003/51, s.18-20

MARSHALL Sandra, Private Lives and Public Rules, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.33-42

MARX Herbert, Le droit à l'information et le respect de la vie privée, [www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1994/MARX.pdf](http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1994/MARX.pdf) (Erişim: 25.5.2009)

MASSIS Thierry, Santé droits de la personnalité et liberté d'information, Gazette du Palais, Recueil novembre-décembre 2004, s.3563-3567

MATTATIA Fabrice, Internet face à la loi Informatique et libertés: l'adresse IP est-elle une donnée à caractère personnel, Gazette du Palais, 13-15 janvier 2008, s.9-10

MATTELART Armand, La globalisation de la surveillance, Paris, 2007

MAYAUD Yves, "Respect de la vie privée, secret professionnel et droits de la défense", Revue de science criminelle, 2007, s.815 vd. ([www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) Erişim:17.6.2008)

MAYAUD Yves, Infractions contre les personnes, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n.4, 2007, s. 815-819

Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007

MESSADIE Gérald, La fin de la vie privée, Paris, 1974

METILLE Sylvain, Les mesures techniques de surveillance, Risque(s) et droit, Genève, 2010, s.47-62

MICHAEL James, Privacy and human rights, UNESCO, Aldershot, 1994

MITROU Lilian, The Greek law on the protection of personal data, Scientific and Technological Developments & Human Rights, Athens, 2001, s.143-157

MOCK Hanspeter, Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance à l'aube du XXIe siècle, Revue universelle des droits de l'homme, vol. 10, n.7-10, 1998, s.237-246

MOFFA M. G., Liberté des communications et interceptions téléphoniques, Vie privée et droits de l'homme: Actes du 3e Colloque international sur la CEDH, Bruxelles, 1973, s.224-239

MOORE Dudley J., Privacy: Press and the Law, Bembridge, 2003

MOREHAM N. A., Privacy in public places, The Cambridge Law Journal, v.65, 2006, s.606-635

MOREHAM N. A., The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination, European Human Rights Law Review, 2008/1, s.44-79

MOREILLON Laurent, Le suivi des mouvements de la personne: l'entraide policière et judiciaire au sein de l'Union européenne, L'individu face aux nouvelles Technologies, Lausanne, 2005, s.69-92

MOUNIER Carole, Harmonisation du droit par la jurisprudence de la CEDH: la protection de la vie privée face à la presse, L'harmonisation internationale du droit, Bâle, 2007, s.127-145

MÜLLER Jörg Paul – LOOSER Martin, Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse, La protection de la vie privée dans la société d'information, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.67-90

NADEAU Alain-Robert, Vie privée et droits fondamentaux, Ottawa, 2002

NAISMITH S. H., Photographs Privacy and Freedom of Expression, European Human Rights Law Review, 1996, s.150-158

NEGLEY Glenn, Philosophical views on the value of privacy, Law and Contemporary Problems, 1966, s.319-325

NERSON Roger, La protection de la vie privée en droit positif français, Revue internationale de droit comparé, 1971/4, s.737-763

NISSENBAUM Helen, Protecting privacy in an information age: the problem of privacy in public, Privacy, Second Series, Aldershot, 2001, s.177-214

NIXON Richard F., Privacy in a public society, Oxford, 1987

OCDE, Protection de la vie privée en ligne, Paris, 2003

ODMAN Tevfik, Askeri Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar, Askeri Adalet Dergisi, Yıl 24 Sayı 95, Ankara, 1996, s.9-34

ORLANDI Renzo, Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 27 Mayıs 2010

ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Baskı, İstanbul, 1994

ÖZBUDUN Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF 50.Yılı Armağanı, Ankara, 1977, s.265-295

ÖZEK Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009

ÖZTÜRK Bahri, İletişimin Dinlenmesi, Güncel Hukuk, Ekim 2004, s.32-33

PAPA Enkelada, Une vie privée pour tous ? La protection de la vie privée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'agissant en particulier de la vie privée des personnages publics, Mémoire du DEA, Genève, 2006

PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Ankara, 2008

PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer, Sulh Ceza Davaları, Ankara, 2007

PECAUD Dominique, L'espace public à l'épreuve de la vidéosurveillance, Plus de sécurité – moins de liberté, Groupe suisse de travail de criminologie, Zurich, 2003, s.27-48

- PEMBER Don R., *Privacy and the press*, Washington, 1973
- PERRAY Romain, *La CNIL: seul rempart contre la vidéosurveillance?*, *Gazette du Palais*, 28-29 mai 2008, s.4-6
- PIQUEREZ Gérard, *Procédure pénale suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2007
- POZO José Hurtado, *Droit pénal – Partie spéciale I*, Zurich, 1998
- POZO José Hurtado, *Droit pénal – Partie spéciale II*, Zurich, 1998
- PRADEL Jean – DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, 4e éd., Paris, 2007
- PRADEL Jean Pradel – VARINARD André, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 5e éd., Paris, 2006
- PRICE James – CHRISTIE Iain – SHERBORNE David – DEAN Jacob, *Remedies, The law of privacy and the media*, Oxford, 2002, s.391-449
- PROSSER William L., *Law of torts*, 2nd edition, California, 1955
- QUESTIAUX Nicole, *Vidéosurveillance et vie privée*, *Gazette du palais - Doctrine*, Septembre-Octobre 2006, s.2958-2961
- RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, 3e éd., Paris, 2001
- RAVANAS Jacques, *La méthode utilisée par le juge français: la balance des intérêts (extraits)*, *Médias et vie privée*, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.62-66
- RAVANAS Jacques, *Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail*, *Recueil Dalloz / Chroniques-Doctrine*, 2003, s.1305-1308
- Recent Cases*, *Harvard Law Review*, V.120, 2007, s.2230-2237
- REGAN Priscilla M., *Legislating privacy*, London, 1995
- RENUCCI Jean-François, *Droits de l'homme*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.4, 2007, s. 895-909
- Revue de droit pénal et de criminologie*, Avril 2008, s.413-421
- Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004/4
- Revue universelle des droits de l'homme*, Vol. 18 n.1-5, 2006, s.68-75
- RIGAUX François, *Les paradoxes de la protection de la vie privée*, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. I, Paris, 2000, s.37-46
- RIVERO Jean –MOUTOUH Hugues, *Libertés publiques*, T. II, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2003

ROCHA Manuel Antonio Lopes, Secret de l'instruction – liberté d'information et protection de la vie privée, Parquet Général de la République, Lisbonne, 1981

ROETS Damien, Chroniques, Revue trimestrielle de droit civil, 2008/1, s.162-164

ROHMER Sandrine, Banques de données ADN et confidentialité: la constitutionnalité de la législation suisse sur les profils d'ADN à l'égard du droit au respect de la vie privée, Les secrets et le droit, Neuchâtel, 2004, s.199-208

ROUX André, La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, Paris, 1983

ROZENBERG Joshua, Privacy and the press, Oxford, 2004

RUEGG Jean –FLÜCKIGER Alexandre –NOVEMBER Valérie –KLAUSER Francisco, Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public, Travaux CETEL n.55, Genève, 2006

SACE Jean, Le droit au respect de la vie privée est-il un droit des vivants, Mélanges John Kirkpatrick, Bruxelles, 2004, s. 865-873

SAINT-GERARD Vanessa, US Court Rejects DNA Sample Law for Inmates, Corrections Today, December 2003, s.20 (<http://proquest.umi.com> Erişim:24.9.2010)

SAINT-PAU Jean-Christophe, L'article 9 du code civil: matrice fondamentale de la protection des droits de la personnalité, Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.60-61

SEKMEN Sinan, Basının Haber Verme Hakkının Özel Hayatın Gizliliğiyle Çatışması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992

SEVİMLİ K.Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006

SINGH Rabinder – STRACHAN James, The Right to Privacy in English Law, European Human Rights Law Review, 2002, s.129-161

SINGH Rabinder, Privacy and the Media after the Human Rights Act, European Human Rights Law Review, 1998, s.712-729

SINGH Rabinder, Privacy and the Media: The Impact of the Human Rights Bill, Protecting Privacy, Oxford, 1999, s.169-190

SLOBOGIN Christopher, Privacy at Risk, University of Chicago Press, 2007 (<http://site.ebrary.com> Erişim:27.9.2010)

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Baskı, Ankara, 1999

SOYER Sesim, Özel Hayatın Korunması Açısından İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002

STIRN Bernard, Les libertés en question, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 2006

STODDART Jennifer-Anne, Des technologies de surveillance sous surveillance, la 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données, Paris, 2002, s.109-114

STOLL Hans, The General Right to Personality in German Law: An Outline of its Development and Present Significance, Protecting Privacy, Oxford, 1999, s.29-47

STRÄULI Bernard, La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication: aperçu du nouveau droit, Plus de sécurité – moins de liberté, Groupe suisse de travail de criminologie, Zurich, 2003, s.93-194

STRÖMHOLM Stig, La vie privée et les procédés modernes de communication: Droit nordique, Revue internationale de droit comparé, 1971/4, s.765-792

SUDRE Frédéric – MARGUENAUD Jean-Pierre – ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël – GOUTTENOIRE Adeline – LEVINET Michel, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, 4e éd., Paris, 2007

SUDRE Frédéric, Les aléas de la notion de “vie privée” dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruxelles, 1998, s.687-705

SUDRE Frédéric, Rapport introductif: la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, 2005, s.11-33

ŞEN Ersan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar, İstanbul Barosu Dergisi, 2005/3, İstanbul, s.707-720

ŞEN Ersan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 60.Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 19-20 Aralık 2008

ŞEN Ersan, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996

ŞEN Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 2.Baskı, Ankara, 2008

ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006

ŞİMŞEK Fethi, Özel Hayatın Gizliliği ve Özel Haberleşme Özgürlüğü Açısından Önleme ve Adli Amaçlı Yapılan İletişimin Denetlenmesi paneli, Dünya’da ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, İstanbul, 28 Mayıs 2010

TADROS Victor, Power and the value of privacy, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.105-120

TANILIR Mehmet Niyazi, İnternet Suçları ile Mücadele Ederken Bireysel Mahremiyetin Korunması, Middlesex Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Londra, 2000, [www.icisleri.gov.tr/\\_Icisleri/WPX/tezler\\_internetsuclari.doc](http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/tezler_internetsuclari.doc) (Erişim: 20 Ekim 2008)

TAŞKIN Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 2.Baskı, Ankara, 2008

TERRE François, La vie privée, La protection de la vie privée dans la société d'information, T. III-IV-V, Paris, 2002, s.135-149

TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7.Baskı, Ankara, 2010

TEZCAN Durmuş, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Ankara, 1991, s.385-392

The Ready Guide to Intercept Legislation, SS8, 2007

TOKUZLU Lami Bertan, European standards on the right of privacy, Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2000

TOMASI Jean-Paul, Les perquisitions administratives à l'épreuve du juge européen, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003/3, s.513-524

TOSUN Öztekin, Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul, 1977, s.375-458

Travaux préparatoires de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme / Preparatory work on Article 8 of the European convention on human rights, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1967

TUGENDHAT Michel – COPPOLA Anna, Principles and Sources, The law of privacy and the media, Oxford, 2002, s.43-72

Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, TC Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

UNESCO, "The protection of privacy", International social science journal, V.XXIV, Number 3, Paris, 1972

ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:2, Aralık 2006, s.103-205

ÜNVER Yener, Kişisel Verilerin Korunması, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 60.Yılında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 19-20 Aralık 2008

ÜNVER Yener, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 27-29 Eylül 2009

ÜZELTÜRK Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, 1.Baskı, İstanbul, 2004

VACHERON Myriam, La protection des données du travailleur dans le cadre des rapports de travail de droit privé, Mémoire de master, Université de Neuchâtel, 2006

VADROT Claude-Marie, La grande surveillance, Paris, 2007

VANDERMEERSCH Damien, Éléments de droit pénal et de procédure pénale, Bruxelles, 2006

VELU Jacques – ERGEÇ Ruşen, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990

VELU Jacques, Le droit au respect de la vie privée, Namur, 1974

VELU Jacques, Rapport relatif à la Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications, Actes du 3e Colloque international sur la CEDH, Bruxelles, 1973, s.35-138

VERBRUGGEN Frank, The glass may be half-full of half-empty but it is definitely fragile, Privacy and the Criminal Law, Oxford, 2006, s.121-134

VERNY Edouard, Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2004/4, s.777-786

VERNY Edouard, Des surveillances nouvelles en droit pénal, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc: Les droits et le droit, Dalloz, 2007, s.1143-1152

VERON Michel, Droit pénal spécial, 11e éd., Paris, 2006

VINCENTS Okechukwu Benjamin, Interception of Internet Communications and the Right to Privacy, European Human Rights Law Review, 2007/6, s.637-648

WACHSMANN Patrick, Le droit au secret de la vie privée, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 2005, s.119-155

WACKS Raymond, Privacy and press freedom, Glasgow, 1995

WARBRICK Colin, The Structure of Article 8, European Human Rights Law Review, 1998, s.32-44

WARBY Mark – CHRISTIE Iain – WOLANSKI Adam, Context and Background, The law of privacy and the media, Oxford, 2002, s.3-42

WARREN Samuel D.-BRANDEIS Louis D., The right to privacy, Harvard Law Review vol.4 n.5, 1897, s.193-220

WILSON Barbara, What right to privacy for politicians, princesses and other public figures? A review of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights, L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Lausanne, 2006, s.159-174

WYLER Rémy, Droit du travail, 2éd., Berne, 2008

YARSUVAT Duygun, “Kişinin Özel Hayatı ve İletişiminin Denetlenmesi”, TCHD Pazartesi Forumları, İstanbul, 1 Aralık 2008

YARSUVAT Duygun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Özel Hayatın Gizliliği Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1.Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2003, s.21-36

YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara, 2010

YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, 2010

YENİSEY Feridun – PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009

YENİSEY Feridun, Medyanın Oluşturduğu “Dolaylı Aleniyetin” Kamuoyunu Etkilemesi, Güncel Hukuk, Ekim 2004, s.25-27

YILMAZ Halil, Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2002, s.303-322

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9.Baskı, İstanbul, 2002

YÜCEKUL Gülşah Kurt – AKYÜREK Güçlü, PVSK’da 5681 sayılı kanunla yapılan değişiklikler, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, İstanbul, s.165-200

ZAFER Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul, 2010

ZEBATI-CASTAING Frédéric – REVET Thierry, La formulation de la théorie des droits de la personnalité (extraits), Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot, n.940, Septembre 2007, s.49-50

ZEREN Yıldırım, Teknik Gelişme ve Özel Hayata Saygı, Ankara Barosu Dergisi, 1971/3, s.420-422

ZOLLER Elisabeth, Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, 2005, s.35-67

ZOLLER Mark A., Die Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten – (Deutsche) Wege und Irrwege, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, İstanbul, 2010, s.33-44

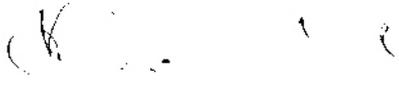
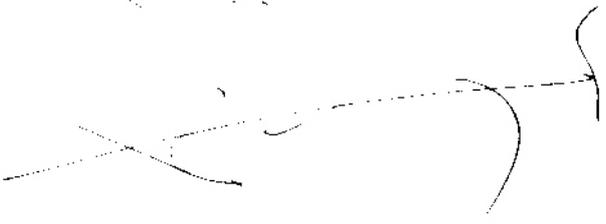
## ÖZGEÇMİŞ

Güçlü Akyürek 22 Ağustos 1980 tarihinde Ordu ilinin Aybastı ilçesinde dünyaya geldi. İlkokul eğitimini İstanbul'da tamamladıktan sonra 1999 yılında Galatasaray Lisesi'ni bitirdi. Lisans eğitimini aynı yıl başladığı Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yaptı. 2004-2005 akademik yılında Fransız Hükümeti'nin bursu ile Paris I Üniversitesi'nde *Droit pénal et politique criminelle en Europe* adlı yüksek lisans programını bitirdi. Yazdığı "*Les garanties procédurales pénales à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle – comparaison: France-Turquie*" isimli yüksek lisans tezi 2007 yılında Galatasaray Üniversitesi Yayını olarak yayınlandı. 2005 yılı güz döneminde Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'na başladı. Yine aynı dönemde Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi oldu.

## TEZ ONAY SAYFASI

**Üniversite** GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
**Enstitü** SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
**Adı Soyadı** GÜÇLÜ AKYÜREK  
**Tez Başlığı** ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU  
**Savunma Tarihi** 12 NİSAN 2011  
**Danışman** PROF. DR. KÖKSAL BAYRAKTAR

## JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
PROF. DR. KÖKSAL BAYRAKTAR	
PROF. DR. DURMUŞ TEZCAN	
PROF. DR. TİMUR DEMİRBAŞ	
PROF. DR. ERSAN ŞEN	
DOÇ. DR. ÜMİT KOCASAKAL	

Enstitü Müdürü

Prof.Dr. V.Mehmet BOLAK