



**T.C.
MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN
HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN
GİZLİLİĞİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatma NİYAZIOĞLU

**Danışman:
Doç. Dr. Muharrem GÜNEŞ**

HATAY/2010

ONAY

Fatma NİYAZİOĞLU tarafından hazırlanan “**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ**” adlı bu çalışma jüri tarafından lisansüstü öğretim yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre değerlendirilip oybirliği ile **KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALINDA YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

.../.../2010

Jüri Üyeleri	İmza

Fatma NİYAZİOĞLU tarafından Hazırlanan “**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ**” adlı tez çalışmasının yukarıda imzaları bulunana jüri üyelerince kabul edildiğini **onaylarım.**

.../.../2010

Doç. Dr. Yakup BULUT

Enstitü Müdürü

TEŞEKKÜR SAYFASI

Yüksek lisans eğitimim ve tez çalışmam boyunca benden bilgi ve deneyimini esirgememiş, yol göstermiş olan; azmimi yitirdiğim ve başladığım yoldan dönmeyi düşündüğüm anlarda derin hoşgörü ve anlayışıyla beni motive eden, her defasında yapabileceğimi vurgulayarak bu gücü hissetmemi sağlayan değerli hocam Doç. Dr. Muharrem Güneş'e ve Mustafa Kemal Üniversitesi Kamu Yönetimi'ndeki diğer hocalarıma teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Evet, zorlu bir süreçte hazırlanan bu çalışmada birçok kişinin desteğini gördüm. Halen çalışmakta olduğum Hatay Polis Meslek Yüksek Okulu idarecilerine yardımlarından ötürü teşekkür ederim. Bu süreçte her konuda anlayış gösteren, yoğun çalışma hayatına rağmen desteklerini esirgemeyen ve tezin son haline gelmesinde önemli katkıları olan hayat arkadaşım Ali Niyazioğlu'na teşekkür ederim. Tabi ki en önemli teşekkürlerimi de ilgiye çok muhtaç olduğu bir dönemde, daha bir buçuk yaşında bu zorlu sürece sabır göstermek zorunda kalan güzel kızım Saliha'ya sunuyorum.

ÖNSÖZ

İnsanoğlu, varlığıyla dünyaya anlam katmış ve dünyanın yaşanabilir bir yer olmasını sağlamıştır. Var olduğu andan itibaren de bir takım haklara sahip olmuş ve bu hakların gelişmesi için arayışlara girmiştir. Bulduğumuz bu çağ ise insan hakları açısından hem uluslararası hukukta hem de ülkelerin iç hukukunda önemli adımların atıldığı bir çağdır. İnsanlar, haklarının güvencesini sorgulayabilmekte ve bütün dünyanın buna saygı göstermesini sağlayacak arayışlara girmektedir.

Bu hakların içinde önemli bir yer teşkil eden özel hayat ve gizliliği hakkı, çalışmamızın konusunu oluşturmuştur. Bu hak önemlidir, çünkü doğrudan ya da dolaylı olarak birçok hakkı da içine alabilmektedir. Kişinin özel hayatı gözlerden uzak ve kendi tercihlerine göre şekillendireceği bir alandır. Özel hayatın sınırlarını çizmek, nereye kadar dış âleme açık olduğunu ve nereye kadar dış âleme kapatabileceğimizi bilmek adına önemlidir. Çalışmamızda özel hayatı, kavram olarak ortaya koymakla birlikte bu hakkı koruyan mekanizmaları da göstermeye çalıştık. Bu hakkın nasıl ihlal edildiği ve edilebileceği, bunda yer alan faktörleri incelemeye özen gösterdik ki bu ihlallere etkili çözümler bulabilelim.

Bütün bunlar neticesinde özellikle ülkemiz adına bakarsak hukuki düzenlemelerde ciddi iyileştirmelere gidildiği ve etkili yaptırımlar öngöröldüğu ortadadır. Tabi ki hızla değişen yaşam şartları ve teknoloji, bu düzenlemelerin de değişen şartlara ayak uydurması gerektiğini göstermektedir. Bu hakkın korunmasında uygulayıcılara da önemli görevler düşmektedir. Hak ve hukuk gözetilerek, mevcut normların usulünce uygulanması, yetkili kişilerin dikkat etmesi ve önemsemesi gereken bir husustur. Ayrıca bireylerin de haklarına sahip çıkma ve ihlallere karşı bütün hukuki yollara başvurma bilincine sahip olması gerekmektedir.

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı çalışmanın bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek herhangi bir yol ve yöntemle başvurulmaksızın tarafımda yazıldığını ve yararlandığım bütün eserlerin hem metin içinde hem de kaynakçada usulüne uygun olarak gösterilenlerden olduğunu belirtir, bunu onurumla doğrularım.

**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi, Fatma NİYAZIOĞLU

Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010

Danışman: Doç. Dr. Muharrem GÜNEŞ

ÖZET

İnsan hakları çağı olarak bakabileceğimiz 21. yy'da gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta özel hayatın gizliliği önem kazanmış ve bu hak için koruma mekanizmaları geliştirilmeye çalışılmıştır. Kişinin özel ve aile yaşamını, konutunu ve haberleşmesini keyfi müdahalelere karşı koruyan özel hayatın gizliliği hakkı, bireysel tercihlere ve seçilen yaşam tarzına karışılmamasını, özel alanında herkesin bağımsız ve özgürce hareket etmesini güvence altına alan bir haktır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili olarak hazırlanmış olan bu çalışmanın amacı; bu hakkın kapsamını ortaya koymak, Türkiye genelinde ve uluslararası hukukta ne şekilde korunduğunun tespitini yapabilmek, ihlallerin hangi durumlarda ortaya çıktığını bulmak ve bu ihlallerin ne şekilde asgari düzeye indirilebileceğini tartışmaya sunabilmektir.

Özel hayatın gizliliği, basın ve internet gibi kitle iletişim araçları ve bireyler tarafından her geçen gün daha çok ihlal edilmektedir. Bunun önüne geçebilmek için Türk hukukundaki mevcut yasal normlar incelenmiş ve verilen yüksek yargı kararlarıyla bu hakkın kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Uluslararası alanda ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi irdelenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla bu hakkın sınırları tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bireylerin en mahrem alanı olan özel hayatları, gitgide daha büyük tehditlerle karşı karşıya olmasına rağmen insanımız, özel yaşamına ilişkin yapılan ihlallere gereken tepkiyi göstermemektedir. Yasal düzenlemelerdeki eksiklikler ve mevcut normların hızla gelişen teknolojiye karşı yetersiz kalması, durumu daha ciddi bir hale getirmektedir. Sonuç olarak bu sürecin iyileştirilmesi için yasalar geliştirilmeli ve

uygulamada da keyfiligin önüne geçilmelidir. Aynı zamanda bireylerin de bu konudaki duyarlılığının artırılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Konut Dokunulmazlığı, Haberleşmenin Gizliliği, AIHS 8. Madde, AIHM Kararları.

**THE RIGHT TO PRIVACY IN TURKISH LAW AND IN THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

Master Degree Thesis, Fatma NIYAZIOGLU

Division of Public Management, Master Degree Thesis, 2010

Supervisor: Muharrem GÜNEŞ

ABSTRACT

In twenty-first century which is being called The Era of Human Rights, the right to privacy has come into prominence for law of nations as well as national law and there has been struggles to advance protection mechanisms for right to privacy. The right to privacy -protecting the privacy of individual and family life, home and correspondence of individual against arbitrary interference- is a kind of right which assures keeping individual choices and chosen ways of life away from interfering. About the right to privacy and its protection, this study aims: to reveal the scope of this right, to determine in what way it is being protected in national and international law, to explore in which circumstances the violations appear and to make it contestable how it can be possible to minimize these violations.

With each passing day, by mass communication such as internet and media or by individuals the right to privacy is being violated increasingly. In order to prevent this, existing legal norms in Turkish Law was examined and supreme court dijudications were analysed to make clear the scope of the right. On the other hand, in terms of international arena The European Convention on Human Rights was been examined and with the decisions of The European Court of Human Rights it was tried to determine the limits of the right.

Although the private life –being the most confidential thing for an individual- is facing with big threats, most citizens can not respond essentially to violations concerning their private life. Inadequacy of legal regulations and existing standards' incapability in relation to developing technology make the situation become serious. As a consequence, in order to ameliorate this process, legislation should be improved in a better way and in implementation, the arbitrariness should also be prevented. At

the same time it is necessary to increase the sensitiveness of individuals concerning this matter.

Keywords: The Right to Privacy and its Protection, Immunity of Residence, Privacy of Communication, Article 8 of the European Convention on Human Rights, ECHR Decisions.

İÇİNDEKİLER

Dış Kapak	
İç Kapak	
Jüri Üyeleri Onay Sayfası	
Teşekkür Sayfası.....	i
Önsöz.....	ii
Özet ve Anahtar Sözcükler.....	iii
Abstract and Key Words.....	v
İçindekiler.....	vii
Kısaltmalar.....	xiii

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAŞTIRMA HAKKINDA AÇIKLAMALAR

1. ÇALIŞMANIN KONUSU, ÖNEMİ, AMACI, YÖNTEMİ VE SUNUŞ SIRASI.....	1
1.1.Çalışmanın Konusu ve Önemi.....	1
1.2.Çalışmanın Amacı.....	3
1.3. Çalışmanın Yöntemi ve Sunuş Sırası.....	4

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI ÇERÇEVESİNDE KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

2. İNSAN HAKLARI.....	6
2.1. Tanımı ve Kapsamı.....	6
2.2. İnsan Hakları Kavramında Yeni Yaklaşımlar.....	9
2.3. İnsan Hakkı Sistematiği İçinde Özel Hayatın Korunması Hakkı.....	11
2.4. Temel Hakların Sınıflandırılması ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	12
3. KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYATIN BU HAKLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ.....	14
3.1. Kişilik Kavramı.....	14
3.2. Kişilik Hakkının Tanımı ve Kapsamı.....	15

3.3. Kişilik Haklarının Özellikleri.....	16
3.4. Kişilik Hakkı Kapsamında Yer Alan Bazı Kişisel Değerler.....	18
3.4.1. Kişinin Hayat, Sağlık ve Vücut Bütünlüğü.....	18
3.4.2. Kişinin Şeref ve Haysiyeti.....	19
3.4.3. Kişiyeye Ait İsim.....	20
3.4.4. Kişiyeye Ait Resim ve Ses.....	21
3.4.5. Kişinin Hayat Alanı.....	22
3.4.5.1. Ortak Hayat Alanı.....	23
3.4.5.2. Özel Hayat Alanı.....	23
3.4.5.3. Gizli Hayat Alanı.....	24
3.4.5.4. Hayatın Özel ve Gizlilik Alanlarına Yapılan Müdahaleler.....	26
3.4.5.5. Kamuya Mâl Olmuş Kişilerin Özel Hayatı.....	27
4. ÖZEL HAYAT HAKKI KAVRAMI.....	28
4.1. Özel Hayat Hakkı Kavramının Menşei.....	28
4.2. Özel Hayat Hakkı Kavramının Tanımı.....	29
4.3. Özel Hayat Hakkı Kavramının Kapsamı.....	30
4.4. Özel Hayat Hakkının İhlali.....	31
4.4.1. Özel Hayatın Basın - Yayın Yoluyla İhlali.....	32
4.4.2. Özel Hayatın İnternet Aracılığıyla İhlali.....	35
4.5. Karşılaştırmalı Hukukta Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması.....	37
4.5.1. Almanya.....	38
4.5.2. Fransa.....	40
4.5.3. İsviçre.....	42
4.5.4. İngiltere.....	42
4.5.5. Amerika Birleşik Devletleri.....	44
5. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	46
5.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.....	47
5.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi.....	49
5.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.....	50
5.4. Özel Hayata Saygı Konulu Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi.....	51

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ÖZEL
HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

6. ANAYASALARIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	53
6.1. Eski Türk Anayasalarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	53
6.2. 1924 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	54
6.3. 1961 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	55
6.4. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	57
7. KANUN VE YÖNETMELİKLERDE YER ALAN DÜZENLEMELER.....	61
7.1. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Özel Hayatın Gizliliği....	61
7.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	64
7.2.1. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar.....	64
7.2.1.1.Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu.....	65
7.2.1.2.Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu.....	68
7.2.1.3. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu.....	69
7.2.1.4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu.....	71
7.2.1.5. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu.....	73
7.2.1.6. Nitelikli Haller.....	74
7.2.1.7. Kişisel Verilerin Yok Edilmemesi Suçu.....	75
7.2.1.8. Şikâyet.....	76
7.2.1.9. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması.....	76
7.2.2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı İle İlgili TCK’ da Yer Alan Diğer Düzenlemeler.....	76
7.2.2.1. Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu.....	76
7.2.2.2. Haksız Üst ve Eşya Arama.....	78
7.2.2.3. Haberleşmenin Engellenmesi Suçu.....	78
7.2.2.4. Diğer Düzenlemeler.....	80
7.3. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	80
7.3.1. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması.....	82
7.3.2. Koruma Tedbiri Olarak Arama.....	83

7.3.2.1. Önleme Araması.....	83
7.3.2.2. Adli Arama.....	85
7.3.3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi.....	88
7.3.4. Teknik Araçlarla Takip.....	93
7.4. Diğer Bazı Kanunlarda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	95
7.4.1. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.....	96
7.4.2. 5187 Sayılı Basın Kanunu.....	97
7.4.3. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu.....	99
7.4.4. 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun.....	100
7.5. Yönetmeliklerde Yer Alan Düzenlemeler.....	101
7.6. Özel Hayat ve Özel Hayata Müdahale İle İlgili Yüksek Yargı Kararları.....	103

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI VE TÜRKİYE ÜZERİNE AİHM KARARLARI

8. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	108
8.1. Sözleşmenin Kapsamı.....	110
8.2. Sözleşmenin Özellikleri.....	112
8.3. Sözleşme Kapsamında Kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	114
9. SÖZLEŞME KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI.....	115
9.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi.....	115
9.2. AİHS'nin 8. Maddesinin Sözleşme'nin Diğer Hükümleriyle Bağlantısı.....	117
9.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddenin Koruduğu Alan.....	118
9.3.1. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	118
9.3.1.1 AİHM Kararları Çerçevesinde Özel Hayatın Kapsamına Giren İlişkiler.....	120
9.3.1.1.1. Kişinin Cinsel Hayatı ve Tercihleri.....	120
9.3.1.1.2. Kişinin İsmi, Soy ismi ve Fotoğrafları Üzerindeki Hakları.....	123

9.3.1.1.3. Kişinin Fiziksel ve Manevi Şahsiyeti.....	125
9.3.1.1.4. Kişisel Veriler.....	127
9.3.1.1.5. Kişinin Tıbbi Verilerinin Gizliliği.....	129
9.3.1.1.6. Basın Yoluyla Özel Hayata Müdahale Edilmesi....	130
9.3.1.1.7. Gizli İzleme ve Dinlemeler.....	131
9.3.1.1.8. Özel Hayat Kapsamına Giren Diğer Durumlar.....	132
9.3.2. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	133
9.3.2.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Aile Hayatının Kapsamına Giren İlişkiler.....	134
9.3.2.1.1. Aile Hayatı – Evlilik ve Aile Bağları.....	134
9.3.2.1.2. Velayet Hakkı ve Aile Bireyleri İle Kişisel İlişki Kurma.....	138
9.3.2.1.3. Göç ve Sınır Dışı İşlemlerinin Aile Hayatına Etkisi.....	140
9.3.3. Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	142
9.3.3.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Konuta Saygı Hakkı Kapsamına Giren Durumlar.....	143
9.3.3.1.1. Konut Kavramı.....	143
9.3.3.1.2. Konutun Çevresel Etkilerden Korunması ve Mülkiyet Hakkı.....	144
9.3.3.1.3. Konutta Arama ve El koyma.....	146
9.3.4. Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	148
9.3.4.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı Kapsamına Giren Durumlar.....	150
9.3.4.1.1. Telefon Dinlenmesi.....	150
9.3.4.1.2. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi.....	152
9.4. AİHS'nin 8.Maddesinde Belirtilen Haklar İle İlgili Devletin Pozitif ve Negatif Yükümlülüğü.....	153

10. AİHS'NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN HAKLARIN SINIRLANMASI VE KOŞULLARI.....155

10.1. Hakların Sınırlanma Nedenleri.....	155
10.1.1. Ulusal Güvenliğin ve Kamu Emniyetinin Korunması.....	156
10.1.2. Ülkenin Ekonomik Refahının Korunması.....	157

10.1.3. Dirlik ve Düzenin Korunması ile Suç İşlenmesinin Önlenmesi.....	157
10.1.4. Genel Sağlık ve Ahlâk ile Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması.....	158
10.2. Sekizinci Maddenin Uygulanabilirliği.....	159
10.3. AİHS'ye Göre Özel Hayata Müdahalenin Meşru Sayılması.....	160
10.3.1. Müdahalenin Kanunlara Uygunluğu.....	161
10.3.2. Müdahalenin Meşru Amaç Taşınması.....	164
10.3.3. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekliliği.....	165
10.3.3.1. Demokratik Toplum.....	165
10.3.3.2. Gereklilik.....	166
10.3.3.3. Orantılılık İlkesi.....	167

11. AİHS'NİN 8. MADDESİNİN TÜRK HUKUKU

ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	169
11.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku.....	170
11.2. 8. Maddenin İhlali Kapsamında AİHM'nin Türkiye Hakkında Verdiği Kararlar.....	171
11.2.1. Güvenlik Güçlerince Gerçekleştirilen İhlaller.....	171
11.2.2. Özel Hayata Karşı Gerçekleşen İhlaller.....	173
11.2.3. Aile Hayatına Karşı Gerçekleşen İhlaller.....	174
11.2.4. Konut Dokunulmazlığına Karşı Gerçekleşen İhlaller.....	175
11.2.5. Haberleşmenin Engellenmesi Nedeniyle Gerçekleşen İhlaller.....	176
11.3. AİHM'nin Türkiye Hakkındaki Kararlarının Nitelik Olarak İncelenmesi.....	177
11.4. AİHM'nin Türkiye Hakkındaki Kararlarının Sayısal Olarak İncelenmesi.....	179

BEŞİNCİ BÖLÜM

GENEL DEĞERLENDİRME

12. BULGULAR VE SONUÇ	183
------------------------------------	------------

KAYNAKÇA	190
-----------------------	------------

KISALTMALAR

- ABA** : Avrupa Birliği Anayasası
ABD : Amerika Birleşik Devletleri
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK : Anayasa Mahkemesi Kararları
AY : Anayasa
BK : Borçlar Kanunu
bkz. : Bakınız
BM : Birleşmiş Milletler
C. : Cilt
CD. : Ceza Dairesi
Çev. : Çeviren
CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu
DR. : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Karar ve Raporları
(Reports of Judgments and Decisions)
E. : Esas
f. : Fıkra
FSEK : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
HSK : Hakimler ve Savcılar Kanunu
İHEB : İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi
K. : Karar
KKT : Kök Kullanıcı Takımı
md. : Madde
MK. : Medeni Kanun
MİT : Milli İstihbarat Teşkilatı
MSHS : Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No. : Numara
prg. : Paragraf
R.G. : Resmi Gazete
RTKYHK: Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

- s.** : Sayfa
S. : Sayı
T. : Tüzük
TC. : Türkiye Cumhuriyeti
TCK : Türk Ceza Kanunu
TİB : Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TODAİE : Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd. : Ve devamı
Y. : Yönetmelik
Yarg. : Yargıtay
yy. : Yüzyıl

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAŞTIRMA HAKKINDA AÇIKLAMALAR

Çalışmanın bu kısmında, araştırma hakkında açıklayıcı bilgilere yer verilmekte, çalışmanın konusu, önemi, amacı anlatılmaya çalışılmakta ve yöntemi hakkında bilgiler sunulmaktadır.

1.ÇALIŞMANIN KONUSU, ÖNEMİ, AMACI, YÖNTEMİ VE SUNUŞ SIRASI

Bu bölümde çalışmanın konusu ve önemi üzerinde detaylı bir şekilde durularak, çalışmanın amacı ve yönteminin çalışmanın içeriğinde ne şekilde yer alacağına, çalışmanın sunuş sırası da gösterilerek izlenen usule değinilmektedir.

1.1. Çalışmanın Konusu ve Önemi

İnsan hakları içerisinde en önemli haklardan birisi de özel hayatın gizliliği ve korunması hakkıdır. Özel hayatın korunması hakkı, bir ‘insan hakkı’ olarak evrensel, bölgesel ve ulusal belgelerde yerini almakla birlikte bu hakkın nesnesini ve aynı zamanda öznesini oluşturan ‘özel hayat’ kavramı tam bir netlik içinde açıklanamamasından ve sınırlarının çok iyi ortaya konulamamasından dolayı hakkın koruma alanını da belirsiz kılmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını anlayabilmek ve ortaya koyabilmek için öncelikle özel hayat kavramının ve çerçevesinin ortaya konulması ve daha sonra da uluslararası belgelerde bu kavramın ne şekilde yer aldığı gösterilmesi gerekmektedir. Bu konuyla ilgili koruma mekanizmaları belgeler ve yasal metinlerde düzenlenmiş olsa da sürekli gelişme kaydeden dünyamızda yaşam şekillerinin değişmesiyle bu hakkın sınırları da değişmekte, mevcut yasal düzenlemeler de yetersiz kalmaktadır.

Küresel bir köye dönüşen dünyamızda neredeyse bütün uluslar birbirleriyle temas halindedir. Dolayısıyla, ülkeleri sadece kendi iç hukuklarındaki düzenlemeler değil, diğer dünya ülkelerindeki hukuki düzenlemeler de ilgilendirmektedir. Bireyin

kendi iç hukukundan beklediği korumayı, evrensel hukuktan da beklemesi küçülen dünyanın bir neticesidir. Uluslararası sözleşmeler, belgeler bu konuda aydınlatıcı olmakta, insanlığın mevcut ihtiyaçlarına bir nebze de olsa katkı sağlamaktadır.

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile birlikte, hukukun uygulama alanı da genişlemiştir. Teknolojideki baş döndürücü gelişmeler, insanların birbirleri ile daha hızlı ve kontrolü güç bir iletişim sağlamasına da sebep olmaktadır. Hayatımızın bir parçası haline gelen basın, internet gibi araçlarla yaşamımız kolaylaşmaktaysa da bir taraftan da bu araçlarla en mahrem alanlarımız ihlal edilmektedir.

Pek çok ülkede, kamuya ya da özel sektöre ait bilgisayarlar; kişilerin ad, adres, yaş, malvarlığı, adli sicil gibi şahsi bilgilerin yanı sıra sağlık durumları, kariyerleri, medeni ve mali durumları, tüketim alışkanlıkları, hobileri ve iş hayatlarına ilişkin ayrıntılı bilgileri de saklamaktadır. Bu durum ticari hayatı da etkilemiş, alış-verişler bile bilgisayar ortamında, e-mail ve internet ile yürütülür hale gelmiştir. Teknolojinin kullanımı ve bilgilerin kolayca ulaşılacak bir ortamda saklanması insan yaşamını kolaylaştırıyor olsa da artık bireyin özel yaşamına ait pek çok ayrıntı mahrem bilgi olmaktan çıkmış, dolayısıyla, özel yaşamın gizliliği hakkının koruduğu alan fiilen daralmıştır. Bir de bu duruma kişilerin özel hayatlarını koruma konusunda yetersiz kalmaları eklenince ihlaller önü alınmaz bir hale gelebilecektir.

Bütün bu gelişmeler, kişisel hakların korunmasını, bilhassa özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelere koruyucu tedbirler alınmasını elzem hale getirmiştir. Kişi, devletin ve diğer kişilerin özel hayatına sızmalarına karşı korunmazsa kişiliğini geliştiremez. Bu hakkı korumak da hukuk devletinin görevidir.

Avrupa Parlamentosunun 2001/2098(I INI) sayılı raporunda; "Bir devlet kural olarak, ülke içindeki yasal düzen ortamının devamlılığının ve ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile dinleme faaliyetleri yürütebilir. Organize suçların ve terörizme yönelik faaliyetlerin eyleme dönüşmeden belirlenebilmesi amacıyla ulusal kanunlar, devlet birimlerini, kişi ve gruplar hakkında bilgi toplayabilmesi hususunda yetkili kılar. Konuya ilişkin veriler ise ülkenin istihbarat servisi tarafından toplanır ve analiz edilir." denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlere saygı prensibi çerçevesinde

hazırlanan ulusal kanunlar ile telekomünikasyonun denetlenmesine cevaz verilmektedir (www.tbmm.gov.tr). Bu örnekte olduğu gibi ülkeler güvenliklerini sağlayabilmek için özel hayata müdahaleyi gerektirebilecek birçok yönteme başvurabilmektedir. Bu müdahale devlet eliyle gerçekleşince acaba özel hayatın sınırları ne olacak ya da nereye kadar özel hayata müdahale imkânı olacaktır, sorusu akla gelmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler, özel hayatın gizliliği hakkının önemini göstermekle birlikte bu hakkın korunması noktasında neler yapılmalı, hangi güvence mekanizmaları ihdas edilmeli ve bireylerin bu konuda daha bilinçli hale gelmesi için nasıl bir çalışma ortaya konulması gerektiği sorularına cevap aranmalıdır.

1.2. Çalışmanın Amacı

Tarih boyunca yaşanan deneyimler, insan haklarının etkin bir biçimde korunmasını sağlamak için, yalnızca temel hakları belirlemenin yeterli olmadığını, ayrıca bu hakların somut koruma yöntemlerini güçlendirecek muhakeme hukuku temel kurallarıyla gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde güvence altına almak gerektiğini göstermektedir (Tezcan, Erdem, Sancaktar, 2002:47).

İnsan hakları içerisinde önemli bir yere sahip olan özel hayat, günümüzde sıkça sığınılan bir kavram halini almıştır. Böyle olmasına rağmen bu kavram 21. yy. dünyasında eski çağlara oranla daha içi boş bir hale gelmektedir. Kişiler özel hayatlarına müdahale edildiğinde psikolojik olarak yıpranmakta fakat bu yıpranmanın sonucu olarak verdikleri tepki bir içe kapanış ve sessizleşme olmaktadır. Ulusal ve uluslararası alanda birçok hukuki güvence hayata geçirilmeye çalışıldığı bir zamanda kişiler hala yaşamlarının sınırlarına sahip çıkamamakta ve hak arama konusunda yetersiz kalmaktadır.

Bu çalışmadaki amaç, diğer haklarla iç içe olan, dinamik yapısıyla güncelliğini koruyan bu hakkın sınırlarını genel hatlarıyla çizip gerek uluslararası hukukta gerekse buna paralel olarak iç hukuk sistemlerindeki düzenlenişini ve gelişimini tespit etmektir.

Yaşamımızın hangi bölümlerinin özel hayatın kapsamında olduğu belirlenince bu yaşam alanını korumak da kolaylaşacaktır. Yapılan yasal düzenlemelerde özel hayat ifadesi kullanılmış ama özel hayattan kastın ne olduğu ya da özel hayatın tanımı belirtilmemiştir. Bu çalışma, kavramı uluslararası belgeler ve iç hukuktaki doktrinlerle izah etmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve kendi yüksek yargı organlarımızın verdiği özel hayatın ihlaliyle ilgili kararları irdeleyerek konuyu aydınlatmaktadır. Çalışmanın amacı da bu noktada önem kazanmaktadır.

1.3. Çalışmanın Yöntemi ve Sunuş Sırası

Araştırmada, betimsel ve tarihsel araştırma yöntemi kullanılmıştır. Bilindiği gibi betimsel araştırma yöntemi, var olan durumun resmini çekmek, var olan durumu katkı yapmaksızın ortaya koymaktır. Tarihsel araştırma yöntemi ise geçmişte olmuş bitmiş olayları, durumları, sorunları, kurumları, kişileri ve varlıkları günümüze ulaşmış kanıt ve belgelerden yararlanarak ortaya koymaktır. Çalışmada bu araştırma yöntemleri kullanılarak ve var olan bilgiler temel alınarak özgün bir çözümleme yapılmaya çalışılmaktadır. Daha çok hukuki metinlerden yola çıkarak konu irdelenmiş, mevcut durum nazara alınarak olması gereken ideal gösterilmek istenmiştir. Açıklamalar konuyla alakalı örneklerle zenginleştirilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde çalışma hakkında genel bir bilgi verilerek çalışmanın amacı, yöntemi, konusu ve önemi üzerinde durulmaya çalışılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde; özel hayatın gizliliği hakkının doğuşu, gelişimi, kavramsal olarak tanımı, hangi durumların özel hayat içerisinde yer aldığı, nasıl ihlal edildiği ve bu ihlaller karşısında nasıl korunması gerektiği gibi hususlar aydınlatılmaya çalışılmaktadır. İlk önce insan hakları kavramından bahsedilerek özel hayat hakkının bu haklar içerisindeki yeri gösterilmekte ve kişinin en mahrem alanı olmasından dolayı kişilik haklarıyla bağlantısı kurulmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkının diğer ülkelerde hangi boyutlarda ele alındığı ve bu hakkın korunması kapsamında nelerin yapıldığı incelenmekte ve evrensel düzeyde bu hakkı konu alan uluslararası belgeler ortaya konmaktadır.

Türk Hukuk sisteminde özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı üçüncü bölümde ilk önce konuyla alakalı düzenlemeler Anayasalardaki şekliyle ele alınıp; 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları incelenmektedir. Uygulama açısından çok önemli bir yere haiz olan kanunlar temel alınmakta ve özellikle bu konuyla alakalı yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. Yönetmelikte yer alan düzenlemeler de gösterildikten sonra konuyu örneklendirme açısından verilmiş yüksek yargı kararlarına bakılmaktadır.

Çalışmanın önemli bir kesimi olan dördüncü bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda 8. madde ele alınıp, madde kapsamında özel hayatın tanımı ve kapsamı gösterildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla alakalı kararları ışığında özel hayatın içeriği ortaya konulmaktadır. Sözleşme kapsamında 8. maddede belirtilen hakların sınırlanması ve koşulları, bu haklar ile ilgili devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü izah edilmektedir. Sözleşme ile Türk Hukuku arasındaki bağ ele alındıktan sonra 8. madde kapsamında AIHM'nin Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarıyla özel hayatın gizliliği konusunda ülkemizin içinde bulunduğu durum gösterilmektedir. Konuyla alakalı nitelik ve sayısal inceleme de tezin önemli bir yerini oluşturmaktadır.

Son bölümde çalışmanın genel bir değerlendirmesi yapılmakta, elde edilen bulgular doğrultusunda öneriler sunulmakta ve sonuç bölümündeki değerlendirmelerle birlikte çalışma tamamlanmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI ÇERÇEVESİNDE

KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Bu bölümde, özel hayatın gizliliği hakkının doğuşu, gelişimi, kavramsal olarak tanımı, hangi durumların özel hayat içerisinde yer aldığı, nasıl ihlal edildiği ve bu ihlaller karşısında nasıl korunması gerektiği gibi hususlar aydınlatılmaya çalışılmaktadır. İlk önce insan hakları kavramından bahsedilerek özel hayat hakkının bu haklar içerisindeki yeri gösterilmekte ve kişinin mahrem alanı olmasından dolayı kişilik haklarıyla bağlantısı kurulmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkının diğer ülkelerde hangi boyutlarda ele alındığı ve bu hakkın korunması kapsamında nelerin yapıldığı incelenmekte ve evrensel düzeyde bu hakkı konu alan uluslararası belgeler ortaya konmaktadır.

2. İNSAN HAKLARI

Günümüzde bir bütün halinde toplumsal yaşamı düzenleyen siyasal rejimlerin ve hukuki düzenlerin meşruluk kaynağı olarak algılanan insan hakları, insanın sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu hakları ifade etmektedir. Günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılan insan hakları kavramı, hukuk ve siyaset teorisi gibi sosyal bilimlerin ve felsefi tartışmaların merkezinde yer almakta, temel sorunlardan birisini oluşturmaktadır (Akıllıoğlu, 1995:13).

2.1. Tanımı ve Kapsamı

Aklı olan, düşünebilen ve eş zamanlı olarak psikolojik varlığı olan insanın sırf insan olması nedeniyle doğuştan bazı haklarının var olduğu savı insan hakları düşüncesinin başlangıcı olmuştur (Günaydın, 2007:5; Akıllıoğlu, 1995:9).

İnsan, soyut ve tek yönlü bir varlık değildir. İnsan, düşünen, düşündüklerini açıklamak isteyen; belli bir toplumsal, ekonomik, kültürel ve siyasal çevrede yaşayan ve bu çevreyi onunla etkileşime girerek geliştirmek, yönetim ve işleyişine katılmak

isteyen; dinsel inançları olan ve buna göre davranmak isteyen; üretime düşünsel, sanatsal ve eylemsel emeğiyle katılmak, emeğinin hakça karşılığını almak, bu amaçla da örgütlenip birlikte davranmak isteyen bir varlıktır (Gülmez, 2001:3). Kısacası insan, insan olmanın getirdiği bu gibi ihtiyaçlarının herkes tarafından kabul edilmesini ve herkesin bu haklara azami ölçüde saygı göstermesini istemektedir. İnsan hakları ve özgürlükleri de, bunları karşılamamanın ve gerçekleştirmenin araçları olan üstün kurallar bütünüdür.

Temel hak ve özgürlükler alanında kullanılan kavramların içinde en kapsamlı olanı 'insan hakları'dır. İnsan hakları, bir diğer açıdan hakların özel bir grubudur. Bu hak grubu, insana, sırf insan olduğu için tanınan bir takım haklardan oluşur. O yüzden, bu hakka dayanan taleplerin, diğer taleplere karşın bir önceliği vardır (Donnelly, 1989:22; Soysal,1986:81; Akıllıoğlu, 1995:9).

İnsan hakları, evrensel, özgürlükçü, eşitlikçi, barışçı, sorumluluk telkin edici ve etik temellere dayalıdır. Bu haklar, düşüncesi, felsefesi ve gelenekleriyle demokratik ülkeler açısından evrensel olup, ayrı kişi ya da kültürler göre farklılık göstermez (Tezcan ve diğ., 2006:28; Akıllıoğlu, 1995:3). Hukuk devletinde hukukun kaynağı ise insan hakları kavramıdır. Devletin oluşumu ve devamlılığı bu kavrama dayanmaktadır (Soysal,1986:190). Devlet de bu haklara saygı göstermek ve olağan gelişimini sağlamak üzere, fiili ve hukuki her türlü önlemi almak ve gerekli düzenlemeleri yapmakla mükelleftir (Avcı, 2006:12).

İnsan hakları, temelde insanı ve insanlığı korumanın ve geliştirmenin araçlarıdır. İnsan haklarının kaynağı, 'insan doğası' ve bu doğanın özünde var olan 'insan onurudur' (Uzak, Altuntaş, 2007:5). İnsan onuru ya da insanın değeri, içinde bulunduğu durum ya da koşullara, kendisi dışında ve kendi elinde olmaksızın taşıdığı ırk, renk, dil, din, cinsiyet, yurttaşlık, sosyal ya da etnik köken gibi özelliklere ya da durumlara bağlı değildir ve bağlı tutulamaz. Ayrım gözetmeme, insan haklarının özüdür. Aynı zamanda, insan hakları tarihinin gösterdiği gibi, insanın bu özellikleri nedeniyle karşılaşacağı ve karşılaştığı olumsuzluklara karşı da korunması gerekir (Gülmez, 2001:2).

Donnelly'e göre (1989:25); insan hakları, en geniş anlamda, siyasal meşruluğun bir ölçütüdür; hükümetler ve onların uygulamaları, insan haklarını korudukları ölçüde meşrûdurlar.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ifade edildiği gibi, insan hakları, “bütün halklar ve bütün uluslar için başarının bir ölçütü”dür. Ama bunun kadar önemli olan nokta; Bildiri'nin yurttaşları, bu hakları savunmak üzere harekete geçmeye, haklarını kullanmak suretiyle bu standartların gerçekleştirilmesinde ısrarlı olmaya ve bunların gerçekleştirildikleri bir dünya yaratmak üzere mücadele etmeye yetkili kılınmalarıdır. İnsan hakları yalnızca emelleri, önerileri, dilekleri ve övgüye değer düşünceleri değil, fakat haklara dayanan sosyal değişme taleplerini de ifade eder ve bu talepleri kişi kendi hükümetine bile yöneltebilir (Donnelly, 1989:25; Uzak, Altuntaş, 2007:5).

Modern anlamda insan hakları kavramı ise 16. ve 17. yy'da Batı Avrupa'nın siyasi, ekonomik ve toplumsal dinamiklerinden doğmuş ve bu kavramı ilk sistematize eden de İngiliz düşünür John Locke olmuştur. Bundan önce de kişilik hakkı vardı. Fakat bu hak, insan hakkı olarak değerlendirilmiyor ve özel bir korumaya tabi kılınmıyordu. Tabii haklar doktrinine göre, insanlar devletten önce ve üstün olan, sırf insan olmak nedeniyle sahip olunan bir takım haklara sahiptir. Bu haklar tabii haklar olarak adlandırılmıştır (Kapani, 1993:31).

Rönesans'tan itibaren yeşermeye başlayan insan hakları kavramı, 18. yy'da insan yaşamının temel kavramlarından birisi haline gelmiştir. Bu kavramın öncülüğü demokrasi inancının gelişmesine ve bunun sonucu olarak da yasa düzeni kurma eğilimlerinin de ortaya çıkmasına neden olmuştur. Dört yüzyıl önce baskı rejimlerinde verilen insan hakları mücadeleleri günümüzde daha çok gereksinim duyulan bir hal almıştır (Günaydın, 2007:5; Uzak, Altuntaş, 2007:7). Bu kavramın içeriği ise eski dönemlere göre daha çok genişlemekte, sayısı zaten belirli olmayan insan haklarına daha da yenileri eklenmektedir

Özel hayat ve onun gizliliği kavramının, insan hakkı olarak tanımlanması ve bu çerçevede koruma altına alınması, 18. yüzyıl aydınlanma çağıyla birlikte ortaya çıkmış ve gelişim kaydetmiştir (Günaydın, 2007:5).

Burada bir noktanın altı önemle çizilmelidir: İnsanlığın, insan hakları için verdiği savaşın tarihi çok eskilere dayanmakla beraber, terim olarak, insan haklarının kullanılması oldukça yenidir. İnsan hakları terminolojisi incelendiğinde ‘insan hakları’ teriminin İngiliz dilinde 1940 yılından önce neredeyse hiç kullanılmadığı görülecektir. Her ne kadar bu devirde ‘Doğal Haklar’ ve ‘İnsanın Hakları’ terimleri kullanılıyordusa da bu terimler günümüzün insan hakları penceresinden bakıldığında epey farklı fikirleri ve önemli uygulamaları ifade ediyorlardı (Akıllıoğlu, 1995:49).

Çok eski yüzyıllardan beridir var olmasına karşın, insan hakları kavramı gündelik dile ancak II. Dünya Savaşı’ndan (1945’te Birleşmiş Milletlerin kurulmasından) sonra girmiştir.

2.2. İnsan Hakları Kavramında Yeni Yaklaşımlar

Kapani, “Bugün bir ülkenin uygarlık derecesi bilim ya da teknoloji alanındaki başarılarından çok, insan haklarına karşı gösterdiği saygıyla ölçülür olmuştur.” diyerek bizlere dünyada geçerli olan yeni ölçütü göstermektedir.

İnsanlık, temelinde insanın düşünce ve eyleminin bulunduğu, insan olma bilincinin yokluğundan ve eksikliğinden kaynaklanan tüm olumsuzlukları uzun ve çok zorlu bir tarihsel süreç içinde aşmaya çalışarak ve aşmayı sürdürerek günümüzdeki uygarlık düzeyine ulaşmış, olumsuz deneyimlerinden çıkardığı derslerle evrenselleştirdiği bir değerler sistemi oluşturmuştur (Gülmez, 2001:1).

İnsan hakları kavramı çağımızın en popüler kavramlarından kuşkusuz biridir. Tanımı ve içeriği bakımından –doktrin ve uygulamada- henüz bir uzlaşma olduğunu söylemek son derece güç gözükmektedir. İnsan haklarının kökeni ve hukukla olan ilişkisi insan haklarıyla korunmak istenen hakların belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Doğal hukuk-pozitif hukuk ilişkisinde olduğu gibi insan hakları-hukuk ilişkisi de pozitif hukukla korunan insan haklarının ortaya konulabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bugün yaygın bir şekilde kabul edildiği gibi insan hakları hukuk değil sadece hukukun türetileceği öncüllerdir (Kuçuradi, 2009).

İnsan hakları, adaletin gerçekleştirilebilmesi için hukuk kurallarının en önemli unsurlarındandır. Bu da şu demektir: Yasalar açık kavranılmış insan hakları normlarına dayanarak oluşturulursa yani, insan haklarının talep ettiği muamele güvence altına alınırsa kişiler kendi haklarını kullanma ve geliştirme konusunda kendilerini daha özgür hissedeceklerdir.

Hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek değil, bunları uygulamada gerçekleştirmektir. Bir devlet, insan haklarını uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir (Öztürk, 2009).

Dünyaya gelen her kişinin yaşama, beslenme, eğitime hakkı, dokunulmazlığı, kısaca çeşitli uluslararası bildirimlerde ve anayasalarda birçoğu, insan hakları adı altında toplanan –ama her gün binlerce defa çiğnenen- hakları vardır. Bu haklar temellerini insanın değerinde bulurlar. İnsanın değeri, diğer canlılar arasında özel yeri olarak anlaşılması gerekir. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklardır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünleri olarak görünür. Bu özellikler, insanı diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ve olanaklar ‘insanın değerini’ ya da ‘onurunu’ oluşturur (Kuçuradi, 2009).

İnsan haklarını, “insanın doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez...” haklar olarak (Akıllıoğlu, 1995:8) tanımlayacak olursak, bu durumda insan hakları bakımından hiçbir sorunun olamaması gerekir. İnsan, bu hakları elde etmek için ve diğer bireylerin bu haklara saygı duyması için bir gayret sarf etmemeli, insanın vücut bulmasıyla bu haklar da varlık kazanmalıdır. Hatta hukuki olarak, anne karnındaki cenin bile bazı haklara özellikle yaşama hakkına sahiptir. Ama ne yazık ki insan, bu hakların çok azına ve ancak bu haklara pozitif hukuk normlarının koruduğu kadarıyla sahip olabilmektedir.

İnsan hakları, günümüzde değişmeyen, değiştirilemeyen, ortadan kaldırılamayan ve devletin yarattığı değil, tam aksine kendi varlıklarıyla devlete can veren, bu nedenle devletin de üstünde olan haklardır. Artık çağımızda, demokrasinin ulusal egemenlik ve insan hakları olmak üzere iki boyutu olup; insan hakları, egemenliği sınırlamakta ve bütün hukuk sistemi buna göre kurulmaktadır.

Uluslararası insan hakları kuralları, devletlerin egemenliklerine ve ulusal yetki alanlarına sınırlamalar getirebilmektedir. Çünkü artık günümüzün bu yeni demokrasi düzeninde hiç bir devlet, kendi ülkesindeki insan hakları ihlallerinin salt ulusal bir sorun olduğunu, hiç kimsenin buna karışamayacağını öne sürememektedir (Tezcan ve diğ., 2006:32).

Bu gelişme doğrultusunda, ulusal üstü insan hakları hukuku diye adlandırılıp, gittikçe gelişmekte olan bağımsız bir disiplin etkisini giderek hissettirmektedir. Bu disiplinin amacı tüm insanların asgari insan haklarına sahip olabilmesi ve bunlardan fiilen yararlanabilmesi için konulması gereken temel kuralların belirlenmesidir. Niteliğine ve amacına bağlı olarak, yeni hukuk düzeninde hakları ihlâl edildiği ölçüde, bireyler de süje olarak yer almaktadırlar ki, uluslararası hukuk açısından bu durum kayda değer bir gelişmedir.

2.3. İnsan Hakkı Sistematiği İçinde Özel Hayatın Korunması Hakkı

İnsan haklarının genel sistematiği içinde ‘özel hayatın korunması hakkı’ nı, kişilik hakları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Kişilik, kişiyi ve kişi olma sebebi ile sahip olunan hakların tamamını ifade eder (Şen, 1996:11-15). Özel hayat hakkı ise kişiliğin temelini ve özünü oluşturmaktadır. Çağdaş hukuk sistemlerinin en temel özelliklerinden birisi de insana, kişiliğini serbestçe gerçekleştirebilmesi için, kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği, korunmuş, özerk bir alanın sağlanmasıdır (Durmuş, 2006:17).

İnsanın ‘değeri ve onuru’ nun korunmasının temel koşulu insanın kişiliğinin ve kişiliğinin de nüvesini teşkil eden özel hayatının korunmasını çok sıkı güvencelerle sağlanması ile mümkün olabilir. *Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi*’nin 1. maddesinde “Bütün insanlar, haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar.” denilirken, dile getirilmeye niyetlenen bu olsa gerektir. Bu madde, uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde bulunan insan hakları anlayışını dile getiren tek maddedir (Kuçuradi, 2009).

2.4. Temel Hakların Sınıflandırılması ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

'Temel haklar ve özgürlükler' kavramı, insan haklarından daha dar kapsamlıdır. İnsan haklarından anayasada yer alan, anayasa ile tanınıp güvenceye bağlanan haklar, temel haklar olarak nitelendirilmiştir. Ülkemizde bu kavram, ilk kez 1961'de anayasaya girmiş; kişinin hakları, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasal haklar olmak üzere üç alt başlıkta düzenlenmiştir. Temel hakları bu anlamda anayasal haklar biçiminde nitelendirmek de olanaklıdır (Gülmez, 2001:1).

İnsan hakları kavramı, ortaya atıldığından beri bir kısım sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bunlar içerisinde en çok kullanılan; birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar ayırımıdır. Görüldüğü gibi insan hakları kavramı, bir dinamizm ihtiva etmektedir (Kapani, 1993:6).

Son zamanlarda hukukçular tarafından sıkça kullanılan kuşak haklar teorisine kısaca değinirsek; Birinci Kuşak Haklar olarak tarif edilen hakların oluşum dinamiklerini, 17. ve 18. yüzyılın sosyal felsefesinde bulmak mümkündür. Özellikle ticaret burjuvazisinin etkisi, Amerikan bağımsızlık hareketi, Fransız devriminin getirdiği yeni kavram ve fikirler, bu hakların oluşumunda belirleyici olmuştur (Kaboğlu, 2002:41; Günaydın, 2007:21). Bu hakka sahip her bireyin, devlet karşısında dokunulmaz 'özel alanı' vardır. Devlet bu alanı güvence altına alır. Yaşama, özel hayatın gizliliği, düşünce özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet, eşitlik, tarafsız yargılanma, seçme-seçilme hakkı gibi haklar bu kategoride gösterilir (Uzak, Altuntaş, 2007:6).

İkinci Kuşak Haklar, 19. yy'da başlayan, devletlerin daha çok sosyal sorumluluklarına gönderme yapan haklardır. Temelinde sanayi devrimi; bu ekonomik ve sosyal dönüşümün yarattığı ve derinleştirdiği sosyal sınıflar arasındaki sosyal eşitsizlikler ve işçi sınıfının bu eşitsizliklere gösterdiği tepki ve eylemler vardır (Günaydın, 2007:22). Bu gruba giren haklar devletin vatandaşa hizmet sunma görevleriyle ilintilidir. Sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sağlık, beslenme, kültür, çalışma hakkı gibi haklar ikinci kuşak haklar kısmına dâhil edilir (Avcı, 2006:11; Uzak, Altuntaş, 2007:7).

Üçüncü Kuşak Haklar ise dayanışma ve katılım kavramlarında anlam bulur. Bu grup içinde çevre, barış, gelişme, katılım, seçilme, kültürel mirası koruma haklarını sayabiliriz. Bu haklar, insancıl bir toplum yaşamı düşüncesinin anlatımıdır. Hem bireylere, hem de toplumun tümüne aittir (Gülmez, 2001:21). Kuşkusuz bu hakların bir bütün olarak anlam bulması, demokratik bir devlet yapılanması içinde mümkündür.

Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik devlet yapısı insan haklarının gelişimi için de yaşamsal bir öneme sahiptir. Bu sayılan ayrımlar, kendiliğinden veya sadece teorik bir takım tespit olarak ortaya çıkmış değildir. Beşeri bir dinamizmin neticesi olarak ortaya çıkan yeni gelişmeler ve ihtiyaçlar, zaman içerisinde farklı sınıflandırmaların yapılmasına zemin hazırlamıştır (Avcı, 2006:11). Bütün bu gelişmelerden sonra günümüz şartlarında dördüncü kuşak hakları olarak kabul edebileceğimiz bir takım haklar da mevcuttur.

Dördüncü Kuşak İnsan Hakları, bilimin kötüye kullanılması olasılığına karşı, insanın temel özelliğini oluşturan, insanı öteki canlı varlıklardan ayıran ilke olduğu ve insan haklarının temelini oluşturan bir ölçüt niteliği taşıdığı belirtilen ‘insan onuru’nu koruması gereken haklardır. Bilim, insana sonsuz olanaklar sunmuş olmakla birlikte, biyoloji - tıp alanındaki örneklerinde görüldüğü gibi, insan onurunu zedeleyen kimi uygulamalara da yol açabilir. İnsan kopyalamayı yasaklayan Avrupa Konseyi belgeleri, dördüncü kuşak insan haklarının ilk örneklerini oluşturmaktadır (Gülmez, 2001:22; Günaydın, 2007:23).

Özel hayatın gizliliği hakkı, gelişen teknoloji ve bireyin genişleyen yaşam boyutları göz önüne alındığında, hem birinci kuşak haklar arasında hem de ikinci ve üçüncü kuşak haklar kapsamında değerlendirilebilmektedir. Söz konusu hak hem kişi dokunulmazlığı (birinci kuşak hak), hem çalışma hakkı (ikinci kuşak hak), hem de çevre hakkı (üçüncü kuşak hak) ile ilgilendirilmektedir (Üzeltürk, 2004:63).

İnsan onurunun korunması özel hayatın bir parçası olduğu için dördüncü kuşak hakları da özel hayatın gizliliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu çerçevede özellikle genetik şifre ve genlerin yapısıyla oynanabilmesi nedeniyle, canlı ve hatta insan kopyalama da dâhil olmak üzere bu alanda ortaya çıkabilecek sorunlar için,

insan haklarına uygun bir çözüm beklenmektedir (Tezcan ve diğ., 2006:27). Belirtelim ki, henüz yürürlüğe girmemiş olan Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması md. II-3, f. 2'ye göre: "Özellikle insanların ayıklanmasını hedefleyen nesil ıslahı uygulamalarının, insan bedeninin ve onun parçalarının, mali kazanç kaynağı haline getirilmesinin ve de insanların eşeysiz üretilmesinin (klonlama) yasaklanması gerekmektedir."

3.KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYATIN BU HAKLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ

'*Kişi hak ve özgürlükleri*' ya da '*kişisel hak ve özgürlükler*', hem insan haklarından hem de temel haklardan daha dar kapsamlı bir kavramdır. 18. yüzyılda ortaya çıkan bu kavram, klasik demokrasiye temel olan bireyci öğretiyle ilgilidir ve daha çok bireysel alanı çağırıştırır. Bu kavramdaki 'kişisel' terimi de, kavramın klasik hakları belirttiğini, toplu hak ve özgürlükleri anlatmadığını kısacası yalnızca 'birinci kuşak' olarak nitelenen hak ve özgürlükleri içerdiğini gösterir (Gülmez, 2001:6).

3.1. Kişilik Kavramı

Kişi kelimesinin Lâtince karşılığı 'persona'dır. Kelime, tiyatro sanatkârlarının sahneye çıkarken taktıkları maskeye denirdi. Her rol için bir maske olduğundan, maskenin görülmesiyle birlikte temsil ettiği kişilik de belli oluyordu. Persona, kısacası, günümüzde rol dediğimiz kelime için kullanılıyordu (Öztan, 1999:5). Toplum hayatında da bu böyledir. İnsan toplum içinde bir çeşit maskenin arkasına saklanmakta, bir rol oynamaktadır. Toplumda takındığı tutum gerçek tabiatına uymamakta, dolayısıyla onu tanımaya ender olarak imkân vermektedir.

Ne kadar dürüst ve özel hayatı ne kadar mükemmel olursa olsun, insan her zaman gizli alanının edebine sahip olmuştur. Birey ile kişiyi birbirinden ayıran, karşı karşıya getiren, özel hayat ile kamuya açık olan (ortak hayat) arasındaki sınırı belirleyen, anılan edeptir. Sonraları hukuktaki kişilik kavramını ifade için aynı kelime kullanılmış, böylece bu kelimeyle kişinin toplumsal hayattaki rolü ve yeri ifade edilmek istenilmiştir (Danışman, 1991:15). İşte 'kişi' kelimesi kişinin hak

sahipliği sıfatını, başka bir söyleyişle, hak ve borçlara sahip olma özelliğini yani hak süjesi olduğunu belirtmek üzere kullanılmıştır.

Türk kanun koyucusu ‘kişilik’ kavramını iki değişik anlamda kullanmıştır. Birinci anlamda kişilik, bir kimsenin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerdir (MK. md. 8). İkinci anlamda kişilik ise kişiye bağlı ve hukuk düzeni tarafından korunan varlıkların tümüdür (MK. md. 23). Anılan anlamlardan ilki kişilik kavramını dar anlamda, ikincisi de geniş anlamda belirlemiştir. Geniş anlamda kişilik, “Kişinin varlığına bağlı, hukuken korunan, hukukî, bedenî, manevî varlıkları, hak ve fiil ehliyetini içerir” (Özta, 1999:9-10).

3.2. Kişilik Hakkının Tanımı ve Kapsamı

Kişilik hakkı doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bu hak, “Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı” (Dural, 1987:112); “Kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak” (Helvacı, 2006:71); “Bir şahsın kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu, kişiliğine bağlı hak” veya “Kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddî ve manevî tüm değerlere, özel olarak, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, saygınlığına, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne, bu arada ekonomik hareket serbestliğine ilişkin hakkıdır.” (Danışman, 1991:16) şeklinde tanımlanmıştır. Kişilik kavramı, kısa bir tanımla, kişi hürriyetinin ve temel hukuki değerlerin ihlallere karşı korunması hususundaki talepleri içerir.

Kanun kişilik kavramını değişik anlamlarda kullanmış fakat tanımını yapmamıştır. Pozitif hukuk, kavramı; kısmen hak ve yükümlülüklerin bağlantı noktasını, kısmen hak süjesini, kısmen de kişiliğin her türlü görünüş şekillerinin tamamını ifade için kullanır. Kişilik kavramının kesin sınırlarla belirtilememesi, bu kavramın tanımlanmasında karşılaşılan güçlüktür. Tanımlama yapıldığında zaman ve mekâna göre değişen belli bir kültür ve dünya görüşünden hareket etmek gerekir (Danışman, 1991:16;Tandoğan, 1963:12-14; Oğuzman ve diğ., 2005:124).

Hukuk düzeni, kişinin kişi olması nedeniyle kendi varlığını serbestçe geliştirmesi gerçeğini ölçü olarak almıştır. Bunun doğal sonucu olarak da kişi özgürlüğü gerek özel hukukta gerek kamu hukukunda güvence altına alınmalıdır (Helvacı, 2006:73).

Kanun koyucu, MK'nın 24. maddesinde, 'kişilik hakkı' kavramlarına nelerin girdiğini belirtmemiş, bir çerçeve hükmüyle yetinmiştir. Doğru olanı da budur. Çünkü bu durum zamanın ihtiyaçlarına göre yeni kişilik haklarının dikkate alınmasına imkân yaratmaktadır (Danışman, 1991:17).

Genel kişilik hakkının varlığına rağmen bazı kişisel değerlerin özel olarak düzenlenmesi, birden çok kişilik hakkı olduğu anlamına gelmez. Özel olarak düzenlenmiş kişilik hakları bir tek genel kişilik hakkının çeşitli görünümünden başka bir şey değildirler (Dural, 1987:118).

Hayat şartlarındaki değişiklikler, teknik ilerlemeler yeni tecavüz imkânları yaratmaktadır ve dolayısıyla yeni şahsi varlıkların kabul edilmesini zorunlu hale getirmektedir. Fotoğraf, radyo, ses dinleme aletleri, yeni reklam vasıtaları gibi. Bundan dolayı kişilik hakkının içeriğine nelerin gireceğini hâkim tespit edecektir (Öztaş, 1999:118). Bu tespiti yaparken hâkim, hem özel hukuka hem de başta anayasa olmak üzere bütün kamu hukuku kanunlarını araştıracaktır. Burada temel hak ve özgürlüklerden söz eden Anayasa'nın 12. maddesi ile kişinin hak ve ödevlerini düzenleyen 17 ila 40. maddeleri hâkim tarafından göz önünde tutulması gereken maddelerdir. Doktrin ve mahkeme kararlarından ayrıca yararlanacaktır (Danışman, 1991:17).

3.3. Kişilik Haklarının Özellikleri

Kişilik hakları kişiye kişi olması nedeniyle tanınır. Kişilik hakları tabii hukuk tarafından öngörülmüş, pozitif hukuk tarafından kişiye verilmiştir (Öztaş, 1999:116). Bu hakkın kazanılması için özel bir kazanma sebebine ihtiyaç yoktur. Kişilik haklarının başlıca özellikleri:

(1) Kişilik hakları mutlak haklardandır. Ancak belirli bir veya birkaç kişiye karşı ileri sürülebilecek nispi hakların aksine, mutlak haklar herkese karşı ileri sürülebilir ve hak sahibine bu varlıklara başkalarının müdahale etmesini önleme yetkisi verir (Oğuzman ve diğ., 2005:117; Kılıçoğlu, 1993:7-8).

(2) Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Kişi, bir alacağından vazgeçebilir, fakat onurundan, özgürlüğünden vazgeçemez. Şu halde kişilik hakları sahibi bu hakları istediği gibi kullanamayacağı gibi, onlardan vazgeçemez de (Özta, 1999:116, Soysal, 2007:7).

(3) Kişilik hakkı şahıs varlığı haklarından. Şeref, vücut bütünlüğü, hayat, sağlık, özel hayat vs. gibi kişilik hakkının korunması kapsamına giren, parayla ölçülemeyen, manevi nitelikteki değerlerdir (Tandoğan, 1963:8; Helvacı, 2006:75).

Bununla birlikte kişilik haklarından birine verilecek bir zarar maddî bir alacak doğurabilir. Örneğin, birinin fizik bütünlüğüne verilen bir hasar, tedavi, kazanç kaybı gibi nedenlerle malvarlığında bir azalma yapar ve zarar-zıyan davası açma hakkını doğurur. Eğer manevî varlıklara zarar verilmişse bu durumda mağdurun, failden manevî tazminat olarak para talep etmesi mümkündür (Tandoğan, 1963:9; Danışman, 1991:19).

(4) Kişilik hakları başkasına devredilemez. Onurun ya da özel hayatın 'satışı' olamaz (Soysal, 2007:7).

(5) Kişilik hakları miras yoluyla intikal etmez. Bu haklar, ilke olarak, kişinin ölümüyle sona erer. Ölenin haysiyet ve şerefi, mahremiyet alanı, cesedinin tecavüzlere karşı korunması, anısı, yakınlarının kişilik hakkı nedeniyle korunur (Oğuzman ve diğ., 2005:116, 129; Özta, 1999:116).

(6) Kişilik hakları yitirilemeyecek haklardandır. Anılan haklardan vazgeçmenin hukuken hiçbir hükmü yoktur.

(7) Kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye bağlı değildir. Ancak kişilik hakkına saldırıdan doğan alacak hakkı zamanaşımı süresine tabidir (Helvacı, 2006:76).

3.4. Kişilik Hakkı Kapsamında Yer Alan Bazı Kişisel Değerler

Kişilik hakkı, hayatı, vücut tamlığı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, hürriyeti, özel hayatı ve sırları, kısacası tüm kişisel değerleri üzerindeki haklarıdır (Ataay, 1978:122). Bireyin korunmaya değer özel yaşamında ise şu unsurlar yer almaktadır (Üzeltürk, 2004:169):

- a. Bireyin fiziksel ve zihinsel dokunulmazlığının korunması
- b. Bireyin onuru ve şöhretinin haksız fiillere karşı korunması
- c. Bireyin adı, kimliği veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması
- d. Bireyin izlenme, gözetlenme veya tacizlere karşı korunması
- e. Mesleki sır kapsamına giren bilgilerin açıklanmasına karşı korunması

3.4.1. Kişinin Hayat, Sağlık ve Vücut Bütünlüğü

Hayat hakkı, kişinin fizikî ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi, varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi olarak tanımlanabilir. Bu anlamda hayat, kişilik hakkını oluşturan değerlerin en önemlisidir. Herkes, başkasının hayatına, saygı göstermek zorunda olduğu gibi, kendi hayatına da saygılı olmak ve onu korumak yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle ötenazi Türk hukukunda caiz değildir (Ataay, 1978:126; Helvacı, 2006:77; Öztan, 1999:119).

Türk hukuk sistemi içinde korunan hayat hakkı, insan haklarının da ilk sıralarında yer alır (İHEB md. 3; AİHS md. 2). Anayasa'mızın 17. maddesinin 1. fıkrası herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamaktadır.

Hayat hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü, hayat hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir haktır. İlk defa İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 'işkencenin yasaklanması'

suretiyle devlete karşı korunmuştur. Ulusal hukukta ise Anayasa'nın 17. maddesinin 2. ve 3. fıkraları:

“Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabii tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabii tutulamaz...” demek suretiyle bu korumayı pekiştirmektedir.

Kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Bu ‘insan vücudunun dokunulmazlığı’ prensibi gereğidir. Ancak rızanın da ahlâk ve âdaba, kamu düzenine aykırı olmaması gerekir (Helvacı, 2006:79).

3.4.2. Kişinin Şeref ve Haysiyeti

Şeref ve haysiyet, şahsın doğuştan sahip olduğu temel değerlerden biridir. Şeref ve haysiyet kavramı kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin tümünü ifade etmektedir (Soysal, 2007:9). Şeref ve haysiyet çok yönlü nispi bir kavramdır. Bu kavramın kapsamına bir taraftan ‘ahlâkî şeref ve haysiyet’, diğer taraftan ‘toplumsal şeref ve haysiyet’ girer. Ahlâkî şeref ve haysiyet, toplumun kişiye, karakteri dolayısıyla gösterdiği şerefli bir insan olmasına yönelik itibardır. Toplumsal şeref ve haysiyet ise kişinin faaliyetini sürdürdüğü alanda kazandığı, toplumun kendisine izafe ettiği şeref ve haysiyetine yönelik itibardır (Kılıçoğlu, 1993:71; Öztan, 1999:128).

Şeref ve haysiyet, toplumun gerekli saydığı ahlaki nitelik ve kriterlere sahip olması nedeni ile kişiye verilen değer yargılarıdır. Kişinin onuru, şeref ve saygınlığı onun yaşadığı toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. O nedenle denilebilir ki, herkesin içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Yargıtay’a göre de kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak manevi değerleri zedeleyen, hukuka aykırı davranışlardır (Yargıtay HGK. 28.03.2001, E. 201/2-276, K. 2001/289).

Şeref ve haysiyete ilişkin değerler çeşitlilik gösterir. Bu değerler, her insanın içinde bulunduğu özel durumlara göre belirlenir. Bu değerler, kişinin sosyal davranışlarından, sosyal mevkiinden, iktisadî ve meslekî faaliyetinden, his âleminden, çevresindeki düşünce ve görüşleri değerlendirmesinden etkilenir. Şeref ve haysiyet kavramının bu çok yönlülüğü insanların asgarî bir şeref ve haysiyete sahip olmalarını ve en azından bu şeref ve haysiyetin garanti altına alınmasını zorunlu kılar. Bu anlamda şeref ve haysiyetinde değişmeyen bir çekirdekten ve onun etrafındaki değişiklik gösteren bir alandan oluştuğu ileri sürülebilir (Dural, 1987:134; Özsunay, 1982:116).

Şeref ve haysiyete saldırı kişilik hakkına saldırı hâlleri içerisinde en sık rastlanılanıdır. Günümüzde şeref ve haysiyet kuvvetlendirilmiş bir korumayı hak etmektedir. Özellikle kitle iletişim araçlarındaki gelişmeye paralel olarak bu değere saldırılarda fazlalaşmıştır. Bu nedenle özel hukukta ve kamu hukukunda yaygın bir koruma alanına sahiptir (Helvacı, 2006:94, Çiftçi, 2009b).

Kimseye işkence edilemeyeceği, insan haysiyeti ile bağdaşmayacak ceza verilemeyeceği Anayasa'mızda (md. 17/11) hükme bağlanmış, şeref ve haysiyet temel haklar arasında sayılmıştır. Medeni Kanun'un 24. maddesinden doğan koruma ise kişinin sadece manevî değil sosyal, ekonomik, meslekî şeref ve haysiyetini de kapsayacak şekilde geniş olarak düzenlenmiştir (Kılıçoğlu, 1993:71). Uluslararası anlaşmalarla da bu değer (İHEB md. 5, 12; AİHS md. 3) yer almaktadır.

3.4.3. Kişiyeye Ait İsim

İsim, bir kimseyi ferdileştirmeye ve diğer kişilerden ayırt etmeye yarayan kişisel değerlerdir. İsim, insanı toplum içinde devamlı olarak tanıtan ve onu bireysel bir varlık olarak belirten sözcüklerdir. Kişinin korunmaya değer isim kavramına kişiyi ve ailesini toplum içinde tanıtmaya yarayan unvan, takma isim, müstear isim, arma, rozetler ve simgeler de girer (Ataay, 1978:192; Soysal, 2007:10; Öztan, 1999:163-168; Üzeltürk, 2004:134).

İsim üzerindeki hakka sahip olmak ve onun korunması için temyiz kudretine sahip olmak gerekmez. Böyle olunca da, MK. 26'da özel olarak korunmamış olsaydı dahi ad, MK (md. 24) ve BK (md. 49)'daki genel hükümlerle yine korunma imkânı bulacaktı. Ancak isim üzerindeki hakkın özel olarak düzenlemeyle korumaya alınması hukuk politikası yönünden iki nedene dayanır. Biri, ismin bir kimsenin ferdileştirilmesinde çok büyük önem taşıması diğeri, ismin devamlı muhafazasında hukuki güvenlik açısından büyük yarar olmasıdır (Dural, 1987:175; Özsunay, 1982:186). İsim, toplum hayatında bireye kendi varlığının özel oluşunu garanti eder. Kişiliği diğer insanlara karşı ihlallerden korur.

İsim kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan, miras yoluyla intikal etmez; vazgeçilemez, devredilemez, temlik edilemez. İsim mutlak bir hak olduğu için herkese karşı ileri sürülebilir. İsmi ihlali, kişiye gösterilmesi gereken saygının ihlalidir (Öztañ, 1999:163).

İsmi kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. İsmi haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararın giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir (MK. md. 26). Ancak bu madde olmasaydı dahi, artık bir kişilik hakkı olduğu su götürmez olan ad üzerindeki hakkın genel hükümler çerçevesinde de korunması mümkün olacaktı (MK. md. 24-25, BK. md. 49). Öğretide kısaltılmış veya temsili adlar, telgraf veya elektronik posta adreslerinin de bu korumadan yararlanacağı belirtilmektedir (Oğuzman ve diğ. 2005:127; Kaya, 2007; Soysal, 2007:10).

3.4.4. Kişiyeye Ait Resim ve Ses

Resim ve ses, bir insanın özelliklerini gösteren simgelerdir. Bu nedenle kişilik hakkı kapsamındadır. Hiç kimse hukuka aykırı şekilde bir başka kişinin resmini çekemez, yapamaz; sesini veya görüntüsünü kaydedemez ve yayımlayamaz, teşhir edemez, kullanamaz. Resim kavramına sadece kişinin fotoğrafı değil, film makinesi, kamera veya benzer araçlar ile oluşturulmuş görüntüsü, fırça, kalem veya diğeri bir araçla yapılmış resmi ve karikatürü de girer (Soysal, 2007:11). Aslında, heykel gibi kişinin dış yaşama yansımasını ve onun diğeri kişilerden ayrılmasını sağlayan tüm

görüntülerin resim üzerindeki hak kapsamında kabul edilmesi ve korumadan yararlandırılması gerekmektedir (Helvacı, 2006:99).

Bu gün bir sanat dalı olan karikatür, çizgi ile bir kimsenin belli özelliklerini abartarak, yüklenerek aşırılığa kaçmaz. Karikatür bir kimsenin haysiyetini küçültücü amaçla değil, onun özelliklerini belirtmek için yapılmalıdır. Kamunun yararı hiçbir zaman kişinin şeref ve haysiyetinin üstünde olamaz (Özta, 1999:139).

Sadece resmin ya da sesin aynen kullanılması değil, bozularak kullanılması veya ticarî, siyasî amaçla veya reklâm amacı ile istismar edici şekilde çoğaltılması da kişilik hakkına saldırı niteliği taşır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu: "...resmin izinsiz olarak ve ticari amaçlarla yayınlanmasının kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı niteliğinde..." bulunduğunu 03.10.1990 tarih, E. 990/4-275, K. 459 sayılı kararında vurgulamıştır. Ancak, hak katı bir çerçeve içinde ele alınmamalı, her olayda amaç da göz önünde bulundurulmalıdır. Bir kimsenin yayımlanan bir resimde ayrıntı olarak yer alması gibi durumlar da hukuka aykırılık söz konusu değildir, saldırı oluşmaz (Helvacı, 2006:99).

Resim üzerindeki hak Türk Medenî Kanunu'nun 24, 25 ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddeleriyle koruma altına alındığı gibi aynı zamanda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile de korunur.

3.4.5. Kişinin Hayat Alanı

Doktrinde kabul gören ve 'Sferler Teorisi' (Alanlar Teorisi) denilen üçlü ayrıma göre özel yaşam alanı; *ortak alan*, *özel alan* ve *gizli alan* olarak sınıflandırılmaktadır. Bu şekilde yaşam alanları ayrımı, kişiliğin hukuken korunması gereken bölümünü gösterdiği için yerindedir. Bu ayrımda özel ve gizli alanlar, korunan kişilik alanları olmaktadır (Tandoğan, 1963:26; Demirtaş, 2004:1; Kılıçoğlu, 1993:83).

3.4.5.1. Ortak Hayat Alanı

Kamuya açık yaşam da denilen ortak alan, kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, tüm topluma açık olan ve toplumsal ilişkiler içinde gerçekleşen yaşamdır (Kılıçoğlu, 1993:83; Tandoğan, 1963:26). Diğer bir deyişle, ortak alan; bir kimsenin sinemaya veya tiyatroya gitmesi, parkta dolaşması, pazara gitmesi yahut bir şirketin ticarete atılması ortak alana giren faaliyetlerdir (Çiftçi, 2009a). Zaten insanlar günlük davranış ve işlerinin pek çoğunun kamuoyunun önünde yapmaktadır. Ayrıca dikkat çekmek gibi bir amaçla yapılan davranışların da bu ortak alanda veya çoğunlukla özel alan içinde kişinin rızası ile izlenebileceği ifade edilebilir (Demirtaş, 2004:2).

Gizliliği olmayan yaşamın bu alanı kişinin toplumsal hayata katılması sonucu diğer toplum üyeleri ile paylaştığı bir hayat alanıdır. Bu alanda oluşan olayları ve kişileri toplumun diğer bireyleri de görerek ve duyarak öğrenebildiklerinden, bu alanın diğer kişilerden gizli tutulması mümkün değildir (Zevkliler, 1992:397). Kamuya açık alana dâhil bir olayın açıklanmasında, kamunun bir yararının olup olmadığı aranmaz. Diğer iki hayat alanının aksine, ortak hayat alanı ilke olarak bir hukuki koruma altında değildir (Soysal, 2007:9; Kılıçoğlu, 1993:83).

Ortak yaşam alanı herkese açık olduğundan serbesttir açıklanabilen olayları kapsamaktadır; ancak aleni olan her şeyin yayınlanabileceği anlamına gelmeyeceği, bazen olayla ilgili kişinin rızasının gerekebileceği unutulmamalıdır (Danışman, 1991:8).

3.4.5.2. Özel Hayat Alanı

Bir kimsenin yalnız dostları, yakınları, tanıdıkları, ailesi ve arkadaşları gibi kişilerle paylaştığı olaylardan oluşan hayat alanına, özel alan denir (Soysal, 2007:10). Özel alana, bir kimsenin yakından bağlandığı belirli kimselerce bilinmesini istediği olaylar girer. Şahıs burada olayları, aile çevresi ile veya güvendiği kimselerle paylaşabilir. Ancak, bu alan, gizli hayat alanına nazaran daha alenidir. Fakat bu aleniyet belli kişiler için geçerli olup diğer şahıslar için ise gizlidir ve şahıs bu olayların herkesçe bilinmesini istememektedir (Öztaş, 1999:134).

Bu alana giren olayların üçüncü kişilere duyurulması halinde, özel hayat alanı ihlal edilmiş olur. Özel hayat, kişinin mesleki hayatı, aile hayatı gibi, yani kapısının arkasında yaşadığı ‘iç hayat’ olarak algılanmalıdır. Oysa ortak hayat, kişinin sosyal hayatı, yani onun hemcinsleriyle ilişkiler kurmasına yarayan ‘dış hayat’ olarak algılanmalıdır. Mesela, bir kimsenin kiminle nişanlandığı veya arkadaşlık yaptığı, sadece kendisini ve belirli kişileri ilgilendirdiğinden, kişinin bu faaliyeti özel hayat alanına girer (Çiftçi, 2009a)

Özel hayat alanı ise daha çok, ilgili kişiler yani yakın akraba ve arkadaşlarla paylaşılan yer ve zamanı ifade etmektedir. Bu alanda yapılan hareketlerin zaman zaman kamusal yerlerde olması mümkündür. Fakat bu özel alan kavramı ve bu alanda yapılan davranış bütününe korumaya engel değildir. Çünkü bu tür davranışların ortak alanda yapılan davranışlardan ayırt edici özelliği “..herkesin herhangi bir kimsenin gayri şahsi bir davranışı gibi gözükmesi; ancak kişiyi yakından tanıyanlar için bu davranış o kişinin şahsi davranışı niteliği...” almasıdır. Kişilerin belli bir zaman önce yaşadıkları uygunsuz nitelikteki davranış, suç ve başarısızlıkları gibi olaylar bir süre sonra özel alan içinde değerlendirilebilir (Kaboğlu, 2002:292).

Özel yaşam, kimlik hakkını da içerir. Nedensiz ve açık rıza olmaksızın gerçek adını, adresini, yaşını, ailevi durumunu, boş zamanlarından yararlanma biçimini, malvarlığını ve günlük alışkanlıklarını açıklamama esastır. Aynı şekilde konut ve aile mahremiyeti, sağlığa, birlikte ve duygusal yaşama ilişkin gizlilik hakkı güvence altına alınır. Bunlara ‘görüntü’ (imaj) hakkı da eklenebilir (Kaboğlu, 2002:292).

3.4.5.3. Gizli Hayat Alanı

Gizlilik alanı, kişinin kendisinde saklı tutmak istediği, üçüncü şahıslardan gizlediği tüm olaylar ve hareketlerdir (Kılıçoğlu, 1993:84). Burada alakalı şahsın söz konusu olayı ve belgeleri gizli tutmak hususunda bir iradesinin bulunması şarttır. Şahsın gizlilik alanına giren olaylar ve belgeler bu olayları bilmesini istediği kimselerin dışında kalanlara karşı kapalıdır. Şahsın aile ilişkileri, cinsel hayatı, dini inançları, planları, mektupları, sağlık ilişkileri hep gizlilik alanına dâhildir. Kişinin

sırları, en gizli duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları, dilekleri gibi hayat olayları da bu alana girer (Özta, 1999:134).

Hukuka aykırı bir şekilde başkasının gizlilik alanına müdahale ederek elde ettiği bilgileri açıklamak, kişinin mutlak hakkına bir saldırdır. Kişi, gizli hayat alanına giren olayları, belirli yakınlıkta ve sınırlı sayıda kişi ile başkalarına anlatılmaması şartı ile paylaşabilir. Bu paylaşım, kişinin bu tür olayları gizli tutma iradesinin ortadan kalktığına delil teşkil etmez (Zevkliler, 1992:396).

Gizlilik alanına giren bir hususu, kişi çok güvendiği bir kimseye açıklamışsa arada akdi bir ilişki olmasa da bu kimse öğrendiği yani kendisine sır olarak verilen bilgileri üçüncü kişilere açıklayamaz. Keza böyle bir yükümlülük kanundan da doğabilir. Mesela, bir avukatın, doktorun, ebenin meslekleri dolayısıyla öğrendikleri bilgileri, kanun gereği açıklamamakla yükümlüdürler (TCK md. 137 ve Avukatlık Kanunu md. 36) Yine oteldeki resepsiyon memuru veya kat görevlisi gibi kimselerin otelde kalan bir kimsenin iç hayatına yani özel hayatına ilişkin olarak öğrendikleri bilgileri açıklamamaları gerekir. TCK md. 132 hükmünde, bir mektup veya telgrafi alan kimsenin, bunu gönderenin rızası olmadan açıklaması ve yayımlaması yasaklanmıştır (Çiftçi, 2009a; Helvacı, 2006:91).

Bir kimsenin mesleki ve ticari faaliyetleri, kural olarak, onun hukuki koruma gören gizli hayat alanına girmez. Ancak, yönetim işletme, planlama, sevk ve idare, ticari defterler vb. kişinin mesleki ve ticari sırlarını oluşturduğu kabul edilir (Çiftçi, 2009a)

Gizli yaşam alanında insan, kişiliğini geliştirebilmek için yalnız kalarak çeşitli faaliyetlerde bulunmak imkânına kavuşacaktır. Kişinin, yalnız kalma hakkı ihlal edilecek olursa kişiliğin gelişmediği ve düşüncel yeteneklerin ortadan kalkacağı görülecektir. Günümüzde gizlilik ve yalnız kalma hakkı uygar insanlar tarafından yaygın bir şekilde kabul edilen ve oldukça değer verilen bir hak olarak benimsenmiştir (Demirtaş, 2004:2).

3.4.5.4. Hayatın Özel ve Gizlilik Alanlarına Yapılan Müdahaleler

Kişilerin özel hayatı ve hayatındaki gizlilikler kavram olarak birbirinden ayrılmakla beraber birçok hallerde bu iki kavramın birbirine karıştığı görülmektedir (Helvacı, 2006:92). Çünkü her ikisinin de hukuka aykırı olarak öğrenilmesi ve açıklanması genel anlamda kişilik haklarının ihlali niteliğinde olacaktır. Özel hayatın korunması hakkının alanı, korunması, araçları ve genel ilkeleri özellikle sınırlamalar bu özgürlüğün hukuki yapısının karmaşıklığını göstermektedir.

Kişilerin özel hayat ve gizliliklerinin ihlal edilmesi; hem bu alanın araştırılması hem de burada öğrenilen bilgi ve belgelerin açıklanması şeklinde olmaktadır. Yani, sadece bu özel alana müdahale bile hangi niyetle olursa olsun tecavüz kabul edilecektir (Demirtaş, 2004:2).

Bir kimsenin özel alanı ile kamuya açık alanı arasındaki sınırı çizmek çok zordur. Bazen kamuya açık bir alan da özel alan olarak himaye görür. Meselâ, bir kimse, kendisinin toplum içinde bulunduğu sırada da resminin çekilmesini istemeyebilir. Kişinin isteği dışında resminin çekilmesi onun şeref ve haysiyetinde bir azalmaya sebebiyet vermese de yine de bu davranış özel alanına bir müdahaledir (Öztañ, 1999:135).

Bir kimsenin özel ve gizli alanına dâhil hususları öğrenmek için kullanılan vasıta hukuka aykırı ise özel ve gizli alana yine tecavüz vardır. Evinin gözetlenmesi, posta yolu ile ulaşan mektup vs. belgelerin açılması, kapıları dinleme yoluyla gizli hususların öğrenilmesi, özel ve gizli hayatı tespit etmek için teknik (film, fotoğraf, teyp gibi) vasıtaların kullanılması örnek olarak gösterilebilir (Helvacı, 2006:90). Şahsın bu yollarla öğrendiklerini üçüncü kimselere aktarması halinde de özel ve gizli hayata müdahale söz konusu olur. Belgelerden kopya çıkartmak, kendisine mesleği icabı veya itimat edilerek tevdi olunan sırları başkalarına bildirmek yolu ile de bir kimsenin özel ve gizli alanına müdahale edilebilir (Öztañ, 1999:135).

Sır saklama yükümlülüğü sadece Medenî Kanun'un 24. maddesinde düzenlenmemiştir. Kanun koyucu bir hususu değişik kanunlarda da ele almıştır. Meselâ, Usul Kanunu'nun 48. maddesinde şahitlikten kaçınılabileceği hükme

bağlanmıştır. Aynı şekilde, karı kocaya evlilik birliğine ait sırları gizli tutmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Sır saklama yükümlülüğünü taraflar dilerlerse akitle de tespit edebilirler (MK md. 24).

Bazen şahıslar özel hayatlarının alenileştirilmesini isteyebilirler. Bu durumda dâva hakları ortadan kalkar. Burada ölçü, açıklamaların gerçek ve doğru olması; açıklamayı yapan kimsenin, bunu kendinden bir şey katmadan yapmış olmasıdır. Ayrıca, açıklamayı yapanın, bunun yapılmasını isteyen kimsenin istediği sınır içinde kalması veya sadece onun açıklamasını istediği kimselere yapılması gerekir (Kılıçoğlu, 1993:93, 96; Ataay, 1978:132-133). Bu sınırın veya şahıs grubunun aşılması halinde şahsiyet haklarına tecavüz söz konusu olur.

3.4.5.5. Kamuya Mâl Olmuş Kişilerin Özel Hayatı

“Kamuya mâl olmuş kişiler, belirli bir nedenle kamunun ilgisini üzerinde toplayan, meşgul eden ve kendileri hakkında haklı bir bilgi edinme ihtiyacı duyulan kişilerdir” (Kılıçoğlu, 1993:152).

Kamuya mâl olmuş şahısların da tıpkı alelade bir kimse gibi, özel hayatı ve gizlilik alanı korunmalıdır. Ancak, bunların özel ve gizli alanlarının sınırı çok geniş tutulmamalıdır. Bu alanların sınırı toplum menfaati açısından değerlendirilmelidir (Öztañ, 1999:136). Bununla beraber, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı üstün bir kamu menfaatine dayanarak ihlal edilebilir. Özellikle kamuya mâl olmuş bir kişinin özel hayatının gizlilik alanına giren bazı hususlarının kamuya açıklanması, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı sayılmayabilecektir (Dural, 1987:147). Basın, kamuya mâl olmuş kişilerin özel hayat alanlarına ilişkin faaliyetlerini kamuya naklederken, kamuoyunun öğrenme hakkını yerine getiren anayasal bir ödevi de ifa etmiş olmaktadır (Zevkliler, 1992:402).

Burada kişinin özel hayatına ilişkin hususların bilinmesinde kamunun üstün nitelikte bir menfaatinin bulunması gerekir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 14.03.1980, E. 1979/12715, K. 1980/3333). İdarî görev yapanlar toplumun itimadına lâyık olmalıdırlar. Bu itimada lâyık değillerse bunun bilinmesinde toplumun haklı bir menfaati vardır. Ancak bir kimsenin kamu görevi yapması, onun özel hayatına

girmek için yeterli sebep değildir. Bu durum, sanatkârlar, sporcular bilim adamları veya diğer alanlarda meşhur olmuş kimseler için de geçerlidir (Özta, 1999:136; Dural, 1987:147; Şen, 1996:238-243).

Yaşadığı süre içinde tarihe mâl olmuş bir kimsenin özel alanı, onun tanıtılması ile ilgili olduğu oranda yayınlanabilir. Meselâ, bir hükümet adamını tanıtmaya, onun karikatürünü yapma veya hayatını kısaca anlatmak mümkündür. Hayatının biyografisi de yazılabilir. Buradaki ölçü sosyal uygunluktur. Sosyal uygunluk, özel hayata ait açıklamaların, özel hayatın gizliliğinden daha önde gelen haklı bir menfaate hizmet ettiği zaman mümkün olabilir (Helvacı, 2006:93; Özta, 1999:136).

4. ÖZEL HAYAT HAKKI KAVRAMI

Özel hayatın gizliliği kavramını anlayabilmek için önce özel hayat kavramının ortaya çıkış süreci ve günümüz itibariyle sınırlarının boyutu ele alınmalıdır. Bir kişilik hakkı olan özel hayatın, müdahalelerden korunduğu kadar gizliliğinden bahsedilmesi mümkündür.

4.1. Özel Hayat Hakkı Kavramının Menşei

Kişinin kendi küçük dünyası içinde kalarak, bunu başkalarından saklayabilmesi oldukça eski ve eski olduğu kadarda insancıl bir duyguyu ifade eder. “Özel hayat” kavramı bir burjuva kavramı olup, ayrıcalıkları üzerine titreyen sosyal bir sınıftan, bu ayrıcalıklardan dolayı komşularından uzak durmaya çalıştığı bir dönemde ortaya çıkmış ve giderek toplumun bütün kesimlerine ve de fertlerine münhasır bir hak haline gelmiştir (Çiftçi, 2009a).

1930 yılından başlayarak ilkin sesli daha sonra görüntülü yeni yayın teknikleri, sanatkârlar, gramofon üreticileri ile radyo yayını yapan şirketlerin haklarına zarar verebiliyordu. Bu hakları korumak için yeni bir hukuki kavram olan “Komşu Hakları” (Eser sahibinin hakları) kavramı, anılan ihtiyaca cevap verebilmek amacıyla ortaya atıldı. 19. yüzyılın yarattığı sanayi toplumu ile bu toplumda etkinlikleri giderek artan kitle haberleşme araçları insanları tehdit eden bazı

tehlikeleride beraberlerinde getirdi. Birey, bir taraftan nüfus patlaması diğer taraftan hayatın her safhasını istila eden yeni teknikler karşısında bireyliğini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyaydı ve evin selameti, hayatının mahremiyeti özel hayatın görünmeyen duvarlarıyla artık korunamıyordu (Danışman, 1999:7).

Kişilerin konutlarına karşı yapılan haksız müdahalelere karşı gerekli korumayı sağlamak hukukun çok önce düzenlediği bir alan olduğu halde, özel hayatın gizliliği hakkının tanınması genel olarak 20. yy'da gerçekleşmiştir. Özel hayatın gizliliği hakkı, yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisidir (Üzeltürk, 2004:4-5).

Her bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi için bir zorunluluk olan ölçülülük ve edep duygusu, özel hayatın gizliliğinin korunmasını gerektirmektedir. Özel hayatın gizliliği, varlığımızın özgür olmasının görünümlerinden biridir (Çiftçi, 2009a).

4.2. Özel Hayat Hakkı Kavramının Tanımı

Özel hayat hakkı kavramı sınırlarının belirlenmesi son derece güç olan geniş bir hukuki alanı kapsamaktadır. Bu nedenle anılan kavramın hukuki düzeyde kullanılabilir genel bir tanımını yapmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Kolukısa, 2009).

Fransız hukukunda, doktrinde özel hayat için “İnsanın ailevi, kişisel hayatı, iç hayatı, manevi hayatı ve kapalı kapısının arkasında yaşarken idame ettiği hayatıdır.” görüşü kabul edilmiştir. ABD’de mahkeme kararlarına göre ise özel hayat şöyle tanımlanmaktadır: “Right of privacy, bir insanın sebep olmak veya arzu etmek hali istisna edilirse bir tanıtmaya tabii olmaksızın kendi hayatını yalnız yaşaması hakkıdır.” Kısacası bu hak rahat bırakılma hakkıdır (Danışman, 1999:9).

Uluslararası Hukukçular Komisyonu’nun 1967’de Stockholm’de düzenlediği Kuzey Ülkeleri Hukukçular Kongresi’nde, “Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, kişi için asgari dış müdahalelerle kendi öz varlığın serbestçe sürdürebilmesi

hakkıdır.” denilmek suretiyle özel hayata ilişkin bir tanımlamaya gidilerek bu konuya ışık tutulmaya çalışılmıştır (Kolukısa, 2009; Ayci, 2005:10).

Özel hayata saygı gösterilmesi ve korunması hakkı birey için, asgari dış müdahalelerle kendi öz varlığını serbest olarak sürdürebilmesi hakkıdır (Danışman, 1999:7). “Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümüleri” (Özsunay, 1982:127); “Kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar” (Ataay, 1978:133); “Başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar” (Şen, 1996:7); “Kişinin yalnız ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alanı” (Kaboğlu, 2002:291); “Başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içerisinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi” (Araslı, 1979:6) özel hayatla ilgili tanımlardan bazılarıdır.

Kıta Avrupa’sı Hukuk sisteminde, Almanya’da doktrin ve İsviçre’de mahkemeler, tanımlama yerine hayatı; ortak hayat, özel hayat, gizli hayat diye bir ayrıma tâbi tutup kavramın kapsamını belirleyecek sınırları tespit etmeye çalışmışlardır. Kavramın tam olarak anlaşılabilmesi için bu ayrım en doğru ve en yararlı bir ayrım olmuştur (Kolukısa, 2009).

4.3. Özel Hayat Hakkı Kavramının Kapsamı

Doktrin; özel hayat kavramının tanımının, sınırlarının belirtilmesinin güçlüğü karşısında bu kavramın, devletlerin iç hukuk düzeninde kapsadığı hakların bir katalogunu tespit etme yolunu seçmiştir. Söz konusu hakların çeşitli ülkelerde yapılan sayımları veya sınıflandırılmaları karşılaştırıldığında derin görüş ayrılıklarının da mevcut olduğu ortaya çıkmaktadır (Kolukısa,2009).

Amerika Birleşik Devletleri’nde, William Prosser’in yaptığı sınıflandırma iç hukuk bloklarında en geçerli sınıflandırma olarak kabul edilmektedir. Özel hayat hakkının ihlalleri, Prosser’e göre: Kişinin mahremiyetine müdahale, özel hayatın olaylarını halka ifşa etmek, kişiyi doğru olmayan bir yönüyle halka tanıtmak, kişinin

kişiliğinin bazı unsurlarını ticari bir amaçla kendine mâl etme şeklinde dört kategoriye ayrılmaktadır (Çiftçi, 2009a).

Kıta Avrupa'sında özel hayatın kapsamı ile ilgili çalışmalar bazen dar bazen geniş bir anlayışı ortaya koymuştur. İnsanın bünyesini etkileyen hususlar (hastalık, ölüm, cenaze, anormallik), aile hayatının olayları (doğum gizliliği ve nesep), malvarlığı, profesyonel hayat, siyasal, felsefi ve diğer inançlar, ikametgâh, muhabere, boş zamanlar, gerçek ve tüzel kişilerin iş sırları gibi unsurlar da özel hayata dâhildir (Danışman, 1999:11).

Bu durumlarda özel hayata saygı kavramı, sayısı, içeriği zamana, mekâna ve bireye göre değişen haklar demeti olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun içindir ki türdeş bir hukuki rejime tabii değildir. Zira kavram alanı bakımından kişiden kişiye farklılık gösterir. Örneğin, siyasi bir kişi ile sıradan bir insanın özel hayatlarının sınırları değişkenlik gösterecektir.

4.4. Özel Hayat Hakkının İhlali

Hukuk açısından en değerli varlık olarak görülen kişi, gerek devlet gerekse diğer kişiler tarafından gerçekleştirilen saldırılar için açık bir hedef durumundadır. Teknolojik gelişmelerin paralelinde insan ilişkilerinin artması da kişilik hakkına yapılan müdahaleleri beraberinde getirmiştir. Özellikle medya araçları yoluyla yapılan açıklamalar geniş kitlelere hitap etmekte ve inandırıcılıkları açısından insanlar üzerinde daha güçlü etkiler yaratmaktadır. Böylece kişi, yüz yüze yapılan ihlallere oranla daha fazla zarar görmektedir. Anılan ihlaller, özel hayat çevresine giren olayların öğrenilmesi, başkalarına anlatılması ve hayatından bahsedilen kişi hakkında bazen bir değer hükmünü içeren beyanlarda bulunulması şeklinde olmaktadır (Durmuş,2009; Doğan 2003).

İletişimin bireysel şeklinde mektup, telgraf, telefon birer araç olarak ortaya çıkmaktadır. Kitle iletişiminde ise medya araçları devreye girmektedir. Medya bugün ulaştığı anlamıyla yazılı medya ve işitsel ve görsel medya olarak karşımıza çıkmaktadır. Yazılı medya basın ve basın kapsamında ele alınan iletişim araçlarını,

işitsel ve görsel medya ise radyo, televizyon, sinema, video, cd, vcd vb. içermektedir (Özel, 2004:43).

Basın, medya, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan kişilik hakları ihlalleri ve bu ihlaller sonucunda zarar gören mağdurların zararının giderilmesi konusu gerek iç hukukumuz bakımından gerekse devletler özel hukuku bakımından son yıllarda en fazla gelişmekte olan hukuk konularından birini oluşturmaktadır. Kişilik hakları ve bilhassa özel hayat basın yayın yoluyla ihlale uğrayabileceği gibi internet aracılığıyla da ihlallere maruz kalabilir.

4.4.1.Özel Hayatın Basın-Yayın Yoluyla İhlali

Bilindiği üzere basın kamuoyunun temsilcisidir. Anayasa'nın 28. maddesinde, basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Haber vermek ve kamuoyu oluşturmak, demokratik sistem içinde basının vazgeçilmez bir işlevidir (Helvacı, 2006:96).

Basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılarda, Anayasa ile teminat altına alınan basın hürriyeti ile yine Anayasa ile teminat altına alınan kişilik hakları çatışmaktadır (Tandoğan, 1963:32). Basının görevi kamuyu ilgilendiren olaylar hakkında halkı bilgilendirmek, insanları toplumsal sorunlar açısından aydınlatmak, kamuyu ilgilendiren konularda doğru ve gerçeğe uygun haber vermeyi sağlamaktır. (Durmuş, 2009, Şen, 1996:18). Topluma, politik, ekonomik, bilimsel, edebî ve kültür olayları hakkında doğru ve objektif bilgi vermek; onları düşünmeye sevk edecek şekilde tartışmalar açmak, herhangi bir pratik çözümü temin için fikir açıklamak, devlet yönetimi hakkında açıklama yapmak ve toplumdaki suiistimalleri ortaya koymaktır. Kısacası basının görevi, denetim, eleştiri, uyarma ve gerçekleri açıklamadır (Dural, 1987:137). Basının bu görevlerini yerine getirmesi için basın hürriyetine sahip olması gerekir. Ancak, basına tanınan bu hürriyet sınırsız olamaz.

Öğretide, basın işlevlerinin yerine getirilmesinin bir hak ve hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmektedir (Tandoğan, 1963:30). Hukuk düzeninin çatışan iki değeri – kişilik hakkı ile basın özgürlüğü- aynı anda koruması mümkün

değildir. Çatışan iki yarardan, “toplum yararı” ile “kişi yararı” arasında toplum yararına üstünlük tanımak gerekecektir. Yani hangisinin diğerine karşı daha çok korunacağı somut olayın şartlarına göre belirlenecektir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.02.2002, 10871/2008).

Kimi zaman çatışan değerlerden hangisinin korunacağı kanunda belirtilmiş olabilir, bu durumda ne yapılacağı bellidir ancak kesin bir düzenleme yoksa hâkim yine somut olayın özelliklerine göre çatışan değerleri tartacak ve birini diğerine karşı hukuka uygun kabul edecektir (Tandoğan, 1963:20). Ancak Anayasa'nın 28. maddesinde; “Basın, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması amaçlarıyla sınırlanabilir.” denmektedir.

Basın, olay bildirirken, gerçek olaylara dayanmalı, uygun amaca uygun araçla hizmet etmelidir (Tandoğan, 1963:28-31). Şayet özel hayatı ihlal edici nitelikte olan bir olay açıklaması gerçek değilse her durumda hukuka aykırı olacaktır (Özel, 2004:52). Eleştiri yaparken de gereksiz yere haysiyet kırıcı olmamalı ve yapıldığı anda bilinen olaylara dayanmalı veya eleştiriye temel teşkil eden olayla eleştiri birlikte verilmelidir (Öztaş, 1999:130).

Zira Yargıtay 05.02.2007 (4. HD, E. 2006/1013, K. 2007/984) tarihli bir kararında basın özgürlüğünün sınırlarını şu şekilde belirlemiştir: “...Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın; olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık

oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir”.

AİHS 10/2’nci maddede yer alan ifade özgürlüğünün sınırlama sebeplerinden “...başkalarının şöhret veya haklarının korunması...” bu bağlamda değerlendirilebilecek uluslararası sınırlama sebeplerindedir. Basın özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa’nın 28. maddesinde 26 ve 27’nci maddelere atıf yapıldığından dolayı “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün” sınırlarını oluşturan “...başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması...” biçimindeki sınırlama sebepleri basın özgürlüğü içinde geçerli olacaktır. Ayrıca Anayasa’nın 32. maddesinde “...kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde...” düzeltme ve cevap hakkının tanınacağı belirtilmiştir. Son olarak “...başkalarının şöhret ve haklarının korunması...” hususu 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3/2’nci maddesinde basın özgürlüğünün sınırlama sebepleri arasında sayılmıştır (Üzeltürk, 2004:118).

Gazetecinin, bilinmesinde kamu yararı bulunan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, gerçekleri araştırdıktan sonra kamuya aktarma hakkı vardır. Bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için: Bu olayın gerçek olması, güncel bulunması, açıklanmasında kamu yararının bulunması, bilinmesinin kamunun ilgisini çekmesi, haber ile kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağın varlığı; diğer bir deyişle, haberin içerdiği düşünce ile bağlantısı olmayan küçültücü ifadelerin, değer yargılarının yazıya eklenmemiş olması gerekir (Tezcan ve diğ., 2006:172).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da belirttiği gibi, “Haber ve eleştiri doğru olsa ve bunda kamu yararı bulunsa bile üslup, uygun ve nazik değilse ve özellikle aşağılayıcı, küçük düşürücü, amaç dışı veya amacı aşan ya da abartılı nitelikte ise haber ve eleştiri salt bu yönden hukuka aykırı olabilir” (HGK., 13.1.1988, 1987/47405).

Güncellik ilkesi doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilen bir ilkedir. Olaylar daima meydana geldikleri zaman parçası içinde önem taşır ve toplumun ilgisini çekerler. Bir yayının haber olarak nitelendirilmesi güncel olmasına bağlıdır.

Yargıtay HGK'nın 13.01.1988 tarih ve E. 1987/47405, K. 1998/47 sayılı kararı bu hususu şöyle ifade etmektedir: "Güncelliğini kaybetmiş bir olay hakkında haber ve eleştiriler, üstün değer olma niteliğini kural olarak taşımaz. Anımsanmasında yarar bulunmayan olayların, gündeme getirilmesinde kural olarak genel yarar bulunamaz." Kural olarak üzerinden belli bir süre geçmiş olayların aktarılmasında bu yararın varlığı reddedilmekte ancak habere konu olan yeni bir olayla bağlantısı bulunan eski olayların sergilenmesinde böyle bir yararın olabileceğinden söz edilmektedir (Yarg. HGK. 14.02.1996, E. 1995/1045, K. 1996/77). Olayın yeni öğrenilmiş olması, kamuoyunu ilgilendiren diğer olaylar ya da tartışmalara yeni bir boyut katacak olması da güncellik tanımını içinde yer almaktadır.

Haber verme hakkı kullanılırken kişilerin bilgileri, görüntüleri, sesleri kamuoyuna sunulacağından habere konu olan kişilerin haklarının ihlal edilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla, haber verme hakkını kullananların fiilleri bir hukuka uygunluk sebebine dayandırılmaz ise hukuki ve cezai sorumluluklarının gündeme geleceğinden şüphe edilemeyecektir (Durmuş, 2009). Böylece kişilik hakkı ihlal edilen kişi Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Basın Kanunu ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun gereği koruma altına alınacaktır.

4.4.2.Özel Hayatın İnternet Aracılığıyla İhlali

İnternet, International Network'un kısaltması olup iki yahut daha çok sayıda bilgisayarın birbirleriyle bağlantısı anlamına gelen bilgisayar ağlarının aralarında tekrar bağlantı kurmalarıyla oluşan ve bu şekilde giderek, büyüyüp gelişen, dünya çapında yaygın bilgisayar ağlarına dayalı bir iletişim sistemidir. İnternet, kitle iletişim araçları içerisinde en son bulunan ama en gelişmiş ve en etkili olanıdır (Çiftçi, 2009b; Doğan, 2003; Soysal, 2007:1)

Kişiler hukuku ve internet ilişkisi incelendiğinde karşımıza çıkabilecek en önemli sorun kişilik haklarına internet aracılığıyla yapılan tecavüzlerdir. İnternetin kullanıcılara sağladığı hürriyet aynı zamanda özel hayata yönelik tehdidinde sebebinin oluşturmaktadır. İnternetin denetimsiz bir iletişim ağı şeklindeki yapısı, kişilik hakları ve özel hayatın gizliliği için bir tehdit içermektedir. Zira internet sağladığı

sınırsız yararların yanı sıra, kötü niyetli kullanımlara olanak sağlayan teknik yapısı ve geniş etkileme gücü dolayısıyla kişilik hakları açısından potansiyel bir tehlikeyi bünyesinde barındırmaktadır (Durmuş, 2009; Doğan, 2003). Dolayısıyla, bilgisayar başında, karşısındakini görmeden tuşlara basmak suretiyle düşüncelerini duygularını özgürce dile getiren kişi, yaptığı bir yayımla başkasının şeref ve haysiyetini kolaylıkla ihlal edebilmektedir (Özel, 2004:158).

Gerçekten kişinin özel hayatına ilişkin bilgiler, resimler, belgeler bir internet yayını haline getirilmesi halinde kişinin bu verileri bütün dünya üzerinde o yayına erişebilen milyonlarca insana ifşa edilmektedir. Kişinin özel hayatına yönelik bu tarz bir haksız hareket telafisi olanaksız zararlar meydana getirecektir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile internetin ilişkisi kişisel verilerin korunması konusuna odaklanmayı gerektirmektedir. Gerçekten de teknik olanaklar sayesinde kişinin özel hayatına ait bilgilerden oluşan kişisel verilerin dinlenmesi, kaydedilmesi, değiştirilmesi, silinmesi, hatta ortadan kaldırılması mümkün olmaktadır. İnternette sözleşme metinleri, elektronik postalar ve haber gruplarına gönderilen makale ya da yazıların değiştirilmesi suretiyle kişinin saygınlığı zedelenmekte veya kullanım profilleri oluşturularak belirli amaçlara hizmet edilebilmektedir (Akıncı ve diğ., 2004:208).

Özellikle birçoğumuzun günlük hayatında sıklıkla kullandığı e-mail yoluyla, kişiye hakaret, küfür vs. yapılabileceği gibi yayılan e-postalar yolu ile bir kişi hakkında asılsız isnatlarda bulunarak ve kişiye ait resim, eser, fotoğraf, ses de e-posta yolu ile yayılmak suretiyle kişilik haklarına müdahalede bulunulabilir (Soysal, 2007:12). Bunun yanı sıra bir kişinin bilgisayarında kayıtlı bilgilerin e- maille gönderilen virüs yoluyla kullanılmaz hale getirilmesi, tüm sistemin çökertilmesi (elektronik sabotaj) veya bilgisayarda kayıtlı tüm bilgilerin yine virüsle başka bir bilgisayara aktarılması da kişilik hakkına hukuka aykırı bir tecavüz oluşturur. Gerek internet gazeteciliği gerekse özel ya da ticari amaçlı web sitelerinde yer alan yayımlarla da kişilerin kişilik hakları tecavüze uğrayabilir (Durmuş, 2009; Doğan, 2003).

Yargıtay (4. HD. 08.02.2001, E. 2001/755, K. 2001/1157) vermiş olduğu bir kararda, basın internet aracılığıyla yayınlarda kişilik haklarına tecavüzü “basın aracılığıyla işlenen kişilik haklarına tecavüz” olarak nitelendirmiştir. Kişilik haklarına tecavüz edici nitelikteki bir açıklamanın internette yayımından sorumlu olan her kişinin genel hükümler çerçevesinde bu açıklama sebebiyle kişilik hakkı tecavüze uğrayana karşı sorumluluğu vardır.

Medya yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle açılacak maddi tazminat davasının şartları BK. 41’e göre tayin edilecektir. Yani maddi tazminat davasının açılması için: Kişilik değerine yönelik haksız bir saldırı bulunmalı, saldırıda bulunan kusurlu olmalı, saldırı dolayısıyla parasal bir zarar doğmuş olmalı ve doğan zarar ile saldırı arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Medya yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kişi, yapılan saldırı nedeniyle çektiği acı ve duyduğu üzüntünün karşılığında manevi tazminat isteminde bulunabilecektir (MK. 25, BK. 49).

4.5. Karşılaştırmalı Hukukta Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Özel hayat kavramı, 19. yy’da Fransa’da “Özel Hayatın Korunması Hakkı” ve Amerika Birleşik Devletleri’nde “Right Of Privacy” denilen hukuki kavramlarla ifade edilmiştir. Fransa’da özel hayat kavramı ilk defa 1819 yılında Basın Kanununun mecliste müzakeresi dolayısıyla kullanılmıştır (Danışman, 1999:7).

Özel hayatın gizliliği ile ilgili yapılmış ilk sistematik çalışma ise Samuel Warren ve Louis Brandeis’in 1890 da yazmış olduğu “The Right to Privacy”dir. Sosyal, politik ve ekonomik çerçeveden bakarak “yalnız kalma hakkını” temel eksen yaptıkları bu kitapta, topluma mâl olmuş kişilere ya da politik şahsiyetlere karşı basının gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında bu hakkın desteklenmesi ve kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Günaydın, 2007:40). Daha sonra pek çok eyalet gerek çıkardıkları yasalar gerekse mahkeme kararları ile hakkı tanıma yoluna gitmişlerdir. Fakat İngiltere’de bu süreç daha geç olmuştur. Aynı şekilde Almanya 1940 ve 1950’lerde mahkeme kararları ile açıkça bu hakkı tanımaya başlarken, Fransa yasal düzenlemesini ancak 1970’te yapabilmiştir (Canpolat, 2008).

4.5.1. Almanya

Alman hukukunun başlangıçta özel hayatın gizliliğine ve korunmasına dair ayrı bir hakkı tanımadığı görülmektedir. Ancak zamanla, gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını güvence altına alacak hükümler getirilmiştir (Şen, 1996:30-36).

Anayasa hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı olarak ayrı bir hakkın bulunmadığı görülmektedir (Araslı, 1979:175). Bununla beraber bu hakkın anayasal temelini, 1949 Alman Anayasası'nın 1. ve 2. maddelerinde düzenlenmiş olan "kişiliği serbestçe geliştirme hakkı"nın oluşturduğunu söylenebilir. 1949 Alman Anayasası'nın 10. maddesinde mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği ve 13. maddesinde de konut dokunulmazlığı birer temel hak olarak güvence altına alınmıştır (Şen, 1996:32).

Alman Medeni Kanunu (BGB), özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yer vermemiş (Araslı, 1979:70) ama kişinin yaşamı, bedeni, sağlığı ve özgürlüğü üzerindeki hakları tanımak suretiyle özel hayatı da belli bir oranda korumuştur (BGB prg. 823/I). Kişinin şeref ve haysiyeti, ad ve fotoğraf üzerindeki haklarına da BGB'de yer verilmiştir (Özsunay, 1982:162).

Nitekim Almanya, AIHS'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 5 Aralık 1952 tarihinde onaylamıştır. Böylelikle, Sözleşme'de yer alan hakları, dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkını korumayı taahhüt etmiş durumdadır (Er, 2007:104).

Federal Mahkeme, bireyi, özel hayatının araştırılması ve açığa vurulmasına karşı korumaktadır. Alman hukuku kişilik haklarını, cezaî yolla korumayı da ihmal etmemiştir. 22 Aralık 1967 tarihli Kanun bu hakları ses kayıt cihazlarının kötü niyetle kullanımına karşı korumaktadır. Ayrıca, 27 Ocak 1977 tarihli Kanunla da özel hayatın bilgisayarlara karşı korunması sağlanmıştır. (Danışman, 1991:54).

Almanya'da suç gerçekleşmeden önce, "önleme dinlemesi" şeklinde yapılmak üzere, Alman Polis Kanunları'nın polise yetki verdiği görülmektedir. Çerçeve Polis Kanunu'nun 8c maddesi doğrultusunda Schlezwig/ Holstein/ Saarland

gibi eyaletlerin polis kanunları; kişinin hayatı tehlikede ise bu tehlikeyi önlemek ve ortadan kaldırmak için kaçınılmaz olduğu hallerde; Baden/ Württemberg Polis Kanunu ise devletin güvenliği açısından ortaya çıkan ve halen mevcut olan bir tehlike vukuunda, evin içindeki bütün konuşmalarda dâhil, tüm konuşmaların dinlenmesi konusunda polise yetki vermiştir (Kılıç, 2007).

11 Eylül saldırılarından sonra tüm batı ülkelerinde olduğu gibi güvenlik önlemleri Almanya'da da normalin çok üzerine çıkarılmıştır. Teknolojik imkânların terörist eylem ve suç olasılığı bulunan durumlarda kullanılması serbestisinin, polise, hiç bir izne gerek duymaksızın kullanabileceği şekilde verilmesi de bu olaya karşı oluşan tepkinin sonucudur. Polise bu konuda Alman Hükümetince; ekran görüntüleme, e-postaları görüntüleme, sohbet ortamlarını izleme ve görüntüleme, bilgisayarın sabit disklerine ulaşma ve veri denetimi yapma yetkisi verilmiştir (Özdoğan, 2008).

Alman Federal Polis Ofisi, kendilerine ait takdir yetkisi ile istedikleri bilgisayara Truva Atları ve KKT'ler göndererek bilgileri kendi bilgisayarlarına aktarmaktaydılar. Denetimden yoksun olan bu uygulama, polisin pek çok veriyi hukuka aykırı olarak denetlemesine ve kopyalamasına neden olmuştur. Keyfi uygulamalarla Alman polisinin "yasal hacker"lara dönüşmesi tehlikesi doğmuş ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 27 Şubat 2008'de bu durumu, insan haklarının ihlali ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan fiil olarak kabul etmiştir. Bu karar, gizlilik kapsamına giren delillerin araştırılması usulündeki ihlali ortadan kaldırmış ve araştırma serbestisini, AİHS ile de belirlenmiş olan genel şartlara tabi kılmıştır (Özdoğan, 2008).

2007'de Alman Yüksek Federal Mahkemesi bir terör örgütünün kurulmuş olduğu şüphesinin bulunduğu bir olaya ilişkin, mahkemece verilen ve internet üzerinden (şüpheliye bir bilgisayar programı satılması ve bunun bilgisayarına kurulması yoluyla) yapılacak gizli bir arama iznini; bu kişinin huzurunda verilmemiş olması, sonrasında kişinin bu durumdan haberdar edilmemesi ve kendisine mevcut hukuki yolların sunulmamış olması gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme, şüphelinin başvurulabileceği hukuki yolları barındıran bir araştırmadan ziyade, kişisel verilere gizlice ve izinsiz ulaşılmasını hak ihlali olarak değerlendirmiştir (İlkiz, 2009b).

Almanya’da gelişen içtihatlar, bilişim ve internet gibi bu yeni tekniklerin yalnızca son çare olarak başvurulabilecek nitelikte oldukları ve özel hayatın kilit noktaları üzerinde etki doğurmadıkları sürece uygulanabilecekleri yönündedir (İlkiz, 2009b).

Almanya’da uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin, bu özgürlüğün özüne ve insan onuruna yönelik bir ihlal oluşturmadığı genellikle kabul edilmektedir. Çünkü haberleşmeye taraf olan kişiler, teknik bir araçtan yararlanmak suretiyle üçüncü kişiler tarafından bilgi elde edilmesi tehlikesini bizzat yaratmaktadırlar. Birey, aslında egemen olamadığı bir araca güvenmektedir ve dolayısıyla bunun sonuçlarına da katlanmak mecburiyetindedir (Kılıç, 2007).

4.5.2. Fransa

Fransız hukuku, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanlarında özel hayatın gizliliği ve korunmasına dair düzenlemelere sahiptir (Özsunay, 1982:170). Fakat Fransız Anayasası bu konuda özel bir hüküm içermemektedir. Buna rağmen, konu değerlendirilirken, Fransız Anayasası'nın ayrılmaz bir parçası olarak başlangıç hükümlerinde anılan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin güvenlik, mülkiyet ve özgürlük ilkelerine sahip olması itibarıyla (Araslı, 1979:84), özel hayatın gizliliği ve korunması kavramlarının da Fransa'nın anayasa kültürü ile iç içe olduğu kaydedilmektedir (Şen, 1996:41). Nitekim Fransa, AİHS'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 3 Mayıs 1951 tarihinde onaylamıştır (Er, 2007:106).

Fransa’da kişiliğin ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınması, Code Civil’in (Medeni Kanun) 1382. ve 1383. maddelerine dayanmaktadır. Bu maddelere göre, kusurlu bir fiil ile hukuka aykırı olarak başkasına zarar veren kimse, neden olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Fransız mahkemeleri bu hükümlerden özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılan tecavüzlerde de geniş olarak yararlanmıştır. Örneğin, kişinin mektuplarının açıklanması, konuşmalarının dinlenmesi gibi hallerin kusurlu davranış olduğu kabul edilmiştir (Özsunay, 1982:171-172).

Fransa'da mektuplara kıyasen bazı yazarlar, mektuplara el koyma yetkisine sahip olabilen hâkimin, telefon konuşmalarını da dinleme yetkisinin olması gerektiğini savunuyorlardı. Kolluğa ise böyle bir yetkinin verilmesi zaten düşünülemezdi. Bazı yazarlar telefon dinlemelerinin hâkimin bile yetkisi dâhilinde olmadığını savunuyorlardı. Fransa'da şimdi bu yetkinin hâkimde olduğu görülmektedir (Ayci, 2005).

Ceza hukuku alanında ise doğrudan doğruya özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını güvence altına alan 17.07.1970 tarihli "Özel Hayatın Korunması Kanunu" adını taşıyan düzenlemenin 23. maddesi, Ceza Kanunu'na beş yeni hüküm eklemiştir. Bu hükümlerle bir kişinin söz ve görüntüsünün elde edilmesi, kanunsuz şekilde elde edilen söz veya görüntünün yayınlanması, kullanılması ve bu şekilde elde edilen söz veya görüntünün montajı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır (Şen, 1996:41).

Fransız Ceza Kanunu'nun 368/I-1. maddesi, bir kişi tarafından özel bir yerde söylenmiş sözleri, onun rızası olmaksızın herhangi bir aygıtla dinlenmesini, kaydedilmesini veya nakledilmesini başkasının özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına tecavüz olarak kabul etmiştir.

Yukarıdaki fiillerden birisi vasıtasıyla elde edilmiş kayıt veya belgeyi bilerek muhafaza eden, üzerinde bulunduran veya kamunun veya üçüncü kişilerin öğrenmesine bilerek açık bırakan ya da kamuoyuna açık olsun veya olmasın kullanan kişinin fiili suç teşkil edecektir (md. 369). Kanun, sözlerin veya resmin montaj suretiyle elde edilmesinden sonra bilerek herhangi bir şekilde yayınlanmasının suç olacağını ifade etmiştir (md. 370).

Ayrıca, Fransız Ceza Kanunu 184. maddesinde konut dokunulmazlığının, 187. maddesinde ise posta ve haberleşmenin gizliliğinin ihlali fiillerini suç olarak düzenlemiştir. Bu hükümler de özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınmasına yardımcı olmaktadır.

4.5.3. İsviçre

İsviçre Hukuku, özel hayatın gizliliği ve korunmasına dair hükümlere hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında yer vermiştir. Ancak, önceleri İsviçre Federal Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda açık bir hüküm bulunmazken (Araslı, 1979:77), bu konudaki düzenleme 1 Ocak 2000 tarihli yeni İsviçre Anayasası'nın 13. maddesiyle gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği'ne dâhil olmayan İsviçre, farklı bir uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi'ne ise üyedir. AİHS'yi 21 Aralık 1972 tarihinde imzalamış ve 28 Kasım 1974 tarihinde onaylamıştır. Dolayısıyla, yeni anayasasından önce de özel hayatın gizliliğine dair bir hüküm, Avrupa'nın anayasal kültürünü yansıtan AİHS ile kabul etmiştir (Er, 2007:105).

İsviçre ceza hukuku bakımından kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, 20.12.1968 tarihli kanunla özel olarak güvence altına alınmıştır (Özsunay, 1982:174). 1968 tarihli kanunla “başka kişiler arasındaki konuşmaları dinleme ve kaydetme”, “konuşmaları izinsiz tespit etme”, “kişiye ait sırlara veya özel alanına bir görücü cihaz ile girerek ihlal etme”, “dinleme, ses alma ve görüntü tespit etme cihazlarını piyasaya sürme ve bunların reklamını yapma”, “telefonu kötüye kullanma” fiilleri suç olarak kabul edilmiştir (Şen, 1996:37). İsviçre hukukunda, hem kamu hukuku hem de özel hukuk düzenlemeleri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına gereken önem verilmiş ve yeterli güvenceleri sağlamaya çalışmıştır.

4.5.4. İngiltere

Yazılı bir anayasası olmayan Birleşik Krallık'ta, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, hem mahkeme kararları hem de kanunlarla teminat altına alınmıştır. Bu teminat, kamu hukuku alanında da özel hukuk alanında da mevcuttur (Şen, 1996:48). Düşünce özgürlüğünün anavatanı sayılan İngiltere'de bu özgürlükler, anayasal metinler yerine İngiliz halkının yaşayan hukuk töresine, yani “Common Law”a (Ortak Hukuk) dayanmaktadır. Bu özgürlük, “başkasını zarara sokmama, devleti tehlikeye sokmama ve genel ahlaka aykırı olmama” genel kurallarıyla sınırlanmaktadır (Ayci, 2005).

İngiliz hukukunda haklar, dava kalıpları ile sağlandığından, özel hayatın korunmasına ilişkin dava kalıbı bulunmadığından bu hak çoğu zaman mülkiyetin korunmasına ilişkin kalıplarla korunmaktadır. Örneğin, kişinin özel mülküne izinsiz girilip dinleme cihazı yerleştirilmesinde o kişinin özel hayatı ve gizliliğinin korunması hakkı ihlali nedeniyle değil; mülkiyet ve kullanım hakkı ihlal edildiği için dava açılabilen ve yaptırım uygulanabilmektedir.

Common law sisteminin yapısına uygun bir şekilde kişinin manevî değerleri bağlamında özel hayatın gizliliğini koruyan Birleşik Krallık, AİHS'yi Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 8 Mart 1951 tarihinde onaylamıştır. Üstelik Birleşik Krallık hukuku ikici görüşü yansıttığı için Sözleşme'nin iç hukuka aktarılması için bir yasama tasarrufu gerektiğinden (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:19), 1998 yılında çıkarılan İnsan Hakları Kanunu kapsamında AİHS kanunlaştırılmıştır.

İngiltere, 1994 yılında 18 yaşında öldürülen Louise Smith'in katilini bulmak için insanlardan DNA örnekleri olarak toplu bir veri tabanı oluşturmuş ve polis, sanıklardan DNA örnekleri almak ve bu örnekleri ilgili kişi tahliye olsa dahi saklamakla yetkili kılınmıştır. İngiltere, henüz herhangi bir suçtan mahkum olmayan bir milyondan fazla kişi de dâhil olmak üzere nüfusun %7'sini, yani 4.3 milyondan fazla insanın profillerini taşıyan dünyanın en büyük DNA veri tabanını oluşturmuştur. Bu tür verilerin, kişinin asli olarak suçlandığı suçun niteliği ve önemi veya şüpheli sanığın yaşı, dikkate alınmadan saklanması, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı olan kişileri de damgalamaktadır (Keser, 2008).

AİHM, İngiltere'deki DNA profillerini içeren veritabanının özel yaşamın gizliliği hakkını, AİHS md. 8'i ihlal ettiğine ve bireylerin özel yaşamlarına saygının sağlanması için değiştirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Büyük Daire verdiği kararda bu durumu; "Bireylere ait verilerin geniş kapsamlı ve ayırt edilmemiş bir şekilde muhafaza edilmesi, birbiriyle yarışan kamusal ve bireysel menfaatler arasında adil bir denge bulunması çabalarına darbe indirmiş olacaktır." şeklinde değerlendirmiştir (Keser, 2008).

4.5.5. Amerika Birleşik Devletleri

ABD Anayasası, vatandaşlarına en geniş alanda, bireysel olarak kullanılabilirleri; ifade özgürlüğü, hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın kimsenin suçlu sayılamayacağı, din özgürlüğü, oy kullanma ve özel hayatın gizliliği gibi bireysel haklar (individual rights) tanımıştır. Bu haklar hiçbir kanun, yönetmelik ya da mahkeme kararı tarafından bozulamaz ya da alınmaz (Can, 2002).

Birleşik Devletlerin kuruluşundan bu yana Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini doğrudan koruduğu kaydedilmektedir. Haklar Bildirgesi ve Anayasa'nın ilk on eki, özel hayatın gizlilik alanlarını koruyan hükümler barındırmaktadır. Ancak, federal mahkemeler, özel hayatın gizlilik alanlarından bahsetseler de Avrupa hukukunda olduğu gibi bu kavramın sınırlarını çizmemişlerdir. Yine de anayasal anlamda özel hayatın gizliliğinin temel kavramlarına, ABD Anayasası'nın 14. ekinde rastlarız. Buna göre eyaletler, kişileri hayatlarından, özgürlüklerinden veya mülkiyetlerinden hukuka aykırı olarak mahrum bırakamazlar. ABD Yüksek Mahkemesi, yüzyılı aşkın bir süredir bu hükmü kamu gücü ile kişiler arasında bir sınır ölçütü olarak kullanmakta ve 1960'lardan bu yana içtihatlarında özel hayatın gizliliği kavramına yer vermektedir (Er, 2007:110).

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına sağlanan hukukî güvencelerin en önemlisi, ABD Anayasası'nın kişinin konut, eşya ve kâğıtlarının dokunulmazlığını düzenleyen 4. eki teşkil etmektedir (Şen, 1996:52).

Özel hayatın gizliliği hakkının iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, bireyler bu hakla, yönetimin sebepsiz arama ve alıkoyma faaliyetlerine karşı korunurlar. Bu husus ABD Anayasası'nın 4. düzenlemesi tarafından teminat altına alınmıştır. Örneğin, O. J. Simpson davasında, (Simpson'un eşini öldürdüğü iddia edilmekteydi) polis kanunsuz araştırma yapmasına istinaden, mahkeme Simpson'un tahliyesine karar vermiştir (Can, 2002). Çünkü kanunsuz araştırma neticesinde elde edilen delillere istinaden hâkim karar veremez.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, federe ve federal seviyedeki kanunlarla da teminat altına alınmıştır. Bu kanunlarda, haberleşmenin gizliliğinden tecavüze uğrayan kişinin kimliğinin açıklanmamasına kadar pek çok konu düzenlenmekle beraber, bilhassa özel hayatın gizliliği ve korunması niteliğinin öne çıktığı Virginia ve Oklahoma kanunları önemli örneklerdir (Araslı, 1979:92-93).

İletişim araçları ile özel hayata müdahaleye ilişkin olarak, mahkemeler verdikleri kararlarda özel hayatın gizliliğine önem vermektedirler. Örneğin, mahkemeye konu olan bir olayda; komşusunun hal ve hareketlerinden şüphelenen birisi, kendi elde ettiği dinleme araçlarıyla komşusunun telefonlarını dinleyip kaydetmiş ve bir suç organizasyonu içerisinde olduğunu anlayınca da elde ettiği kayıtları polise bildirmiştir. Polis de mahkemedен bir arama izni alarak, ihbar edilen kişinin evinde arama yapmış ve çok sayıda suç delili bularak, kişiyi gözaltına almıştır. İlk derece mahkemesi kişiyi suçlu bulmasına rağmen itiraz üzerine, üst derece mahkemesi, kişiyi suçlayıcı delillerin özel hayatın gizliliğine müdahale edilerek ve kanunlara aykırı olarak elde edildiğine karar vermiştir. Ayrıca kanunun ihlal edilmesi neticesinde elde edilen delillerin ceza davasında savunmaya karşı kullanılamayacağını da belirtmiştir (Can, 2002).

Mahkemelerin özellikle güvenlik güçlerinin suç ve suçlu takibinde, delillere ulaşma açısından hukukilik araması, kişilerin özel hayat alanının genişlemesinde önemli bir katkı sağlamıştır. Güvenlik güçlerinin, kişilerin özel hayatlarına girerek elde edeceği delillerin meşru olması için mahkeme izninin gerekli olması ve bu izin alanı içerisinde kalma zorunluluğu, önemli bir gelişim ve değişimdir (Can, 2002).

Ancak uygulamada, günümüz Amerika'sında pek çok resmi, yarı resmi, özel kuruluş ve kişilerin çoğu kez salt bir kuşku ya da ihbar veya bazen de delil toplamak amacıyla gizli dinleme yoluna başvurdıklarını günümüz yazarlarından Lawrence Sanders, "Mafyanın Sesi" adlı eserinde anlatmaktadır. Buna göre: Amerikan toplumu, insanları, evleri, işyerleri, barları hatta genel telefon kulübeleri ve parklarıyla sürekli dinlenmekte olan bir toplumdur (Ayci, 2005).

Özel hayatın gizliliğine dair tartışmalar, özellikle 11 Eylül 2001 terör saldırılarının ardından ABD'nin gündemine oturmuştur. Her ne kadar ABD Yüksek

Mahkemesi'nin önceki kararları, özel hayatın gizliliğini, *"temel bir hak"*, *"özgürlük mefhumunda mündemiç"* ya da *"bu milletin tarihinde ve geleneklerinde köklenmiş"* ifadeleriyle tanımlasa da 2001 tarihli ABD Vatanseverlik Kanunu, 2002 tarihli Geliştirilmiş Sınır Güvenliği ve Vize Girişleri Reformu Kanunu ve 2002 tarihli Anavatanın Güvenliği Kanunu başta olmak üzere çeşitli kanunlarla milli güvenliği esas alan düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, milli güvenlik ve terörle mücadele amacıyla çıkarılan bu kanunlar, bir ölçülülük veya denge tartışmasını da beraberinde getirmiş, bilhassa özel hayatın gizliliği hakkının ihlâl edilip edilmediği meselesi gündemi oluşturmaya başlamıştır (Er, 2007:110-111).

5. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İnsan onur ve saygılığının doğal bir sonucu olan insan hak ve özgürlükleri, insanlığın yüzyıllar süren çabaları sonucunda ürünlerini vermiştir. İnsanın sırf insan olması nedeniyle kendiliğinden sahip olduğu hak ve özgürlükler, çağımızda tüm insanlığın sorumluluğunda evrensel bir nitelik kazanmıştır (Kocaoğlu, 1990:14; Akıllıoğlu, 1995:39).

Özel hayat hakkı ve özel hayatın korunması kavramına ilişkin uluslararası alanda birçok düzenlemeler yapılmıştır. Özel hayat hakkının uluslararası sözleşmelerde yer alması nedeniyle "uluslararası temel haklar" içinde yer aldığı kabul edilmektedir.

Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı evrensel ya da bölgesel haklar bildirgeleriyle de tanınmıştır. İnsan hakları kavramının doğuşunun zirvesinde 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gösterilebilir. Bu bildirgenin 12. maddesinde özel hayata, aile hayatına, konutuna ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. Yine 1948 tarihli Amerikan Kişi Hak ve Ödevleri Bildirisi'nin 5. maddesinde şerefın, bireysel şöhretin, özel ve aile yaşamının korunması hakkı, 9. maddesinde konut dokunulmazlığı hakkı ile 10. maddesinde haberleşmenin dokunulmazlığı ve nakledilmesi hakkı düzenlenmiştir (Bozkurt, 2003:89-91).

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) md. 8; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md. 7; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı İnsan Boyutu Konferansı Moskova Toplantısı Belgesi md. 24, özel hayat hakkının düzenlendiği önde gelen uluslararası belgelerdir (Çetinkaya, 2007:19). 1969 tarihli Amerika İnsan hakları Sözleşmesi'nin 11/2. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır. 1981 tarihli İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 18. maddesi, 1994 tarihli Arap İnsan Hakları Şartı'nın 17. maddesi (Çağırın, 2006:289) ile son olarak Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi aynı hakkı düzenleyen başka belgelerdir. Ancak bu belgelerin hiç birisi bu alanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağlamaya çalıştığı koruma sistemine yaklaşamamıştır (Hanımeli, 2003:2).

5.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı imzalayan devletler Antlaşma'da öngörülen amaçların gerçekleştirilmesi, insanlığa ve insan haklarına yapıla gelen saldırıların önlenmesi amacı ile tüm halk ve ulusların benimseyeceği kuralların saptanması için, yeni bir çaba içine girmişlerdir. Bunun sonucu olarak da 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul edilmiştir (Kocaoğlu, 1998:269). Bu bildiri Türkiye açısından 6 Nisan 1949 tarihinde 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla benimsenip 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (Universal Declaration of Human Rights), bir antlaşma değildir. Bu nedenle hukuksal bağlayıcılığı da yoktur. Ancak insan hak ve özgürlüklerine saygı ve inancı dile getiren evrensel bir belge olması bakımından insanlık tarihinin, yeni bir çığır açan “en önemli belge”si sayılmış ve tüm dünya kamuoyu tarafından hararetle benimsenmiştir (Kocaoğlu, 1998:269; Akıllıoğlu, 1995:4).

Bildirge'deki maddelerden, özel hayatın korunmasında dayanak teşkil eden ve bu yönüyle de insan hakları belgelerindeki en önemli gelişmeyi teşkil eden madde kuşkusuz Bildirge'nin 12. maddesidir. Maddede, “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine*

konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır...” ifadeleriyle özel hayatın korunmasının yasalarla güvence altına alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır (Durmuş, 2006:19).

Bildirinin son iki maddesi (md. 29–30), Bildiri’deki hak ve özgürlüklerin, başkalarının hak ve özgürlüklerini ve kamu düzenini korumak amacıyla yasa ile sınırlanabileceğini vurgulamıştır. Bildiride açıklanan hak ve özgürlükler, BM’nin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz. Özetle Bildiri, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü”nü devlet dahil hiç kimseye vermemiştir.

Evrensel Bildiri, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk bakımından bir çağ başlatmıştır. Özellikle, 1948’den sonra yapılan tüm anayasalarda, Bildiri’deki ilkelerin çoğu anayasa kuralı haline getirilmiştir. Günümüzde Bildiri’nin bütün devletler ve uluslararası kamuoyu tarafından insan haklarının “manevi anayasası” olarak kabul edildiği söylenebilir (Çağırın, 2006:85).

Türk hukuku açısından, hem 1961 Anayasası ve hem de 1982 Anayasası, Bildiri’nin 12. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına açık bir şekilde yer vermiştir. 1982 Anayasası’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünün başında yer alan Genel Gerekçenin 1. paragrafına göre: “*İnsan hakları ve temel hürriyetlerin düzenlendiği bu bölüm hükümlerinde, insan hakları doktrinin günümüzdeki gelişmesi ve durumu, geçirmiş bulunduğumuz kötü deneyimlerden çıkarılan sonuçları; insan hakları konusunda Türkiye’nin imzalayıp onaylamış bulunduğu ve bu sıfatta milli hukukumuzda dâhil sayılan uluslararası antlaşma ve sözleşmeler özellikle 1948 sayılı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi göz önünde tutulmuştur.*” Bu düzenleme de anılan Bildiri’nin Türk hukuku açısından önemli bir yer işgal ettiğini bize göstermektedir (Şen, 1996:61).

5.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi

Bu sözleşme, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Özel hayatın ve aile hayatının korunması esas itibariyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin başlığını oluşturmaktadır. Bu maddede, "Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." denilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında da bu hakların hangi durumlarda sınırlanacağı belirtilmiştir.

Düzenlemeye bakıldığında özel hayatın bir parçası olan haberleşme gizliliğinin de aynı maddede düzenlendiğini görmekteyiz. Komisyon ve Mahkeme kararlarında, bu hükmün genellikle Sözleşme'nin 12. maddesi ile birlikte değerlendirildiği görülmektedir (Ünal 2001:212).

Ayrıca Komisyon'un görüşüne göre, 1 Numaralı Protokolün 2. maddesi de açık bir şekilde özel hayat ve aile hayatını ilgilendiren konuları düzenlemektedir. Örneğin, Ek Protokolün 2. maddesi çerçevesinde çocukların eğitimi açısından bir önlem alınması veya ailelerden keyfi bir şekilde alınarak bir okula veya kuruma yerleştirilmeleri halinde, bunun aile hayatını da etkileyeceği tabiidir. Aynı şekilde, eşlerin eşitliğini, birbirleriyle ve çocukları ile olan ilişkilerini düzenleyen 7 No'lu Protokolün 5. maddesi de Sözleşme'nin 8. maddesi ile yakından ilgilidir.

Şunu belirtelim ki, AİHS önsözünden başlayarak İnsan Hakları Beyannamesi'ne bağlılığını belirtmiş ve bu Beyanname'den etkilenmiştir. Onun için özel hayatın korunmasını İHEB'e paralel bir şekilde düzenlemiştir. Ancak AİHS'nin asıl önemi, düzenlediği haklar konusunda yargısal bir denetim mekanizması kurması, ilk defa kişileri bireysel başvuru hakkı ile uluslararası hukukun süjesi haline getirmesi ve bu haklara müdahale durumlarını yaptırma bağlamasıdır. Sözleşme devletlere hem ilgili düzenlemeleri yapma şeklinde pozitif, hem de haklara müdahale etmeme şeklinde negatif yükümlülükler getirmiştir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:10-11). AİHS'de özel hayatın gizliliği hakkına daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir.

5.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından itirazsız olarak benimsenen ve imzaya açılan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeyi de kapsamına alarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Şen, 1996:74). Türkiye Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine uzun süre, çeşitli nedenlerle imza atmamıştır. Bilhassa AB'ye üyelik şartları arasında uyum yasalarında öncelikle, 15 Ağustos 2000 tarihinde Sözleşme New York'ta imzalamıştır. 17.06.2003 tarihli, 4868 sayılı, "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" çıkarılarak Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline getirilmiştir (Bozkurt, 2003:67).

Sözleşme'nin 17. maddesi, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkindir. Madde, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına kesinlikle müdahale edilemeyeceğini düzenlemiş ve aile hayatını, konut ve muhaberatını güvence altına almıştır. Türkiye, Sözleşme'yi imzalamasına rağmen, henüz taraf olma işlemlerini tamamlamamıştır (Avcı, 2006: 53). MSHS, madde 17'ye göre bireyin haysiyet ve itibarı, özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesi hukukun koruması altındadır. Bireyin mahremini oluşturan bu hakların kullanılmasına keyfi olarak müdahale etmek yasaklanmaktadır.

İnsan Hakları Komitesi, 31 Ekim 1994 tarihli kararında yaptığı tanıma göre; özel hayat kavramı, "Bireyin gerek diğer bireylerle ilişkilerinde gerekse yalnız olarak kimliğini serbestçe açıklayabildiği hayat alanıdır." demiştir (**Coeriel ve Aurik-Hollanda davası, 09.07.1993, No. 453/1991, A/50/40, s. 21**) (Çağırın, 2006:126).

Özel hayatın içerisinde değerlendirilen aile hayatı, İnsan Hakları Komitesine göre, farklı cinsiyetteki bireylerin kurduğu bir birlikteliktir. Bu konuda bir kararında, 23. maddenin 2. paragrafında yer alan aile kavramını, "evlenmek isteyen bir kadınla erkek arasındaki birlik" olarak tanımlamıştır (**Joslin-New Zealand, 12.07.2002, Başvuru No. 902/1999, A/57/40, prg. 8**). Dolayısıyla, son dönemlerde özellikle bazı Avrupa ülkelerinde kabul edilen aynı cinsiyetteki bireylerin evliliği Sözleşme'nin aile anlayışının dışında kalmaktadır (Çağırın, 2006:127).

MŞHS md. 17’de bireyin aile hayatını başkalarının müdahalelerine karşı korurken, md. 23’de ise toplumsal bir birim olarak aileyi korunmaktadır. Ailenin korunması ifadesi Sözleşme tarafından açıklığa kavuşturulmamakla birlikte, aile hayatının korunması olarak düşünülebilir. Sözleşme her erkek ve kadının serbest iradeleriyle aile kurma hakkının bulunduğunu, eşlerin evlilik süresince ve boşanmaları halinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmektedir (MŞHS md. 23).

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde düzenlenen haklar büyük ölçüde AİHS’de olanlara benzemektedirler. Ancak MŞHS’de yer alan haklar sayıca daha çoktur ve bazı haklar da kapsam olarak daha geniştir. Sözleşme’de öngörülen bu haklar siyasi-ahlaki açıdan son derece önemlidir (Öztürk, 2008:150). Bu önem, md. 40’da, taraf devletlerin Sözleşme’de düzenlenen hakları gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri konusunda periyodik olarak hesap vereceklerinin açıklanmasıyla vurgulanmıştır. Bu denetim, 1976’da Sözleşme’nin 28 vd. maddelerine göre kurulan İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılmaktadır. Sözleşme’de devletler tarafından yapılabilen şikâyet (md. 41) yanında bireysel başvuru hakkı da tanınmıştır.

5.4. Özel Hayata Saygı Konulu Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi

22–23 Mayıs 1967 yılında Stockholm’de toplanan Kuzey Ülkeleri Hukukçular Kongresi’nde, “Özel Yaşama Saygı Hakkı” çerçevesinde özel hayat, kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın, kendi hayatını dilediği gibi sürdürmesi hususunda serbest olması hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu haktan anlaşılması gereken hususlar şöyle sıralanmaktadır (Ayci, 2005):

- a. Özel ve aile hayatına, meskenine müdahalelere
- b. Beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine
- c. Şeref ve itibarına karşı her türlü taarruzlara
- d. Söz ve eylemlerinin zararlı yorumlarına
- e. Özel hayatını sıkıcı, gereksiz olaylara ilişkin haberler yayılmasına
- f. İsminden, kimliğinden, resminden faydalanılmasına

- g. Her türlü tecessüs, gözetleme, baskı altında tutma hareketlerine
- h. Haberleşmesine el konulmasına
- i. Yazılı veya sözlü özel muhaberelelerinden kötü niyetle faydalanılmasına
- j. Meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin yayılmasına karşı kişinin korunması demektir

Sınırlamalar konusunda ise AIHS'ye atıf yapılarak buradaki sınırlama şartlarının sağlanması gerektiği vurgulanmıştır (Durmuş, 2006:20). Kongre'de, devletlerin ilgili temel hak ve hürriyetlere getirecekleri somut kısıtlamaların, "hukuka uygun olarak" ve "demokratik bir toplumda gereklilik" şeklinde kabul edilen iki kriterle sınırlı olması ve bu sınırlamaların dar olarak yorumlanması gerektiği, ayrıca bu müdahalelerin sadece devlet tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir (Şen, 1996: 77).

Kongre'de, "Koruma" başlığı ile özel hayata yönelik tecavüzlere karşı, hukuk davalarından ve ceza hukuku müeyyidelerinden yararlanılabileceğini belirtilmiş ve bunların kuvvetlendirilmesi veya değiştirilmesi gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Kongre, konut ve eklentilerinin dokunulmazlığının ve özel hayatın mutlaka korunması zorunluluğunu ifade etmiştir. Kişileri izlemek; seslerini izinsiz olarak dinleyip, kaydetmek; görüntülerini çekmek, kaydetmek; telefonlarını dinlemek veya şahsiyet haklarını rencide edecek fiillerde bulunmak şeklinde ortaya çıkabilecek tecavüzleri önlemek, durdurmak ve cezalandırmak; kişilerin uğradığı zararları tazmin etmek için gerekli hukuki düzenlemeleri getirmeyi, hukuka saygılı devletler için bir mecburiyet olarak kabul etmiştir. Aksi takdirde, hukuki düzenlemeleri insan hak ve hürriyetlerini korumaya yeterli olmayan veya bu düzenlemeleri günlük hayata geçiremeyen devletlerin hukuka saygılı bir devlet olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir (Danışman, 1991:11).

Kongrede ayrıca, kamu otoritelerinin haksız müdahalesine karşı özel hayatın korunmasında yardımcı bulunabilecek bir kurum olarak "Ombudsman" kurumuna da yer verilmiştir (Kukul, 2006:34).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Türk hukuk sisteminde özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı üçüncü bölümde, konuyla alakalı düzenlemeler Anayasalardaki şekliyle ele alınıp; 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları incelenmektedir. Uygulama açısından çok önemli yere haiz olan kanunlardan bahsedildikten sonra, özellikle bu konuyla alakalı yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır. Yönetmelikte yer alan düzenlemeler de gösterilip, konuyu örneklendirme açısından, verilmiş yüksek yargı kararları değerlendirilmektedir.

6. ANAYASALARIMIZDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Ülkemizde özel hayat ilk önce Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer almıştır. Aynı kavrama daha sonra 1931 yılında yürürlüğe giren Matbuat Kanunu yer vermiştir. Özel hayatın gizliliği başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanun ve yönetmeliklerde koruma altına alınmak suretiyle, söz konusu gizliliğin ihlâl edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Anayasalarımızda ise özel hayata ilişkin düzenlemeler ilk defa 1961, sonra da 1982 Anayasası'nda düzenlenmiştir (Danışman, 1991:92).

6.1. Eski Türk Anayasalarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

1876 tarihli Kanun-i Esasî'den önceki Türk Anayasa metinleri olan Sened-i İttifak, Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı'nda, doğrudan özel hayatın gizliliği hakkını ilgilendiren bir hüküm bulunmamaktadır. 1876 tarihli Kanun-i Esasi Türk toplumunun ilk yazılı anayasasıdır. Bu Anayasa'da insan hak ve özgürlükleri de klasik esaslara uygun olarak ilk defa liste halinde yer almıştır. 1876 tarihli "Kanun-i Esasi"de vatandaşlara tanınan genel haklar; yasalar önünde eşitlik, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, basın özgürlüğü, ticaret serbestliği, dilekçe hakkı, eğitim özgürlüğü, kamu hizmetlerine girebilme imkânı, mal güvenliği, angarya ve işkence yasağı, vergilerin kanunla alınabilmesi gibi 112 temel hak ve özgürlükler şeklinde özetlenebilir (Günaydın, 2007:94). Güvencesiz ve yaptırımsız

olması nedeni ile bu anayasa ve korumaya çalıştığı hak ve özgürlükler uzun ömürlü olamamıştır. 1876 Anayasası'nın 22. maddesi ise özel hayatın gizliliği hakkında doğrudan ilgili olan konut dokunulmazlığını düzenlemektedir (Er, 2007:114).

Madde 22 - Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tâyin eylediği ahvalden maada bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez (Kili, Gözübüyük, 1985:33).

6.2. 1924 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Temel hak ve özgürlüklerin kökeni ve sınırları konusunda, 18. yy. düşünürlerinin geliştirdiği tabî hak doktrinini benimsemiş olan 1924 Anayasası'nda ise özel hayatın gizliliği hakkında doğrudan bağlantılı hükümler anayasal temelde yer almaya başlamıştır (Gözler, 2001:182).

1924 Anayasası'nın “ Türklerin Hukuku Ammesi” başlığını taşıyan “Beşinci Fasil”da 71. maddesi, can, mal, ırz ve mesken dokunulmazlığını teminat altına almaktadır. 76. madde, kanunda düzenlenen yöntemler haricinde kimsenin konutuna girilemeyeceğine ve üstünün aranamayacağına hükmeder. Diğer taraftan, 81. maddeyle de haberleşmenin gizliliği garanti edilmiş; postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetlerin, mahkeme kararı olmadıkça açılmayacağı, telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyetinin ihlal edilemeyeceği hükme bağlanmıştır (Kili, Gözübüyük, 1985:125-126). Ancak buna rağmen, 1924 Anayasası da hürriyetleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemeyerek, hükümlerinde genellikle kanuna atıf yapmıştır (Özbudun, 2002:33).

Bu Anayasa'da temel hak ve hürriyetlere 20 maddelik bir yer verilmiştir. Birçok temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da sadece ismi vardır. Temel hak ve hürriyetlerin hangi hallerde ve hangi ölçütlere uyularak sınırlandırılacağı hususu Anayasa'da düzenlenmemiştir. Teorik olarak temel hak ve hürriyetler, kanunla olmak şartıyla sınırlandırılabilir. Ancak bu kanunların uyması gereken anayasal ilkeler ve ölçütler getirilmemiştir. Bu nedenle, yasama organının temel hak ve hürriyetleri keyfi bir biçimde sınırlandırmasının yolu açıktı (Günaydın, 2007:96).

6.3. 1961 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

1961 tarihli Anayasa özel hayatın gizliliği hakkını, Türkiye’de ilk defa öngören Anayasa olduğu gibi dünyada da bu hakka yer veren ilk anayasalardan biri olmuştur. 1961 Anayasası’nın içinde temel hak ve özgürlüklerin son derece geniş bir şekilde yer alması (Özbudun, 2002:43; Gözler, 2001:187), anayasalarda hak ve hürriyetlerin sadece ana hatlarıyla ve ana prensipleriyle yer almasının anayasa tekniği bakımından daha uygun olduğundan eleştirilere uğramış olsa da bu, 1961 Anayasası’nın bir “tepki Anayasası” olmasına bağlanmaktadır (Durmuş, 2006:12).

Gerçekten bu Anayasa’nın “*Kişinin hak ve Ödevleri*” başlıklı 2. bölümünde yer alan 14. madde kişinin kişiliğini maddi ve manevi bakımdan geliştirme hakkına sahip olduğunu, 15. madde özel hayatın gizliliğinin dokunulmaz olduğunu, 16. madde konutun dokunulmaz olduğunu, 17. madde haberleşmenin (aslında muhabere) gizli olduğunu belirtmekteydi.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutunun aranamayacağı ifade edilmiştir. Haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu, kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamayacağı da belirtilmiştir (Kili, Gözübüyük, 1985:175).

Anayasa Mahkemesi’ne göre, özel hayatın gizliliği “kişi hürriyetinin bir devamıdır” (02.04.1965 tarihli karar, 138/71). Özel hayatın gizliliği mevzuunda üzerinde çok durulan bir hal de “mesken masuniyeti”, yeni tâbirle “konut dokunulmazlığı”dır. 16. maddeye göre, bir evde arama yapılabilmesi için, ya “usulüne göre verilmiş hâkim kararı” olacak ya da “yetkili kılınan merciin emri” bulunacak. Yetkili kılınan merciler idarî âmirlerdir. Ancak idarî âmirler, yani Vali, Kaymakam, Emniyet Müdürü ile Savcı v.s. de ancak “millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde” böyle bir emir verebilirler. Aksi halde Anayasa’yı ihlâl etmiş olurlar (Armağan, 1980:20). Burada korunan hakkın, mülkiyet hakkı ile ilgisi yoktur. Mâlik olsun veya olmasın, bir yerde oturan

kimsenin, oradaki huzuru ve emniyeti müdahalelere karşı korunmaktadır. Oturulan yer (konut) o kimsenin bir “maddî küçük dünyası”dır.

O dönemde, memleketimizde MİT mensuplarının, bazı kimselerin haberleşmelerini tespit edip değerlendirdikleri ve ona göre tedbir aldıkları ileri sürülmüştür. MİT mensuplarına göre, kendi kuruluş kanunu ve görevlerinin mahiyetine giren bu tarz hareket mümkündür, hatta şarttır. Ancak, Anayasa Mahkemesi bir kararında, MİT tarafından bu yol ile toplanan belgelerin, kaza mercileri tarafından delil olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (15.01.1972 tarihli karar, 41/67). Bu dönemde bilhassa telefon konuşmalarının banda alınmak suretiyle, mahkemelere tevdi etmek ve onlara dayanarak hüküm vermenin mümkün olmadığı, hukukçular arasında ileri sürülmüştür (Armağan, 1980:22).

1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere geniş bir şekilde yer verse de (Gözler, 2001:187), ilerleyen süreçte ciddi anlamda kötüye kullanılmaya başlandığı ve kamu düzenini bozucu toplumsal eylemlere ortam hazırladığı ileri sürülmüştür. Bozulan kamu düzeninin ana sebebi olarak görülen 1961 Anayasası, bu sebeplerle 1971’de bir kısım değişikliklere tabi tutulmuştur. Anayasa’da, 1971 yılında yapılan değişiklikle özel hayatın gizliliğine getirilen sınırlama artırılmıştır (Avcı, 2006:17). Değişiklik uyarınca, kamu düzeni kavramının yanı sıra millî güvenlik mefhumu da hükme eklenmiş, ayrıca gecikmesinde sakınca olan hallerde hâkim kararı olmaksızın, kanunen yetkilendirilmiş merci vasıtasıyla özgürlüğün sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir (Üzeltürk, 2004:14-17). Sınırlama sebeplerine millî güvenlik kavramının da eklenmiş olması, AİHS'nin 8. maddesine paralel bir gelişmedir.

Ancak 1961 Anayasası’nın en çok tartışılan hükümlerinden biri, temel hak ve hürriyetlerin ne şekilde sınırlandırılabilmesini öngören 11. maddedir. Tartışmaların odağı da, 1961 Anayasası’nın md. 11’in genel bir sınırlama hükmü olup olmadığı veya bu Anayasa’nın kademeli bir sınırlama rejimi içerip içermediği meselesidir. Nitekim, Anayasa’nın 11. maddesinin 1971 yılında değiştirilmesinin ardından, hükmün genel bir sınırlama getirdiğine yönelik fikirler artmakla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin de bu konuda istikrarlı bir içtihadı sahip olduğu söylenememektedir (Üzeltürk, 2004:15-16). Yine de Yüksek Mahkeme’nin genellikle *bir genel sınırlama sebebinin varlığı yönünde* karar verdiği kaydedilmektedir (Özbudun, 2002:99).

6.4. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

1982 Anayasası'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" kenar başlıklı İkinci Kısmının, kişinin hakları ve ödevlerine ilişkin İkinci Bölümünde yer alan 20. madde, 21. madde ve 22. madde, sırasıyla "*Özel hayatın gizliliği*", "*Konut dokunulamazlığı*" ve "*Haberleşme hürriyeti*" başlıklarına sahiptir. Bu üç maddenin genel başlığı ise "*Özel hayatın gizliliği ve korunması*"dır.

Anayasa'nın 20. maddesine göre; "*Herkes özel hayatına, aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" 21. maddede konut dokunulmazlığına yer verilerek, "*Kimsenin konutuna dokunulamaz.*" hükmü yer almıştır. Haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddede ise "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*" denilmiştir. 20/2. maddede kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının dokunulmazlığı da belirtilmiştir.

Düzenlemenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır: Bu madde ile kişinin özel yaşamı korunmaktadır. Kişinin özel yaşamı, bireysel özel yaşam ve ayrı bir kavram oluşturan aile yaşamından oluştuğu için her ikisi birlikte ele alınmıştır. Bu anlamda özel yaşamın korunması her şeyden önce bu yaşamın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Bu nedenle örneğin, basın özgürlüğü sınırlanabilecek yani, kişinin yaşamı gazete sayfalarında ve televizyon ekranlarında hikâye edilmeyecektir. Söz konusu gizliliğin korunması, kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmaması ile sağlanacaktır (Duman, 1997:163).

"Özel yaşam" denilen alanda dilediği gibi yaşama, yaşama biçim ve türünü belirleme, dilediği gibi davranma, kişisel eylemlerini, davranışlarını ve ilişkilerini tercih etme bireyin hakkıdır. Nedensiz ve açık rıza olmaksızın gerçek adını, adresini, yaşını, ailevi durumunu, boş zamanlardan yararlanma biçimini, malvarlığını, günlük alışkanlıklarını açıklamama hakkı, konut ve aile mahremiyeti ile sağlığa, birlikte ve duygusal yaşama ilişkin durum ve bilgiler de "gizlilik ilkesinin" kapsamındadır (Duman, 1997:163).

Özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, bir kişinin bedeninin tamamlığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında, o kişinin maddi ve manevi alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ve aile hayatının dokunulmazlığını da anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır ve gizliliğine dokunmamak gerekir. Ancak özüne dokunmamak koşuluyla kamu yararı ve kamu düzeni gereği yasa ile sınırlanabilir (Anayasa Mahkemesi Kararı. 11.10.1965, 18/53).

1982 Anayasası'nın 21. maddesine göre, konutuna izinsiz girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyalara elkonulamayacağı esaslarını kapsamına almaktadır. Yargıtay HGK'a bir kararında, konut dokunulmazlığını ihlal ederek başkasının yatak odasına giren bir kişinin filini, Anayasa güvencesi altındaki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz olarak kabul etmiş ve tecavüz eden kişiyi, davacının uğradığı manevi zararlardan sorumlu tutmuştur. Bu karara göre; kişinin konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı içerisinde yer alan ve kişilik haklarını tamamlayan esaslardandır (Yarg. HGK, 17.06.1987, E. 86/4-961, K. 87/523).

1982 Anayasası'nın 22. maddesi ise haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı ilkesini düzenlemiştir. Bu hükme göre; herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır, kimsenin haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine de dokunulamaz. Bununla birlikte kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili kılınmış makamın emriyle (böyle bir düzenleme 1961 Anayasası'nda bulunmamaktaydı) bu gizlilik bozulabilecektir. Ayrıca istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla gösterilmesi gerektiği md. 22/f.3'de hükme bağlanmış ve böylelikle haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüş olmaktadır.

1982 Anayasası'nın özel hayat hakkı ile ilgili 20., 21. ve 22. maddelerinde bu hakka yönelik getirilebilecek hukuka uygun sınırlandırmaların hiçbirisinde kitle iletişim aracı mensuplarına, başkalarının özel hayat alanlarına müdahale edebilme imkanı tanınmamıştır. Bu önemlidir, çünkü basın hürriyetine sahip olduklarını ve bu

hürriyeti kullanmak suretiyle kamuoyunu bilgilendirmek zorunda olduklarını iddia edenler, bu iddialarını haklı bir gerekçeymiş gibi kullanmaktalar ve aslında hiçbir hak ve yetkileri olmadıkları halde başkalarının özel hayat alanlarına ve faaliyetlerine tecavüz etmektedirler (Şen, 1996:101).

2001 yılında 4709 Sayılı Kanun ile Anayasa’da değişiklik yapılmış ve bu değişiklik, “1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasa’da bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir.” gerekçesiyle hazırlanmış ve kanunlaştırılmıştır (www.barobirlik.org.tr).

Anayasa’da yapılan bu değişiklikte, 13. maddedeki, temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmış, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın “yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir (Özbudun, 2002:102; Üzeltürk, 2004:70)

Yapılan değişiklikte; Anayasa’nın 20’nci maddesinin birinci fıkrasının “Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.” şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. 20. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikte de 13. maddedeki değişikliğin sonucu olarak özel hayatın gizliliğine ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede tahdidi olarak gösterilmiştir. Buna göre, özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranması ve bunlara el konulması “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı” ile olabilecektir (Özdemir, 2005:3). Görüldüğü üzere yapılan bu değişiklikte AİHS’de sayılan

sınırlama sebepleri aynen alınmış ve normlar Sözleşme'ye uygun hale getirilmeye çalışılmıştır.

1982 Anayasası'nın ilk şekliyle 2001 değişikliklerinden sonraki hüküm arasındaki en önemli farklardan biri, 2001 değişiklikleriyle hâkim kararının esas yöntem hâline gelmesidir. Yani, maddenin eski şeklinde hâkim kararı ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde gerekliken, maddenin yeni hükmü, sınırlamanın hâkim kararıyla gerçekleştirilmesini temel ilke olarak kabul etmektedir (Er, 2007:405). Üstelik bu ilkenin güçlü kılınması adına, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de emrin yazılı olması ve yetkili merciin bu kararının 24 saat içinde görevli hâkimce onaylanması, hâkimin kararını 48 saat içinde açıklaması, aksi hâlde el koymanın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir (md. 20-22). Hükmün Ekim 2001 öncesindeki şeklinde ise gecikmesinde sakınca olan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin emri yeterli olmaktadır.

Anayasa, kişinin özel hayatına hâkim kararıyla müdahale konusunda somut bir gerekçe aramaktadır. Bu halde bile somut bir gerekçe arayan Anayasa'nın, kişinin özel hayatına müdahale konusunda daha istisnai ve sınırlı bir yetkiye sahip olan Cumhuriyet savcısı ve onun emrindeki polis makamların özel hayata müdahalesiyle ilgili olarak somut bir gerekçe araması doğaldır ve bir zorunluluktur (Şen, 1996:101). Anayasa'nın 21 ve 22'nci maddelerinde de 20'nci maddeye paralel şekilde değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" başlıklı 17. maddesi ve "*Kişi güvenliği*" başlıklı 19. maddesi özel hayatın gizliliğiyle alakalıdır. Bu hükümlerin yanı sıra, temel hak hürriyetlere dair olağan düzenlemeleri oluşturan, 12., 13., 14. ve 15. maddeleri de tabiatıyla özel hayatın gizliliği hakkını da kapsamaktadır (Üzeltürk, 2004:63).

Özel hayatın gizliliğine dair hükümler incelendiğinde, "*herkes*" ve "*kimse*" ifadelerinin kullanıldığı görülecektir. Dolayısıyla, hem vatandaşlar hem de yabancılar olmak üzere tüm bireyler bu hakların koruması altındadır. Ancak vatandaşlara oranla yabancılara daha ileri sınırlamalar getirilebileceği ve bunun da Anayasa'nın öngördüğü gibi uluslararası hukuka uygun bir şekilde olabileceği kaydedilmektedir.

Öte yandan, tüzel kişilerin de bu hakkın öznesi olabileceği vurgulanmış ve AİHM'nin içtihadı da bu yönde olmuştur (Üzeltürk, 2004:65).

7. KANUN VE YÖNETMELİKLERDE YER ALAN DÜZENLEMELER

Normlar hiyerarşisinde Anayasa'dan sonra kanunlar gelir. Konuyla alakalı ayrıntı düzenlemeler kanunlarda yapılır ve uygulama alanı bulur. Birçok kanun 2000 yılı sonrasında tekrar düzenlenmiş ve özellikle AİHS örnek alınarak çağa uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Özel hayatın gizliliği konusu da bu gelişmelerden hissesine düşeni almış ve eskiye oranla bu hakkın korunması daha etkili yaptırımlara bağlanmıştır.

7.1. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Özel Hayatın Gizliliği

Şahsın özel hayatının ve gizliliklerinin korunması hususu, özel hukuk alanında, şahsiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu bakımdan, özel hukukta, özel yaşamın ve gizliliklerinin korunması, şahsiyetin korunması ile ilgili hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir (Akipek, Akıntürk, 2002:366).

Medeni hukuk anlamında şahsiyet hakları, kişinin ekonomik hayat alanı, şeref ve haysiyeti, isim ve resmi, özel hayat alanı üzerinde sahip olduğu hak ve yetkilerinden oluşmaktadır. Söz konusu alanlara, üçüncü kişiler ve bazen de bizzat kişinin kendisi tarafından, hukuka aykırı saldırılara karşı, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer yasalardaki düzenlemelerle yaptırımlar öngörülmüştür (Özta, 1999:117).

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda, özel hayatı doğrudan koruyan bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, MK ve BK'nin kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri (MK md. 23-25; BK md. 19/2, 49), özel hayatın kişilik hakkının özel bir görünümü olarak kabul edilmesi nedeniyle uygulama alanı bulur. MK md. 23 ve BK md. 19/2, 20/1, kişinin, kendi hukuki işlemleriyle özel yaşamını başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken; MK md. 24, 25 ve BK md. 49 hukuki

işlem haricindeki saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir (Oğuzman ve diğ., 2005:78; Tandoğan, 1963:5). Özel yaşama yönelik saldırılar, hemen her zaman, haksız fiil niteliğini taşır. Diğer bir olasılık, müdahalede bulunanın hakkını kötüye kullanarak MK md. 2'ye aykırı davranmasıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması başlığı altında düzenlenen, vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı koruma üst başlıklı 23. maddesi, *“Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez.” (MK md.23/1), “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” (MK md.23/2) “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz” (MK. md. 23/3) hükümlerini içermektedir.*

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” (MK md. 24/1). Özel yaşam, kişilik hakkının münferit görünüşlerinden biri olarak kabul gördüğünden, bu hakka karşı saldırı söz konusu olduğunda, bu hüküm hakkın sahibine koruma talep etme yetkisi vermektedir.

Özel yaşam hakkının mutlak karakteri göz önünde tutulduğunda, kural olarak, özel yaşama yönelecek her müdahalenin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır (Öztaş, 1999:146). *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” (MK md. 24/2) hükmünde belirtilen hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, genel kuralın istisnalarını oluşturur.*

Medeni Kanun md. 25, kişiliğe saldırı halinde açılacak davaları düzenlemektedir. Buna göre: Şahsiyete tecavüz hali söz konusu olduğu takdirde; tecavüzün men'i, maddi tazminat, manevi tazminat ve tecavüzden elde edilen kazançların vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edilmesi davaları açma hakkı tanınmıştır. Ayrıca doktrin, tecavüzün ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davalarını da kabul etmektedir (Akipek, Akıntürk, 2002:367).

“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir” (MK md. 25/1). “Davacı bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir” (MK md. 25/2). “Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır” (MK md. 25/3).

Yargıtay bir kararında, davacının, davalının kendisinin yokluğunda bazı arkadaşları huzurunda bir bayanla evlilik dışı ilişkisi olduğunu ve bu bayana sitede bir ev hediye ettiğini dört kişiye söyleyerek özel hayatının gizliliğine ve kişilik haklarına saldırıldığı için manevi tazminat istemini yerinde görerek, tanıklardan ikisinin davacının iddiasını doğrulayıp diğer ikisinin de duymadık demelerinin davalının bu sözleri söylemediği sonucunu doğurmayacağını da belirterek, tazminat isteminin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Yarg. 4. HD, 10.02.2005, 2004/7286- 2005/1090).

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 26 ve 27. maddeleri ise kişilik hakları içerisinde önemli bir yer tutan isim hakkını özel olarak koruyucu hükümler getirmiştir.

Borçlar Kanunu’nun 49/1. maddesinde, bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılan haksız bir saldırı neticesinde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi nitelikteki zararlarının nakdi olarak tazminini dava açarak talep edebilecektir. Manevi nitelikteki zarar, daha çok kişinin bedeni ve manevi acılar duyması, ağır bir ruhsal sarsıntı geçirmesi, yaşama sevincini yitirmesi, toplum içine çıkamayacak derecede kişiliğinin zedelenmesi gibi biçimlerde karşımıza çıkar (Zevkililer, 1992:458-459; Helvacı, 2006:128).

Kanun koyucunun BK md. 49 ile ulaşmak istediği amaç, hukukun kabul etmeyeceği şahsiyet haklarına yönelik haksız tecavüzlerin, tecavüze uğrayan kişilere vereceği manevi nitelikteki zarar ve ziyanları, mümkün olduğu kadar hafifletecek

nakdi tazminatlar ile karşılamaktır. Hele basın yoluyla kişinin özel hayatına yapılan saldırıda, kişinin kamuoyu önünde şahsiyet hakları bakımından zarara uğratıldığı göz önüne sunmalı ve onun para ile dahi ölçülemeyecek bu zararını gidermeye yarayacak tazminatlara hükmedilmelidir. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılacak saldırı halinde, yalnız manevi nitelikteki zararın bulunması tazminat istemi için yeterli olacaktır. 49. maddenin metnine bağlı kalındığında manevi tazminat davasının başlıca şartları; manevi zarar, saldırının hukuka aykırılığı ve saldırı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması olarak üç noktada toplanabilir (Zevkliler, 1992:465-466; Helvacı, 2006:129).

7.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 yılında Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda kabul edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, eski TCK da olmayan yeni bir suç tipidir. Anayasa’nın 20. maddesinin yaptırımı artık 5237 sayılı Ceza Kanunu’ndadır.

Yeni TCK’da İkinci Kitap, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümde 132-140’ıncı maddeler arasında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar düzenlenmiştir. Düzenlenen bu suçlarla, AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde, özel hayatın korunmasına ilişkin eksikliklerin de büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemeler Anayasa’mızın 20, 21 ve 22. maddelerine uygun olarak yapılmıştır (Ülkü, 2005:2).

7.2.1. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Özel hayat hakkının ceza hukuku alanında korunması iki şekilde olabilmektedir: Dolaylı koruma ve dolaysız koruma. TCK’da özel hayata dolaylı koruma getiren düzenlemeler; tehdit (md.106), şantaj (md.107/2), konut dokunulmazlığının ihlali (md.116), haksız üst ve eşya arama (md.120), hakaret ve sövme (md.125), kamu görevlisinin göreve ilişkin sırrı ifşası (md.258), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (md.123), haberleşmenin engellenmesi (md. 124) olarak sıralanabilir. TCK’da özel hayata doğrudan doğruya koruma getiren hükümler 132.

ile 140. maddeler arasında düzenlenmiştir. Burada düzenlenen suçlar; haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu (md.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu (md.133) ve özel hayatın gizliliğini ihlâl suçudur (md.134) (Çetinkaya, 2007:30).

Bugün kişisel bilgiler ve veriler özel önem taşımaktadır. Kişinin haberi olmadan takip edilmesi, resminin çekilmesi, görüntülerinin alınıp yayınlanmasını engelleyen ve bu durumlara karşı kişileri koruyan düzenlemeler yeni TCK ile getirilmiştir. Bundan önce bu eylemler sadece tazminat davalarının konusu olmaktaydı (Özkorul, 2009).

Bu başlık altında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali daha ağır cezayı gerektiren durumlar olarak düzenlenmiştir. “Basın ve yayın yoluyla” kavramı 5237 sayılı TCK’nın tanımlar başlıklı 6. maddesinde açıklanmıştır. Maddede, basın ve yayın yolu ile deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınların anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.

Maddenin gerekçesine göre, tasarıdaki bireysel iletişimi de içine alacak şekilde ifade edilmiş olan tanımın oluşturduğu sakıncanın giderilmesi için, tanımda değişiklik yapılarak “kitle iletişim araçları” ifadesine vurgu yapılmıştır. Bu tanımın içine gazete, dergi, radyo, televizyon veya internet yayınları girmektedir (Kukul, 2006:121).

7.2.1.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

“Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterme hakkı kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır” (Doğan, 2009). Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir. 132. madde, ihlalin nasıl yapılacağını veya ihlale konu olacak haberleşme aracını

saymayarak gelişen teknolojiye uygun bir alan bırakmıştır (Ülkü, 2005:4; Meran, 2004:651-652).

Günümüzde, teknolojinin gelişmesiyle birlikte haberleşmenin nitelik ve vasfı da değişiklik göstermektedir. Artık klasik haberleşmelerin yerine, elektronik haberleşmeler, bir başka deyişle internet üzerinden yapılan haberleşmeler oluşturmaktadır. Örneğin, elektronik posta (e-mail) ve benzeri şekilde yapılan haberleşmelerin kontrolü de farklılık göstermektedir. Bu konuda ortaya çıkan güncel gelişmeler insanların hiç de güvenli bir haberleşme imkânına sahip olmadıklarını ortaya koymaktadır. Örneğin, magazin nitelikli bir skandalda “Messenger” adı verilen internet üzerinden yapılan haberleşme kayıtlarının hizmet sağlayıcı şirketler tarafından muhafaza edildiği anlaşılmaktadır (Ersan Özer, *Akşam*, 12.10.2005). Benzer bir durum da bir siyasi parti liderinin Avrupa Birliği Türkiye temsilcisine ait elektronik mektupları basına açıklamasıyla ortaya çıkmıştı (Durmuş, 2006:136). Yine son zamanlarda bir parti liderine, internet üzerinden yapılan komploda da teknolojinin, kişinin özel hayatına ne kadar zarar verebileceği görülmüştür.

Suçun maddi unsuru failin içindekini öğrenmek amacıyla, kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup, telgraf, kapalı zarf veya koliyi açması veya eline geçirmesi ve bunları okuması ya da telefon konuşmalarının dinlenmesi suretiyle haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesidir. Ancak suçun oluşması için failin fiili icra hususunda hak ve yetkisinin bulunmaması gerekir. Maddenin koruduğu yarar haberleşme hürriyetidir (Özkorul, 2009).

Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak bu gizlilik ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir. Örneğin, telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması hâlinde, suçun bu nitelikli hâli gerçekleşmektedir (Özkorul, 2009).

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belli bir suça ilişkin soruşturma kapsamında Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun olduğu muhakkaktır (Kukul, 2006:122).

Maddenin 2. fıkrasındaki kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olup yetkisiz kişilerin öğrenmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu suçun oluşabilmesi için ifşanın mutlaka hukuka aykırı olması gerekir. Ifşa, sözlük anlamıyla, herhangi gizli bir şeyi açığa çıkarma, ortaya koyma, yaymadır. Bu bakımdan ifşa; yazı, söz, basın gibi her türlü vasıta ile gerçekleştirilebilir.

Kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması halinde söz konusu suç oluşmaz. Ancak soruşturma ve kovuşturma aşamasında iken kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile örneğin, televizyonlarda ve gazetelerde yayınlanması halinde suç oluşur (Örn: Neşter operasyonu, Yargıtay Başkanı, Mit mensubu konuşmaları) (Doğan, 2009:2). Ayrıca suçun oluşmasında haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesinin mağdurda bir zarara sebep olması aranmaz.

Maddenin 3. fıkrasında ise kişinin kendisinin yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliği ihlal etmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşabilmesi için ifşanın alenen yapılması gerekir. Bu bakımdan kişinin kendisine gönderilen mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde suç oluşmaz (Ülkü, 2005:6). Buna karşılık mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın yayın yoluyla yayınlanması halinde bu suç oluşur.

Dördüncü fıkrada, kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ikinci veya üçüncü fıkralara göre verilecek cezanın belli oranda artırılması öngörülmüştür (md. 132/4).

7.2.1.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu

5237 sayılı TCK'nın 133. maddesi ile kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak tanımlanmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için temel koşul, konuşmanın aleni değil, özel olmasıdır. Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Örneğin, bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur (Meran, 2004:654; Şen, 2005:714). Keza, bir evde sınırlı sayıda kişiler arasında yapılan konuşma, aleni olmayan bir konuşmadır. Ağzına tutulan bir mikrofonla konuşan bir kişinin konuşmasının kaydedilmesi bu fıkraya girmeyecektir (Ülkü, 2005:7).

Birinci fıkrada tanımlanan suç, aleni olmayan konuşmanın bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazı ile kayda alınması ile oluşur. Kulak kabartıp dinlemek bu kapsama girmez. Söz konusu suç, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi işleyebilir. Dinlemeyi yapan kişi kamu görevlisi ise ve bunu CMK 140' a uygun olarak yapıyor ise hukuka uygunluk nedeni vardır. Seçimlik hareketle işlenen suçlardır. Suçun oluşması için örneğin gizli bir mikrofonla dinlenmesi yeterlidir. Ayrıca kaydedilmesi zorunlu değildir (Doğan, 2009:3).

Gazetecilik mesleğinin icrası bir hakkın icrası olduğundan bir gazetecinin bu şekilde dinleme yapmış olması bir hakkın icrası olduğundan gazetecinin uzaktan dinleme yapması bu kapsamda suç olmaz (Ülkü, 2005:8). Özel dedektiflerin ise bir kişiyi uzaktan izlemesi veya dinlemesi bu kapsamda suç teşkil edecektir. Bunların yaptığı kayıtların ve belgelerin suç oluşturması nedeniyle hukuka aykırı delil oluşturduğundan bunların yargılamada kullanılması mümkün olmayacaktır (Özkorul,2009). Suçun oluşabilmesi için, konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının olmaması yeterlidir. Bu bakımdan konuşmanın taraflarından birinin rızasının olması, fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır (Özkorul, 2009).

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda

alınması, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu fiillere muhatap olduğunu bildiği halde, buna karşı çıkmayan kişinin rızası var sayılacaktır. Rızanın varlığı halinde ise fiil, suç olmayacaktır. Buradaki ses alma cihazı, hem ses hem de görüntü alınabilen cihazları kapsamaktadır (Avcı, 2006:28). Bu suçun cezası seçimliktir. Kamusal bir faaliyetin kayda alınması suç teşkil etmeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (Ülkü, 2005:9).

7.2.1.3. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu

5237 sayılı TCK'da özel hayatın gizliliği konusunda yapılan en önemli düzenleme, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlalinin 134. maddede suç olarak düzenlenmesidir. Söz konusu düzenleme Anayasa'nın 20. ve AİHS'nin 8. maddesi hükümleri göz önüne alınarak düzenlenmiştir.

Madde içinde özel hayat ve özel hayatın gizli alanı konusunda bir tanıma da yer verilmeyerek bu tanım uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Kanaatimizce, madde kapsamında cezalandırılacak özel hayatın gizliliği ihlallerinin kapsamını belirlemek için özel yaşamın özel hukuk açısından korunmasına yönelik yukarıda yaptığımız açıklamalarda bulunan kriterlerin göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

Maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlali suç olarak düzenlenmektedir. 2. cümlesinde ise gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali halinde cezanın alt sınırının bir yıldan az olmayacağı düzenlenmiştir. Böylece 1. cümlede belirtilen "ihlal" kavramının kayda alınmayı kapsamadığı ortaya çıkmaktadır. Kişinin rızası var ise hukuka uygunluk nedeni vardır. Gazetecilik mesleğinin icrası yine bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkacaktır

Kapalı bir mekânda iki kişi arasında özel yaşamları ile ilgili geçen konuşmaları dinleyen veya okumasına izin vermediği günlüğünü okuyan kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen ihlal biçimleri içerisinde yer almaktadır. Gizlilik, görüntü ve ses kaydı ile ihlal edilmiş ise ceza daha fazla olacaktır (Kukul, 2006:125). Buna örnek olarak, iki insan arasındaki cinsel ilişkinin tarafların rızası olmadan, gizli kamera ile veya günümüz teknolojisinin insan hizmetine sunduğu fark edilmeyecek küçüklükteki ses veya görüntü kayıt cihazları ile ev, otel, iş yeri veya sauna gibi yerlerde çekilerek bu ses ya da görüntülerin kamuya ifşa edilmesi durumu gösterilebilir (Şen, 2005:108).

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır (Ülkü, 2005:11).

İkinci fıkrada, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin, soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının hukuka aykırı olarak ifşasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir (İlkiz, 2007).

Mesela, bir gazetecinin herhangi bir yolsuzluk olayının ortaya çıkarılması için bilgileri, ancak özel yaşamı ihlal ederek elde edebiliyorsa bu durumda gazeteci ceza alacak mıdır sorusu akla takılabilir. TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen suç kasten işlenebilen bir suçtur. Ayrıca, basın yayın yoluyla özel yaşamın ihlali durumunda, eylem manevi unsur açısından incelenir ve yayının kamu yararının korunması amacıyla yapılması halinde failin ihlal kastı bulunmadığı için hakkında beraat kararı verilebileceği gibi, gazetecilik mesleğinin icrasından dolayı TCK'nın 26. maddesi

kapsamında hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilerek faile ceza verilmeyebilir.

7.2.1.4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu

Son yıllarda kişisel verilerin elektronik bilgi işlem yöntemleri ile derleme, sınıflandırma, saklama işlemlerine tabi tutulması ve istendiğinde istenen biçimde sunulabilmesi olanağı ortaya çıkmış, bunun sonucu olarak da özel yaşamla ilgili kişisel verilerin, kişinin rızası alınmadan başkalarına açıklanmasını ve bilginin bulunduğu yerden başka yerlere aktarılmasını kolaylaştırmıştır (Kesmez, 2010)

Avrupa Konseyinde, “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması”na ilişkin 108 sayılı Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte diğer Konsey üyeleriyle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır (Ülkü, 2005:13). Sözleşme ile öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek için bazı devletler kanunlar hazırlamışlar ve bu konuda kişisel verilerin gerek elle gerek mekanik yollarla tutulması hâlinde meydana gelebilecek çeşitli hukuka aykırı fiilleri suç hâline getirmişlerdir.

Ülkemizde bu konuda Adalet Bakanlığı tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı hazırlanmış, tasarının hazırlanmasında Kişisel Verilerin Korunması Konusundaki Avrupa Birliği Direktifi ve Avrupa Konseyi Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme esas alınmıştır. Üzerinde çalışmalar süren kanun tasarısı henüz yasalaşmamıştır (Üzeltürk, 2004:103).

TCK'nın 135. maddesiyle hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi eylemi suç haline getirilmiştir. Kişisel verilerin ne olduğu maddede tanımlanmamıştır. Belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Suçun tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir (md. 135).

Kişisel verinin açık bir tanımı Avrupa Birliği tarafından üretilen ve 24.10.1995 tarihinde kabul edilen “Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi’nde” verilmiştir. Bu yönergenin 2. maddesinde kişisel veri, bir gerçek kişi hakkındaki olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Bir kişiyi belirlenebilir kılma ise verilerin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi yoluyla kişiyi tanımlayabilme özelliğini belirtir. Bu duruma örnek olarak, daha somut bir ifadeyle ad ve soyadı, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim ve ses, parmak izleri, genetik bilgiler gibi kişisel veri niteliğinde olan ve kişiyi belirlenebilir kılan her türlü veri kişisel veriyi oluşturmaktadır (Dülger, 2004:270).

Ülkemizde hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı’nın 3. maddesinde de kişisel verinin tanımı yapılmıştır. Maddeye göre, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler kişisel veri kavramı içine girer. Yine tasarının 5. maddesinde özel niteliği olan kişisel veriler tanımlanmıştır. Bu maddede, kişilerin ırk, siyasi düşünce, din veya diğer inançları ile sağlık, gizli ve özellikle cinsel yaşamlarına ilişkin kişisel veriler ve ceza mahkûmiyetlerine ilişkin veriler, özel niteliği olan kişisel veriler olarak düzenlenmiştir (Üzeltürk, 2004:103).

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. İlgili kişinin rızası olmaksızın veya kanunun öngördüğü şekil ve usullere uyulmaksızın hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması halinde suç oluşur. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır (Özkorul, 2009).

Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi suçtur (md. 135). Ancak bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına

kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır.

Maddenin bütünlük içinde uygulanabilmesi, farklı uygulamalara meydan verilmemesi için, kişisel verinin kaydedilmesi esaslarını ayrıntılı olarak belirten bir düzenleme olan Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nın bir an önce yasalaşması gerekmektedir.

7.2.1.5.Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu

TCK'nın 136. maddesinde, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemleri bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmektedir (Ülkü, 2005:14). Bu durum maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi başkasına verilen, yayılan ya da ele geçirilen verilerin hukuka uygun olarak kaydedilmiş olup olmamasının suçun oluşumu açısından bir etkisi yoktur. Veriler nasıl kaydedilirse edilsin maddede belirtilen eylemlerin yapılmasıyla suç oluşur (Kukul, 2006:133).

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun maddi unsuru olarak yasa da belirtilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemlerinden biri ya da birkaçının aynı anda gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suç işlenmiş kabul edilecek ve faile tek bir suçun cezası verilecektir (Doğan, 2009:7).

Her ne kadar hukuka uygunluk sebepleri maddede öngörülme de MİT Kanunu'nda olduğu gibi hukuka uygunluk sebepleri vardır. TCK md. 26'da düzenlenen bir hakkın kullanılması çerçevesinde gazetecilik mesleğinin icrası bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilir. Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 14. maddesinde kişisel verilerin kamu yararı sebebiyle kaydedilebileceğine dair bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Yeni ceza yasamızda esas itibarıyla basına getirilen kısıtlamalar bu maddedeki düzenlemenin devreye girmesiyle hafifleyecektir.

Hukuka uygun olarak veri kayıtlarının nasıl yapılacağı konusunda, uygulamamızda düzenleme olmadığından sıkıntılar yaşanmaktadır. Örneğin, kolluk bir soruşturma nedeniyle üniversite hastanesinde yatan bir hastanın kayıtlarını almak isteyince, hasta hakları yönetmeliğine göre hastanın özel hayatının korunması sebebiyle kayıtların gönderilemeyeceği söyleniyor. Polis bir şekilde, kişisel yöntemleri veya ilişkileri ile bu bilgileri almaya çalışmaktadır (Doğan, 2009:7).

7.2.1.6. Nitelikli Haller

TCK'nın 137. maddesinde, 132 ile 136. maddeler arasında düzenlenen yukarıda incelenen suçlar için failin sıfatından kaynaklanan ağırlatıcı nedenler öngörülmüştür.

137. maddenin “a” bendine göre, bu suçların bir kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde failin cezası artırılabilecektir (Meran, 2004:657). Kamu görevlisi tanımı ise TCK'nın 6. maddesinde verilmiştir. Maddeye göre kamu görevlisi deyiminden; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılacaktır (Dülger, 2004:275).

137. maddenin “b” bendine göre ise belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu suçların gerçekleştirilmesi halinde failin cezası yine artırılabilecektir. Bu düzenleme, bir faaliyetin ifası sırasında öğrenilen ve gizli kalması gereken bir durumun açıklanmasının yasaklanmasını ifade etmektedir. Suçun faileri bir meslek veya faaliyetin mensubu olan kişilerdir. Bu kişiler işlerini yaparken bu suçların konusunu oluşturan hususlara rahatlıkla ulaşabilirler. Bu nedenle, din adamları, avukatlar, noterler, hakim ve savcılar, zabıt katipleri, icra memurları, polis memur ve amirleri, mali müşavirler, doktorlar, kargo servislerinde çalışan kişiler, video, kamera ve ses düzenlemesi ile ilgili faaliyette bulunanlar bu faaliyetlerinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlerse verilecek ceza yarı oranında artırılabilecektir. Kamu görevlisi, görevi kapsamında eylemi işlerse suç oluşmayacaktır (Özkorul, 2009).

7.2.1.7. Kişisel Verilerin Yok Edilmemesi Suçu

Burada hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi bağımsız suç olarak düzenlenmiştir.

İnsanlar doğaları gereği özgür yaratıklardır. Bu nedenle sürekli olarak izlenen, haklarında bilgiler toplanan ve fişlenen bireyler olarak yaşamak istemezler. İnsanlarda sürekli izlendikleri duygusunun yaratılması, içinde buldukları siyasal sisteme karşı da bir güvensizlik duygusu yaratabilecektir. Bu nedenle yaşamlarının belli bir bölümünde hukuka uygun bir biçimde de olsa bazı kişisel bilgileri veri şeklinde çeşitli sistemlere girilen bireylerin bu kişisel bilgilerinin bir zaman sonra bu sistemlerden çıkarılması gerekmektedir. Devlet de bu bilgilerin silinmesini istemelidir. Çünkü vatandaşları hakkında sürekli bilgi toplayan ve bunları kaydeden kısacası, vatandaşlarını fişleyen bir devlet çoğulcu, özgürlükçü ve demokratik bir devlet olamaz ve vatandaşlarını da bu çağdaş ilkelere bağlı bir toplum haline getiremez. İşte söz konusu bu suç tipiyle bunun önüne geçilmek istenmektedir (Dülger, 2004:281).

Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri yok etmek için görevli olanlar görevlerini yerine getirmezlerse cezalandırılacaklardır. Telefon dinleme kayıtları ise belirli bir süre tutulacaktır. Bu süre sonucunda suç unsuru oluşturmayan şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya CMK 135/1 gereğince hâkim onayının alınmaması veya CMK 135/2 gereğince tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınıp veya alındığı sırada durumun fark edilmesi üzerine kayıtların yok edilmemesi, adli sicil kayıtlarının süresi dolduğunda yasal görevli olmasına rağmen Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından silinmemesi bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilir. Bu suçta, diğer suçların aksine ağırlaştırıcı sebepler öngörülmemiştir (Doğan, 2009:8). Cumhuriyet savcısının denetimi altında ve en çok 10 gün içinde kolluk tarafından bu bilgilerin yok edilmesi ve bu durumun bir tutanağa bağlanması gerekmektedir (CMK 137/3).

7.2.1.8. Şikâyet

TCK'nın md. 139'a göre, yukarıda ayrı ayrı incelediğimiz özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı suçlardan, md. 135'de düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi, md. 136'da düzenlenen verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi, md. 138'de düzenlenen verileri yok etmeme suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet şartı gerekmemektedir. 132. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal, 133. maddede düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete ve TCK'nın 73. madde gereğince de uzlaşmaya tabidir. Şikâyete bağlı ve uzlaşmaya tabi bu suçlardan dolayı şikâyetten vazgeçilmesi durumunda davanın düşürülmesine karar verileceği gibi, CMK'nın 253'deki uzlaşma prosedürü uygulanarak uzlaşmanın sağlanması halinde de davanın düşürülmesine karar verilir.

7.2.1.9. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması

Bu bölümde belirtilen suçların işlenmesine bir tüzel kişinin karışması halinde bu tüzel kişiler hakkında *güvenlik tedbiri* uygulanabilecektir. Örneğin, telekulak işi yapan bir şirketin faaliyet izni iptal edilebilir (TCK md. 60). Yine bu suçta kullanılan suç aletlerinin ve kazançların müsaderesine de karar verilebilir (TCK md. 54, 55). Süresi dolduğu halde, haklı bir neden de olmamasına rağmen adli sicil kayıtlarının silinmemesi Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü için suç oluşturur.

7.2.2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı İle İlgili TCK' da Yer Alan Diğer Düzenlemeler

Konut dokunulmazlığının ihlali, haksız üst ve eşya arama, haberleşmenin engellenmesi gibi fiiller TCK'nın diğer kısımlarında suç olarak düzenlenmiştir.

7.2.2.1. Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu

Bu suçla korunan hukuki yararlar ilgili olarak madde gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: "*Konut dokunulmazlığının ihlali kişinin kendisine özgü*

barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selametle cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade eder. Bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlal eyleyen bu fiillerin, hürriyet aleyhine işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür”.

Konut dokunulmazlığını ihlâl fiillerine ilişkin TCK'nın 116/f.1 de korunan yer olarak, sadece konut ve konutun eklentisini öngörmüştür. Ceza hukuku bakımından konut kısaca, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer olarak tanımlanabilir. Bu şekilde bir düzenleme ile TCK konut yanında konutun eklentisini de korunan mahal olarak belirtmiştir. Eklentinin ne olduğu kanunda tanımlanmış değildir ancak konuta bağlı olan fakat bitişik veya yakın olması şart olmayan, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza hilâfına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükûnunun bozulduğu yerler eklenti kabul edilebilecektir. (Şafak, Bıçak, 2009:93). TCK'nın 116. maddesinde konutun eklentilerine rızaya aykırı olarak girilmesi veya rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak çıkılmaması konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturacaktır (Gökcen, 2010:24). Gizlice veya hile ile konuta girilmiş olması halinde de rızaya aykırı girme söz konusu olacaktır.

5237 sayılı Kanununun 116/f.2 de kimlerin rıza açıklamaya yetkili oldukları hususu; *“Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”* şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu kimselerin rızasının geçerli olabilmesi için rıza açıklamasının meşru bir sebebe dayanması gerekmektedir. Örneğin, konuttaki teknik bir arızanın giderilmesi için diğerinin bilgisi olmaksızın eşlerden birinin tamircinin konuta girmesine rıza göstermesi halinde rıza geçerli olacaktır. Buna karşılık konutta kalanlardan birinin diğer konut sakinini öldürülmesi için kiralık katili konuta alması durumunda rıza geçerli olmayacaktır (Gökcen, 2010:26).

Kanununun 119. maddesinde; silahla, birden fazla kişiyle, kamu görevini kötüye kullanarak veya tanınmayacak bir şekilde konuta girme, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun ağırlaştırıcı nedenleri arasında sayılmıştır.

7.2.2.2. Haksız Üst ve Eşya Arama

TCK'nın 120. maddesinde *haksız arama* suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hukuka aykırı olarak, bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin bu fiili, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Suçla korunan hukuki yarar özel hayatın gizliliğidir. Kişilerin üzerinin ya da eşyasının aranması aynı zamanda insan haysiyetine de bir saldırı oluşturmaktadır.

Haksız arama suçunun oluşabilmesi için madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, kişinin, örneğin cebinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı olarak aranması gerekir. Eğer arama yetkisiz olarak girilen bir konutta gerçekleşmiş ise fail aynı zamanda 5237 sayılı TCK'nın 116 ve 119. maddeleri çerçevesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılacaktır (Gökçen, 2010:32). Ayrıca, hukuka aykırı olarak yapılan arama neticesinde elde edilen delil, CMK 206/2-a maddesi gereğince mahkemede delil olarak kullanılamayacaktır.

7.2.2.3. Haberleşmenin Engellenmesi Suçu

TCK'nın, kişinin özel hayatının gizliliğini koruyan hükümleri bu sayılanlardan ibaret değildir. Kanunun, hürriyet aleyhine işlenen suçlar bahsinde düzenlediği 124. maddesinde, *haberleşmenin engellenmesi suçu* da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bu suç tanımıyla, anayasal hak olan haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır.

124. madde, kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halini suç saymış, suçun işlenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörmüştür. Haberleşmenin yapıldığı araç ise önemli değildir. Mektubun yırtılması veya ilgisine verilmemesi, telefon hatlarının kesilmesi, telefon görüşmelerinin veya internet bağlantılarının imkansız hale getirilmesi, izinsiz olarak elektronik posta şifrelerinin değiştirilmesi ve kullanılmaz hale getirilmesi gibi durumlar haberleşmenin engellenmesine örnek oluşturabilir (Doğan, 2009:9).

İfade edelim ki, cezaevinde cezası infaz edilen bir hükümlünün haberleşmesinde olduğu gibi, haberleşme hürriyetine bir kamu görevinin gereği olarak sınırlama getirilmesi hâllerinde, fiil hukuka uygun olduğu için, söz konusu suç oluşmayacaktır (Gökcen, 2010:37).

Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kuruluşları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi, üçüncü fıkrada ise basın yayın organlarının yayınının hukuka aykırı olarak engellenmesi suçu düzenlenmiştir.

Basın-yayın organının yayınının hukuka aykırı olarak engellenmesi, ayrı olarak suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin, gazete ve derginin dağıtımının engellenmesi, radyo ve televizyon yayınının hukuka aykırı olarak engellenmesi, bu suç kapsamında değerlendirilir. Yasalara uygun olarak basın-yayın araçlarının suç işlenmesini önlenmesi veya işlenmiş suç nedeniyle anayasa ve yasalarda belirtilen koşullarda ve hukukun genel prensiplerine uygun olarak koruma ve güvenlik tedbiri uygulanması suretiyle engellenmesi durumunda suç oluşmaz. Örneğin, RTÜK tarafından ilgili yasa gereğince ekran karartmalar, yasal bir yetkinin kullanımına ilişkin olduğu için bu suç oluşturmaz (Doğan, 2009:10).

5187 sayılı Basın Yasası'nın 22. maddesinde haberleşmenin engellenmesi suçu özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Kanuna uygun olarak basılmış eserleri, bunların yayını veya dağıtımını veya satışını önlemek amacıyla tahrif eden veya bozan fiil, daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde 1 yıla kadar hapis ve para cezası öngörülmüştür." (Basın Kanunu 22/1).

Kanunun aradığı şartlara uyulmasına rağmen süreli ve süresiz yayınların basılmasını, yayını ve dağıtımını veya satışını şiddet ve tehditle engelleyen kimseye, fiili daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde 2 yıla kadar hapis ve para cezası öngörülmüştür (Basın Kanunu 22/2). Yine bu suçların umumi mahalde veya matbaanın umuma satış yapan veya dağıtım yapan yerlerde birden fazla kişi tarafından yapıldığı takdirde ceza yarı oranında arttırılır.

Basın Kanunundaki bu hükümler göz önüne alındığında ceza kanunundaki haberleşmenin engellenmesiyle ilgili düzenleme ve basın kanunundaki düzenlemenin

paralel olduğu, Basın Kanunu'nda "başka bir suç oluşturmadığı takdirde" deyimiyle aynı durumlardan fikri içtima kurallarının uygulanacağı aksi takdirde hüküm bulunmayan durumlarda Basın Kanunu'nun uygulanacağı açıktır. Esas itibariyle TCK md. 124/3'te öngörülen suçun cezası daha ağır bir yaptırım getirdiğinden buradaki düzenlemeye göre cezalandırma yoluna gitmek gerekir (Doğan, 2009:10). Bu suçlar re'sen kovuşturulması gereken suçlardandır.

7.2.2.4. Diğer Düzenlemeler

Türk Ceza Kanunu'nun, özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hak ve hürriyeti ile ilgili bir diğer hükmü de Kanun'un 285. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlali suç olarak hükme bağlamıştır. Aslında suçsuzluk karinesi bakımından çok önemli olan ve özel hayatın gizliliği ile de doğrudan ilgili bulunan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin, suçlu olarak damgalanmalarına ve toplum tarafından soyutlanmalarına neden olabilecek şekilde görüntülerinin yayınlanması hali için de ceza öngörmüştür (md. 285/4). Söz konusu maddenin 765 sayılı eski TCK'da karşılığı yoktur. Bununla birlikte, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma veya nakletme fiilleri açısından da cezai hüküm öngörmüştür (md. 286).

TCK 287. maddesinde, yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında ceza öngörülmüş ancak, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından ceza uygulanmayacağı belirtilmiştir (Özdemir, 2005). Bireyin özel hayatının bir parçası olan maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ve bunun için gerekli ortamın sağlanması devletin görevlerinden birisidir. Dolayısıyla hükmün özel hayatın korunması açısından da değerlendirilmesi mümkündür.

7.3. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Özel Hayatın Gizliliği

Ceza muhakemesi, suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirilecek işlemlerin ne şekilde yürütüleceğinin usul ve esaslarını düzenlemesi açısından, suçun ortaya çıkarılması ve adaletin tam ve gerçek olarak tesisi için; soruşturma, arama, gözaltı,

tutuklama, kovuşturma, yargılama gibi bir takım faaliyet ve işlemlerin icra edilmesini gerektirmektedir (Şafak, Bıçak, 2009:1). Söz konusu muhakeme işlemleri, çoğu zaman bireyin en temel hak ve hürriyetlerini sınırlayıcı tedbirlerin alınmasını öngören işlemleri gerektirmektedir. Örneğin, tutuklama ve arama gibi özel hayata müdahaleyi gerektiren fiiller bir yargılama tedbiridir. Ancak kişinin anayasal düzeyde korunan hak ve hürriyetlerinin, yine anayasada belirtilen çerçevede, kanunla sınırlanabilmesi mümkündür. Suçun işlenip işlenmediğinin tespiti ve eğer suç işlenmişse delillerin elde edilmesi amacıyla yapılacak işlemlerin, ne zaman, hangi amaçla, kim tarafından, hangi zaman zarfında, nerede ve nasıl yapılabileceği konusundaki düzenlemeler esas itibarıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun birçok düzenlemesi, özel hayatın gizliliği ve korunması hak ve hürriyetini doğrudan ilgilendiren hükümlerdir. Arama, elkoyma, iletişimin tespiti, haberleşme araçlarının denetimi, teknik araçlarla izleme, delil elde etmek amacıyla kişinin vücudundan çeşitli örnekler alınması gibi hususlarını düzenleyen hükümler, kişinin özel yaşamına ve özel yaşamının dokunulmazlığına müdahaleyi caiz kılmaktadır.

Telefonların gizlice dinlenmesi suretiyle delil elde edebilme yöntemi dışında bir yöntem daha vardır ki, burada dinleme yapılmamakta fakat telefon kayıtlarından kiminle görüşüldüğü, görüşme yapanların kimlik bilgileri ve adreslerine ulaşılmakta ve bu şekilde delil toplanmaya çalışılmaktadır. Buna kısaca sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de denilebilir (Avcı, 2006:37).

5271 Sayılı CMK'da ayrı bölümler halinde; 75- 82'inci maddeler arasında beden muayenesi, vücuttan örnek alınması, moleküler genetik inceleme yapılması ve fizik kimliğinin tespiti; 116-134'üncü maddeler arasında arama ve elkoyma; 135-138'inci maddeler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve 139 ve 140'ıncı maddelerde de gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konuları düzenlenmiştir.

7.3.1. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Ceza muhakemesinde, bazı hallerde şüpheli veya sanığın vücudunun muayene edilmesi, kan, sperm, saç, tükürük vb. örnek alınması veya vücuduna müdahalelerde bulunulması gerekebilir. Anayasa'mıza göre; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz (AY. md. 17/2).

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, diğer kişilerin beden muayenesi ve moleküler genetik incelemelerin CMK'da 75-82. maddeler arasında düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu maddelere bakıldığında; şüpheli ve sanığın beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi şeklinde ayrılmıştır (Özdemir 2005:6).

CMK'nın 75. maddesinde; üst sınırı iki yıldan fazla olan suçlarda, delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı tarafından karar verilebileceği açıklanmıştır. Madde de ayrıca; savcının kararıyla yapılan muayene işleminin, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulacağı, hâkim veya mahkemenin, yirmidört saat içinde kararını vermesi gerektiği, onaylanmayan kararların hükümsüz kalacağı ve elde edilen delillerin kullanılmayacağı belirtilmiştir. Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir (CMK md. 75/6).

İç beden muayenesinin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Bu işlem, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır (CMK md. 75/4).

7.3.2. Koruma Tedbiri Olarak Arama

Toplumsal düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç işlendikten sonra kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için lüzum duyulan en önemli tedbirlerden biri de “arama” tedbiridir. Özel hayata, aile hayatına ve konut dokunulmazlığına müdahaleyi gerektiren arama tedbiri, önemi nedeniyle ulusal ve uluslararası hukukta üzerinde önemle durulan bir konu olmuştur.

“Arama”, birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak; aramak ise bu iş için yapılan faaliyeti ifade eder. Teknik olarak, gözle görülemeyen, kulakla işitilemeyen, koklamayla hissedilemeyen bir nesnenin veya gizlenmiş olan kişinin araştırılması şeklinde ifade edilen arama; kamu emniyetini veya kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak ve onları muhafaza altına almak için (önleme araması) veya suç işlendikten sonra, suç ve suçlunun ortaya çıkarılması için (adli arama) başvuru olan bir tedbirdir (Aksoy, 2007:19; Şafak, Bıçak, 2009:89).

Arama tedbirinden söz edilebilmesi için, devlet tarafından bireyin özel hayatına bir müdahalede bulunulmalıdır. Buna göre; özel hayatın gizliliği beklentisinin ihlali halinde, yapılan araştırma işleminin “arama” olduğu söylenebilir. Arama, kişilerin durdurularak eşya ve üstlerinin aranması ya da ev, işyeri, araç veya diğer kapalı yerlerinin aranması şeklinde gerçekleştirilebilir (Şafak, Bıçak, 2009:90).

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlerden biri olan “arama” müessesesi ulusal düzeyde başta Anayasa olmak üzere, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK), 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK), Sıkıyönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu gibi birçok özel kanunda düzenlenmiştir (Aksoy, 2007:22).

7.3.2.1. Önleme Araması

Önleme araması yapılabilmesi için öncelikle, korunan hukuki değer (milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve

hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi) tehlike altında bulunması gerekir (Arama Yönetmeliği, md. 19).

Önleme araması hâkim kararı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle, kişilerin üstlerinde, araçlarında, özel kâğıtlarında ve eşyalarında yapılan aramadır. Önleme araması; idari bir işlemdir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise arama emri verme yetkisi, illerde vali, ilçelerde ise kaymakama aittir (Koparan, 2006). PVSK md. 9'da kolluğun hangi şartlarda, nasıl ve nerelerde önleme araması yapacağını anlatmaktadır. Suçu önleme amacıyla *konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde* önleme araması yapılması istenmemiştir (AramaY. md. 19/son).

Kişinin üstünün aranması; giydiği elbisenin içinde veya altında, gözle veya elle inceleme yapılmasıdır. Bu arama beden muayenesine dönüştürülemez. Beden muayenesine CMK md. 75'teki şartlara tabidir. Arama yapılırken bedene dokunulmamasına, kişiyi rencide etmeyecek şekilde ve makul bir süre içinde tamamlanmasına özen gösterilir. Kişinin beden çukurlarında bir şey bulunduğu anlaşılırsa, kişinin bunu kendiliğinden çıkartıp vermesi istenmelidir. Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır ve arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir (AramaY. md. 28).

Maddi bir varlığa sahip, taşınabilir ve delil olabilir nitelikteki her şey eşya olarak aramanın konusunu oluşturabilir. Özel kâğıtlardan maksat ise; mektup, senet, kitap, basılı eser, her türlü yazılı kâğıt, kartvizit, diploma, ruhsat vb. belgelerdir. Öğretide, film, mikrofilm, fotoğraf, fotoğraf albümü, kaset ve CD vb. şeylerin de fikir içeren kâğıt olarak kabul edilmektedir. (Aksoy, 2007:48).

Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla araçlarda arama yapılabilir. PVSK md. 9 ve 17'den kaynaklanan bu tür arama-taramalarda, suç unsuru bulunursa, buna elkonularak, düzenlenecek evrakla birlikte Cumhuriyet savcılığına sevk edilir.

PVSK'nın 20. maddesinde ise konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Bu tür bir önleme araması işlemini yapmak bakımından, her kolluk görevlisi özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın görevi gereği yetkilidir. Bu bağlamda, gecikmesinde hayati tehlike bulunan haller dışında, konutta hâkim kararıyla da olsa “*önleme araması*” yapılamaz (Aksoy, 2007:50).

7.3.2.2. Adli Arama

Adli arama; şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması veya suçun delillerine ya da müsadereye tabi eşyaya ulaşım, bunların ele geçirilmesini amaçladığından, “yakalama” ve “elkoyma” tedbirlerine vasıta olan bir koruma tedbiridir.

Adli arama konusu itibariyle; CMK'nın 116. md'ye göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makûl şüphe varsa kişilerin üstlerinde, araçlarında, eşyalarında ve konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerinde yapılan arama şeklinde olabilir. Makûl şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir (Koparan, 2006).

Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması halinde, üst araması giysiler çıkarılarak yapılabilir. Kadınların üzeri kadın polisler tarafından aranabilir. Özellikle kişinin üzerinin aranması, onu inciten, küçük düşüren onurunu rencide eden bir işlem olduğundan mutlaka haklı gerekçelere dayanması ve hukuka uygun olarak icra edilmesi gerekir (Arama Y. md. 28).

Kuşkusuz, arama kararı veya emrinin, meskenin aranması ile birlikte orada bulunan kişilerin üzerlerinin de aranmasını kapsamaması halinde, bunlara yönelik olarak da arama gerçekleştirilebilir. Ancak, aranan şeyin o sırada konutta bulunanların

üzerlerinde saklanmış olması maddeten imkânsız ise kolluğun o kişilerin de üzerlerini araması, insan haklarına ve kanuna aykırıdır (Koparan, 2006).

Kanunun, arama ve elkoymaya ilişkin bölümünde; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma ile sadece belirli suçlar bakımından olmak üzere, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma konuları da düzenlenmiş; bunların uygulanması bakımından da hâkim kararı aranmıştır (Özdemir, 2005:7). Gerçekten, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, savcının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir (CMK md.134/1).

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adli arama, kural olarak gündüz yapılır. Gündüz zamanı, güneş doğmasından bir saat önceden başlayan, güneş batmasından bir saat sonra biten zaman dilimidir. TCK md. 6/1'e göre arama işleminin gündüz yapılması demek, gündüz başlaması demektir. Gündüz başlanan arama, gece başlayana kadar bitmezse aramaya devam olunur (Kızıroğlu, 2009:164).

CMK'nın 118. maddesi kural olarak *geceleyin* konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapılamayacağını hükme bağlamış ve ancak suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar bakımından buna izin vermiştir. Maddeden de anlaşılacağı gibi, firar eden yakalanan veya gözaltına alınan kimsenin yakalanması amacıyla da geceleyin konut dâhil kapalı yerlerde arama yapılması mümkün hale getirilmiştir (md. 118).

Konut, kişinin özel yaşam alanı olarak belirlediği dıştan anlaşılan, burada sürekli veya geçici olarak oturulan veya kalınan yerdir. Bu bağlamda kişinin konakladığı bir otel odası konut sayılacağı gibi, çadır, karavan, tekne gibi yaşam alanları da konut olarak kullanıldıkları takdirde konut sayılırlar (Şafak, Bıçak, 2009:93).

CMK md. 119/1, ancak hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile ya da savcıya ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak *kolluk amirinin yetkisi, konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışında kalan yerler ve kişilerle sınırlıdır*. Böylece arama, belirli bir şekilde yargısal güvenceye bağlanmış; kişi hak ve hürriyetlerinin teminatını oluşturan yargıç kararı kural olarak istenmiştir (md. 119).

Hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri hariç, adli arama yapılması mümkün değildir. HSK'nın 82. maddesi uyarınca ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında, hâkim ve savcılar hakkında soruşturma yapmak için Adalet Bakanlığından izin alınması şarttır. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın da üzeri aranamaz. Avukat bürosu ise CMK'nın 130. maddesindeki özel düzenlemeye tabi olur. Bu noktada 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin de göz önünde tutulması gerekir (Kızıroğlu, 2009:148). Ancak hâkim, savcı ve avukatlar *önleme aramasına* tabiler. Milletvekilleri için ise Anayasa'da tutulamaz, sorgulanamaz, tutuklanamaz ve yargılanamaz denmektedir. Arama tedbiri bunlar arasında sayılmadığı için dokunulmaz olsalar dahi milletvekilleri aranabilmektedir (Şafak, Bıçak, 2009:93).

Askerî mahallerde yapılacak arama ise, hâkim veya C. savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir (CMK 119/5). Diplomatik dokunulmazlığı olan kişiler hakkında soruşturma-kovuşturma yapılamayacağından, haklarında arama kararı veya emri verilmesi mümkün değildir. Bu yolda verilmiş bir karar veya emir de yapılan arama işlemi de hukuka aykırıdır. Bu nitelikler bilinmeden verilmiş bir arama kararı veya emri icra edilirken durum fark edildiğinde dahi yerine getirilmemesi gerekir (Şafak, Bıçak, 2009:92).

CMK (md. 120/3); kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir gelişmedir. Usulünce verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın arama yapan kamu görevlisi bakımından TCK'nın md. 120/1 uyarınca 3 aydan bir yıla kadar ceza sorumluluğu söz konusu olabilir.

Kişilerin üzerinin veya eşyasının aranması insan haysiyetine bir tecavüz teşkil ettiği gibi kişi dokunulmazlığının bir devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da bir saldırı oluşturur. Kişinin örneğin ceplerinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı bir surette aranması bu suçu oluşturacaktır. Bu arama olgusunun yetkisiz olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçu (TCK md. 116) oluşur ve bu nedenle, gerçek içtima hükümlerine göre sorumluluk cihetine gidilmesi gerekir.

CMK 141'inci maddede, arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda maddî ve manevî her türlü zararların, devletten istenebileceği de hükme bağlanmıştır (Koparan, 2006).

7.3.3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

Hukukumuzda, 1999 yılında yürürlüğe konulan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile ilk kez giren bu tedbir, Almanya'da 1968, Avusturya'da 1974, İsviçre'de 1979, Danimarka'da 1984, İngiltere'de 1985, Fransa'da 1991 yılından beri uygulanmaktadır (İlkiz, 2009a).

Böylece bizim hukukumuzda da ilk kez 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde kullanılan "iletişimin dinlenmesi veya tespiti" düzenlemesi mülga olmuş, ancak 5271 sayılı (yeni) CMK'nın beşinci bölümünde kavram, "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" başlığı altında düzenlenmiştir. Yasanın 135. maddesinde "iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması" terimi kullanılmıştır (Öztürk, Erdem, 2008:638).

Ceza yargılamasında iletişimin denetlenmesine dair temel hükümler, 5271 sayılı CMK'nın 135 ila 138. maddeleri arasında yer almaktadır. "Önleyici amaçla" telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek bir düzenleme 2559 Sayılı PYSK'nın Ek 7/2. maddesi; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesi yürürlüğe girinceye kadar mevcut değildi. Bu düzenlemelerle istihbari açıdan

telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi mümkün olabilecektir (Heper, 2007:70).

Suç işlemek veya işlenmiş olan suçlara ait izleri gizlemek için, telefon ve benzeri araçlardan yararlanılmaktadır. Bu sebeple, amacı maddi gerçeği bulmak olan ceza muhakemesinin, telefon ile yapılan görüşmelerden bilgi sahibi olması ve telefon ile yapılan haberleşmeyi denetleyebilmeyi öngören hükümler getirmesi yerindedir. Bu aynı zamanda, hukuki güvenliği sağlamak zorunda olan devletin de bir ihtiyacıdır. Fakat kişinin haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi temel anayasal haklarına müdahale teşkil eden telefon ile yapılan haberleşmenin denetlenebilmesi için kanuni düzenlemeler ile koşulları ve sınırlarının belirlenmesi lazımdır. Dolayısıyla yetkili makamlara tanınan müdahale hak ve yetkisinin sınırını, boyutlarını ve uygulanış şeklini yasa yetirince açık bir şekilde çizmelidir ki, hukuka aykırı tecavüzlerine karşı, kişi hak ve özgürlükleri korunabilsin.

“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” terimi içinde yer alan “telekomünikasyon” ifadesinin terimin karşıladığı anlamı daraltmaması gerekir. İletişim, bir takım iletilerin karşı tarafa ulaştırılması sürecidir. Bu nedenle telekomünikasyon terimini geniş anlamda kullanmak daha uygun olacaktır (Malkoç, Yüksektepe, 2005:370). Nitekim Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’te telekomünikasyon, “*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” olarak tanımlanmaktadır (Resmi Gazete Sayı: 25365; Tarih: 06.02.2004).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin diğer türleri üzerinde de takip ve kontrol yapılabilir. Kanımızca, günümüzde telefon iletişiminden sonra iletişimin kontrolüne en fazla konu olan, elektronik iletişim, daha somut ifade ile bilgisayar ile internet üzerinden yapılan iletişimidir. Terör örgütlerinin bile tercih ettiği bir haberleşme şekli olan internet üzerinden haberleşmenin kontrolü de telefon dinlemesinden çok farklı değildir (Durmuş, 2006:89).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini kapsamına almaktadır (Tezcan, ve diğ., 2006:347; Malkoç, Yüksektepe, 2005:370).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine, ceza muhakemesi dışında *önleyici* amaçla ve *istihbarat amacıyla* da başvurulabilmektedir. CMK'da söz konusu tedbirin uygulanması, "*bir suç dolayısıyla*" ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, *delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun kovuşturmasıyla* sınırlı olduğu söylenebilir. Böylece söz konusu tedbirin *bastırıcı* niteliği açığa kavuşturulmuş; bunun dışındaki bir amaçla tedbire başvurma olanağı ortadan kaldırılmıştır (Erdem, 2005).

Öte yandan bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılması olanaksızdır (*amaca bağlılık ilkesi*) (Erdem, 2005).

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etmenin mümkün olmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Savcı kararı yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunar. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içerisinde verir. 24 saatlik süre dolmuşsa veya hâkim kararını aksi yönde vermişse, söz konusu tedbir savcı tarafından kaldırılır. Bu tedbirin uygulanması için; suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Savcı, belirlenen sürede kararını hâkim onayına sunacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluğa, tedbire karar verme yetkisi tanınmamıştır. Bu süre zarfında elde edilen bilgilerin Kanun'da açıkça kullanılabileceği düzenlenmemiştir. O halde, onay aşamasına kadar elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilememesi gerekecektir (Öztürk, Erdem, 2008:641; Malkoç, Yüksektepe, 2005:370).

CMK’da da tedbire bütün suçlar bakımından değil, ancak kanunda sayılan suçlar bakımından başvurulabilmesi sağlanmıştır. İletişimin denetlenmesinin hangi suçlar bakımından kullanılabilceği, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılmıştır. Tedbire başvurulabilmesinin ilk koşulu, suçun bu katalogda sayılan suçlardan biri olmasıdır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, esas itibarıyla sanık ve şüpheliye yönelik olarak uygulanır (md. 135/1). *Şüpheli veya sanığın özel soruşturma kurallarına bağlı olması veya dokunulmazlıktan yararlanması, hakkında bu tedbirin uygulanmasına engel değildir* (Öztürk, Erdem, 2008:642). Yasada, bir yenilik olarak, tanıklıktan çekinebilecekler bakımından bir istisna getirilmiştir. Madde 135/2 gereği; “Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.”

Müdafinin bürosunun aranması hususu Kanun’un 136/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz. Burada ayırt edici husus müdafinin bürosunun, bu kanun kapsamında yalnızca şüpheli veya sanığa yüklenen suçlar nedeniyle tedbirin uygulanamayacak olmasıdır. Yoksa kendisinin şüpheli veya sanık olduğu durumlar için 136/1 maddenin uygulanma olanağı yoktur.

CMK md. 135/f.3 c.1 bendinde “Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti olanak veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.” denilmektedir (Tezcan, ve diğ., 2006:347). Burada iletişim araçları kavramı içerisine hangi tür araçların girdiği veya girebileceğine bakılacak olursa başta telefon olmak üzere, ses, görüntü, data vb. veriyi iletmekte kullanılan her türlü cihazın konu olabileceği görülmektedir. Dolayısıyla kararda, icra organları için, bu cihazlara yönelik kimlik bilgilerinin açık şekilde yer alması gerekecektir. Bu bilgiler cihazların özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Örneğin, bir telefon için telefon numarası olurken, bilgisayar vasıtasıyla yapılacak iletişim için bilgisayar kimlik numarası (IP) olacaktır (Durmuş, 2006:100).

CMK md. 135/3 c.2 de tedbire ilişkin kararın en çok üç ay için verilebileceğini ve bu sürenin ancak bir defa uzatılabileceği öngörülmüştür. Buna göre CMK uyarınca uzatma ile birlikte kararın süresi 6 ayı geçemeyecektir. Bu düzenleme karşısında uzatma ile birlikte toplam 6 aylık sürenin dolması durumunda, söz gelimi suç örgütünü en üst düzeyde yöneten elebaşılara ulaşma olanağı bulunmasına rağmen, tedbire son verilmesi gerekecektir. Bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak amacıyla CMK md. 135/3'te 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak” bu sürenin sınırsız biçimde uzatılabilmesine olanak sağlanmıştır. Uzatma kararı verilebilmesi için tedbire başvurabilmesi için gerekli koşulların halen mevcut olması ve mevcut olduğunun da uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir. Üç aylık süre, kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlar. Sürenin dolması nedeniyle tedbire son verilmiş ise sonradan koşulları gerçekleştiği için aynı şüpheli veya sanık hakkında aynı suç nedeniyle tedbire yeniden karar verilemez (Öztürk, Erdem, 2008:643).

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin amaç dışı kullanılmasını önlemek için, tedbirin uygulanmasından sonra, artık gerek duyulmayan ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu elde edilmiş olan bilgilerin yok edilmesi gerekir. Tedbir uygulanması sonucu elde edilen bilgiler, savcının denetimi altında, tedbire son verilmesi tarihinden itibaren en geç 10 gün içinde tespit ve kayıtlar yok edilir (CMK md. 137/3).

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulandıktan hemen sonra olabildiğince erken ve kapsamlı olarak taraflara haklarında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesi söz konusudur. CMK md. 137/4 uyarınca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden (yani iddianamenin mahkemece kabulü tarihinden) itibaren en geç on beş gün içinde Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.

Dinleme sırasında, yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delil elde edilmiş ise CMK md. 138/2 bu delilin değerlendirilmesine bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, tesadüfen elde edilen bilgilerin, bu bilgiler eğer yine CMK

md. 135/6'da sayılan suçlardan birisine ilişkin ise ancak bu takdirde delil olarak değerlendirilebilmesine olanak sağlamaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, savcılık ve onun yardımcı organı olan kolluk tarafından yerine getirilmektedir (md. 137/1). Haberleşmeye aracılık eden kurumlar ise gerekli bağlantıyı gerçekleştirmek suretiyle iletişimin dinlenmesi ve konuşmanın kaydedilmesine olanak sağlamak zorundadır (Öztürk, Erdem, 2008:646).

23.07.2006 tarihinden itibaren ise tüm dinlemeler Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülmektedir. Nitekim bu görev TİB'e 5397 sayılı kanunla verilmiştir. Esas amaç, polisin, jandarmanın ve istihbarat birimlerinin dinleme ve izlemelerini tek elde toplamak ve bu dinlemelerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. TİB, burada hem işi bizzat icra eden hem de bu işi emniyet ve istihbari kurumlar arasında koordine eden bir kurumdur (Ahi, 2009). Böylece, Türkiye artık amacı yalnızca telekomünikasyon araçlarının denetlenmesi olan bir kuruma kavuşmuş ve bunun sonucu olarak da devletin ve hukukun istediği her tür dinleme yapılabilir hale gelmiştir (Heper, 2007:10).

Sadece iletişimin denetlemesi değil, iletişimle ilgili diğer bilgilerin kontrolünün de haberleşme özgürlüğü kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, hangi numaralarla, ne zaman ve ne kadar süre haberleşme yapıldığını içeren bilgi bu kapsamda değerlendirilmelidir (Avcı, 2006:37). İletişimin içeriğine girmeksizin, söz gelimi görüşülen numaraların tespiti türünden bilgilerin elde edilmesi de haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilir. Hatta cep telefonun hafızasında kayıtlı telefon numaraları da özel hayat kapsamında değerlendirilmeli ve bunlara ulaşılması "iletişimin denetlenmesi"ndeki prosedüre bağlı olmalıdır.

7.3.4. Teknik Araçlarla Takip

"Teknik araç", insanın görme ve işitme duyusunun algılama yeteneğinin sınırlarını aşmaya yardım eden her türlü teknik tertibatı ifade etmektedir. İlgilinin akustik veya optik olarak gözetlenmesi amacıyla kullanılan söz konusu teknik

araçlar, günümüzde önemli gelişme kaydetmiştir. Gerçekten de bugün mini mikrofon ve dinleyiciler yanında uzak bir mesafeden yapılan konuşmaları dinleme olanağı sağlayan, gönderilen sinyallerle taşıt araçları ve diğer eşyanın, nerede bulunursa bulunsun yerini tespit edebilen cihazlardan yararlanılabilmektedir. Bundan başka optik gözetleme için video kameralar, fotoğraf makineleri, dürbünler, gece görüşü sağlayan kızıl ötesi araçlar geliştirilmiştir (Tezcan, ve diğ., 2006:355).

Kullanılan aracın teknik kapasitesine göre, değişik seçenek ve kombinasyon olanakları ortaya çıkmaktadır. CMK md. 140/1'de sözü edilen durumda, bu tür araçlardan işlenmiş bir suçu aydınlatmak amacıyla gizli ses veya görüntü almak amacıyla yararlanılması söz konusudur. Bununla birlikte araya bir vasıta sokulmak suretiyle haberleşmeyi sağlayan iletişim araçları CMK md. 140/1 anlamında teknik araç deyiminin kapsamı dışında kalır. Bu tür telekomünikasyon araçlarının kullanılması bakımından CMK md. 135 vd. hükümleri uygulama alanı bulur

Bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması dolayısıyla başlatılan soruşturmada, başka suretle delil elde etme imkânının olmaması durumunda, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri, teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Teknik araçlarla takip tedbirine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla başvurulabilir. Söz konusu tedbire ancak, 140. maddede sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe belirtilerinin varlığı halinde başvurulabilir. Kanun açıkça, kişinin açık yerlerdeki ve iş yerindeki faaliyetlerinin bu madde kapsamında izlenebileceğini öngörmüştür. Yani *kişinin konutunda bu tedbir uygulanmaz* (Öztürk, Erdem, 2008:653; Şafak, Bıçak, 2009:133).

Bu tür teknik araçlar, dışarıdan konutun gözetlenmesi amacıyla kullanılsın ya da bizzat konut içine yerleştirilmiş olsun, her iki durumda da bu tür teknik araçların kullanılması yasak olup, bu şekilde elde edilen bilgiler hukuka aykırı olacağı için delil olarak değerlendirilemez. “Özel otomobil”, konut sayılmayacağı için bunlara yönelik olarak teknik araçlarla dinleme ve görüntü alma bakımından CMK md. 140/1 uygulama alanı bulur (Tezcan, ve diğ., 2006:355).

Tedbirin uygulama alanına giren suçlar katalog biçiminde sınırlayıcı olarak sayılmış olup, CMK md. 140/1'de sayılan suçlar dışında söz konusu tedbire başvurulması mümkün değildir. Tedbire, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı karar verir. Cumhuriyet savcısı tarafından karar verildiğinde bu kararın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir (md. 140/2).

Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört hafta için verilebilir. Bu süre bir defa uzatılabilir. Yani teknik araçlarla izleme en fazla sekiz hafta yapılabilir. Hangi suç nedeniyle alınmış ise o suçları aydınlatılması amacıyla kullanılabilir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, hâkim birer hafta olarak müteaddit defalar bu süreyi uzatabilir. Elde edilen bilgi, ses ve görüntüler ceza soruşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde savcı gözetiminde derhal yok edilir. Burada herhangi bir süre öngörülmemiştir (md.140/3-4).

Burada da, özel hayatın sır alanı ve özel hayat alanına nazaran, daha dar kapsamlı olarak korunan, hayatın genel alanı izlemeye tabi tutulmaktadır. (Avcı, 2006:40). Teknik takip kişinin konutunda uygulanamaz (md.140/5).

Posta Kanunu, Tebligat Kanunu, Telsiz Kanunu, Bilgi Edinme Kanunu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele kanunu, Elektronik İmza Kanunu gibi kanunlarda da kişilerin özel hayatını korumaya ilişkin ve iletişimin denetlenmesi ve iletişim özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır (Ayci, 2005).

Görüldüğü gibi yeni Ceza kanunu ve Ceza Muhakemesi kanunu getirdiği çağdaş düzenlemelerle, önemli boşlukların olduğu bazı konuları ayrıntılı biçimde ele almıştır. Yasalar hazırlanırken çağdaş insan hakları belgeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları temel alınmış, düzenlemelerde mümkün olduğu kadar hem toplum düzeninin sağlanması hem kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunması hem de uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerimiz gözetilmiştir.

7.4. Diğer Bazı Kanunlarda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Türk Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ille ilgili düzenlemelere, özel nitelikteki kanunlarda da yer verilmiştir. Yürürlükteki özel

nitelikteki kanunlar arasında, sadece özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını düzenleyen herhangi bir kanun bulunmamaktadır. Buna rağmen, mevcut özel nitelikli kanunların çeşitli hükümlerinde, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını kapsamına alan düzenlemeler vardır.

7.4.1. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Hakkındaki Kanun, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili olarak kapsamına aldığı hükümler nedeniyle, öncelikle incelenmesi gereken özel nitelikteki bir kanundur.

5846 sayılı FSEK, kişilerin kendi sözleri, resimleri ve mektupları üzerinde sahip oldukları hakların başkaları tarafından ihlal edilmesi fiillerine hukuki ve cezai yaptırımlar getirmiştir. FSEK'in 19., 83., 84., 85. ve 86. maddeleri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına güvence sağlayan hükümler olarak kabul edilebilirler.

FSEK'in 83. maddesi ad ve alametleri koruyucu bir ifadeyle, “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz.” demektedir. Bununla birlikte bu hükmün uygulanabilmesi, ad, alamet ve dış şekillerin bir esere, bir kişiye özel olarak ait olmasına bağlıdır (Şen, 1996:174).

“Bir işareti, resmi veya sesi, bunların naklini sağlayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan veya yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir” (FSEK md.84/1). Ayrıca Kanun, eser mahiyetinde bulunmayan her çeşit fotoğrafları, benzer usullerle tespit edilen resimleri ve sinema mahsullerini yukarıdaki koruma kapsamına dâhil etmiştir (FSEK md.84/3). Yani, bir kimsenin özel hayatı kapsamına giren fotoğraf, resim ve söz gibi ürünlerin, bu ürünlerin sahibinin rızası olmaksızın nakli sağlayan vasıtalarla belirlemek, çoğaltmak ve yaymak imkânı mevcut değildir

Eser niteliğinde bulunmasa bile, mektuplar, anılar veya bunlara benzer yazılar, yazarların; bunlar ölmüş bulunuyorsa yakınlarının rızası olmadıkça

yayınlanamazlar (FSEK md.19). Mektupların yayınlanabilmesi için, ayrıca mektubun gönderildiği kimsenin de rızasının alınması gerekir. Gönderilenin ölümü halinde bu rıza, onun yakınları tarafından verilebilir. Ancak, gönderilenin ölümünün üzerinden 10 yıl geçmiş ise artık yakınlarından rıza alınmasına gerek yoktur (FSEK md.85/2).

Yukarıda açıkladığımız FSEK'in hükümlerine aykırı hareket edilirse bu Kanunun ilgili hükümlerinden başka Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ve TCK'nın 132, 134, 139 ve 140. maddeleri uygulama alanı bulacaktır (FSEK md.85/3). Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi hükmü saklıdır (FSEK md.85/4).

Bazen kamu yararı hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilir. Örneğin, polis tarafından aranan bir suçlunun fotoğrafının çoğaltılması, bir davanın aydınlatılmasına yarayacak ses bantlarının açıklanmasında üstün kamu yararının varlığı kişilik haklarına saldırıyı engeller (Helvacı, 2006:100).

Bu kanunun özel nitelikte bir kanun olması ve bu nedenle de mağdur olanların hakkını koruması noktasında kendisi bir sistem geliştirmeyip, başka kanunlara atıf yapması sebebiyle fazlaca uygulama alanı bulamaması sonucunu doğurmuştur (Şen, 1996:178).

7.4.2. 5187 Sayılı Basın Kanunu

5680 sayılı Basın Kanunu 09.06.2004 tarihinde kabul edilen 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun 30. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Basın Kanunu'nda olduğu gibi, yeni Basın Kanunu'nda da özel hayatı koruyucu ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Kişilerin özel hayatlarına basın yoluyla saldırıların oldukça kolay ve fazla olduğu günümüzde bu hususun ayrıca düzenlenmemesi, kanun açısından önemli bir eksikliklerdir.

Dördüncü kuvvet olarak gösterilen basın, özgürlüğünden faydalanarak bireylerin menfaatleriyle kimi zaman çatışmaya düştüğü görülür. Cevap ve düzeltme hakkı bu çatışmanın sonucunda doğan bir haktır.

Cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, ilgili kişi veya kuruluşlara aynı araçlardan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma, yanlış beyanları düzeltme imkânı sağlayan bir haktır. Anayasa'nın 32. maddesi ile güvence altına alınan bu hak, Basın Kanunu'nun 14. maddesi ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 28. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Basın Kanunu md. 14'de cevap ve düzeltme hakkı sadece süreli yayınlar için kabul edilmiştir. Şeref ve haysiyeti ihlal eden yayınlar ile gerçeğe aykırı yayınlar neticesinde zarar gören kişi bu haktan yararlanabilecektir. Bu haktan yararlanmak isteyen kişi, suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını yayım tarihinden itibaren *iki ay içinde* sorumlu müdüre göndermelidir. Sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren *en geç üç gün içinde*, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren *üç günden sonraki ilk nüshada* yayımlamak zorundadır. Belirtmek gerekir ki, anılan düzeltme ve cevap yazısı, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlanmalıdır.

Düzeltilme ve cevap yazısı yukarıda ifade edilenden farklı bir şekilde yayımlanırsa ya da süresi içinde yayımlanmazsa cevap ve düzeltme talep eden kişi, yayım tarihinden itibaren *15 gün içinde* bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın Basın Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi anılan istemleri *üç gün içerisinde*, duruşma yapmaksızın karara bağlar. Hâkimin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam *üç gün içinde* itirazı inceleyerek karar verir ve verdiği kararı kesindir.

Belirtmek gerekir ki, medya yoluyla yapılan kişilik hakkı ihlallerinde en sık rastlanan örneklerden biri de mahkeme kararından önce bir kişinin suçlu ilan edilmesidir. Bu noktada kişilik hakkı üstün nitelikteki kamusal yararın önüne geçmiş olmaktadır. Özellikle sansasyonel haber yapma amacı ile mahkeme kararından önce hukuken yasak olmasına rağmen (*Basın Kanunu md. 14,19; Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik md. 5; CMK md. 157, 187; TCK md. 132 vd.*) konuyla ilgili yayınlar yapılmakta, insanların özel yaşamlarına

müdahale edilmektedir. Böyle bir durumda hukuka uygunluk sebebinden bahsetmek söz konusu olamayacaktır (İstanbul Barosu, 2009).

5187 sayılı Basın Kanunu'nda 19. maddede *yargıyı etkileme* başlığı altında; hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, savcı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse ağır para cezasıyla cezalandırılmıştır. Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da anılan cezalar uygulanır.

7.4.3. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu

11.11.1983 tarih ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeye açıkça yer vermiştir. Bu kanunun yayın esasları başlığını taşıyan 5. maddesinin j bendinde, “kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak” genel yayın esasını kabul etmek suretiyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına esaslı bir güvence sağlamıştır. Bu hükme göre, TRT'nin yayın esaslarından birisi olarak kabul edilen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ihlal edebilecek nitelikteki yayınlar yapılmayacaktır (Şen, 1996:193).

2954 sayılı Kanunun 27. maddesinde, yayınlarda bir kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı hususlar bulunması halinde, o kişi tarafından kullanılacak düzeltme ve cevap hakkı TRT yayınları açısından ayrıca düzenlenmiştir. Düzeltme ve cevap hakkını kullanmak isteyen kişi, yayın tarihinden itibaren başlayarak yedi gün içinde göndereceği düzeltme ve cevap metninin TRT'de yayınlanmasını TRT Genel Müdürlüğü'nden ister ve bu talebin Genel Müdürlüğe ulaşmasından itibaren üç gün içinde yayınlanması gerekir. Düzeltme ve cevap hakkının yayınlanmaması halinde ilgilinin yasal yollara başvurmak hakkı vardır. Düzeltme ve cevap hakkının gereği gibi yayınlanmaması durumunda da 2954 sayılı Kanunun 27. maddesinde gösterilen yasal yollar kullanılabilir.

7.4.4. 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

1982 Anayasası'nın 133. maddesi 08.07.1993 gün ve 3913 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayana kadar, radyo ve televizyon yayınları tümüyle Devlet eliyle yürütülmekteydi ve hukuk metinlerinde bu yayınların Devlet tekelinde olduğu belirtilmekteydi. Daha sonra yasama organı, özel radyo ve televizyon yayınlarının bir düzene oturtulması ve hukuk kurallarına bağlanması amacıyla önce Anayasa'nın 133. maddesinde değişiklik yapmış ve sonra da 3984 sayılı Kanunu 13.04.1994 tarihinde kabul etmiştir. Böylece, özel radyo ve televizyon yayınlarının hukuk kuralları çerçevesinde ve kişi hak ve hürriyetlerine saygılı olacak şekilde yayın yapması amaçlanmıştır (Şen, 1996:198).

3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinde radyo, televizyon ve veri yayınlarının hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak, kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin devamında uyulması gereken yayın ilkeleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak özel hayatın gizliliği hakkı 4. maddedeki yayın ilkeleri arasında sayılmamışken bu eksiklik 2002 yılında yapılan 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile f bendinde "özel hayatın gizliliğine saygılı olunması" hakkı düzenlenmiştir.

Nitekim RTKYHK 28/1'e göre, "*Gerçek ve tüzelkişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkı tanınması için ilgililer yargı yoluna başvurabilirler*".

Kişilerin yargıya başvurmaları yayından itibaren 10 gün içinde yapılır. Mahkeme 3 gün içinde karar verir. Verilen karara karşı tebliğden itibaren 3 gün içinde bir üst mahkemeye itiraz edilebilir. Üst mahkeme ise 3 gün içinde karar verir. Verilen karar kesindir. Mahkeme kararının ilgili kuruluşa tebliğ edildiğinin ertesi günü yayın yapılacaktır. Yayını yapmayan veya karara uygun şekilde yapmayan veya geciktiren kuruluşun yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına ağır para cezası verilecektir. Ayrıca, kuruluşa Üst Kurulca eylemin ağırlığına göre üç aya kadar gelir getirici yayın yapma

yasağı verilebilir. İkinci kez tekrarı halinde ise yayın izni iptal edilecek ve en yüksek para cezasına çarptırılacaktır. Belirtmek gerekir ki, verilen cezalarda erteleme söz konusu olmayacaktır (İstanbul Barosu, 2009).

Yetkili ve görevli mahkeme ulusal yayın yapan kuruluşlar için Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar için ise başvuru sahibinin ikametgâhı sulh ceza mahkemesidir (md. 28).

Böylece, yukarıda özel hayatın korunması amacına hizmet edebileceğini söylediğimiz 3984 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan ilkelere herhangi birisine aykırı yayın yaptığını tespit ettiği radyo ve televizyon hakkında Üst Kurul, önce gerekçeli olarak yazılı bir uyarıyı ve bu uyarının içeriğinde; ihlalin tekrarlanması halinde sonuçlarını, yeni yayının belirli bir müddet durdurulacağını veya yayın izninin iptal edileceğini yayın ilkesi veya ilkelerine aykırı davranan ilgili radyo veya televizyon kuruluşuna bildirir (3984 sayılı Kanun md. 33/1). İhlalin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar Üst Kurul tarafından durdurulur veya yayın izni iptal edilir (md. 33/2).

7.5. Yönetmeliklerde Yer Alan Düzenlemeler

Anayasa'nın md. 124'e göre, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak üzere çıkarılabilecek yönetmeliklerde de özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik hükümler yer almaktadır (Özdemir, 2005:3). Genellikle yukarıda yazılı kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde konuya ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin md. 32'de, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin; md. 30'da, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idarî soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde, kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgelerin; md. 33'de, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl

edecek bilgi veya belgelerin ve md. 34’de de kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgilerin, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında kaldığı hükme bağlanmıştır (Özdemir, 2005:4).

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5’inci maddesinde, adli aramanın tanımı yapılırken, adli aramanın kişinin özel hayatının gizliliğinin sınırlandırılması olduğu ifade edildikten sonra, md. 23’te, konutta, işyerinde ve eklentilerinde arama yapılırken aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına gereken azami özenin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5’inci maddesinde de kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbî zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulmaması sağlık hizmetinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler arasında gösterilmiştir (Özdemir, 2005:4).

Kamu sağlığının korunması, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele kapsamında alınabilecek bazı tedbirler ya da genel ahlakın korunmasına yönelik tedbirler nedeniyle, özel hayatın gizliliği hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkün olabilecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesinin kenar başlığı olan “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi” hükmünün konumuzla ilgili fıkraları şu şekildedir:

“Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir”(f.1).

“Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi gerekir”(f.2-b).

“Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi gerekir” (f.2-e).

Sağlık mevzuatının pek çok yerinde mahremiyet hakkına vurgu yapılmaktadır. Bir örnek olarak Ana-Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği gösterilebilir: “Merkezde verilen bütün hizmetler, ... mahremiyete ve gizliliğe saygı gibi tıp etiği ilkeleri ile uygunluk içinde sunulur” (md.11).

Hastalığı ile ilgili olarak hastanın hekimine sır olarak açtığı ve açıklanmamak üzere emanet ettiği bilgiler ya da konulan tanı veya uygulanan tedavi hakkında üçüncü kişilere ya da basına açıklama yapılması da özel yaşamın gizliliğinin çiğnenmesi ve tipik bir mahremiyet ihlalidir. Eğer hasta kendisi ile ilgili bu bilgilerin en yakınlarına dahi açıklanmamasını istemişse mahremiyet hakkına daha bir duyarlı ve saygılı olmak gerekir (Deryal, 2010).

7.6. Özel Hayat ve Özel Hayata Müdahale İle İlgili Yüksek Yargı Kararları

Hukuk normlarımızda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı düzenlenmekle beraber hangi durumların özel hayat kapsamında yer aldığı ayrıntılı belirtilmemiştir. Uygulamada özel hayatın kapsamını ve nelerin özel hayata müdahale oluşturacağını yüksek yargının kararlarından öğrenmekteyiz. Bu konuda en çok Yargıtay kararlarından faydalanılmaktadır. Aşağıda verilen örnek yargı kararları, özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı konusunda aydınlatıcı olacaktır.

- Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde, 18 yaşını doldurmuş olmak, evli olmamak ve transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu belgelemek koşuluyla cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verileceği ve cinsiyet değişikliği için yapılacak ameliyattan sonra nüfus sicilinde de gerekli düzeltmenin yapılacağı öngörülmektedir. Nüfus sicilinde gerekli değişiklik yapıldıktan sonra kişinin evlenmesi de mümkün olabileceğinden, iç hukukumuz bakımından bu yönüyle Sözleşme'ye bir aykırılık bulunmamaktadır. Danıştay'ın 1993 yılında verdiği bu kararda, ameliyat sonucu kadın olan ve mahkemece cinsiyetinin kadın olarak düzeltilmesine karar verilen davacının, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda kız çocukları için öngörülen yetim aylığı bağlanması yönünde açtığı

dava sonucunda, nüfusa kadın olarak tescil edilen davacının, kadınların tüm haklarının yararlanabileceğini ve bu bağlamda yetim aylığı bağlanmasına hak kazandığı belirtilmiştir (Ayhan, 2004). Görüldüğü üzere ülkemizde bireyin içinde bulunduğu durum rahatlatılmış, AİHM'nin muhayyer kaldığı bu konuda bireyin yaşam standardında iyileştirmeye gidilmiştir.

- Yargıtay bir kararında (HGK, 03.10.1990, E. 1990/275- K. 1990/159) davacılara ait ve Anıtkabir içinde çekilmiş resmin, davalıya ait derginin reklamlarında kullanılmasını, panolarda yayınlanmasını, davacıların resimde bir ayrıntı şeklinde olmadıkları, resmin izinsiz ve ticari amaçla kullanıldığı gerekçesiyle kişilik hakkına saldırı saymıştır (Helvacı, 2006:99).

- Dar anlamda özel hayat çevresinde yer alan olayların bu hayat çevresinin paylaşıldığı kişilere yayılması hukuka aykırı sayılmaz. Oysa bu olayların kişinin rızası dışı üçüncü kişilerce izlenmesi, kaydedilmesi veya basın tarafından açıklanması hukuka aykırıdır. Ancak Yargıtay bir kararında kamu yararı varlığı nedeniyle dar anlamda özel hayata müdahale niteliğindeki bir haberi hukuka aykırı saymamıştır. Yargıtay HGK, 24.03. 2004, E.2004/4-155 -K. 2004/157, sayılı kararında, daha önce Hepatit C hastalığı tedavisi gören doktorla ilgili, bir gazetede çıkan "Hepatit C'li doktor çalışabilir mi?" başlıklı haber konu olmuştur. Doktor tarafından açılan davada, basının haber verme özgürlüğü buna bağlı olarak kamu yararı ile kişinin özel hayatı kapsamında, sağlık sırlarıyla ilgili menfaati karşı karşıya gelmiştir. Yargıtay nihayetinde söz konusu hastalığın, tedavi gören hastalara geçme riski olduğundan, davaya konu haberin yapılmasında kamu yararı olduğunu, bu nedenle söz konusu haberin içeriğinin "özel yaşam alanı içinde gizli kalması gereken olaylardan" olmadığı, sonucuna vararak davanın reddine karar vermiştir. Aslında Yargıtay, kişinin özel hayatına müdahalede hukuka uygunluk sebeplerinden olan "üstün nitelikte kamu yararı"ını bünyesinde taşıdığı gerekçesiyle davayı reddetmeliydi.

- Sanığın ikametgahında kenevir bitkisi ekildiği ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın kolluk tarafından re'sen arama yapılmış ve yasadışı ekilmiş kenevirler bulunmuştur. Bunun akabinde, şüphelinin ifadesine başvurulmuş, arama ile elde edilen suç unsuru karşısında şüpheli üzerine atılı suçlamayı itiraf etmiştir. Yargıtay

CGK, hâkim kararı olmaksızın yapılan ve hukuka aykırı olduğu kabul edilen böyle bir arama neticesinde elde edilen ifadenin de yargılamada delil olarak kullanılamayacağı sonucuna varmıştır. Yarg. CGK'nın 29.11.2005 tarihli (E. 2005/7-144, K. 2005/150) kararında; hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen yasak delillerle köşeye sıkıştırılan şüphelinin, suçu kabul eden ifadelerinin “yasak yöntem kullanılarak alınan ifadeler” kapsamında değerlendirileceği, yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacağını kabul etmiştir. Yarg. CGK kararında bunu; “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur.” kuralıyla açıklamıştır (Aksoy, 2007:152).

- Yargıtay 8. CD, 9.6.1999, 9021/9538 Esas ve Karar sayılı kararında haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen bilgilerin “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı” ilkesi öngörülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin hükme dayanak alınamayacağına karar vermiştir (Durmuş, 2006:138). Ceza Genel Kurulu'nun 15.10.2002 gün ve 8-191/362 sayılı kararında ise “... Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz.” denilmek suretiyle aynı minvalde bir karar vermiştir.

- Yargıtay 4. Ceza Dairesi (05.12.2005, E. 2004/8763, K. 2005/21445) tarafından verilen bir kararda, elektronik posta yolu ile hakaret eylemi ile ilgili olarak “... sanığın kendisine zayıf not veren öğretim görevlisi, mağdur ile birkaç kişiye gönderdiği elektronik posta iletilisiyle mağdura sövmekten ibaret eyleminde; Sözü edilen iletiyi internet servis sağlayıcısından gönderen bilgisayarın (I.P.) numarasının sorulması, bu yolla bilgisayarın kime ait olduğunun saptanması sonucuna göre, 1- İnternet Kafe gibi umuma açık yerlerde bulunan bir bilgisayardan ileti gönderilmiş ise sanığın beraatine 2- Sanığın evi ya da işyerinde bulunan kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise mahkumiyetine 3- Olayla ilgisi bulunmayan bir üçüncü kişinin kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise bu şahsın tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı biçimde hüküm

kurulması...” denilerek sorumluluğun tayini hususunda öncelikle teknik bilgilerin toplanarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmasından bahsedilmiştir (Soysal, 2007:13).

- Yargıtay son zamanlarda vermiş olduğu bir kararında: Eşinin sadakatinden şüphe duyan bir kocanın eve kurmuş olduğu ses kayıt sistemiyle, eşinin izinsiz olarak müşterek konuta kabul ettiği erkek ve kadınların seslerinin kaydedilmesini ve bunun boşanma davasında öne sürülmesini, özel hayatın gizliliğinin ihlali saymamıştır. Aksine kadının, kocasından habersiz olarak eve almış olduğu bay, bayan arkadaşlarından dolayı, aile hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca bu kararda evlilik birliğinde, müşterek hanede yaşananların kişinin özel alanı değil aile yaşam alanı kapsamında olduğunu vurgulamıştır (Yarg. 2. HD, 20.10.2008, E. 2007/17220- K. 2008/13614).

- Yargıtay HGK, 25.4.2004 gün 2002/2-617-648 sayılı kararında; boşanma davasında delil olarak sunulan “günlüğün” delil olma niteliği ile ilgili olarak: “Özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanına hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin, kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmişse bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun, söz konusu delil mahkemede kullanılamaz. Günlükte insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanını oluşturan bilgiler yer alır. Öncelikle özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Hukuka uygun yollardan elde edilmemiş deliller yasal bir delil olarak değerlendirilemez.” değerlendirmesini yapmıştır (Erkan, 2004:7).

- Devlet suç ve suçlulukla etkin mücadele etmek amacıyla, istihbarat birimleri aracılığıyla kişilerin telekomünikasyon yoluyla yapmış oldukları iletişimi, önleme dinlemesi adıyla tespit edebilmektedir. Ancak bu dinlemelerde suiistimal edilmemesi için belli kurallara tabi olması gerekmektedir. Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında: Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin, Jandarmanın Genel Komutanlığı’nın önleme dinlemesiyle ilgili talebinde, jandarmanın suçlulukla mücadele kapsamında Türkiye genelinde önleme dinlemesi yapabileceğine karar vermiştir. Kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay’a giden karar hakkında: Anayasa md. 22’de yer alan, özel hayatın gizliliği kapsamında olan iletişim özgürlüğü ve AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı duyulması hakkına atıf yapan

yüksek Mahkeme, “Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde iletişimin denetlenmesi yetkisi verilemez.” gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir (Yarg. 9. CD, 04.06.2008, E. 2008/874, K. 2008/7160).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL
HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI
VE TÜRKİYE ÜZERİNE AİHM KARARLARI

Çalışmanın önemli bir kesimi olan dördüncü bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda 8. madde ele alınıp, madde kapsamında özel hayatın tanımı ve kapsamı gösterildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla alakalı kararları ışığında özel hayatın içeriği ortaya konulmaktadır. Sözleşme kapsamında 8. maddede belirtilen hakların sınırlanması ve koşulları, bu haklar ile ilgili devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü izah edilmektedir. Sözleşme ile Türk Hukuku arasındaki bağ ele alındıktan sonra 8. madde kapsamında AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarıyla özel hayatın gizliliği konusunda ülkemizin içinde bulunduğu durum gösterilmektedir. Konuyla alakalı nitelik ve sayısal inceleme de tezin önemli bir yerini oluşturmaktadır.

8. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İkinci Dünya Savaşı'ndan maddî ve manevî büyük kayıplarla çıkan Avrupa'da insan hak ve özgürlüklerinin korunup gelişmesine yönelik bir birlik çalışması içerisine girilmiş (Özbey, 2005:13), bir daha aynı trajedilerin yaşanmamasını sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi'nin oluşturulması fikri ortaya atılmıştır (Ergül, 2004:3).

10 Batı Avrupa Ülkesi (Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya, İsveç) tarafından 05.05.1949 yılında Londra'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü, 03.08.1949 tarihinde yürürlük kazanmıştır (Özbey, 2005:13). Türkiye ise 8.8.1949 tarihinden geçerli olmak üzere Avrupa Konseyi üyesi olmuştur (R.G. 17.12.1949-7382) (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:8). Şu an Avrupa Konseyi'nde 47 üye ülke bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'ne Belarus,

Kazakistan, Kosova ve Vatikan hariç tüm Avrupa ülkeleri üyedir (<http://tr.wikipedia.org>).

Avrupa Konseyi'nin amaçları arasında yer alan ilkelerin en önemlisi kuşkusuz insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Konsey Statüsünün 3. maddesinde her üye devletin, hukukun üstünlüğü ilkesini ve kendi yetki alanı içinde bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkesini kabul ettiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Statü, 8. maddesinde insan haklarını ve temel özgürlüklerini güvence altına almak için bunları ciddi bir biçimde çiğneyen üye devletlerin Konsey'den çıkarılması yolunu öngörmüş, insan haklarına saygılı olmayı bir yaptırıma bağlamıştır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:8).

1949'da kurulan Avrupa Konseyi, kuruluşundan kısa süre sonra insan hakları alanındaki ilk sözleşmesini imzaya açmıştır: “*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi*” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak da bilinmektedir (Özbey, 2005:19). Bu sözleşme, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye 1990'lı yıllara değin Avrupa Konseyi üyesi Batı Avrupa devletleri taraf olmuştur. 1990'lı yıllarda Orta ve Doğu Avrupa devletlerinin de Avrupa Konseyi'ne katılmaları sonrasında, AİHS'ye taraf devlet sayısı artmıştır (Özdek, 2004:27). AİHS, Avrupa Konseyi üyesi 187 devlet tarafından onaylanmıştır (<http://tr.wikipedia.org>).

Sözleşme BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden farklı olarak, insan hakları oluşturma değil, her türlü politik eylemin önceliğinde sürekli bir değer olan “insan olanın” tanınmasıdır (Ergül, 2004:9).

AİHS'nin önemi, insan haklarını uluslararası düzeyde güvenceye almasında yatar. Sözleşme, İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen uluslararası insan hakları hukukunun ilk kaynakları arasında yer alır. 1945 sonrasında insan haklarını uluslararası alana taşıyan girişimlerin başında, Birleşmiş Milletlerce 1948'de ilan edilen İHEB gelir. Bildirinin ilanından kısa süre sonra imzaya açılan AİHS ise getirdiği koruma mekanizması ile İHEB'de ilan edilen insan haklarının bir kısmını uluslararası düzeyde güvenceye alan en eski kaynak özelliğini gösterir. Sözleşme ile Avrupa kıtasında, insan haklarının bölgesel bir koruma sistemi yaratılmıştır. Bu

sistem, daha sonra Amerika ve Afrika kıtalarında örnekleri görülecek olan bölgesel koruma sistemlerinin de öncüsüdür (Özdek, 2004:27).

AİHS, kapsadığı insan hakları bakımından bir yenilik içermemektedir. Sözleşme'nin tanıdığı haklar, Sözleşme'nin hazırlandığı tarihte Batı demokrasilerinin anayasalarında yer alan bazı kişisel ve siyasal haklardır (Özdek, 2004:27).

8.1. Sözleşmenin Kapsamı

Başlangıç kısmı, üç bölüm ve 59 maddeden oluşan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen haklar ve özgürlükler, esas olarak birinci kuşak haklarına ilişkindir. Sözleşme'nin 14. maddesine kadar "*esasa ilişkin*" hukuki düzenlemeler oluştururken, geri kalan maddeler de "*usule ilişkin*" hukuki düzenleme niteliğindedir (Özbey, 2005:21). Sözleşmeci taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkes için bu Sözleşme'nin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alır.

Sözleşme'nin bir bütün olarak uygulanması için standart oluşturan bu maddesin ardından gelen I. Bölüm (md. 2–18), Sözleşmenin güvenceye aldığı maddi hakları içermektedir. II. Bölüm (md. 19-51), AİHS'nin denetim sisteminin organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) oluşumuna, yetkilerine, çalışma ve yargılama usullerine ilişkin hükümler getirmektedir. "Çeşitli Hükümler" başlığını taşıyan III. Bölüm (md. 52–59) ise, Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili çeşitli kurallara yer vermektedir (Özdek, 2004:29). Sözleşme'de aşağıdaki haklar yer almaktadır (Türkiye Anayasası ve Avrupa Birliği Anayasası ile ilgili madde sayıları da gösterilmiştir) :

- Yaşam Hakkı (AY md.15/2, 17/1, AİHS md.2, ABA md. II-2)
- İşkence, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranışta Bulunma ve Ceza Verme Yasağı (AY md. 17/3, AİHS md. 3, ABA md. II-3, 4),
- Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağı (AY md. 18, AİHS md.4, ABA md. II-5),
- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği (AY md. 19/1, 3, 9, AİHS md.5, ABA md. II-6),

- Adil Yargılanma (AY md.36/1, 138, 140, 141, AİHS md.6, ABA md. II-47, 48),
- Suç ve Cezaların Kanuniliği (AY md. 38/1, 2, AİHS md.7, ABA md. II-49),
- Özel Yaşama ve Aile Yaşamına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı (AİHS md.8, AY md.20/1, 21, 22, 26/2, ABA md. II-7,8,9,11),
- Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü (AİHS md.9, AY md.24, 25, ABA md. II-10, 22),
- Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü (AY md.15/2, 25, 26/1, 29/3, AİHS md. 10, ABA md. II-10, 22),
- Toplantı ve Dernek (sendika) Kurma Hakkı (AİHS md.11, AY md.33, 34, 51, ABA md. II -12, 28),
- Evlenme ve Aile Kurma Hakkı (AY md. 41, 174/4, AİHS md. 12, ABA md. II-9),
- Hak Arama Özgürlüğü (AY md.36,40, AİHS md.13, ABA md. II-47)
- Mülkiyet Hakkı (AY md. 35, AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol md. 1, ABA md. II -17)
- Eğitim Hakkı (AY md. 42, AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol md. 2, ABA md. II -14)
- Seçme ve Seçilme Özgürlüğü (AY md. 67 vd., AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol md. 3, ABA md. II -39-40) sayılabilir.

Sözleşme'deki eksiklikleri gidermek amacıyla bir takım ek protokoller oluşturulmuştur. Şu an itibariyle Sözleşme'nin 13 Ek Protokol'ü bulunmakta olup, Sözleşme 31.10.1998 tarihine kadar ilk şekliyle uygulanmıştır. 01 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile denetim mekanizması tamamıyla değiştirilmiştir (Özbey, 2005:19).

Sözleşme ve eklerinde yer alan haklar sınırlı olduğu gibi, bunların çeşitleri ve öğeleri de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmemiştir. Bu açıdan Sözleşme tüm hak ve özgürlükleri kapsayıp güvence altına almamaktadır. Sözleşme ve protokollerde yer alan hak ve özgürlükler oldukça sınırlıdır. Bunların Batı demokrasisinin ulaştığı düzeyin belki altında kaldığı da söylenebilir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:11).

8.2. Sözleşmenin Özellikleri

Sözleşme, bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilme yolunu açmış, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmış, uluslararası hukukun süjesi kabul etmiştir. İnsan haklarının çiğnenmesinden dolayı devletin uluslararası yargının önüne çıkarılması, uluslararası adaletin, ulusal adalete benzetilmesi ancak AİHS ile gerçekleştirilmiştir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:16).

“Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme'nin belkemiğidir.” (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:16). Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçasıdır. 11. Protokol, kişinin devlete karşı etkili şekilde korunması yolunu açan başvuru hakkını, devlet başvurusu gibi zorunlu yetki halinde getirdi (md. 34). 11. Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da kaldırıldığı için birey artık, doğrudan doğruya, “*Mahkeme*” olarak anılacak olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracaktır (md. 19).

Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasında her taraf devlet tek tek sorumlu tutulmuştur. Her sözleşen devlet, diğer taraf devletlerin Sözleşme'ye saygılı olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. AİHS'nin temel özelliklerinden birini “*devlet başvurusu*” oluşturmaktadır (md. 33). Taraf devletler, yalnız kendi vatandaşlarını veya kendi çıkarlarını değil, Sözleşme'nin uygulama alanı içinde bulunan herkesin haklarını korumak ve genel olarak da Sözleşme'ye saygı gösterilmesini sağlamak durumundadır (Öztürk, 2008:153).

Sözleşme'ye göre insan haklarının iç hukukça korunması asıl, uluslararası koruma ise ikincil niteliktedir. Bu nedenle, bireyin Sözleşme'nin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi için bazı özel durumlar dışında önce iç başvuru yollarını tüketmesi gerekecektir. Sözleşme'nin öngördüğü koruma, tamamlayıcı bir korumadır. Sözleşme organlarının devreye girmesi, ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış olan bir hakkın, ulusal merciden çıkan bir işlemlerle zedelenmesi durumunda söz konusu olur (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:16).

Sözleşme karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Uygulamada ise devletler, ya siyasal bir baskı aracı olarak ya da dolaylı da olsa uyruklarının veya kendilerinin çıkarlarını korumak için bu yola başvurumaktadırlar; devlet başvuruları genellikle siyasal amaç gütmektedir (Öztürk, 2008:153). Sözleşme, kişilere sağlanan temel hak ve özgürlüklerin, sözleşen devletlerce çiğnenmesini, karşılıklılık koşulu ve vatandaşlık bağı aranmaksızın korunması amacına yöneliktir. Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancılar da yararlanır. Sözleşme'nin birinci maddesinde belirtildiği gibi, devlet, Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri "kendi yetki alanında bulunan herkese" tanımak zorundadır (Tezcan ve diğ., 2002:53).

Sözleşme'nin bir özelliği de sözleşen devletlerin ulusal hukukunu etkilemesi, Sözleşme'ye aykırı yasaların, Sözleşme'ye uygun bir duruma getirilmesi gereğini doğurmasıdır. Sözleşme, kimi sözleşen devlet için anayasa düzeyinde, kimilerinde yasa düzeyinde, kimilerinde de Türkiye'de olduğu gibi, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen yasa gücünde olan ulusal hukukun bir parçasıdır. Bu durum, ulusal hukukun Sözleşme'ye uygun olmasında etkili olmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:17).

Sözleşme temel hakları belirtme yanında bunlara bazı kısıtlamalar da getirmiştir. Sözleşme, güvence altına aldığı özgürlüklerin sınırsız olarak kullanılamayacağı ilkesinden hareketle, kapsamında bulunan hak ve özgürlüklerin düzenlenmesine ilişkin ölçütler koymuştur. Örneğin, 8 ilâ 11. maddelerde olduğu gibi (md. 15) hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerinin birinci fıkrasında, tanınan hak ve özgürlükleri belirtmekte, ikinci fıkrada da kısıtlamada geçerli ölçütlere yer vermektedir. Müdahaleler hem öz hem biçim yönünden belli koşullara bağlanmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:17). Buna göre, temel hak ve özgürlükler, niteliklerine göre, ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin, ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle, yasal dayanağının bulunması ve "demokratik bir toplumda zorunlu önlemler" niteliğinde olması koşulu ile kısıtlanabilecektir (md. 8/2).

Sözleşme ayrıca, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda, devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden bir kısmını askıya

alabilmelerine olanak tanımıştır (md. 15). Buna karşın Sözleşme, hiç bir devlete, olağanüstü durumlarda bile, kişinin yaşama hakkına saygı gösterme yükümlülüğünden, ya da işkence ve kölelik yasağından veya suç ve cezaların kanuniliğinden kurtulma olanağını vermemiştir (Tezcan ve diğ., 2002:53).

Sözleşme, 17. maddesi ile "özgürlükleri yok etme özgürlüğünü" yasaklamıştır. Sözleşme ile sağlanan hakların, Sözleşme'nin temelini zedelemek amacı ile kullanılması durumunda, bazı haklar devletçe kısıtlanabilecektir. Bu madde bir bakıma Sözleşme'de yer alan hakların kötüye kullanılmasını önleme amacı gütmektedir (Öztürk, 2008:154). Unutulmaması gereken bir nokta, devletin de bu maddeyi kötüye kullanmasının önlenmesidir. Bunun için Sözleşme'de, kısıtlamaların uygulama alanını sınırlayan kurallara da yer verilmiştir. 18. madde kısıtlamaların amacı dışında kullanılmayacağı ve md. 14'te Sözleşme kurallarının uygulanmasında ayırım yapılmaması öngörülmüştür

Sözleşme, devletlerin çekince koyma hakkını sınırlandırmıştır. Uluslararası hukuka göre, bir devlet anlaşmayı kabul ederken, çekince koyabilir. Bu yolla, devlet, anlaşmanın kendi açısından uygulanmasını sınırlandırabilir. Sözleşme, çekince hakkının nasıl ve hangi koşullar altında kullanılabileceğini özel olarak 57. maddesi ile düzenlemiştir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:17).

8.3. Sözleşme Kapsamında Kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS'yi değiştiren, 11 Mayıs 1994'te kabul edilen ve 2 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol, bundan önce var olan Komisyon-Mahkeme ayırımı ortadan kaldırmış ve tüm görevleri Mahkeme'ye devretmiştir. Dünyanın en büyük mahkemesi olarak AİHM, 2 Kasım 1998 günü toplanarak göreve başlamıştır (Kaboğlu, 2002:216).

Mahkeme, önüne gelen davaları görmek üzere, üç yargıçtan oluşan Komiteler, yedi yargıçtan oluşan Daireler ve on yedi yargıçtan oluşan bir Büyük Daire halinde toplanır (md. 27).

Mahkeme kararları bütün taraf ülkeler için bağlayıcıdır. Merkezi Strasbourg'da bulunan Mahkeme, başvuru aşamasından karar alınmasına kadar davanın bütün aşamalarını yürütür. Bireysel başvuru ve devlet başvurularını çözümlmek (md. 33), kabul edilemezlik kararı vermek, tarafları dostane çözüme davet etmek AIHM'nin görevleri arasındadır.

9. SÖZLEŞME KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

AIHS'nin 8. maddesinde özel hayata yönelik önemli bir tespit yer almaktadır. Buna göre: “Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

9.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi

AIHS'nin 8. maddesi iki bölüme ayrılarak ele alınmıştır. 8. maddenin 1. fıkrası olan birinci bölümde, devletin bir birey için teminat altına aldığı hakların tam olarak hangileri olduğu belirtilir: Özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı.

8. maddenin 2. fıkrası olan ikinci bölümde, bazı şartlarda kamu yetkililerinin 8. maddedeki haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceği belirtilerek, söz konusu hakların mutlak olmadığı ifade edilir. 2. fıkrada, yukarıda sayılan haklara kamu yetkililerinin hangi şartlarda yasal olarak müdahale edebileceği belirtilmiştir. Sadece kanunlara uygun olarak ve 2. fıkrada belirtilen meşru hedeflerin birine veya birden fazlasına ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluyla, bireyin 8. madde haklarının devlet tarafından kabul edilebilir bir biçimde sınırlandırılması söz konusudur (Kilkelly, 2001:4).

Sistemik bakımdan Sözleşmenin 8, 9, 10, 11. maddeleri ile 4 No'lu Ek Protokolün 2. maddesi benzer bir yapıya sahiptir. Bu maddelerin hepsinde 1. fıkralarda korumaya alınan hak ve özgürlükler belirlenmekte, ikinci fıkralarda ise söz konusu değerlerin mutlak olmayıp müdahalelere yani sınırlamalara tabi tutulabilecekleri öngörülmektedir. Başka bir deyişle, 1. fıkralarda öngörülen haklara “saygı” emredilmekte ve birey hak sahibi kılınmakta; bunlara 2. fıkra saklı kalmak koşulu ile resmi makamların müdahalesi yasaklanmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:330).

8. madde klasik nitelikli haklardandır. Müdahalenin varlığını ortaya koymak başvurucuya düşmektedir. Daha sonra ispat yükü devletin üzerine geçer. Devlet, müdahalenin haklılığını kanunilik, gereklilik, orantılılık ve ayrımcılık yapmama açılarından ispatlamak zorundadır (Özbey, 2005:282).

1. fıkrada yer alan deyimler, bir bütün teşkil eden özel hayatın farklı unsurlarıdır. Bu nedendir ki Strasbourg organları 8. maddeye ilişkin bir şikâyet geldiği zaman bunu tercihen, alt unsurlara bakmadan (örneğin; “aile” yahut “konut” gibi) “Özel hayata müdahale” genel başlığı altında ele almayı yeğlemişlerdir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:331).

Birinci fıkranın bu şekilde uygulanması, koruma altına alınmış bulunan haklara özel kişilerden gelecek müdahalelerden de devletin sorumlu tutulmasını mümkün kılmıştır. Başka bir deyişle bireyler arasındaki ilişkilerde de bu haklara saygıyı gerekli ve yeterli tedbirlerin devlet tarafından alınması lazımdır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:333).

Maddenin bütününe egemen bu genel saptamalardan sonra 1. fıkrada yer alan kavramlar ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir. Bununla beraber gözden uzak tutmamak gerekir ki, özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları, bireysel yaşam gibi tek ve bir bütün teşkil eden kaynağın değişik uzantıları olarak bir anlamda içice geçmiş durumda bulduklarından, bunların biri konusundaki düşünceler ötekiler konusunda da geçerlidir. Örneğin, posta gönderilerinin açılıp okunması yahut telefon konuşmalarının dinlenmesi, konutta arama ve burada

bulunan kâğıtlara elkoyma, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliğini ihlâl yanında, özel hayata da müdahale demektir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:333).

9.2. AİHS'nin 8. Maddesinin Sözleşme'nin Diğer Hükümleriyle Bağlantısı

Komisyon, özel yaşam hakkının aynı zamanda bireyin kişiliğinin oluşması için diğer bireylerle ilişkiler kurma ve geliştirmeyi de belli ölçüde kapsadığını kabul ederek Sözleşme'nin ifade özgürlüğünün düzenleyen 10. maddesi ile 8. madde arasında bağlantı kurmaktadır (Üzeltürk, 2004:159). Ayrıca 'başkalarının şöhretinin korunması' ve 'gizli bilgilerin açıklanması' 10/2'ye göre bir sınırlama sebebidir. Komisyona göre birinin şöhretinin korunması sözleşmenin 6/1 maddesi anlamında bir 'medeni hak'tır'. 6. madde de adil yargılanma çerçevesinde öngörülen aleni yargılanmaya getirilecek bir sınır da, özel hayatın gizliliğidir. Adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, evlenme hakkı ilk bakışta 8. madde ile bağlantı kurulabilen haklardır (Heper, 2007:12).

Komisyon ve Mahkeme kararlarında, bu hükmü genellikle, evlenme ve aile kurma hakkını teminat altına alan Sözleşme'nin 12. maddesiyle birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca, Komisyonun görüşüne göre, 1 No'lu Protokolün 2. maddesi de açık bir şekilde özel hayat ve aile hayatını ilgilendiren konuları düzenlemektedir. Örneğin, Ek Protokolün 2. maddesi çerçevesinde çocukların eğitimi açısından bir önlem alınması veya ailelerinden keyfi bir şekilde alınarak bir okula veya kuruma yerleştirilmeleri halinde, bunun aile hayatını da etkileyeceği tabiidir. Aynı şekilde, eşlerin eşitliğini, birbirleriyle ve çocuklarıyla olan ilişkilerini düzenleyen, 7 No'lu Protokolün 5. maddesi de Sözleşme'nin 8. maddesiyle yakından ilgilidir (Ünal, 2001:212).

Sözleşme'nin 8. maddesi; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi ile birlikte Sözleşme içerisindeki nitelikli haklar kategorisinde yer almaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:372). Bunun anlamı 8. maddenin sınırlandırılmasında sınırlama sebeplerinin madde metninde belirtilmesidir. Başka bir deyişle yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve

cezanın kanuniliği gibi nitelikli olmayan haklarda birey, belirtilen hakkın ihlal edildiğini ispat ederse bu aşamadan sonra Mahkeme üye devlet açısından artık müdahalenin haklılığını tartışmamaktadır. Nitelikli haklarda ise belirtilen hakkın ihlal edildiği ispat edildikten sonra devlet müdahalenin yasallığını, meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekliliğini ispat edebilecektir (Heper, 2007:12).

9.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddenin Koruduğu Alan

Sözleşmesi'nin 8. maddesinde; özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. Bu hakların kapsamına nelerin girdiğini, hangi durumlarda bu hakların çiğnendiğini ise AİHM'nin verdiği kararlardan öğrenmekteyiz. Çalışmada, Sözleşme ve AİHM kararları birlikte değerlendirilip; özel hayatı, kapsamı ve hangi durumlarda özel hayat müdahale edilebileceği gösterilmeye çalışılmaktadır.

9.3.1. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı

Özel hayat kavramı en geniş anlamıyla, devletin bireylere mümkün olduğu kadar az müdahale etmesinin ve her bireyin uygun gördüğü biçimde kendisini geliştirmesine müsaade edilmesinin tanınması ve ifade edilmesidir (Özbey, 2005:283).

AİHS'nin 8. maddesiyle korunan “mahremiyet hakkı”; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisininin 428 (1970) sayılı kararı ile kabul edilen Kitleleş İletişim Araçları ve İnsan Hakları Bildirisi'nde; “bir kişinin hayatını minimum müdahaleyle yaşama hakkı” olarak tanımlanmıştır (İlkiz, 2009c).

Bu durumda, özel hayat kavramı klasik medeni özgürlükler kavramını kapsamaktadır. Buna göre, kesin haklı bir sebep bulunmadığı takdirde devletin bireyin özel sahasına karışmaması gerekmektedir. Özel hayat kavramı; kendi olma, kendi olarak yaşama, kendi başına olabilme, başkalarıyla sosyal olarak etkileşimde bulunma, kendi kişiliğini geliştirme ve tatmin etme haklarını kapsamaktadır (Özbey, 2005:283):

Ayrıca; fiziksel ve manevi bütünlüğe saygı, şahsi kimlik hakkı, cinsel yönelmeye, kimlik ve ilişkiye saygı, kişisel bilgilerin devlet tarafından toplanması, konut ve çevre, haberleşme ve gizlilik, düzenin sağlanması ve delil toplanması, tıbbi bakım ve gizlilik gibi hususlar da özel hayata saygı gösterilmesi kavramıyla yakın ilişki içindedir. Bu kavramlar ileride ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır.

Strasbourg denetim organları geniş bir kavram olan özel hayatın her zaman geçerli genel bir tanımını yapmanın güçlüğü nedeniyle bu konuda kazuistik bir yol izlemiş, önlerine gelen her somut olayı kendisine özgü koşulları içinde değerlendirerek bunun özel hayat kavramına dâhil bulunup bulunmadığını saptamayı yeğlemişlerdir. Böylece ortaya çıkan kararlarla adı geçen kavram, belli ölçüde, açıklık kazanmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:334).

AİHM, Niemietz-Almanya (16.12.1992 tarihli karar, Seri A No.251-B, s.33-34, paragraf 29) davasında özel hayat kavramıyla ilgili şu ifadede bulunmuştur:

"...Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir."

Komisyon'a göre özel hayat deyimi, "yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkı"ndan daha geniş olup "bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı"dır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:334). Yani özel hayat, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir (Kilkelly, 2001:9).

9.3.1.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Özel Hayatın Kapsamına Giren İlişkiler

Bundan sonraki bölümlerde; özel hayat kapsamında yukarıda sıralanan örnekleri, Mahkeme kararları ışığında belirli başlıklar altında AİHS'nin özel hayat kavramını nasıl değerlendirdiği anlatılmaktadır.

9.3.1.1.1. Kişinin Cinsel Hayatı ve Tercihleri

Kişiler cinsel hayatı ve bu konudaki tercihleri özel hayat kapsamında ele alınmış ve ciddi bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Bununla ilgili Mahkeme'nin çok sayıda kararının olduğu görülmektedir.

1- Bireyin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi özel hayatın gizliliği hakkı kapsamındadır. **Dudgeon-Birleşik Krallık (22.10.1981 tarihli karar, Seri A No. 45, s. 24, paragraf 60-61)** davasında Mahkeme, davacının kişisel durumunu göz önünde tutarak, homoseksüel davranışları yasadışı sayan yasaların varlığının, bireyin özel yaşamını doğrudan etkilediğine karar vermiştir. Bir kişinin bireysel alanının temel unsurlarından biri olan özel cinsel davranışların, sırf başkalarında şok etkisi yarattığı veya rahatsız ettiği için yasaklanamayacağı kararlaştırılmıştır. Özel hayatın bu kadar mahrem bir boyutunda, herhangi bir müdahalenin açıklanabilmesi için özellikle ciddi nedenlerin olması şarttır. Mahkeme, bu bağlamda demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirliliğin altını çizmiş, rızası olan erkekler arasındaki homoseksüel davranışların suç sayılmasının, davacının özel hayatına haklı görülemez bir müdahale olduğuna karar vermiştir (Kilkelly, 2001:10).

2- **Norris-İrlanda (26.10.1988 tarihli karar, Seri A No. 142, s.20, prg. 46)** davasında Mahkeme, homoseksüel davranışları suç sayan İrlanda kanunu hakkında da aynı sonuca ulaşmıştır ve devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Ancak gençlerin korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dâhil uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakılmıştır (Aydın, 2004:5).

3- Smith ve Grady-Birleşik Krallık (27.09.1999 tarihli karar, Başvuru No. 33986/96 ve 33986/96, prg. 71, 87-89 ve 111-112) davasında, askeri yetkililer silahlı kuvvet mensuplarının eşcinselliği konusunda araştırma yapmış, bu da söz konusu kişilerin ordudan atılmasına neden olmuştur. Mahkeme ise bu davada, askeri yetkililerce yapılan soruşturmanın başvuruçuların özel hayatına doğrudan bir müdahale oluşturduğuna; söz konusu kişilerin, sadece cinsel tercihleri sonucu idari kararlarla ordudan atılmalarını da 8. maddenin 2. fıkrasına uygun olmadığına karar vermiştir (Dutertre, 2007:297).

4- Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık (19.02.1997 tarihli karar, Reports 1997-I, prg. 36) davasında davacılar, grup halinde sado-mazoşist faaliyetlerde buldukları için dava edilmişler, davacılar ise bu durumun 8. madde kapsamında özel hayata saygı haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, söz konusu hüküm kapsamında bu tür faaliyetlerin özel hayatın bir unsuru olarak düşünülüp düşünülemediğini değerlendirmesine rağmen, bu konuda karar vermesine gerek kalmamıştır çünkü erişkin mağdurların rızasına rağmen, söz konusu faaliyetlerin uç özelliklerinden dolayı, saldırı ve yaralama gibi faaliyetler hakkında kovuşturma başlatılması sağlığın korunması amacıyla haklı bulunmuştur (Kilkelly, 2001:45).

5- ADT-Birleşik Krallık (31.07.2001 tarihli karar, Başvuru No. 35765/97, prg. 32-34 ve 38-39) davasında, davacının cinsel faaliyetlerini videokasetlere kaydetmesi nedeniyle kovuşturma başlatılmasının, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale olup olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme, bir noktada hükümete katılarak cinsel faaliyetlerin bazı biçimlerinin devletin müdahalesini haklı kılabileceğini kabul etmekle beraber, bu davada böyle bir durumun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Özellikle davacının bu cinsel faaliyetleri sınırlı sayıda arkadaşıyla ve başkalarının olanları anlama olasılığının çok düşük olduğu şartlarda yapmış olması dikkate alınmıştır. Bu faaliyetler videokasetlere kaydedilmesine rağmen Mahkeme, davacının kayıtlar veya bu kayıtların kamunun eline geçmesi riskinden dolayı değil, faaliyetlerin kendisinden dolayı dava edilmesine önem vermiştir. Bu unsurlardan dolayı Mahkeme, hem yürürlükteki kanunlara uymanın hem de davacı aleyhine dava açıp davacıyı cezalandırmanın, ahlaki koruma hedefiyle ve 8. madde 2. fıkradaki başkalarının hak

ve özgürlüklerinin korunmasıyla orantılı olmadığına karar vermiştir (Kilkelly, 2001:44-45).

6- B-Fransa (25.03.1992, Seri A No. 232-C, s. 52, prg. 58) davasında Mahkeme, bir transseksüelin ismini ve cinsiyet değişimini yansıtabilecek biçimde resmi evraklarını değiştirmesine izin verilmemesi ile ilgili konuların, 8. madde kapsamındaki özel hayata saygı hakkının ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, başvuruçunun ilk cinsiyetinin belirtiliyor olmasının, özel hayatında her gün sorun yaşamasına neden olduğunu kabul etmiştir. **Norris-İrlanda** kararında cinsel kimlik hakkının homoseksüel ve lezbiyen cinsel kimliklerini de kapsadığı belirtilmiştir (Özbey, 2005:287).

7- Mahkeme Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık (30.07.1998) davasında transseksüelliğe ilişkin sosyal kabulün giderek arttığını, dolayısıyla da üye ülkelerin, yeni düzenlemeler açısından, bu alanı sürekli izlemeleri gerektiğine işaret etmiştir (Cengiz, 2006:4).

8- Mahkeme, özel hayata saygının transseksüellerin cinsiyet değişimini yansıtabilecek biçimde doğum sertifikalarının değiştirilmesini gerektireceği sonucuna hiçbir zaman ulaşmamıştır (Rees-Birleşik Krallık, 17.10.1986 kararı; Cossey-Birleşik Krallık, 27.10.1990 kararı; Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık, 30.07.1998 kararı). Böylece Mahkeme, doğum kayıt sisteminin, olayları olduğu zamandaki gibi kaydetme esasına dayandığını, daha sonra yapılacak herhangi bir değişikliğin bir anlamda bu kayıtlarda tahrifat anlamına geleceğine ilişkin argümanları kabul etmiştir. Mahkeme, ayrıca cinsiyet değişiminin açıklanmamasının aile ve veraset meselelerinde zorluklar çıkarma gibi olumsuz etkilerine de değinmiş, toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde, terazide toplumsal yararın lehine ağırlık koymuştur. Bu durum, özellikle transseksüellerin isimlerinin değiştirilmesinde de söz konusudur. Yine de Mahkeme, transseksüellerin bu konuda karşılaştıkları sorunların ne kadar ciddi olduğunu kabul ederek bu konunun değerlendirilmesine ve tartışılmasına devam edilmesi gerektiğini belirterek, içtihadının sürekli ve kesin olmadığını açıkça ortaya koymuştur (Kilkely, 2001:46).

9- Eşcinsel faaliyetlerde bulunan kişilerin evlenme haklarının olup olmadığı, gerek özel hayatı düzenleyen 8. madde ve gerekse de evlenme hakkını düzenleyen 12. madde kapsamında ele alınmıştır. **Rees-Birleşik Krallık (17.11.1986)** kararında eşcinsellere evlenme hakkı tanınmamasının 8. maddenin ihlali olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak bu konu gelişmeye açık bir konu olup, özellikle son dönemlerde bazı ülkelerin bu tür evlenmelere izin vermesi konunun tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir (Aydın, 2004:5).

10- Bu konuda temas edilmesi gereken bir diğer konu ise “kürtaj” meselesidir. Mahkeme gebeliğin iradi olarak sonlandırılması meselesini de yine Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir (**Brüggeman ve Scheuten-Almanya, 12.07.1977 tarihli karar**) (Hanımeli, 2003:6-7).

Şahsi kimlik hakkı şu hakları içermektedir: İsim (**Guillot-Fransa**); cinsiyet değiştirme ve transseksüeller için kimlik hakkı (**B-Fransa; Goodwin-Birleşik Krallık**). Şahsi kimlik hakkı ayrıca azınlık grubu üyesi olarak böyle bir kimliğe sahip olma hakkını da içermektedir. Bu bağlamda, Çingeneler ve Kuzey Finlandiya'daki yerel halk 8. madde altında korunmuşlardır (Özbey, 2005:287).

9.3.1.1.2. Kişinin İsmi, Soy İsmi ve Fotoğrafları Üzerindeki Hakları

Kişi adlarının düzenlenmesine ait konular md. 8'e göre özel hayat ve aile hayatının kapsamına girmekle beraber, Mahkeme'nin şimdiye kadar bu konuda söz konusu hükmün ihlal edildiği yönündeki kararlarına bakıldığında, bunun fazla önem verilmeyen bir konu olduğu fikri oluşmaktadır. Mahkeme bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir hakkı vermiştir (Kilkely, 2001:42).

1- Kişinin ismi, soyadı özel hayat kapsamında en önemli haklarından. **Guillot-Fransa (24.10.1996, DR 1996-V, s. 1602-1603, prg. 21-22)**, davasında Mahkeme, ön adlar konusunda 8. maddenin sarıh hükümler içermediğini ama tıpkı soyadlar gibi ismin, kişinin ailesinde ve yaşadığı toplumda kimliğinin belirlenmesini sağladığı için özel hayat kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca çocuğun adının,

ebeveynleri tarafından belirlenmesinin kişisel ve duygusal bir mesele oluşu bu durumu madde kapsamında değerlendirmeyi gerektirmiştir (Dutertre, 2007:295).

2- Burghartz-İsviçre (22.02.1994, Seri A No. 280-B, s. 28, prg. 24) davasında, evli olan bayanın kendi soyadını, kocasının soyadından önce kullanmak istemesine rağmen yetkililerce bu hak, kanunlarda olmasına rağmen kendisine tanınmamıştır. Mahkeme bu durumun 8. madde kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir (Dutertre, 2007:293).

3- Sterjna-Finlandiya (25.11.1994, Seri A No. 299-B, s. 60-61, prg. 38-39) davasında, Finli davacı Finlandiya kanunlarına göre soyadını değiştirememesinin md. 8'in ihlali olduğu konusunda şikâyetçi olmuştur. Özellikle, soyadının İsveççe olduğu için sorun yarattığını ve Fince konuşanlar tarafından yanlış telaffuz edilebildiğini, bu durumun da postada gecikmelere ve kendisine lakaplar takılmasına neden olduğunu iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, bu ismin özellikle zorluk yarattığı veya garip olduğu konusunda ikna olmamış, birçok ismin lakap takılmasına neden olduğuna veya çarpıtıldığına dikkat çekmiştir (Kilkely, 2001:43). Ayrıca Mahkeme, soyadlarının istikrarı konusundaki kamu yararının, başvurucunun soyadını değiştirme isteğinden daha önemli olabileceğini belirtmiştir (Dutertre, 2007:294).

Kişinin fotoğrafları da onun kişiliğinin ve özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Özellikle hayatının gizli yönü ile ilgili olarak çekilen fotoğrafların önemi büyüktür. Kişinin herkese açık alanlardaki davranışlarının fotoğraflanması her zaman özel hayata müdahale niteliği taşımasa da, özel hayatını yaşadığı ortamlarda ve yerlerdeki davranışlarının fotoğraflanması özel hayata müdahale teşkil eder (Aydın, 2004:4).

4- Von Honnover-Almanya (03.06.2004, Başvuru No. 59320/00, prg. 50-53) kararında, Monaco Prensesi Caroline'nin kamusal faaliyetle ilgili olmayan, özel yaşam alanlarındaki aktivitelerinin ve aile yaşamına ilişkin resimlerinin basında haber yapılmasını, Mahkeme özel hayatın ihlali saymıştır (<http://aihm.anadolu.edu.tr>).

5- Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir bireyin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı, konunun bir özel olayla mı, yoksa kamu olayıyla mı ilgili olduğuna ve elde edilen malzemenin kısıtlı olarak mı kullanılacağına, yoksa kamuya da açıklanma olasılığının olup olmadığına bağlıdır (Ayhan, 2004:8).

Friedl-Avusturya (19.05.1994, Başvuru No. 15225/89, Seri A No. 305-B, s. 21, prg. 49-52) davası, davacının katıldığı bir gösteri sırasında polis tarafından fotoğrafları çekilmiş, polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel verileri kaydetmiş ve söz konusu gösterilerle ilgili idari bir dosyada saklamıştır. Ancak Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamıştır. Toplumsal bir gösteri sırasında çekilen fotoğrafların saklanması özel hayata müdahale niteliğini taşımamaktadır (Kilkelly, 2001:35).

6- Doorson-Hollanda (29.11.1993, DR 75, s.231) davasında Mahkeme, polis tarafından çekilen fotoğrafların üçüncü kişiye gösterilmesinin özel hayata müdahale olduğunu belirlemiş ancak konuyu 2. fıkra açısından ele aldığı anda; fotoğrafın sadece soruşturma amacıyla kullanılması, genel olarak kamunun erişimine açık olmaması ve daha önceki tutuklama sırasında polis tarafından kurallara uygun bir biçimde çekilmesi nedeniyle ihlalin meşru olduğu sonucuna varmıştır (Kilkely, 2001:40).

9.3.1.1.3. Kişinin Fiziksel ve Manevi Şahsiyeti

Kişinin bedeni ve ruhi yapısı da Mahkeme tarafından ele alınmış ve verdiği kararlarla da bu konuya dikkat çekmiştir.

1- X ve Y-Hollanda (26.03.1985 tarihli karar, Seri A No. 91, s. 11, prg. 22) davasında Mahkeme, özel hayatın bir bireyin cinsel hayatı dâhil fiziksel ve manevi şahsiyetini kapsayan bir kavram olduğunu karar vermiştir. Bu davada Bay X, 16 yaşında zihinsel özürlü kızı Y'nin kaldığı özel bakım evinde uğradığı tecavüz nedeni ile yetkili makamlara şikâyette bulunmuş, suçun takibi şahsi şikâyete bağlı suç olması ve Hollanda yasalarından kaynaklanan boşluktan dolayı babanın şikâyetinin

tek başına yeterli olmaması nedeniyle yaptığı şikâyet reddedilmiştir. Dava konusu olayda AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir (Hanımeli, 2003:4).

2- Bir kişinin fiziksel şahsiyetiyle ilgili bazı müdahaleler, özel hayatına tecavüz olabilmesine rağmen, bu durum bütün müdahaleler için geçerli değildir. **Costello Roberts -Birleşik Krallık (25.03.1993, Seri A No. 247-C, s. 60-61, prg. 34 ve 36)** davasında küçük bir çocuğa verilen bedensel cezanın 8. maddeyle uyumluluğu ele alınmıştır. Bu davada Mahkeme şunu belirtmiştir:

"Bazı şartlarda eğitim konusunda alınan önlemler, özel hayata saygı hakkını etkileyebilir ancak bir bireyin fiziksel veya manevi şahsiyetini olumsuz yönde etkileyebilecek bütün hareketler veya önlemler, mutlaka böyle bir müdahale durumu olduğu anlamına gelmemektedir."

Ancak bu davada verilen karara göre: "Mahkeme, bir bütün olarak Sözleşme'nin amacını ve hedefini inceledikten sonra ve bir çocuğun okula gönderilmesinin bir dereceye kadar özel hayatına müdahale edilmesi anlamına geldiğini göz önünde bulundurarak, davacının şikâyet ettiği muamelenin, fiziksel veya manevi şahsiyetin 8. madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilemediğini düşünmektedir."

Mahkeme'nin bu davada verdiği kararda, hem verilen cezanın hafifliği, hem de cezanın okulun kurumsal ortamında verilmiş olması önemli bir rol oynamıştır (Kilkely, 2001:13-14).

3- Bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedensel, psikolojik yahut psikiyatrik tıbbi müdahaleler ve deneyimler fiziksel ve manevi şahsiyeti ihlal ettiği için özel hayat kapsamındadır. Kişinin zorla tıbbi tedaviye tabi tutulması da bu kavram altında ele alınmıştır. Kişinin intihar etmesinde, hastalığı nedeniyle tedaviyi kabul etmemesinde, açlık grevi ve ölüm oruçlarında eylemcilerin zorla beslenmesi ve istekleri dışında tıbbi tedaviye tabi tutulmaları kişinin fiziki kişiliği kavramında ele alınması gereken konulardır. Bu şekilde yapılan davranışlar AİHS md. 8 anlamında kişinin özel hayatına müdahale niteliğini taşır. Ancak 2. fıkraya göre meşruluk değerlendirmesi yapmak gerekir (Üzeltürk, 2004:187-188).

Mahkeme **Matter-Slovakya (05.07.1999, Başvuru No. 31534/96, prg. 62-71)** davasında, paranoyak psikoz hastası olan başvurucunun, akıl sağlığının kontrol edilmesi için zorla psikiyatri hastanesine götürülmesinin varılan sonuçla orantısız olmadığına ve md. 8/f. 2'ye uygun olduğuna karar vermiştir (Dutertre, 2007:313).

4- Bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni, psikolojik, psikiyatrik tıbbi müdahaleler ve deneyimler yanında; kan ve DNA testleri yer almaktadır. İdrar testi ile ilgili **Peters-Hollanda (06.04.1994 tarihli karar, 77-A, DR 75)**; zorunlu jinekolojik muayenelerin yapılması (**Y.F-Türkiye, 22.7.2003, Başvuru No. 24209/94**); çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testleri veya röntgen (**12.07.1978 tarihli karar, Başvuru No. 10435/83, 14 DR 31**); zorlama besleme ile ilgili **Herczegfalvy-Avusturya (24.09.1992)** davaları bu konuda örnek oluşturabilir. Bu son davada o dönemde genel kabul gören psikiyatrik prensiplere göre tıbbi gereklilik tedaviyi haklı çıkardığı için, davacının yetkililerce zorla beslenmesi Mahkeme'ye göre özel hayata saygı hakkının ihlali anlamı taşımamaktadır (Kilkely, 2001:14).

AİHS md. 3'te öngörülenlerden daha az yoğun olarak vücut bütünlüğüne yönelik bu tür müdahaleler AİHS md. 8'in koruma alanına girmektedir. Ceza muhakemesinde sağlık durumu hakkında bilgi verme zorunluluğu da, özel yaşama müdahale olarak kabul edilebilir (Ayhan, 2004:10).

9.3.1.1.4. Kişisel Veriler

Devletin kişisel veri toplaması özel hayatı ilgilendirmektedir. Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle md. 8'in kapsamına girer (Özbey, 2005:287). Bu konudaki örneklerden bazıları:

1- Mahkeme, **Rotaru -Romanya davasında (04.05.2000, Başvuru No.28341/95, prg. 42-44)** bir şahsın özel yaşamına ilişkin gizli bir kayıta bilgi toplanmasını ve toplanan bilginin ifşasının 8. maddenin kapsamında olacağını belirtmiştir. Bu davada başvurucunun geçmiş yaşamı, politik faaliyetleri, sabıka

kaydı, çalışmalarına ait son 50 yıla ait bilgiler Devlet görevlileri tarafından toplanmıştır. Mahkeme Devlet yetkilileri tarafından yürütülen bilgi toplama ve arşivleme işlemi açısından md. 8'in uygulanabilir olduğuna işaret etmiştir (Cengiz, 2006:2).

2- P.G ve J.H-Birleşik Krallık (23.09.2001, Başvuru No. 44787/98, prg. 56-60) davası, gözaltına alınan kişilerin seslerinin onların rızası aranmaksızın gözaltındayken kaydedilmesidir. Kaydın amacı önceki kayıtlarla (şahısların telefonlarının dinlenmesi sırasında kaydedilmiş olan) gözaltında elde edilen kayıtları karşılaştırmak ve seslerin sahiplerini ayırt etmektir. Mahkeme kural olarak telefonla dinleme faaliyetlerinin 8. madde kapsamında olduğunu belirttikten sonra başvuruçuların seslerinin gözaltı sırasında kaydedilmesini 8. madde kapsamına giren bir işlem olarak değerlendirmiştir (Cengiz, 2006:2).

3- Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı ile ilgili gelen şikâyet, şikâyetçinin özel hayatına müdahale edildiği kararı verilmiştir (**X-Birleşik Krallık, 06.10.1982 tarihli karar, Başvuru No. 9072/82, 30 DR 229**) (Özbey, 2005:285).

4- Polis kayıtları gizli olsa bile polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi özel hayata müdahale sayılmıştır. **Leander-İsveç (26.03.1987 tarihli karar, Seri A No. 116, s. 22 ve 25-27, prg. 48)** davasında, Bay Leander hakkında aleyhe toplanan bilgilere dayanılarak kendisinin deniz üsündeki görevine getirilmemesini, bu bilgilerin açıklanmasını ve Bay Leander'a bu duruma karşı çıkmasına izin verilmemesini md. 8'e aykırı bulmuştur (Dutertre, 2007:309).

5- Mc Veigh-Birleşik Krallık (18.03.1981 tarihli karar) davasında, davacılar anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanmış, parmak izleri alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir. Bu kişiler daha sonra bu kayıtların saklanması özel hayatlarına müdahale olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Komisyon, bu bilgilerin istihbarat için gerekli olduğunu kabul etmiş ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyacın, bu kişilerin haklarına yapılan hafif olarak gördüğü bu ihlallerden daha ağırlıklı olduğuna karar vermiştir (Ayhan, 2004: 8).

6- Tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması özel hayata müdahaledir (**09.07.1991 tarihli karar, Başvuru No. 14661/81, 71 DR 141**). Vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını bireye açıklama zorunluluğu getirmesi özel hayata müdahale kapsamındadır (**07.12.1982 tarihli karar, Başvuru No. 9804 /82, 31 DR 231**). Sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi özel hayata müdahaledir (Kilkely, 2001:12).

7- Devletin kayıtlarına erişememe durumu, kaydedilen bilginin türüne göre özel hayat kapsamına girebilir. **Gaskin-Birleşik Krallık (07.07.1989 tarihli karar, Seri A No. 160, s. 20, prg. 49)** davasında, kişi çocukken koruma altına alınmasıyla ilgili olarak belediye meclisinin elindeki dosyaya ulaşmak istemiş ama netice alamamıştır. Mahkeme, davacı hakkındaki dosyaların söz konusu kişinin çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içerdiği ve "*geçmişi ve çocukluk yılları konusunda temel kaynak*" olduğu için söz konusu dosyaya erişememesinin 8. madde çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir (Dutertre, 2007:364).

9.3.1.1.5. Kişinin Tıbbi Verilerinin Gizliliği

Kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin kamuoyuna ifşası kişinin özel hayatına bir müdahaledir. Mahkeme de aynı şekilde, sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesini temel bir prensip olarak kabul etmiştir. Bu durum sadece kişinin mahremiyeti ile ilgili değil, tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyulan güvenle de ilgilidir. Bu tür bilgilerin gizliliği korunmadığında, hasta olduğundan şüphe duyan bir kişi, hastalığı ifşa edileceği veya kimliğinin açıklanacağı korkusu ile gerekli tetkik ve tedavileri yaptırmaktan kaçınabilecek ve bu durumda gerek kendisi gerek toplum zarar görecektir (Aydın, 2004:6). Mahkeme, her olayın özel durumunu da göz önünde bulundurarak, bu bilgilerin ifşasının zorunlu nedenlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığını ele almaktadır.

1- **Z-Finlandiya (25.02.1997, DR 1997-I, s. 347-348, prg. 95-99)** davasında, davacı HIV durumunu da içeren tıbbi bilgilerin bir ceza davası kapsamında açıklanmasından dolayı şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, şahidin tıbbi kayıtlarının ifşasının, md. 8/f.2'deki anlamıyla, Mahkeme açısından "gerekli" olduğuna karar vermiştir. Ancak Mahkeme, şahidin adının ve HIV statüsünün yayınlanmasının

herhangi bir meşru amaç için gerekli olmadığına karar vermiştir. Davacının tıbbi kayıtlarının detaylarını içeren dava dosyalarının, 10 yıl sonra kamuya açık hale gelmesinden ve 10 yıl sonra söz konusu kişinin hala hayatta olma olasılığından yola çıkarak md. 8'in ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır (Kilkely, 2001:41-42).

2- Mahkeme **Panteleyenko-Ukrayna (29.06.2006, Başvuru No. 11901/02)** davasında, kişinin psikiyatrik verilerinin, ceza yargılaması için gerekli olmamasına rağmen kurumdan talep edilmesini ve bu raporun açık duruşma sırasında okunmasını özel yaşamın ihlali saymıştır (www.istanbulbarosu.org.tr).

3- Mahkeme **MS-İsveç (27.08.1997, Başvuru No. 20837/92, Reports 1997-IV, prg. 31-44)** davasında, hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin devletin tıbbi kurumları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin meşru olduğuna karar vermiştir. İfşa edilen bilgilerin sigorta talebiyle ilgili olduğu, bir gizlilik yükümlülüğü olduğu ve bilgilerin istismarı durumunda personele özel veya ceza davası açılacağı için bu önlem orantılı bulunmuştur (Dutertre, 2007:312).

9.3.1.1.6. Basın Yoluyla Özel Hayata Müdahale Edilmesi

Basın müdahaleleri veya özel hayatın aşırı kişisel, şöhrete hanel getirici olmayan detaylarının medya tarafın açıklanması konularında koruma olmaması, Strasbourg'da henüz yeterli düzeyde sorgulanmamıştır.

1- Davacının, bir sigorta şirketinin, evinin önünde fotoğraflarını çekmesinin özel hayatını ihlal ettiği konusunda şikâyetçi olduğu **İrlanda davası (01.12.1993 tarihli karar, Başvuru No. 18760/91)** ve **Kont ve Kontes Spencer'in** basında özel hayatları hakkında çıkan haberler konusunda açtıkları dava (**16.01.1998 tarihli karar, Başvuru No. 28851/95 ve 28852/95**) gibi bazı şikâyetlerde, iç hukuk yolları tükenmediği için söz konusu davaların Mahkeme tarafından ele alınamayacağına karar verilmiştir. Basının müdahalesinin söz konusu olduğu durumların özel hayat kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde, söz konusu kişinin ne kadar ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi gibi durumlara da ayrıca bakmakta fayda vardır (Kilkely, 2001:12).

2- Mahkeme, N.F.- İtalya, 02.08.2001 tarihli kararda (Başvuru No. 37119/97) mason locasına üye yargıca uyarma ve disiplin cezası verilmesini ayrıca cezası nedeniyle terfi verilmemesini Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulmuş fakat 8. madde bakımından yaptığı incelemede yargıcın mason üyeliğinin alenileştirilmesini ihlal olarak değerlendirmemiştir (Hanımeli, 2003:8).

3- Komisyon R. Brüggemann et Scheuten–Almanya (12.07.1977, DR 10, s.100) davasında, görevleri veya uğraş alanları gereği kamuya mâl olmuş kişilerin hayatlarının gizli alanının bir kısmını kaybedeceklerini, bu gibi durumlarda kişilerin özel hayatlarına saygı isteme haklarının önemli ölçüde daralacağını belirtmiştir. Ancak kamuya mâl olan kişilerin hayatlarının her safhasının herkese açık olduğu anlamına gelmemektedir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:336).

9.3.1.1.7. Gizli İzleme ve Dinlemeler

Kişinin evinin veya kendisinin her türlü optik, akustik ve teknik araçlarla gözetlenmesi, izlenmesi ve dinlenmesi onun özel hayatına müdahale niteliğindedir. Bu müdahalenin tek istisnası ise AİHS'nin 8/f. 2'de öngörülen müdahalenin; meşru amaçla, yasalara uygun şekilde ve demokratik bir toplumda zorunlu olması şartlarını taşıması gerekmektedir (Aydın, 2004:7).

1- Klass-Almanya (18.11.1978, Seri A No. 78, s. 23, prg. 48) davasında özel hayatın gizliliği hakkına, ulusal güvenlik amacıyla ve suç düzensizliğini önlemek için demokratik toplumda gerekli seviyede müdahale edebileceğini ve telefonları dinlenebileceğini belirtmiştir (Kilkely, 2001:50).

2- A-Fransa (23.11.1993) davasında hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma vasfını yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir (Günaydın, 2007:58).

3- Halford-Birleşik Krallık (25.06.1997, Başvuru No. 20605/92, Reports 1997-III, prg. 42) davasında, bu hakkın kapsamına, amacı iş ya da özel olsun, bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur (Kilkely, 2001:11).

4- Mahkeme Peck-Birleşik Krallık (28.01.2003) davasında, özel yaşama ait beklentilerin zayıf olduğu kamusal bir alanda, sadece görüntü alınmasının özel hayata müdahale olmadığını, ancak bu görüntülerin kaydedilmesini ve sistematik ya da geçici olarak saklanmasını özel hayatın ihlali olduğunu kabul etmiştir (Üzeltürk, 2004:195).

5- Erdem-Almanya (05.072001, Başvuru No. 38321/97, prg. 64-66) kararında Mahkeme: “Günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık casusluk biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır; bunun sonucu olarak devlet, bu tür tehditlere etkin olarak yanıt verebilmek için, kendi yetki alanı içinde çalışan yıkıcı unsurların gizli gözetimini yapabilmelidir.” demiştir. Ancak istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda olması gerektiğini kabul etmek durumunda kalmıştır (Dutertre, 2007:341).

9.3.1.1.8. Özel Hayat Kapsamına Giren Diğer Durumlar

Yukarıda sayılan durumların dışında özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilen bazı olaylar da özel hayatın kapsamının genişliğini ortaya koymaktadır.

1- 8. maddeye göre aile hayatının kapsamına girmeyen ilişkiler, özel hayatı oluşturması halinde bu hükmün korumasından faydalanabilir:

—Koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler (X-Switzerland, 10.07.1978 tarihli karar, Başvuru No. 8257/78, DR 13, prg. 248)

—Henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler (Wakefield- Birleşik Krallık, 01.10.1990 tarihli karar, Başvuru No. 15817/89, DR 66, prg. 251)

—Homoseksüeller ve partnerleri arasındaki çocuklu yahut çocuksuz ilişki (Kerkhoven-Hollanda davası, 19.05.1992 tarihli karar, Başvuru No. 15666/89)

—Özel hayat, bir evcil hayvan ve sahibi arasındaki ilişkiyi kapsamamaktadır. İzlanda'daki köpek yasağı konusunda Komisyon, özel hayattan söz edilebilmesi için çevre ile kurulan ilişkinin beşeri nitelikte olması gerektiğini; sonuç olarak bu konuda 8. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir (**Kom. K., X-İzlanda, 18.5.1976, No. 6825/74, DR 5, s. 86**) (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:334).

2- McFeeley ve Ors -Birleşik Krallık (15.05.1980 tarihli karar, Başvuru No. 8317/78, DR 20, s. 98, prg. 114-115) davasında Komisyon, başkalarıyla ilişki kurmanın öneminin mahkûmlar için de geçerli olduğunu ve böylece cezaevlerindeki kişilerin belirli derecede bir araya gelme hakkına sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Yani başkalarıyla görüşme hakkı, özel hayatın bir başka sosyal unsurudur (Günaydın, 2007:58).

3- Niemietz-Almanya (16.12.1992) davasında Mahkeme, iş bağlamındaki bazı kişisel ilişkilerin özel hayat kapsamına girebileceğini değerlendirmeye yatkın olduğunu belirtmiştir. Çünkü bir bireyin faaliyetlerinden hangilerinin meslek veya iş hayatına girdiği, hangilerinin girmediğini belirlemek her zaman mümkün olmamaktadır. Özellikle serbest çalışan bir kişinin işleri, kişinin hayatının bir parçası haline gelmiş olabilir (Dutertre, 2007:288).

9.3.2. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

AİHS hazırlandığından beri aile hayatı kavramında hızlı bir evrim yaşanmıştır ve bu kavram, sosyal ve yasal değişiklikleri göz önünde bulunduracak biçimde gelişmeye devam etmektedir. AİHS'de “aile hayatının” tanımı bulunmamakla birlikte kavramı geniş yorumlamak gerekir. Hukuka uygun evliliklerde eşlerle çocukları ya da anne ile çocuğu arasındaki ilişki gibi bazı aile bağları otomatik olarak 8. madde kapsamındadır (Kilkelly, 2001:14).

Mahkeme özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak,

aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Hükümde kullanılan ifadeye göre aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği tamamen özel bir alanın içindedir. Ancak 8. madde evlenerek veya çocuk sahibi olma fırsatını elde ederek aile kurma hakkını içermemektedir. AİHS'nin 12. maddesi evlenme ve aile kurma hakkını teminat altına almaktadır.

Madde ile koruma altına alınan öncelikle yasal ve gerçek birlikteliğe dayalı evliliklerdir. Bu ailedeki eşlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinin korunması tartışmasıdır.

7 No'lu Ek Protokolün 5. maddesinde “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.” şeklinde ifade edilen ‘eşler arasında eşitlik hakkı’ Sözleşme’nin 8. maddesinde korunan aile hayatı ile yakından ilgilidir (Erkan, 2004:5).

9.3.2.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Aile Hayatının Kapsamına Giren İlişkiler

Mahkeme kural olarak, her bir davadaki bilgilere dayanarak aile hayatının var olup olmadığına karar verir; bu konuda uygulanan genel prensip, ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığıdır. Mahkeme'nin her bir davayı ayrı değerlendiren yaklaşımı aile hayatını oluşturan ve oluşturmayan ilişkileri saymanın her zaman mümkün olmadığı anlamına gelse bile, giderek daha çok sayıda ilişki 8. maddenin otomatik koruması kapsamına girmektedir.

9.3.2.1.1. Aile Hayatı – Evlilik ve Aile Bağları

Kararlara bakıldığında aile hayatının oluşması için evlilik birliğinin şart olmadığı görülmektedir. Evliliğin varlığı aile hayatını zorunlu kıldığı gibi boşanmalarında bu durumu etkilemediği ortadadır.

1- Evli ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişki her zaman 8. maddenin kapsamına girmekte ve 8. madde, yasal ve gerçek olduğu gösterilebilen evlilikleri her zaman kapsamaktadır. Yasal olarak ve gerçekten evli ebeveyni olan bir çocuk, çocuğun doğduğu andan itibaren ve doğmuş olmasından dolayı söz konusu ilişkinin vazgeçilmez parçasıdır (Kilkelly, 2001:15). Mahkeme, aile hayatının oluşması için anne ve babanın bir arada oturmasının şart olmadığı belirtilmiştir (**Berrehab-Hollanda, 21.06.1998 tarihli karar, Seri A No. 138, s. 14, prg. 21**).

2- Annenin medeni hali ne olursa olsun, bir anne ve çocuğu arasındaki ilişki de md. 8'e göre otomatik olarak geçerlidir. **Marckx-Belçika (13.06.1979 tarihli karar, Seri A No. 31, s. 14, prg. 31)** davasında, aile hayatının evli olmayan anne ve çocuğu arasında doğum olayı ve bunun oluşturduğu biyolojik bağ ile kurulduğu belirtilmiştir. "Aile hayatı" henüz kurulmamış olsa dahi aile hayatı, kanuna uygun ve gerçek bir evlilikten doğan tüm bağları kapsamaktadır (**Apdulaziz, Cabales ve Balkandağlı-Birleşik Krallık, 28.05.1985 tarihli karar, Seri A No. 94, s. 32, prg. 62**) (Özbey, 2005:288).

3- Çocuklarıyla beraber yaşayan evli olmayan çiftler normalde aile hayatı yaşıyor sayılmaktadır. Mahkeme **Johnston-İrlanda (18.12.1986 tarihli karar, Seri A No. 112, s. 29, prg. 72)** davasında karar verirken, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesinden dolayı ikna olmuştur (Günaydın, 2007:63).

Daha yakın geçmişte AİHM, **Elsholz-Almanya (13.07.2000 tarihli karar, Başvuru No. 25735/94, prg. 43)** davasında, aile kavramının evlilik olmadan fiili birliktelikleri de kapsayabileceğini, bu birliktelikten olan çocuğun da o aile biriminin tüm haklarının bir parçası olduğunu kabul etmiştir (Dutertre, 2007:318).

4- Birlikte yaşamak, anne ve babanın medeni durumu ne olursa olsun, aile hayatı için olmazsa olmaz koşul değildir. **Boşanma, ayrılma veya istek üzerine bir arada yaşamayan aile üyeleri** yine de 8. maddenin koruması kapsamına girebilir. **Boughanemi – Fransa (24.04.1996, Reports 1996-I, s. 608, prg. 35)** davasında ifade edildiği üzere; 8. maddenin dayandığı aile hayatı kavramı, bir arada yaşanmadığında bile, çocuk meşru olsun veya olmasın, bir anne veya baba ve çocuğu

arasındaki bağı kapsar (Aydın, 2004:8). Söz konusu bağ ortaya çıkan olaylardan dolayı bozulsa bile, bu sadece istisnai şartlarda gerçekleşebilir.

Bu prensipten yola çıkılarak, davacının evlilik dışı doğmuş olan ve çok az temas kurmuş olduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin, söz konusu hüküm kapsamında aile hayatı oluşturduğuna karar verilmiştir.

5- Evlilik dışı veya zina sonucunda doğan çocuklar ve ebeveynler arasında ikinci ilişkilerde doğan çocuklar veya özellikle çocukların babasının belirlendiği ve ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağların olduğu durumlarda da aile bağı vardır (**Jolie ve Lebrun-Belçika, 14.05.1986, Başvuru No. 11418/85, DR 47, s. 243**) (Özbey, 2005:291).

6- X-Fransa (5.10.1982, Başvuru No. 9993/82) davasında mahkeme, evlat edinilmiş çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkiyi aile hayatı içinde değerlendirmiştir (Özbey, 2005:291).

7- Anne veya babanın bir çocukla aile bağlarının gelişmesinin engellediği durumlarda ise 8. maddenin korumasına girmek için aile hayatı kurma potansiyelinin olması yeterli olabilir. **Keegan-İrlanda** davasında (**26.05.1994, Seri A No. 290, s. 19, prg. 49**) davacının kızının, kendisinin rızası olmadan veya kendisine bilgi verilmeden çocuğun annesi tarafından evlatlık olarak verildiği ve böylece babanın çocukla yakın kişisel bağlar kurmasının engellendiği anlaşılmış; Mahkeme de baba ve çocuk arasındaki potansiyel aile hayatının, daha önce sadece bir defa görüşmüş olmalarına rağmen, aralarındaki ilişkinin 8. madde kapsamına girdiği anlamına geldiğine karar vermiştir (Kilkelly, 2001:17).

8- AİHM, aile hayatının olup olmadığını belirlerken durumun biyolojik gerçeğinden çok toplumsal gerçeğine açık bir biçimde ağırlık vermesine rağmen, sadece bir defa aralarında kan bağı olmayanlar arasında aile hayatı olduğuna karar vermiştir. **X-Y ve Z-Birleşik Krallık (22.04.1997 tarihli karar, Reports 1997-II)** davasında mahkeme, bir transseksüel ile donör tarafından yapay dölllenme yoluyla doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken ilk olarak aralarındaki ilişkinin geleneksel ailelerde

yaşanan ilişkilerden diğer yönleri ile ayrılmaz olduğunu, ikinci olarak da transseksüelin doğum sürecine çocuğun babası olarak katkıda bulunduğunu vurgulamıştır (Kilkelly, 2001:17).

Buna karşılık, AIHM, aynı cinsiyetten kişilerin ilişkilerinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığını ise henüz değerlendirmemiştir. **Kerkhoven-Hollanda (19.05.1992 tarihli karar)** davasında iki kadın ve birinin AID (yapay dölleme) yöntemiyle doğurduğu çocuk arasındaki istikrarlı bir ilişkinin aile hayatı oluşturduğu sonucuna ulaşmamıştır (Özbey, 2005:290).

Başka bir kararda da bir sperm donörü ve bu yöntemle doğan çocuk arasındaki ilişki, kan bağına ek olarak yakın kişisel ilişkileri olduğuna dair yeterli kanıt olmadığı sürece, 8. madde kapsamındaki aile hayatını oluşturmamaktadır, sonucuna varmıştır (**G-Hollanda, 08.02.1993, Başvuru No. 16944/90**) (Özbey, 2005:290).

9- Büyükanne ve büyükbabalar "aile hayatının önemli bir parçasını" oluşturdukları için çocuklar ile aralarında aile hayatı vardır (**Marekx-Belçika, 13.06.1979 tarihli karar, Seri A No. 31, s. 14, prg. 31**). Hem çocuk (**Olsson-İsveç, 24.03.1988**), hem de yetişkin kardeşler (**Boughanemi-Fransa, 24.04.1996**) de aile hayatı kapsamına girer.

Bir amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni arasındaki ilişki, özellikle yakın bağlar olduğuna dair kanıt olduğu durumlarda aile hayatı kapsamına girebilir. Böylece **Boyle-Birleşik Krallık (09.02.1993)** davasında, yeğen hafta sonlarını amcasının evinde geçirdiği ve ulusal yetkililerin amcaı çocuk için "iyi bir baba modeli" olarak değerlendirdiği için, aile hayatı olduğuna karar vermiştir (Günaydın, 2007:64).

Mahkeme bir başka kararında, aile kavramına yalnız karı ve koca ve çocukların değil, yakın kan hısımlarının da dâhil olduğunu, bu bağlamda annesinden alınarak özel bir kuruma yerleştirilen küçükle görüşmek isteyen dayısının bu talebinin reddedilmesinin Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Yine **11.10.2001 tarihli Şahin-Almanya (Başvuru No. 30943/96, prg.**

46-49) kararında, anne- baba arasında gergin bir ilişki bulunması nedenine dayanarak çocuğun babası ile görüşmesinin menfaatine aykırı olduğuna karar verilirken, bu süreçte çocuğun dinlenmemiş olmasını aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Aynı tarihli **Sommerfeld-Almanya** kararında da benzer bir hüküm verilmiştir (Hanımeli, 2003:10).

9.3.2.1.2. Velayet Hakkı ve Aile Bireyleri İle Kişisel İlişki Kurma

Aile hayatı boşanma ile sona ermez ve 8. maddenin kapsamında kalan aile hayatına saygı gösterme hakkı evli eşlerin yanı sıra ayrı eşler ve çocuklarının da sahip oldukları bir haktır. Ayrılma sonrasında velayet hakkı ve çocuğun bakımı ebeveynlerden birine verildiğinde diğer eş aile hayatına saygı gösterilme hakkının ihlal edildiğinden bahisle müracaatta bulunabilir (Kilkelly, 2001:53).

1- Babadan ayrı olarak anneleriyle yaşayan çocukların, eşlerin boşanmasından sonra, annenin dini inancı nedeniyle, annelerinden alınıp velayet hakkı tanınan babaya teslimleri ile aile hayatına müdahale edilmiştir ve 8. madde hükmünün ihlali söz konusudur (**Hoffman-Avusturya, 23.06.1993, Seri A No. 255-C, s. 59-60, prg. 33 ve 36**). Burada söz konusu olan ihlal 8. madde ile bileşik olarak 14. madde hükmünün de ihlalidir (Günaydın, 2007:66).

2- Velayet hakkının kötüye kullanılması üzerine çocuğun aileden alınarak bir kamu kurumuna yerleştirilmesi ya da yetkili makamlarca başka bir tedbirin alınması durumlarında da Mahkeme çocuk ile ebeveyn arasında kişisel ilişkinin nasıl tesis edileceğine ve bu bağlamda aradaki aile bağının nasıl korunacağına yönelik olarak anne veya babadan birinin karar sürecine katılmamasını Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık olarak değerlendirmektedir. **08.07.1987 tarihli B-Birleşik Krallık, W-Birleşik Krallık, R-Birleşik Krallık** davaları bu konuda örnektir (Hanımeli, 2003:10).

3- **25.02.1992 tarihli Margareta ve Roger Andersson-İsveç** davasında; kamu bakımına alınan ve bakıcı aile yanına verilen 10 yaşındaki çocuğun anne ile bir buçuk yıl süreyle hemen her türlü ilişkisinin engellenmesi aile hayatına saygı

hakkının ihlali sayılmıştır. Üstelik buradaki aile kavramında fiili birliktelik de söz konusu değildir (Ermumcu, 2004:6).

4- AİHM, **Olsson-İsveç (24.03.1988, Seri A No. 130, s. 33-34, prg. 72)** kararında ailesi tarafından ihmal edilmesi nedeniyle üç çocuğun aileden ve birbirlerinden uzak yerlerde bakım ve korumayı üstlenen bir aile yanına yerleştirilmesinde AİHS md. 8/f.1'e yönelik ihlal görmüştür. **Eriksson-İsveç (22.06.1989, A 156, prg.71)** kararında AİHM, doğumdan kısa bir süre sonra annenin içine düştüğü kriz nedeniyle kamu makamlarının koruması altına alınan bir çocuğun anneye verilmemesine ilişkin kararın AİHS md. 8'i ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık **Rieme- İsveç (22.04.1992, A 226-b, prg. 54-55)** kararında, çocukla baba arasında ilişki kurulması için uygun tedbirlerin alınmış olması nedeniyle ihlal bulunmadığını kabul etmiştir (Ayhan, 2004:12).

5- **Johansen-Norveç (07.08.1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, s. 1008-1009, prg. 52)** davasında, davacının kızı daha sonra koruyucu aile tarafından evlat edinilmek üzere bir koruyucu aileye yerleştirilmiştir ve davacı bu karara 8. madde kapsamında itiraz etmiştir. Mahkeme'ye göre, ebeveynin temasını veya vesayetini daimi olarak önlemeyi amaçlayan uygulamalar sadece istisnai durumlarda alınmalıdır ve sadece çocuğun çıkarının korunmasını amaçlayan şartlara bağlı olduklarında haklı gösterilebilirler. Mahkeme ebeveynin ve çocuğun bir arada olmasının aile hayatının temel bir unsuru olduğu ve bu durumu önleyen ulusal önlemlerin, 8. maddenin koruduğu bir hakka müdahale anlamına geldiği kararına varmıştır. Bu nedenle, annenin ebeveyn haklarını elinden almak 8. maddeyi ihlal etmektedir (Dutertre, 2007:319).

6- Mahkeme velayet hakkı ile kişisel ilişki kurulması konularını aynı değerde görmemiş, devletlere velayete ilişkin kararlardan ziyade, kişisel bağ kurulmasına yönelik kararların yerine getirilmesi konusunda daha da ağır sorumluluklar yüklemiştir. **Hokkanen-Finlandiya (23.09.1994, Seri A 299-A, s. 20, prg 55)** davasında, başvurucunun kızı ile kişisel bağ kurma hakkını uygulama konusunda kamu yetkililerinin yeterli ve uygun önlemleri almadığına karar verildiği halde, velayet hakkı konusunda aynı sonuca ulaşılmamıştır (Kilkelly, 2001:55).

9.3.2.1.3. Göç ve Sınır Dışı İşlemlerinin Aile Hayatına Etkisi

Mahkeme sınır dışı etme kararının 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlerken sınır dışı edilme nedenleri (Suç islenmesi, göç politikaları vb.) olarak sınır dışı edilen ve kişinin kökeni olan devlette geçirilen süre ve devletin dilini ve kültürünü bilme düzeyi, her iki devletteki aile bağları ve sosyal çevre, geride kalan aile üyeleri ile ilişkilerin etkisi, kişisel şartları (sınır dışı edilmenin kişi üzerindeki bedensel ve ruhsal etkileri) birlikte değerlendirilir (Kilkelly, 2001:53-54).

1- Aile üyelerinden birisinin sınır dışı edilmesi, sınır dışı edilen ülkede aile yaşamının devamını olanaksız kılmaktadır. 1988 yılından bu yana AİHM, birkaç olayda yabancının sınır dışı edilmesi nedeniyle AİHS md. 8'e yönelik ihlal bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. AİHM, **Berrehab-Hollanda (21.06.1988, Seri A No. 138, s. 16, prg. 29)** davasında, Faslı olan başvurucunun, Hollandalı olan eşinden boşanmış olması nedeniyle, ülkenin ekonomik refahının korunması amacıyla sınır dışı edilmesinin, kızıyla olan ilişkisi bakımından 8. maddenin ihlal ettiğini belirtip dava açmıştır. Mahkeme, sınır dışı edilme kararının ülkenin ekonomik refahını koruma amacıyla orantılı olmadığını belirterek, kızının yaşının küçüklüğü ve babasıyla temas halinde olma ihtiyacını da göz önüne alarak ihlalin varlığını kabul etmiştir (Kilkelly, 2001:63).

2- AİHM, **Moustaquim-Belçika (18.02.1991, Seri A No. 193, s. 18, prg. 36)** kararında bir suç nedeniyle sınır dışı edilmenin genel olarak mümkün olduğunu, ancak olayda olduğu gibi sınır dışı etme oransız ise bunun md. 8'i ihlal edeceğini kabul etmiştir. Karara konu olan olayda 2 yaşından daha küçük iken Belçika'ya gelen ve bütün ailesi Belçika'da yaşayan, gönderileceği Fas'ta hiçbir yakın akrabası bulunmayan ve Arapça konuşamayan bir kişinin işlediği suç nedeniyle sınır dışı edilmesi söz konusudur. Buna karşılık, yabancıların sözleşmecî devletlerde oturan aileleriyle görüşmek için bu ülkeye seyahat etmek ve oturma izin almak konusunda md. 8'den kaynaklanan bir hakka ne dereceye kadar sahip oldukları sorusu, bugüne kadar Sözleşme organlarının verdiği kararlarda açığa kavuşmuş değildir (**Örnek kararlar için bkz. Mehmi-Fransa, 26.09.1997; Boughanemi-Fransa 24.04.1996**) (Ayhan, 2004:13).

3- 8. madde, aile hayatını geliştirmek için en uygun yeri seçme hakkını teminat altına almamaktadır. AİHM ilk olarak **19.02.1996 tarihli İsviçre'ye karşı Gül (DR 1996 I, s. 173-174, prg. 32)** kararında, Sözleşme md. 8'in taraf devletlere aile üyelerin birleştirilmesi konusunda mutlak bir yükümlülük getirmediğini belirlemiştir. Karara konu olan olayda, İsviçre'de oturma izni olan Türk vatandaşı Gül'ün oğlunu yanına getirme yönündeki talebi İsviçre makamlarınca reddedilmiştir (Ayhan, 2004:13).

- Mahkeme **Ahmut-Hollanda (28.11.1996, Başvuru No. 21702/93, DR 1996-VI, s. 2030 prg. 60)** davasında, Hollandalı yetkililerin Ahmut'un bir süredir yaşamakta olduğu ülkeye 15 yaşındaki oğlunun girişine izin vermemelerinin 8. maddeyi ihlal etmediği görüşünü belirtmiştir. Mahkeme çocuğun hayatının büyük bir kısmını Fas'ta geçirdiğine, bu ülkeyle güçlü dilsel ve kültürel bağları olduğuna ve diğeri aile üyeleri tarafından bu ülkede yetiştirildiğine özellikle dikkat çekmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki aile hayatının daha önce olduğu gibi devam etmemesi için hiçbir neden görememiştir (Kilkelly, 2001:62).

— Aile hayatı kavramı tutuklular yönünden ele alınacak olursa, bu durumu 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen istisnalarla birlikte değerlendirmek gerekir. Örneğin, cezaevinde ziyaretin sınırlandırılması 8. maddenin ihlali sayılmamıştır (**Dikme-Türkiye, 11.07.2000**) (Ermumcu, 2004:7).

— Bazen de bir fiil aynı anda hem özel hayatı hem aile hayatını ihlal edebilir. Örneğin, **09.12.1994 tarihli Lopez ve Ostra-İspanya (Seri A No. 303 C, s. 54, prg. 51)** davasında; başvurucunun evine 12 metre uzaklıkta çalışan bir arıtma tesisinden gelen pis koku ve duman sebebiyle evini değiştirmek zorunda kalması sebebiyle özel hayat, aile hayatı ve konut dokunulmazlığının ihlaline karar verilmiştir (Ermumcu, 2004:7).

Diğeri haklarda olduğu gibi bu hakta da devletin hem pozitif hem negatif yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre devlet bu hakkı ihlal etmeme yükümlülüğü yanında ihlal ettirmeme, koruma ve geliştirme olanaklarını sağlamakla da yükümlüdür (Ermumcu, 2004:7).

Aile hayatı, bir defa oluştuktan sonra boşanmayla veya tarafların birlikte yaşamamaya başlamasıyla veya çocuğun koruyucu bakım altına alınması kararıyla da sona ermez. Çocuğun evlat edinilmesi veya reddedilmesi gibi daha sonra ortaya çıkan gelişmeler aile hayatı bağı kırabilmesine rağmen, AİHM, bunun sadece istisnai durumlarda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir (Kilkelly, 2001:18).

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus ise gelecek için tasarlanan ve bunun için gerekli adımların atılmış olduğu durumların da maddenin kapsamı içinde olabileceğidir.

9.3.3. Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı

8. maddenin diğer unsurları gibi; herkes konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olmakla birlikte, konut kavramın yine tanıma tabi tutulmamış olup, tanım ve sınırlarını belirleme Mahkeme içtihatlarına kalmıştır. Yine diğer unsurlarda olduğu gibi buradaki “saygı gösterilmesi” ibaresini, uzaktan saygı duymak olarak değil, konutun korunmasını ifade eden aktif bir hak olarak kabul etmek gerekmektedir (Ermumcu, 2004:7).

Genel olarak 8. maddedeki anlamına göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir; bu nedenle 1. fıkradaki anlama göre yaşanan bütün yerler konut olabilir. Tatil evleri ve iş yurtları veya diğer geçici uzun süreli konaklama yerleri istisna olabilir. Bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekânda yapılabileceğinden yola çıkarak, bu konuda kesin ayrımlar yapmak her zaman pek mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda, işyerleri 8. maddenin korumasına alınmıştır (Kilkelly, 2001:19).

İster kiralık olsun, ister ilgilinin mülkiyeti altında bulunsun her türlü konut, AİHS md. 8/1’in öngördüğü korumadan yararlanır. Konutun eklentileri de konut gibi md. 8’deki korumadan yararlanır. Buna karşılık işyerlerinin md. 8 ile korunup korunmadığı sorununa bugüne kadar açık bir yanıt verilmemiştir. Cezaevleri, AİHS md. 8/1 anlamında “konut” sayılmaz ise de buraya yönelik müdahalelerin, örneğin

aramanın her halde “özel yaşama” müdahale oluşturduğundan şüphe etmemek gerekir (Ayhan, 2004:14).

9.3.3.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Konuta Saygı Hakkı Kapsamına Giren Durumlar

8. maddenin koruma altına aldığı ‘konut’ kavramının mülkiyetten ayrı düşünülmesi gerekir. Zira mülkiyetin korunması Sözleşme’nin 1 No’lu Protokolünün 1. maddesi ile ayrıca hüküm altına alınmıştır (Hanımeli, 2003:10). Bir mekânın 8. madde kapsamında konut olduğu belirlendikten sonra, bu konuda ortaya çıkan çeşitli korumalar aşağıda özetlenmiştir.

9.3.3.1.1. Konut Kavramı

Taşınır ya da taşınmaz olsun konut kişinin hayatını idame ettirdiği karavan, çadır, otel odası gibi yerler de girebilmektedir. Aşağıdaki örnekler konutun içine nerelerin dâhil olduğunu göstermektedir.

1- Gillow-Birleşik Krallık (24.11.1986, Seri A No. 109, s. 19, prg. 46) davasına konu olan olayda, başvuruçuların 19 yıldır sahip oldukları yerde hiç yaşamamış olmalarına rağmen, bu yer Sözleşme’nin 8. maddesi anlamında konut sayılmıştır. Gerekçe olarak da başvuruçuların hep söz konusu yere dönme niyetlerinin olması ve söz konusu taşınmazla olan ilişkilerini konut sayılabilecek ölçüde devam ettirmiş olmaları gösterilmiştir (Günaydın, 2007:67).

2- Mahkeme’ye göre konut kavramına kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer yanında, meslek veya ticaretini yaptığı yeri ve bürosunu da konut saymak gerekir. Örneğin, 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya (Seri A No. 251-B, s. 33-34, prg. 29) kararında; fax ile yargıca hakaret suçunun soruşturması sırasında avukat bürosunda arama yapılması, konuta saygı hakkının ihlali sayılmıştır (Ermumcu, 2004:7).

3- Bir mekânın konut kavramı içinde değerlendirilmesi için anılan yerde sürekli -kesintisiz yaşama veya yararlanma koşulu gerekmemektedir. Ayrıca konut hakkının ileri sürülmesi için konutun iç hukuka uygun yapılmış olması şartı da bulunmamaktadır (**Buckley-Birleşik Krallık, 25.09.1996, DR 1996-VI, No. 16, s. 1287-1288, prg. 52-54**). Yine burada, Türkiye'den aktüel bir örnek vermek gerekirse; İstanbul'da çöplük patlaması sonucu çöplük kenarında ruhsatsız gecekonduda barınırken ölen aile fertleri yönünden gecekondunun ruhsatsız olmasına rağmen konut dokunulmazlığının ihlali kabul edilmiştir (**Öner Yıldız-Türkiye davası**) (Ermumcu, 2004:7).

9.3.3.1.2. Konutun Çevresel Etkilerden Korunması ve Mülkiyet Hakkı

Konut kavramının içeriğinden sonra konutun nasıl korunması gerektiği de Mahkeme'nin konusuna girmektedir.

1- **Lopez Ostra-İspanya (09.12.1994, Seri A No. 303 C, s. 54, prg. 51)** davasında evinin çok az uzağına kurulan arıtma tesisinden gelen pis ve hastalık yayıcı koku ve dumanın verdiği rahatsızlık nedeniyle başvuru konutunu değiştirmek zorunda kalmıştır. Bu davada Mahkeme özel ve aile hayatına müdahale edildiğinin tespiti ile birlikte konuta saygı hakkının da ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Ermumcu, 2004).

2- **Guerra -İtalya (19.02.1998, DR 1998 I, s. 228, prg. 60)** davasında Mahkeme, davacının konutuna yakın iş yerinde çevreye zararlı faaliyetleri ile ilgili bilgilendirilmemesini, yine konutun bulunduğu yere ilişkin hayati önemi olan bilgilerin konut sahibinin incelemesine izin verilmemesini 8. madde kapsamında, konuta saygı hakkı içinde ele almıştır. Örneğin, nükleer çalışmalar ile ilgili tehlikeli durumların ortaya çıkması halinde bu bilgilerin konut sahibinin incelemesine açılması gerekli, hatta zorunludur. Bu konuda **MC.Ginley ve Egon - Birleşik Krallık; Fuerra ve diğ.-İtalya (19.02.1998)** davaları da örnek gösterilebilir. (Demirel, 2004:3).

3- Mahkemeye göre konut kavramına söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dâhildir. **Powell ve Rayner-Birleşik Krallık (21.02.1990, Seri A No. 172-B, s.**

18, prg. 41) davasında başvuruçular İngiltere'deki Heathrow Havaalanı'ndaki hava trafiğinin yarattığı aşırı sestten şikâyetçi olmuşlar ama yetkililer bu duruma kesin bir çözüm bulamamışlardır. Mahkeme, yetkililerin; uçakların sesini kontrol etmek, durdurmak ve telafi etmek için aldıkları önlemleri göz önünde bulundurarak, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge kurulduğu inancı ile Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır (Hanımeli, 2003:11).

4- İmar uygulamaları konusunda devletlere geniş takdir hakkı tanınmasına rağmen 8. maddenin ihlali mümkündür. İmar planlarına ilişkin kararların içeriğini değerlendirmek AİHM'nin görevi olmadığı ve devletlere bu konuda geniş takdir hakkı tanınması **Buckley-Birleşik Krallık (25.09.1996)** davasında ayrıntılı bir şekilde irdelenmiştir. Mahkeme, Çingene olan başvuruçunun satın aldığı arsa üzerindeki karavanda yaşaması için gerekli imar izninin verilmemesini değerlendirmiş; ülkenin ekonomik refahını, başkalarının haklarını ve sağlığını korumak ihtiyacını dikkate alarak kamu yararı ile başvuruçunun konutuna saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge bulunduğunu kabul etmiştir (Kaya, 2004:16).

5- Mahkeme, Kıbrıslı Rumların evlerinden çıkarılarak adanın başka bir yerine götürülmelerini ve evlerine dönmelerinin engellenmesini konuta saygı hakkının ihlali saymıştır (**Kom.R.Kıbrıs- Türkiye, 10.07.1976 Başvuru No. 6780/74,6990/75 s. 208**) (Kolukisa, 2009:12).

6- **Loizidou-Türkiye (18.12.1996, Başvuru No. 15318/89, DR 1996-VI, prg. 66)** davasında Güney Kıbrıs'ta yaşamakta olan başvuruçunun, 1974 müdahalesinin ardından Kuzey Kıbrıs'ta bulunan mülkünü kullanamadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 8. maddesinin ve 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, bu başvuruçunun 8. maddesinin ihlaline ilişkin bölümünü "arazinin üzerinde ev bulunmadığı için" konuta saygı hakkının ihlal edilmediği gerekçesi ile reddetmiştir. Buna karşılık Mahkeme **Kıbrıs-Türkiye (10.05.2001)** davasında yerlerinden edilmiş kişilerin konut ve mülkiyet hakları yönünden yapılan incelemede, yerlerinden edilmiş Kıbrıslı Rumların Kuzey

Kıbrıs'taki evlerine dönmelerinin reddedilmesi nedeniyle konuta saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Hanımeli, 2003:11).

7- Kasıtlı hasara karşı korunma kapsamında 8. madde en temel haliyle, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar. Mahkeme **Akdivar ve Diğerleri-Türkiye (16.09.1996)** davasında güvenlik güçlerinin, davacıların evlerinin yakılmasından ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduğuna karar vermiştir (Kilkelly, 2001:64). **Menteş ve Diğerleri-Türkiye (28.11.1997)**; **Selçuk ve Diğerleri-Türkiye (24.04.1998)**; **Bilgin-Türkiye (16.11.2000)**; **Dulaş-Türkiye (30.01.2001)** kararları da aynı minvaldedir (Özdek, 2004:224).

Sözleşme'ye göre taraf devletlerin konutun korunması hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğü, özel kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı da bu hakkı koruyacak tedbirlerin alınmasıdır (**Velosa Baretta-Portekiz, 21.11.1995**) (Demirel, 2004:3).

9.3.3.1.3. Konutta Arama ve El koyma

Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması da tipik müdahale hallerindedir. Bu ihlalin 2. fıkrada belirtilen meşruluk şartlarını taşıması gerekmektedir. Meşru şartlar olmadan konutta arama yapmak ve eşyalara elkoymak 8. maddenin ihlali anlamını taşır. Konutun niteliği gereği, burada yapılacak aramaların özel olarak düzenlenmesi, hakların korunması için gereken tedbirlerin alınması, kötüye kullanımlara ve ihlallere karşı gerekli düzenlemelerin yapılması gereklidir (Aydın, 2004:12). Zira yasal usullere riayet edilmeden yapılan bir arama sonucunda elde edilen deliller ispat vasıtası olarak hükümde kullanılamayacağı gibi, Sözleşme'ye aykırılık sonucunu da doğuracaktır (**L.M-İtalya, 08.02.2005, Başvuru No. 60033/00**).

1- Birçok üye devletin iç hukukundakinin aksine arama için AİHS md. 8/2 hâkim kararı zorunluluğu aramış değildir. Sözleşme organları, arama konusunda özellikle ulusal hukukta kötüye kullanımlara karşı yeterli güvence bulunup

bulunmadığını araştırmakta, bu bağlamda özellikle aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin mevcut olup olmadığı üzerinde durmaktadır (**Chappell-Birleşik Krallık davası, 30.3.1989 tarihli karar**). Öte yandan AİHM, aramanın oranlılığı açısından da bir inceleme yapmaktadır. Yine AİHM, hakaret suçu nedeniyle başlatılan bir soruşturma sırasında delil elde etmek amacıyla avukatlık bürosunun aranmasını oransız olarak nitelendirmiştir (**Niemitz-Almanya davası, 16.12.1992 tarihli karar**). Terörizm şüphesi nedeniyle yapılan aramalar, zorunluluk açısından yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulmaktadır (**Murray- Birleşik Krallık davası, 28.10.1994 tarihli karar**). AİHM, Klass kararında gizli optik ve akustik gözetlemenin bu hakka müdahale oluşturup oluşturmadığı sorununa değinmemiştir. Ancak her halde konut içinde yapılan bir konuşmanın gizlice denetlenmesi durumunda md. 8/1'e yönelik müdahale olduğu sonucuna varmak gerekir (Ayhan, 2004:15).

2- Mahkeme **Panteleyenکو-Ukrayna (29.06.2006 Başvuru No. 11901/02)** davasında, soruşturma için gerekli olan delilleri seçmek yerine, başvurucunun ofisindeki tüm belgelere ve ceza davasıyla ilgili olmayan ona ait kişisel eşyalara el konulmasını 8. maddenin ihlali saymıştır (Cengiz ve diğ., 2008:78). Buna benzer bir örnek olan **Smirnov-Rusya (07.06.2007, Başvuru No. 71362/01)**, davasında avukatın konutunda yapılan aramada bir takım belgelerle bilgisayarın ana kartına el konulmuştur. Mahkeme, arama emrinin müdafinin evinde bulunan bazı belgelere ilişkin mesleki imtiyazın korunması bakımından güvenceler içermediği ve müdafiliğini üstlendiği kişilerin aksine, başvurucu cezai soruşturmanın bir öznesi olmadığı gerekçesiyle aramanın Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği kararı vermiştir (Beydilli, 2010).

3- Mahkeme, ilgili kanunların ve uygulamaların istisnalara karşı bireyleri yeterli ve etkin koruyup korunmadığını araştırmaktadır (**Camenzied-İşviçre 16.12.1997, Başvuru No. 21353/93, Reports 1997-VIII, prg. 45-47**). Bu bağlamda Mahkeme, yerel yasaların arama ve müdahale konusunda bireylere getirdiği güvenceleri değerlendirmeye tabi tutmaktadır.

8. maddede belirtilen hak, devlete, herkese oturacağı bir konut temin etme gibi bir pozitif yükümlülük yüklenmez (Aydn, 2004:11). Devletlerin sosyal devlet

olma yolundaki adımları ve toplumların ekonomik refahları geliştikçe bu durumun pozitif yükümlülükler arasına girmesi beklenmektedir. Kalacak bir evi olmayan, sokaklarda kalan bir bireyin özel yaşamının olması ve kendini geliştirip ifade edebilmesi mümkün olamaz.

Son olarak bir noktanın altını çizmekte yarar vardır. Konut dokunulmazlığı ihlalleri ile ilgili davalarda, 1 No’lu Protokolün 1. maddesi de adeta birlikte ileri sürülebilirlik niteliği göstermektedir. Bilindiği gibi bu maddede: “Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri, barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.” demektedir. Özel olarak mülkiyet hakkını koruyan bu madde, doğal olarak özel yaşamla da doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, hemen tüm kararlarda konut dokunulmazlığı savına dayalı ihlallerde 1. Protokolün 1. maddesinin ihlali de kabul edilmektedir (Hanımeli, 2003:10).

9.3.4. Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Gösterilmesi Hakkı

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile birlikte, hukukun uygulama alanı da genişlemiştir. İnsanlar birbirleri ile daha hızlı ve kontrolü güç bir iletişim içerisinde. Bu noktada özel hayatın gizliliği ile ilgili yeni koruyucu tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. İnsanların özel hayatı gelişen teknolojiye ve özellikle haberleşme vasıtalarındaki çeşitliliğe bağlı olarak daha fazla erişilebilir ve müdahale edilebilir duruma gelmiştir. Dolayısıyla koruma alanının da buna bağlı olarak genişletilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle ki, Sözleşme’de geçen haberleşme kavramı daha çok özel hayat kavramı ile birlikte düşünülmektedir. Bu açıdan 10. maddede koruma altına alınan “kitle haberleşmesi”, 8. maddede koruma altına alınan “haberleşme” kavramından farklıdır (Hanımeli, 2003:12).

Haberleşmenin bazı tekniklerle, belirli bir teknoloji uygulanarak çoğaltılıp güçlendirilerek, çok sayıda kişiyi etkileyecek biçime getirilmesine kitle haberleşmesi adı verilir ve kullanılan araçlara da kitle haberleşme araçları denilir. Bu şekilde yapılan haberleşme yaşamın gizli alanı değil, ortak alanı kapsamındadır (Günaydın, 2007:69)

Haberleşme sözlük anlamı ile karşılıklı bilgi alıp-verme, yeni olmuş bir şey veya olaydan dolayı alınan bilginin karşılıklı olarak akışı şeklinde tanımlanabilir. Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır (Demirel, 2004:3).

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin orijinal İngilizce metninde geçen 'correspondence' kelimesi sadece sözlük anlamındaki yazışmayı değil, fakat her çeşit yol ve araç aracılığı ile (mektup, telefon, telsiz vb.) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeleri de kapsamaktadır. İşyeri telefonlarından yapılan görüşmeler de Mahkemece özel yaşam ve haberleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Bu açıdan Mahkeme'nin, teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak biçimde e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde kavramın kelime anlamını genişletme eğilimde olduğu ifade edilmektedir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:341).

Bununla birlikte kişinin kullandığı haberleşme araçlarına diğer kişilerin erişiminin kolay olması onun haberleşmesinin gizliliğini sınırlandıracaktır. Örneğin, halk bandından yapılan bir telsiz konuşmasının dinlenmesi ve kaydedilmesi, kişinin haberleşmesine müdahale sayılmayacaktır. Zira bu tür haberleşmenin kolayca dinlenebileceğini kullanan kişi bilmektedir. Sorun internet üzerinden yapılan haberleşmeler için de tartışılması gereken bir konudur (Aydın, 2004:12).

Bu maddede düzenlenen haberleşme, bireyler arası haberleşme olup, genel anlamda haber alma, toplumsal bilgilenme hakkının dışındadır (Ermumcu, 2004:9). Bireyin herhangi bir araç ile karşısına ilettiği ve artık ilettiği kişide bulunan haber veya bilginin 8. maddeye dâhil olmadığı Komisyonca kabul edilmiştir (**Kom. K.G.S.M./Avusturya, 12.10.1983, No. 9614/81, DR 34, s.125**) (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:341).

Madde haberleşmenin içeriğini konu almaz. Yani, haberleşme araçları ile iletilen konunun neyle ilgili olduğuna değinmez. Bu nedenle iletilen bazı hususların konusuna bakılarak, "Bu tür konularda haberleşme özgürlüğü söz konusu olamaz."

şeklinde bir değerlendirme yapılamaz. Yapılabilecek değerlendirme, hangi hallerde haberleşmeye müdahale edilebileceğine ilişkindir (Aydın, 2004:12).

9.3.4.1. AİHM Kararları Çerçevesinde Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı Kapsamına Giren Durumlar

Komisyon, muhatabına ulaşan ve onun zilyetliğinde bulunan haberleşme ürününün 8. maddeye dâhil olmadığı düşüncesindedir (**K.G.S.M.-Avusturya, 12.10.1983**). Muhatabın bunları izinsiz açıklaması ya da bu belgelerin muhatap elinden zaptı halinde, birinci durumda hitap edenin özel hayatına; ikinci durumda da muhatabın özel hayatına müdahale de bulunup bulunmadığı sorusu akıllara gelmektedir (Günaydın, 2007:69).

Haberleşmeye saygı isteme hakkının sınırlarını soyut ve genel surette saptamak, daha önce de değinildiği gibi olanaksızdır. Komisyon, posta hizmetindeki aksaklıkların “saygı görevinin” ihlali olmadığına karar vermiştir (**De Wilde, Ooms et Versyp-Belçika, 19.07.1969, prg. 187**) (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:342).

9.3.4.1.1. Telefon Dinlenmesi

Telefon dinleme özel hayatı ihlal eden, önde gelen argümanlardan biridir. AİHM ise bu hususun ne zaman ihlal ne zaman bir tedbir olduğunu kararlarında açıklamaya çalışmıştır.

1- Mahkeme iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Haberleşmeye müdahalenin incelenmesi sırasında Mahkeme, haberleşme alanını düzenleyen mevzuat hükümlerinin keyfi uygulamalara olanak vermeyecek şekilde olup olmadığına da bakmaktadır. **25.06.1997 tarihli Halford-Bireşik Krallık (Reports, 1997-III, prg. 44)** davasında; terfi talep eden bayan polis şefinin ev ve işyeri telefonlarının dinlenmesi olayında, iç hukukta telefon dinlemeye ilişkin düzenleme bulunmaması sebebiyle hukuken öngörülme müdahale nedeniyle haberleşmeye saygı hakkının ihlaline karar verilmiştir (Ermumcu, 2004:9).

2- Amaç meşru bile olsa, düzenlemeler keyfi girişimleri engelleyecek şekilde ise yine de ihlal kabul edilmektedir. **02.08.1984 tarihli Malone-Bireşik Krallık** davasında, çalıntı mal satın alma suçundan yargılanan kişinin telefonlarının dinlendiği, mektuplarının açıldığı iddiasıyla yaptığı başvuruda, iç hukukun bu konuyu güvence altına alacak nitelikte olmaması sebebiyle ihlal kararı verilmiş olup, 26.04.1985 tarihinde ise dostane çözüm sebebiyle davanın düşmesine karar verilmiştir (Ergül, 2004:216).

3- **23.11.1993 tarihli A-Fransa** davasında, kiralık katil olarak tutulan bir kişi ile kiralayan kişi arasındaki telefon görüşmesinin bant kaydı, kiralayan tarafından polise verilmiş, bunun sonucunda kiralayan hakkında cinayete teşebbüs suçundan soruşturma yapılmış fakat yapılan soruşturma takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Öte yandan, bu olayda başvurusunun haberleşme dokunulmazlığının ihlali nedeniyle yaptığı şikâyet de telefon görüşmesinin taraflarından birinin bilgisi dâhilinde olması nedeniyle suçun oluşmadığı ifade edilerek reddedilmiştir. Önüne gelen bu olayda AİHM, haberleşmeye saygı ilkesine hukuken öngörülmeleyen bir müdahale olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Hanımeli, 2003:13).

4- Mahkeme kararlarının da her türlü muhaberat şeklini kapsadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda anılan hakkın kapsamına, *telefon-telsiz-fax-vb.* haberleşme halleri girmektedir. **27.04.1988 tarihli Boyle ve Rice-Bireşik Krallık** davasında; adam öldürme suçundan hükümlü kişinin arkadaşına yazdığı mektubun cezaevi yönetimince el konularak yerine ulaştırılmamasında ihlal kabul edilmiş. Burada kısıtlanan hakkın konusu ise mektuptur (Ergül, 2004:223).

5- Haberleşmenin gizliliği konusu ise Komisyon ve Mahkeme önüne pek çok kez gelmiştir. Bu kararlardan en önde geleni **Klass ve Diğerleri-Almanya (06.09.1978, Seri A No. 28, s. 28, prg. 59)** kararıdır. Bu kararda Mahkeme devlet tarafından kişilerin bilgisi dışında genel olarak gizli izlenmesi ve dinlenmesi ile ilgili bir düzenleme yapılmasını 8. madde anlamında müdahale saymakla birlikte, müdahalenin amacının, artan casusluk ve terör olayları karşısında, ulusal güvenliğin, suçun ve düzensizliğin önlenmesi olduğunu kabul etmiş, sonuç olarak bu tip bir

müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşarak şikâyeti haklı bulmamıştır (Hanımeli, 2003:13).

6- Benzer biçimde **P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık (25.09.2001, Başvuru No. 44787/98, prg. 56-60)** olayında, yetkililer tarafından ilk önce başvurucuların evlerine gizli dinleme cihazı yerleştirilmiş ve aradıkları telefon numaraları tespit edilmiş, daha sonra nezarethaneye yerleştirilen dinleme cihazı ile soygun suçuna teşebbüs ettikleri tespit edilmiştir. Bu olayda başvurucuların şikâyeti üzerine Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi açısından yaptığı incelemede, olayda haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilmediğinin tespiti ile birlikte, hukuken öngörülmemiş bir müdahale olmaması nedeniyle, eve ve nezarethaneye yerleştirilen dinleme cihazlarının özel hayata müdahale ettiği sonucuna varmıştır (Hanımeli, 2003:13).

9.3.4.1.2. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi

1- AİHM, tutuklu ve hükümlülerle yapılan yazışmalara sınırlama getirilmesi sorunuyla çokça meşgul olmuştur. **Golder-Bireşik Krallık (28.02.1975)** kararında bu tür sınırlandırmaların ancak AİHS md. 8/2'de öngörülen nedenler çerçevesinde mümkün olabileceğini belirtmiş ve hükümlünün infaz koruma memurunun kendisine hakaret ettiği gerekçesiyle onun hakkında dava açmak için avukatıyla görüşme talebinin reddedilmesini AİHS md. 8/1'in ihlali olarak nitelendirmiştir (Günaydın, 2007:70).

2- AİHM, **Schönenberger ve Durmaz-İsviçre (20.06.1998)** kararında, avukatı tarafından, sanığın hiçbir beyanda bulunmama hakkı olduğu, ifade verdiği takdirde bunun kendisi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi, ifade vermemesinin kendi menfaatine olacağı yönünde ifadeler içeren ve tutuklu olan sanığa gönderilen mektubun savcı tarafından muhatabına ulaştırılmaması ve dört gün sonra avukatına geri göndermesi nedeniyle haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir (Kilkelly, 2001:49).

3- AİHM, **Pfeiffer ve Plankl-Avusturya (25.2.1992)** davasında birinci başvurucunun kamu görevlilerine hakaret ve saygısızlık içeren bir mektubunun cezaevi görevlilerince ilgili yeri karalandıktan ve okunmaz hale getirildikten sonra alıcısına ulaştırılmasına, AİHS md. 8/1'in ihlali olarak nitelendirilmiştir (Ayhan, 2004:17).

4- Mahkûmun aile fertleri ile mektuplaşmasının sansürünün hukuken öngörülmemiş bir müdahale olması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirten **Messina-İtalya (28.09.2000)**; Ombudsman ile yazışmasının cezaevi yönetimi tarafından otomatik olarak denetlenmesi nedeniyle ihlalin tespit edildiği **Niedbala-Polonya (04.07.2000, Başvuru No. 27915/95, prg. 78-81)** bu konuda verilebilecek başka örneklerdir (Hanımeli, 2003:13).

5- AİHM, birçok kararında infaz kurumunun düzenini sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verebileceğini ve bu bağlamda hükümlülerin yazışmasının denetime tabi tutulabileceğini açıkça vurgulamış olmakla birlikte, İngiltere'ye karşı **Silver ve diğerleri, Boyle ve Rice, McCallum** kararlarında hükümlülerin gönderdiği mektupların denetime tabi tutulması ve bazılarının alıcılara gönderilmemesi nedeniyle İngiltere'yi mahkûm etmiştir. Sırf kişisel veya özel olan yazışmalara yapılan müdahale Sözleşme'ye uygun değildir (Ayhan, 2004:16).

Haberleşme hakkı, kişinin korunması gereken vazgeçilmez haklarından. Devletin, çeşitli nedenleri mazeret göstererek, her sıkıştığında bu hakkı müdahale ettiği bir alan haline getirmesi, toplum huzurunu temelden sarsacak sonuçlar doğurabilecektir. Her yazışmasının, konuşmasının kayıt altında alınabileceğini düşünen bir yurttaşın ne kendisine ne de içinde yaşadığı topluma bir faydası olabilir. Tam tersine tüm toplum paranoyak bir hal içine girebilecektir.

9.4. AİHS'nin 8. Maddesinde Belirtilen Haklar İle İlgili Devletin Pozitif ve Negatif Yükümlülüğü

Devletin 8. maddede belirtilen hakların korunması yönünden negatif bir sorumluluğunun olduğu zaten kabul edilmektedir. Yani devlet, bu hakların kısıtlanması ve sınırlandırılması sırasında belirtilen kural ve ölçülere göre hareket etmek zorundadır. Ancak zorunlu hallerde ve zorunlu koşulların yerine getirilmesi şartıyla belirli hakların sınırlandırılması ve kısıtlanması söz konusu olacaktır. Bunun yanında devletin 8. maddede belirtilen hakların korunması yönünde pozitif yönden, yani bu

hakları güvenceye alacak mekanizmalar oluşturmak suretiyle yükümlülükleri vardır (Çolaker, 2010).

8. maddenin esas amacı “bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak” olmasına rağmen Mahkeme, bu maddenin içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesinin tabiatında yatan pozitif yükümlülükler de olabileceğini belirtmiştir (**Kroon-Hollanda, 27.10.1994**). Böylece devletin bir bireyin aile ve özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi konusundaki yükümlülüğün yanı sıra, bu hükümde belirtilen çok çeşitli kişisel haklara saygı göstermek için pozitif davranması zorunluluğu da olabilir. 8. maddenin bu yorumunun dayanağı, bireyin özel hayatına, aile hayatına, vs. saygı gösterilmesi hakkından bahsedilmesidir ve bu sayede Mahkeme, yükümlülükleri rahat bırakılmak hakkının ötesine genişletmiştir. Nitekim, 16 yaşından büyük bir akıl hastası çocuğa tecavüz olayında, Hollanda Ceza Kanunu’nun 248. maddesinde mağdurun şikâyeti şartı arandığı gerekçesiyle velisinin yaptığı şikâyeti reddeden Hollanda İstinaf Mahkemesi kararına dayalı olarak Hollanda Ceza Kanunu’nun özel yaşamı korumada yetersiz kaldığından, **AİHM X ve Y-Hollanda (26.03.1985)** davasında Hollanda’yı mahkûm etmiştir (Tezcan ve diğ., 2002:282).

Sözleşme, bazı şartlar altında devletin bireylere md. 8’in öngördüğü hakları sağlamak için bazı önlemler almasını, ayrıca devlete, bir özel kişinin bir başkasının haklarını etkin biçimde kullanmasını önleyecek faaliyetlerine karşı bireye koruma sağlamasını şart koşabilir. Mahkeme’ye göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için devlet, toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmalıdır (Kilkelly, 2001:20-21).

Genel olarak toplumun çıkarları, kişinin çıkarlarından daha ağır gelmekte ise de kişi kendi çıkarının daha baskın olduğunu iddia ediyor ise bunu göstermeli, kendisinin kısıtlandığı ve ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının toplum çıkarından daha üstte olduğunu, bu nedenle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyebilir. Kişinin iddia ettiği kadar bir hak talebi ya da baskınlığı yok ise devletin pozitif yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır (Demirel, 2004:5).

Marckx-Belçika (13.06.197, Seri A No. 31, s. 11, prg. 31) davasında evli olmayan anne ile çocuk arasındaki ilişkinin sürdürülebilmesi ve güçlendirilebilmesi için devletin belli önlemler almasının gerekliliği benimsenmiştir. Çünkü anne-kız arasındaki ilişkinin maruz kaldığı koşulların durumu devletin, evliliğe dayalı ailenin korunması konusundaki çıkarından daha önceliklidir (Çolaker, 2010).

Devletin pozitif yükümlülüğü, açıklandığı gibi her olaya göre değişkenlik göstermektedir. Önceliklerin belirlenmesinde, aile hayatının tarafları ve şekli önemli rol oynamaktadır. Devletin olaya göre takdir hakkı değişiklik göstermektedir (**X.Y ve Z-Birleşik Krallık, 26.03.1985**) (Demirel, 2004:5).

10. AİHS’NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN HAKLARIN SINIRLANMASI VE KOŞULLARI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde belirtilen hakların mutlak olmadığını ve bir takım sınırlamalara tabi tutulabileceğini yukarıda belirtmiştik. Gerçekten de Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın, aile hayatının konutun ve haberleşmenin korunması hakları Sözleşme’nin 2. maddesinde yer alan “işkence yasağı” gibi mutlak haklardan değildir. 8/f.2 maddesinde açıkça belirtildiği gibi, yapılacak müdahale, demokratik toplumun zorunlu sınırları içinde kalma ve yasayla öngörülmüş olma şartı ile 2. fıkrada sayılan durumlarda sınırlanabilmektedir.

10.1. Hakların Sınırlanma Nedenleri

AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”.

10.1.1. Ulusal Güvenliğin ve Kamu Emniyetinin Korunması

Bu hakların sınırlandırılabilceği durumlardan birisi ulusal güvenlidir. Yukarıda da belirlendiği gibi ulusal güvenlik sebebiyle de olsa hakkın sınırlandırılması istisnayı oluşturmakta olup, mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır.

Leander-İsveç (26.03.1987, Seri A No. 116, s. 22, prg. 48) davasında Mahkeme, ulusal güvenliğin korunması için devletlerin bazı şartlar altında vatandaşların ulaşamayacağı biçimde bilgi toplama ve kaydetme yetkisi veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul ederek özel hayata müdahale savını kabul etmemiştir. Diğer bir kararında Mahkeme yine, terörizm ile ilgili bir suç işlediğinden gerçekten şüphelenilen bir kişinin konutuna girilerek arama yapılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır (**Murray-Birleşik Krallık, 28.10.1994**) (Çolaker, 2010; Hanımeli, 2003:14).

Ulusal güvenlik kavramına bazen ülkede bulunan yabancı güçlerin güvenliği de girebilmektedir. Örneğin, **06.09.1978 tarihli Class ve diğerleri-Almanya** davasında; Alman vatandaşı iki avukat bir savcı ve bir yargıç, haberleşme özgürlüğüne müdahaleye cevaz veren ve kısaca G-10 diye anılan yasanın Sözleşme'ye aykırı olduğundan bahisle Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme, yasanın müdahale amaçları arasındaki "Müttefik silahlı kuvvetlerin güvenliğini de ulusal güvenlik kavramı içinde değerlendirmiş ve G-10'un amacının aslında; 8/2. maddedeki ulusal güvenliği korumak ve suçu ve düzensizliği önlemek olduğunu tespit etmiştir". Mahkeme kararında, sınırlandırmanın ulusal güvenlik anlamında meşru amaç içinde kaldığını tespit edip incelemeyi daha ziyade, demokratik toplum için gerekli ölçüde müdahale olup olamadığı yönünde yoğunlaştırmış ve bu yönden 8. maddeye aykırılık bulmamıştır (Ermumcu, 2004:10).

Kamu emniyeti bir önceki istisna ile birlikte düşünülebilecek bir istisna halidir. Burada da kişi özgürlüğü ile kamu yararı-emniyeti arasında denge kurulmaya çalışmalıdır. Örneğin; **19.02.1998 tarihli Dalia-Fransa** davasında, Fransa'da yaşanan ailesine 17 yaşında katılan ve Fransız vatandaşı olan kişinin uyuşturucu suçundan mahkûmiyeti sebebiyle süresiz sınır dışı edilmiştir. Bununla ilgili başvuruda

Mahkeme, suçun eroin ticareti olmasını ve uyuşturucunun insanlar üzerindeki mahvedici özelliğini göz önüne alarak, kamu yararını-emniyetini öne çıkarmış ve sınırlamayı meşru bulmuştur (Ermumcu, 2004:10).

10.1.2. Ülkenin Ekonomik Refahının Korunması

Bu gerekçe hakların sınırlandırılmasında en çok istismar edilebilecek niteliktedir. Çünkü en küçüğünden en büyüğüne tüm ekonomik faaliyetler ülkenin ekonomik refahıyla ilişkilendirilebilir.

25.02.1993 tarihli Funke-Fransa (Seri A No. 256 A, s. 17, prg. 48) davasında, memurların başvuru bulduğuna inandığı belgeleri ibraz etmemesi nedeniyle para cezası verilmesi sonucu yapılan başvuruda Mahkeme, 8. maddenin konuta saygı hakkı yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Yine, **25.02.1993 tarihli Cremiceux-Fransa** kararında kambiyo mevzuatına aykırı hareket eden şirket müdürü hakkında açılan hazırlık soruşturması sırasında gümrük memurları tarafından başvuru işyerinde ve evinde arama yapılmasında 8. maddedeki konuta saygı hakkının ihlaline karar verilmiştir (Çolaker, 2010).

10.1.3. Dirlik ve Düzenin Korunması ile Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Bu kavram sınırları tanımsız müphem bir kavram olup mahkeme içtihatlarıyla tanımlanabilecektir. Örneğin; **25.04.1996 tarihli Baughanemi-Fransa** davasında, ailesi ve evlilik dışı çocuğu ile Fransa'da yaşayan Tunus vatandaşı başvuru kadını ticaret yapıp 4 yıla mahkûm olduktan sonra Tunus'a geri gönderilmesinde, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Burada beyaz kadın ticaretinin dirlik ve düzeni bozucu boyutu dikkate alınarak 8. maddedeki özel ve aile yaşamına saygı hakkının kısıtlanması için meşru sebep sayılmıştır (Ermumcu, 2004:11).

Ludi-İsviçre (15.06.1992, Seri A No. 238, s. 15, prg. 40) davasında İsviçre sorğu hâkimi, uyuşturucu kaçakçısı olduğundan şüphe edilen başvuru hakkında

hazırlık soruşturması başlatmış, telefonlarını dinlemiştir. Şikâyetçi, alıcı rolüne giren bir gizli ajan yardımı ile suçüstü yakalanarak 3 yıl hapis cezasına çaptırılmıştır. Mahkeme, şikâyetçinin telefonlarının dinlenmesini Bern kantonu yasaları çerçevesinde ele almış; telefon dinlemeyi suçluluğun önlenmesine yönelik demokratik hukuk devletinin gereği olan yasal bir tedbir olarak kabul etmiş ve bu durumun ihlal niteliği taşımadığına karar vermiştir. Olayda gizli ajanın kullanılması ise şikâyetçinin özel hayatına değil, yasa dışı bağlantılarına müdahale ettiği için yine Sözleşme'ye aykırı değildir (Hanımeli, 2003:14).

Doorson-Hollanda (29.11.1993) davasında ise şikâyetçiye ait ve polis dosyasında mevcut özel bir fotoğraf, üçüncü kişilere gösterilmiştir. Mahkeme bu davada, suçu önlemeyi amaçlayan bu müdahalenin: Fotoğrafın sadece soruşturma amaçlı kullanılması, genel olarak kamunun erişimine açık olmaması, hazırlık soruşturması sırasında kanunlara uygun bir biçimde elde edilmiş olmasını göz önüne alarak, Sözleşme'ye aykırılık bulmamıştır. Buna karşın Mahkeme, Yehova'nın Şahitleri Mezhebi mensuplarının (**Tsavachidis-Yunanistan, 21.01.1999**) Yunan gizli servisi tarafından izlenmesini, yetkinin kötüye kullanılması olarak nitelemiş ve izlemeyi Sözleşme'ye aykırı bulmuştur (Ünal, 2001:223).

10.1.4. Genel Sağlık ve Ahlâk ile Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Sağlığın korunması somuta indirgenebilecek bir kavram olmakla birlikte “ahlak” kavramının görece özelliği ve tanımının olanaksızlığı bu sınırlama sebebinin de kapsamını güçleştirmektedir. Bu konuda da Mahkeme kararlarını takip yoluyla kavramı tanımlamak gerekmektedir.

Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık (19.02.1997, DR 1997 I, s. 131, prg. 36) davasında başvurucular, grup halinde sado-mazoşist faaliyetlerde bulunmalarının özel hayata saygı hakkı ile ilgili olduğunu iddia etmişlerdir. Buna karşılık Mahkeme, bu tür faaliyetlerin özel hayat kavramı içerisinde düşünülüp düşünülemeyeceğini değerlendirmekle birlikte, bu tür faaliyetlerin uç özelliklerinden dolayı, saldırı ve yaralama gibi eylemler hakkında kovuşturma başlatılmasının genel sağlığın korunmasına yönelik olduğundan ihlal görmemiştir. Nitekim Mahkeme

Dudgeon-Birleşik Krallık (22.10.1981) ve Norris-İrlanda (26.10.1988) kararlarında, devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmektedir (Çolaker, 2010).

Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda ise 8. madde ile doğrudan ilgili bir karar henüz verilmemiş olmakla birlikte, aynı sınırlama nedenini içeren 9, 10, 11. maddelerle ilgili Mahkemece verilen bazı kararlar **Casado Coca-İspanya (24.02.1994); Jacobowski-Almanya (23.06.1994)** davalarında mevcuttur (Hanımeli,2003:15).

10.2. Sekizinci Maddenin Uygulanabilirliği

Yukarıda da değinildiği gibi 8. maddenin birinci fıkrasında koruma altına alınan hak ve özgürlükler belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise bu korumanın mutlak olmadığı, müdahalelere tabi tutulabileceği vurgulanmıştır (Kaya, 2004:19). Komisyon ve Mahkeme, maddede söz konusu olan haklara resmî makamların müdahale ettiğine dair bir şikâyet başvurusu geldiği zaman, üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır. Bu organlar önce, şikayete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını yani hükmün “uygulanabilirliğini” saptamakta; müteakiben, bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta; bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, müdahalenin 2. fıkra önünde meşruluk kazanıp kazanmadığı saptamak suretiyle sonuca varmışlardır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:331).

Yani, üçüncü aşama olan ‘müdahalenin meşruluğu’ irdelemesinde, alınan kısıtlayıcı önlemin ‘kanuniliği’, ‘güdülen amacın meşruluğu’ ve şikâyet konusu müdahalenin ‘demokratik bir toplumda gerekliliği’ araştırılmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:331).

Komisyon veya Mahkeme söz konusu haklarla ilgili olarak alınan önlemlerin, 8. maddeye uygun olup olmadığını değerlendirilirken, ilgili devlete ‘*takdir hakkı*’ adı verilen belirli bir yetki de tanımıştır. Buna, ilk defa 10. madde (İfade özgürlüğü)

kapsamındaki **Handyside (7.12.1976)** kararında değinilmişse de bu prensip 8. maddeyle ilgili olarak açılan davalar bakımından da geçerlidir (Günaydın, 2007:72).

Söz konusu karara göre; “Devlet yetkilileri, ülkelerindeki önemli güçlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, uluslararası hâkimlere kıyasla, bir ‘sınırlama’ veya ‘cezanın gerekliliği’ konusunda daha iyi karar verebilecek durumdadır. Bu bağlamdaki ‘gereklilik’ kavramında ima edilen acil toplumsal ihtiyacın gerçeklik düzeyi konusunda, ilk değerlendirmeyi ulusal yetkililer yapmalıdır.

Ancak bu yetkinin akit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediği Mahkemece belirtilmiş ve devletlerin, Sözleşme’nin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, 8. madde söz konusu olduğunda, Sözleşme haklarından birine müdahalenin 8/f.2. kapsamında haklı olup olmadığını belirleme konusunda nihai karar verme rolünü Mahkeme üstlenmiştir (Kilkelly, 2001:5).

10.3. AİHS’ye Göre Özel Hayata Müdahalenin Meşru Sayılması

8/f.2’nin ilk cümlesinde, hakka müdahalenin kamu otoritesince yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Zaten AİHM de davanın karşı tarafı devlet olabilmekte idi. Dolayısıyla ilk etapta müdahale, şahıslar-kurumlar arasında mı yoksa devlet organlarınca mı yapılmış buna bakmak gerekir.

Kamu otoritesinin müdahalesi pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeme olabileceği gibi negatif yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklinde de olabilir. Yine özel kişiler arası ilişki ve müdahalelerin tümü de Sözleşme ve inceleme dışı değildir. Devlet bir hakla ilgili dıştan gelecek müdahaleyi önleyici tedbirler almayarak da bu tür bir müdahalede taraf olabilir (Ermumcu, 2004:12).

Müdahalenin, hukuka uygun olması için; kanunlara uygun, meşru amaçlara yönelik, demokratik bir toplumda gerekli ve amaçla orantılı olması gerekmektedir.

10.3.1. Müdahalenin Kanunlara Uygunluğu

Bir düzenlemenin kanun ile yapılması; kanunun yapılış biçimi, değiştirilme yöntemi, yapan kişilerin niteliği itibarıyla her zaman idari bir düzenlemeye göre kişiler için daha teminatlıdır. Özellikle kişi hakları ve azınlık hakları söz konusu olduğunda, bu tür düzenlemelerin kanun ile yapılmasının önemi daha da artar.

Ne kadar sıkı olursa olsun, ne kadar ayrıntılı kural ve şartlara bağlı bulunursa bulunsun, idari emir, talimat, yönerge, yönetmelik, tüzük gibi kurallara bağlanan şartların zamana ve kişiye göre hemen ve sorunsuzca ihlali mümkün olabilir yani idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır. Özellikle, toplumda tepki çeken konular veya kişiler söz konusu olduğunda idarenin toplumun bu konuda göstereceği hoşgörüyü de güvenerek böyle bir ihlal yapması ve herhangi bir yaptırım ile karşılaşmaması mümkündür. Bu nedenle Sözleşme pek çok düzenlemesinde olduğu gibi 8. madde düzenlemesinde de maddede öngörülen hakların ancak ve ancak bir kanun ile sınırlandırılabilceğini şart koymuştur (Aydın, 2004:14).

“Yasayla öngörülmüş olmak” koşulunun Mahkeme içtihadındaki anlamı hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal (iç) hukukta yasal dayanağının bulunması demektir. “Yasallık” koşulunun başka bir ifadesi olan “hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşırılık”; iç hukukun, 1. fıkra ile korunan haklara resmi makamların keyfi müdahalesini önleyecek bir koruma sistemine sahip olması anlamındadır (Ayhan, 2004:3). Mahkeme bu konudaki uygulamasında tutarlıdır ve önüne gelen olaylarda ihlale dayanak olan düzenlemenin yasal bir düzenleme olup olmadığına bakmaktadır.

Müdahaleyi düzenleyen kurallar kanun ile düzenlenmiş olmakla birlikte, davalı devlet kendi koyduğu bu kanun kurallarına uymamış ise yine ihlal meşru sayılmaz. Yani, haklara müdahalenin amaç, şekil ve şartlarını düzenleyen ulusal kanunun hükümlerine uyulmamış ise durum tek başına 8. maddenin ihlaline yol açar (Aydın, 2004:14).

Mahkeme, **Malone-Birleşik Krallık (2.8.1984)** davasında kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmamasını, bunun idarî bir uygulama şeklinde yapılması nedeniyle herhangi bir zamanda değiştirilebilmesi ihtimalinin bulunmasını, 8. maddenin ihlâli olarak değerlendirmiştir. Bunun yanında gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı ve söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı metinlerle idare tarafından düzenlendiği için, bu durumu da Mahkeme, 8. madde anlamında kanunlara uygun kabul etmemiştir (**Khan-Birleşik Krallık davası, 12.5.2000**) (Kilkelly, 2001:25-26).

Konunun kanunla düzenlenmesi tek başına yeterli de değildir. Bir birey, Sözleşme haklarına müdahaleye izin veren yasanın ne olduğunu bilebilmeli ya da öğrenebilmeli ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelidir. Ulusal yasalarda söz konusu müdahale için yasal bir temel olmalı ve bu yasaya erişim mümkün olmalı, yasa yeterince açık ve net olmalıdır (Özbey, 2005:27). *Tahmin edilebilirlik şartı* denilen bu takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, bu yetkiyi veren bir kanun 8. maddeyi ihlâl eder nitelikte olmayacaktır (Özdemir, 2005). Bu anlamda ‘gizli mevzuat’ olarak anılabilecek düzenlemelerle bir hakka müdahaleyi içeren kurallar konulamaz.

Kaçınılmaz olarak hukukun bazı alanlarında kamu yetkililerine, diğer alanlara kıyasla daha çok takdir yetkisi verilmektedir ve bu kanunların 8. madde ile uyumluluğu AİHM tarafından ele alınmıştır. Aşağıdaki örnekler konunun izahı mahiyetindedir.

Olsson-İsveç (24.03.1988) davasında davacılar, devletin çocuk bakımı alanında sosyal hizmet yetkililerine verdiği takdir yetkisi üzerine ilgili kanunlar tarafından belirlenmediğini ve söz konusu kanunların ortaya çıkaracağı sonuçların tahmin edilemeyecek derecede muğlâk ifadelerle hazırlandığını ileri sürmüştür. Mahkeme, İsveç’in konuyla ilgili kanununun genel ifadeler kullandığını kabul etmekle beraber, özellikle bir çocuğun devlet bakımı altına alınması ve bakım konusundaki bir kararın uygulanmaması gereğini ortaya çıkarabilecek şartların, her türlü olasılığı ele alacak bir kanun yazmayı neredeyse imkansız kılacak derecede

değişken olduğunu belirtmiştir ve kanunun md. 8/f.2'nin yasal şartlarına uyduğuna karar vermiştir (Ayhan, 2004:4)

Gizli gözetim konusundaki kanunlar, bariz nedenlerle, tahmin edilebilirlik şartı açısından sorun çıkarmaktadır. Bu yüzden, söz konusu şartın bu konuda nasıl uygulamaya geçirildiği sorusu düşünülmelidir. Bu konuyla alakalı aşağıdaki örnekler gösterilebilir.

Kruslin ve Huvig-Fransa (24.04.1990) davasında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız Kanunu için Mahkeme; “Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle özellikle kesin olan bir ‘kanuna’ dayanmalıdır. Kullanılabilecek teknolojiler devamlı daha karmaşık hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.” demiştir (Kilkelly, 2001:28).

Rotaru-Romanya (04.05.2000) davasında; gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak ve alınan önlemin meşru amacını göz önünde bulunduracak biçimde kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir (Kilkelly, 2001:28).

Kişisel ve özel haberleşmeye müdahale etme konusunda mecburen kapsamlı olan yasal otoritenin detaylarını belirlemek için kanunlardan ziyade başka hukuki enstrümanları kullanmak kabul edilebilir olmasına rağmen, söz konusu durum ancak bu enstrümanları gözaltındaki kişiler tarafından ulaşılabilir olduğu ölçüde kabul edilebilir. Örneğin, davacının bulunduğu cezaevinin yöneticilerine verilen, kanun gücünde olmayan ve bu kişinin erişemediği talimatlar uyarınca, söz konusu kişinin mektuplarına el konulduğu **Silver-Birleşik Krallık (25.03.1983) davasında**, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkında yapılan müdahalenin kanunlara uygun olmadığına ve md. 8/f.2'yi ihlal ettiğine karar verilmiştir (Özdemir, 2005).

Düzenlenen kanunun; hakkın özünü ortaya koyması, bu hakka yapılabilecek müdahalenin şartlarını, yöntemlerini, bu müdahalenin kötüye kullanılmasına ilişkin olarak alınan tedbirleri, kişilerin bu tür müdahalelere karşı başvurabilecek iç hukuk yollarını ayrıntılı olarak düzenlemesi yani şeklen konulmuş bir kanun olmayıp, içi dolu, amaca uygun ve hukuk devletine yakışır bir kanun olması da gereklidir (Aydın, 2004:15).

10.3.2. Müdahalenin Meşru Amaç Taşınması

Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin md. 8/f.2 kapsamında meşru bir amacı olup olmadığı sorusunu ele alır. Madde 8/f.2’de, bir devletin bu konuda; ulusal güvenliğinin, sağlığının veya ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin, ülkenin ekonomik refahının korunmasının yanında toplum düzeninin bozulmasının ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekçeleriyle müdahalede bulunabileceği kabul edilmiştir.

Bu amaçlar Mahkeme kararlarına göre ortaya konulan amaçlardan sadece bazılarıdır ve her olaya göre değişkenlik arz eder. Müdahalenin amacını ve bu amaca uygunluğunu belirlemek, iddiaya yanıt veren devletin sorumluluğundadır ve müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabildiği anlamına gelmektedir. Buna karşılık davacı da devletin iddia ettiği amacın gerçek amacı olmadığını asıl amacının kendisine yönelik hakların ihlali olduğunu ortaya koyması ve iddiasını ispat etmesi gereklidir. Ancak gerek kavramların genişliği ve gerekse devletlerin geniş takdir hakkı davacıların bu tür iddialarını ispatlamasını güçleştirmektedir (Aydın, 20004:15).

Birçok davada Mahkeme devletlerin uygun bir amaca yönelik olarak hareket ettiğini kabul eder. Hatta Mahkeme’nin devletin attığı adımların nedeni olarak ileri sürdüğü amaçlara pek az dikkat ettiği ve genellikle ileri sürülen amaçları sağlığın ve ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi tek bir başlık altında topladığı söylenebilir (**Open Door Counseling-İrlanda, 29 Ekim 1992**). Yani, birçok davada Mahkeme, devletlerin uygun bir amaca yönelik hareket

etmiş olduğunu kabul eder; davacının itiraz ettiği durumlarda bile, belirlenen meşru amacı veya amaçları neredeyse hiç reddetmemiştir (Ayhan, 2004:6).

Bu konuda AİHM, demokratik toplumların casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini, devletin de bu tür tehditlere etkin bir biçimde karşı çıkabilmesi için, kendi yargı alanı içinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğini kabul etmiştir. İstihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle birlikte, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için zorunlu olduğu durumlarda AİHS kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir. Posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olması, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği, kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin istismarına karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olmanın gerektiğini de vurgulamıştır (Özdemir, 2005).

10.3.3. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekliliği

Hakka yapılan müdahalenin meşru olup olmadığını belirlemede en çok sorun çıkaran ve devletlerin mahkûmiyetinde en çok kullanılan durum, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır (Aydın, 2004:15). Yani, yapılan müdahalenin kanuna uygun olduğu ve maddede sayılan amaçlara hizmet ettiği benimsendikten sonra, bu kez de müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılır. Eğer bu hususta da olumlu cevap verilirse müdahalenin meşru olduğu kabul edilir

10.3.3.1. Demokratik Toplum

Mahkeme kararlarında, demokratik bir toplumun özelliklerinin neler olduğu ayrıntılı olarak açıklamış değildir. Mahkeme bir kararında (**Dudgeon-Birleşik Krallık, 22.10.1981**) demokratik toplumun, *hoşgörü ve açık fikirlilik* olmak üzere iki ana özelliği olduğunu belirtmiştir. Hukuk devletine bağlılık ve sözleşme haklarına keyfi müdahalelerin önlenmesi çabası da demokratik bir devletin gerekleri arasında

yer almaktadır. Mahkeme'ye göre Sözleşme, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır (**Soering-Birleşik Krallık, 07.07.1989**). Ancak genel olarak demokratik bir toplumda 8. madde için gerekli olanın ne olduğu, *orantısallık prensibinin* uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir (Kilkelly, 2001:32).

Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, demokratik toplumun özelliklerinden olmakla birlikte, aynı zamanda, demokrasinin de olmazsa olmaz koşullarındandır (Demirel, 2004:9). AİHS bir bütün olarak ele alındığında, insan hakları, insanlık onurunu korumayı amaçlayan bir sistemdir ve demokrasi ile hukukun üstünlüğü bu konuda öncelikli role sahiptir.

Özetle, “*demokratik toplum*” ölçütü, Mahkeme'ye göre; insan haklarına saygı, hukuk devleti, yasadaki siyasal katılım ve çoğulculuk başlıkları altında toplanmaktadır (Gölcüklü, Gözübüyük, 2005:380).

Buradaki çoğulculuk, çoğunluğun sürekli iktidarda olduğu üstünlük değildir. Bireysel menfaatler belli durumlarda çoğunluğun menfaatlerinden sonra gelse de bu çoğunluğun fikirlerin baskın olacağı anlamını taşımaz. Azınlıklara da adil davranılarak bir denge kurulmalıdır ve hâkim durumda olanların da yetkilerini kötüye kullanmamaları gerekir (Özbey, 2005:28).

10.3.3.2. Gereklilik

Bir müdahalenin gerekli olması da ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Müdahale için devletin bazı nedenlerinin olması yeterli değildir. Bu tür müdahalenin amaç için gerçekten gerekli olması gerekir. Mahkeme buradaki gerekliliğin ‘vazgeçilmez’ ile eş anlamlı olmadığını, ancak ‘kabul edilebilir’, ‘normal’, ‘yararlı’, ‘makul’, ‘arzu edilen’ kelimelerindeki esnekliği de taşımadığını benimsemiştir (**Handyside-Birleşik Krallık, 07.12.1976; Suday Times- Birleşik Krallık, 26.04.1979**) (Hanımeli, 2003:16). Bir başka kararında (**Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988**) ise Mahkeme; “*Gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısallık olduğunu ima etmektedir.*” diyerek konuya açıklık getirmeye çalışmıştır (Aydın, 2004:16).

Bir hakka el atılması halinde bu el atmanın tutarlı ve kabul edilebilir olduğunun kabulü ile ilgili iki koşulun değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bunu belirlemek de bir o kadar zordur. Bunlar ‘tutarlı, kabul edilebilir amaç ve yasallık’tır (Demirel, 2004:9).

10.3.3.3. Orantılılık İlkesi

Toplum yaşamında özgürlüğü kısıtlamayı zorunlu kılan nedenler, aynı zamanda bu sınırlamanın amacını oluştururlar. Özgürlük, ancak toplum düzeninin sürmesini sağlamak, kendisinden herkesin düzen içinde yararlanmasını olanaklı kılmak amacıyla sınırlanabilmelidir. Bu, orantılılık ilkesini ifade eder. “Sınırlama, onu belirleyen duruma orantılı olmalı ve hak ya da özgürlüğün varlığını zedelememelidir” (Romanya AY md. 49/2).

Sınırlamalar amaç dışı kullanılamaz ve ancak “demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı” ölçüde olabilir. Bunlar ve benzeri ölçüt ya da kayıtlar, hak ve özgürlükleri sınırlamanın ‘sınırı’ni gösterir; aynı zamanda onların güvencesini oluşturur. Zira demokratik bir toplumda özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna oluşu, özgürlükler hukukunun bir genel ilkesidir (Kaboğlu, 2002:63).

Orantılılık ilkesi, aslında sorunun çözümünde en çok kullanılan araçtır. Zira yapılan müdahalenin orantılılık ilkesine uyduğu kabul edilirse çoğu zaman demokratik toplumun gereklerine uygunluk ve müdahalenin gerekliliği gibi sorunlar da çözülmüş olacaktır. Mahkeme, Sözleşme uygulamalarında artık yaygın olarak bu ilkeyi benimsediğini göstermektedir. **Soering-Birleşik Krallık (07.07.1989) davasında**, “Sözleşmenin bütününün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarını korumasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır.” şeklindeki açıklama ile bu ilkenin kabul edilmiş şekli gösterilmektedir (Demirel, 2004:10).

Bir hakka yönelik olarak yapılacak müdahale ile kişinin haklarına zarar verileceği aşikârdır. Bu müdahale ile bir takım yararlar da sağlanacaktır. İşte

sağlanacak bu yararlar, kişinin haklarına verilecek zararı önemsiz kılacak kadar değerli ise yapılan müdahale oranlı, böyle bir değere sahip değil ise oransızdır. Örneğin; basit ve klasik bir soruşturma ile aydınlatılabilecek bir olayda bu yapılmayıp kişinin telefonlarının dinlenmesi ve onun gizli izlemeye alınması orantılılık ilkesine aykırıdır. Yine, cezaevinin güvenliğinin sağlanması için mektupların okunması gerekli ise de söz konusu olan sanığın savunma hakkı ise avukatına yazdığı mektupların okunması orantılılık ilkesine aykırı olacaktır (Aydın, 2004:16). Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle birkaç unsurun göz önüne alınmasını gerektiren karmaşık bir süreçtir

Mahkeme, ulusal kararların 8. madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, en basit ifadeyle birey hakları ile devletin çıkarlarının dengelenmesi anlamına gelen orantısallık testini uygulamaktadır. Ancak Mahkeme, ulusal mahkemelerin aldığı kararlar konusunda temyiz merci değildir ve bu nedenle herhangi bir davanın esasına göre görüşünü bildirmekten kaçınır. Mahkeme'nin üstlendiği rol, davaya bir bütün olarak bakarak, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için ilgili ve yeterli nedenlere sahip olmadığını ele almaktır (**Olsson-İsveç davası, 24.03.1988**) (Kilkelly, 2001:33).

Devletçe yapılan işlem ile söz konusu hakka mümkün olduğunca az kısıtlama getirilmeli, yine kısıtlama getirilen bu eylem veya işlem belirlenen amaçları gerçekleştirebilmek için dikkatli bir şekilde hazırlanmış olmalı; keyfi, hakkaniyete aykırı olmamalı ayrıca güçlü gerekçelere dayanmalıdır (Demirel, 2004:10).

Her şeyden önce müdahaleden korunması gereken hakkın ne olduğu belirlenmelidir. Bazı haklar kaçınılmaz olarak diğerlerinden daha önemli ve özeldir ve bu tür haklara müdahale etmek çok zordur. Yukarıda belirtildiği gibi, tutuklunun avukatı ile yazışmasını okumak tutuklunun annesine yazdığı mektubu okumaktan daha farklıdır. Yine kişinin cinsel hayatı ile hususların izlenip gözetlenmesi kişinin ailenin diğer bireyleri ile veya arkadaşları ile olan ilişkilerini izlemekten daha önemlidir (Aydın, 2004:17).

Sözleşmecî devletler kısıtlama getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar. Kısıtlamaların Sözleşme ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son

sözü söylemek ise AIHM'nin görevidir. Ayrıca ulusal makamların sahip oldukları bu takdir alanı içinde hareket edip etmediklerine karar verirken, Mahkeme, ilgili ülkede o dönemde hüküm süren ekonomik ve sosyal koşullar ile söz konusu düzenlemeyi gerektiren diğer tüm etkenlerin de göz önünde bulundurulması gerektiği inancındadır (**Rasmussen-Danimarka, 28.11.1984**) (Hanımeli, 2003:16).

Müdahalenin konusu olan hak ve bu hakkın önemi belirlendikten sonra, bu kez müdahale ile güdülen amacın önemi ve müdahalenin kapsamı belirlenmelidir. Müdahale için güdülen amacın önemi dikkate alınmalıdır. Örneğin; ulusal güvenliğin sağlanması, organize suçlulukla mücadele, salgın hastalıklara karşı toplumun korunması, çocukların korunması gibi nispeten daha önemli amaçlar için kabul edilebilecek müdahaleler adi suçların soruşturulması gibi durumlarda kabul edilemeyecektir. Müdahalenin ele aldığı hususta toplumun acil ve ciddi ihtiyaç ve nedenlerinin bulunması gereklidir. Çocukların cinsel istismara karşı korunması ne kadar acil ve ciddi bir sorun ise yetişkinlerin toplumun geneli tarafından kabul görmeyen cinsel tercihlerinin yasaklanması da o kadar acil olmayan ve toplumu ilgilendirmeyen konulardır (**Norris-İrlanda, 26.10.1998**). Bu ikisi yönünden alınacak ve görünüş itibarıyla aynı olan tedbirlerden birisi meşru kabul edilirken diğeri meşru kabul edilmeyecektir (Aydın, 2004:17).

İşte bu şekilde hakkın konusu ve önemi ile müdahalenin amacı ve kapsamı belirlenip bunlar arasında bir yarar-zarar dengesi gözetilmeli ve söz konusu müdahalenin yararlarının daha fazla olduğu objektif olarak kabul edilebiliyorsa müdahale meşru görülmelidir.

11. AIHS'İNİN 8. MADDESİNİN TÜRK HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Çalışmanın bu kısmında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8. madde kapsamında Türkiye hakkında verdiği ihlal kararları, bu kararların nedenleri ve günümüz Türkiye'sinde özel hayatın gizliliği noktasında geldiğimiz durum incelenmektedir.

11.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin en eski üyelerinden biridir; 1949'da kurulan örgüte 13 Nisan 1950'de üye olmuştur. AİHS'yi ise ilk imzalayan devletler arasındadır. Sözleşme'yi diğer 11 Konsey üyesi ile birlikte, imzaya açıldığı 4 Kasım 1950'de imzalamıştır. 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren AİHS'yi, yürürlüğe girişinden kısa süre sonra, 1954'te onaylamıştır. Onay işlemine ilişkin 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı yasanın Meclisçe kabulü, Meclis'te herhangi bir görüşme olmadan ivedilik ve öncelikle olmuştur. AİHS, onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verildiği 18 Mayıs 1954'te Türkiye için yürürlüğe girmiştir (Özdek, 2004:78).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış olan haklar, Sözleşme'den sonra yapılmış olan, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları tarafından da esas itibariyle güvence altına alınmıştır. Türkiye için insan haklarına saygı gösterme, hem Anayasa'nın bir emri hem de uluslararası yükümlülüğün bir gereğidir (Gözübüyük, Gölcüklü, 2005:16-17).

10. AB uyum paketi çerçevesindeki değişiklikten önce, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." hükmüne, önemli bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (Ergül, 2004:12). Bu durumda, mahkemede görülen bir davada, ulusal yasa ile örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında çatışma çıkması halinde, AİHS kesin bir şekilde ulusal yasaya karşı üstünlük taşıyacaktır. Bu itibarla, AİHS ve AİHM içtihatlarının iç organlarımız ve bu arada yargı mercilerimiz tarafından bilinmesi ve izlenmesi artık daha büyük önem taşımaktadır.

11.2. 8. Maddenin İhlali Kapsamında AİHM'nin Türkiye Hakkında Verdiği Kararlar

AİHM, Türkiye'ye karşı yapılan kişisel başvuruları sekiz başlık altında sınıflandırmıştır. Birinci başlık altında faili meçhul cinayetler, kayıplar ve yıkılan köylerle ilgili davalar vardır. Karakollarda kötü muamele ve gözaltı süresinin uzunluğu ile ilgili başvurular ikinci ve üçüncü başlıkta yer alır (Çağlar, 2002:14).

Bir diğer başvuru nedeni Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) önündeki yargılamalardır. Bu konudaki başvuruların çoğu DGM'lere ilişkin Anayasa ve yasa değişikliği öncesinde yapılmıştır. Beşinci başlık kamulaştırma bedelleri ve faiz ödemelerini kapsar. Bu tip başvurular sonucunda Türkiye büyük mali yükümlülük altında kalmıştır.

Diğer başlıklar altında ise; ordudan ihraç edilenlerin başvuruları, bölücü propaganda çerçevesinde ifade hürriyetinin ihlali iddiasıyla yapılan başvurular ve Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi partilerin yaptıkları başvurular yer almaktadır (Çağlar, 2002:14).

AİHM'nin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine dair Türkiye hakkında verdiği bazı örnek kararlar:

11.2.1. Güvenlik Güçlerince Gerçekleştirilen İhlaller

AİHM'nin, 8. maddeye aykırılık saptadığı tipik bir dava türü, Güneydoğu'da evlerinin güvenlik güçlerince yakıldığı iddiasıyla bazı köylülerce yapılan başvurulardır. Mahkeme'nin bu yönde incelediği ve ihlal saptadığı ilk dava, **Akdıvar ve diğerleri-Türkiye (16.09.1996, Başvuru No. 21893/93)** davasıdır. Bu başvuruda, Diyarbakır'ın Dicle ilçesinin Kelekçi köyünde yaşayan sekiz köylü, Kasım 1992'de güvenlik güçlerinin köylerine saldırıda bulduklarını, kendi evleri de dâhil dokuz evi yaktıklarını ve tüm köyü derhal boşaltmaya zorlandıklarını iddia etmişlerdir. Hükümet ise iddiaları reddetmiş ve evlerin PKK tarafından yakıldığını ileri sürmüştür. Komisyon, başvuru evleri de dâhil olmak üzere köyde dokuz evin yakılarak ağır zarar verildiğini, bu olay üzerine ulusal düzeyde gereği gibi bir

soruşturmanın yapılmamış olduğunu saptamış ve delilleri değerlendirmesi sonucunda evlerin yakılmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. AİHM de başvuru sahiplerinin evlerinin ve eşyalarının kasten yakılmasının başvuru sahiplerinin ‘aile yaşamı ve konuta saygı hakkı’na ciddi bir müdahale oluşturduğunu, bu müdahalenin hiçbir şekilde haklı gösterilemeyeceğini belirterek, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer biçimde, güvenlik güçlerince evlerin yakıldığı iddiasını içeren **Menteş ve diğerleri** (28.11.1997, Başvuru No. 23186/94), **Selçuk ve Asker** (24.04.1998, Başvuru No. 23184/94, 23185/94), **Bilgin** (16.11.2000, Başvuru No. 23819/94), **Dulaş** (30.01.2001, Başvuru No. 25801/94), **Orhan** (18.06.2002, Başvuru No. 25656/94), **Yöyler** (24.07.2003, Başvuru No. 26973/95) başvurularında da AİHM, başvuru sahiplerinin özel yaşam, aile yaşamı ve konuta saygı haklarına ağır ve meşruluktan yoksun bir müdahalenin varlığını saptayarak, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Özdek, 2004:224).

Doğan ve diğerleri-Türkiye (29.06.2004, Başvuru No. 8803/02) davasında güvenlik güçlerince başvuru sahiplerinin köylerinden ayrılmaları için evleri tahrip edilmiş ve yoksulluk içinde yaşamak zorunda kalmışlardır. Köylerine dönüşünde engellenmesi Mahkeme tarafından 8. maddenin ihlali kabul edilmiştir.

Türkiye'ye karşı **Y. F (22.07.2003, Başvuru No. 24209/94)** başvurusunda, gözaltına alınan bir kadının sorgulandıktan sonra cinsel ilişkiye girip girmediğinin saptanması için güvenlik güçlerince jinekolojik muayeneye zorlanmasının 8. maddeye aykırılığı şikâyet edilmiştir. Bayan F., gözaltında kötü muamele görmüş ve rızası olmadan jinekolojik muayeneye zorlanmıştır. AİHM’de hükümet, Bayan F.’nin jinekolojik muayeneye rızası ile götürüldüğünü, itiraz etmiş olsaydı bu muayeneye tabi tutulmayacağını ileri sürmüştür. Bu bağlamda Mahkeme, bu davada hükümetin, hukuk tarafından tanımlanmış bir tıbbi gerekliliğin ya da tıbbi inceleme koşullarının varlığını gösteremediğini, ayrıca tıbbi incelemenin savcının istemi üzerine de yapılmadığını belirtmiştir. Kişinin fiziksel bütünlüğüne herhangi bir müdahalenin hukuk tarafından öngörülmesi ve o kişinin rızasıyla yapılması gerekliliğine işaret eden Mahkeme, aksi halde gözaltında tutulan kişiler gibi zayıf konumda olan kişilerin keyfi eylemlere karşı yasal güvencelerden yoksun kalacağını dile getirmiş, söz konusu müdahaleyi hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlali saymıştır (Özdek, 2004:226).

11.2.2. Özel Hayata Karşı Gerçekleşen İhlaller

Ünal Tekeli -Türkiye (16.11.2004 tarihli karar, Başvuru No. 29865/96) davasına konu olayda, stajyer avukatken evlenen başvuru Türk kanunlarına göre eşinin soyadını almış, meslek hayatında da kızlık soyadıyla tanındığından, bu ismi yasalara göre aldığı soyadın önüne eklemeyi sürdürmüştür. Ancak resmi dosyalarda her iki ismi de kullanamamaktadır. Başvuran, yalnızca kızlık soyadı "Ünal"ı kullanmasının izin verilmesi için dava açmış, mahkeme de evli kadınların evlilikleri süresince kocalarının ismini taşımalarının gerektiğini gerekçe göstererek başvuranın talebini reddetmiştir. Başvuranın yaptığı itiraz Yargıtay tarafından da reddedilince AİHM'ye başvurmuştur. AİHM davayı incelerken 8. madde ile 14. maddenin birlikte ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkeme oybirliği ile başvuranın AİHS'nin 34. maddesi uyarınca 'mağdur' olduğunu iddia edebileceğine, AİHS'nin 8. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddenin ihlal edildiğine; tek başına ihlal kararının başvuranın uğradığı manevi zararlar için yeterli bir tazminat oluşturduğuna karar vermiştir (Tezcan ve diğ., 2006:170).

Bugünkü durumda, MK'da gerekli değişiklik yapılincaya kadar, AİHM içtihadıyla ters düşmemek için, kişilerden gelen bu yöndeki taleplerin nüfus müdürlüklerince dikkate alınmasında yarar vardır.

Güzel Erdagöz-Türkiye (21 Ekim 2008, Başvuru no: 37483/02) davasında başvuran, Kürt kökenli olan "Güzel" isminin Türkçeleştirilmesi çerçevesinde "Güzel" olarak nüfus kaydında yazıldığını ve bunun bazı karışıklıklara sebep olduğu gerekçesiyle düzeltilmesi için yaptığı başvurulardan herhangi bir sonuç alamadığını kaydetmiştir. Mahkeme, daha önce de birçok kez gerçek kişilerin ad ve soyadlarına ilişkin itirazlarını 8. maddenin özel hayat kapsamında olduğu gibi "aile hayatı" açısından da uygulama alanına girdiğini kabul ettiğini hatırlatarak bu durumun AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr)

Paşaoğlu-Türkiye (08.07.2008, Başvuru No: 8932/03) davasında, T.C. vatandaşı olan başvuru Turan Paşaoğlu'nun pasaport süresinin uzatılması

talebinin; ‘Pontus’ propagandası yaptığı gerekçesiyle hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunan Yunan yazar Georgios Andreadis’in damadı olduğu, bir turizm şirketi işlettiği ve Yunanistan’dan Türkiye’ye turlar düzenlediği belirtilerek bu turlarda ‘Pontus’ propagandası yapabileceği gerekçesiyle Türk mercileri tarafından başvurusu reddedilmiştir. Bu itibarla AİHM, ihtilaf konusu tedbirin devam ettirilmesinin başvuranın hayatında yol açtığı belirsizlik ve sarsıntıyı hesaba katarak söz konusu tedbirin bu denli uzun bir süre boyunca devam ettirilmesinin orantısız olduğu ve ‘demokratik bir toplumda zorunlu’ olarak addedilemeyeceği gerekçesiyle 8. maddenin ihlaline karar vermiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

11.2.3. Aile Hayatına Karşı Gerçekleşen İhlaller

Sophia Gudrun Hansen’in (23.09.2003, Başvuru No. 36141/97) ülkesi olan İzlanda’da tanışarak evlendiği Türk vatandaşı olan Halim Al’dan iki kız çocuğu sahibi olmuştur. Ancak, evliliğin Al’ın şiddet uygulaması nedeni ile uğradığı sarsıntı, Al’ın iki kızını alarak Türkiye’ye dönmesi ile sonuçlanmıştır. Bu süreçten sonra, anne, çocuklarını görmek için Türkiye’ye gelmiş, dava açmış, ancak mahkeme kararına karşın çocukları ile görüşme olanağına kavuşamamıştır. Mahkeme kararında, Türk Makamları’nın, başvuru ile çocuklarının görüşmesi konusunda gerekli önlemleri almamış olması nedeniyle AİHS’nin 8. maddesinde güvence altına alınan “Aile Hayatına Saygı” ilkesini yerine getirmediğini belirterek Türk devletini, tasarrufta bulunmadığı için sorumlu tutmuştur (Demirtaş, 2004).

Tavlı-Türkiye (9.11.2006, Başvuru No. 11449/02) davasında başvuran, AİHS’nin 8. maddesi hükümlerine dayanarak, eski eşinden doğma çocuğun babası olmadığına dair bilimsel kanıta sahip olmasına rağmen bunu bir mahkeme tarafından tespit ettirememesinden şikâyetçi olmuştur. Nesebin reddi davası açmış ama bir neticeye ulaşamadığı gibi, ödediği nafaka miktarı da artırılmıştır. Elinde kesin DNA testi olduğu halde bu durumun dikkate alınmamasını AİHM ihlal olarak değerlendirmiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

11.2.4. Konut Dokunulmazlığına Karşı Gerçekleşen İhlaller

Türkiye'ye karşı 8. maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda iddialarının sıklıkla güvenlik güçlerinin uygulamalarına dayandırıldığı gözlenmektedir. Bu yönde bir örnek olan **Elçi ve diğerleri-Türkiye (13.11.2003, Başvuru No. 23145/93, 25091/94)** davasında, 5 avukat 1993'te evlerinin ve bürolarının güvenlik güçlerince yetkisiz biçimde aranmasının ve evraklarına el konulmasının 8. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Davanın ilginç bir yönü, polisin el koyduğu evraklardan bir kısmının avukatların Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na müvekkilleri adına yaptıkları başvurularla ilgili olmasıdır. AİHM bu davada, başvuru sahiplerinin 8. maddedeki 'konut' ve 'haberleşme' haklarına 'hukuka uygun olmayan' bir müdahalede bulunduğu görüşüne varmıştır. Bu kararın gerekçesi, bir savcı ya da yargıcın herhangi bir resmi arama emri olmaksızın güvenlik güçlerince, avukatların evlerinin ve bürolarının aranmış olmasıdır. Arama ve evraklara el koyma işleminin yetkisiz yapıldığına dayanılarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Işıldak-Türkiye (30.09.2008, Başvuru No: 12863/02) davasında, başvuran, polis memurunun kimliğini belirtmeden, gerekçe göstermeden ve mahkeme kararı olmaksızın atölyesine girmiş olması dolayısıyla konutuna saygı gösterilmesi hakkının ihlâl edildiğini, ayrıca, polis memurunun, konut olarak da kullandığı atölyesinde yatak odası da dahil tüm odalara baktıktan sonra gittiğini ileri sürmüştür. AİHM, olayın geçtiği dönemde yürürlükte olan yasal düzenlemelerin, başvuranın konutuna saygı gösterilmesi hakkına yetkili makamların keyfi müdahalelerine karşı yeteri kadar koruyacak teminatlar içermediği kanaatine varmış ve AİHS'nin 8. maddesini ihlâl kararı vermiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Lemke-Türkiye (5.06.2007, Başvuru No:17381/02) davası, Bergama ilçesi (İzmir) sınırları dâhilinde, başvuranın ve ailesinin ikamet yerlerinden yaklaşık elli kilometre uzaklığında bulunan Ovacık'ta, altın madeni işletmesi izninin verilmesi ile ilgilidir. Başvuran, idari otoriteler tarafından siyanür yöntemi ile altın madeni işletmeciliğine izin verilmesinden dolayı şikâyetçi olmakta ve bu durumun bölge sakinlerinin güvenliğini ve sağlığını tehdit ettiğini ileri sürmektedir. Mahkeme konuta saygı hakkı çerçevesinde bu durumun 8. maddenin ihlali olduğuna karar

vermiştir. (**Öçkan ve Diğ.-Türkiye Davası, 28.03.2006, Başvuru No:46771/99**)
(www.inhak-bb.adalet.gov.tr)

Loizidou- Türkiye (18.12.1996, Başvuru No: 15318/89) davasında AİHM, Güney Kıbrıs'ta yaşamakta olan başvurucunun, 1974 müdahalesinin ardından, Kuzey Kıbrıs'taki mülkünü kullanamadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 8 ve mülkiyet hakkına ilişkin 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiasını, mülkiyet hakkının ihlal edildiği ancak arazi üzerinde ev bulunmadığı için konuta saygı hakkının ihlal edilmediği şeklinde karara bağlamıştır (Erkan, 2004:8).

11.2.5. Haberleşmenin Engellenmesi Nedeniyle Gerçekleşen İhlaller

Ekinci ve Akalın-Türkiye (30.01.2007, Başvuru No: 77097/01) davasında, adı geçenler, terörist bir örgüte üye olmak suçundan cezalarını çekmekteyken 6 Kasım 1998 tarihinde cezaevi yönetimine karşı ayaklanma suçu ile itham edilmiş ve Ankara Asliye Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. 19 Aralık 2000 tarihinde iç hukuk yetkilileri tarafından cezaevlerine yönelik olarak düzenlenen "hayata dönüş operasyonu" sırasında güvenlik güçleri ile hükümlüler arasında çatışma meydana gelmiş, başvuranlar bu operasyon sırasında kötü muamele gördüklerini ileri sürmüşlerdir. Başvuranların yasal temsilcisi ile görüşme talepleri ve ziyaret edilmeleri engellenmiştir. Mahkeme, haberleşme haklarının engellenmesi nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. **Kepeklioğlu-Türkiye (23.01.2007, Başvuru No. 73520/01), Nakçi-Türkiye (30.09.2008, Başvuru No. 25886/04) davaları** aynı konuda verilen diğer ihlal kararlarına örnek teşkil etmektedir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Fazıl Ahmet Tamer-Türkiye (5.12.2006, Başvuru No: 6289/02) davasında, cezaevinde bulunan başvurucu, mektuplarının ve günlük bir gazetede yayımlanmasını istediği bir makalenin elde tutulmasından ve sansürlenmesinden şikâyetçi olmakta, bu noktada AİHS'nin 8. ve 10. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Başvuran bu bağlamda savunma, iletişim ve görüş alışverişinde bulunma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Haberleşme haklarının engellenmesi nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. **Gülmez-Türkiye (20.05.2008, Başvuru No: 16330/02)** kararı da aynı minvaldedir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Reyhan-Türkiye (23.09.2008, Başvuru No: 60123/00) davası, illegal bir örgüte üye olma suçlamasıyla mahkûm edilen başvuru sahibi Hasan Hüseyin Reyhan, cezaevi yetkililerinin kendisine gönderilen iki Kürtçe kasete el koymaları ile ilgilidir. Başvuru sahibi el koymanın yasadışı olduğu yönünde Türk mahkemelerine başvurduğunda, mahkeme Adalet Bakanlığı'nın cezaevlerinde Kürtçe kasetleri yasakladığına dair yayınladığı yönergeye atıf yaparak isteği reddetmiştir. AİHM, başvuru sahibinin haberleşme hakkına müdahale edilmesinin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

Koç ve Diğerleri- Türkiye (30.09.2008, Başvuru No: 38327/04) davasında, Gaziantep Cezaevi'nde tutuklu olan yedi başvuru sahibi, yazışmalarının kendilerine cezaevi yetkilileri tarafından iletilmediği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuşlardır. Mahkeme, başvuru sahiplerinin haberleşme hakkına müdahale edilmesinin hukuka uygun olmadığını göz önünde bulundurarak oybirliğiyle 8. maddenin ihlalinin bulunduğu kararını vermiştir. AİHM ihlalin varlığının tespitinin manevî zarara maruz kalan başvuru sahipleri için kendi başına yeterli olduğuna hükmetmiştir (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

11.3. AİHM'nin Türkiye Hakkındaki Kararlarının Nitelik Olarak İncelenmesi

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çalışmalarının bir analizi Türkiye gerçekliği için bir turnusol kâğıdıdır ve Türkiye'de insan hakları ihlalleri üzerine çalışma yapma hedefinde olan biri için temel önemdedir” (Di Maggio, 2008).

Özel hayat hakkı ile ilgili kararlara bakıldığında en çok ihlalin güvenlik güçlerinin tutumlarından kaynaklandığı görülmektedir. Özellikle konut dokunulmazlığı ve arama konularında birçok ihlaller olmuştur. AİHM iş yükü açısından çok yoğun olup yapılan başvurular da sonraki yıllarda karara bağlandığı için yukarıda verdiğimiz örnekler de başvuru tarihi itibarıyla daha önceki yıllara aittir. Dolayısıyla bu ihlaller günümüzde yaşanan ihlaller değildir. Son yıllarda yapılan hukuki düzenlemeler de bu ihlallerin önünü almaya yöneliktir.

Türkiye açısından bundan sonra Mahkeme'ye yapılan başvuruların azalacağı beklenmekte, çünkü son yıllarda birçok kanun ve yönetmelik hatta başta Anayasa, AİHS göz önünde tutularak yeniden düzenlenmiştir. Özellikle 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikler; özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği bölümlerinde etkisini göstermiş ve 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan sınırlama nedenlerini aynen almıştır. Bu gelişmeyi kanunlar takip etmiş ve 2005 itibariyle 5271 sayılı CMK ve 5237 sayılı TCK özel hayatın gizliliğini koruma mekanizmalarını ciddi manada güçlendirmiştir.

2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK ve CMK'da şüpheli ve sanık hakları konusunda iyileştirilmeye gidilmiş, özellikle TCK'da özel hayatın gizliliğini ihlal suçları şeklinde yeni bir bölüm düzenlenmiş ve bu suçlar ciddi yaptırımlara bağlanmıştır. Bilindiği üzere bu suçları bir kamu görevlisi işlediği zaman suçun nitelikli hali olmakta ve cezası daha da artmaktadır. Yapılan haksızlıklar nedeniyle vatandaşa ödenen tazminatlarda, devlet bu haksızlığı yapan kamu görevlisine rücu etmektedir.

5271 sayılı CMK'da, özel hayatın gizliliğini ihlal eden vücut muayenesi, arama, el koyma, dinleme ve gizli soruşturmacı gibi tedbirlerde çok ayrıntılı, hatta Sözleşme'ye oranla da oldukça ayrıntılı düzenlemelere gitmiştir. Hemen her işlemde hâkim kararı aranmış kolluğun yetkilerinde de kısıtlamalar olmuştur. Bütün bu gelişmelerin, ihlallerin azalması sonucunu doğurması beklenmektedir.

Şu an yaşanmakta olan ihlaller kanunlardan değil, bunları yanlış uygulayan yetkililerden kaynaklanmaktadır. Ancak ihlallerin ortadan kaldırılması ancak eğitim ve denetimle mümkün olabilecektir.

Sözleşme'nin 8'inci maddesi bazı durumlarda taraf devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Pozitif yükümlülükle alakalı yasalarımızda pek çok düzenlemeler vardır. Örneğin, cinsiyet değişikliği konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci maddesinde ayrıntılı bir düzenleme vardır. Bu şekilde cinsiyetini değiştiren biri geçmiş olduğu cinsiyetin sahip olduğu bütün haklara sahip olabilmektedir. Bu durum Türk hukukunda yasal güvenceye kavuşmasına karşın AİHM bu konuda hala net bir karar verememiş ve muhayyer kalmıştır.

Konuta saygı hakkı çerçevesinde ise Türkiye, en çok Kıbrıs'ta Rum vatandaşlara karşı yaşanan ihlaller yüzünden yargılanmış ve ciddi tazminatlara mahkûm edilmiştir. Bu konuda da ciddi bir gelişme olmuş ve AİHM, adanın kuzeyinde 2005 yılında şekillenen ve hâlihazırda faaliyet gösteren Taşınmaz Mal Komisyonu'nu (TMK), Kıbrıslı Rumların mülkiyet talepleri konusunda “etkin iç hukuk yolu” ilan etmiştir. AİHM'ye başvuru iç hukuk yolları tüketilmeden yapılamadığından, karar gereği bundan böyle Kıbrıslı Rumlar mülkiyet konusunda TMK'ya başvurmadan AİHM'ye başvuramayacaktır.

“Demopulos ve diğerleri” (Başvuru No. 13751/02) başvurusu olarak tanımlanan pilot dava, 1990'lı yılların başlarından bu yana Kıbrıslı Rumlar tarafından Ankara'ya karşı Strasbourg gündemine taşınmış, 1500'den fazla dava başvurusu için emsal oluşturmuştur. Bir diğer deyişle, kimi AİHM gündeminde yaklaşık 15 yıldır bekleyen dava başvuruları, henüz “iç hukuk yolları tüketilmediği” gerekçesiyle bundan böyle “kabul edilemez” ilan edilecektir. AİHM'nin gerekçeli kararında, Ankara'ya karşı mülkiyet iddiaları olan Kıbrıslı Rumlar'ın ya TMK'ya gidebilecekleri ya da adada taraflar arasında siyasi çözümü bekleyebilecekleri belirtilmektedir (www.ntvmsnbc.com). AİHM'ye dava başvurusunda bulunmak için, kendisine karşı başvuru yapılacak ülkedeki iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Bütün bu değerlendirmeler gösteriyor ki Türkiye Sözleşme'ye uyma konusunda elinden geleni yapma, insan haklarına saygı ve bu hakları koruma noktasında evrensel bir standart yakalama çabası içerisindedir.

11.4. AİHM'nin Türkiye Hakkındaki Kararlarının Sayısal Olarak İncelenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin faaliyet raporuna göre 2010 Ocak ayı itibari ile Mahkeme'nin önünde bulunan 119 bin 300 dosyanın 13 bin 100 adedini Türkiye aleyhine yapılan başvurular oluşturmaktadır. Buna göre Mahkeme'nin baktığı her 9 davadan biri Türkiye ile ilgilidir. AİHM'in verdiği toplam 12 bin 198 ihlal kararının ise 2 bin 295'i Türkiye'ye aittir. Bu kararların büyük kısmını da “adil yargılanma hakkı”nın ihlali oluşturmaktadır (www.yasayanayasa.ankara.edu.tr).

Türkiye’den yapılan ihlal başvurularının 204 tanesi dostane çözümle sonuçlanırken, ihlal olmadığı sonucuna varılan karar sayısı ise 46’dır. En az bir ihlal kararının bulunduğu karar sayısı da 2 bin 17 olurken, 28 tane de diğer kararlar yer almaktadır (www.yasayanayasa.ankara.edu.tr).

AİHM'nin 1959 ile 2009 yılları arasında verdiği toplam mahkûmiyet kararlarında da yüzde 18 ile Türkiye ilk sırada bulunurken, İtalya 2. sırada yer almaktadır (www.ankahukuk.com).

Türkiye, AİHM'nin yargı yetkisini 1990'da kabul etmiştir (Çağlar, 2002:13). 1990–2002 yılları arasında verilen toplam 321 karardan; 244 ihlal kararı, 70 dostane çözüm ve 7 ihlal bulunmadığı kararı çıkmıştır. 2002–2005 yılları arasında Türkiye hakkında verilen 686 kararda; 546 ihlal kararı, 118 dostane çözüm, 8 düşme kararı ve 14 ihlal bulunmadığı kararı verilmiştir (Çiçekli, Eryılmaz, Yılmaz, 2007:29).

Son on yıl zarfında Türkiye’den yapılan başvurular ve AİHM’nin verdiği ihlal kararlarına bakarak durum tespiti yapacak olursak aşağıdaki rakamlar Türkiye açısından durumun ne kadar ciddi olduğunu göstermektedir.

Türkiye'nin Mart 2000 tarihi itibariyle mahkûm olduğu 45 davada Sözleşme’nin değişik maddelerinde öngörülen hakların ihlali söz konusu olmakla birlikte 3 tanesi özel hayatın ve mülkiyet hakkının ihlali ile ilgilidir (Tezcan, 2002).

2001 yılı içerisinde Türkiye ile ilgili verilen toplam 229 kararda; 169 ihlal, 58 dostane çözüm, 2 ihlal edilmeme kararı verilmiştir (Tezcan ve diğ., 2004:580).

2002 yılı içerisinde Türkiye ile ilgili verilen toplam 104 kararda; 47 ihlal, 54 dostane çözüm, 2 ihlal edilmeme ve 1 düşme kararı verilmiştir. Özel hayatın ihlali ile ilgili sadece bir karar bulunmaktadır (Çiçekli ve diğ., 2007:29).

2003 yılı içerisinde Türkiye ile ilgili verilen toplam 123 kararda; 76 ihlal, 44 dostane çözüm, 1 ihlal edilmeme ve 2 düşme kararı verilmiştir. Özel hayatın ihlali ile ilgili üç karar bulunmaktadır (Çiçekli ve diğ., 2007:30).

2004 yılı içerisinde Türkiye ile ilgili verilen toplam 171 kararda; 154 ihlal, 10 dostane çözüm, 3 ihlal edilmeme ve 4 düşme kararı verilmiştir. Özel hayatın ihlali ile ilgili beş karar bulunmaktadır (Çiçekli ve diğ., 2007:32).

2005 yılı içerisinde Türkiye ile ilgili verilen toplam 290 kararda; 269 ihlal, 10 dostane çözüm, 8 ihlal bulunmadığı, 1 düşme kararı verilmiş ayrıca daha önce ihlal kararı verilmiş olan iki karar ile ilgili olarak tazminata hükmedilmiştir. Özel hayatın ihlali ile ilgili sadece bir karar bulunmaktadır (Çiçekli ve diğ., 2007:33).

2002–2005 yılları arasında Türkiye hakkında verilen ihlal kararlarının maddelere göre yüzdeler dağılımında, 8. maddenin ihlalinin %7 olduğu görülmektedir.

2006 yılında ise Türkiye, hakkında 2 bin 280 başvuruya beşinci sıradadır. 2006 yılında verilen 312 ihlal kararından 8 tanesi özel hayat ve aile hayatının ihlali ile ilgilidir (www.barobirlik.org.tr).

Türkiye, 2007 yılını da hakkındaki 9 bin 150 başvuruya Rusya'nın ardından ikinci sırada kapatmıştır (www.tumgazeteler.com). Bu yılda ise 328 ihlal kararından 5 tanesi özel hayat ve aile hayatının ihlali ile ilgilidir (<http://serkancengiz.av.tr>).

AİHM'ye 2008 yılında Türkiye'den 3 bin 706 başvuru gelmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre: AİHM, 2008 yılında Türkiye aleyhine 1897 karar vermiş ve dostane çözümlerle sonuçlanan başvuru sayısı ise 913'tür. Türkiye lehine verilen karar ise sayısı 45'tir (www.porttakal.com). 7 tane özel hayatın ihlali ile ilgili karar bulunmaktadır.

Türkiye'deki yurttaşların yaptığı başvurularda 2002'ye oranla 6 kat artış bulunmaktadır. Türkiye'den AİHM'e yapılan başvuruların sayısı 2002'de 54'te kalırken, bu sayı 2007 ve 2008'de 300 davaya kadar çıkmıştır. Son 7 yılda Türkiye'nin AİHM grafiği sürekli bozulma göstermektedir (www.tumgazeteler.com).

AİHM verilerine göre; Türkiye en çok cezayı 531 adet vaka ile adil yargılanma hakkının ihlali, 458 vaka ile mal varlığı hakkının ihlali, 348 vakayla

güvenlik ve özgürlük hakkının ihlali, 262 vakayla yargılanma süresinin uzunluğu, 189 vakayla sağlık ve hukuksal yardım hakkının ihlali, 170 vakayla ifade hürriyetinin ihlali, 147 vakayla insani olmayan ve aşağılayıcı muamele, 120 vaka ile yeterli adli araştırma yapılmamasından, 66 vaka ile yaşam hakkının ihlali, 47 vaka ile özel ve aile yaşam hakkının ihlali, 30 vaka ile örgütlenme hakkının ihlali nedenleri ile almıştır (www.tumgazeteler.com). 2368 ihlal kararı içinde özel hayatla ilgili ihlal kararları 47 olup, %2-3 civarındadır.

İncelenen dönem içerisinde en çok ihlal edilen maddeler, AİHS'nin 2, 3, 5, 6, 10 ve 13. maddeleri ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi olmuştur. En çok ihlal edilen bu maddeler göstermektedir ki, mülkiyet hakkını güvence altına alan 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bir tarafa bırakılacak olursa ihlal nedenleri, büyük ölçüde terörizmle mücadelede çerçevesinden alınan önlemlerden kaynaklanmaktadır.

Yine en çok ihlal edilen maddeler ile ihlal nedenleri incelendiğinde, AİHS'nin 2, 3, 5, 6 ve 13. maddelerinin, ceza yargılamasına ilişkin nedenlerden dolayı ihlal edildiği görülmektedir. Bu manada, Türkiye tarafından en çok ihlal edilen maddeler ile ceza yargılamasına ilişkin yasal altyapısı ve uygulaması arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır (Çiçekli ve diğ., 2007:58).

Görüldüğü üzere Türkiye hakkında 8. maddenin ihlali nedeniyle açılan davalar, diğer ihlallere oranla daha az olup %3'e yakındır. Bu durum Türkiye'de gerçekten özel hayat daha mı az ihlal ediliyor, yoksa insanımız özel hayatının gizliliğinin korunması konusunda daha mı az duyarlıdır sorusunu akla getiriyor.

BEŞİNCİ BÖLÜM

GENEL DEĞERLENDİRME

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının günümüzde ne kadar önemli olduğu, bu hakkın uğradığı ihlallerden anlaşılmaktadır. Bu bölümde, çalışma hakkında genel bir değerlendirme yapılmakta ve yaşanan ihlallerin önüne geçebilmek için geliştirilen öneriler ile bir sonuç değerlendirmesi ortaya konmaktadır.

12. BULGULAR VE SONUÇ

Uluslararası hukukta “Temel İnsan Hakları”ndan, kamu hukukunda “Temel Hak ve Özgürlükler”den olan özel hayat, özel hukukta “Kişilik Hakkı” kavramında yer alan, “insana insan olması nedeniyle tanınan ve herkese karşı ileri sürülebilen” haklardandır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı; bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel şahsiyet hakkıdır.

Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen en önemli eleştiri, bu hakkın sınırlarının kesin çizgilerle net olarak belirlenememesidir. Zira bu hakkın sınırlarını fazlaca genişletmek diğer yandan basının, kamu çıkarını ilgilendiren konularda haber verme özgürlüğünü kısıtlayacaktır. Bu noktada, yasa koyucuların, özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilebilecek konuların; kişisel yazışmalar, günlükler, özel fotoğraflar, tıbbi bilgi ve kayıtlar vb. gibi bir listesini yapması önerisi getirilebilir. Yapılacak bu liste mahkemeler için yol gösterici olabileceği gibi, medyaya hangi konuların yayınlanmaması gerektiği konusunda fikir verebilecektir.

Özel hayatın gizliliği, günümüzde önemli bir yere sahip olmakla birlikte eski medeniyetlerde dahi korunmuştur. İnsan hakları çağı diyebileceğimiz 21. yy., teknolojik olarak hızına yetişemediğimiz bir gelişme göstermektedir. Teknik gelişmeler arttıkça bireyin özel hayatının gizliliği için beklediği saygı artmakta, fakat

söz konusu gelişmeler ile bireyin özel hayatına giriş olanakları da önü alınamaz bir hale gelmektedir.

Birçok teknolojik yenilikte olduğu gibi internet kullanımında da hukuksal açıdan çözüm üretilmesi gereken sorunlar kısa sürede kendini göstermeye başlamıştır. Örneğin, bireyin dilediği gibi kendini ifade etme ve görüşlerini internet ağında serbestçe yayma imkânı, yeri geldiğinde zararlı içerikli ve kişilik haklarını ihlal edici yayınları denetleme ihtiyacını doğurmuştur. Bilişim teknolojileri alanındaki bazı konuların henüz olgunlaşma aşamasında olduğu dikkate alınmalı, mutlaka hukuki düzenleme getirmek adına dayatıcı ve uygulanamaz düzenlemelere gidilmemelidir. Getirilecek hukuki düzenlemelerde bilişim teknolojilerinin her an gelişmekte olduğu dikkate alınarak, kısa bir süre içerisinde uygulanamaz hale gelecek kanunların yapılmamasına dikkat edilmelidir. Bu konuda acele edilmeyerek bazı sorunların genel hükümler çerçevesinde çözülmesine gayret edilmelidir.

Kişilerin hayatlarını devam ettirmeleri için böylesine önemli bir konu ile ilgili olarak var olan yasaların kapsamlarının genişletilmesi ve özellikle basın yayın organları ve internet yayıncılığı ile ilgili olarak ihlallerin azalması için gerekli düzenlemelerin yapılması kaçınılmazdır. İnternet suçlarıyla ilgili yapılacak düzenlemelerde internet üzerindeki özgürlük ortamının kısıtlanması değil, bu ortamın korunmasına yönelik düzenlemeler yapılması önemlidir. Aksi halde hem ulusal sınırlarda hem de uluslararası alanda kişi hakları, teoride büyük ilerleme kaydederken pratikte insanların yaşam kaliteleri düşebilecek ve sağlıksız bir toplum ortaya çıkabilecektir. Teknolojinin durumu ne olursa olsun, düzenlemeler karşısında asıl olan insandır.

Türkiye’de tasarı halinde bulunan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un çıkarılması ile kişinin isteği dışında ele geçirilen e-posta adreslerine karşı bu kanuna dayanılarak da koruma talep edilebilecektir. Ayrıca 4822 sayılı Kanun ile Değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna eklenecek hükümler ile internet ortamında gerçekleşen tüketici hakkı ihlallerinin de koruma kapsamına alınması uygun olacaktır.

Bireyin özel yaşamının gizliliğini garanti edecek en önemli araç hukuktur. Bu nedenle önce anayasalar sonra uluslararası belgeler özel yaşamın gizliliğine duyarlı olmak durumunda kalmışlardır. 20. yüzyılın ortalarına kadar anayasalarda yer alması pek nadir görülen bu değer, artık hem ulusal hem de uluslararası alanda karşılaşılan ve kapsamını genişleten bir değer haline gelmiştir.

Uluslararası alanda, öncelikle İHEB'in 12. maddesinde kişinin özel yaşamının gizliliğinin korunması ifade edilmiştir. Bu Beyanname, özel yaşamın gizliliğinin uluslararası düzeyde tanınmasına ve iç hukuk sistemlerinde yer almasına neden olan önemli bir metindir. Ayrıca Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesi de bu değere yer vermiştir. Bu Sözleşme, kapsamındaki haklara saygı gösterilmesi ve bu hakların korunması amacıyla yapılmış olmasına rağmen, etkin bir denetim sistemi kurabilmiş değildir. Özel yaşamın gizliliğine uluslararası alanda esaslı bir güvence getiren düzenleme, AİHS'dir. Bu Sözleşme, gerek 8. maddesinde yer alan düzenlemeyle ve gerekse insan haklarını koruyan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve AİHM kararları ile özel yaşamın gizliliğine uluslararası düzeyde önem kazandırmıştır.

AİHM, kararlarında özel hayat kavramının sınırlayıcı bir tanımını yapmamıştır. Aksine "özel hayatın" tüm unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu kabul ederek, her somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmiş ve somut olayın öncelikle bu hakkın kapsamına girip girmediğini belirlemiştir. Somut olayı hak kapsamında kabul ettikten sonra AİHS'yi ihlal edip etmediğine bakmaktadır. Bu bağlamda; kişinin cinsel hayat ve tercihleri, gizli dinleme ve izleme yöntemi ile kişisel bilgilerin edinilmesi, kişisel verilere erişim, fiziksel manevi kişilik ve tıbbi verilerin gizliliği, basın yoluyla özel hayata müdahale, isim- soy isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, aile hayatı, konuta karşı saldırılar, haberleşmenin denetlenmesi ve kısıtlanması gibi konuları Mahkeme, çeşitli kararlarında irdelemiştir.

AİHM, özel hayata saldırı olup olmadığını denetlerken devletçe pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini, bir müdahale söz konusu ise bunun meşru bir amacı olup olmadığını, müdahalenin yasal bir dayanağı bulunup

bulunmadığını, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını ve son olarak bu müdahalenin amaca uygun olup olmadığını denetlemektedir.

Madde metinlerinden ve AİHM'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere Sözleşme mekanizması ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında temel görev, öncelikle taraf devletlere düşmektedir. Devletlerin başarısız olması durumunda Sözleşme mekanizması devreye girmekte ve bireyin hak kayıpları önlenmeye çalışılmaktadır.

Türkiye'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'ye yapılan şikâyet başvurularında, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti önemlidir. Devletin yapması gerektiği halde yapmadığı işlemleri, başka bir deyişle “eksiklikleri” saptamak, gelecekteki benzer ihlalleri önlemesi bakımından yararlı olacaktır. Zaten Sözleşme'nin amacı, sadece bir ihlalin maddi veya manevi tazminat bedelini ödeyerek işin içinden çıkmak değil, oluşturulan emsal ve içtihatlarla devletlerin ikaz edilmesi suretiyle aynı ihlallerin yinelenmesinin önlenmesidir. 2009 itibarıyla Mahkeme'nin verdiği ihlal kararlarına bakıldığında yüzde 18 ile Türkiye'nin birinci sırada oluşu ülkemiz adına durumun ciddiyetini göstermekle birlikte, bu konuda Türkiye'yi Avrupa Konseyi organları önünde sıkıntıya düşürmektedir.

Bilindiği üzere AİHM'ye gitmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Türkiye tarafından AİHM'ye yapılan başvuruların azalması için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, kendisinden beklenen “özgürlüklerin mahkemesi” işlevini yerine getirebilmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2004 yılındaki (6) sayılı tavsiye kararında, AİHM'deki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınması gerekliliğine değinmiş, aynı şekilde, Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu veya bilinen adıyla Venedik Komisyonu da 2004 yılında Türk kamuoyuna duyurulan anayasa şikâyetine ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir (Anayasa Mahkemesi, 2009).

Türk hukukunda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeler ise uluslararası hukuka paralel olarak açık bir şekilde 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almıştır. 1982 Anayasası'nda "özel hayatın gizliliği ve korunması" adı altında 20. madde de özel hayatın gizliliği, 21. maddede konut dokunulmazlığı, 22. maddede ise haberleşme özgürlüğü düzenlenmiş ve söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında da bu özgürlüklere kamu makamlarınca yapılacak müdahalelerin hangi şartlarda hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Anayasa'da ayrı maddelerde düzenlenmiş olsa da konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti özel hayatın vazgeçilmez unsurlarındandır. Anayasa'nın 20–22. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkı, AİHS'deki şekline benzetilerek 2001 Anayasa değişiklikleriyle yeniden düzenlenmiştir. Bu süreç Türk hukukunun Sözleşme'ye ne kadar önemi verdiğini göstermektedir.

Avrupa Birliği hukukuna uyum süreci, Türk hukukunda ciddi reformların yapıldığı bir süreçtir. Özel hayatın ve gizliliklerinin korunması ile ilgili hükümler de bu reform sürecinde yeniden ele alınmış ve özel hayatın, kamusal veya bireysel müdahalelerden korunması için Anayasa'nın ardından diğer kanunlarda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, 2005 yılı içerisinde yürürlüğe koyduğu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Türk ceza yargılaması hukuku alanında devrim niteliği taşıyan hükümleri ihtiva etmektedir ve belirttiğimiz reform sürecinin önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da AİHS ve AİHM kararları göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır.

Hukuk devletinin vazgeçilmezi ve temel unsuru, devletin her türlü eylem ve işleminin hukuk kuralarına uymasındır. Özellikle kişilerin özel alanına müdahaleyi gerektiren eylem ve işlemlerin yasal dayanaklarının çok iyi oluşturulması gerekmektedir. 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, eski ceza kanununda olmayan, "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" bölümünün ilk kez düzenlenmiş olması çok önemli ve olumlu bir gelişmedir.

5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama, el koyma, iletişimin tespiti, postadaki gönderilere el konulması, teknik araçlarla takip gibi muhakeme tedbirleri sıkı şartlara bağlanmış ve bu konuda uygulamada oluşabilmesi

mümkün keyfilik önüne geçilmek istenmiştir. Söz konusu tedbirlere genel olarak bakıldığında asıl yetkinin hâkim veya mahkemede olduğu görülmektedir ki bu, insan hak ve hürriyetlerinin gelişimi açısından önemli bir güvencedir. Anayasa'nın ilgili maddelerinde de belirtildiği üzere savcının yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hallere inhisar edilmiştir. Kolluk amirinin yetkisi ise ancak savcıya ulaşamadığı takdirde ve bu ulaşamamanın nedeninin açıkça belirtilmesi şartı ile yazılı olarak emir verme ile sınırlandırılmıştır. Ancak uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıklar nedeniyle, bu durum kısmen yumuşatılmış ve bazı koruma tedbirleri bakımından kolluk amirinin yazılı emri ile de en kısa sürede savcının onayına sunulmak şartıyla bazı uygulamalar yapılabilmektedir. Kolluğun suç soruşturması işlemleri üzerindeki hâkimiyetinin azaltılması ve kısıtlanması anlamlıdır. Zira kolluk güçlerinin sınırsız veya çok az sınırlı güçlerle donatıldığı ülkelerde insan hakları ihlallerinin önemli ölçüde arttığı temel hak ve hürriyetlerin ne olursa olsun suçun ortaya çıkartılması düşüncesine feda edildiği görülmüştür. Bu bakımdan yeni kanun mantığı, soruşturma aşamasında hukukçu kimliği ile savcının etkinliğinin artırılması biçiminde oluşmuştur.

İnsan hakları ile yakından ilgili olan gizli dinleme ve görüntüleme aletlerinin özel hayatın gizliğini ihlâlde kullanılması suç olarak düzenlenmiş ise de bunların piyasada satılmaya yönelik düzenleme getirilmemesi kanunun bir eksikliğidir.

Özel hayata karşı işlenen suçlar şikâyete tabi suçlardır. Özellikle ülkemiz göz önünde tutularak bir değerlendirme yapacak olursak kişiler özel hayatlarının ihlali sebebiyle beklenen oranda yargıya başvurmamaktadır. Bu suçların şikâyete tabi olmasındaki maksat; kişilik hakları zedelene bireyin, olayın ifşasına neden olacak yargı sürecinde tekrar yıpranmaması için suçun, kişinin istemesi durumunda soruşturmasının yapılmasıdır. Özel hayata karşı işlenen suçların cezalandırıldığı noktasındaki vatandaşımızın bilgisizliği de olumsuz bir durum oluşturmaktadır. Günümüz itibariyle başta basın tarafından olmak üzere, her geçen gün bu ihlaller artmaktadır ve ihlallere karşı ciddi tedbirler alınmalıdır. Radikal bir çözüm gibi dursa da bu suçların, takibi şikâyete bağlı değil de doğrudan soruşturulan ve kovuşturulan suçlar arasında yer alması düşünülebilir.

İnsan haklarını ve özel hayatı korumak devletin temel görevidir. Ancak unutmamak gerekir ki devleti korumak, insanların can ve mal güvenliğini sağlamak da devletin asli görevidir. Bugün Avrupa devletleri ve ABD başta olmak üzere, bütün devletler kendi güvenlikleri, vatandaşlarının can ve mal emniyeti söz konusu olduğu zaman, savundukları insan haklarını hemen unutabilmekte ve güvenlikleri için çok sıkı tedbirleri uygulamaya geçirebilmektedir. Devleti, kendi bekasını, anayasal çerçevesini, üniter yapısını korumaktan aciz hale getirmek, vatandaşların ve devletin faydasına olan bir şey olmasa gerektir. Özel hayatın ve insan haklarının korunmasının temel koşulu, bunu sağlayacak güçlü bir devlettir. Devlet, özel hayata gereken saygıyı sağlayacak argümanları oluşturmalı ama bunu yaparken de güvenliğini tehlikeye sokmadan, özel hayat ile ülke güvenliği arasındaki dengeyi koruyacak tedbirlere başvurabilmelidir. Kamu görevlileri de görevlerini ifa ederken bireylerin bu haklarına saygı göstermelidir. Bu hakkı ihlal eden görevlilerin tazminatla cezalandırılması da hak açısından koruyucu bir düzenlemedir.

Özel hayatın gizliliği hakkının vatandaşlarımız bakımından tam olarak önemsenmediğini, özel hayatın gizliliği hakkında ilgili mahkeme içtihatlarının azlığından da görebilmekteyiz. Vatandaşlarımızın cana, mala ve hürriyete karşı işlenen suçlara göstermiş oldukları hassasiyeti, özel hayata karşı işlenen suçlara gösterdiklerini henüz söyleyemeyiz. Netice olarak; teknolojinin bu derece geliştiği ve kitle iletişim vasıtalarını kontrol etmek yoluyla bir takım menfaatlerin daha kolay temin edildiği bir dünyada, elbette özel hayata yönelik tecavüzler durmayacak ve devam edecektir. Burada önemli olan husus, bireylerin, özel hayatla ilgili haklarının olduğunu, bunun Anayasa ile güvenceye alındığını, hangi nedenle olursa olsun kimsenin bu hakka hukuk sınırları dışında müdahale edemeyeceğini ve eğer bu hakka hukuka aykırı olarak müdahale edilirse tazminat davası ve şikâyet yoluyla ceza davası açma haklarının olduğunu bilmeleri, bu yolları ihmal etmeden başlatmaları ve sonuna kadar takip etmeleridir.

KAYNAKÇA

AHİ, Gökhan, (Kasım 2009), “Telefonlarımızı kim, neden ve nasıl dinler?”
<http://www.bilisimhukuk.com/2009/11/telefonlarimizi-kim-neden-ve-nasil-dinler/>, (09 Nisan 2010).

AKILLIOĞLU, Tekin, (1995), **İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17.

AKINCI, Hatice, Emre Alıç, Cüneyd Er, (2004), “Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları”, YEŞİM M. ATAMER (Ed.), **İnternet ve Hukuk**, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 208.

AKİPEK, Jale, Turgut Akıntürk, (2002), **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Ve Kişiler Hukuku Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dördüncü Bası**, İstanbul: Beta Yayını

AKSOY, Şemsettin, (2007), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayasa Mahkemesi, (2009, Nisan 24), “Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Günü Açılış Konuşması”, Ankara, indirilme tarihi: 2 Nisan 2010, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=haber&id=1>,

ARASLI, Oya, (1979), **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ARMAĞAN, Servet, (1980), **Temel Haklar ve Ödevler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

ATAAY, Aytekin, (1978), **Şahıslar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

AVCI, Feyzullah, (2006), **Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali**, Yüksek Lisans Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

AYCI, Emrullah, (2005), “İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği”, http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYCI.htm., (19 Haziran 2008).

AYDIN, Murat, (Ağustos 2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesine Göre Kişinin Özel Hayatına, Aile Hayatına, Konutuna ve Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı”, <http://www.inhak bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (21 Ekim 2009)

AYHAN, Süleyman, (Ağustos 2004), “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme”, <http://www.inhak bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (03 Kasım 2009)

BEYDİLLİ, Recep, (Mart 2010), “AİHS 8 ve 13 Maddeleri Çerçevesinde Konutlarda Arama ve Bilgisayar Ana kartlarında (Cpu) El Koyma”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1180.htm., (19 Mayıs 2010)

BOZKURT, Enver, (2003), **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım No:569.

CAN, Mustafa, (Mart 2002), “ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.e-akademi.org>., (23 Aralık 2009).

CANPOLAT, Can, (Temmuz 2008), “Özel Hayatın Gizliliği ve İHAM Kararları Kapsamında Avukat Bürolarında Yapılan Aramaların İncelenmesi”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_864.htm., (18 Şubat 2010).

- CENGİZ, Serkan, (Aralık 2006), “AİHS Madde 8 Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konut ve Haberleşmeye Saygı”
http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/8.madde_Calisma_Notlari__26.12.2006_.pdf, (23 Mart 2010)
- CENGİZ, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan (2008), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara: Şen Matbaa.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, (2006), **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Ankara: Platin Yayınları
- ÇETİNKAYA, Mehmet Burçin, (2007), **Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
- ÇİÇEKLİ, Bülent, M. Bedri Eryılmaz, Ömer Yılmaz, (2007), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2005)”, **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi (UHP)**, Cilt: 3, Sayı: 9, s. 28-59.
- ERSAN, Şen, (2005), “5237 Sayılı TCK’da Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 3, Mayıs-Haziran, s. 712
- ÇİFTÇİ, Ahmet (2009a), “Özel Hayat Hakkı ve Gizli Kamera Kullanımı İle Kamu Yararı Arasındaki İlişki”,
http://www.rtuk.gov.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=c8d7cdc5-e006-4bc4-a370-3f6fc36224a7., (16 Ekim 2009).
- ÇİFTÇİ, Ahmet, (2009b), “Bilgisayar ve İnternet Kullanımından Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk”, <http://ab.org.tr/ab04/tammetin/109.doc>.,(18 Aralık 2009).

- ÇOLAKER, Mustafa, (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”,
<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/mustafa%C3%A7olaker.pdf>, (22 Mayıs 2010).
- DANIŞMAN, Ahmet, (1991), **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:99
- DEMİREL, Ferda, (Ocak 2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.Maddesinin İncelenmesi” <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (14 Aralık 2009)
- DEMİRTAŞ, Erkan, (Ocak 2004), “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi ve İlgili Yargı Kararları”
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (23 Kasım 2009)
- DERYAL, Yahya, (2010), “Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına (Mahremiyet) Saygı Hakkı”,
<http://www.haksay.org/files/yahya13.doc>., (20 Şubat 2010).
- Dİ MAGGIO, Nadia, (2008), “2008 Raporu: Ek 1: AIHM Kararları”,
http://www.tuerkeiforum.net/trw/index.php/2008_Raporu:_Ek_1:_A%C4%B0HM_Kararlar%C4%B1., (22 Mayıs 2010)
- DOĞAN, Murat, (2003), “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası”,
http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_19.pdf., (29 Mayıs 2010)
- DOĞAN, Yusuf Hakkı, (2009), “Özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar”,
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>., (08 Aralık 2009).
- DONNELLY, Jack (1989), **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara: Yetkin Yayınları

DUMAN, İlker Hasan, (1997), **1982 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet**, İstanbul: İnkılâp Kitabevi.

DURAL, Mustafa, (1987), **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, İstanbul: Filiz Kitabevi

DURMUŞ, Murat, (2006), **Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

DURMUŞ, Emel, (Ağustos 2009), “5718 Sayılı Mühük Açısından Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumluluk”,
http://www.turkhukusitesi.com/makale_1089.htm., (13 Mart 2010).

DUTERTRE, Gilles, (2007), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Koordinatör: Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara: Şen Matbaa.

DÜLGER, Murat Volkan, (2004), **Bilişim Suçları**, Ankara: Seçkin Yayınevi

ER, Cüneyd, (2007), **Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Ankara: Yetkin Yayınları.

ERDEM, Mustafa Ruhan, (2005), “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”,
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>., (5 Mart 2010)

ERGÜL, Ergin (2004), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara: Yargı Yayınevi

ERKAN, Mehmet Akif, (Ocak 2004) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi”(Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı)
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (19 Kasım 2009)

ERMUMCU, Osman, (Ocak 2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Tahlili”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (09 Eylül 2009)

GÖKCEN, Ahmet, (2010), “Hürriyete Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>., (13 Ocak 2010).

GÖZLER, Kemal, (2001), **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, A.Feyyaz Gölcüklü, (2005), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi

GÜLMEZ, Mesut, (2001), **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi**, Ankara: Todaie Yayını

GÜNAYDIN, Şerife, (2007), **İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Adana: Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

HANİMELİ, Çağan, (2003), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (13 Eylül 2009)

HELVACI, Serap, (2006), **Gerçek Kişiler**, İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım.

HEPER, Yunus, (2007), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

İLKİZ, Fikret, (Haziran 2007), “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali”, <http://www.bianet.org/bianet/medya/98197-ozel-hayatin-gizliliginin-ihlali>., (12 Şubat 2010).

İLKİZ, Fikret, (Ocak2009a), “Gizli Dinleme”,

<http://www.yeniortam.org/ilkiz20.html>, (8 Kasım 2009).

İLKİZ, Fikret (Ağustos 2009b), “Ağır Cezalık Suçlar ve Habeas Data”, <http://i-v-h-p.blogspot.com/2009/08/agir-cezalik-suclar-ve-habeas-data.html>, (28 Ocak

2010).

İLKİZ, Fikret (Ekim 2009c), “Mahremiyet ve Magazin”,

<http://www.egedesonsoz.com/default.asp?sayfa=koseyazilari&kyID=360&ky=mahremiyet-ve-magazin> (18 Nisan 2010).

İstanbul Barosu, (2009, Aralık 15), “Medya Yoluyla Yapılan Kişilik Hakkı

İhlalleri”, İstanbul, indirilme tarihi: 15 Aralık 2009,

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haber/medyayoluyla-yapilan-kisilik-hakki-ihlalleri.doc>,

KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002), **Özgürlükler Hukuku**, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları 6. Baskı.

KAPANİ, Münci, (1993), **Kamu Hürriyetleri**, Ankara: Yetkin Yayınları 7. Bası.

KAYA, Mine, (Ocak 2004) “Avrupa insan hakları sözleşmesinde özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ”

<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (12 Aralık 2009)

KAYA, Ali, (Haziran 2007), “Ad Ve Adın Korunması”,

http://www.turkhukusitesi.com/makale_628.htm, (17 Mart 2010).

KESER, Leyla, (Aralık 2008), “ Kişisel Verilerin Korunması”,

<http://www.leylakeser.org/2008/12/aihmye-gre-ingiltere-dna-veritaban-zel.html>, (3 Şubat 2010).

KESMEZ, Necdet, (2010), “Kişisel Verilerin Korunması Üzerine”,

<http://www.bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/-102.doc>, (17 Mart 2010).

KILIÇ, Barış, (Eylül 2007), “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, <http://www.hukuksokagi.com/makale/telekomunikasyon-yoluyla-yapilan-iletisimin-dinlenmesi.html>., (23 Şubat 2010).

KILIÇOĞLU, Ahmet, (1993), **Şeref ve Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, 2. Bası Ankara

KİLİ, Suna, A. Şeref Gözübüyük, (1985), **Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

KİLKELLY, Ursula, (2001), **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:1**, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayını

KIZIROĞLU, Serap Keskin, (2009), “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 58, Sayı 1, s.139-168.

KOÇAOĞLU, A. Mehmet, (1990), **İnsan Hak ve Özgürlükleri ve Uluslararası Gelişmeler**, Ankara: Harp Okulu Yayını No:24.

KOÇAOĞLU, A. Mehmet, (1998), **Anayasa Hukuku**, Ankara.

KOLUKISA, Yunus Nadi, (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Korunması” <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (04 Eylül 2009)

KOPARAN, Mehmet Reşat, (Ocak 2006), “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/193.doc>., (15 Şubat 2010).

KUÇURADİ, İoanna, (2009), “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>., (15 Ekim 2009).

- KUKUL, Metin, (2006), **Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- MALKOÇ, İsmail, Mert Yüksektepe, (2005), **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara: Malkoç Kitabevi,
- MERAN, Necati (2004), **Gerekçeli- Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, (2005), **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, İstanbul: Filiz Kitabevi
- ÖZBEY, Özcan, (2005), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri**, Ankara: Adalet Yayınevi
- ÖZBUDUN, Ergun, (2002), **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bası.
- ÖZDEK, Yasemin (2004), **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Ankara: TODAİE Yayın No: 321
- ÖZDEMİR, Kenan, (Eylül 2005), “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>., (12 Ekim 2009)
- ÖZDOĞAN, Ali Göktürk, (Şubat 2008), “Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bilişimde Temel Özgürlük Hakkı Kararı”, <http://www.gokturkozdogan.com/makale/pdf/270208afamkarari.pdf>., (11 Ocak 2010).
- ÖZEL, Sibel, (2004), **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZER, Ersan, (2005), “Messenger Skandalı”, **Akşam Gazetesi**, (2005, 12 Ekim).

ÖZKORUL, İsmet, (2009), “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”,
<http://www.cezabb.adalet.gov.tr/174.doc.>, (21 Aralık 2009).

ÖZSUNAY, Ergun, (1982), **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul: Der Yayınları.

ÖZTAN, Bilge, (1999), **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, Ankara: Turhan Kitabevi

ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem, (2008), **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık

ÖZTÜRK, Bahri (2009), “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/113.doc.>, (22 Kasım 2009).

SOSYAL, Mümtaz, (1986), **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul: Gerçek Yayınları

SOYSAL, Tamer, (2007), “Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, <http://www.diyarbakir.adalet.gov.tr/makaleler/e-posta.pdf.>, (17 Nisan 2010).

ŞAFAK, Ali, Vahit Bıçak, (2009), **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Polis Akademisi Başkanlığı Yayını.

ŞEN, Ersan, (1996), **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları

TANDOĞAN, Haluk, (1963), “ Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, S.1-4.

TEZCAN Durmuş, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, (2002), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayınevi.

TEZCAN Durmuş, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, (2004), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayınevi.

TEZCAN, Durmuş, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rıfat Murat Önok, (2006), **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yayınevi.

UZAK, Ahmet, Mehmet Altuntaş (Ed.) (2007), **İnsan hakları nedir?**, Ankara: Başbakanlık Yayını.

ÜLKÜ, Muhammet Murat, (Şubat 2005), “5237 sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.> , (01 Mart 2010).

ÜNAL, Şeref, (2001), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89.

ÜZELTÜRK, Sultan, (2004), **1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları

ZEVKLİLER, Aydın, (1992), **Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınları.

İNTERNET

<http://aih.m.anadolu.edu.tr> (Erişim tarihi, 21 Nisan 2010).

http://www.ankahukuk.com/index.php?option=com_kunena&Itemid=62&func=view&catid=31&id=1552&limitstart=6&limit=6 (Erişim tarihi, 13 Mart 2010).

<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/2001aydegisiklikleriuzerinebirdegerlendirme.doc> (Erişim tarihi, 12 Mayıs 2010).

<http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/kitapcik.pdf> (Erişim tarihi, 05 Nisan 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/guzelerdagoz26.02.2009.doc> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/isildak30.01.2009.doc> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/pasaoglu18.11.2008.doc> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ekinciveakalin21022008.doc> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/fazilahmettamer21022008.doc> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/bmihbeyan/bmihbeyan.htm> (Erişim tarihi, 16 Mayıs 2010).

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20073/ibd200734aihmon.pdf> (Erişim tarihi, 23 şubat 2010).

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25065568/> (Erişim tarihi, 25 Haziran 2010).

<http://www.porttakal.com/haber-aihm-turkiye-aleyhine-kac-karar-verdi-379748.html>(Erişim tarihi, 01 Haziran 2010).

http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/AIHM_Kararlarinin_Ic_Hukuka_Etkisi.dc (Erişim tarihi, 28 Mayıs 2010).

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_telekulak_102008.pdf (Erişim tarihi, 19 Ocak 2010).

<http://www.tumgazeteler.com/?a=5540765> (Erişim tarihi, 29 Mayıs 2010).

<http://www.tumgazeteler.com/?a=4570289> (Erişim tarihi, 09 Haziran 2010).

<http://www.tumgazeteler.com/?a=4570289> (Erişim tarihi, 29 Mayıs 2010).

<http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/?x=cat:17>(Erişim tarihi, 05 Mayıs 2010).

http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_Konseyi (Erişim tarihi, 07 Mart 2010).

http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi. (Erişim tarihi, 08 Mart 2010).