

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE
KORUNMASI HAKKI VE DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

**Tezi Hazırlayan
Mustafa İlhan ÖZTÜRK**

**Tezi Yöneten
Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL**

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi**

KAYSERİ – 2009

Yrd.Doç.Dr. Cengiz GÜL danışmanlığında **Mustafa İlhan ÖZTÜRK** tarafından hazırlanan “**Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülüğü**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

15 /10 / 2009

JÜRİ:

Danışman :Yrd.Doç.Dr. Cengiz GÜL



Üye :Doç.Dr. Murat DOĞAN



Üye :Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN



ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 13.11.2009 tarih ve 34 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

13 / 11 / 2009

Prof.Dr. H.Yunus APAYDIN
Enstitü Müdürü



ÖNSÖZ

Tez çalışmamın hazırlanmasında yardımcı olan ve anlayışı ile motivasyonumu sağlayan danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Cengiz Gül'e,

Ders yılı ve sonrasında tanışma mutluluğuna eriştiğim Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki diğer hocalarıma,

Ayrıca çalışmamın her aşamasında bilgi ve tecrübelerini paylaşarak yardımcı olan meslektaşım Murat Şen'e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI VE DEVLETİN
POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Mustafa İlhan ÖZTÜRK

ÖZET

Bu çalışmada, Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı ve bunun korunması ele alınmıştır. Bu inceleme yapılırken Birinci Bölümde özel hayat kavramı, hukuki niteliği ve devletle olan ilişkisi ile uluslararası metinlerde ve Türk hukukunda bu hakkın ilk defa ne zaman düzenlenmeye başlandığı, şuan yasal hak olarak dayanağını nereden aldığı, bu hakka haksız müdahale edenlerin uğrayacakları yaptırımların neler olduğu; bu kabilden 1982 Anayasası’nda ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda özel hayatın gizliliği ve korunması ile ilgili olan hak ve yükümlülükler ayrıntılı şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci Bölümde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı sözleşme bakımından incelenmiş, bu hakkın kapsamına nelerin dahil olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar nazara alınarak irdelenmeye çalışılmıştır.

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasından söz edildiği zaman, uzun süre, devletin hep “olumsuz”; yani, “negatif” (el atmama, müdahale etmeme) yükümü düşünülmüştür ve bu tutum yeter görülmüştür. Bu klâsik ve yerleşik anlayış, “korumayı” uluslararası hukuk alanına taşıyan “Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi” ile köklü surette değişmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’nin uygulamasında taraf devletlerin sadece negatif yükümlülüğünün değil, ayrıca devletlerin bireyin haklarını etkin kullanabilmesi için pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu belirten kararlar vermiştir. Üçüncü ve son bölümde ise pozitif yükümlülük kavramı ele alınmıştır.

Anahtar sözcükler; Özel hayat ve korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci maddesi, negatif ve pozitif yükümlülük, kişisel verilerin korunması.

**THE SECRECY AND PROTECTION OF PRIVATE LIFE IN THE TURKISH
LAW AND IN EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND
POZITIVE OBLIGATION**

Mustafa İlhan ÖZTÜRK

ABSTRACT

In this study, the right of secrecy of private life and protection of this right arranged in the Turkish Law and in European Convention on Human Rights are to be handled and the first time of the arrangement of this right in international texts and in the Turkish Law, as a legal right today, from which base it is obtained, which sanctions are put into practise for people who do an injustice to this right; the rights and the obligations of the secrecy and the protection of personal life are to be tried to be explained in details resembling in the Constitution of 1982 and in new Turkish Penal Code numbered 5237. In the second part, the right of the secrecy and the protection of personal life arranged in the 8.clause of European Convention on Human Rights are to be analyzed based on the Convention.

As long as the protection of human rights and fundamental freedoms are concerned, it had been thought for a long time that the state always had a “negative” (namely, avoiding from intervening in, stepping in) obligation and such attitude had been affirmed. This classic and dominant comprehension has been radically changed by means of “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of European Union”, which moved “protection” to the international law domain. European Court of Human Rights made some decisions to the effect that the states do not only have a negative obligation, but also positive obligations in implementing the Convention for ensuring the effective use of the rights of the individual. The thirth section is the last chapter, the consept of pozitive obligations are to be handled.

Key words; Private life and protection, the European Human Rights Convention Article 8., negative and pozitive obligations, data protection.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAVRAMI VE BU HAKKA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI	1
2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	4
3. DEVLETİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI KARŞISINDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	5
4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI.....	8
4.1. Kıta Avrupası Hukuku	9
4.1.1. Almanya	9
4.1.2. İsviçre.....	11
4.1.3. Fransa	12
4.1.4. İtalya.....	13
4.2. Anglo – Sakson Hukuku	14
4.2.1. İngiltere	14
4.2.2. Amerika.....	15
5. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI.....	17
5.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.....	19
5.2. İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetlerine Dair Avrupa Sözleşmesi	20
5.3. Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	21

5.4. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi	22
5.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	23
5.6. Afrika İnsan Ve Halklarının Hakları Sözleşmesi.....	24
5.7. Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi.....	24
6. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI..	25
6.1. Anayasa Hukuku Alanındaki Düzenlemeler	25
6.1.1. 1982 Anayasasına Kadar Olan Dönem	25
6.1.2. 1982 Anayasası	28
6.2. Türk Ceza Kanunu Alanındaki Düzenlemeler	32
6.2.1. 765 sayılı TCK'daki Düzenlemeler	32
6.2.2. 5237 sayılı TCK'daki Düzenlemeler	33
6.3. Ceza Muhakemeleri Kanunu Alanındaki Düzenlemeler.....	42
6.3.1. Genel Olarak	42
6.3.2. Haberleşmenin Gizliliği ve Gizliliğin İhlali.....	45
6.3.3. Arama ve El koyma.....	45
6.3.4. Gizli Soruşturmacı	47
6.3.5. Teknik Araçlarla Takip	48
6.3.6. Telefon Dinleme.....	49
6.3.6.1. Telefon Dinlemenin Dayanağı	49
6.3.6.2. İdari Aşamada ve Adli Aşamada Telefon Dinleme	49
6.3.6.2.1. Suç İşlenmeden Önce Telefon Dinleme.....	50
6.3.6.2.2. Adli Aşamada Telefon Dinleme.....	51
6.3.6.3. Telefon Dinleme Yetkisi, Dinlemenin Süresi, Kapsamı ve Denetimi	54
6.4. Medeni Hukuk Alanındaki Düzenlemeler	55
6.5. Diğer Hukuk Dallarındaki Düzenlemeler	56

İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

1. GENEL OLARAK	60
2. AİHS'DE ÖZEL HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI.....	61
2.1. Sözleşmeye Göre Özel Hayat Kavramı Ve Tanımı	61
2.2. Sözleşmeye Göre Özel Hayatın Kapsamı	62
2.2.1. Cinsel Hayat ve Tercihler.....	63
2.2.2. Aile Hayatının Kapsamı Dışında Kalan Bazı İlişkiler	64
2.2.3. İş ve Sosyal İlişkiler	64
2.2.4. Fiziksel ve Manevi Kişilik	64
2.2.5. Gizli İzleme ve Dinlemeler	65
2.2.6. İsim, Resim, Nam-Şöhret-Şeref, Yaşam Tarzı.....	66
2.2.7. Kişisel Veriler	67
2.3. Sözleşmeye Göre Özel Hayata Müdahale Edilmesi	68
2.3.1. Cinsel Hayat ve Tercihler Konusundaki Müdahaleler	68
2.3.2. Gizli Dinleme, İzleme, Görüntüleme Yöntemleriyle Kişisel Bilgilere Ulaşılması ve Bu Bilgilerin İfşası Yoluyla Müdahaleler	70
2.3.2.1. Bilgi Toplanması	70
2.3.2.1.1. Suçun Önlenmesi ve Belirlenmesi Amacıyla Bilgi Toplanması.....	70
2.3.2.1.2. Terörizm.....	71
2.3.2.1.3. Ulusal Güvenliğin Korunması	72
2.3.2.2. Kişisel Bilgilerin İfşası.....	73
2.3.3. Fiziksel ve Manevi Kişiliğe Yönelik Müdahaleler	74
2.3.4. Kişisel Verilere Erişim.....	76
2.3.5. Basın Yoluyla Özel Hayata Müdahale Edilmesi.....	76
3. AİHS'DE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI.....	78
3.1. Sözleşmeye Göre Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kavramı Ve Tanımı.....	78
3.2. Sözleşmeye Göre Aile Hayatının Kapsamı.....	78

3.2.1. Aile Hayatı Sayılan İlişkiler.....	78
3.2.2. Aile Hayatı ve Evlilik.....	79
3.3. Sözleşmeye Göre Aile Hayatına Müdahale Edilmesi	80
3.3.1. Velayet Kararları	80
3.3.2. Koruma Altına Alma Kararları	81
3.3.3. Sınırdışı Edilme.....	83
4. AİHS'DE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI.....	84
4.1. Sözleşmeye Göre Konut Kavramı Ve Tanımı	84
4.2. Sözleşmeye Göre Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı	84
4.3. Sözleşmeye Göre Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi.....	85
4.3.1. Kasıtlı Saldırıları	85
4.3.2. Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi	86
4.3.3. Arama ve El koyma.....	86
4.3.4. Terör Suçları ile İlgili Soruşturmalar	88
4.3.5. Vergi Suçları	89
4.3.6. İmar Uygulamaları	89
4.3.7. Gürültü ve Çevre Kirliliği	89
5. AİHS'DE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI.....	90
5.1. AİHS'ye Göre Haberleşme Kavramı Ve Tanımı.....	90
5.2. AİHS'ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı.....	90
5.3. AİHS'ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi.....	91
5.3.1. Telefon Dinlenmesi.....	91
5.3.2. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi	92
6. AİHS 8. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	93
6.1. Kanunlara Uygunluk	98
6.2. Meşru Amaç	101
6.3. Demokratik Topluma Gerekli Olma	102
7. AİHS'NİN 8. MADDESİNDE DÜZENLENEN HAKKIN İHLALİ İLE İLGİLİ TÜRKİYE HAKKINDA KARAR ÖRNEKLERİ.....	106

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

**AİHS’NİN 8. MADDESİ KAPSAMINDAKİ ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE
KORUNMASI HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

1. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK	109
1.1. Pozitif Yükümlülük Kavramı	109
1.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğünü Doğuran Etkenler.....	110
1.3. Pozitif Yükümlülüğün Özellikleri.....	111
2. AİHS’NİN 8. MADDESİ İLE İLGİLİ OLARAK DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜNE DAİR MAHKEME KARARLARI	113
2.1. Özel Hayat.....	113
2.1.1. Kişilerin Cinsel Tacizden Korunması	113
2.1.2. İsim Seçiminin Resmi Olarak Tanınması	115
2.1.3. Resmi Bilgilere Ulaşılması	117
2.1.4. Özürlü ve Hasta İnsanlar için Kolaylık Sağlanması	118
2.2. Aile Hayatı	120
2.2.1. Ebeveynler ile Gayri Meşru Çocukların İlişkilerinin Yasal Olarak Tanınması.....	120
2.2.2. Çocukların Kamusal Korunması	121
2.2.3. Çocukları Doğal Ebeveynleri ile Bir Araya Getirmek.....	124
2.2.4. Evlilikte Ayrı Yaşama.....	125
SONUÇ	126
KAYNAKLAR	129
ÖZGEÇMİŞ	140

KISALTMALAR

ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
A.B.Y.İ.D.B.	: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı
AD.	: Adalet Dergisi
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF.M.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBF.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BGB.	: Alman Medeni Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHF.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DR.	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Karar ve Raporları
E.	: Esas
ETCK.	: Eski Türk Ceza Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB.	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MBD.	: Manisa Barosu Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
p.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TODAİE.	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YTCK.	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, esas olarak bireyin mahremiyeti prensibinden ilham alan, bireyin kendisine ait hayat alanında dilediği gibi hareket etmesinin hukuki dayanağını oluşturan bir haktır. Kişinin mahremiyet talebi bu anlamda çok eskiye dayanan bir hak ve istektir. Hukuk sistemleri de geçmişten günümüze, kişinin, başkalarının müdahalesine kapalı tutmak istediği bu özel alanın gizliliğini koruyacak pek çok somut düzenleme getirmiş olmasına rağmen küreselleşmenin iletişim boyutu, modernleşme ve teknolojiye hızlı gelişmeler bireyin özel alanına müdahaleyi kolaylaştırmakta, mevcut düzenlemeleri deyim yerindeyse anlamsızlaştırmakta, buna paralel olarak da bireyin bu alanın korunmasına ilişkin talebi artıp farklılaşmaktadır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı farklı özgürlüklerle de şüphesiz ilişki içinde hatta bazen karşı karşıyadır. Bu denli geniş bir alanın sınırlandırılmaya ihtiyacı olması sebebiyle bu çalışmanın Birinci Bölüm’ünde öncelikle bu hakkın tanımını ve kapsamını belirleyip sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte günümüzde insan hakları, devletlerin ya da milletlerin bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun ilgi alanlarından biri olması nedeniyle hakkın karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığına değinilmiştir. Özellikle ülkemizde de birey bilincinin insan hakları konusunda gelişmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Türkiye hakkında birçok olay dava konusu yapılmakta ve bu davaların birçoğu çeşitli mahkûmiyetlerle sonuçlanmaktadır. Bu sebeple İkinci Bölüm’de özel hayatın gizliliği ve korunması ile ilgili olarak Mahkeme’nin uluslararası standartları ve verdiği kararlar incelenmeye çalışılacaktır.

Bireyin özel hayatının gizliliğini tehdit eden faktörler teknolojinin ilerlemesi ile farklılaşmakta, zamanla hukuki düzenlemeler de bu gelişmelere uyum gösterememektedir. Bu nedenle bu çalışmamızda konunun hukukumuzda nasıl düzenlendiğine, değişen zamana ve imkânlarla karşı iç mevzuatımızın bu değişime ne

derece cevap verebildiğine bakılmaya çalışılacaktır. Aynı şekilde devletler de kamu güvenliklerini sebep göstererek bireyin özel hayatına müdahale edebilmekte ve bu iki çıkar sürekli çatışmaktadır. Bu çatışmanın doğru bir zemine oturabilmesi de uluslar arası standartlara paralel bir iç hukuk mevzuatıyla mümkün olabilmektedir. Çalışmamızda bu konuya da değinilerek devletin üzerine düşen görevin sadece bireylere hakları tanıyıp kullanmalarına karışmayarak gereksiz sınırlamalara maruz bırakmamayı değil, aynı zamanda devletin bireylere bu hakları kullanmalarını sağlayacak gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu pozitif yükümlülük konusunu da son bölümümüz olan Üçüncü Bölüm’de ele aldık.

Bu çalışmadaki amaç ve arzumuz, 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 etmek olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAVRAMI VE BU HAKKA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Sosyal bir varlık olarak insan hemcinslerinden ayrı yaşayamaz. İnsan toplumun bir parçası olduğu gibi bir takım toplumsal ilişkilerin de tarafı konumundadır. Bununla birlikte insan sosyal birliktelikler içerisinde özgürlüklerinden ve karar verme iradesinden vazgeçmiş değildir. Başka bir deyişle insan, topluma katılma ve toplumdan uzaklaşma içgüdüsünü birlikte taşımaktadır¹.

Bu iki özellik insan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönüne işaret eder. İnsan hayatının özel yönü, kişinin herkese açık olmayan, sadece kendi seçtiği kişilerle paylaşmak istediği, başkalarının denetim ve gözetiminden uzak olan değerlerinin ve yaşam olaylarının meydana geldiği çekirdek bir alanı ifade eder².

İşte özel hayat, gizlilik içgüdüsünün insan hayatında yansımasını bulan görünümünü; yukarıda bahsedilen çekirdek alan da başkalarının müdahalesinin sınırını oluşturur. Hayatın genel yönü ise kişinin diğer insanlarla paylaştığı, sosyalleşmesinin gereği olarak toplumca bilinip gözlenebilen daha geniş bir alandır³.

¹ Araslı, Oya; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 1979, s. 8.

² Özbudun, Ergun; “ Özel Haberleşmenin Gizliliği ”, AÜHFİM. 50. Yıl Armağanı, Ankara, 1977, s. 266; Öztekin, Tosun; “ Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları ”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul, 1977, s. 371. vd. ; Öztürk, Bahri; “ Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar ”, MBD, Manisa, 1987, s. 22, s. 34; Ergül, Ozan; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, Ankara Üniversitesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 1.

³ Özbek, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 28.

Özel hayat kavramının ortak bir tanımı yok ise de farklı bakış açılarından çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. “Kişilerin hukuken korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam olaylarından meydana gelen kişisel varlık”⁴, “kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümleri”⁵, “herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”⁶, “başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken giz alanları”⁷, “kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar”⁸, “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar”⁹, “kişinin yalnız ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alanı”¹⁰ bu tanımlardan bazılarıdır.

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Özel hayatın hukuki niteliği, hem uluslararası hukukta, hem kamu hukukunda hem de özel hukukta bir hak olarak kabul edilip koruma altına alınmıştır. Özel hayatın gizliliği hakkı, yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisidir. Bireyin konutunun gereksiz müdahalelere maruz kalmasına engel olmak hukukun çok önce koruma altına aldığı bir alan olmakla birlikte, “özel hayatın gizliliği” hakkının genel olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Birçok ulusal ve uluslararası belgede özel hayatın gizlilik hakkı tanınmakla birlikte, hâlâ özgürlüğün sınırlarının çizilmesinde belirsizlikler söz konusudur¹¹.

Uluslararası hukukta özel hayatın ilk kez İHEB 12. maddede “Mahremiyet Hakkı” adı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Bu Beynamede yer alan hakların her yerde tanınmasını sağlayan ve uygulanırlığını güvence altına alan İnsan Haklarını ve Temel

⁴ Kılıçoğlu, Ahmet; “Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:496, 2. Bası, Ankara, 1993, s. 81.

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

⁶ Özek, Çetin; Türk Basın Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 259.

⁷ Zevkliler, Aydın / ATABEY, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre; Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 416.

⁸ Ataay, Aytekin; Şahıslar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 133.

⁹ Şen, Ersan; Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 7.

¹⁰ Kaboğlu, İbrahim Ö. ; Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitabevi, 6.Baskı, Ankara, 2002, s. 291.

¹¹ Clayton, Richard / Tomlinson, Hugh; The Law of Human Rights, Oxford, New York, 2000, s. 776.

Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) nde özel hayatı 8. maddesinde “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı” olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme’nin 17/1. maddesinde de özel hayat kavramlarına yer verilmiştir. Bu sözleşmelerde özel hayat kavramının özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeyi koruma altına aldığı görülmektedir.

İnsan haklarının, devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümü, kamu hürriyetleri diğer bir ifadeyle de temel haklar olarak tanımlanır¹². Kamu hukuku açısından özel hayat, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” adı altında 1961 ve 1982 Anayasalarında temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasamızın 20, 21 ve 22. maddelerinde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti kavramlarına yer verilmiştir.

Özel hayatın gizliliği hakkı klasik haklar arasında yer almaktadır. 1982 Anayasası’nda bu hakkın bulunduğu kısım “Kişinin Hakları” bölümüdür. Bu Bölümde yer alan haklar kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizer ve kişiyi devlete karşı korur¹³.

3. DEVLETİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI KARŞISINDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin düzenlenmesinde çok yerde hak ve hürriyet (özgürlük) terimleri birlikte ya da eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Gerçekte, bu iki sözcük yakın anlamlı olsalar da aralarında farklar vardır. Hak, hukukun kişiyle tanıdığı bir şeyi isteyebilme yetkisidir. Başka bir deyişle kişinin hukukça korunan çıkarıdır, yaşam hakkı, kişinin maddi ve manevi hakkını koruma ve geliştirme hakkı, kişinin özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi. Hürriyet ise, kişinin hukukça yasaklanmayan bir alanda, hiçbir baskı altında kalmayan kendi istemine ve

¹² Kapani, Münci; Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 1981, s. 14; Akıllıoğlu, Tekin; İnsan Hakları I, (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri), AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, Ankara, 1995, s. 19-20; Soysal, Mümtaz; 100 Soruda Anayasa’nın Anlamı, Baştan Başa Yeniden Yazılmış 6. Baskı, Gerçek Yayınevi İstanbul, 1986, s. 189.

¹³ Yüzbaşıoğlu, Necmi; Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 20.

kararlarına göre davranabilmesidir; düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğü gibi. Hak statüye bağlı edilgin; özgürlük ise, yasaklanmayan alanda etkin ve devingendir¹⁴.

Hayek'e göre hakkın anlamı; her adil bireysel davranış sonucunda kişilere sağlanan güvencedir. Adil davranış kuralları neticesinde kişinin özel alanı belirlenecek ve kişi devletten hakkını korumasını, ondan hakkına yönelen ihlallerin giderilmesini isteyebilecektir¹⁵. Dural'a göre ise hak, hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi veren faydadır¹⁶.

Negatif ve pozitif hak ayrımı devletin bu haklara yaklaşımına göre sınıflandırılmıştır. Bu bağlamda negatif haklar devletin klasik manada tanıma ve dokunmama yükümünü, bir başka deyişle devletin bireylere bu hakları tanımamasını ve fakat bireylerin bu hakları kullanmasına karışmayarak, bu hakların kullanılmasını gereksiz sınırlamalara maruz bırakmamasını ifade eder.

Pozitif hak kavramında ise devletin harekete geçme yükümlülüğü vardır. Pozitif hak kapsamında bulunan haklar ile ilgili olarak devlet bireylerin bu haklarını kullanmalarını sağlama konusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bir başka deyişle devlet bireylere yönelik olarak bu hakları etkin ve uygun bir şekilde kullanmasını sağlamakla yükümlüdür. Eğer kişinin özel hayatına müdahaleyi meşru kılacak durumlar söz konusu ise, özel hayata ilişkin çıkarların korunması ve somut olayda buna öncelik verilmesi gerekmektedir. Buna aykırı davrananlar hakkında devlet, derhal takibini yaparak gerekli cezaları uygulamalıdır. Böylece devlet olumlu yönde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yardımcı olmakta, onu tanımakta ve ihlaline müeyyideler bağlamaktadır¹⁷.

Genel olarak özel hayatın gizliliği hakkının negatif ve pozitif yönü vardır. Hakkın negatif yönü her türlü müdahaleden masun kalmayı ifade eder. Hakkın pozitif yönü ise devletin bireylerin özel hayatın gizliliği hakkını kullanabilme şartlarının sağlanmasını

¹⁴ Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi; 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2002, s.131.

¹⁵ Hayek, A. Friedrich; Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı, (Çev. Mustafa Erdoğan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1995, s. 141.

¹⁶ Dural, Mustafa / SARI, Suat; Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 121.

¹⁷ Bielefeldt, Heiner; Hukuk Devleti "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", (Çev. Yüksel Metin), Adres Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 278-279.

isteme hakkıdır. Başka bir deyişle devletin özel hayat ile ilgili hakkın korunmasına yönelik yeterli düzenlemeleri yapması ve organları vasıtasıyla bu düzenlemeleri uygulaması ve uygulanmasını takip etmesidir.

Devlet, bir yükümü olarak özel hayatın gizliliğini ve korunması hakkına ilişkin yeterli güvenceleri getirmelidir. Kamu düzeni adına bu hakka müdahale zorunlu ise, bu müdahalelerin neler olabileceğini, nasıl yapılacağını ve sonuçlarını normlarda göstermeli ve bu kuralların dışında hiç kimsenin başkalarının özel hayatlarına müdahalesine izin vermemelidir.

Devlet ve insan hakları kavramları hem birbirlerini tamamlar hem de birbirleriyle çelişirler. Bu iki kavram arasındaki ilişkinin böylesine çift yönlü olması nedeniyle devlet ve insan hakları bağlantısında son derece hassas ve dikkatli olmak gerekmektedir. Devletin egemenliğinin sınırı, insan haklarının genişliği veya sınırlılığı ile belirlenmektedir. Bir devlet ne kadar otoriter ve baskıcı bir yapıda ise, o ülkede insan hakları o kadar geri ve az iken, aksine bir devlet ne kadar demokratik ve hoşgörülü ise, o ülkede insan hakları o derece geniş ve ileridir¹⁸.

Yüzyıllardır çeşitli eleştirilere ve karşıt akımlara karşın devlet günümüzde yine de vazgeçilemeyen bir kurum olarak kalmıştır¹⁹. Devlet vazgeçilmez ise, insan hakları devletten önce vazgeçilmezlik statüsüne sahiptir. Ancak bu şekilde devletin insan haklarını ezmesine giden yol önlenemez. Uluslararası gelişmelerin hızlandığı çağımızda, uluslararası bir toplum oluşmaktadır ve hiçbir toplum tek başına yaşayamayacağı gibi, insan hakları gibi evrensel bir olgudan da uzak kalmaz²⁰.

Toplumdaki haksızlıkları ve adaletsizlikleri ortadan kaldırmak üzere düşünülmüş olan devlet olgusu yeni adaletsizliklere yol açınca, sivil toplum yolundaki gelişmeler önemli çıkmazlara saplanmış oldu. Devleti toplumun dışında kendi başına varlık olarak gören anlayışın egemen olması halinde, insan kavramı ve diğerleri geri planda kalmakta ve bundan da insan hakları zarar görmektedir. Hak çiğnemeleri ve özgürlüklerin göz ardı edilmesinde, devlet kavramının yüceltilmesinin, ona neredeyse bir kutsallık

¹⁸ Çeçen, Anıl; Devlet ve İnsan Hakları, Savaş Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Ekim 2000, s. 101-102.

¹⁹ Bumin, Kürşat; "Vazgeçilemeyen Devlet", Toplumcu Düşün Dergisi, S.16, Ankara, Haziran 1980, s. 162-170.

²⁰ Laski, Harold; Devlet, Köprü Yayınları, (Çev. Esin Örucü), İstanbul, 1966, s. 66.

kazandırılmasının önemli rolü bulunmaktadır. Günümüzde giderek siyasal bir kurum olarak görünen devlet temelde bir sosyal kurumdur ve insan haklarına dayanmak zorundadır²¹.

Her insanın hiçbir ayırım gözetilmeden mutlu yaşayabilmesi, ancak ciddi bir hukuk düzeni içinde gerçekleşebilmektedir. Hukuk düzeninin varlığı da devletin varlığına bağlı bulunmaktadır. Bir hukuk düzeninin kurulabilmesi ve yürütülebilmesi için devlet denen üstün varlığa gereksinim duyulmaktadır. İnsan kalabalıklarının toplumlaşma sürecinin belirli bir noktasında ortaya çıkan devleti toplumun dışında düşünebilmek olanaksızdır. Devlet, toplum ve hukuk düzeni, varlıkları birbirlerine doğrudan bağlı olan kavramlardır²².

Hukuk devleti, kısaca hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde var olan devlet demektir. Bu ilke, devletin hukuk çerçevesine alınmasını, yönetimde keyfiliğin yerine kuralların egemen olmasını gerektirir. Hukuk devleti, hukuka sahip olan devlet değil, hukukun egemen olduğu devlet demektir²³.

Devlet, hukuk devleti olması ihtiyacının yanı sıra hukukun üstünlüğü ilkesine de gereksinim duyar. Hukukun üstünlüğü devlete ve topluma yol göstermedikçe, bir yasa devleti, yasal haksızlıklar devletine dönüşebilir²⁴.

4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

Karşılaştırmalı hukukta özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Kıta Avrupası Hukuku'nda Almanya, İsviçre, Fransa ve İtalya gibi devletler özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yeni etkili güvenceler sağlayan özel kanunlar ihdas etmişlerdir. Anglo – Sakson Hukuku'nda ise, Common Law sisteminin bir özelliği olarak mahkeme kararları özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının gelişmesinde önemli rol oynamışlardır.

²¹ Kuçuradı, Ioanna; İnsan Hakları Açısından Dünya Problemleri, Dünya Problemleri Karşısında Felsefe, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1986, s. 58-72.

²² Poulantzas, Nicos; Devlet ve Toplum Üzerine, (Çev. Ergin Kopartan), Felsefe Dergisi, S. 87/2, s. 69-78.

²³ Erdoğan, Mustafa; Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2005, s. 113.

²⁴ Huber, Ernst Rudolf; Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet, (Çev. T. Ansay), AÜHF Dergisi, Ankara, 1971, S.1. s. 28.

4.1. Kıta Avrupası Hukuku

4.1.1. Almanya

Alman Medeni Kanunu (BGB), bağımsız olarak özel hayatın korunmasına ve özel hayatın da içinde yer aldığı genel kişilik haklarını korumaya yönelik hükümlere yer vermemiştir²⁵. BGB'nin bu konudaki menfi yaklaşımına rağmen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, BGB ve diğer kanunlardaki kişisel değerleri konu alan hükümler aracılığıyla belli bir oranda korunabilmiştir. Örneğin kişinin yaşamı, bedeni, sağlığı ve özgürlüğü üzerindeki hakları açıkça korunmuştur. Bunun dışında, ad üzerindeki hakkı ayrıca özel bir koruma görmüştür. Keza özel düzenlemeler vasıtasıyla kişinin fotoğrafı üzerindeki hakkı haksız yayınlara karşı güvence altına alınmıştır. Kişinin şeref ve haysiyeti de, hem ceza hukuku ve hem de medeni hukuk açısından koruma altına alınmıştır²⁶.

Ancak bu düzenlemelerin kişinin şahsiyet haklarının bütününe ve özellikle, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yeterli güvenceler sağladığı söylenemez. BGB'de ele alınan değerler arasında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının sayılmaması, bu hakkın Alman özel hukukunda mutlak bir hak niteliğini taşımadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, BGB'de mutlak hak niteliğini taşıyan değerlerin dışında kalan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik tecavüzler sebebiyle hukuki bir sorumluluğun ortaya çıkması imkânı da yoktur²⁷.

Bununla birlikte 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 1. maddesinde, insan şeref ve haysiyetinin kutsal olduğu ilan edilmek suretiyle, kamu kudretini kullananların buna saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduklarının bildirilmesi ve 2. maddesinde de herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlaka aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının bulunduğu açıklanması, durumu değiştirmiştir²⁸. Böylece Anayasada düzenlenmiş bulunan genel kişilik hakkı ve

²⁵ Araslı, s. 71.

²⁶ Özsunay, s. 162; Akipek, Jale; Türk Medeni Hukuku – Şahsın Hukuku, Ankara, 1961, s. 106-107; İmre, Zahit; Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar – Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yayınları, No: 351, Ankara, 1974, s. 798; İMRE, Zahit; Medeni Hukuka Giriş, İÜHF Yayınları, No: 2718, İstanbul, 1980, s. 476.

²⁷ Araslı, s. 71.

²⁸ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası tam metni için bkz. Federal Alman Cumhuriyeti Alman Cumhuriyeti Anayasası, Çev. (Ünal, Şeref); Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri No: 12, Ankara, 1972.

bu hak kapsamına giren özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı mutlak bir hak niteliğini kazanmıştır²⁹.

Alman kamu hukuku alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı incelenecek olursa, anayasa hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı olarak ayrı bir hakkın bulunmadığı görülmektedir³⁰. Bununla beraber bu hakkın anayasal temelini, 1949 Alman Anayasası'nın 1. ve 2. maddelerinde düzenlenmiş olan "kişiliği serbestçe geliştirme hakkı"nın oluşturduğunu söylemeliyiz. Bu hükümler dışında 1949 Alman Anayasası'nın 10. maddesinde mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği ve 13. maddesinde de konut dokunulmazlığı birer temel hak olarak güvence altına alınmıştır. İşte Anayasa tarafından korunan bu temel haklar sebebiyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının anayasal güvence altında bulunduğunu ifade edebiliriz³¹.

Alman ceza hukukunda, sadece özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yapılacak tecavüzleri suç kabul eden bir hükmü bulabilmek mümkün değildir, fakat çeşitli hükümler vasıtasıyla anılan hakka güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Alman Ceza Kanunu'nun paragraf 123. ve 124. hükümlerinde, mülkiyet hakkının korunması esasına değil, kişi hürriyetinin korunması esasına dayanan konut dokunulmazlığının ihlali suç olarak düzenlenmiştir³².

Aleni olarak söylenmemiş sözlerin gizliliğinin korunması da Alman Ceza Kanunu'nun 201. paragrafında düzenlenmiştir. Bir kişinin kamuya hitap etmeyen konuşmalarının, ses kaydetme yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından banda kaydedilmesi ve böyle bir kaydın kullanılması ve de üçüncü bir kişinin istifadesine sunulması yasaklanmıştır. 201. paragraf, sadece seslerin banda kaydedilmesini değil, aynı zamanda telefon dinlenmesini ve her türlü gizli dinleme aletini kullanmak suretiyle kamuya hitap etmeyen konuşmaların tespit edilmesini de suç olarak düzenlemiştir³³.

Yine ceza kovuşturması ile ilgili olarak Alman Ceza Yargılaması Hukuku'nda kişilerin özel hayat alanlarına müdahale edilebilmekte ve ceza yargılamasında kullanılmak

²⁹ İmre, Medeni Hukuka Giriş, s. 444.

³⁰ Araslı, s. 175.

³¹ Şen, Özel Hayatın, s. 32.

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

³³ Jeschenk Hans / Heinrich, s. 76.

amacıyla bazı eşyalarına elkonulabilmektedir³⁴. Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bazı hallerde gizli dinleme yapılabilceği öngörölmüş ancak gizli görüntöleme ile ilgili düzenleme yapılmamıştır³⁵.

4.1.2. İsviçre

İsviçre Hukuku hem özel hukuk alanında ve hem de kamu hukuku alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına güvence sağlayacak hükümleri düzenlemiştir. İsviçre’de özel hukuk alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının “genel kişilik hakkı” anlayışı içerisinde korunduğu görölmektedir. Bu genel kişilik hakkı, İsviçre Medeni Kanunu’nun 27. ve 28. maddelerinde düzenlenmiş ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını da kapsamına almak suretiyle kişiye gelebilecek bütün tecavüzlere karşı güvence sağlamıştır³⁶.

İsviçre’de kamu hukuku alanında ise, anayasa hukuku açısından İsviçre Federal Anayasası’nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, bu kavrama yer vererek açıkça düzenleyen herhangi bir hükme rastlanmamaktadır³⁷.

İsviçre ceza hukuku bakımından kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, 20.12.1968 tarihli kanunla özel olarak güvence altına alınmıştır³⁸. Bununla birlikte 1968 tarihli kanundan önce de İsviçre Ceza Kanunu özel hayatla ilişkili hususları (kişinin konutu, üstü, eşyası, bedeni ve sağlığı gibi) koruyucu hükümler içermektedir³⁹.

1968 tarihli kanunla birlikte “başka kişiler arasındaki konuşmaları dinleme ve kaydetme”, “konuşmaları izinsiz tespit etme”, “kişiyeye 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 edilmiştir⁴⁰.

³⁴ Yenisey, Feridun; Hazırlık Soruşturması ve Polis, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993, s. 149 vd.

³⁵ Sağlam, Fazıl; “ Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, AÜSBF Dergisi, C. XXX, No: 1-4, Ankara, Mart – Aralık 1975, s. 107-116.

³⁶ Egger, August / Çernis Wolf; İsviçre Medeni Kanunu Şerhi – Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. Mustafa Amil Artus, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1947, s. 291-292.

³⁷ Araslı, s. 77.

³⁸ Özsunay, s. 174.

³⁹ Danişman, Ahmet; Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, No: 99, Konya, 1991, s. 79.

⁴⁰ Öztekin, s. 388.

4.1.3. Fransa

Fransız Hukuku, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına güvence sağlayan düzenlemelere yer vermiştir. Fransa’da başlangıç olarak özel hukuk alanında, Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin bir düzenlemeyi kapsamına almamıştır. Ayrıca, kişiliğin tamamını veya diğer kişisel değerleri korumak için de herhangi bir özel hüküm mevcut değildir. Fransa’da kişiliğin ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınması, Code Civil’in 1382. ve 1383. maddelerine dayanmaktadır⁴¹. 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 edilmiştir⁴².

Fransız kamu hukuku alanında ise, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur, fakat Fransız Anayasası bu hakkı ayrı bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Fransız Anayasası’nın başlangıç hükümlerinde, bu Anayasanın ayrılmaz bir parçası olarak gösterilen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin özgürlük, mülkiyet ve güvenlik ilkelerini benimsemesi sebebiyle kişisel değerlerin ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının anayasal güvenceden yararlandığı söylenebilir⁴³.

Fransız ceza yargılaması hukukunda ceza kovuşturması amacıyla haberleşme araçlarının denetlenmesi mümkündür. Fakat bu denetleme, işlendiği iddia olunan her suç bakımından mümkün olmayıp, failin işlediği suç dikkate alınmak suretiyle verilmesi imkân dâhilinde olan cezaya göre haberleşme araçlarının dinlenmesi ve yargılamada delil olarak kullanılabilmesi halinde söz konusu olabilir. En az iki yıl hürriyeti bağlayıcı ceza alma ihtimali bulunan suçlar söz konusu olduğunda haberleşme araçları ile yapılan haberleşmenin denetlenmesine imkân tanınmıştır⁴⁴.

⁴¹ Özsunay, s. 170.

⁴² Özsunay, s. 171-172.

⁴³ Akın, İlhan; Kamu Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1987, s. 296 ; Araslı, s. 84.

⁴⁴ Gökçen, Ahmet; Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada El koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 49, Ankara, 1994 s. 189-190.

4.1.4. İtalya

İtalyan hukuku, özel hukuk alanına ilişkin bir düzenleme olan İtalyan Medeni Kanunu'nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında bahsetmemiş, fakat İtalyan doktrini yorum yoluyla kişinin böyle bir hakka sahip olduğunu savunmuştur⁴⁵.

Kamu hukuku alanında İtalyan Anayasası'nda kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında açıkça söz edilmemiştir. Ancak özel hukuk alanındaki doktrin görüşü burada da etkili olarak anılan hakka her bireyin sahip olduğu fikri benimsenmiştir. 1947 İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. , 14. ve 15. maddelerinde kişinin özel ve aile hayatı kapsamına giren hususlara ve ilgili temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. İtalyan Anayasası'nın 13/2 ve 13/3. maddesine göre, *“adli makamların gerekçeli kararlarına ve yalnız kanunlarda gösterilen hal ve şartlara dayanılmadıkça hiç kimse tevkif edilemez, kontrole, şahsen aranmaya ve şahsi hürriyeti başkaca sınırlamalara tabi tutulamaz. Kanunda açıkça gösterilen bazı olağanüstü zorunluluk ve ivedilik durumlarında güvenlik makamları geçici tedbirler alabilirler; bu tedbirler, kırk sekiz saat içinde adli makamlarca uygun görülmezlerse kaldırılmış sayılırlar ve hiçbir sonuç doğurmamış olurlar.”* Yine 14. maddesine göre, *“konuta dokunulamaz. Konutlarda araştırma yapılması ya da eşyaya el konulması, ancak kanunun tespit edeceği durumlar ve şekiller içinde olabilir.”* Ayrıca 15. maddesine göre ise *“yazışma ve diğer her türlü haberleşme hürriyetine ve gizliliğine dokunulamaz. Bunlar ancak adli makamların gerekçeli kararları ile sınırlanabilir”* ⁴⁶.

Görüleceği üzere, İtalyan Cumhuriyeti Anayasası açıkça özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında söz etmemiş, fakat özel hayat kapsamına giren değerler ile hak ve hürriyetlere yer vermek suretiyle, neticede kişinin özel ve aile hayatını da güvence altına almıştır.

İtalyan ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanına özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının dâhil edilmesi, 06.04.1974 tarihli ve 98 sayılı Özel Hayatın ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Kanun ile olmuştur. Bu

⁴⁵ Özsunay, s. 173.

⁴⁶ Türkçe Çeviri Kaynakları: Gürbüz, Yaşar; Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s.131; Lütem, İlhan; Yeni Anayasalar, Türk Hukuku Kurumu Yayınları, Kitap III, Ankara, 1953, s. 911.

Kanunla getirilen değişiklikler ve ilaveler ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı gerçek anlamda güvence altına alınmıştır⁴⁷.

4.2. Anglo – Sakson Hukuku

Anglo – Sakson Hukuku’nda, Common Law sisteminin bir özelliği olarak mahkeme kararları özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının gelişmesinde önemli rol oynamışlardır. Bunun yanında İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarında, anılan hakkı kapsayan yeni kanunlara yer verildiği de görülmektedir. Bu kanunlar, içinde bulunduğumuz çağda meydana gelen teknolojiye yeni gelişmeleri takip etmek üzere ses ve görüntü kaydeden, informatik ve telekomünikasyon gibi iletişim araçları karşısında kişinin özel hayatını koruyan hükümleri içermektedir.

4.2.1. İngiltere

İngiliz hukukunda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına, hem Common Law sistemine uygun olarak mahkeme kararları ile ve hem de düzenlenen kanunlar ile güvence sağlanmıştır. İngiliz hukuku yazılı olmadığı için özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının tanımı ile ilgili çeşitli görüş ve raporlar sunulmuştur. Younger Komitesi tarafından 1972 tarihinde sunulan raporda ise, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamının kesin olarak açıklanmasının zor olduğu belirtilmiş fakat bu hakkın iki cephesinin bulunduğu da ifade edilmiştir. Birincisi, özel hayatın gizliliği ve korunmasıdır; ikincisi ise kişinin kendisi hakkında nasıl ve ne dereceye kadar bilgi verebileceğini kendisinin tayin etmesidir⁴⁸.

İngiliz hukukunda haklar, dava kalıpları ile sağlandığından, özel hayatın korunmasına ilişkin dava kalıbı bulunmadığında bu hak çoğu zaman mülkiyetin korunmasına ilişkin kalıplar gibi kalıplarla korunmaktadır. Örneğin, kişinin özel mülküne izinsiz girilip dinleme cihazı yerleştirilmesinde o kişinin özel hayatı ve gizliliğinin korunması hakkı ihlali nedeniyle değil; mülkiyet ve kullanım hakkı ihlal edildiği için dava açılabilmekte ve yaptırım uygulanabilmektedir⁴⁹.

⁴⁷ Şen, Özel Hayatın, s. 44.

⁴⁸ Bailey S.H / Harris D.J / Jones B.C. ; Civil Liberties Cases and Materials, Second Edition, London Butter Worths, 1985, s. 351.

⁴⁹ Bailey / Harris / Jones, s. 356.

Ceza hukuku alanında sırrın korunmaması, güvenin ihlali sayılıp suç olarak kabul edilmiştir. Devlet Sırları Hakkındaki Kanun ile de resmi makamların elindeki özel kişilere ait sırlar korunmuştur. 1949 tarihli Telgraf Kanunu ile gizli dinleme yasaklanmıştır. 1981 tarihli İngiliz Telekomünikasyon Kanunu ve 1984 tarihli Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun ile de telekomünikasyon ve bilgisayar yoluyla özel hayata müdahaleler korunmaya çalışılmıştır⁵⁰.

Özel hayatla ilgili konularda AİHM'nin verdiği kararlar İngiliz hukuku üzerinde etkili olmaktadır. Örneğin Mahkeme, bir çocuğun ana babasından yetkili idari makam tarafından alınmak suretiyle bakımının sağlanması, bu maksatla mahkemeye başvurulması ve çocuğun evlatlık olarak verilmesi gibi durumlarda çocuğun ana babasına yasal prosedür hakkında bilgi verilmemesini ve çocuk, idari makamın denetimi altındayken ana babaya müdahale imkanının tanınmamasını, “kişinin aile hayatına saygı duyulmasını isteme hakkı” nı içeren AİHS'nin 8/1. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, çocuğun ana babasının birlikte yaşama isteklerini, evli olmalarını ve çocuğu da kapsayan aile hayatı kurmayı hedeflemelerini dikkate almıştır. En önemlisi Mahkeme, ana babanın ve çocuğun durumlarını ve ilişkilerini ortaya koyan gizli belgelerin ana babaya gösterilmemesini ve bilgilendirilmemelerini Sözleşme'nin özel hayatla ilgili düzenleme getiren 8/1. maddesinin ihlali saymıştır⁵¹.

4.2.2. Amerika

Amerikan hukukunda yer alan “right to privacy” (özel hayat / mahremiyet hakkı) çok geniş bir içeriğe sahiptir. Konut ve özel kâğıtların dokunulmazlığı, cinsel eylemler, aile ve karı ya da kocanın hakları, doğum kontrolü, kürtaj, yaşam destekleyici araçların çekilmesi özel hayat hakkı çerçevesinde tanınıp tartışılmıştır⁵².

Özel Yaşam Hakkında Komite, özel hayat hakkının tanımını şu şekilde yapmıştır: *“Toplumdan gelecek bütün baskılara karşı koyarak, kişisel ve duygusal alanlarda özerkliği güvence altına almakla kendini gösteren özel bir bağımsızlık türüdür”*⁵³.

⁵⁰ Şen, Özel Hayatın, s. 50.

⁵¹ McMichael v United Kingdom, Case No 51/1993/446/525, Judgement 24.02.1995 – Kararın alındığı kaynak: The Times, Law – Human Rights Law Report, March 2 1995.

⁵² Harold, J. Spaeth, The Constitution of the United States, B. ed – Harper Prensial, New York, 1991, s. 133-137.

⁵³ Harold, s. 175.

Burada kişi sadece kendi gizli alanının korunmasını değil, aynı zamanda kişisel özelliklerini ayıp, ceza ve benzeri baskılara maruz kalmaksızın yaşamak, geliştirmek, başkalarına karşı savunmak hakkına da sahip olmalıdır. Bir başka deyimle, özerk ve farklı olma hakkına da sahiptir⁵⁴.

Federal Mahkeme özel hayat hakkının iki menfaati koruduğunu belirtmiştir. Birincisi, kişisel konuların açıklanmasından kaçınma menfaati, ikincisi ise, bazı önemli kararlar alırken bağımsız olma menfaati⁵⁵.

Amerikan hukukunda, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, federe ve federal düzeyde ortaya konulan kanunlarla da güvence altına alınmıştır. Bu kanunlar arasında federe nitelikte olanlara, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin Virginia, Oklohoma kanunlarını; gözetleme konusunda Alabama, California kanunlarını; haberleşmenin gizliliği konusunda Oregon, Washington ceza kanunlarını; tecavüze uğrayan kişinin kimliğinin açıklanmasının önlenmesi konusunda Florida, Güney Carolina kanunlarını; gizli dinlemeyi yasaklayan New York ve Tennessee kanunlarını örnek olarak gösterebiliriz⁵⁶.

Amerikan öğretisine göre, özel hayata müdahale sayılan hallerden bazıları şunlardır: Kişinin resim, ad gibi kişiliğini oluşturan değerlerinin ticari veya reklam amacıyla izinsiz kullanımı, rıza dışı özel yaşam ve özel sorunlarına sızmalar, özel yaşama ilişkin görüntü ve ayrıntıların yayınlanması, kişinin kamuoyunda yanlış tanıtılması halleridir⁵⁷.

Gizli dinleme de Amerikan hukukunda ayrıntılı olarak sıkı şartlara tabi kılınmış, hem mahkemeleri ve hem de doktrini fazlaca uğraştırmış ve tartışmalara sebebiyet vermiştir. Sadece hukuka uygun olarak gerçekteştirilen gizli dinleme neticesinde elde edilen bilgiler kişi aleyhinde yapılan suç isnadında delil olarak kullanılmaktadır. Kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, ciddi bir engel olarak gizli dinleme işleminin karşısına çıkmıştır. Böylece gizli dinleme işlemi ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı karşı karşıya gelmiştir, çünkü yapılan gizli dinlemeler ile bir kimsenin izinsiz olarak özel hayatına girilmekte ve onun hukuk tarafından güvenceye alınmış

⁵⁴ Harold, s. 175.

⁵⁵ Harold, s. 179.

⁵⁶ Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık; Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 1995, s. 1809.

⁵⁷ Özsunay, s. 177-178.

önemli bir hakkı ihlal edilmektedir. Buradaki esas konu, gizli dinlemenin kim tarafından yapılabileceği, bir suç kovuşturması nedeniyle ve yetkili makamın iznini gösteren bir kararla yapılan gizli dinlemelerin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağıdır. Çünkü neticede, özel hayata tecavüz söz konusudur ve bu kişinin rızası alınmaksızın yapılmaktadır. Burada özel hayata müdahale yönünden savunulabilecek nokta, somut bir durumda üstün menfaat olan kamu yararı adına bireyin menfaatinden vazgeçilmesi ve onun hak ve hürriyetinin hukuk sınırları içinde ihlal edilebilmesi olacaktır⁵⁸.

Sonuç olarak Amerikan hukuku, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınmasını ABD Anayasası'nın 4. Ekine uygun olarak mahkeme kararları ile sağlamıştır. Özellikle gizli dinleme konusundaki mahkeme kararları ve düzenlenen kanunlar bu hakkı çağdaş hukuka uygun olarak korumaktadır⁵⁹.

5. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

Günümüzde insan hakları devletlerin ya da milletlerin bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun ilgi alanlarından biri olmuştur. Bu gelişme, insanı sadece devletin vatandaşı sayan anlayışın aşılması; insanın, insan olması nedeniyle bazı hak ve özgürlüklere doğal olarak sahip olması gerektiğini kabul eden doğal hukukçu yaklaşımın kabul görmesiyle sağlanmıştır⁶⁰.

İnsan hakları kavramı, uluslararası hukukun başta gelen konusu ve ilkesi olmuştur. İnsan haklarını görmezden gelen, ciddiye almayan veya ezen baskıcı devletlere karşı, uluslararası işbirliği çerçevesinde denetim mekanizmaları devreye girmekte ve bu devletler evrensel platformda gündeme getirilen yaptırımlarla yalnızlığa terk edilmektedirler. Kendi ülkesinde egemen olan devlet, artık uluslararası alanda evrensel oluşumların etkisi ve denetimi altındadır. Bu açıdan devletler uluslararası platformda kesin ve mutlak egemenliğe sahip değildirler. Uluslararası toplumun diğer devletlerle beraber eşdeğerli üyesi olan her devlet evrensel ilkelere bağlı olmak ve bu doğrultuda hareket ederek, insan haklarına saygılı olmak zorundadır. Etkili bir uluslararası düzene

⁵⁸ Şen, Özel Hayatın, s. 55.

⁵⁹ Şen, Özel Hayatın, s. 58.

⁶⁰ Bielefeldt, s. 275-277; Binici, Hüsamettin; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinde Düzenlenen İfade Özgürlüğüne Genel Bir Bakış", AD., S.19, Ankara, Mayıs 2004, s. 105.

geçilebilmesi için, insan hakları yandaşlarının daha örgütsel bir evrensel dayanışmaya yönelmeleri gerekmektedir. Uluslararası örgütler ve anlaşmalar bu amaca katkı sağlamaya çalışmaktadırlar⁶¹.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının öncelikle insan hakları içinde yer alması ve modern toplumların karmaşıklığı ile teknolojiye başdöndürücü gelişmeler karşısında, kişinin sahip olduğu özel hayat alanlarının gün geçtikçe daralması, bu hakkın korunmasını uluslararası hukukun da sorunu haline getirmiştir. Bu hakka ilişkin uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler yapılmış⁶² ve özel hayatın korunması hususu ilmi düzeyde ele alınarak bu konuda kongre de yapılmıştır⁶³.

İnsanların doğuştan vazgeçilmez ve devredilemez nitelikte haklara sahip olduğu, bu hakların devletten önce geldiği ve devletin görevinin bu hakları tanıyarak geliştirmek ve iyileştirmek olduğu şeklindeki eski doğal hukuk anlayışı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yeniden canlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, insan haklarına saldırıların önlenmesi ve dünyanın bu tür acılara tekrar dönmemesi için yeni arayışlara ve güvencelere ihtiyaç duyulmuştur⁶⁴.

İnsan hakları ve temel hürriyetlerinin tanınması, güvence altına alınması ve daha etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak düşüncesiyle çeşitli uluslararası kuruluşlar oluşturulmuş ve bu kuruluşlar çok önemli insan hakları, belge ve sözleşmeleri kabul etmişlerdir. Bu kuruluşların başında Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Avrupa Konseyi gelmektedir. Her iki organizasyon bünyesinde oluşturulan çeşitli mekanizmalarla insan haklarının korunmasına çalışılmaktadır. Uluslararası seviyede en etkin korumayı ise Avrupa Konseyi bünyesinde AIHS ile getirtilen yöntem sağlamaktadır. Çünkü bu korumanın yargısal denetim yönü vardır.

⁶¹ Ramcharan B.G., Bovven, Theo C. Van; Problems in the Protection of Human Rights at the International Level; Philosophical Foundations of Human Rights. Hacettepe University, Edited by. İ. Kuçuradi, Ankara, 1982, s. 105.

⁶² Şen, Ersan; İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, 4. Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2007, s. 97. Aynı yönde bkz. Yavuz, Hilmi; Özel Hayattan Küreselleşmeye, Boyut Kitapları, İstanbul, 2001, s. 15-16.

⁶³ Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi, 22-23 Mayıs 1967.(İlkiz, Fikret; Kişilik Hakları ve İletişim Özgürlüğü, s. 8 <http://www.rtuk.org.tr/sayfalar> Erişim Tarihi: 23.03.2009).

⁶⁴ Helmons, Silvio Marcus; Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, (Çev. Burak Öztürk); Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s. 156.; Karaaslan, Erol; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi”, s.1. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/400.doc1>. Erişim Tarihi: 10.12.2008.

Sözleşme ile kurulan AİHM, taraf devletlerin ya da vatandaşlarının başvurularını inceleyerek hukuken bağlayıcı kararlar almak yetkisine sahiptir⁶⁵.

5.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Özel hayat ve korunması konusunda uluslararası hukukta ilk düzenlemenin 10 Aralık 1948 tarihinde Paris’te kabul edilen İHEB’de yer aldığını görürüz. Bildiri’nin 12. maddesinde “Right to Privacy” (Mahremiyet Hakkı) başlığı altında *“hiç kimse özel ve aile yaşamında, konutunda veya haberleşmesinde keyfi olarak müdahaleye maruz bırakılamayacağı, şeref ve itibarının tecavüzlerden korunacağı, herkesin söz konusu müdahale ve tecavüzlere karşı hukuken korunma hakkına sahip olduğu”* hükmü getirilmiştir. Bu bildiri Türkiye açısından 6 Nisan 1949 tarihinde 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla benimsenip 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece bu uluslar arası metin, 1924 Anayasası’nın belirttiği üzere iç hukuka aktarılmıştır. Bu bildiri uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme ya da antlaşma değildir. Bir öneri ve Genel Kurul kararıdır. İnsan Hakları Hukukunda varılacak ideali yansıtmaktadır⁶⁶.

Ancak bu bildirinin bağlayıcılığından söz edilemese de üye devletleri zorlamakta ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkı konusunda yapılacak düzenlemelere model teşkil etmektedir. Nitekim bu bildirideki düzenleme, bizim Anayasalarımıza yansımış, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı devletçe güvence altına alınmıştır. Bu nedenlerle Türkiye ve Türk hukuku açısından İHEB’nin 12. maddesinin zorlayıcı kuvveti olması konusu bir tartışma nedeni değildir. 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. Anayasal düzeyde getirilen bu düzenlemelerde, İHEB’nin hukuki değeri kabul edilerek anılan hakka ilişkin genel esaslar tespit edilmiştir. 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*

⁶⁵ Taşkın, Ahmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”, AD., S.19, Ankara, Mayıs 2004, s. 51-52.

⁶⁶ Gözübüyük A. Şeref / Gölçüklü A. Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.6.

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 Bildirinin Türk hukuku açısından önemli bir yer işgal ettiğini bize göstermektedir⁶⁷.

5.2. İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetlerine Dair Avrupa Sözleşmesi

Kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’ da imzalanmış, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır⁶⁸.

AİHS, özel hayatın korunmasını İHEB’ne paralel biçimde düzenlemiştir. AİHS önsözünden başlayarak Bildiri’ye bağlılığını belirtmiş ve bu Bildiri’den esinlenmiştir. Ancak AİHS’nin asıl önemi düzenlediği haklar konusunda yargısal bir denetim mekanizması kurması, kişileri bireysel başvuru hakkı ile uluslararası hukukun sujesi haline getirmesi ve bu haklara müdahale durumunun yaptırıma bağlamasındadır. Sözleşme devletlere hem pozitif (ilgili düzenlemeleri yapma) hem de negatif (haklara müdahale etmeme) yükümlülükler getirir⁶⁹.

Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkına ilişkin düzenlemeye AİHS’nin 8. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin birinci paragrafına göre;“ herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”, fakat maddenin ikinci paragrafında, “ demokratik bir toplumda kamu otoriteleri bu hak üzerinde, ancak milli güvenlik, kamu huzuru, kamu güveni, memleketin ekonomik menfaatlerinin korunması, genel adap ve genel sağlığın korunması, suçların işlenmesinin önlenmesi ve üçüncü kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla ve durumun gerektirdiği ölçüdeki tedbirleri hukuka uygun olarak alabileceği” öngörülmektedir.

⁶⁷ Şen, Özel Hayatın, s.61.

⁶⁸ Fendoğlu, H.Tahsin; Devlet Diplomasi ve İnsanın Özgürlük Mücadelesi, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999, s. 206. ; Aktan, Coşkun Can / Vural, İstiklal Yaşar / Aktan, Tülay; Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, Hak-İş Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 29.; Karaaslan, s. 1; Bozlak, Ayhan; “Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu yetkilerin Kullanılması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış” , AD., S. 31, Ankara, Mayıs 2008, s. 97.

⁶⁹ Gözübüyük / Gölcüklü, s. 11 ; Şentuna, Mustafa Tarık; Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol, AD., Ankara, 2007, s. 9.

Görüleceği üzere AİHS ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik müdahalelere karşı çeşitli güvenceler sağlanmak istenmiştir. Sözleşmenin 8/1. maddesinde yer alan hüküm ile temelde özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8/2. maddesinden anlaşılabileceği üzere, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yazılı ve görsel basın karşısında mutlak bir koruma getirilmiştir. Bir başka ifade ile anılan hakka getirilebilecek istisnai sınırlamalar konusunda tüm yetki kamu makamlarına bırakılmıştır. Bu yetkiyi kullanacak olan kamu otoritesi keyfi olarak değil ancak 8/2. maddede öngörülen şartlar çerçevesinde, somut durumun özelliklerini göz önüne alarak sınırlamalarda bulunabilecektir.

5.3. Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16.11.1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından itirazsız olarak benimsenen ve imzaya açılan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeyi de kapsamına alarak 1976 yılında yürürlüğe girmiştir⁷⁰.

Sözleşme'nin 17/1. maddesi kişinin özel hayatını, aile hayatını, konut ve haberleşme özgürlüğünü güvence altına almış ve korunan bu değerlere kişinin şeref ve haysiyetini de eklemiştir. Sözleşme kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına kesinlikle müdahale edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Sözleşme'nin 17/2. maddesi ise bu hakka yönelik müdahale veya saldırılara karşı herkesin kanun tarafından himaye edilme hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, kapsamındaki haklara saygı gösterilmesi ve bu hakların korunması maksadı ile yapılmış olmasına rağmen etkin bir denetim sistemi kurabilmiş değildir⁷¹.

Sözleşme tarafından öngörülen İnsan Hakları Komitesine gerek devletler ve gerekse kişiler tarafından yapılan başvurular istenilen neticeleri verememektedir. Bunun nedeni ise, düzenlemede komitenin kendisine yapılan başvuruların bir kararla sonuçlandırma yetkisine sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Devletlerin veya bireylerin

⁷⁰ Sözleşme metni için bkz.: Akıllıoğlu, s. 55.

⁷¹ ŞEN, Özel Hayatın, s. 74.

başvurusu sonuç olarak insan haklarının zedelendiğine ilişkin iddiaların uluslararası bir organda tartışılmasıyla sınırlı kalmaktadır⁷². Türkiye bu sözleşmeye taraf olmadığı için sözleşmenin düzenlediği koruma ve denetim mekanizmaları dışında kalmaktadır.

5.4. Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi

Kuzey ülkelerinin hukukçuları ile tüm dünya ülkelerinden gelen hukuk uzmanlarının meydana getirdiği kongre 22-23 Mayıs 1967'de Stockholm'de toplanmıştır⁷³. “Kararlar” başlığını taşıyan ilk bölümde “özel hayata saygı hakkının niteliği” belirlenmiştir. Bu hakkın insan şahsiyetinin temel haklarından birisini teşkil ettiği ifade edilmiş ve bu hakkın kişiyi kamu makamlarına, topluma ve diğer bireylere karşı koruyacağı belirtilmiştir⁷⁴. Böylece özel hayata saygı hakkı kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmesi hususunda serbest olması olarak gösterilmiştir. Kongre kararında bu hakkın koruyacağı alan genişletilmiş ve böylelikle bireyin özel hayatının, onun kendisine ait olmasını istediği hayat alanını ve burada geçen faaliyetlerini kapsaması amaçlanmıştır. Bu Kongre’de hakkın kapsamının tanımı da yapılmıştır: “ *Bu hak ferdin aşağıda belirtilen hususlara karşı korunarak dilediği gibi yaşamasıdır. a) Kişinin özel ve aile hayatı ile konutuna karşı bütün müdahaleler; b) Fizik ve fikri bütünlüğüne veya manevi ya da entelektüel özgürlüğüne karşı bütün tecavüzler; c) Şerefine veya şöhretine karşı bütün tecavüzler; d) Söz ve fiillerine zarar verebilecek bütün müdahaleler; e) Özel hayata ilişkin ve kişiyi zor duruma düşürebilecek fiillerin ifşası; f) İsmnin, hüviyetinin veya resminin kullanılması; g) Şahsı gizli olarak takip etmek, gözetlemek ve taciz etmek; h) Haberleşmesine el koymak; i) Sözlü veya yazılı özel haberleşmesini kötü amaçla kullanmak; j) Şahıs tarafından elde edilmiş veya haber alınmış mesleki sır olarak nitelendirilebilecek bilgilerin açıklanması*” şeklindeki müdahaleler olarak, geniş bir şekilde özel hayata saygı hakkı kapsamına alınmıştır⁷⁵.

⁷² Çelik, Edip; Milletlerarası Hukuk, Fakülteler Matbaası, 1. Kitap, İstanbul, 1984, s. 301.

⁷³ Kongre kararları için bkz. Donay, Süheyl; İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIX, S:1-4, s. 434-449.

⁷⁴ İlkiz, Fikret / Günaydın, Barış; “Kişilik Hakları Medyada Etik ve Yargı Kararları”, Küresel İletişim Dergisi, S. 2, Güz 2006., s. 3. ; Ayci, Emrullah; “İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği”, http://www.polis.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYCI.htm. Erişim Tarihi: 23.03.2009.

⁷⁵ İlkiz / Günaydın, s. 3-4.

Yine Kongre’de, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ve diğer hak ve hürriyetlerin kişiler tarafından sınırsız olarak kullanılamayacağı ikinci bölümde ifade edilmiş ve bunların kamu düzeni ve kamu menfaati ile ahenk içerisinde kullanılması gerekliliği belirtilmiştir. Bununla birlikte Kongre, kamu idarelerinin insan hak ve hürriyetlerine müdahale etmek yetkisi şeklinde anlaşılması gerektiğini, yoksa diğer kişilerin veya toplulukların böyle bir yetkisinin bulunmadığını ortaya koymuştur. Kongre, bu müdahalelerin hangi hallerde hukuka uygun olacağı konusunda AİHS’ye bağlı kalmıştır.

Kongre’de 3. kısımda “Koruma” başlığı ile özel hayata saygı gösterilmesi hakkının hukuk sistemlerindeki koruma yöntemlerinden bahsedilerek bunların kuvvetlendirilmesi ve özel tedbirlerin alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

5.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

15–27 Şubat 1967 tarihleri arasında toplanan Amerikalılar Arası Olağanüstü Konferansta imzalanan protokol gereği oluşturulan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, bu sözleşmenin metnini hazırlamış, 22 Kasım 1969’da imzalanan sözleşme 1978’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmedeki ekonomik, kültürel ve sosyal hakların eksikliği ek protokollerle giderilmeye çalışılmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki bu eksiklikleri gidermek için 17 Kasım 1988’de imzalanan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Alana İlişkin Ek Protokol” ile 8 Haziran 1990’da kabul edilen “Ölüm Cezasının Kaldırılması İçin Ek Protokoller” eklenmiştir⁷⁶.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ikinci bölümünde medeni ve siyasi hak kategorileri düzenleme altına alınmış olup, özel yaşamın gizliliği de bu bölümde 11. maddede yer almıştır. Sözleşme kapsamındaki hakların sınırı da ayrı bir madde ile belirlenmiştir. Sözleşmede yer alan maddelerin korunması amacı ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ile kurumsal koruma sağlanmak istenmiştir. Sözleşmenin 68. maddesine göre Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararları taraf devletleri bağlar, ilgili devlet mahkemelerinden verilmiş kesin hüküm gücü taşır.

⁷⁶ Gemalmaz, Mehmet Semih; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika’da İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul, 1991, s. 93 vd.

Gerekçeli olan kararlar ile mağdurun zararının giderilmesine ve haklı bir tazminata da hükmedilebilir⁷⁷.

5.6. Afrika İnsan Ve Halklarının Hakları Sözleşmesi

Afrika’da insan haklarının kurumsallaştırılması amacıyla, Birleşmiş Milletler tarafından bölgede organize edilen seminerlerden sonra bu sözleşmenin taslağının hazırlanması kararlaştırılarak, 1981’de Nairobi’de gerçekleşen toplantıda kabul edilen sözleşme 1986 Ekimi’nde yürürlüğe girmiştir. Kısaca “Afrika Şartı” olarak da ifade edilen sözleşmede insan hakları yanında kişinin görevlerine de yer verilmiştir⁷⁸.

Afrika Şartı’nda özel hayatın gizliliği ve korunması adı altında hüküm bulunmasa da, özel hayat kapsamında yer alan bilgilendirme hakkı, ailenin korunması gibi hak ve ödevlere yer verilmiştir.

Burada da denetim mekanizması iki organla sağlanmaya çalışılmıştır. Bunlar, Afrika İnsan Hakları Komisyonu ve Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansıdır. Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı’nın görev vermesi ile harekete geçen Komisyon, karar hazırlayıp tavsiyede bulunur⁷⁹.

5.7. Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi

Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi 05.05.1989 tarihinde Strazbourg’da imzaya açılmış ve 1 Mayıs 1993’de yürürlüğe girmiştir⁸⁰. Sözleşme’nin amacı, belirlenen ortak kurallar çerçevesinde taraf ülkeler arasında sınır ötesi televizyon yayınlarının serbestçe yapılabilmesine imkân sağlamaktır⁸¹.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, ayrı bir ad altında sözleşmede düzenlenmiş olmamakla birlikte “yayıncının sorumlulukları” başlıklı 7. maddede yayıncının uymak

⁷⁷ Akıllıoğlu, s. 421.

⁷⁸ Korkusuz, M. Refik; Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, Özenk Matbaacılık, İstanbul, 1998.

⁷⁹ Akıllıoğlu, s. 29 vd.; Korkusuz, s. 196 vd.

⁸⁰ Aksu, Erdal; “Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’nin 4 Eylül 2008 Tarihli Taslak Sözleşme Metninin Yayına İlişkin Değişiklik İçeren Maddelerinin İncelenmesi”, s. 1. [http:// www.hukukiboyut.com/arsiv/ d2008111233358. pdf](http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2008111233358.pdf). Erişim Tarihi: 25.12.2008.

⁸¹ TRT Basın ve Yayın Müdürlüğü; Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi, Ankara, 1993; Öngören, Gürsel; Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları, İstanbul, 1995, s. 33 vd.

zorunda olduğu hususların zımni de olsa özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına da işaret ettiği kabul görmektedir⁸². Bu maddede televizyon program hizmetlerinin sunuş ve içerik bakımından tüm unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması, edebe aykırı olmaması, pornografi içermemesi, şiddet eğilimini körüklemeyecek veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması ve kamuoyuna gerçekleri doğru olarak sunması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Sözleşmeye aykırı yayın yapılması durumunda 24, 25 ve 26. maddeler uyarınca ilgili televizyon programının yayınının durdurulması için dostane çözüm yoluyla ve hakem yoluyla çözümlere yer verilmiştir.

Türkiye bu sözleşmeyi 22.11.1993 tarihinde 93/5038 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır⁸³.

6. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

6.1. Anayasa Hukuku Alanındaki Düzenlemeler

6.1.1. 1982 Anayasasına Kadar Olan Dönem

Osmanlı Anayasalaşma sürecini Sened-i İttifaktan başlatacak olursak, bu belgede henüz birey bilincinin gelişmediğini görürüz. Ancak devam eden süreçte Gülhane Hatt-ı Hümayunu olarak da adlandırılan, Tanzimat Fermanıyla ırz, namus ve malın korunması ile kişi güvenliğinden, özel yaşama doğru somut olarak gidildiğini görmekteyiz. Devam eden süreçte Osmanlı Devletine batının etkileriyle çıkarılan, azınlıklara yönelik düzenlemeler içeren Islahat Fermanında inanç, dil, din özgürlüğü Gayrimüslim tebaaya tanınırken, doğrudan olmasa da kişilerin özel hayatının korunduğu görülmektedir⁸⁴.

1876 tarihli Kanun-i Esasi ise ilk Osmanlı-Türk Anayasası olarak, Tazminat Fermanı'ndaki geleneksel kişi özgürlüklerini somutlaştırmıştır. Uygulama dönemi kısa süren bu ilk Anayasa 1908 yılında yeniden yürürlüğe konulmuş, 1909 yılında ise bazı önemli değişiklikler yapılarak temel özgürlükler ve basın özgürlüğü tanınmıştır. Bunun

⁸² Şen, Özel Hayatın, s. 80.

⁸³ R.G: 12.12.1993, S. 21786.

⁸⁴ Üzeltürk, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 13.

yanında özel hayatın kapsamında olan, konut dokunulmazlığı hakkı Kanun-i Esasi'nin 22. maddesinde düzenlenmiştir⁸⁵.

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olarak bilinen 1921 Anayasası kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenmediği bir geçiş anayasasıdır⁸⁶. Hukukumuzda Anayasal anlamda özel hayatın korunması hakkı ile doğrudan ilişkilendirilebilecek yasal düzenlemeler ise 1924 Anayasası'yla başlamıştır. Anayasanın 70. maddesinde kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, mülk edinme, malını ve hakkını koruma, toplanma gibi haklar tabi haklardan sayılmıştır. Anayasanın 71. maddesinde “*can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur*” ifadesiyle, özel hayatla ilgili olan bu haklar koruma altına alınmış, 76. maddesinde de “*kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez...*”⁸⁷ ifadesiyle özel hayatın kapsamında olan konut dokunulmazlığı hakkı tekrar vurgulanıp, müdahalenin ancak kanun dairesinde olabileceği belirtilerek, güvence altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramına ilk defa bir temel hak olarak 1961 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde özel hayatın korunması başlığı ile 15., 16. ve 17. maddelerde geniş olarak yer verilmiştir. 1961 Anayasası'nın 15. maddesinde özel hayatın gizliliği ifade edilmiş, 16. maddesinde konut dokunulmazlığı ve 17. maddesinde de haberleşme hürriyeti ve gizliliği ele alınmıştır. Anayasa tarafından düzenlenen bu hak ve hürriyetler, aynı zamanda 1961 Anayasası'nın 14. maddesinde yer alan bireyin kişiliğini maddi ve manevi bakımdan geliştirmek hakkını içeren temel ilkenin neticesinde gerçekleşmiştir⁸⁸.

Özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 1961 Anayasası'nın 15/1. hükmünde, “*özel hayatın gizliliğine dokunulmaz*” kuralına yer verilmiştir. Bu hüküm sonucunda, kişinin özel hayat alanına başkaları tarafından karışılmasının ve özel hayatının onun istemediği kimselerce, istemediği zaman ve ölçüde algılanmasının hukuken imkânsız bulunduğunu söyleyebiliriz. Buradaki dokunulmazlığın üzerinde etkili olduğu alan, kişinin özel hayat alanıdır. Anılan maddenin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun bu

⁸⁵ Üzeltürk, s. 13.

⁸⁶ Tanör, Bülent; Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 225, 308.

⁸⁷ Yüzbaşıoğlu, Necmi; Anayasa Hukuku Temel Metinleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 23; Danışman, s. 92.

⁸⁸ Araslı, s. 127. ; Danışman, s. 92-93.

dokunulmazlığı kişinin beden bütünlüğünü, özgürlüğünü ve özel hayat alanını kapsayan bir dokunulmazlık olarak düzenlediği anlaşılmaktadır⁸⁹.

1961 Anayasası'nın 15/1. maddesinde, “*adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde, bir kimse hakkında adli kovuşturma başladığı andan itibaren özel hayatın gizliliğine dokunulmasını zorunlu kılan hallerin özel hayatın gizliliği konusundaki dokunulmazlığın sınırları dışında kalacağı anlatılmak istenmiştir. Adli kovuşturma kavramını, adli makamların yargılamaya ilişkin tahkikatların muhtelif aşamalarındaki faaliyetleri olarak tanımlamak mümkündür⁹⁰.

1961 Anayasası'nın 15., 16. ve 17. maddeleri özel hayatın gizliliğinin gerçekleşebilmesi için gerekli olan dokunulmazlıkları düzenlemiştir. 15/2. maddeye göre, kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının, bazı somut istisnai durumlar dışında onun istemediği kişilerce, belirlediği sınırlar dışında, uygun bulmadığı zaman ve biçimde algılanmasına imkân tanınmaması yoluyla somutlaştırılmıştır⁹¹. 1961 Anayasası'nın bu hükmü 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu kanunun 15/2. maddede yaptığı değişiklik ile kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyanın dokunulmazlığına getirilen istisnai alan genişletilmiştir⁹². 1961 Anayasası'ndaki bu değişikliğe göre, hâkim kararı dışında bir kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranması için emir verebilecek makamın kanunla yetkili kılınması, artık “*kamu düzeninin gerektirdiği hallerde*” değil, “*milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde*” mümkün olabilecektir⁹³.

1961 Anayasası'nın 16/1. maddesinde, “*konuta dokunulamaz*”, hükmü öngörülmüştür. Böylece kişiler tarafından uygun görülmeyen zaman ve biçimde, içerisinde hayat faaliyetlerinin geçirilmesi için seçilen ve çevreden ayrılmış yer olan konutuna dokunulmaması esası anayasal güvence altına alınmıştır. Böylece bir yerde oturan kişinin, oradaki huzuru ve emniyetinin dış müdahalelere karşı korunması hedeflenmiştir, çünkü oturulan yer o kimsenin bir “*maddi küçük dünyası*” olmaktadır⁹⁴.

⁸⁹ Araslı, s. 117.

⁹⁰ Öztürk, Kazım; T.C. Anayasası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, C. II, Ankara, 1966, s. 1296.

⁹¹ Araslı, s. 127.

⁹² Soysal, s. 127.

⁹³ Soysal, s. 126-127.

⁹⁴ Armağan, Servet; 1961 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 21.

Konut dokunulmazlığında dikkat edilmesi gereken nokta, yasaklamanın mülkiyet hakkı ile ilgisi olmadığıdır. Burada korunan hukuki yarar ikamet edenin şahsi hakları, kişi hürriyeti ve güvenliğidir. Konutta oturmaktan doğan şahsi hak kişinin şahsi emniyetinin teminat altına alınması ve huzur içinde yaşamak arzusudur⁹⁵. 16. madde ile getirilen konut dokunulmazlığı, kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı esaslarını kapsamaktadır. Her ne kadar 1961 Anayasası mutlak konut dokunulmazlığı esasını düzenlemiş ise de, 16. maddenin ikinci fıkrasına göre kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla ve milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emriyle konuta girilebilecek, arama yapılabilecek ve buradaki eşyaya el konulabilecektir.

6.1.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı ile 1961 Anayasası'na benzer, ancak daha geniş bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Anayasanın 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.

1982 Anayasası 1961 Anayasası'ndan farklı olarak özel hayat kavramı yanında aile hayatını da düzenlemiştir. Maddenin Danışma Meclisi gerekçesinde bu durum şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “*Kişinin özel hayatı, ferdi özel hayat ve ayrı bir kavram*

⁹⁵ Aldıkaçtı, Orhan; Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayınları, No: 345, İstanbul, 1978, s. 214.

ve bir bütün teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir”⁹⁶.

Bu yönü ile 1982 Anayasası’nın AİHS 8. maddede yer alan dört kavramı 20, 21 ve 22. maddelerde güvence altına aldığı görülmektedir. 21 ve 22. maddelerde aynı üst başlık altında sırasıyla konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetleri düzenlenmek suretiyle, bu hakların da özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamında oldukları belirtilmiştir⁹⁷.

Yargıtay Genel Kurulu da bu yöndeki bir kararında⁹⁸, konut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle başkasının yatak odasına giren kişinin eylemini, Anayasa güvencesi altında olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale olarak kabul etmiştir. Bu karara göre kişinin konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı içerisinde yer alan ve kişilik haklarını tamamlayan esaslardandır.

03.10.2001 tarih 4709 sayılı⁹⁹ kanunla yapılan değişiklikte 20. maddenin birinci fıkrasının *“adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.”* şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası şöyle değiştirilmiştir, *“milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça”* bu hakka müdahale edilemeyeceği, belirtilmek suretiyle Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki değişikliğin sonucu olarak, özel hayatın gizliliğine ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede tahdidi olarak gösterilmiştir¹⁰⁰. Maddenin devamında *“yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* denilerek, hakim kararı olmadan eşyaya, elkoyma gibi müdahalelerin yapılamayacağı

⁹⁶ Sezer, Ahmet Necdet; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 132.

⁹⁷ Killi, Suna / Gözübüyük, Şeref; Sened-i İttifaktan Günümüze Kadar Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2006, s. 298-299.

⁹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.06.1987, E.1986/4-961- K.1987/523.

⁹⁹ R.G., 17.10.2001-24556, S. mükerrer.

¹⁰⁰ ARI, Bülent / Aslantaş, Selim; Adalet Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007, s. 287.

belirtilmiştir. Bu düzenlemeden şu sonuç çıkmaktadır; özel hayatın gizliliği hakkına bir tecavüz oluşturan arama ve elkoyma işlemleri, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde verilen hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili makamın emriyle gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun sayılır ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmemiş olur¹⁰¹.

Burada sayılan sınırlandırmalar özel sınırlandırma nedenleridir. Anayasa'nın 13. maddesinde ise "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" başlığı altında genel sınırlandırma nedenleri sayılmıştır.

03.10.2001 günlü 709 sayılı kanunun 2. maddesi ile yapılan değişiklikten önce; *"temel hak ve hürriyetlerin devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla veya Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği"* hükmü ile çizilen sınır, bu değişiklikten sonra şu hali almıştır: *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*¹⁰².

Burada 1982 Anayasası'nın ilk halinden farklı olarak öz kriteri getirilmiş, demokratik toplum düzeninin gereklerine laik Cumhuriyetin gerekleri ilave edilmiş, ölçülülük kriteri tartışmaya yer bırakmayacak şekilde Anayasaya girmiş, yasallık ilkesinin önüne "ancak" ibaresi getirilmiş ve nihayet 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır¹⁰³.

Anayasanın 41. maddesinde "Ailenin Korunması" konusunda devlete gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma görevi verilmiştir.

¹⁰¹ Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2007, s. 337.

¹⁰² Özbudun, s. 82.

¹⁰³ Üzeltürk, s. 20; Şentuna, s. 14; Binici, s. 110; Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 102; Kapani, Münci; İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1987, s. 102; Kabaoğlu, İbrahim Ö. ; Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2005, s. 382.

Kişinin en temel haklarından olan “*maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu*”, Anayasa’nın 17. maddesinde vurgulanmış, devamında “*tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” denilmiştir. Bu hak, genel bir kişilik hakkı olarak değerlendirilebileceği gibi, bu hakkın kullanılması yönünde kişinin serbest iradesini ortaya koyabilmesi ve kendi tercihlerini savunabilmesi açısından özel hayatın kapsamında da düşünülebilmelidir.

1982 Anayasasının 90. maddesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtildiğine göre, milletlerarası antlaşmaların kanunlar gibi iç hukukumuzda geçerli olduğu tartışmasızdır¹⁰⁴. İç hukukun parçası olan AİHS’ne paralel değişikliklerin yapılması, gerek sözleşmede devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi, gerek AİHS.’nin ihlali nedeniyle açılacak davalar yönünden olumlu olmuştur.

Nitekim Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, diğer yargı organlarının kararlarında AİHM’ye atıflarda bulunduğu ve Sözleşme doğrultusunda kararlar verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği 20. maddeye aykırılık iddiasını değerlendirirken, gerekçesine AİHM’nin 8. maddesindeki hakların ihlal edilmediğini dayanak göstererek, özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği Anayasanın 20. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Batum, Süheyl; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri”, İÜHF Yayın No. 702, İstanbul, 1993, s. 32-33; Arslan, Zühtü; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No 17, 2000, s. 277-278; Soysal, Mümtaz; “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No 2, 1985, s.16–17; Çelik, Edip; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 9, 1988, Sayı 1-3, s. 50-51; Eren, Abdurrahman, “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, Erzincan, 2004, s. 74.

¹⁰⁵ Aym, E. 2003/29 - K. 2006/24, (Nakleden Başlar, Kemal; Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 41.)

6.2. Türk Ceza Kanunu Alanındaki Düzenlemeler

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, daha öncede belirttiğimiz gibi bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve hukuken korunması gerekli olan hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır. Bu hak anayasal düzeyde ve uluslararası düzeyde esaslı güvenceler altına alınmıştır. Ses ve görüntü kaydeden teknolojik araçlar ve telekomünikasyon gibi iletişim yöntemlerinin oldukça yaygınlaştığı günümüzde¹⁰⁶, kişinin özel hayatını ve diğer haklarını koruyan, kişiye karşı yapılan haksız eylemleri cezai yaptırıma bağlayan çağımıza uygun bir ceza kanununun düzenlenmesi kaçınılmaz olmuştur. Bu nedenlerden dolayı 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı kanunun¹⁰⁷ 12. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla mülga edilerek tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmış, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.

6.2.1. 765 sayılı TCK'daki Düzenlemeler

1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda, spesifik olarak özel hayatla ilgili herhangi bir hüküm yer almış değildi. Ancak özel hayatın uzantısı veya özel unsurları olarak kabul edilen, konut dokunulmazlığı ile haberleşmenin gizliliğinin ihlalleri birer suç olarak düzenlenmişlerdi¹⁰⁸. Özel hayatı ve haberleşme hürriyetini ve bunların gizliliğini ihlal eden fiiller, ETCK m. 195 ile 200 arasında "Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmişti. Buna göre, bir kimsenin mektup veya telgrafının başkası tarafından, usûl ve nizama aykırı olarak, ele geçirilmesi ve bunun muhtevasının ifşa olunması; keza, telefon ve telsiz haberleşmelerinin bozulması da, bunun bir zarar meydana getirmesi şartı ile suç olarak nitelendirilmişti¹⁰⁹. Spesifik olarak özel yaşamın gizliliğinin ihlâlî halinde ise çoğunlukla, 'hakaret' ve 'sövme' cürümlerine ilişkin düzenlemelere başvurulmaktadır. 765 sayılı Ceza Kanunun sistematığına göre, sırrın masuniyeti (özel hayatın gizliliği) esas, ne mukavele esasına

¹⁰⁶ Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, I.Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara, Şubat 2007, s. 134.

¹⁰⁷ R.G., 13.11.2005-25642.

¹⁰⁸ Danışman, s. 106.

¹⁰⁹ İmre, Zahit; Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, 1976, c. 39, S. 4, s. 152.

ne de kamu düzeni esasına dayanmaktadır. Kanun, sırrın açıklanmasını yasaklayarak, sır sahibinin özel ve kişisel menfaatini korumayı amaçlamaktaydı¹¹⁰. 765 sayılı Kanunun, 195/2. maddesiyle, telefon konuşmalarının, telgraf veya teleks haberleşmelerinin içeriğinin izinsiz öğrenilmesi fiilleri suç olarak kabul edilmişti.

1982 Anayasası 22. maddesi ile "posta dokunulmazlığı ya da özel haberleşme gizliliğini güvence altına almak " suretiyle kişi hürriyetini teminat altına almaya yönelik bu hükmü ihlal eden eylemlerin yaptırımı, ETCK m. 195'te "sırrın masuniyeti aleyhine cürümler" başlığı altında yer alan maddelerde düzenlenmişti¹¹¹.

6.2.2. 5237 sayılı TCK'daki Düzenlemeler

Yeni Türk Ceza Kanunu özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik olarak önemli düzenlemeler öngörmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 132-140 maddelerinde özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçları düzenlemiştir¹¹². Söz konusu düzenlemelerde, yukarıda belirtilen çekinceler ve hassasiyetler göz önüne alınmış ve düzenlemeler bu bağlamda yapılmıştır. YTCK, özel hayatın gizliliği hak ve hürriyetini koruyan özel hükümler ihdas etmiş ve ülkemizin bu açıdan gelişme kaydetmesinin önünü açmıştır.

Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, YTCK'nın 132–140. maddeleri arasında düzenlenen suçlarla, AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde, özel hayatın korunmasına ilişkin eksikliklerin de büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemeler Anayasamızın 20–21 ve 22. maddelerine uygun olarak yapılmıştır. Bölüm başlığında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar tabiri kullanılmıştır. Ancak buna ilişkin maddelerde, hayatın gizli alanına dair başkaca herhangi bir ibare kullanılmamıştır.

¹¹⁰ Çağlayan, Muhtar; Açıklamalı ve İtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962, s. 635.

¹¹¹ Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2002, s. 271.

¹¹² Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. ARTUÇ, Mustafa; Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.1243-1302; Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 270-291.

YTCK'nın 132. maddesinin başlığı "haberleşmenin gizliliğini ihlal" de suç, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Burada maddi unsur, failin, içindekini öğrenmek amacıyla, kendisine gönderilmiş olmayan bir haberleşme aracını (telgraf, mektup, koli, kapalı zarf...) eline geçirmesi veya telefon konuşmalarını dinlemesi suretiyle, haberleşmenin gizliliğinin ihlal etmesidir. Maddenin birinci cümlesinde düzenlenen suç, suçun temel şeklidir. Eğer bu suç, haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi suretiyle işlenirse ceza ağırlaşmaktadır. ETCK, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun işlenmesi bakımından söz konusu haberleşme araçlarını tek tek saymış iken, YTCK böyle bir sayım yolunu tercih etmeyerek, hükmün uygulama alanını geniş tutmuştur¹¹³.

YTCK'nın 132. maddesinin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi fiili cezalandırılmıştır. İfşa, sözlük anlamıyla, *herhangi gizli bir şeyi açığa çıkarma, ortaya koyma, yayma* demektir. İfşa fiili, yayımlama ve yayma gibi haberleşmenin gizliliğini bozan her türlü hareketle yapılabilir. İfşa fiilinin suç olabilmesi için mutlaka hukuka aykırı olması gerekmektedir. Kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması halinde söz konusu suçun oluşmayacağı ortadadır¹¹⁴. 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. 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. Görüldüğü üzere, birinci ve ikinci fıkra suçun faili, haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerken, üçüncü fıkradaki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan şahıstır.

¹¹³ Ülkü, Muhammet Murat ; "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>. Erişim Tarihi: 28.04.2009.

¹¹⁴ Doğan, Yusuf Hakkı ; "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>. Erişim Tarihi: 28.04.2009.

YTCK'nın 133. maddesinde, “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*”, suç olarak düzenlenmiştir. Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlâl suçunun oluşabilmesi için, iki veya daha fazla kimse arasında yapılan konuşmalardan, taraflardan birinin rızası hilafına, bir aletle dinlemek, bunları bir ses alma cihazı ile kaydetmek, bunları basın yayın yoluyla yayınlamak şeklindeki seçimlik hareketlerle işlenen suçlardır. Suçun oluşması için, örneğin gizli bir mikrofonla dinlenmesi yeterlidir. Ayrıca kaydedilmesi zorunlu değildir. Yine bunları bir ses cihazına kaydetmek durumunda bunları ayrıca dinlemek gerekmez. Burada taraflardan birinin rızasının olması suçun oluşmasını önlemez. Çünkü madde metninde, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın denilmekle, tüm tarafların rızası olduğu takdirde suç oluşmayacaktır. *Aleni olmayan söyleşinin ve diğer konuşmaların rıza olmadan ses alma cihazıyla kayda alınması* suçunda maddi unsur, aleni olmayan bir söyleşinin ve sohbetin ve diğer konuşmaların, konuşanlardan birinin rızası hilafına ses alma cihazıyla kayda alma, bunları basın yayın yoluyla yayınlamaktır. Bu suçun oluşabilmesi için söyleşinin aleni olmaması gerekir. Eğer söyleşi veya konuşma aleniyse suç oluşmaz. Buradaki ses alma cihazı, hem ses hem de görüntü alabilen cihazları kapsamaktadır. *Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlâl suçu*; aleni olmayan söyleşinin ve diğer konuşmaların, rıza olmadan ses alma cihazıyla kayda alınması suçlarında elde edilen bilgilerin, yarar sağlamak amacıyla kullanmak veya başkalarına vermek veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek durumunda oluşur. Seçimlik hareketli suçtur. Bir hareketin yapılmasıyla suç oluşur¹¹⁵.

YTCK'nın 134. maddesinde *özel hayatın gizliliğini ihlâl* suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme Anayasa ve AİHS' nin 8. maddesi hükümleri göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç olarak sayılmıştır. Bireylerin gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin bir kimsenin evinin gizlice gözetlenmesi bu kapsamda değerlendirilebilir¹¹⁶.

¹¹⁵ Ülkü, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150>.

¹¹⁶ Doğan, Özel Hayata, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçunda hukuka aykırı olarak elde edilen, kişinin özel hayatına ait görüntü ve seslerin yayılmasıyla yetkisiz kişilerce öğrenmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu suçun oluşması için ifşanın hukuka aykırı olması gerekmektedir. Örneğin, özel hayata ilişkin kayıtların savcılık ve mahkemeye verilmesi, duruşmada dinlenilmesi, gösterilmesi halinde suç oluşmayacaktır.

Özel hayata ilişkin görüntü ve ses dışındaki bir hususun ifşa edilmesi halinde ise YTCK'nın 134/1 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşur. Kanunun 135. maddesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini suç olarak düzenlemiştir. YTCK'da kişisel verinin tanımı yapılmamıştır. 135. maddenin gerekçesine kişisel veri, "gerçek kişilerle ilgili her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Belirli ya da kimliği belirlenebilir bir kişiye ait bütün veriler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu bilgilerin, amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Eğer sözü edilen kayıtlar hukuka aykırı olarak kayda alınmış ise bu suç oluşacaktır. Kişinin rızası, bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedenidir. Ayrıca, çeşitli kanun hükümleri uyarınca, bazı kamu kurumları tarafından verilen kamu hizmetinin bir gereği olarak, belirli nitelikteki kişisel verilerin, kanuna uygun şekilde kayda alınması halinde de, söz konusu suç oluşmayacaktır. Bu suç açısından, kişisel verilerin kâğıt üzerinde ya da bilgisayar ortamında kayıt altına alınması arasında bir ayırım söz konusu değildir. Almanya gibi, kişisel verilere hukuka aykırı müdahaleler için ceza yaptırımı öngören sistemler olduğu gibi, Fransa ve İsviçre'de olduğu gibi ceza öngörmeyen sadece idari yaptırım ve tazminat öngören sistemler de vardır. Bu yasa maddesi ile bizde getirilen sistem de, kişisel verilerin korunması konusunda ceza yaptırımının öngörülmesidir. Bu suçun ihdası ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalayarak taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine de geçerlilik tanınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. İkinci fıkrada sayılan bu haller, kişisel verilerin ihlalinin nitelikli halleri olarak sayılmasına

rağmen, ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmemiş olması çelişki olarak değerlendirilebilir. Görüldüğü gibi, bundan böyle bir takım kurum ve kuruluşlar tarafından kişilerin sanatçı ruhlu, avrupa birlikçi, göçmen, ikinci cumhuriyetçi gibi sınıflandırılmaları amacıyla bilgi ve veri toplanılması açık bir şekilde suç teşkil edecektir¹¹⁷.

YTCK'nın 136. maddesinde ise, *kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi* suçu düzenlenmiştir. Bu maddede hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketin bir tanesinin yapılması yeterlidir. Seçimlik hareketin birden fazla olması veya hepsinin birden olması tek bir suç oluşturur. YTCK m. 136'da hukuka uygunluk sebepleri her ne kadar maddede öngörülme de vardır. (örneğin Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu). YTCK m. 26'da düzenlenen bir hakkın kullanılması çerçevesinde gazetecilik mesleğinin icrası bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilir. Kişisel verilerin korunması kanunu tasarısının 14. maddesinde, kişisel verilerin kamu yararı sebebiyle kaydedilebileceğine dair bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. YTCK'da esas itibariyle basına getirilen kısıtlamalar, bu maddedeki düzenlemenin devreye girmesiyle hafifleyecektir. 136. madde düzenlemesine göre, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına veren, yayan ele geçiren kişi 1 yıldan 4 yıla kadar cezalandırabilecektir.

Kişisel verilerin kaydedildikleri veri kütüklerinden bilgilerin aktarılması söz konusu olabilir. Örneğin, internet üzerinde işlenen suçların faili, bu işlemleri rahatlıkla yapabilmektedir. Bunların delillendirilmesi kolay değildir, hele hele sınır aşan bir durum varsa, bunu ispatlamak daha da zordur. Bu nedenle, kanundaki vermek, yaymak, ele geçirmek fiillerinin, nasıl ve hangi durumlarda hukuka aykırı olacağı konusunda düzenleme yapılması zorunludur.

YTCK m.138'de, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın, verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların, bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde uygulanacak ceza belirlenmiştir. Burada, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Kanunların belirlediği sürelerin

¹¹⁷ Ülkü, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150>.

geçmiş olmasına karşın, verileri yok etmek için görevli olanlar görevlerini yerine getirmemeleri halinde cezalandırılacaklardır. Telefon dinleme kayıtları belirli bir süre tutulacaktır. Bu süre sonucunda, suç unsuru oluşturmayan şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya CMK m. 135/1 gereğince hâkim onayının alınmaması veya CMK m. 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 değerlendirilir¹¹⁸. Bu suçta, diğer suçların aksine ağırlaştırıcı sebepler öngörülmemiştir.

YTCK m. 132–138 arasında yer alan özel hayatta ve hayatın gizliliği alanına karşı işlenen suçlarda genel olarak soruşturma ve kovuşturma şikâyeteye bağlı tutulmuştur. Bu suçlar aynı zamanda uzlaşma kapsamında yer almaktadır. Ancak burada düzenlenen;

- 1- Kişisel verilerin kaydedilmesi (m.135)
- 2- Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m.136)
- 3- Verileri yok etmeme (m. 138)

suçları şikâyeteye bağlı değildir. Re'sen kovuşturmaya tabî suçlardandır. Bu suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması 140. maddede düzenlenmiştir. Eğer bu suçlar tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenmişse tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Örneğin, telekulak işi yapan bir şirketin faaliyet izni iptal edilebilir. (YTCK m. 60) Yine bu suçta kullanılan suç aletlerinin ve kazançların müsaderesine de karar verilebilir (YTCK m. 54,55).

YTCK'nın, kişinin özel hayatının gizliliğini koruyan hükümleri bu sayılanlardan ibaret değildir. Kanunun, hürriyet aleyhine işlenen suçlar bahsinde düzenlediği 124. maddesinde, *haberleşmenin engellenmesi suçunu* da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. 124. madde, kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halini suç saymış, suçun işlenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası öngörmüştür. İfade edelim ki, cezaevinde cezası infaz edilen bir hükümlünün haberleşmesinde olduğu gibi, haberleşme hürriyetine bir kamu görevinin

¹¹⁸ Gökçen, Ahmet; “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm. Erişim Tarihi: 21.01.2009.

gereği olarak sınırlama getirilmesi hâllerinde, fiil hukuka uygun olduğu için, söz konusu suç oluşmayacaktır¹¹⁹.

Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kuruluşları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkarda, basın yayın organlarının yayınının hukuka aykırı olarak engellenmesi suçu düzenlenmiştir.

YTCK m. 120’de *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 oluşturmaktadır¹²⁰. 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 YTCK’ nın 116 ve 119. maddeleri çerçevesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılacaktır. Bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹²¹. Ayrıca, hukuka aykırı olarak yapılan arama neticesinde elde edilen delil, CMK 206/2-a maddesi gereğince mahkemede delil olarak kullanılamayacaktır¹²².

YTCK’nın 116. maddesinde *Konut Dokunulmazlığının İhlali* suçu düzenlenmiştir. “*Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine, rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*”

Ceza hukuku bakımından konut, kısaca, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer olarak tanımlanabilir¹²³. YTCK’nın 116. maddesinde konutun eklentilerine rızaya aykırı olarak girilmesi veya rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı

¹¹⁹ Gökçen, “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm

¹²⁰ Gökçen, “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm; Şafak Ali / Bıçak Vahit; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, İstanbul, Ağustos, 2005, s. 173; EROL, Haydar; Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2005, s. 634.

¹²¹ Gökçen, “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm.

¹²² Şafak / Bıçak, s. 174.

¹²³ Şafak / Bıçak, s. 168.

olarak çıkılmaması konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturacaktır¹²⁴. Bu şekilde bir düzenleme ile YTCK, 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 edilebilecektir¹²⁵.

YTCK'nın 116. maddesinin 2. fıkrasında yeni bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

ETCK'nın 193. maddesinde yer alan suçun oluşması bakımından rıza hilafına konuta veya eklentilerine girmek veya rıza hilafına çıkmamak gereklidir. Ancak söz konusu maddede, rızanın kim tarafından açıklanacağı hususuna yer verilmiş değildir. YTCK'nın 116. maddesi ile evlilik birliği içinde aile bireylerinden birinin, müşterek kullanılan konutlarda, bu konutu kullananlardan birinin rıza beyan edebileceği ifade edilerek konuya açıklık getirilmiştir. Rızanın açıklanması halinde fiil hukuka uygun olduğundan söz konusu suç oluşmayacaktır. Konuta girişin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, rıza beyanı meşru bir amaca yönelik olmalıdır. Örneğin, konuttaki teknik bir arızanın giderilmesi için diğerinin bilgisi olmaksızın eşlerden birinin tamircinin konuta girmesine rıza göstermesi halinde bu rıza geçerlidir. Ancak eşlerden birinin bir başkasını zina yapmak üzere konuta kabul etmesi halinde, rıza hukuka uygun olmayacak ve konut dokunulmazlığını ihlâl suçu gerçekleşecektir¹²⁶.

YTCK ile getirilen bir başka yeni düzenleme 116. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; *"birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında islenmesi hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur"*. Bu husus ETCK'da yer almamakla birlikte "Memurun Konut Dokunulmazlığı Suçunu" düzenleyen 194. maddede memurların efradın ticaretgâhları veya idarehaneleri gibi

¹²⁴ Erol, Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 602.

¹²⁵ Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm.

¹²⁶ Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm.

hususî mahaller usulsüz olarak araştırılırsa, failin cezalandırılacağı hükmü bulunmaktaydı. Maddenin gerekçesinde de görüldüğü üzere, burada konut dokunulmazlığından ayrı bir suç bulunmaktadır. 116. maddenin 1. fıkrasında tanımlanan fiillerin, rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde fail cezalandırılacaktır¹²⁷.

YTCK'nın 119. maddesinde konut dokunulmazlığını ihlali suçunun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir.

YTCK'nın, özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hak ve hürriyeti ile ilgili bir diğer hükmü de, Kanun'un 285. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlalini suç olarak hükme bağlandıktan sonra, aslında suçsuzluk karinesi bakımından çok önemli olmasının yanında, 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. Söz konusu maddenin 765 sayılı kanunda karşılığı yoktur. Bununla birlikte, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma veya nakletme fiilleri açısından da cezai hüküm öngörmüştür. Kanunun 286. maddesinde düzenlenen suçun özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hakkının korunması bakımından da önemli olduğu ortadadır¹²⁸.

YTCK'nın, 287. maddesinde, yetkili hâkim veya savcı kararı olmaksızın, bir kimsenin genital muayeneye gönderilmesi veya muayenenin yapılması da suç sayılmıştır. Buna göre, bu fiili işleyenler cezalandırılacaktır. Bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ve bunun için gerekli ortamın sağlanması devletin görevlerinden birisidir. Maddi ve manevi bütünlük, aynı zamanda özel hayatın bir parçasıdır. Dolayısıyla hükmün özel hayatın korunması açısından da değerlendirilmesi mümkündür.

¹²⁷ Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm.

¹²⁸ Özdemir, Kenan; "Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", AD, Y. 97, S. 23, Ankara, 2005, s. 12.

6.3. Ceza Muhakemeleri Kanunu Alanındaki Düzenlemeler

6.3.1. Genel Olarak

Suç işleyen kişilerin de, suç işlemek veya işlenmiş olan suçlara ait izleri gizlemek için, teknolojinin sunmuş olduğu telefon ve benzeri araçlardan yararlandıkları bir gerçektir. 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 mantıklıdır. Bu aynı zamanda, amacı hukuki güvenliği sağlamak olan hukuk devletinin de bir gereğidir. Fakat kişinin haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi temel anayasal haklarına müdahale teşkil eden telefon ile yapılan haberleşmenin denetlenebilmesi için kanuni düzenlemelerle, koşulları ve sınırlarının belirlenmesi gereklidir¹²⁹.

Hayatın gizli alanı; hayatın sadece bireyi ilgilendiren ve ondan başkasının bilemeyeceği kısmı olarak tanımlandığı ve mutlak olarak korunduğu, bu nedenlerle, hayatın gizli alanı ile ilgili delillerin yargılamada delil olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre, örneğin suç teşkil etmemek şartıyla kişinin cinsel yaşamı yalnızca kendisini ilgilendirdiğinden, yargılamada bu hususlarla ilgili olarak kişiye herhangi bir soru sorulamayacak, keza bu hususta herhangi bir araştırma yapılamayacaktır. Aynı şekilde, kişinin dini düşüncesi ile belli bir konuda ne gibi bir düşünceye sahip olduğu da bireyin yaşamının gizli alanına ait olduğundan bu hususlar yargılama konusu olamayacak, delil olarak değerlendirilemeyecektir. Özel hayat ise, herkesin değil, yalnızca insanın yakınları tarafından bilinen yahut bilinebilen hayat alanı olarak tanımlanmıştır. Hayatın gizli alanından farklı olarak, özel hayatın nispi bir korumaya mazhar olduğu, özel hayat ile ilgili olarak elde edilen delillerin değerlendirilip, değerlendirilmemesinin anayasa ve kanunlar çerçevesinde kamu yararı ve orantılılık ilkesi nazara alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de, özel hayatlarına ilişkin olarak, yakınlarıyla yaptığı konuşmaların, sırların başkalarının dinlenilmesi suretiyle öğrenildiğini bilen bireylerden kurulu bir toplumun çehresi değişir. Böylece ürkek, korkak ve kendini özgür

¹²⁹ Kaymaz Şeydi; “Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi” İBD, C. 70, S. 10-11-12, İstanbul, 1996, s. 796; Erdem M. Ruhan / Özbek V. Özer; “4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, DÜHFY, Seyfullah Edis Armağanı, İzmir, 2000, s. 121.

hissetmeyen esir insanlardan kurulu bir topluma dönüşebilir. Böyle bir sonucu önlemek hukuki esas ve kuralları tespit etmek ve gerekli hukuki tedbirleri almak zorunludur¹³⁰.

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, bir takım faaliyet ve işlemlerin icra edilmesini gerektirmektedir. Söz konusu muhakeme işlemleri, çoğu zaman bireyin en temel hak ve hürriyetlerini sınırlayıcı tedbirlerin alınmasını öngören işlemleri gerektirmektedir. Örneğin, tutuklama bir yargılama tedbiridir. Tutuklanan kişinin serbest hareket özgürlüğü, güvenlik hakkı, seyahat özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. Yine, arama da bir yargılama önlemi işlemi niteliğindedir. Kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri üzerindeki hâkimiyeti arama işlemi nedeniyle, onun rızası olmasa da, belli bir zaman aralığında kaldırılmaktadır. Bu bağlamda arama, kişinin, özel hayatının gizliliği hakkını, konut dokunulmazlığı hakkını ihlal edici bir mahiyet arz eder. 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, nerede ve nasıl yapılabileceği konusundaki düzenlemeler esas itibarıyla 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir.

CMK'nın 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 hususları düzenleyen hükümler, kişinin özel yaşamına ve özel yaşamın 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 çalışılmaktadır¹³¹. Buna kısaca sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de denilebilir.

¹³⁰ İmre, Şahsın Özel Hayatı, s. 150.

¹³¹ Şen, Ersan; "Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim Olması Gerekli İlke ve Esaslar", Polis Dergisi, S. 36, Ankara, 2003, s. 238.

Haberleşme hürriyetine müdahaleye, hangi şekilde olursa olsun hukuka uygunluk kazandırılmak istendiğinde, esas olan, hâkimden izin kararı çıkartabilmektir. Kanun koyucu, buna bir istisna getirmiştir; o da, somut durumda gecikmesinde zarar umulan hallerde cumhuriyet savcısının sahip olduğu yetkidir. Fakat bu yetkide de, el konulan belgelerin incelenmeksizin hâkime sunulması gerekmektedir. Aynı şekilde, telefon kayıtlarına ve buralardaki bilgilere ulaşmak hususunda adli kolluğun, hâkimden karar elde etmesi, eğer somut olarak gecikmesinde zarar umulan bir hal bulunmakta ise, bu durumda elde ettiği kayıtları incelemeksizin hâkimin bilgisine sunması ve hâkimin izin vermesi halinde delil toplayabilmesi mümkün görülmelidir¹³².

Temel hak ve özgürlük niteliğindeki hakların, kanun koyucu tarafından ancak, demokratik bir toplumda duyulan somut zorunluluklara uyumlu ve gerekli olan böyle bir amaçla ve yasayla kapsamı belirtilip "ölçülülük ilkesi" doğrultusunda belirli bir takım sınırlamalar getirilebilmesi mümkündür. Böylelikle, keyfiliğe mahal vermeyecek şekilde kişilerin haberleşme özgürlüğü, özel hayatı ve bunların gizliliği güvence altına alınmak istenmiştir. Ayrıca her hakkın bir öz, bir çekirdek alan içerdiğini varsayan "öze dokunma yasağı" ilkesini de burada orantılılık ilkesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bir hak ve özgürlük, güvence altına aldığı yaşam alanının her kesitini aynı yoğunlukta korumaz. Birbiri içine geçmiş iki daire örneğiyle betimlemek gerekirse, içerde kalan daire söz konusu hakkın vazgeçilmez unsurlarını içerir. Bu unsurlara dokunmak, o hakkı yok etmek demektir. Hakkın varlık nedenini oluşturan bu çekirdek kısım da az korunmuş unsurlarla çevrelenmiştir. Nitekim AİHM de, "insan haklarının sınırlandırılması için sözleşmenin aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olması" nı aramaktadır¹³³. Dolayısıyla yetkili makamlara tanınan müdahale hak ve yetkisinin sınırını, boyutlarını ve uygulanış şeklini yasa yeterince açık bir şekilde çizmelidir ki, yetkili makamların, AİHS m. 8'de yer alan meşru amaçların varlığını bahane ederek vuku bulacak mesnetsiz, hukuka aykırı tecavüzlerine karşı, kişi hak ve özgürlükleri korunabilsin. Bu bakımdan dinleme tedbirine başvurulma şartları, tereddüde ve geniş olarak yorumlamaya imkân vermeyecek nitelikte açıkça teşhis edilebilir olmalıdır¹³⁴.

¹³² Şen, Türk Ceza Yargılaması, s. 239.

¹³³ Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, 2000, s. 609.

¹³⁴ Kunter / Yenisey, s. 692.

6.3.2. Haberleşmenin Gizliliği ve Gizliliğin İhlali

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimden anlaşılması gereken telefon, teleks, telefaks, telsiz ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller ile yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin denetlemesi ve araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ile burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesidir¹³⁵.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini ifade etmektedir. İletişimi sağlayan araçlar çok geniş ve çağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif ekipmanlar olup, telefon, faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçlardır. Bunların sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü ve sesleri dinlenmekte ve tespit edilmektedir¹³⁶.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ceza muhakemesi dışında önleyici amaçla ve istihbarat amacıyla 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 söylenebilir¹³⁷.

6.3.3. Arama ve El koyma

Özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşıyan önemli hususlardan olan arama ve elkoyma tedbirleri, CMK’da dördüncü kısım, dördüncü bölümde 116-134’üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken 2001 yılında, 4709 sayılı Kanunla Anayasa’da yapılan değişikliklerin esas alındığı görülmektedir. Bu bağlamda CMK’nın ilk kabul edilen şeklinde, 119. maddede, aramanın hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapabileceği hükme bağlanmış, ayrıca arama karar veya emrinde

¹³⁵ Malkoç, İsmail / Yüksektepe, Mert; Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, 2005, s. 370.

¹³⁶ Doğan, Yusuf Hakkı; “Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>. Erişim Tarihi: 28.04.2009.

¹³⁷ Doğan, Gizli Ceza Muhakemesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>.

nelerin bulunması gerektiği de gösterilmek suretiyle bu işlemlerin bir disiplin altına alınması amaçlanmıştır. 5353 sayılı Kanunla söz konusu maddede yapılan değişiklikler; cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle de arama yapılabileceği belirtilmiştir; ancak, konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar bundan istisna tutulmuştur. Ayrıca, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçlarının cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilmesi öngörülmüştür¹³⁸. Bunun yanında avukat bürolarında arama hususunda ayrı düzenlemeye gidilerek aramanın ancak mahkeme kararıyla, cumhuriyet savcısının denetiminde yapılabileceği belirtilmiştir (m. 130).

Delil olarak değerlendirilen eşya, yanında bulunduran kişi tarafından rızasıyla verilmez ise bu eşyaya elkoyulur (m. 123/2). İspat vasıtalarından olup da ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına “elkoyma” denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “muhafaza altına alma” olarak adlandırılmaktadır¹³⁹. Postada elkoyma işlemi ise posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilerden, ispata yarayacak nitelikte olanların adliyenin elinin altına alınmasıdır. Bu işlem niteliği bakımından haberleşme özgürlüğüne bir sınırlama ve gizliliğe bir müdahaledir¹⁴⁰. Bu tedbir ancak hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla başvurulabilir (m. 129).

Kanunun, arama ve elkoymaya ilişkin bölümünde; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma ile sadece belirli suçlar bakımından olmak üzere, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma konuları da düzenlenmiştir; bunların uygulanması bakımından da hâkim kararı aranmıştır.

¹³⁸ Öztürk, Bahri / Erdem M. Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 535-542.

¹³⁹ Çokmutlu, Metin; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi, 2007, s. 34.

¹⁴⁰ Ölmez, Aslan; “Postada Elkoyma”, AD., S. 32, Ankara, Eylül 2008, s. 84.

6.3.4. Gizli Soruşturmacı

Gizli soruşturmacı kavramı ile kışkırtıcı ajan birbirine karıştırılmaktadır. Ancak bu ikisi birbirinden farklı kavramlardır. CMK, kışkırtıcı ajan uygulamasını kabul etmemiş, ancak gizli soruşturmacı uygulamasını kabul ederek 139 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. Kışkırtıcı ajanın, bir kimseyi suça sevk etmesinin sebebinin, doğrudan doğruya suçtan doğan neticeyi istemek değil, suçun dışında kalan bazı çıkarları istemesinden ibarettir. Bu husus dikkate alındığında, esas olarak, işlediği suçun neticesini isteyen kışkırtıcı ajanın azmettireninden farklı olduğu söylenebilir. Ancak suça yabancı bu çıkarların elde edilmesi, suçun neticesinin gerçekleşmesine bağlı bulunduğu hatırlanacak olursa, kışkırtıcı ajanın suçun neticesini hiç istemediğini savunmak zorlaşır. Kışkırtıcı ajanın suça sevk edici hareketleri neticesinde suç işlenmiştir. Ve eğer suçu bu etkiyle işleyenin kafasında daha önceden bu suçu işleme düşüncesi yokken bu yapılmışsa, kışkırtıcı ajan azmettirmeden sorumlu tutulur.

Gizli soruşturmacı ise, hiçbir zaman ne asli ne de feri faildir. Gizli soruşturmacı, sadece girdiği suç örgütünün sınırları içerisinde kalarak, organizasyonun zaten işlemekte olduğu suça iştirak edebilir¹⁴¹. Gizli soruşturmacı hâkim kararıyla görevlendirilir. Gizli soruşturmacı kamu görevlisi olmalıdır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi hakkındaki karar ve diğer belgeler, cumhuriyet başsavcılığınca muhafaza edilir. Görev sona ermesinden sonra da bu bilgiler gizli tutulur¹⁴².

Gizli soruşturmacı hâkim kararı aranmaksızın da görevlendirilebilir. Ancak cumhuriyet savcısının kararı bu işlemin geçerli olması için şarttır. Zira 139/3. maddede gizli görevliyle ilgili karar ve belgeler cumhuriyet başsavcılığınca saklı tutulur hükmü yer almaktadır. Bu durumda hâkime başvurulmadan gizli görevli görevlendirilmesi mümkündür. Bunun sonucu olarak da; gizli soruşturmacı görevlendirmede hâkim onayı aranmamıştır.

CMK m. 139/3'deki düzenlemede gizli soruşturmacının, ancak örgütlü suçlarda veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira

¹⁴¹ Öztürk, Bahri; Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara, 1995, s. 82.

¹⁴² Centel, Nur / Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, 2005, s. 322, Erol, Haydar; Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Usulü, Baskı Yeri Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006, s. 272.

m. 139/3'de gizli soruşturmacının görevleri sayılırken örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak olarak belirtilmiştir. Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

Soruşturmacı görevlerini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgüt tarafından işlenen suçlardan sorumlu tutulamaz. Bu yolla elde edilen kişisel bilgiler, bir başka soruşturma veya kovuşturmada kullanılamaz¹⁴³.

Diğer gizli koruma tedbirlerinin aksine, gizli soruşturmacı görevlendirmesinde herhangi bir süre kısıtlaması getirilmemiştir. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla oldukça amaca uygun bir düzenlemedir. Tüm bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuç, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması ile özel hayatının gizliliği hak ve hürriyeti ihlal edilmektedir. Ancak söz konusu işlem, anayasal çerçevede yapıldığında, hukuka uygun hale gelmektedir.

6.3.5. Teknik Araçlarla Takip

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 uygulanmaz¹⁴⁴.

Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört hafta için verilebilir. Bu süre bir defa uzatılabilir. Yani teknik araçlarla izleme en fazla sekiz hafta yapılabilir. Diğer tekniklerde olduğu gibi amaca bağlılık kuralı geçerlidir. Hangi suç nedeniyle alınmış ise o suçların aydınlatılması amacıyla kullanılabilir. Elde edilen bilgi, ses ve görüntüler

¹⁴³ Şafak / Bıçak, s. 260.

¹⁴⁴ Centel / Zafer, s. 325, Erol, Adli Yargı, s. 273.

ceza soruşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde cumhuriyet savcısı gözetiminde derhal yok edilir. Burada herhangi bir süre öngörülmemiştir. Burada da, özel hayatın sır alanı ve özel hayat alanına nazaran, daha dar kapsamlı olarak korunan, hayatın genel alanı izlemeye tabi tutulmaktadır.

6.3.6. Telefon Dinleme

6.3.6.1. Telefon Dinlemenin Dayanağı

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkânının olmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içerisinde verir. Yirmi dört saatlik süre dolmuşsa veya hâkim kararını aksi yönde vermişse, söz konusu tedbir cumhuriyet savcısı 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. Cumhuriyet savcısı, belirlenen sürede kararını hâkim onayına sunacaktır. Bu süre zarfında elde edilen bilgiler onay aşamasına kadar delil olarak değerlendirilememesi gerekecektir¹⁴⁵.

6.3.6.2. İdari Aşamada ve Adli Aşamada Telefon Dinleme

Teknik araçlar kullanılarak yapılan ceza soruşturması koruma tedbirlerinin, uygulanmasının kapsamı ülkeden ülkeye farklıdır. Almanya'da teknik araçlarla şüphelilerin denetiminin özel mekânlarda yapılması kabul edilmediği halde, İngiltere ve ABD'de bu mümkün olmaktadır. Almanya'da, organize suçlulukla mücadele çerçevesinde, 1992 yılında yapılan değişikliklere kadar, konut dışında yapılan özel konuşmaların dahi gizlice dinlenebilmesi kabul edilmiyordu. Ancak, değişiklikten sonra sınırlı sayıdaki suçlara ilişkin olarak bu özel tedbirlere başvurulabileceği belirtilerek, özel mekân dışında görüntü veya ses alınması, telefon dinlemenin mümkün olması kabul edilmişti. Böylelikle, mesela, bir parkta çok özel konuşmalar dinlenip kayda alınabilecektir. Almanya'da geniş anlamda konutta gizli dinleme veya görüntüleme

¹⁴⁵ Malkoç / Yüksektepe, s. 373.

yapılması kabul edilmemiştir. 1992 yılında yapılan değişikliklerle bu mümkün hale getirilmiş, ancak bu husus, şiddetli şekilde eleştirildiğinden yasa tasarısına bu değişiklikler alınamamıştır. Organize suçluluğun tehlikeli boyutlara ulaşması üzerine ceza yargılaması amacıyla ve kamu güvenliğine yönelik tehlikeyi önlemek için çok sıkı şartlarda akustik gözetlemeye olanak tanınmıştır. 1412 sayılı ceza usul yasamızda telefon dinlemeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı ve uygulamada CMUK 91. maddesindeki hüküm kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle telefon dinleme tedbirine başvurulmaktaydı¹⁴⁶.

6.3.6.2.1. Suç İşlenmeden Önce Telefon Dinleme

Suç işlemeden önce, suç işlemini önlemek amacıyla devletin, kolluk mekanizması aracılığıyla yaptığı faaliyetler *önleyici kolluk hizmeti* olarak adlandırılmaktadır. Kişilerin telefonları ile yaptıkları görüşmelerin içerikleri, kimlerle ve hangi numaralı telefonlarla yaptığı; herhangi bir ayırım yapılmaksızın (mesken, iş yeri, araç yahut son zamanlarda hızla yaygınlaşan cep telefonu) görüşmeleri, haberleşmeleri, yazışmaları ve mesaj alışverişinde bulunmaları, aralarına bazı teknik vasıtalar koyarak başkalarının müdahalesine kapatılmış ve bir insan hak ve özgürlüğü olarak "gizlilik" esası içinde hukuksal korunmaya alınmıştır.

Keyfi yapılan veya yasal çerçevede öngörülün hükümleri aşan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle hukuka aykırı olması ve eylemi gerçekleştirenler hakkında da gerekli yasal prosedüre başvurulması için bu eylemin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira "hukuk devleti" ilkesi, insan hak ve hürriyetlerinin devlet tarafından korunması, gözetilmesi ve o devletin izlediği sistemin insan haklarına dayalı olmasını kapsamaması yanında, insan hak ve hürriyetine yapılacak müdahalelerin keyfi veya aşırı olmasını engelleyecek gerekli tedbirleri de alır. Ceza usul hukuku açısından ele alındığında telefon dinlemenin hukuki niteliği, bir koruma tedbiridir¹⁴⁷.

Ulusal güvenliğin sağlanması, kamu düzeninin korunması, suç ve suçlulukla mücadele sağlanarak, bireylerin toplum içinde huzur ve emin bir biçimde yaşamasını sağlamak

¹⁴⁶ Şen, Ersan; "Gizli Görüntüleme Fiillerin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", İBD, C. 68, S. 7-8-9, İstanbul, 1993, s. 507.

¹⁴⁷ Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1.

devletin görevidir. Bu nedenlerle idari amaçlı dinleme; ancak kamu düzenini korumak, güvenliği sağlamak ve suç işlenmesini önlemek gibi amaçlarla yapılabilir.

6.3.6.2.2. Adli Aşamada Telefon Dinleme

Bir suç işledikten sonra, kanunen yetkili kimselerce kanunda belirtilen işlemlerin yapıldığı devre adli aşama olarak adlandırılır. Adli soruşturma aşaması, cumhuriyet savcısının emir talimat ve işlemleriyle şekillenen devredir. Bununla birlikte, 5271 sayılı Yeni CMK ile, hâkim ve mahkemelerin yetkilerinin de adli aşamada, önemli derecede artırıldığını belirtmek gerekir. Adli soruşturma amacıyla, telefonların gizlice dinlenmesi suretiyle elde edilen delillerin mahkemede kullanılmasının hukukiliği tartışma konusu olduğu gibi; ses kaydeden ve sesin kaydedildiği aygıtların güvenilirliği de tartışılmıştır. Yargı sistemi açısından bir manyetik kasetin içinde geçen konuşmalar, söylenen sözler ve bu sözlerin kime ait olduğu çok önemlidir. Bu kasetlerin çözümünü yapacak inceleme laboratuvarı açısından da, bu sözlerin söyleniş biçimleri, ses tonu ve diğer belirleyici farklar belirleyicilik açısından oldukça önemlidir. Bir ses kaseti ya da görüntü kasetinin ses kanalı, akustik bileşimler, ön ve geri plan sesleri ve çeşitli konuşmalar içerir. Bunlar, manyetik alan değişimleri ile kasette oluşan, olaydan arta kalan izlerdir. Gelişen teknoloji ile birlikte bu izlerden kasetin kurgu olup olmadığının tespiti, konuşmaların yazdırılması, sözlerin kişileştirilmesi, seslerin iç karşılaştırma yoluyla isimlendirilmesi mümkündür¹⁴⁸. Her ne kadar, bu tekniklerle sözlerin kişileştirilmesi ya da seslerin isimlendirilmesi mümkün ise de, bu aygıtlarda her türlü değişiklik yapılabilir. Hatta bu değişiklikler çok profesyonel bir biçimde yapıldığında gerçeğinden ayırt edilemeyecek niteliktedir. Bu özellikleri sebebiyle ses kasetlerinin hukukiliğinden çok, teknik yetersizlikleri öne çıkarılmıştır. Nitekim ses kasetleri montaja da oldukça elverişlidir. Bunun doğal sonucu olarak da kaydedilen seslerin parmak izi kesinliğinde kime ait olduğu saptanamamaktadır¹⁴⁹. Adli aşama, iki safhadan oluşur. Biricisi soruşturma, ikincisi kovuşturma aşamasıdır. Konuyu, bu bağlamda ikili bir ayırım çerçevesinde açmak uygun olacaktır.

¹⁴⁸ Dönmezer, Sulhi; Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla kabul edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000, s. 537 vd.

¹⁴⁹ Coşkun, Enis; Küresel Gözaltı: Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, 1. Baskı, Ümit Yayınları, Ankara, 2000, s. 50.

Soruşturma safhasında, ilk belirtmemiz gereken husus, bu tedbire başvurmak için, başka türlü delil elde etme imkânı bulunamaması beklentisinin olması yeterlidir. Yani suçun işlendiğinde başka türlü delil elde etme imkânının bulunmaması olayında beklenti varsayımı yeterlidir¹⁵⁰. Hâkimin iletişimin tespiti için uygun olduğuna dair karar vermesi halinde, teknik araçlarla kişilerin en özel anları, konuşmaları, davranışları tespit edilip kayıt altına alınabilir. Tespit kararında yüklenen suç, tedbir uygulanacak kişinin kimliği, tespiti konu iletişim aracının türü, telefonun numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Tespit kararının ne kadar bir süreyle yapılacağı kanunda belirlenmiştir. Tespit en çok üç ay için yapılabilir. Bu süre bir defa daha uzatılabilir¹⁵¹. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere, bu sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir¹⁵².

Şüphelinin kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti suretiyle şüpheli veya sanığın yakalanması durumu yukarıdaki durumdan farklıdır. CMK 135/4 maddesinde kastedilen teknik izlemedir ve geleceğe yöneliktir. Şüpheli veya sanığın yakalanması için ileriye yönelik olarak kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin ve dolayısıyla şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespitine yöneliktir. Buradaki düzenlemeyi kişilerin daha önce konuştukları telefon numaralarının tespitine ilişkin istemleri ile ilgili değildir. İletişimin tespiti halinde, yapılan konuşmaların içeriği dinlenip kayıt altına alınırken, burada sadece, sinyal bilgileri değerlendirilerek şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespiti yapılmaktadır. Denilebilir ki, birinci halde özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliği, ikinci haldeki duruma nazaran daha büyük bir tehdit altındadır. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasında, kanunun belirttiği usule riayet edilmesi son derece önemlidir. Kanunda belirtilen şekil ve şartların dışına çıkılması halinde, hem elde edilen delil hukuka uygun delil olmadığı için değerlendirilmeyecek, hem de kişinin özel hayatının gizliliği ve haberleşmenin gizliliği hakkı ihlal edilmiş olacaktır. CMK 135/5 de alınan tedbirlerin ve işlemlerin tedbir süresince gizli tutulması esastır. Gizlilik herkes için söz konusudur. Gizliliği ihlal eden kişiler hakkında olayın

¹⁵⁰ Doğan, “Gizli Ceza Muhakemesi..,” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>; Erdem, M. Ruhan; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc. Erişim Tarihi: 20.05.2009.

¹⁵¹ Şafak / Bıçak, s. 255.

¹⁵² Malkoç / Yüksektepe, s. 376.

özelliğine göre, TCK 285/1 maddesindeki suç ve bazen de niteliğe göre, TCK 132, 135, 136 ve 137. maddedeki suçlar oluşabilir¹⁵³.

Eğer arama, el koyma veya diğer tedbir ve yöntemlerle suçun aydınlatılma imkânı var ise, bu tedbirlere başvurulamaz¹⁵⁴.

CMK'nın 136. maddesinde, *şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında uygulanmaz hükmü* yer almaktadır. Buradaki amaç, savunmanın dokunulmazlığını korumak ve savunmayı güçlendirmektir. Ancak, dikkat edilirse, müdafî hakkında şüpheli veya sanıkla, yüklenen suç dolayısıyla herhangi bir dinleme yapılamaz, müdafî suça iştirak eden konumda ise, müdafîin, bürosu, konutu hakkında tedbirlere başvurulabilir ve ayrıca telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirdiği iletişim takip edilebilir. Şüphelinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Ancak bu kişi, suça iştirak eden konumundaysa, onun hakkında da dinleme tedbirine başvurulabilir.

Dinlemenin nerede yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Ancak, dinlemenin iletişimi sağlayan resmi veya özel kurum veya kuruluşlar aracılığıyla ve sağlayacakları olanaklarla yapılması gerektiği söylenebilir¹⁵⁵. Bunun için özel dinleme odaları oluşturulmalı ve buralara yetkili kimseler hariç başkalarının girmesi yasaklanmalıdır. İletişiminin dinlenmesine ve tespitine karar verilen kişinin bulunduğu yere teknik dinleme cihazları yerleştirme suretiyle bir takip yapılıyorsa bu durum 135. maddede belirtilen tedbirin konusunu oluşturmaz. Belirtilen husus 140. maddedeki gizli izleme tedbirinin konusunu oluşturur¹⁵⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesine dikkat edilirse, bu tedbire sadece soruşturma aşamasında değil, kovuşturma aşamasında da başvurulabilir. Zira sanığın suç bağlantıları veya birlikte suç işlediği örgütü, suç ortakları suç işlemeye devam

¹⁵³ Malkoç / Yüksektepe, s. 374.

¹⁵⁴ Doğan, Gizli Ceza Muhakemesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>

¹⁵⁵ Konuyla ilgili olarak "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönelmelik" 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış, ve 5, 6, 7, 10,11, 14 ve 15. maddelerinin 23/1/2006 tarihinde, diğer maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

¹⁵⁶ Malkoç / Yüksektepe, s. 378.

ediyor olabilirler. Böylece, diğer şartların da gerçekleşmesiyle kovuşturma aşamasında da 135. madde hükmü işletilebilecektir¹⁵⁷.

Ayrıca, maddede hakkında dinleme tedbirine başvurulacak kişi olarak şüpheli veya sanık terimi kullanılmıştır. İddianamenin kabulüne kadar olan dönemde suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadarki dönemde suç şüphesi altında bulunan kişiye sanık dendiğine göre, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında 135. maddedeki tedbirin uygulanabileceği görülmektedir.

Telefon dinleme tedbirinin 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. Ceza Muhakemesi Kanunu, telefon dinlenmesi yolu ile delil elde etme ve bu suretle suç ve suçlulukla etkin mücadele anlamında önemli düzenlemeler ihdas etmiştir.

6.3.6.3. Telefon Dinleme Yetkisi, Dinlemenin Süresi, Kapsamı ve Denetimi

Hâkim kararı veya onayı, dengeleme işlevi görmekte ve bundan başka önleyici bir hukuki koruma sağlamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da genellikle tedbire karar verme konusunda yetki hâkime ve hatta hâkimler kuruluna tanınmakta; ancak gecikmede sakınca durumunda ikinci derecede savcılık da karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Fakat her halde doğrudan kolluğa tedbire karar verme yetkisi verilmemektedir. Tedbire, savcı tarafından karar verilmesi durumunda belli bir süre içinde kararın hâkimin onayına sunulması aranmakta; aksi takdirde kararın hükümsüz kalacağı öngörülmektedir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi tedbiri de, savcılık ve onun yardımcı organı olan kolluk tarafından yerine getirilmektedir. Başka bir anlatımla bu tedbirin yerine getirilmesi açısından özel yetkili kurumlar oluşturulmuş değildir (CMK m. 137).

CMK m. 135 / 3 ikinci cümlede kararın en çok üç ay için verilebileceğini ve bu sürenin ancak bir defa uzatılabileceğini öngörmüştür. Buna göre, uzatma ile birlikte kararın süresi altı ayı geçemeyecektir. Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu

¹⁵⁷ Malkoç / Yüksektepe, s. 371.

sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez. Gerçekten eğer henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise, tedbirin uygulanmasına derhal son verilmesi gerekir. Sözgelimi tedbire başvurulmasını gerektiren suçun, CMK m. 135 / 6'da sayılan suçlardan birisinin olmadığına anlaşılması, başka yolla da tedbirden beklenen sonuca ulaşılabilme olanağının ortaya çıkması, şüpheli veya sanığın suçu işlediği veya iştirak ettiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması tedbirin gecikmeksizin sona erdirilmesini gerektirir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak belirli bir süre için karar verilebileceğine göre, öncelikle bu sürenin bitmesi durumunda tedbire ilişkin karar kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda tedbirin uygulanmasına derhal son verilmelidir; aksi takdirde, sürenin dolmasından sonra elde edilecek bilgilerin delil olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Nitekim CMK m. 135 / 1 üçüncü cümlede sürenin dolması veya cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından sonradan onaylanmaması, tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin 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. Yok edilmeye ilişkin aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kararı -hazırlık soruşturmasında- savcılık vermekte; kolluk da onun gözetim ve denetimi altında bu bilgileri yok etme yoluna gitmektedir.

6.4. Medeni Hukuk Alanındaki Düzenlemeler

Şahsın özel hayatının ve gizliliklerinin korunması hususunun, özel hukuk alanında şahsiyet hakları kapsamında yer aldığını belirtmiştik. Bu bakımdan, özel hukukta, özel yaşamın ve gizliliklerinin korunması, şahsiyetin korunması ile ilgili hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. 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. Dikkat edileceği üzere, kişinin bizzat kendisi tarafından yapılmasına rağmen, onun özgürce yaşama hakkını önemli ölçüde kısıtlayan sözleşmeler, diğer bazı şartların da

gerçekleşmesi halinde geçersiz sayılabilmektedir. Yani bir kimsenin, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan şahsiyet hakları üzerindeki tasarrufu sınırsız değildir. Bireyin, diğer kişilerle girişeceği hukuki işlemler, kişiliğin aşırı derecede sınırlanması sonucunu doğuruyorsa, bu durumda kişiliğin korunmasını öngören düzenlemeler devreye girecektir. 4721 sayılı Türk MK'nın kişiliğin korunması başlığı altında düzenlenen, *vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı koruma* üst başlıklı 23. maddesi aynen şu şekildedir:

Madde 23 - Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. 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.

Türk MK'nın 24. maddesi ise, kişiyi, dışarıdan gelecek olan ve kişiliğe saldırı niteliğindeki hukuka aykırı fillere karşı koruma sağlamaktadır. MK'nın 25. maddesi, 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 vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edilmesi davaları açma hakkı tanınmıştır. Ayrıca doktrin, tecavüzün ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davalarını da kabul etmektedir¹⁵⁸.

4721 sayılı Türk MK'nın 26 ve 27. maddeleri ise, kişilik hakları içerisinde önemli bir yer tutan isim hakkını özel olarak koruyucu hükümler getirmiştir.

6.5. Diğer Hukuk Dallarındaki Düzenlemeler

Medeni hukukun dışında, özel hukuk alanında, kişilik haklarını koruyucu hükümler içeren düzenlemeler de mevcuttur. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenen tazminat davası, şartları oluştuğunda, özel hayatına hukuka aykırı olarak müdahale edilen kişiye dava hakkı vermektedir. Özel hayata müdahale niteliğindeki saldırılarda, bu madde gereğince manevi tazminat istenebilmektedir. 49. madde 3444 sayılı Kanunla

¹⁵⁸ Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dördüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 367 vd.

değiştirilmeden önce, manevi tazminata karar verilebilmesi için failin “kusurunun hususi ağırlığı” bir şart olarak yer alıyordu. Ancak bu değişiklikten sonra yeni metinde kusurdan söz edilmediği gibi, manevi zararın ağır olmasından da söz edilmemiştir. Bu nedenle, değişiklikten sonra zarar verenin manevi tazminat ödemesi için ağır kusurlu olması mahkemece aranmamıştır. Madde metnin de kusurdan hiç bahsedilmemiş olması, manevi tazminat yönünden kusursuz sorumluluk esasının mı kabul edildiği sorusunu ortaya atmıştır. Ancak bu hususta baskın görüş, manevi tazminat isteyebilmek için kural, kişiliğe yönelik kusurlu bir saldırının varlığıdır. Ancak tecavüz kusursuz sorumluluk hallerinden kaynaklanıyorsa da manevi tazminat istenebilecektir¹⁵⁹.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK)¹⁶⁰ 19, 83, 84, 85 ve 86. maddelerinde özel hayatın korunması hakkına ilişkin düzenlemeler söz konusudur. Bu kapsamda kişinin sözleri, resimleri ve mektupları üzerinde sahip olduğu haklar ve bu hakların ihlali durumunda uygulanacak hukuki ve cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. FSEK’in 83. maddesinde bir kişiye veya esere ait olan ad, alamet veya çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibas yapılmak suretiyle başka bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılmayacağını hükme bağlamıştır. 84’üncü maddenin birinci fıkrası kişiye mahsus bir işaretin, resmin veya sesin tespitinin yapılarak çoğaltılmasını veya yayınlanmasını yasak etmiştir. İkinci fıkrada da eser mahiyetinde bulunmayan her çeşit fotoğrafı, benzer usullerle tespit edilen resimleri ve sinema eserlerinin korunması düzenlenmiştir¹⁶¹.

FSEK’in 85. maddesinde, kişinin mektupları üzerindeki hakkı ve yine telif hakkı, aynı kanun kapsamında, niteliği itibarıyla şahsiyet haklarından sayılması nedeniyle, bu husus da hukukumuzda koruma altına alınmıştır¹⁶².

¹⁵⁹ Reisoglu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 182-183. ; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Bası , Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 679-680.; Aynı yönde bkz. Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan; Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, 2.Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004 , s. 147-150.

¹⁶⁰ R.G., 13.12.1951-7981

¹⁶¹ Albayrak, Mustafa; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar”, A.D, S. 16. Ankara, Temmuz 2003, s. 141- 142.

¹⁶² Albayrak, s. 142.

FSEK'in 86. maddesinde, eser niteliğinde bulunmasa dahi resim¹⁶³ ve portrelerin, buna sahip olan kişinin ve ölümü halinde izin vermeye yetkili kişilerin rızası olmadan teşhir edilemeyeceği ve kamuya sunulmayacağı belirtilmiştir. Zira bir kimsenin dış görünüşü üzerindeki hakkı, onun kişilik haklarındanır. Bunun istisnaları ise memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol alan kişilerin resimlerinin çekilmesi; radyo ve TV haberleri, kişilerin katıldığı özel olmayan toplantılar, resmi törenler ve günlük olaylarla ilgili tasvirler veya çekilen fotoğraflar sayılmıştır¹⁶⁴.

Yine Yargıtay bir kararında¹⁶⁵ 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 gerekçeleriyle kişilik hakkına saldırı saymıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabeti düzenleyen 58. maddesinde de, ticari sırlara yönelik tecavüzler karşısında tacirin, ticari itibarı ve ticari ayrıcalıkları koruma altına alınmıştır. Özel hayatın gizliliği ve korunması konusu, geniş bir alanı kapsayan niteliği itibarıyla, özel hukukun birçok alanında düzenleme konusu olmuştur.

2954 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun¹⁶⁶ 4. maddesinin (f) bendi hükmüne göre de, "özel hayatın gizliliğine saygılı olunması" radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkelerindendir. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunun yayın esaslarını düzenleyen 5. maddesinin (j) bendinde; "kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak," genel yayın ilkeleri arasında sayılmıştır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun¹⁶⁷ 19. maddesinde, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalara ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu

¹⁶³ "Resim, ise bir kimsenin dış görünüşü ve o kimsenin tanınmasını sağlayacak biçimde yansıtan yüzey bir cisimdir. Bu nedenle kişinin dış görünümü yansıtan, onu tanıtan resmi üzerinde kişilik hakkı bulunmaktadır. Kural olarak kişinin rızası olmadan resminin yayınlanması hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir." (Yargıtay HGK. , 03.10.1990, E. 1990/275- K. 1990/159. ; Yargıtay 4. HD., 06.11.2000 - E. 2000/6884- K. 2000/9658, Meşe İçtihat Bankası).

¹⁶⁴ Serdar, İlknur; Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 92.

¹⁶⁵ Yargıtay HGK. , 03.10.1990, E. 1990/275- K. 1990/159, Meşe İçtihat Bankası.

¹⁶⁶ R.G., 14.11.1983-18221.

¹⁶⁷ R.G., 09.10.2003-25269 .

doğuracak bilgi veya belgeler; 21. maddesinde, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler; 22. maddesinde, haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgeler ile 23. maddesinde, kanunlarda ticari sır olarak nitelendirilen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler, bilgi edinme hakkının ve kanunun kapsamı dışında tutulmuştur¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Nazsız, Abdullah; Açık Yönetim ve İç Mevzuatımızda Bilgi Edinme Hakkı, A.D., S. 32 A.B.Y.İ.D.B., Ankara, Eylül 2008, s. 240-242.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

1. GENEL OLARAK

İnsan hakları kavramının hem uluslararası hem de anayasal boyutu vardır. İnsan hakları deyimi geniş kapsamlı olup, bir yandan insanların haklarını devlet organlarına karşı korunmasını; diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir¹⁶⁹. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, devlete verilen gücün sınırsız olmaması ve kontrol edilmesi gerektiği hissedilmiştir. İnsan haklarına saldırıların önlenmesi ve dünyanın bu tür acılara tekrar dönmemesi için yeni arayışlara ve güvencelere ihtiyaç duyulmuştur. 1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi, bu anlayışın ilk ürünlerinden biridir. Kurulmasıyla birlikte ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin ana amacı, kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğüne bağlı olarak bu amacı paylaşan üyeler arasında hukuki bütünleşmeyi sağlamaktır¹⁷⁰. Konsey birçok sözleşme ve tavsiye kararı kabul etmiştir. Bu sözleşmelerden en önemlisi 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış olan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, ya da daha çok bilinen ismiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Türkiye AİHS'yi 10 Mart 1954'te onaylayarak Türk hukuk düzeninde yürürlüğe koymuştur¹⁷¹.

AİHS'de “medeni ve siyasi haklar” denilen hak ve özgürlüklerin birçoğu düzenlenmiştir. Bu haklardan biri olan kişinin özel hayatının gizliliği hakkı AİHS'nin 8. maddesinde “özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlığı altında aynen şöyledir:

¹⁶⁹ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 3.

¹⁷⁰ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 7-8. ; Gözlügül, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara 1999, s. 79-80. ; Aynı yönde bkz. Yıldız, Mustafa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 5-6.

¹⁷¹ Başlar, s. 30. ; Gölcüklü / Gözübüyük, s. 10. ; Fendoğlu, s. 206.; Aktan / Vural / Aktan, s. 29.; Karaaslan, s. 1.; Bozlak, s. 97. ; Yıldız, s. 1,4.

“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.” Maddenin ilk fıkrasında bu hakkın nelerden oluştuğu; özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı adı altında korunan değerler sıralanmış, maddenin ikinci fıkrasında ise kamu görevlilerince bu haklara hangi hallerde müdahale edilebileceği; bir müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun olacağı belirtilmiştir¹⁷².

AİHM, Sözleşme’ye uygunluk denetimi yaparken somut olayda ilk aradığı şey AİHS’nin uygulama alanının bulunup bulunmadığını saptamaktır¹⁷³. Bu nedenle m. 8’in hangi hakları kapsadığı ve koruduğu büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmamızda amacımız AİHM’nin verdiği kararlardan yola çıkarak m. 8’e getirdiği yorum ve özel hayat kavramının sözleşme hukuku bakımından kapsamını ve tanımını belirlemektir. AİHS iç hukukumuzda uygulama alanı bulduğu için özel hayat ile ilgili mahkemece verilen kararlar hukukumuzu da etkileyecektir. Öyleki devlet, özel hayatın gizliliğinin korunması yönünde pozitif yükümlülükleri gereği kişilerin kendi arasında ve devletle olan ilişkilerinde özel hayatın gizliliğini koruyucu önlemler alacaktır¹⁷⁴.

2. AİHS’DE ÖZEL HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

2.1. Sözleşmeye Göre Özel Hayat Kavramı Ve Tanımı

AİHS’nin 8/1. maddesinde yer alan haklar aslında, bir bütün teşkil eden “özel hayat” kavramının farklı unsurlarıdır¹⁷⁵. Özel-bireysel hayat da aile hayatı ve haberleşme özgürlüğü hakkı gibi özel hayat kavramının farklı bir yönü ve unsurudur. Ancak AİHS’de özel hayat kavramı ve bunun unsurlarını oluşturan hakların tanımı

¹⁷² Gölcüklü / Gözübüyük, s. 330. ; Özdek, Yasemin; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Todaie Yayın No:321, Ankara, 2004, s. 221-222.

¹⁷³ Kilkelly, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara, s. 9. ; Gölcüklü / Gözübüyük, s. 331.

¹⁷⁴ Hokkanen / Finlandiya davası, 23.09.1994 tarihli karar. (bkz. Gölcüklü / Gözübüyük, s. 48.); Kilkelly, s. 21.

¹⁷⁵ Gözübüyük / Gölcüklü, s. 331.

yapılmamıştır. Gün geçtikçe gelişen teknoloji karşısında bu kavramların tanımının zaman içinde yetersiz kalacağı açıktır. Bu nedenle AİHM her olayın özelliğine ve koşullarına göre değerlendirme yapmakta, böylece durum ve zamanın ihtiyaçlarına göre geliştirici bir yorumla, bu kavramlara belli bir içerik kazandırmaktadır¹⁷⁶.

AİHM’ye göre “özel (bireysel) hayat”, “gizlilik” hakkından daha geniş bir anlamı ifade etmektedir¹⁷⁷. Nitekim Mahkeme, bir kararında¹⁷⁸ bu yaklaşımını şöyle ifade etmiştir. *“Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.”* Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bir kararında özel hayatın, bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurma ve bunu devam ettirmek hakkı olduğunu vurgulamıştır¹⁷⁹. O halde, kişinin diğer insanlarla değişik türden ilişkiler kurması –ki buna cinsel ilişki de dahildir- olanağına sahip olması gerekir¹⁸⁰.

AİHS organları “özel (bireysel) hayat”ın sadece gizlilik özelliğini taşımadığını, bunun yanı sıra, kişinin kişiliğini oluşturup geliştirebileceği bir alanı ifade ettiğini, bu bağlamda farklı olması ve kişinin kendi durumunu ve ilişkilerini ve bedenini kontrol etmesi demek olan özerkliği de “Özel (Bireysel) Hayat” kavramı içinde değerlendirmektedirler¹⁸¹.

2.2. Sözleşmeye Göre Özel Hayatın Kapsamı

Özel (bireysel) hayatın bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olarak gören AİHM¹⁸² kazuistik bir yöntemle her olayı kendi tipik özellikleri içinde değerlendirerek bu hakkın kapsamını belirleme yoluna gitmiştir. Çeşitli davalar ve

¹⁷⁶ Gözübüyük / Gölcüklü, s. 331.

¹⁷⁷ Kilkelly, s.10; Inceoğlu, s.175; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancaktar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002, s. 282.

¹⁷⁸ Niemietz – Almanya davası, 16.12.1992: Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.I , İstanbul, 2002, s. 944.

¹⁷⁹ Costello – Roberts- Birleşik Krallık, 25.03.1993, kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 946.

¹⁸⁰ Tezcan / Erdem / Sancaktar, s. 282.

¹⁸¹ Inceoğlu, s. 175; Kabaoğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 190; Kilkelly, s. 10.

¹⁸² Costello – Roberts- Birleşik Krallık, p.36, Kararın İngilizce metni için bkz. echr.coe.int

somut olaylar incelenmek suretiyle aşağıda başlıklar halinde belirtilen ilişkiler AİHM’nce “özel (bireysel) hayat” kavramı içinde değerlendirilmiştir¹⁸³.

2.2.1. Cinsel Hayat ve Tercihler

Kişinin cinsel hayat ve tercihleri özel hayatının unsurlarındandır. Bu bağlamda kişinin cinsel ilişkiler dahil çeşitli türden kuracağı ilişkilerde cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi Sözleşme’nin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir.

Kişinin özel hayat alanının temel unsurlarından biri olan özel cinsel davranışlarının, sırf başkalarında şok etkisi yarattığı veya rahatsız ettiği için yasaklanamayacağı, eşcinsel ve cinsel ahlaka aykırı davranışların özel hayatın kapsamında yer aldığı pek çok kararda dile getirilmiştir¹⁸⁴.

Kişinin cinsel tercihleri sonucu bunlarla resmi kayıtların uyumunun sağlanması için yapılan “tashih” başvuruları isim değiştirme talepleri de m. 8’de değerlendirilebilecektir¹⁸⁵.

Kişinin cinsiyetini değiştirmesinin yasaklanıp, yasaklanmayacağı da tartışılmıştır. Mahkeme’ye göre, cinsiyet değişimlerinin kabul edilmesini talep eden ve Sözleşme kapsamındaki diğer haklara sahip olmak isteyen transseksüellerin durumu yasal, toplumsal, tıbbi ve ahlaki konularda çeşitli sorunlar doğurmaktadır. Taraf devletlerde açık bir görüş birliği olmadığı için, Mahkeme bu konuda da devletlere geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Özel hayata saygının, transseksüellerin cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde, nüfus cüzdanlarının değiştirilmesini gerektireceği sonucuna hiçbir zaman ulaşmamıştır¹⁸⁶. Böylece Mahkeme doğum kayıt sisteminin olayları, olduğu zamandaki gibi kaydetme esasına dayandığını, daha sonra yapılacak bir değişikliğin bir anlamda bu kayıtlarda tahrifat anlamına geleceğine ilişkin görüşü kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca cinsiyet değişiminin ifşa edilmemesine yönelik koruyucu önlemlere karşılık, bu değişimin açıklanmamasının riskine, aile ve veraset meselelerinde zorluklar çıkarma

¹⁸³ Dutertre, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s. 287.

¹⁸⁴ Dudgeon-Birleşik Krallık, 22.10.1981, Kararın Türkçe Çevirisi için bkz. Doğru, s. 419-427; Norris-İrlanda, 26.10.1988, Seri A – 42, p. 38 (bkz. Kilkelly, s. 45-46. ; Dutertre, s. 296.) .

¹⁸⁵ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 335.

¹⁸⁶ Rees/ Birleşik Krallık, 17.10.1986; Cossey / Birleşik Krallık, 27.10.1990; Sheffield ve Horshan / Birleşik Krallık, 30.07.1998, Kararları, (bkz. Kilkelly, s. 46.).

gibi olumsuz etkilerine değinmiş, toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde teraziye 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 koymuştur¹⁸⁷.

2.2.2. Aile Hayatının Kapsamı Dışında Kalan Bazı İlişkiler

Aile hayatı, Sözleşme'nin 8. maddesinde özel olarak yerini almıştır. Ancak aile hayatı kavramı dışında kalan bazı ilişkiler özel hayatın kapsamında değerlendirilerek, 8. maddenin korumasından yararlanabilir. Bunlar; koruyucu aileler ile baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler ve eşcinsellerle partnerleri arasındaki ilişkilerdir¹⁸⁸.

2.2.3. İş ve Sosyal İlişkiler

Kişinin sosyal ilişkileri de özel hayatına dahildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Mc Feeley ve Ors – Birleşik Krallık davasında¹⁸⁹ başkalarıyla görüşme ve sosyal ilişkiler kurmayı da özel hayatın kapsamında değerlendirmiş ve bu hakkın mahkûmlar için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Cezaevlerindeki kişilerin de belirli bir dereceye kadar bir araya gelme hakkı olduğu kararda vurgulanmıştır.

Niemietz – Almanya davasında ise AIHM, kişinin iş ilişkilerinin de özel hayatının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.

2.2.4. Fiziksel ve Manevi Kişilik

Costello ve Roberts – Birleşik Krallık davasında Mahkeme, özel hayatın kişinin fiziki ve manevi bütünlüğünü de içerdiğini belirtmiştir¹⁹⁰. Kişinin rızası dışı yapılan psikolojik, fiziki ve psikiyatrik her türlü tıbbi müdahale, deneyler, testler (alkol, DNA),

¹⁸⁷ Kilkelly, s. 46.

¹⁸⁸ Kilkelly, s. 10.

¹⁸⁹ Mc Feeley ve Ors – Birleşik Krallık, 15.05.1980, Kilkelly, s. 11.

¹⁹⁰ 08.10.1991, p. 49-52.

kürtaj, emniyet kemeri takılması veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasının zorunlu kılınması, kişinin soyularak aranması veya rektal inceleme yapılması da özel hayatın kapsamında değerlendirilmiştir¹⁹¹. 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. 8. madde anlamında kişinin özel hayatına müdahale niteliğini taşır. Ancak 2. fıkraya göre meşruluk değerlendirmesi yapmak gerekir¹⁹². Mahkeme Matter / Slovakya davasında, paranoyak psikoz hastası olan başvurucunun, akıl sağlığının kontrol edilmesi için zorla psikiyatri hastanesine götürülmesinin varılan sonuçla orantısız olmadığına ve 8.maddenin 2. fıkrasına uygun olduğuna karar vermiştir¹⁹³.

2.2.5. 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 8/2. maddesinde öngörülen müdahalenin; meşru amaçla, yasalara uygun şekilde ve demokratik bir toplumda zorunlu olması şartlarını taşıması gerekmektedir. Mahkeme, istihbarat ajanlarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme bu kanıya varırken, demokratik toplumların çok karmaşık casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini, bunun sonucunda da devletin bu tür tehditlere karşı etkin bir biçimde karşı çıkabilmek için kendi alanı içerisinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim yapmak zorunda kaldığı gerçeğinden etkilenmiştir¹⁹⁴.

¹⁹¹ X ve Y – Hollanda, 21.3.1985, Seri A, 91; Costello Roberts – Birleşik Krallık; Herez – Norveç

¹⁹² Üzeltürk, s. 187-188.

¹⁹³ Matter / Slovakya, 05.07.1999, (bkz. Dutertre, s. 313.).

¹⁹⁴ Erdem / Almanya, 05.07.2001, (bkz. Dutertre, s. 341.) ; Kilkelly, s. 49-50.

AİHM, A – Fransa davasında¹⁹⁵ bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesini 8. madde kapsamında değerlendirmiş ve bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin “özel” olma niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Köpp – İsviçre davasında¹⁹⁶ mahkeme iş telefonlarının dinlenmesini de özel hayat kapsamında değerlendirmiştir.

Sokak ve meydanlara yerleştirilen kameralara ilişkin Mahkeme, Peck/ Birleşik Krallık davasında, özel yaşama ait beklentilerin zayıf olduğu kamusal bir alanda, sadece görüntü alınmasının özel hayata müdahale olmadığını, ancak bu görüntülerin kaydedilmesini ve sistematik ya da geçici olarak saklanması özel hayatın ihlali saymıştır¹⁹⁷.

2.2.6. İsim, Resim, Nam-Şöhret-Şeref, Yaşam Tarzı

Kişinin ismi, kişisel kimliğinin belirlenmesindeki etkisi nedeniyle özel hayatının kapsamında yer almaktadır. Yine soy isim ve kişinin ailesini ve ait olduğu toplulukları belirleme yöntemi olduğundan özel hayat ve aile hayatı kapsamına girer. Taraf devletler arasında isim değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda ortak zemin bulunmadığından, mahkeme bu konuda devletlere geniş takdir hakkı tanımıştır¹⁹⁸.

Mahkeme; Sterjna / Finlandiya ve Guillot / Fransa davalarında, ismin söylenmesinde güçlük, ismin pek çok lakap takılmasına yol açması gibi hususları ele alarak değerlendirme yapmış, kişinin isminin söylenmesindeki güçlüğü veya bu isme yönelik alay edilmesi gibi sebeplerin ismin değiştirilmesi için tek başına yeterli sebepler olmadığını benimsemiş, devletlerin bu konudaki geniş takdir hakkını ortaya koymuştur¹⁹⁹.

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

¹⁹⁵ A – Fransa Davası, 23.11.1993, bkz. Seri B, 277.

¹⁹⁶ Kopp – İsviçre Davası, 25.03.1998 bkz., Türkçe çevirisi için Seyhan, Kazım; Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, Ankara, 2003, C. 1, S. 3, s. 97 vd.

¹⁹⁷ Peck / Birleşik Krallık, 28.01.2003, (bkz. ÜZELTÜRK, s. 195.).

¹⁹⁸ Kilkelly, s. 38; Gözübüyük / Gölcüklü, s. 335.

¹⁹⁹ Kilkelly, s. 42-43.

müdahale niteliği taşımasa da, özel hayatını yaşadığı ortamlarda ve yerlerdeki davranışlarının fotoğraflanması özel hayata müdahale teşkil eder. Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir kişinin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı; çekilen fotoğrafa konu olan olayın özel hayat ya da kamu olayı ile ilgili elde edilen fotoğrafların belli amaçlar için mi kullanılacağına ya da kamuya açıklanıp açıklanmayacağına bağlıdır. Toplusal bir gösteri sırasında çekilen fotoğrafların saklanması özel hayata müdahale niteliğini taşımaz²⁰⁰.

2.2.7. Kişisel Veriler

Devlet ajanları tarafından bir kişi hakkında, rızası dışı bilgi toplanması ve bu bilgilerin saklanıp kullanılması da “özel (bireysel) hayat”ın kapsamına girer. Cinsiyet, medeni hali, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili zorunlu yanıtlanacak soruları içeren nüfus sayımları, polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların (dolayısıyla özel hayatın) detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi gibi hususlar “özel (bireysel) hayat”ın kapsamında sayılmıştır²⁰¹.

Kişisel verilerin toplanıp saklanması kadar, onların ifşası da özel hayata müdahale niteliğindedir. Bu bilgiler kamuya ya da üçüncü kişilere ifşa edilebilir. Böyle durumlarda özel hayata saygı duyulması hakkı ile kamu yararının çatışması söz konusudur.

Yine kişisel verilere ulaşamama, devlet kayıtlarına erişememe de Gaskin / Birleşik Krallık davasında²⁰² olduğu gibi özel hayata müdahale kapsamında değerlendirilebilir.

Kişisel bilgiler bazen de güvenlik soruşturmalarında kullanılmak üzere toplanır. Özellikle ulusal güvenlik açısından önemli olan bir göreve alınacak kişilerin geçmişleri ile ilgili olarak bilgi toplanması ve güvenlik soruşturması yapılması özel hayata bir müdahale teşkil etse de, genelde kabul gören bir uygulamadır. Ancak bunun için de kötüye kullanmaya karşı gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini Mahkeme vurgular. Leander / İsveç, kararında bu tedbirler ayrıntılı olarak ele alınmıştır²⁰³. Yöntemin doğası

²⁰⁰ Friedl / Avusturya, 19.05.1994, (bkz. Dutertre, s. 291. ; Kilkelly, s. 35. ; Üzeltürk, s. 192.).

²⁰¹ X – Birleşik Krallık Davası, 06.10.1982; Murray – Birleşik Krallık Davası, 26.03.1987, Kilkelly, s.12.

²⁰² Gaskin – Birleşik Krallık Davası, 07.07.1989, p.89, İngilizce metni için bkz. echr.coe.int; kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 916.

²⁰³ Leander - İsveç Davası, 26.03.1987, (bkz. Kilkelly, s. 27.) ; Dutertre, s. 289.

gereği, inceleme gizli yapılır ve kişilerin hiçbir ilgileri olmayan olayla ilgili, haklarında inceleme yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle bu tür verilerin saklanması, kullanılmasının ve işlenmesinin 8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşruluk şartlarını haiz olması gerekir.

2.3. Sözleşmeye Göre Özel Hayata Müdahale Edilmesi

2.3.1. Cinsel Hayat ve Tercihler Konusundaki Müdahaleler

Dudgeon - Birleşik Krallık davasında²⁰⁴ mahkeme, homoseksüel ilişkileri yasaklayan kanunu, özel hayata saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8/1 maddesine aykırı bulmuştur. Dava konusu olayda, bir suç isnadı nedeniyle Kuzey İrlanda Polisi tarafından başvuru Jeffrey Dudgeon'un evinde arama yapılırken, bu kişinin eşcinsel kimliğini ortaya koyan delillere rastlanmış, bunun üzerine Dudgeon hakkında ceza kanunu gereği homoseksüel ilişkiye rıza gösteren erkeklerin bu fiilinin hayasızca hareket ve suç olarak kabul edilmesi üzerine polisçe soruşturma ve cezai takibat yapılmıştır. Dudgeon ceza kanunundaki bu düzenlemenin 8/1. maddeye aykırı olduğunu savunarak bireysel başvuru hakkını kullanmış, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal eden polis soruşturmasını, arama ve el koyma ile eşcinsel ilişkileri yasaklayan düzenlemeyi sözleşmeye aykırı bulmuştur. AİHM de benzer biçimde eşcinsel davranışları yasaklayan ve cezalandıran ceza kanununun, kişinin özel hayatına hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi anlamını taşıdığını, kişinin konutundaki eşcinsel ilişkilerin özel hayatın korunmasından yararlanacağını kabul etmiştir. Mahkeme, kişinin kapalı alanlarda yaptığı cinsel ilişkilerin ve eşcinsel davranışların yalnızca kendi özel hayatını ilgilendireceği gerekçesiyle Kuzey İrlanda'daki ceza kanununun hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'nin bu kararı vermesinde Kuzey İrlanda'daki yasanın diğer üye devletlerin benzer kısıtlamaları öngören yasalarından farklı olarak koşullar ne olursa olsun, genel olarak erkekler arasındaki cinsel sapmaları yasaklaması (p.49) dolayısıyla bu düzenlemenin genişliği ve mutlaklığı nedeniyle ulaşılmak istenen amaçla orantısız olması (p.61) da etkili olmuştur.

²⁰⁴ Dudgeon – Birleşik Krallık, 22.10.1981, bkz. Doğru, s. 419 vd.

Norris- İrlanda davasında²⁰⁵ Mahkeme, devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiş, eşcinselliği yasaklayan yasal düzenlemelerle m. 8/2’de öngörülen “ahlakın korunması” amacına ulaşamayacağını belirtmiştir. Çünkü devletçe getirilen kanuni tedbirlerin gerçekten hissedilen “sosyal zorunluluklar” sonucu alınması ve bu hakla getirilen kısıtlamaların da hedeflenen kanuni araç ile orantılı olması gerekir. Ancak, gençlerin korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil, uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlere belli bir takdir hakkı tanınmıştır.

A.D.T- Birleşik Krallık davasında,²⁰⁶ cinsel faaliyetlerini video kasetlerine kaydeden başvurunun bu faaliyeti nedeniyle hakkında kovuşturma başlatılması da özel hayat kapsamında değerlendirilmiş, Mahkeme cinsel faaliyetlerin bazı biçimlerine devletin müdahalesinin haklı olabileceğini belirtmiştir. Ancak somut olayda, bu durumun söz konusu olmadığını, başvurunun bu cinsel faaliyetleri sınırlı sayıdaki kişiyle ve başkalarının onları anlama olasılığının çok düşük olduğu şartlarda yapmış olmasının etkisi de vurgulanmıştır. Mahkeme, bu faaliyetlerin kaydedilmesinden ziyade, bizatihi faaliyetlerin kendisine önem vermiş, bu faaliyetleri “özel” saymış ve başvurunun cezalandırılmasını 2. fıkradaki “ başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla orantılı bulmamıştır²⁰⁷.

Ancak kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet 8. maddenin korunmasından yararlanamaz²⁰⁸. Kişinin cinsel davranışlarını ne dereceye kadar düzenleyeceği Laskey, Jaggard ve Brown- Birleşik Krallık davasında²⁰⁹ başvuru grup halinde sado-mazoşist faaliyetlerde bulunmaktan yargılandıklarından özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmişler, Mahkeme, çok sayıda kişinin özel ekipmanlı odalar, yeni üyelerinin bulunması ve daha sonra üyelere dağıtılmak üzere film çekilmesini de içeren başvuru gruplarının faaliyetleri konusunda çekinik davranmış, mağdurların rızasına rağmen söz konusu faaliyetlerin uç özelliklerinden dolayı, saldırı ve yaralama gibi faaliyetler hakkında kovuşturma başlatılması, sağlığın korunması amacıyla haklı bulunmuştur.

²⁰⁵ Norris – İrlanda Davası – 26.10.1988, seri A-42, kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s. 914.

²⁰⁶ A.D.T. – Birleşik Krallık Davası, 31.07.2001, kararın İngilizce metni için bkz. www.echr.coe.int

²⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kilkelly, s. 40-41.

²⁰⁸ Kilkelly, s. 40.

²⁰⁹ Laskey, Jaggard ve Brown – Birleşik Krallık Davası, 19.12.1997, Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 982.

Farklı cinsel tercihler konusunda Mahkeme özellikle kısıtlama için ciddi nedenler olmasını, demokratik bir toplumda olması gereken hoşgörü ve açık fikirlilik özelliklerinin altını çizmiştir²¹⁰.

Mahkeme bir kararında, eşcinsel olmaları nedeniyle ordudan atılma işlemleri ile Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna da varmıştır²¹¹. Ancak devletin eşcinsellerin evlenmelerine izin verme yükümlülüğünün olmadığı²¹² gibi, Cossey davasında²¹³ cinsiyet değiştirerek kadın gibi yaşayan başvurucunun nüfus kaydında cinsiyetinin bayan olarak düzeltilmemesini m. 8'in ihlali saymıştır.

2.3.2. Gizli Dinleme, İzleme, Görüntüleme Yöntemleriyle Kişisel Bilgilere Ulaşılması ve Bu Bilgilerin İfşası Yoluyla Müdahaleler

2.3.2.1. Bilgi Toplanması

Telefonların gizlice dinlenmesi, hem özel hayat, hem haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının açık ihlali niteliğindeki AIHM'de Klass vs.- Almanya ve Malone-Birleşik Krallık²¹⁴ kararlarından kişinin konutunun kanuna aykırı olarak aranması, telefonlarının gizlice dinlenmesini özel hayata açık bir müdahale saymıştır. Ancak kararlarda sözleşmenin 8/2. fıkrasındaki sınırlamaları ve devletin müdahalesinin de esas ve şartlarını ayrıntılı biçimde irdelemiş, kişinin rızası dışında toplanacak ve saklanacak kişisel bilgilerin belli durumlarda elde edilmesine göre müdahalenin var olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Mahkeme bazı hallerde bu bilgilerin toplanmasına hukuken olanak tanımaktadır. Şimdi bu halleri inceleyelim.

2.3.2.1.1. Suçun Önlenmesi ve Belirlenmesi Amacıyla Bilgi Toplanması

Mahkeme suçun önlenmesi amaçlı bilgi toplanmasında özellikle kişinin rızası dışı görüntülenmesi ve fotoğrafının çekilmesi durumunu ayrıntılı biçimde değerlendirmiştir.

²¹⁰ Friedl – Avusturya, 31.01.1995, Seri B – 305; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 963.

²¹¹ Lustig – Drean ve Berket – Birleşik Krallık, 25.07.2000, bkz. www.echr.coe.int. Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 1070.

²¹² Does – Birleşik Krallık, 12.12.1984, Seri A – 106.

²¹³ Cossey – Birleşik Krallık, 27.09.1990 Seri A – 184.

²¹⁴ Klass vs. – Almanya, Seri A-28 p.41 ve Malone – Birleşik Krallık 02.08.1984, Seri A-84, p.64; kararların Türkçe metinleri için bkz. DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları; T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Ağustos, 2003, s. 246 vd. – s.764 vd.

Fotoğrafı, kişinin özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Kişinin fotoğrafının çekilmesinin özel hayata müdahale sayılıp sayılmamasında konunun özel bir olayla mı yoksa kamu olayı ile mi ilgili olduğu ve elde edilen fotoğrafın kısıtlı olarak mı yoksa kamuya da açıklanarak mı kullanılacağı önem kazanmaktadır²¹⁵.

Friedl-Avusturya davasında²¹⁶ başvurucunun katıldığı bir gösteri sırasında ve sonrasında Viyana Polis Otoritelerinin fotoğraf çekip bunları idari bir dosyada saklamasının 8. maddenin ihlali olduğu savunulmuştur. Komisyon, devlet ajanlarının başvurucunun evine girip evinde fotoğraf çekmek sureti ile özel hayatın “iç alanına” bir müdahale olmadığını, fotoğrafların davacının kendi isteği ile katıldığı bir kamu olayına, kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı gösteriye ait olması, fotoğrafların daha sonra suçların soruşturulmasında, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılanların davranışlarını kaydetmek amacıyla çekilmesi gerekçeleriyle özel hayata müdahale niteliğinde olmadığına karar vermiştir. Bu kararda devletçe verilen; fotoğraflarda hiçbir isim yazılmaması, kaydedilen kişisel veri ve fotoğrafların veri sistemine girilmemesi ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişilerin kimliğini veri işlem sayesinde belirlemek konusunda herhangi bir adım atılmaması nedeniyle çekilen fotoğraftaki kişilerin kimliği belirsiz kalmaya devam ettiği yönündeki teminatlar önemli rol oynamıştır.

Komisyon başka bir başvuruda²¹⁷ geçmişteki ceza davaları hakkında tutulan kayıtların özel hayata müdahale olduğunu; ancak, bunun hafif olması ve suçun önlenmesi için modern bir demokratik toplum sisteminde “gerekli” olarak değerlendirilebileceği görüşünü belirtmiştir.

2.3.2.1.2. Terörizm

Terörizm de özel hayata müdahaleyi haklı kılan nedenlerden sayılmıştır. Örneğin MC Veigh- O’neill ve Evans- Birleşik Krallık davasında²¹⁸ anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanıp, kişilerin üzerlerinin aranması, parmak izlerinin alınıp fotoğraflarının çekilmesi ve bu kayıtların saklanması, komisyonca, bu bilgiler istihbarat

²¹⁵ Kilkelly, s. 32.

²¹⁶ Friedl – Avusturya, 31.01.1995, Seri B-305; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 963.

²¹⁷ Kilkelly, s. 33.

²¹⁸ Mc Veigh – O’Neill ve Evans – Birleşik Krallık Davası, 18.03.1981, DR 245, s. 15.

için gerekli olduğundan ve terörizmle savaşmak konusunda toplumsal ihtiyacın kişilerin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından daha üstün olduğu kabul edilerek, özel hayata müdahale niteliğinde görülmemiştir.

Tutuklunun tutuklandığında fotoğrafının çekilip, kişisel bilgilerinin kaydedilmesi de terörizm suçlarının soruşturulması sürecinin meşru sınırları içinde kabul edilmiştir²¹⁹. Burada kaydedilen bilgiler soruşturma ve tutuklama prosedürü ile ilgilidir. Bunu göz önüne alan Mahkeme, polisin ve güvenlik güçlerinin kaydettiği bilgilerin doğasını ve kapsamını inceleyerek bu bilgiler yönünden devletin geniş takdir hakkı olduğu sonucuna varmıştır.

2.3.2.1.3. Ulusal Güvenliğin Korunması

Bu amaçla kişilerin kişisel bilgilerinin devletçe toplanması ve ulusal güvenlik açısından önemli görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılması da mahkemece tartışılan hususlardandır. Leander-İsveç davasında²²⁰ askeri deniz müzesinde stajyer teknisyen olarak çalışan başvurucunun kadrolu olarak çalışma isteğinin güvenlik soruşturması sonucunda sakıncalı görülerek reddedilmesini 8. maddenin ihlali saymamıştır. Mahkeme bu kararı verirken güvenlik soruşturması sisteminin başvurucunun haklarının kötüye kullanılmasına karşı sağladığı güvenceleri dikkate almış ve bu güvenlik soruşturması sisteminin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli gözetim sisteminin demokrasiyi korumak adına, demokrasiye zarar verebileceğinden, hatta demokrasiyi yok edebileceğinden bu riski göz önüne alarak doğal olarak devletçe bazı teminatların sağlanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Adı geçen davada davalı İsveç, ulusal güvenliği sağlama amaçlı uygulamalarında bu gücü kötüye kullanmadığını, özel hayatın korunmasını sağlayıcı önlemleri aldığını, sistemin etkilerini asgari düzeye indirmeyi amaçlayan yasal düzenlemeleri yapmıştır. Bunlara göz atarsak:

Ulusal Polis Kurulu'nun hangi bilgilerin kayda gireceği hakkında takdir yetkisi kanunla düzenlenmiş olup, kapsamı hükümetin verdiği talimatlarla belirlenmiştir.

²¹⁹ Murray – Birleşik Krallık, 28.10.1994, Seri A-300; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 960.

²²⁰ Leander – İsveç Davası, 26.03.1987, Seri A-116; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 907.

Bu bilgiler, ancak özel polis birimi için gerekli olmaları ve “Ulusal Güvenliğe karşı suçları” önleme ve belirleme amacını gütmelidir. Bu yasal düzenlemede hangi bilgilerin dağıtılabileceği, hangi kamu otoritelerine iletilebileceği, bu iletinin hangi şartlarda yapılabileceği ve bilgilerin paylaşılması konusunda Ulusal Polis Kurulu’nun takip edeceği prosedür açık ve detaylı olarak belirtilmiştir.

Gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel kontrolü dışında kullanımı, pratikte ceza davaları ve İsveç Vatandaşlığına geçme konulu davalar ile sınırlıdır²²¹.

2.3.2.2. Kişisel Bilgilerin İfşası

Kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması kadar hatta daha fazla önemli olan konu da bu bilgilerin ifşası, açıklanmasıdır. Bunlar kamuya ya da üçüncü kişilere açıklanabilir. Burada kişinin özel hayatı ile kamu yararının çatışması söz konusudur.

Kişilere ait fotoğraf ve polis dosyalarındaki bilgilerin ifşa edilmesi konusunda Komisyon, başvurunun polis dosyalarındaki fotoğrafının üçüncü kişilere gösterilmesini özel hayata müdahale saymış, ancak 8/2. maddeye göre haklı olup olmadığını değerlendirmiştir²²². Komisyon, bu kararında müdahalenin suçu önleme amaçlı olduğunu ve amaçla müdahalenin orantılı olduğunu kabul etmiştir. Komisyon bu kararında, fotoğrafların sadece soruşturma amaçlı kullanılması, kamunun erişimine açık olmaması ve daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından kanunlara uygun biçimde yani özel hayata müdahale etmeden çekilmesi etkili olmuştur.

Polis tarafından yapılan soruşturma sırasında bazı bilgilerin basına açıklanması, bazen özel hayata müdahale teşkil edebilir. Örneğin bir erkek çocuğa ahlaka aykırı saldırı şüphesiyle tutuklanan bir başvuru, basında polis tarafından evinde yapılan aramada çok miktarda çocuk pornografisi materyali bulunduğuna dair haberlerin 8. maddede korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuru, polisin basına yanlış detaylar verdiğini ve çevresindeki kişilerin onu tanımasına imkân tanıyacak bilgilerin de verildiğini belirtmesine karşın, Komisyon, böyle bir müdahalenin kamuyu ilgilendiren

²²¹ Kilkelly, s. 34-35.

²²² Boorson – Hollanda Davası, 29.11.1993, DR 75, s.231 (Naklen Kilkelly, s.36).

konularda kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdüldüğünü ve olayların gerçeklere dayalı olması nedeniyle bu müdahaleyi haklı bulmuştur²²³.

Tıbbi bilgilerin açıklaması konusunda ise, tıbbi bilgilerin özel hayatın kapsamına girdiği kabul edilmekle birlikte, bunların bazı durumlarda açıklanması hukuka aykırı değildir. Finlandiya davasında²²⁴ başvuru, bir davada teknik bilirkişi sıfatıyla dinlenen, doktor tarafından hiv virüsü taşıdığını da içeren tıbbi bilgilerin, aynı ceza davası kapsamında açıklanmasının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme hiv virüsü gibi çok hassas ve özel bir konudaki bilgilerin ifşasının çok dikkatlice inceleyerek, tıbbi bilgilerin korunmasındaki kişi ve hasta hakları ile toplumun hakları birlikte değerlendirildiğinde devletlerin bu konuda takdir hakkı bulunduğunu kabul etmiş ve tanığın tıbbi kayıtları açıklamasının sözleşmenin 8/2. madde bakımından gerekli olduğuna karar vermiştir.

2.3.3. Fiziksel ve Manevi Kişiliğe Yönelik Müdahaleler

Mahkeme, devletlerin fiziksel ve manevi kişiliğinin ihlal edilmesine karşı kişileri koruma yönünde pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmektedir²²⁵. Bu bağlamda kişinin rızası dışında yapılan her türlü müdahale, hakkın ihlali niteliindedir.

X ve Y – Hollanda davasında²²⁶ on altı yaşında olup ırzına geçilen zihinsel özürlü bir kızın suç faili hakkında savcı tarafından dava açılmamasına ilişkin kararı, yasal ehliyeti olmadığı için temyiz edememesi 8. maddenin kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, kişiler arasındaki ilişkiler konusunda bile devletin çeşitli önlemler almasını gerektiren pozitif yükümlülükleri olduğuna, somut olayda yapıldığı iddia edilen haksızlığın ağır ve şiddetli doğası da göz önüne alındığında, medeni hukuk çözümlerinin yeterli koruma sağlamadığına karar vermiştir. Ceza hukukundaki bir boşluk, başvuruçunun hiç korunmaması anlamına gelmektedir ve bunun sonucu devlet, bu kişinin fiziksel şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden 8. madde ihlal edilmiştir.

²²³ Kilkelly, s. 36.

²²⁴ Z – Finlandiya Davası, 25.02.1997, Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s. 983.

²²⁵ Kilkelly, s. 39.

²²⁶ 26.03.1985; Kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, s. 841 vd.

Fiziksel şahsiyetle ilgili bazı müdahalelerin özel hayatın kapsamına girdiği kabul edilse de 8. maddedeki hakkı ihlal etmediği sonucuna ulaşılabilmektedir. Costello Roberts, Birleşik Krallık davasında²²⁷ okulca başvurucuya verilen bedensel ceza konusunda bu şekilde karar verilmiştir. Mahkeme bazı şartlarda eğitim konusunda alınan önlemlerin özel hayata saygı hakkını etkileyebileceğini ancak bütün hareket ve önlemlerin mutlaka bir müdahale durumu anlamına gelmediğini; bir çocuğun okula gönderilmesinin bir dereceye kadar özel hayata müdahale edilmesi anlamına geldiğini göz önünde bulundurarak, hem cezanın hafifliği hem de okulun kurumsal ortamında cezanın verilmiş olması gibi durumları birlikte değerlendirerek fiziksel ve manevi kişiliğin 8. madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilenmediğini belirtmiştir.

Devletin kuralları çerçevesinde emniyet kemeri takılması veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasını zorunlu kılmak gibi bazı tehlikelerden korumayı amaçlayan önlemler de özel hayat kapsamına girmekle beraber, bunlar da 8/2. maddesi kapsamında hukuken müdahale olarak kabul edilemezler²²⁸.

Tıbbi tedavi ve müdahaleler de fiziksel kişiliğe müdahale olup, özel hayatın kapsamında değerlendirilir ise de, toplumun ve tedavi edilenin sağlığını ve haklarını korumak amacıyla haklı görülebilir. Mahkeme Herczegfaluy – Avusturya davasında²²⁹ akıl hastası suçlunun psikiyatrik tedavi sırasında açlık grevi nedeniyle zorla beslenmesinde, tıbbi gereklilik tedaviyi haklı çıkardığı için zorla beslemenin başvurucunun özel hayatına saygı göstermekle uyumlu olduğuna karar verilmiştir.

Cezaevlerindeki soyularak aranma ve rektal inceleme yapılması, özel hayata müdahale sayılabilirse de bu uygulamaların cezaevlerinde gerçekleşmesi ve cezaevinin gerekleri gibi nedenlerle 8. maddeye uygun olmadığına dair kararlar alınmamıştır.²³⁰ MC Feeley – Birleşik Krallık davasında²³¹ daha önce tehlikeli nesnelerin gizlice içeri sokulduğu Kuzey İrlanda'daki Maze Cezaevinin sıra dışı güvenlik şartlarında sık sık soyularak aramanın şart olduğu sonucuna varılmış, komisyon bu şartların kişisel açıdan aşağılayıcı olmasına rağmen, özellikle fiziksel temas olmadığı için ve istismarı önlemek amacıyla

²²⁷ Costello – Robert– Birleşik Krallık, 25.03.1993, Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 945-946.

²²⁸ Kilkelly, s. 14.

²²⁹ Herczegfaluy – Avusturya Davası, 24.09.1992, Seri A-244.

²³⁰ Kilkelly, s. 30.

²³¹ Mc Feeley – Birleşik Krallık Davası, 15.05.1980 (Naklen, Kilkely, s. 29).

üçüncü bir görevlinin bulunması sebebiyle kasıtlı olarak aşağılayıcı olmadığına karar vermiştir.

2.3.4. Kişisel Verilere Erişim

Bazı kişisel bilgiler yönünden devlet kayıtlarına ulaşamama da özel hayata müdahale niteliğinde görülebilir. Örneğin Gaskin – Birleşik Krallık davasında²³² küçük yaşta devletin bakım ve gözetimi altına alınan başvuru, reşit oluncaya kadar bu sürenin önemli kısmını bakıcı ailelerin yanında geçirmiştir. Birleşik Krallık yasalarına göre, kamu makamları başvuru ve geçmişiyle ilgili belgelerin yer aldığı gizli bir dosya tutmakla yükümlüdür. Başvuru, bakımı sırasında bakıcı aileden kötü muamele gördüğü gerekçesiyle açtığı davada, bu gizli dosyadaki belgelerden bakıcı aile tarafından izin verilenlere ulaşabilmiş, dosyanın tümünü elde edememiştir. Bu bilgilere hiçbir sınırlama olmadan ulaşamamasının özel hayata müdahale olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuruçunun çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok fazla kişisel boyutları içeren kişisel dosyalarına erişememesini, bu dosyalar başvuruçunun geçmişi ve çocukluğu konusunda temel kaynak olması sebebiyle 8. madde çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir. Mahkeme'nin burada değerlendirdiği husus kamu yararı olan sosyal hizmet kayıtlarını gizli bir sistemde saklamak ile kişilik haklarından olan özel hayatı hakkındaki bilgilere erişebilmesi temel hakkıdır. Kayıtlara katkıda bulunan tarafın (bakıcı aile) onayına bağlı erişimin kabul edildiği sistemler 8. maddeye uygun ise de böyle bir tarafa ulaşamadığı veya bu tarafın rıza göstermediği durumlarda bilgilere erişim izninin verilip verilmeyeceği konusunda nihai kararı verecek olan bağımsız bir otorite bulunmalıdır. Bu önlemin getirilmediği durumlarda 8. madde ihlal edilmiş olacaktır²³³.

2.3.5. Basın Yoluyla Özel Hayata Müdahale Edilmesi

Basın yoluyla özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlali konusu komisyon ve mahkemece yeterince sorgulanmamıştır. Bu konuda kont ve kontes Spencer'ın basında özel hayatlarının sergilendiği konusunda açtıkları Spencer Birleşik

²³² Gaskin – Birleşik Krallık Davası, 08.07.1989, Seri A – 160, Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s. 916.

²³³ Kilkelly, s. 13.

Krallık Davası²³⁴ iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmediği için ele alınamamıştır²³⁵. Basın özgürlüğü ile kişinin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı karşı karşıya geldiğinde kişinin kamuya mâl olma derecesi, özel hayata müdahalenin niteliği ve derecesi ile devletçe bu konuda alınan önlemlerin etkin ve telafi edici olması gibi hususlar dikkate alınacaktır²³⁶. Komisyon R. Brüggemann et Scheuten - Almanya davasında²³⁷, görevleri veya uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişilerin hayatlarının gizli alanının bir kısmını kaybedeceklerini, bu gibi durumlarda kişilerin özel hayatlarına saygı isteme haklarının önemli ölçüde daralacağını belirtmiştir. Ancak bu kamuya mâl olan kişilerin hayatlarının her safhasının herkese açık olduğu anlamına gelmemektedir.

Von Honnover kararında²³⁸, Monoco Prensesi Alman mahkemeleri karşısında basında yer alan yalnızken, çocuklarıyla veya arkadaşlarıyla birlikteyken; bazen alışverişte bazen sporda, bazen de gözlerden uzak bir restorantta yemek yerken çekilen fotoğraflarının yayınlanması ile ilgili dava açmıştır. Bu davalardan çoğunu Alman mahkemeleri nezdinde kaybetmiştir. AİHM kararında, ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması dengesinde, kararı etkileyen hususun basılan fotoğrafların kamu yararı düşüncesine sağladığı katkıda yatmakta olduğuna değinmiş ve somut olaylardabaşvurucu resmi bir görev ifa etmediği ve fotoğraflar özel hayatının detaylarına ilişkin olduğu için böyle bir katkının olmadığını belirtilmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurunun kamu tarafından çok tanınan biri olmasına rağmen nerede olduğu ve özel hayatında genel olarak nasıl davrandığı konusunda, gizli bir yer olarak tanımlanamayacak alanlarda görüntülenmesi halinde de kamunun bunları bilme konusunda meşru bir çıkarının olmadığı kanaatindedir. Mahkeme burada ticari çıkar olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak başvurunun özel hayata saygı hakkı etkili bir biçimde korunmamıştır. Alman mahkemeleri başvurunun çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kuruyamayarak, 8. maddeyi ihlal etmiştir. Nitekim kişinin üzerinde sürekli birileri tarafından izlenme ve görüntülenme baskısının bulunması, bir

²³⁴ Spencer – Birleşik Krallık Davası, 16.01.1998, (Naklen, Kilkely, s. 13).

²³⁵ Kilkely, s. 13.

²³⁶ Kilkely, s. 13.

²³⁷ R. Brüggemann et Scheuten/ Almanya, 12.07.1977,(bkz. Gölcüklü / Gözübüyük, s. 336.).

²³⁸ Dinç, Güney; “Özel Yaşamın ve Aile Yaşamının Korunması”, <http://www.guneydinc.com/wp-content/makaleler/m-8.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2009. ; Von Hannover/ Almanya Davası, Çev. İkinci, Elif / Cengiz, Serkan; http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Caroline_Almanya_01.pdf , Erişim Tarihi: 20.05.2009.

nevi eziyet olarak değerlendirmiş ve kararda irdelenmiştir. Ayrıca Mahkeme, kişisel verilerin saklanması ve kopyalanmasını mümkün kılan yeni teknolojik gelişmeler karşısında, özel hayatın korumasına daha fazla özen gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.

3. AİHS'DE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

3.1. Sözleşmeye Göre Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kavramı Ve

Tanımı

Özel hayat kavramında olduğu gibi aile hayatı kavramı da zamana, kişiler arasındaki ilişkilerin geçirdiği değişime göre farklılaştığından, AİHM “aile”, “aile hayatı” ve “aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” kavramlarının tanımını yapmamıştır. Somut olayla ilgili davalarda, çeşitli ilişkilerin aile hayatı olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceğini değerlendirerek bu kavramın içeriğini doldurmaktadır.

Aile yaşamına etkili bir şekilde “saygı” ya ilişkin olarak kamu makamlarının keyfi müdahalelerinin önlenmesi kadar, bu konuda devletlere pozitif yükümlülükler de yüklenmiştir.

3.2. Sözleşmeye Göre Aile Hayatının Kapsamı

AİHM, incelediği davada öncelikle aile hayatının var olup olmadığını somut olaya göre değerlendirecektir. Bu nedenle aile hayatının korumasından yararlanacak ilişkilerin belirlenmesinde yarar vardır.

3.2.1. Aile Hayatı Sayılan İlişkiler

Aile kavramı, öncelikle eşleri ve çocukları kapsamına almaktadır. Evli olmayan anne ile çocuk arasındaki ilişki, aile hayatı kapsamında değerlendirilebileceği gibi, birlikte yaşayan erkek ve kadın, çocuklar ile dede, nine gibi yakın akrabalar, uzun süreden beri birlikte yaşamakta olmalarının yanında, birlikte yaşamasalar da aralarındaki kan bağı, manevi-duygusal-ekonomik ve benzeri bağlar, ortada bir aile kurumunun varlığına karine olabilir²³⁹.

²³⁹ Marckx – Belçika, p. 31; Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı – Birleşik Krallık, p.25; Berrehab – Hollanda, 21.06.1998, p. 62, (naklen Gözübüyük / Gölcüklü, s. 337).

Hem çocuk hem de yetişkin kardeşler de aile hayatının kapsamına girer²⁴⁰. Yine amca, dayı ve teyze, hala ve yeğeni arasındaki ilişkiler de özellikle yakın bağlar olduğuna dair kanıt bulunan durumlarda aile hayatı kapsamına girebilir. AİHM, Boyle – Birleşik Krallık davasında bir amca ile yeğeni arasındaki ilişkiyi, yeğen hafta sonlarını amcası evinde geçirdiği ve ulusal yetkililerin amcayı çocuk için “iyi bir baba modeli” olarak değerlendirmeleri sebebiyle aile hayatı kapsamında kabul etmiştir²⁴¹. Ayrıca evlat edinmeyle de aile bağı kurulur²⁴².

3.2.2. Aile Hayatı ve Evlilik

Hukuken evli ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler her zaman AİHS’nin 8/1 maddesi kapsamına girer. Evlilik ilişkisinin varlığı kural olarak ulusal hukuka göre çözümlenecektir. Çocuklarıyla birlikte yaşayıp evli olmayan çiftler de ilişki istikrarlı ise ve diğer yönleriyle evli olan bir aileden ayırt edilemiyorsa aile hayatı yaşıyorlar kabul edilebilir²⁴³.

Anne ile çocuk arasındaki ilişkiler annenin medeni haline bakılmaksızın 8. madde kapsamına girer²⁴⁴. Aynı kararda Mahkeme anne ve çocuk arası aile bağının doğum ve doğum sonrası oluşan biyolojik bağ nedeniyle oluştuğunu kabul etmiş ve “aile hayatına saygı”nın doğum anından itibaren çocuğun ailesine bütünleşmesini sağlayan yasal güvencelerin var olduğunu ima ettiğini belirtmiştir.

Babanın belirlenmesi yönünden Mahkeme’nin yaklaşımı yasal düzenlemelerden ziyade, sosyal ve biyolojik gerçeklere öncelik verilmesidir. K.Z ve S-Hollanda davasında başvuru, babalığa dair yasal karineye karşı çıkmamasının, 8. maddenin ihlali olduğunu iddia etmiş, Mahkeme kararında, yasal karinenin somut olay itibarıyla kimseye faydası olmadığını, gerçeklerle ve tarafların istekleriyle geliştiğini ve fakat çürütülemez olmasının ihlal olduğu sonucuna varmıştır²⁴⁵.

²⁴⁰ Kilkelly, s. 17.

²⁴¹ Boyle – Birleşik Krallık, 28.02.1998, (naklen, Kilkely, s.17).

²⁴² Keagen – İrlanda, 26.05.1999, p.44, kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 956.

²⁴³ Johnston – İrlanda, 18.12.1986, kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 906.

²⁴⁴ Marckx – Belçika, p. 31.

²⁴⁵ K, Z ve S- Hollanda, 27.10.1994, p.40 bkz. Doğru, s. 959.

Evliliğin sona ermesi ile aile hayatı sona ermez. Boşanan eşler ve çocukları arasındaki ilişkiler de 8. madde kapsamındadır. Aile hayatı için birlikte yaşamak da şart değildir²⁴⁶.

Mahkeme'nin Boughanemi-Fransa davasında belirttiği gibi, "aile hayatı" kavramı, bir arada yaşanmadığında bile, çocuk meşru olsun veya olmasın bir anne veya baba ile çocuğu arasındaki bağı kapsar²⁴⁷. Bu davada Mahkeme, davacının evlilik dışı ilişkisinden doğmuş ve çok az ilişki kurmuş olduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin 8. madde anlamında aile hayatı olduğuna karar vermiştir. Yine bir babanın çocuğunu kabul etmekte gecikmesi veya çocuğa maddi destek vermemesi, çocuğunu başka bir ülkeye göç ederken akrabalarının bakımına bırakmasının aile hayatının varlığını etkilemeyeceği gibi, evli olmayan baba ve kızının hiç bir arada yaşamamış olmalarının ve düzenli temas halinde bulunmamalarının da aile hayatının varlığını etkilemeyeceği vurgulanmıştır²⁴⁸.

Aile hayatı için aranacak asıl kriter, "yeterli düzeyde ve yakın kişisel ilişki" olduğundan kan bağı da aile hayatı için şart değildir²⁴⁹.

3.3. Sözleşmeye Göre Aile Hayatına Müdahale Edilmesi

3.3.1. Velayet Kararları

Boşanma davası ile çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesinin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği iddia edilebilir. Bu konuda Mahkeme devletlere geniş takdir hakkı vermiştir. İzlenecek yasal prosedürün keyfi olmaması, başka bir deyimle tarafların hak ve çıkarlarının göz önünde bulundurulması halinde Sözleşmenin ihlali söz konusu olmayacaktır²⁵⁰. Ancak Hofmann-Avusturya kararında olduğu gibi eşlerden birinin dinsel tercihi nedeniyle velayet hakkının kısıtlanması, Mahkemece 8. maddenin ihlali sayılmıştır²⁵¹.

Devletler anne-babanın velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması yönündeki haklarının yerine getirilmesini sağlamak için şartlar çerçevesinde gerekli tüm önlemleri almalıdırlar. Mahkeme, 8. maddenin devletleri bu konularda mahkeme emirlerinin

²⁴⁶ Kilkelly, s. 46.

²⁴⁷ Kilkelly, s. 16.

²⁴⁸ Söderback – İsveç, 28.10.1998; C – Belçika, 07.08.1996; Ahmut – Hollanda, 27.10.1994, bkz. Doğru, s. 1010, 975, 980.

²⁴⁹ Kilkelly, s. 15.

²⁵⁰ Kilkelly, s. 46–47.

²⁵¹ Kilkelly, s. 47.

yerine getirilmesini sağlayacak aktif önlemler almaya zorlayabileceği kanaatindedir. Bu tür önlemlerin niteliği ve derecesi her davada ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Devlet bu tür konularda, tüm çıkar ve hakları, özellikle de çocuğun haklarını göz önünde bulundurmaktadır²⁵². 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 yükümlülükler yüklemiştir. Hokkanen-Finlandiya 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 ulaşılmamıştır²⁵³.

3.3.2. Koruma Altına Alma Kararları

Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, aileyi tekrar bir araya getirme yükümlülüğünü de kapsar. Aileden alınarak ya devletin bakım ve gözetimine alınan ya da koruyucu aile yanına yerleştirilen çocukların bu durumu gerektiren şartlar sona erdiğinde çocuğun çıkarlarını göz önünde bulundurarak ailenin bir araya getirilmesi öngörülmektedir. Mahkeme Johanson-Norveç davasında, anne-babanın çocukla kişisel ilişki kurması ve velayetin daimi olarak önlenmesini gerektiren önlemlerin ancak istisnai durumlarda alınabileceğini, bu istisnanın da ancak çocuğun haklı çıkarlarının olabileceğini belirtmiştir²⁵⁴.

Çocuğun bir bakım kurumuna yerleştirilmesi konusunda Mahkeme'nin yaptığı iş, bu bakım kararının sözleşmeye uygun olup olmadığını belirlemektir. Bu belirleme her davada ayrı ayrı yapılacaktır. Devletlere bu konuda tanınan takdir hakkı geniş olmakla birlikte sınırsız değildir. Devletler bu gibi durumlarda, çocuğun korunması için tek seçeneğin bu olduğunu ispatlayacaklardır. Mahkeme, çocuklarının duygusal ve entellektüel ihtiyaçlarını karşılayamayan anne-babadan çocuğun alınarak bakımının başkalarına verilmesini, çocukların gelişmelerindeki gerilik ve alınan diğer önlemlerin başarısız olduğu, davalı devletçe ispatlanamadığından bakım altına alınma nedenlerini

²⁵² Hokkanen – Finlandiya, 23.09.1994, bkz. Doğru, s. 959.

²⁵³ Kilkelly, s. 47.

²⁵⁴ Kilkelly, s. 48.

“ilgili” ve “yeterli” bulunduğundan, devletin aile hayatına müdahalesini sözleşmeye uygun bulmuştur²⁵⁵.

Bakım altına alma kararları kadar, bu dönemde yapılacak düzenlemeler ve aile hayatı ilişkisinin sağlanmasına yönelik önlemler de 8. maddenin ihlalini oluşturabilir. Olsson-İsveç davasında mahkeme aileden alınan üç çocuğun birbirleriyle ve aile üyeleri ile kişisel ilişkiyi zorlaştıracak biçimde yüzlerce kilometre uzaklıktaki koruyucu aileler yanına yerleştirilmelerindeki idari zorlukların (uygun koruyucu aile olmaması, yerleştirme imkânı olmaması vb.) ikinci derecede etken olduklarını ve amaçla orantılı müdahalede bulunmadığını benimsemiştir²⁵⁶. Şu halde Mahkeme, çocukların bakım altına alınması halinde, anne-baba ile çocuklar arasındaki kişisel bağın devamına ayrı bir önem vermektedir. Andersson-İsveç davasında, başvuru anne, oğlu ile onsekiz aylık bir süre boyunca mektup ve telefon yoluyla temasının yasaklanmasını 8. maddenin ihlali olduğunu iddia etmiş, yetkililer çocuğun tedaviye ihtiyacı olup, bakımdan kaçması olasılığı nedeniyle böyle bir müdahalede bulunulduğunu savunmuşlarsa da mahkeme bu derece ciddi önlemlerin bu gerekçeyle açıklanamayacağını ve 8. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir²⁵⁷.

Mahkeme anne-babanın keyfi müdahalelere karşı korunması taraftarıdır. Anne-babanın çocuğu ile ilgili kararları verme konusunda mahkemece belirlenmiş bazı hakları vardır. Bunlardan en önemlisi, anne-babanın çocuğu ile ilgili konularda, özellikle geri dönülmez konularda karar mekanizmasında yer alması hakkıdır. Örneğin; anne-babanın bilgisi dışında ve katılımı olmadan uzun süreli olarak çocuğun koruyucu aile yanına evlat edinilmesi amacıyla yerleştirilmesi yönündeki uygulama 8. maddenin ihlali sayılmıştır²⁵⁸. Çocuğun rıza ve bilgi dışı evlat edinilmesi de Sözleşmenin ihlali niteliğindedir. İrlanda hukukunda, doğal babanın evlatlık sürecinde hiçbir söz hakkı bulunmamasının 8. maddenin ihlali olduğu yönündeki davada mahkeme, babanın aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁵⁹.

²⁵⁵ Olsson – İsveç Davası, 27.11.1992, bkz. Doğru, s. 942 – 943.

²⁵⁶ Olsson - İsveç Davası, p. 82

²⁵⁷ Kilkelly, s. 50.

²⁵⁸ W – Birleşik Krallık, 08.07.1987, bkz. Doğru, s. 908.

²⁵⁹ Keagen – İrlanda, 26.05.1994, bkz. Doğru, s. 956.

3.3.3. Sınırdışı Edilme

Mahkeme sınırdışı etme kararının 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlerken sınır dışı edilme nedenleri (Suç işlenmesi, 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)²⁶⁰ birlikte değerlendirilir.

Mahkeme, sınır dışı edilmenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki etkisini sınır dışı edilme ile ulaşılmaya çalışılan hedefle orantılı olup olmadığını her olayda ayrı ayrı irdeler. Moustaguim-Belçika davasında, Faslı olan başvurucunun, Belçika'ya iki yaşında gelmiş olup, tüm akrabalarının Belçika'da olması, yine Mehemi-Fransa davasında, Fransa'da doğmuş ve okumuş olan başvurucunun eş ve çocukları da dâhil ailesinin büyük bir kısmının Fransa'da yaşaması nedeniyle başka bir yerde yaşamasını beklemek mahkemeye göre makul olmadığından 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır²⁶¹. Ancak başka bir davada, Tunuslu olan başvurucunun Tunus'la bağlarını devam ettirmesi, Arapça bilmediği ve Tunus'daki aile bireyleri ile kişisel ilişkilerini kestiğini savunmaması ve işlediği suçtan dolayı sınır dışı edilmesi, 8. maddenin ihlali olmadığı yönündeki kararda etkili olmuştur²⁶².

Sınır dışı edilme kararları, aile üyeleri arasındaki ilişkileri de etkileyebilir. Berrehab-Hollanda 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, sınırdışı 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 etmiştir²⁶³.

²⁶⁰ Kilkelly, s. 53-54.

²⁶¹ Moustaguim – Belçika, 18.02.1991, bkz. Doğru, s. 924; Mehemi – Fransa; 26.09.2000, bkz. Doğru, s. 992.

²⁶² Boughanemi – Fransa, 24.04.1996, bkz. Doğru, s. 974.

²⁶³ Berrehab – Hollanda, 21.06.1988, bkz. Doğru, s. 913.

4. AİHS’DE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

4.1. Sözleşmeye Göre Konut Kavramı Ve Tanımı

Bir yerin ancak 8. madde kapsamında “konut” olduğu belirlendikten sonra, bu maddenin korunmasından yararlanılır. Konut, *kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer*²⁶⁴ olarak tanımlanabileceği gibi AİHS’nin 8. maddesindeki konutun; *bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer* olarak tanımlanması da mümkündür²⁶⁵. Mahkeme bir yerin konut olup olmadığını, her olay için, olaya özgü olarak değerlendirmektedir. İster kiralık olsun, ister mülk olsun her türlü konut bu madde kapsamına girer. Yine konutun eklentileri de konut kavramının içerisinde yer almaktadır. Ancak bir binada yer alan pek çok konutun kullandığı ortak alanlar (merdivenler, asansör gibi yerler) özel hayatın sürdürüldüğü yerler olmadığı için konut kavramı içinde düşünülemezler.

İşyerleri konut kavramının içerisinde düşünülemez. Ancak Mahkeme bir kararında²⁶⁶ hem iş yeri, hem de konut olarak kullanılan büroyu, kişinin özel hayatını da orada sürdürmesini dikkate alarak konut kavramı içinde değerlendirmiştir.

4.2. Sözleşmeye Göre Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı

AİHS m. 8’e göre yaşanan bütün yerler konut olabilir. Oturulan ev, her şeyden önce konut kavramının kapsamında yer almaktadır. Kişinin konutunun mülkiyetine sahip olması durumunda hem 8. maddeden hem de 1. protokolün 1. maddesinde ifade bulunan mülkiyete saygı gösterilmesi hakkının korunmasından yararlanacaktır.

Mahkemeye göre, konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dâhildir²⁶⁷. Mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de konut olarak sayılmıştır²⁶⁸.

²⁶⁴ Gözübüyük / Gölcüklü, s. 340.

²⁶⁵ Kilkelly, s. 18.

²⁶⁶ Chappell/ Birleşik Krallık, 30.03.1989, (bkz. Kilkelly, s. 70.) ; Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 340.

²⁶⁷ Powell ve Rayner – Birleşik Krallık Davası, 21.02.1990, p. 45, bkz. echr.coe.int.

²⁶⁸ Chappell – İngiltere, 30.03.1998, p.34, bkz. Doğru, s. 915.

4.3. Sözleşmeye Göre Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi

4.3.1. Kasıtlı Saldırıları

Devlet tarafından konuta kasıtlı olarak saldırılması, örneğin devlet veya temsilcileri tarafından köy ve evlerinin yakılması ve bu nedenle kişilerin başka yerlere taşınmaya zorlanması mahkemece konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali sayılmıştır²⁶⁹.

Konuta saygı gösterilmesi hakkı konusunda devletlerin negatif (müdahale etmeme) yükümlülükleri olduğu gibi, pozitif yükümlülükleri de vardır. Devlet, özel kişilerden bu hakkın ihlaline yönelik saldırılara karşı koruyucu tedbirler alacaktır²⁷⁰.

Mahkeme Akdivar ve Diğerleri / Türkiye davasında terör bölgesinde yaşayan başvuranların, evlerinin yıkılması, yakılması ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında; kişinin oturduğu evin ve içindeki eşyaların kasıtlı olarak yakılması ve bu şekilde kişinin evinde oturmasının engellenmesi konutuna saygı gösterilmesi hakkının ağır ihlalidir²⁷¹.

Aynı yöndeki bir başka dava olan Bilgin / Türkiye²⁷² davasında; başvuran, olay tarihinde köylerine gelen jandarma görevlilerinin, geçim kaynakları olan kurutmuş oldukları tütünleri ve evlerini içindeki eşyalarla birlikte yaktıklarını, ailesiyle birlikte geçim kaynakları ve evlerini kaybettiklerinden dolayı yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kaldığını, Devletin AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın, güvenlik güçleri tarafından evinin ve eşyalarının yok edildiğini, geçim kaynaklarından yoksun bırakılarak ailesiyle birlikte yaşadığı yeri terk etmek zorunda bırakıldığı ve bu eylemin 8. maddenin ikinci fıkrasındaki meşruluk şartlarını taşımadığı sonucuna varmıştır. Bu fiillerin, başvuranın özel ve aile yaşamına, ikametgahına ve mülkiyetinden faydalanma hakkına ağır ve haksız bir müdahale

²⁶⁹ Akdivar ve diğerleri – Türkiye, 16.09.1996, bkz. İnsan Hakları Mahkemesi Kararları-1997 Yılı Bülteni, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1998.

²⁷⁰ Velosa Baretta – Portekiz, 21.11.1995, bkz. Doğru, s. 970.

²⁷¹ Akdivar ve Diğerleri / Türkiye, 16.09.1996, İnsan Hakları Mahkemesi Kararları-1997 Yılı Bülteni, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1998.

²⁷² Bilgi / Türkiye, 16.11.2000, Kararın Türkçe özeti için bkz.; <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp?start=76>, Erişim Tarihi: 15.05.2009. ; Aynı yönde bkz. Üzeltürk, s. 250-251.

oluşturduğu şüphe götürmez bir gerçektir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği kanaatindedir.

4.3.2. Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi

Mahkeme, oturulmakta olan evin kamulaştırılmasını konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak nitelendirmekte ise de bu müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığı 8. maddenin 2. fıkrasındaki ölçülere göre değerlendirilecektir²⁷³. Şunu da belirtmek gerekir ki, kamulaştırma konusunda devletlere sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle geniş bir takdir hakkı tanınmıştır²⁷⁴.

Komisyonca, konuta saygı hakkının ihlal edildiği diğer bir hal olarak, Kıbrıslı Rumların evlerinden çıkartılarak adanın başka bir yerine götürülüp evlerine dönmelerinin engellenmesi durumudur²⁷⁵.

4.3.3. Arama ve El koyma

Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması da yine tipik müdahale hallerindendir. Mahkeme yapılan müdahalenin 2. fıkra göre uygunluğunu denetler. Devlet ve temsilcilerince yapılacak aramanın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda devletin durumun gerektirdiği yeterlilikte ve etkin koruma sistemi sağlaması, aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı ve orantılılık ilkesi inceleme konusu yapılacaktır.

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

²⁷³ Gözübüyük / Gölçüklü, s. 340.

²⁷⁴ Kilkelly, s. 56.

²⁷⁵ Loizidou – Türkiye, 18.12.1996, Kıbrıs – Türkiye, 10.05.2001, bkz. Doğru, s. 1140-1141.

İsviçre kanunlarındaki şu özelliklerin mahkemece yeterli korumayı sağladığı belirlenmiştir: Arama, sadece sınırlı sayıdaki üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel olarak eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, bu görevden ayrılmakla yükümlüdür; evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa arama yapılabilir; önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durum haricinde aramalar pazar ve tatil günlerinde ve gece yapılamaz; bir aramanın başında, araştırmayı yürüten yetkili kimliğini göstermeli ve söz konusu yerdeki kişiye aramanın başında, araştırmayı yürüten yetkili kimliğini göstermeli ve söz konusu yerdeki kişiye aramanın nedeni hakkında bilgi vermeli ve arama sırasında söz konusu kişinin veya akrabasının veya evdeki başka bir üyenin de hazır bulunması istenmelidir; prensipte, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli kamu yetkilisi de olmalıdır; aramaya katılan kişilerin önünde arama konusunda bir rapor hazırlanmalı ve eğer isterlerse söz konusu kişilere ve arama emrinin ve raporun bir kopyası verilmelidir; belge aranması özel kısıtlamalara tabidir; mevcut şartlar ne olursa olsun, şüphelinin yasal bağlamda bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır; arama kararından etkilenen ve arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden çıkarı olan herkes, federal mahkemeler şikâyetinde bulunabilir; kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan şüpheli, ortaya çıkan zarar için tazminat talebinde bulunabilir²⁷⁶.

AİHM, Funke – Fransa davasında, arama ve el koyma için mahkeme kararının gerekliliğini belirtmiştir. Aramadan önce mahkeme kararının alınması, konuta saygı gösterilmesi hakkının bir teminatıdır. Adı geçen davada Fransa Hukuk Sistemine göre gümrük yetkilileri gümrük suçlarında aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğunu ve kapsamını münhasıran değerlendirme yetkisine sahip olup, bu yetkiye dayanarak başvuruçunun yurt dışındaki malları konusunda bilgi edinmek için evini aramışlar ve yurt dışındaki banka hesapları hakkındaki belgelere el koymuşlardır. Mahkeme bu davada, arama ve el koyma konusundaki yasal düzenlemenin, başvuruçunun 8. maddede

²⁷⁶ Camenzina – İsviçre Davası, 16.12.1997, p. 40, naklen, Kilkely, s. 58-59.

korunan haklarını yeterince koruyucu önlemleri almadığı ve 8. maddenin ihlal edildiğini kabul ederken şu hususunda da altını çizmiştir:

“Mahkemeden arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir durumda, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartlar, davacının haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla tamamen orantılı olarak görülemeyeceği kadar gerçek ve hukuki boşluklarla dolu gibi görünmektedir”²⁷⁷.

Bazen aramadan önce mahkeme kararı alınmasına rağmen 8. maddenin ihlali söz konusu olabilir. Bu husus orantılılık ilkesinin ihlal edildiği durumlarda olur. Niemietz – Almanya davasında avukat olan başvurucuya ait işyerinin bir suçla ilgili davada kullanılan belgeleri bulmak amacıyla mahkeme kararı ile aranması durumunda, bu arama, düzenin bozulması, suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması amacıyla orantılı bulunmadığından ihlalin varlığı kabul edilmiştir. Arama emrinin genel ifadeler taşıması, incelenen belgelerin bir kısmının mesleki gizlilik ilkesinin ihlaline neden olacak belgelerden bulunması nedeniyle Alman Kanunlarının arama yetkisinin kullanılması konusunda, aramanın usulüne ilişkin teminatları içermemesi nedeniyle uygulama amacıyla orantısız olduğu belirlenmiştir²⁷⁸.

4.3.4. Terör Suçları ile İlgili Soruşturmalarda

Terör suçları nedeniyle yapılan soruşturmalarda “makul şüphe” kavramı karşımıza çıkar. Mahkeme, Murray – Birleşik Krallık davasında terör suçu işlendiğine dair makul bir şüphe bulunan başvurucunun, tutuklanması için konutuna girilip arama yapılması ihtiyacının mevcudiyetini göz önüne almıştır. Mahkeme somut olayda, başvurucu ve aile üyelerinin konutuna girilerek, bir süre odada tutularak aranmasını, aramanın olay çıkmadan yapılmasını amaçladığını ve kullanılan yöntemle hedeflenen amacın orantılı olduğu gerekçesiyle ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, kararını verirken, özellikle bir devletin terör örgütlerinin yarattığı tehlikeden vatandaşlarını ve kurumlarını koruma yönündeki sorumluluğunu ve terör suçları nedeniyle şüpheli görülenlerin tutuklanıp gözaltına alınmasına ilişkin özel zorlukları değerlendirmiştir²⁷⁹.

²⁷⁷ Funke – Fransa, 25.02.1993, bkz. Doğru, s. 944.

²⁷⁸ Niemetz – Almanya, 16.12.1992, bkz. Doğru, s. 994.

²⁷⁹ Murray – Birleşik Krallık, 25.10.1994, bkz. Doğru, s. 960.

4.3.5. Vergi Suçları

Konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin uygun görülebileceği bir başka konuda vergi kaçırılması ve yurtdışına sermaye kaçışının önlenmesi durumudur²⁸⁰.

AİHM, küçülen dünyada ulusal sınırların kolayca aşılabilmesi, finansal konuların çok uluslu boyutu ve diğer zorlukları nedeniyle kambiyo denetimi suçlarında kanıt toplanması amacıyla konutun aranması ve el koymanın gerekli olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu konudaki yasal düzenlemelerin uygun ve yeterli teminatları içermesi gerekir²⁸¹.

4.3.6. İmar Uygulamaları

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 tanındığı ancak kamu yararı ile başvurunun konuta saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiği belirtilmiştir²⁸².

4.3.7. Gürültü ve Çevre Kirliliği

Gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali mümkündür. Heatrow Havaalanındaki hava trafiğinin neden olduğu aşırı ses nedeniyle 8/1. maddedeki hakların ihlal edildiği için yapılan başvuruda, AİHM., bireylerin 8/1. maddede korunan menfaatleri ile toplumsal çıkarların çatıştığı bu davada bu iki menfaat arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiş, devlet yetkililerin uçakların sesini kontrol etmek, durdurmak ve gürültü nedeniyle aldıkları yasal önlemleri göz önüne almış ve bu dengenin kurulduğunu kabul ederek başvuruyu ciddi bir dayanaktan yoksun bulmuştur²⁸³.

Yine başvurunun evine birkaç metre uzaklıktaki atık işleme tesisinin koku, ses ve çeşitli gazlar nedeniyle yarattığı kirliliğin 8. madde ihlali nedeniyle açılan bir davada da

²⁸⁰ Örnek olarak: Mialhe – Fransa Davası, 25.02.1993, bkz. Doğru, s.945; Cremieux – Fransa Davası, 23.02.1993, bkz. Doğru, s. 944.

²⁸¹ Mialhe – Fransa Davası ve Cremieux – Fransa Davası.

²⁸² Buckley – Birleşik Krallık, 25.09.1996, bkz. Doğru, s. 977.

²⁸³ Powell ve Rayner – Birleşik Krallık Davası, 25.09.1996, bkz. Doğru, s. 977.

kasaba halkının atık işleme tesisine sahip olması nedeniyle ekonomik refahı ile davacının hakları arasındaki adil denge sorgulanmış; ağır çevre kirliliği bireylerin sağlığını ciddi biçimde tehlikeye sokmasa da özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyecek biçimde konutlarında yaşamalarını önleyebileceğinden 8. maddenin ihlal edildiği adil dengenin kurulamadığı sonucuna varmıştır²⁸⁴. Mahkeme, çevre kirliliği yanında sağlığı tehdit eden risklerin bulunması durumunda bu risklerden etkilenebilecek kimselere bu riskler konusunda bilgi verilmemesini bile konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali saymıştır²⁸⁵.

5. AİHS'DE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

5.1. AİHS'ye Göre Haberleşme Kavramı Ve Tanımı

Kişiler arasındaki her çeşit yol ve malzeme aracılığı ile gerçekleştirilen düşünce iletişimine haberleşme denir²⁸⁶. Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı ise, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden kişinin başkalarıyla iletişim hakkıdır²⁸⁷. AİHM, diğer özel hayatın unsuru olan kavramlarda olduğu gibi haberleşme konusunda da açık ve net bir tanım yapmamıştır.

5.2. AİHS'ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkının Kapsamı

8. maddedeki koruma, kişiler arasındaki özel nitelikli haberleşme olarak nitelendirilen “bireysel haberleşme” ye yönelik olup, “kitle haberleşmesi” bu maddenin kapsamı dışında yer almaktadır²⁸⁸. Posta yoluyla gönderilen malzemeler yanında telefonla²⁸⁹ ve teleksle²⁹⁰ gönderilen malzemeler de haberleşme kapsamına girer.

8. maddede korunan, haberleşmenin içeriğinden ziyade yolu ve tarzı ile ilgilidir. Özel telefondan ve iş telefonundan yapılan görüşmeler de 8. maddenin korumasındadır²⁹¹. Haberleşmenin önlenmesi, ceza ve tutukevlerinde bulunma halinde de 8. maddenin ihlali söz konusu olabileceğinden, bu durumlar da hakkın kapsamında yer alır.

²⁸⁴ Lopez Ostra – İspanya Davası, 09.12.1994, p.51, bkz. Doğru, s. 961.

²⁸⁵ Guerra ve diğerleri – İtalya, 19.02.1998, bkz. Doğru, s. 957, s. 998.

²⁸⁶ Gözübüyük / GÖLCÜKLÜ, s. 341.

²⁸⁷ Kilkelly, s. 19.

²⁸⁸ Gözübüyük / GÖLCÜKLÜ, s. 341.

²⁸⁹ Klass ve diğerleri – Almanya Davası, 06.09.1978, p. 41, bkz. Doğru, s. 246 vd.

²⁹⁰ Kilkelly, s. 19.

²⁹¹ Hallford – Birleşik Krallık, 25.06.1997, Naklen Kilkelly, s. 19.

5.3. AİHS'ye Göre Haberleşmeye Saygı Gösterilmesi Hakkına Müdahale Edilmesi

5.3.1. Telefon Dinlenmesi

Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının çoğu zaman diğer özel hayata saygı gösterilmesi haklarıyla birlikte ihlal edildiği görülmektedir ki, telefon dinlenmesi de bunun tipik örneklerindendir.

Klass ve diğer Almanya davasında başvurucular, 13 Ağustos 1968 tarihli “Mektup Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlandırılması Hakkındaki Kanun” un bazı makamlara kişinin mektup ve postasını açma ve inceleme, telgraf mesajlarını okuma, telefon konuşmalarını dinleme ve kaydetme yetkisi vermesinin haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu davada başvuruların doğrudan haberleşmelerine müdahalede bulunmadığı halde, adı geçen yasa gereği herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonunun potansiyel olarak izlenebileceği gerekçesi ile ilgili yasal düzenlemenin tüm kullanıcıları ilgilendirdiği ve davacıların da yasadan doğrudan etkilendikleri ve “mağdur” oldukları kabul edilerek, 8. maddeye uygunluğu denetlenmiştir. Mahkeme davaya konu yasayı incelediğinde, davalı devletin ulusal güvenlik amacıyla ve suçla düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahalesinin haklı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu kararında özellikle davalı devlette, müdahaleyi düzenleyen kanunların devlet yetkililerince suistimaline karşın yeterli ve etkisiz güvence sistemi kurulup kurulmadığını da incelemiştir²⁹².

Kamu düzeni ve kamu sağlığını yakından ilgilendiren uyuşturucu kaçakçılığı suçu nedeniyle suç ve faillerin ortaya çıkarılması amacıyla başvurucunun telefonlarının dinlenip, kayda alınmasına 8. maddenin ihlali olmadığı sonucuna varılmıştır²⁹³.

Oysa Malone-Birleşik Krallık davasında²⁹⁴ başvurucunun bir cezai soruşturmada polis tarafından telefonlarının ve postalarının izlenmesine imkân veren uygulamaya yönelik yasal düzenlemenin açıklık arz etmemesi, devlet temsilcilerinin takdir alanının belirsiz olması ve demokratik bir toplumda “hukukun üstünlüğü” prensibi gerçeği kişinin asgari hukuki korumasının gerçekleşmediği gerekçesi ile anılan müdahalenin “kanunla açıkça

²⁹² Klass ve diğerleri – Almanya, p. 50.

²⁹³ Zudwig Ludi – İsviçre, 15.06.1992, bkz. Doğru, s. 938–939.

²⁹⁴ Malone – Birleşik Krallık, 26.04.1985, bkz. Doğru, s. 862–863.

öngörülme” şartına uygun olmadığına karar verilmiştir. AİHM.’nin bu kararından sonra Birleşik Krallık, haberleşmenin izlenmesine ilişkin yasal mevzuatını, Mahkemenin yorumu doğrultusunda değiştirmiş ve ayrıntılı bir yasal çerçeve getirip, kanuni izleme sebeplerini ayrıntılı olarak göstermiş ve yasaya aykırı izlemeyi de suç saymıştır.

5.3.2. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi

Mahkeme cezaevindeki hayatın kısıtlı olduğunu ve bazı sınırlamalar getirdiğini kabul etmekle birlikte, buradaki tutuklu ve hükümlülerin de haberleşmeye saygı gösterilmesi haklarının bulunduğunu belirtmektedir.

Golder-Birleşik Krallık davasında²⁹⁵ hükümlü olan başvurucunun, kendisine hakaret eden gardiyana karşı dava açma hakkını kullanmak için avukatıyla görüşme isteminin reddi, davanın konusunu oluşturmaktaydı. Davalı devlet, müdahalenin tüzük gereği ve Sözleşmenin 8/2. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunu savunmuştu. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken hapisliğin olağan ve makul koşullarının da değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayarak başvurucunun bir avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme’nin 6. maddesindeki başka bir hakkın kullanılmasına hazırlık oluşturacağından, bu uygulamanın demokratik bir toplum için gerekli bulunmasını, 8. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir.

Tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının okunması da bir diğer müdahale şeklidir. Campbell-Birleşik Krallık davasında²⁹⁶ başvurucu, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ile yaptığı yazışmaların okunması suretiyle haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, avukatla yapılan yazışmaların gizli olduğunu ve bunlara yapılan müdahalenin sağlam bir açıklaması olması gerektiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme’ye göre ancak istisnai durumlarda bütün yazışmalara müdahale mümkündür. Mahkeme “mektubun içinde, normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe bulunması” halinde açılmasını kabul eder²⁹⁷. Ancak bu durumda bile mektup açılıp okunmaması yönünde yeterli önlemler alınmalıdır. Buradaki makul gerekçe mevcut şartlara göre

²⁹⁵ Golder – Birleşik Krallık, 17.06.1971, bkz. Doğru, s. 937.

²⁹⁶ Campbell – Birleşik Krallık, 25.03.1992, bkz. Doğru, s. 937.

²⁹⁷ Campbell – Birleşik Krallık, p.48, kararın İngilizce metni için bkz. echr.coe.int

değişebilecektir²⁹⁸. Mektubun okunabilmesi ise “yetkililerin, mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başka şekillerde suç teşkil etmesi sonucu, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa” mümkündür²⁹⁹.

Schönenberger ve Durmaz-İsviçre Davasında, uyuşturucu suçundan tutuklu olan başvurucuya eşi tarafından tutulan avukatın gönderdiği ve başvurucuya susma hakkını hatırlatan ve bu konuda talimatlar veren mektubun iletilmemesinin m. 8/1’in ihlali olduğu davaya konu edilmiştir. Davalı devlet, mektuptaki yasal tavsiyelerin ilerde ceza davasının sağlıklı yürütülmesini tehlikeye atacağı gerekçesiyle mektubun iletilmediğini savunmuştur. AİHM, mektupta tavsiye edilen susma hakkının taraf devletlerde kabul gören yasal bir yol olduğunu, bu nedenle haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir³⁰⁰.

Tutukluların yazışmalarına yapılan müdahalelerde yapılan yazışmanın içeriği önem kazanmaktadır. Bir davada başvurucuların mektuplarının cezaevi yönetimince postalanmaması ve idarece denetlenmesi m. 8/2’deki kriterlerde değerlendirilmiştir. İlgili kararda suç ve düzensizliği önleme amacıyla yapılan bazı müdahalelerin cezaevi hakkındaki bilgileri içeren ve cebir tehdit sözleri içeren mektupların gönderilmemesini suç ve düzensizliği önleme amacıyla, uygun ve yeterli gören Mahkeme, m. 8/1’in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır³⁰¹.

6. AİHS 8. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda da değinildiği gibi m. 8/1’de koruma altına alınan hak ve özgürlükler belirtilmekte; ikinci fıkrasında ise bu korumanın mutlak olmadığı, müdahalelere tabi tutulabileceği vurgulanmıştır. Söz konusu haklarla ilgili olarak alınan önlemlerin, m. 8’e uygun olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili devlete “*takdir hakkı*” adı verilen belirli bir yetki de tanınmıştır. Buna, ilk defa, m. 10 (ifade özgürlüğü) kapsamındaki *Handyside* (7.12.1976) kararında değinilmişse de, bu prensip m. 8 ile ilgili olarak açılan davalar bakımından da geçerlidir. Söz konusu karara göre;

²⁹⁸ Kilkelly, s. 42.

²⁹⁹ Kilkelly, s. 42.

³⁰⁰ Schönenberger ve Durmaz – İsviçre, 20.06.1998, bkz. Doğru, s. 912 vd. Kilkelly, s. 43.

³⁰¹ Silver ve diğerleri – Birleşik Krallık, 25.03.1989, Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 971 vd.

“...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. Bu nedenle m. 10 (2) taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya... hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir.”

Ancak bu yetkinin akit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediği Mahkemece belirtilmiş ve devletlerin, Sözleşme’nin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekte sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, bu konuda nihai karar verme yetkisi Mahkemeye ait olup, ulusal makamlara tanınan takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığı mevcut şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişiklikler gösterecektir³⁰².

Mahkeme, söz konusu takdir hakkına, birinci olarak, m. 8’e yapılan bir müdahalenin, 2. fıkrada belirtilen kamu çıkarı dayanağına göre yerinde olup olmadığını belirlerken; ikinci olarak ise, bir devletin, bu hüküm kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine uymak için yeterince çaba sarf edip etmediğini değerlendirirken olmak üzere iki temel durumda başvurmuştur:

X.Y / Hollanda davasında mahkeme, devletin yükümlülükleri ile ilgili olarak şu ifadelerle yer vermiştir: *“M. 8 sadece devleti... müdahale etmeye kaçınmaya zorlayamaz. Bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir.”*

Arama ve el koyma konularında ise Mahkeme, Sözleşme’ye taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel delil bulmak için konutların aranması ve mallara el konması gibi

³⁰² Göçer, Mahmut; Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslar arası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 114–115.

önlemlere başvurusu gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bir bireyin m. 8/1 çerçevesindeki, özel hayat veya aile hayatına dair haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. Mahkeme ayrıca, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağladığı konusunda tatmin olmayı da aramaktadır. Mahkemenin içtihatları, aramaların “yasal” olması ile “*keyfiliğe ve istismara karşı usul açısından yeterli mekanizmalara sahip*” olması şartlarına odaklanmıştır. Bu itibarla, taraf devletler belirtilen konuda takdir hakkına sahip olmasına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemeden alınmış arama kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda, mahkemeler özellikle titiz davranmalıdır.

Mahkemeye göre; bireyler m. 8’in koruma altına aldığı haklar konusunda yetkililerin keyfi müdahalesine karşı korunacaksa, bu tür yetkiler konusunda çok sıkı sınırlardan oluşan bir çerçeve olmalı ve mahkeme her bir davada geçerli olan özel şartlara bakarak, söz konusu davada ele alınan müdahalenin hedeflenen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.

Arama emri mahkemelerce verildiğinde, yani yargı kontrolü sürecin parçası olduğunda, m. 8’in gereklerini yerine getirecek düzeyde yeterli koruma olması muhtemeldir. Zaten ceza hukukunun normal uygulanmasında, arama emirleri m. 8 kapsamındaki amaca uygun olarak değerlendirilecekse, genellikle önceden yargıdan karar çıkartılması gerekmektedir. Bu durum söz konusu olmadığında ve ulusal kanunlar önceden yargıdan yetki alınmadan konutların aranmasına izin verdiğinde, arama ancak, aramaları düzenleyen diğer yasal kuralların, kişilerin hüküm kapsamındaki haklarına yeterince koruma sağladığı durumlarda m. 8’e uygun olur. *Funke-Fransa* (25.2.1993) davasında, gümrük yetkilileri davacının yurt dışındaki malları hakkında bilgi edinmek için evini aramışlar ve Fransız kanunlarına göre kanun dışı özellikler taşıyan gümrük suçlarıyla ilgili olarak yurt dışındaki banka hesapları hakkında belgelere el koymuşlardır. O dönemde yürürlükte olan Fransız kanunlarına göre gümrük yetkililerinin, “aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğu ve kapsamını değerlendirme konusunda münhasır yetkinlik”³⁰³ dâhil çok kapsamlı yetkileri vardı.

³⁰³ Özdemir, s. 13.

Mahkeme, bu davada “mahkemedен arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir durumda, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartlar, davacının haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla tamamen orantılı olarak görülemeyeceği kadar gevşek ve hukukî boşluklarla dolu gibi görünmektedir.” şeklinde karar vermiştir.

AİHM kararlarında, terörizm olgusu ile karşı karşıya olan ve bu konuda mücadele veren devletlerin, bazı zamanlarda m. 8/2’ye göre haklı bulunamayacak bazı önlemleri almaya hakkı olduğu kabul edilmektedir. *Murray-Birlesik Krallık* (28.10.1994) davasında Mahkeme, demokratik bir toplumda seçimle iş başına gelmiş bir hükümetin, örgütlü terörizmin yarattığı tehlikelere karşı vatandaşlarını ve kurumlarını koruma sorumluluğunu ve terörizme bağlı suçlarda şüpheli olan kişilerin tutuklanmasına ve gözaltına alınmasına ait özel sorunları göz önünde bulundurmuş; bu iki faktörün, bireyin m. 8/1’de teminat altına alınan haklarını kullanması ile devletin, m. 8/1’in kapsamında terörizm suçlarını önlemek için alması gereken etkin önlemler arasındaki adil dengeyi etkilediğini belirtmiştir. Bayan Murray’in terörizm suçunu işlediği ile ilgili olarak gerçekten ve dürüst bir biçimde şüphelenildiği sonucuna ulaşan Mahkeme, bu şüphenin Sözleşme’nin 5. maddesi (özgürlük ve güvenlik hakkı) kapsamında makul bir şüphe olduğunu kabul etmiştir. Böylece Mahkeme, prensipte yetkililerin Bayan Murray’i tutuklamak üzere Murray Ailesinin konutuna girme ve konutu arama ihtiyacının var olduğuna karar vermiş ve bu konuda yetkililerin kullandığı yöntemlerin, hedeflenen amaçla orantısız olduğuna katılmamıştır³⁰⁴.

Söz konusu karar şu şekildedir:

“AİHM, terörizmin, demokrasi için bir tehdit oluşturduğunu, Sözleşme m. 8/2’de, millî güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amacıyla bu maddede öngörülen hakların sınırlandırılmasına imkân tanıdığını açıklamıştır. Mahkemeye göre; günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık biçimlerde casusluk ve terörizmle tehdit edilmektedir. Devletin bu tehditlere karşı etkili bir biçimde mücadele edebilmesi için, yıkıcı faaliyet içinde yer alanları gizlice gözetlemek yetkisine sahip olması zorunludur. Bununla birlikte; devlet, casusluk ve terörizmle mücadele gerekçesiyle uygun bulacağı her tedbiri alıp uygulayamaz. Ancak bu uygulamalara, demokratik bir toplumda gerektiği ölçüde başvurulmasına titizlikle dikkat edilmelidir. Hangi gözlem biçimi

³⁰⁴ Beşe, Ertan; Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 184.

seçilmiş olursa olsun, mutlaka kötü kullanıma karşı güvenceler belirlenmiş olmalıdır. Dolayısıyla Sözleşme m. 8/2 ile getirilen sınırlamanın ‘dar’ yorumlanması gerekir. Vatandaşları gizlice gözleyebilme yetkisi, polis devletine has bir özellik olup, Sözleşme’ye göre ancak ‘demokratik kurumların korunması amacıyla’ hoş görülebilir.”

Mahkeme, *Miailhe-Fransa* (25.7.1993) davasında ise başka konularda da devletin konutu arama veya el koyma gibi önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir. Özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için devletin, bankacılık sisteminin ve finansal kanalların boyutu ve karmaşıklığı nedeniyle ve ulusal sınırların göreceli olarak kolay aşılmasından dolayı daha da kolaylaşan uluslararası yatırım yapma uygulamalarının geniş kapsamı nedeniyle ciddî zorluklarla karşılaştığına dikkat çekilmiştir. Mahkeme bu nedenle, devletin kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplamak amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir. Ancak ilgili kanunlar ve uygulamalar, istismara karşı yeterli ve etkin güvenceler içermelidir. Söz konusu davada, durum böyle değildir. Mahkeme özellikle yetkililerin çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı gevşek ve hukukî boşluklarla dolu olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davacıların mekânında yapılan el koyma uygulamasının, gümrük yetkililerinin binlerce belgeyi soruşturmayla ilgisi olmadığı için davacılara iade etmesini gerektirecek kadar kapsamlı ve ayırım yapmadan yapılmasını da eleştirmiş ve m. 8’in ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, *Malone-Birleşik Krallık* (2.8.1984) davasında da, “*kişiye karşı gerçekten alınan önlemlerden ayrı olarak,*” haberleşmenin gizli gözetimine izin veren ve gözetimi mümkün kılan kanunların ve uygulamaların olmasının başlı başına, davacının m. 8 kapsamındaki haklarını kullanmasına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir. M. 8/1’de hükme bağlanan haklara yapılan müdahalenin, Sözleşme’ye uygun olması için, *kanunlara uygun olması, meşru bir amaç taşıması ve demokratik toplum bakımından gerekli olması* zorunludur. Bu zorunluluğa uymak koşuluyla devlet ancak millî

güvenlik, suç ve suçlulukla mücadele, kamu sağlığı ve ahlâkın korunması amacıyla müdahalede bulunabilir³⁰⁵.

Madde 8'in uygulanabilmesi için, *müdahalenin davacı tarafından kanıtlanması* gerekir. Campell / İngiltere (25.2.1982) davasında hükümet, başvuruda bulunan tutuklu, herhangi bir mektubunun açılmış olduğunu gösteremediğinden, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği iddiasını kanıtlayamadığı görüşünü savunmuştur. Ancak davacı ve avukatının dikkati çekildiği üzere, mevcut cezaevi uygulaması mektupların açılmasına ve okunmasına izin verdiği için Mahkeme, Sözleşme kapsamında bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır.

6.1. Kanunlara Uygunluk

Söz konusu müdahalenin “*kanunlara uygun*” kabul edilebilmesi için, kanuni bir dayanağa sahip olması gerekir. Bunun yanında söz konusu kanun, yeterince kesin olmalı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem içermelidir. Bu nedenle, kanunlarla özel olarak yetki verilmemiş ve idarî uygulamalarla veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunlu kabul edilmektedir³⁰⁶.

Mahkeme, 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, m. 8'in ihlâli olarak değerlendirmiştir³⁰⁷. 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, m. 8 anlamında kanunlara uygun kabul etmemiştir³⁰⁸.

Madde 8'in kanunlara uygunluk şartını karşılamak için, söz konusu kanun aynı zamanda ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olmalı ve gerekirse uygun tavsiyeler

³⁰⁵ Ünal, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No: 8-9, Ankara, 2001, s. 220.

³⁰⁶ Kilkelly, s. 24.

³⁰⁷ Malone – Birleşik Krallık Davası, 02.08.1994 tarihli karar.

³⁰⁸ Khan – Birleşik Krallık Davası, 12.05.2000 tarihli karar.

aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak ölçüde açıkça ifade edilmelidir³⁰⁹. Tahmin edilebilirlik şartı denilen bu takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla azaldığı sürece, bu yetkiyi veren bir kanun m. 8'i ihlâl eder nitelikte olmayacaktır. Bu konuyla ilgili olarak verilmiş olan kararlar bulunmaktadır.

Kararlar şu şekildedir:

Olsson - İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar *“haberleşmenin polis soruşturması amacıyla izlendiği özel durumlarda, ilgili yasanın kişinin davranışına sınır getirmeyi amaçladığı alanlarla bütünüyle aynı olamaz. Özellikle, tahmin edilebilirlik şartı, bir bireyin, yetkililerin, haberleşmesine ne zaman müdahale edeceğini tahmin edip ona göre davranışını ayarlayabilmesi anlamına gelemes”*;

Malone - Birleşik Krallık davası, *“kanunlar, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açıkça ifade edilmelidir.”*;

Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, *“telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle özellikle kesin olan bir ‘kanuna’ dayanmalıdır. Özellikle kullanılacak teknolojiler devamlı daha karmaşık hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.”*;

Huvig-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar, *“kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum söz konusu dönemde daha da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında vatandaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır.”*

³⁰⁹ Andersson – İsveç Davası, 25.02.1992 tarihli karar.

Haberleşmeye müdahale etme konusunda mecburen kapsamlı olan kanuni düzenlemelerin detaylarını belirlemek için kanunlardan ziyade başka hukukî enstrümanlar kullanmak kabul edilebilir olmasına rağmen, söz konusu durum, ancak, bu enstrümanlara 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 konduğu *Silver-Birleşik Krallık* (25.3.1983) davasında; haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin kanunlara uygun olmadığına ve m. 8/2'nin ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Yine Ombudsmana yazdığı bir mektuba m. 8'e aykırı olarak müdahale edildiği ve söz konusu mektup geciktirildiği için mahkemeye başvuruda bulunan bir tutuklunun taraf olduğu *Niedbala-Polonya* (12.7.2000) davasında da Mahkeme benzer bir sonuca ulaşmıştır. Bu konuda Mahkeme, demokratik toplumların çok karmaşık casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini, bunun sonucu olarak da devletin bu tür tehditlere etkin bir biçimde karşı çıkabilmek için, kendi yargı alanı içinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğinden etkilenerken, istihbarat ajanlarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle birlikte, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için zorunlu olduğu durumlarda Sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiş ve “*posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olması, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabilir*” demiştir. Ayrıca, benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin istismarına karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olmanın gerektiğini de vurgulamıştır³¹⁰. Bir devlet içerisinde gizli gözetime tabi olan bireylerden büyük bir kısmı bunun farkında değildir. Herhangi birisi bu durumdan şüphelense de elinde yeterli kanıt olmadığından iddiasını kanıtlamakta zorlanabilir. Söz konusu devlet yasalarında eğer hüküm var ise, şikâyetçi bu hükme dayanarak iddiada bulunabilecektir.

Klass / Almanya (6.9.1978) davasında mahkeme, bireyin söz konusu önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, sırf gizli önlemler ve gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeni ile ihlalin varolduğunu belirli şartlar

³¹⁰ Kilkelly, s. 43-44.

altında iddia edebileceğine karar verilmiştir. Kanunlara uygunluk şartının karşılanabilmesi için ilgili kanunun şahıslar tarafından ulaşılabilir olması ve gerektiğinde uygun tavsiyeler aldıktan sonra ilgili kişilerin varolan şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlara yol açacağını makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde ifade edilmelidir (*Andersson / İsveç, 25.2.1992, p.75*).

6.2. Meşru Amaç

Yukarıda, m. 8 kapsamında gerçekleştirilmiş olan müdahalenin meşruluğunun; kanunlara dayanması, *meşru bir amaç için yapılması* ve demokratik bir toplum için gerekli olması koşullarıyla sağlanabileceği belirtilmişti. Bir hukuk düzeninde davranış normları, *amaç meşru-araç meşru*, amaç gayri meşru-araç gayri meşru, *amaç meşru-araç gayri meşru*, amaç gayri meşru-araç meşru³¹¹ biçiminde ifade edilebilirler. Amaç meşru-araç meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar meşru davranışlardır. Buna karşılık, amaç gayri meşru-araç gayri meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar gayri meşru, yani suç olan davranışlardır. Buraya kadar bir sorun çıkmamaktadır. Ancak ne zaman amaç gayri meşru-araç meşru, amaç meşru-araç gayri meşru ifadelerini sağlayan davranışlar söz konusu olsa müdahale de zorunlu olmaya başlamaktadır. Bu davranış normlarının nitelikleri devlet müdahalelerinde de görülmektedir. Mahkeme şikâyetin kanunlara uygun olarak yapılmış bir müdahalenin sonucunda yapıldığı kararına varırsa, bu müdahalenin meşru bir amaca yönelik olarak yapılıp yapılmadığı meselesini incelemeye geçer. Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek, iddiayı cevaplayan devletin sorumluluğundadır.

Sözleşmenin söz konusu maddesinde sıralanan (m.8/2) listeye göre devlet, şu hususları iddia edebilecektir:

- ~ Müdahalenin, kişiler hakkında bilgi toplama ve saklama şeklinde yapılmasının ulusal güvenlik amacına yönelik olduğu;
- ~ Tutukluların yazışmalarına müdahalenin, toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini engellemek amaçlı yapıldığını;

³¹¹ Hafızogulları, Zeki: “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, www.zekihafizogullari.com/makaleler. Erişim Tarihi: 23.03.2009.

- ~ Sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla; çocukları, istismar gördükleri bir evden almak veya bir tarafa vesayet vermeyi reddetmek veya temasa izin vermemek için yapılan müdahale olduğu;
- ~ Ülkenin ekonomik refahını korumak amaçlı olarak, ihraç veya sınır dışı etme emri vermek müdahalesinde bulunulmuştur.

Birçok davada Mahkeme, devletlerin meşru bir amaca yönelik hareket etmiş olduğunu kabul eder.

6.3. Demokratik Topluma Gerekli Olma

Müdahalenin demokratik bir toplumda “gerekli” olmasının anlamıyla ilgili, *Handyside / İngiltere (07.12.1976)* davasında Mahkeme şunu ifade etmiştir: “Bu ‘vazgeçilmez’ ile eş anlamlı değildir... ‘kabul edilebilir’, ‘normal’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ ifadeleri kadar esnekliği de yoktur.”

Olsson / İsveç (24.03.1988) davasında Mahkeme bu kavramla ilgili daha detaylı bir açıklama yapmıştır: “...Gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantılı olduğunu ima etmektedir.”

Mahkeme, cezaevlerinde bulunan kişilerin yakınları veya avukatları ile haberleşmesi nedeniyle yapılan başvurular üzerine birçok karar vermiş bulunmaktadır. Tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarında yapılan denetimin ölçüsü, amaca uygunluk ve olayın özelliğine göre değişmektedir. Bununla birlikte, tutuklu ve hükümlülerin avukatıyla yazışmasına özel bir önem verilmekte ve bu konudaki en küçük bir engelleme bile Sözleşme’ye aykırı kabul edilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, öncelikle avukatlarla yapılan yazışmaların m. 8 kapsamında gizli olduğunu ve örneğin cezaevi uzakta olduğu için bir avukatın müvekkilini şahsen ziyaret etmesinin daha zor olabileceği cezaevi ortamında özellikle önemli olduğunu tekrar belirtmiş; avukatla gizli haberleşmenin, söz konusu haberleşme yöntemlerinin otomatik kontrole tâbi olduğu durumlarda amacına ulaşamayacağına dikkat çekmiş ve sözleşme kapsamında bir tutuklu ve avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel korumanın, bir avukatın bir tutukluya yazdığı mektubun ancak, “mektubun içinde, normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe olması

durumunda” yetkililer tarafından açılabilceğini vurgulamıştır³¹². Bu durumda bile mektup açılmamalı ve okunmamalıdır. Ayrıca mektubun tutuklunun önünde açılması gibi, mektubun okunmasını önleyecek yeterli düzeyde teminat olmalıdır³¹³.

Mahkemeye göre, neyin “makul gerekçe” olduğu mevcut şartlara göre değişebilmekle birlikte “*nesnel bir gözlemcinin, özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak verilerin veya bilgilerin mevcudiyeti varsayılır*”³¹⁴. Bir tutuklunun özel yazışmalarına yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı, ağırlıklı olarak yazışmanın içeriğine bağlıdır. Bu bağlamda, m.8/2 kapsamında düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek amacı “*özgür bir bireye kıyasla tutuklu bir kişiye karşı... daha kapsamlı müdahale önlemleri alınmasını açıklayabileceği*”³¹⁵ için, tutukluların yazışmaları konusunda belirli bir düzeyde kontrol uygulanmasının Sözleşme’ye uygun olmadığı söylenemeyecektir. Örneğin, Silver-Birleşik Krallık davası³¹⁶, şiddet tehditleri veya suç niteliği taşıyan bazı faaliyetler üzerine tartışmalar içeren mektuplara yapılan müdahalelerin, m. 8/2’ye göre demokratik bir toplumda nasıl gerekli bulunabileceğini göstermektedir. Diğer yandan “*yetkililere itaatsizlik etmeyi amaçlayan*” veya “*özellikle cezaevi yetkililerine saygısızlık etmek amacını güden materyal içeren*” özel mektupların durdurulması sekizinci maddeye uygun değildir. Mahkeme’ye göre, bu amaçları veya söz konusu hükümde belirtilen diğer amaçları gütmeyen önlemler kabul edilemez ve bu nedenle sırf kişisel veya özel olan yazışmalara yapılan müdahale Sözleşme’ye uygun değildir. AİHM, Klass-Almanya davasında³¹⁷, düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek ve ulusal güvenliği korumak amacıyla mektupların açılmasına ve telefonların dinlenmesine yetki verilmesinde, prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının arzu edilir olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak denetim amaçlı kontrol yetkisi mahkemelere değil de bir Parlamenter Kurul’a ve Kurul tarafından atanan G10 komisyonu adı verilen bir organa verilmiş olmasına rağmen, Mahkeme Alman sistemini onaylamıştır. Bu kararın nedeni, her iki organın da gözetimi yapan yetkililerden bağımsız olması ve etkin ve sürekli kontrol edebilmeye yeterli güce sahip olduğu konusunda kanaat getirilmesidir. Demokratik bir toplumun hoşgörü ve açık fikirlilik

³¹² Campbell – Birleşik Krallık Davası, 25.03.1992 tarihli karar.

³¹³ Kilkelly, s. 42.

³¹⁴ Campbell – Birleşik Krallık Davası, 25.03.1992 tarihli karar.

³¹⁵ Golder – Birleşik Krallık Davası, 17.06.1971 tarihli karar.

³¹⁶ Silver – Birleşik Krallık Davası, 25.03.1983 tarihli karar.

³¹⁷ Klass – Almanya Davası, 06.09.1978 tarihli karar.

olmak üzere iki temel özelliği vardır. Mahkeme'ye göre sözleşme, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve bunları devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır (*Soering / İngiltere*, 7.7.1989, p. 84). Demokratik bir toplumda m. 8 için gerekli olanın ne olduğu orantısallık prensibiyle belirlenmektedir.

Friedl / Avusturya (Kom. K. 19.05.1994, s. 20) davasında, davacı katıldığı bir gösteri sırasında ve sonrasında Viyana polis yetkilileri tarafından fotoğraflarının çekildiğini iddia etmiştir. Polis tarafından sonrasında kimliği belirlenmiş, kişisel verileri kaydedilmiş ve gösterilerle ilgili idari bir dosyaya aktarılmış ve orada saklanmıştır. Bu müdahaleyi Komisyon özel hayata müdahale olarak kabul etmemiştir. Bunun nedeni olarak şu ifadelerde bulunmuştur: “*Resmi yetkililer tarafından davacının evine girip fotoğrafının çekilmesi vb. gibi özel hayatın “iç alanına” bir müdahale olmamıştır; Davacının kendi iradesiyle katıldığı bir kamu olayında fotoğrafları çekilmiştir; Bu fotoğraflar sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılanların davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir.*”

Burada Komisyon bu kararı verirken Avusturya hükümetinin vermiş olduğu talimatlara da önem göstermiştir;

“*Hiçbir isim yazılmadığı, kaydedilen kişisel veriler ve çekilen fotoğraflar veri işlem sistemine girilmediği ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişilerin kimliğini veri işlem sayesinde belirlemek konusunda herhangi bir adım atılmadığı için, çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliği belirsiz kalmaya devam etmiştir.*”

Leander / İsveç (26.03.1987) davasında Mahkeme, ulusal güvenliği korumak amacıyla; devletlerin, yetkililere kamunun ulaşmadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir. Ancak Mahkeme bu tür davalarda, yetkisini istismara karşı yeterli ve etkin teminatların olması gerektiğini de belirtmiştir. Leander / İsveç davasında, davacının kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenmiş ve yetkililerin görüşüne göre kendisini güvenlik açısından riskli kılan bazı gizli bilgiler nedeniyle geçici istihdamına son verilmiştir. Bu şahıs, hem bu bilgilerin saklanması hem de kullanılmasının yanında, kendisine bu iddiaları çürütme fırsatı verilmemesinin sekizinci maddenin birinci fıkrasıyla korunan hakların ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme bu kontrol sistemini özel hayata müdahale olarak kabul eder,

ancak bu sistemin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu da ekler. İsveç hükümeti bu kararın alınmasında mahkemeye, istismara karşı koruma sağlamaya çalıştığı on iki maddelik bir önlem listesi sunmuştur. Bu maddelerde mahkemenin en önemli buldukları:³¹⁸

- ~ Ulusal Polis Kurulu'nun hangi bilgilerin kayda gireceği hakkında takdir yetkisi olmasına rağmen, bu yetki kanunlarla getirilmiştir ve kapsamı hükümetin verdiği talimatlarla belirlenmektedir;
- ~ Gizli polis kaydına bilgilerin girilmesi, söz konusu bilginin özel polis birimi için gerekli olası ve "ulusal güvenliğe karşı suçları" önleme veya belirleme amacını gütmesi şartlarına tabidir;
- ~ Söz konusu kanunda, hangi bilgilerin dağıtılabileceği, bilgilerin hangi otoritelere iletebileceği, söz konusu iletinin hangi şartlarda yapılabileceği ve bilgilerin paylaşılması konusunda karar verilirken Ulusal Polis Kurulu'nun takip etmesi gereken işlem hakkında açık ve detaylı hükümler vardır;
- ~ Son olarak, gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel dışında kullanımı, pratikte ceza davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme konulu davalar ile sınırlıdır.

Bu davada Mahkeme sistemin etkin ve demokratik toplumun gereklerine uygun işleyişinin denetiminin Parlamento, Adalet Bakanlığı, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komitesi gibi bağımsız devlet kurumlarına verilmiş olmasına çok önem vermiştir. 1995 yılında bir davacı, bir erkek çocuğa ahlaka aykırı saldırı şüphesiyle tutuklandıktan sonra basında çıkan ve polis tarafından evinde çok miktarda çocuk pornografisi malzemesi bulunduğuna dair ayrıntı içeren haberlerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikâyetle bulunmuştur. Komisyon bunun bir müdahale olduğunu kabul etmiş ancak kamuoyunu ilgilendiren konular hakkında kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdüldüğü ve olayların gerçeklere dayalı bir özeti olduğu için müdahaleyi haklı bulmuştur.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, m. 8'in kapsadığı hakların korumadan faydalanabilmesi için bu maddenin ikinci fıkrasındaki şartların oluşmamış olması gerektiği açıktır. Mahkeme bunu ciddi bir biçimde incelemekte ve kararlarını bunun ışığında vermektedir.

³¹⁸ <http://www.hukuki.net/hukuk/index>. Erişim Tarihi: 25.03.2009.

7. AİHS’NİN 8. MADDESİNDE DÜZENLENEN HAKKIN İHLALİ İLE İLGİLİ TÜRKİYE HAKKINDA KARAR ÖRNEKLERİ

Acar ve diğerleri / Türkiye davasında (28.11.1997), başvuranlar, akrabalarının, Olağanüstü Hal Bölgesi’ndeki köy korucuları tarafından öldürüldüklerinden şikâyetçi olmuşlardır. (Başvuranlar, Sözleşme’nin ikinci, altıncı ve sekizinci maddelerine dayanmışlardır. Başvuranlar ayrıca, ikinci maddeyle birlikte AİHS m. 13’e dayanmışlardır. Söz konusu dava öncesinde başvuranlar, Türkiye’nin güneydoğusunda yer alan Mardin’in Midyat ilçesine bağlı Çalpınar Köyü’nde ikamet etmekteydiler. 20 Nisan 1992 tarihinde sabah 07.00 sularında, bir grup köylü bir minibüs ve kamyon ile Çalpınar Köyü’nden Midyat ilçesine doğru hareket etmişlerdir. Midyat’a giderken, silahlı bir grup insan, köylüleri Çalpınar Köyü’nden bir kilometre uzaklıkta durdurmuşlardır. Köylüleri araçlardan inmeleri için zorlamışlar ve yolun kenarında sıraya geçmelerini emretmişlerdir. Köylülere ateş edip kaçmışlardır. Başvuranlara göre, silahlı grup köy korucularından oluşmaktadır. Jandarmalar, suç mahallinin bir taslağını çizmiş ve Midyat cumhuriyet savcısına hitaben bir olay raporu hazırlamışlardır. Raporda, askeri üniforma giymiş bir grup teröristin, Çalpınar Köyü’ne bağlı Kuyubaşı yakınlarında bir minibüs ve kamyonu durdurduğu belirtilmiştir. Bu kişiler, köylülerden bir kısmını öldürmüş, bir kısmını ise yaralamıştır. Ayrıca, jandarmalar Kalaşnikof tüfeklerden atılan 66 adet 7.62 mm’lik boş fişek bulmuştur. Raporda, bu olayın PKK üyeleri tarafından gerçekleştirilen ideolojik amaçlı bir öldürme olduğu sonucuna varılmıştır.)

AİHM olayla ilgili m. 8’in ihlal edildiği iddiasını şu şekilde değerlendirmiştir;

“ Başvuranlar, güvenlik güçlerinin yaptığı iddia edilen baskı sonucunda köylerinden ayrılmak zorunda kalmaları sebebiyle özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi haklarının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuşlardır. AİHS m. 8’e dayanmaktadırlar. Hükümet, başvuranın akrabalarından birinin ifadesine atıfta bulunarak başvuranların güvenlik görevlileri ya da köy korucuları tarafından tehdit edilmediğini ve köylerini terk etmek zorunda bırakılmadıklarını öne sürmüştür. AİHM, kendisine sunulan kanıtlar

*ışığında, başvuruların iddialarını incelemiştir fakat AİHS m. 8'in ihlal edildiği sonucuna varmayı gerektirecek yeterli somut bir temeli olmadığı kanısındadır*³¹⁹.

Menteş / Türkiye davasında (28.11.1997), başvuranlara göre, evleri Haziran 1993'teki operasyon sırasında güvenlik güçleri tarafından yıkılmıştır (olaganüstü hal bölgesinde). Başvuranların m. 8 ihlali ile ilgili iddiaları komisyon tarafından kabul edilmiştir. Burada yaşayan insanların güçlü aile bağları ve oturdukları yerin niteliği göz önünde bulundurulmuş; başvuruların özel, ailevi hayatına ve meskenine hürmet edilmesi hakkına özellikle önemli bir müdahale yapıldığının açığa çıkmasını kabul etmiş ve tedbirin yargıdan muaf olduğunu da Sözleşme m. 8'in ihlali olduğunu tespit etmiştir.

Selçuk ve Asker / Türkiye davasında (24.4.1998), başvurucular, Kulp Jandarma Karakol Komutanı komutasındaki askerlerin 16 Haziran 1993 tarihinde İslamköy'deki evlerini kasten yaktıklarından ve on gün sonra dönerek kısmen Bayan Selçuk'a ait olan değirmeni yaktıklarından şikâyetçi olmuşlardır. Bu olayda Mahkeme m. 8'in ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

Ayrıca Akdılar ve Diğerleri / Türkiye (21.08.93), Bilgin / Türkiye (16.11.2000), Yöyler / Türkiye (24.7.2003) davalarında da Mahkeme, aynı konuyla bağlantılı olarak m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sophia Gudrun Hansen / Türkiye (23.09.2003) davası da boşanmış olan eşin çocukla kişisel ilişki kurulmasını engellemesi ile ilgili bir davadır. İzlanda'da oturan ve bu ülkenin vatandaşı olan Hansen, bir Türk vatandaşından evliliğinden iki kız çocuğu doğurmuş ve 1989 yılında bu çift boşanmıştır. Türkiye'ye gelen koca, kızlarının İzlanda'ya dönmek istemediğini belirterek çocukları anneye vermemiştir. Buna karşılık İzlanda Mahkemeleri, boşanma sırasında çocukların velayetini anneye bırakmıştır. Başvurucunun Türk mahkemelerine yaptığı müracaat sonucunda çocuklar kendisiyle yaşamak istemediklerini ifade etmişlerdir. Ama dava sonucunda mahkeme çocukların velayetini babaya bırakmıştır. 1992–1998 yılları arasında çocuklarını icra yoluyla ziyaret etme hakkını elli kez kullandığı halde dört defa görüşebilmiştir. Bu nedenle de baba Halil Al Türk mahkemelerince ziyaret hakkını ihlal etmekten dolayı birçok kez cezaya çarptırılmıştır. AİHM altı yıl beş ay süren yargılama süresince, yargılamanın

³¹⁹ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/aihm.php>. Erişim Tarihi: 25.03.2009.

uzunluğu nedeniyle kızlarını görmesi konusunda başvurucuya yardım yönünde önlem alınmadığı bu tür yargılamaların, seri yargılamayı zorunlu kıldığı, çünkü çocuklar ile anne babalardan ilgili olanı arasındaki ilişkilerde tamir edilemez sonuçların ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Başvuran ile kızlar arasındaki görüşmeyi kolaylaştırması için sosyal hizmet servislerinden görüş almak veya psikolojik ya da çocuk psikiyatrisinden yardım almak gibi bir yola gidilmediğı, eski koca ile başvuru arasında işbirliğı sağlayacak bir ortamın oluşturulmadığı, çocukların başvurucuya gösterilmediğı, bu konuda gerekli önlemlerin alınmadığı hususlarında görüş belirtmiştir. Bunun yanında Türk Hükümetinin, resmi makamların kendilerinden beklenen yükümlülüğü yerine getirmek için gerekenleri yaptığı şeklindeki savunmaya Divan katılmamıştır. Kocaya verilen para cezalarını etkili ve uygun bulmamıştır. Bu nedenlerle Mahkeme, Türkiye'nin m. 8 ile koruma altına alınan aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Türkiye aleyhine açılan davaların birçoğunun temelde siyasal kökenleri olduğu açıkça görülmektedir. Bu siyasal bakışın yanlış zeminlerden kendisini beslemesi sonucunda aslında temel ihlallerin üzeri örtülmektedir. Yukarıdaki olayların büyük çoğunluğunda, olağanüstü hal durumunda oluşmuş devlet eliyle yapılan ihlaller mahkeme önüne götürülmüştür. Kendi ülke sınırları içerisinde bilinçli hak arama yollarını deneyen bireylere sahip bir ülkede asla bu şekilde uluslararası mahkemelerde yargılanma süreçleri yaşanmayacaktır. Ancak toplumunu geliştirememiş Türkiye gibi ülkelerde ise hak aramak sadece ideolojik bir mücadele aygıtı haline gelmektedir. Bu ise ne hukukun gelişmesine ne de toplumun ilerlemesine yardımcı olmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AİHS'NİN 8. MADDESİ KAPSAMINDAKİ ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK

1.1. Pozitif Yükümlülük Kavramı

Temel hak ve hürriyetlerin korunmasından söz edildiği zaman, uzun süre bu hakların negatif statü haklar kapsamında olduğu gözetilerek devletin hep olumsuz, yani müdahale etmeme yükümlülüğü altında olduğu düşünülmüştür. Devletin bireyi söz konusu hak ve hürriyetler alanı içinde serbest bırakması ve bu alana müdahale etmemesi asıl olarak kabul edildi. Ancak, bu klasik ve yerleşik anlayış, insan hakları kavramının uluslararası düzeyde korunmaya başlaması ile beraber değişmeye başlamıştır. Özellikle AİHS hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını denetleyen AİHM insan haklarının korunmasında yerleşmiş klasik anlayışa farklı bir bakış açısı getirmiştir.

Bu bağlamda Mahkeme, içtihatları ile Sözleşme’de tanımlanan hakların durağan değil, dinamik olduğuna vurgu yaparak söz konusu hakların gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur.

Pozitif yükümlülük kavramı, negatif statü hakları kapsamında devletin olumsuz yükümlülüğünün bu hakların etkin bir şekilde kullanılması için yeterli olmadığına vurgu yapmıştır. Mahkeme içtihatlarında ortaya çıkan bu kavram, kişi hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması için devletin dokunmama yükümlülüğünü yerine getirmesinin yeterli olmadığını belirtmektedir. Bu bağlamda, devletin, kişi hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması için bir takım yükümlülükleri vardır.

Son 30 yıl sürecinde AİHM, Sözleşme kapsamında pozitif yükümlülükleri, genişleyen bir bakış açısıyla irdelemektedir. Pozitif yükümlülüğün gerekleri, devletlerin farklı şekillerde ortaya çıkan faaliyetlerini kapsamaktadır. Mahkeme'nin yargıçlarından Martens pozitif yükümlülük kavramını “taraf devletlerin yapması gereken faaliyetler” olarak tanımlamaktadır³²⁰.

Her ne kadar pozitif yükümlülük kavramının ortaya çıkış tarihini tam olarak belirleyemsek de, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması noktasında gelişen ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak Mahkeme, halen bu yükümlülüğün gelişmesine içtihatları ile katkıda bulunmaktadır.

1.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğünü Doğuran Etkenler

Pozitif yükümlülük kavramı kişi hak ve hürriyetleri açısından yeni bir kavram olup, teorik bazdan pratiğe Mahkeme içtihatları doğrultusunda yansımıştır. Pozitif yükümlülüğü doğmasında en büyük etken, kişi hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunmasının, 21. yüzyılda, devletin imkânları ile doğru orantıda gelişmesidir. Devletin, hakların kullanılması için müdahale etmemesi, hakların etkin bir şekilde kullanılması için yeterli olmayıp, devletin harekete geçerek bireylere hakların kullanılması için uygun bir ortam sağlaması gerekmektedir. Böylelikle birey, haklarını etkin bir şekilde kullanabilecektir. Haklar bağlamındaki yükümlülüklerin belirlenmesi, ilgili hakkın asıl kapsamını belirlemek için oldukça önemlidir. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri ile ilgili Steiner ve Alston'un görüşleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir;

“1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi ve diğer insan hakları sözleşmelerinin anlam ve içeriğini anlamak için, devletlerin bu haklarla ilgili görevlerini, her ne kadar görevler çok az olarak ifade edilmiş olsa da, incelemek yardımcı olacaktır. Bazı yükümlülükler dikkat edilecek olursa, hem söz konusu hakların anlamını izah etmek hem de böylelikle bakış açılarını düzenleme ve gelişim stratejilerine odaklanma mümkün olacaktır. Daha sonra, bu

³²⁰ Gül v.İsviçre, 19 Şubat 1996 tarihli kararda, Yargıç Martens'in karşı oy düşüncesi p. 7.

emek, hakkın, devletin ilgili görevleri içinde çözümlenecek ve böylece hakkın içeriğinin ya da hazırlanan içeriğinin açık bir kavram olarak elde etmemizi sağlayacaktır”³²¹.

Pozitif yükümlüğü doğuran bir etken olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere hakların asıl anlamını ortaya çıkarmak da vardır.

Ancak tabi ki bazı hakların kendi içeriğinde de bazı yükümlülükler “bir şey yapmak” şeklinde açıkça yüklenmiştir. Örnek olarak, Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının 3. fıkrasında; karşılıksız adli yardım sağlanması düzenlenen yükümlülerden biridir. Bu tür belirlemeler, açıkça devletlere herhangi bir yükümlülük yüklemek hükmü bulunmayan Sözleşme maddeleri kapsamında, Mahkeme içtihatları doğrultusunda geliştirilmiştir.

Özellikle kişi hak ve hürriyetlerin yeniden tanımlanmasını sağlayan pozitif yükümlülük kavramı, bireyin haklarını daha etkin bir şekilde kullanmasını ve bireyin haklarının daha etkin bir şekilde korunmasını bağlamak amacıyla ortaya çıkmış bir kavramdır.

1.3. Pozitif Yükümlülüğün Özellikleri

Pozitif yükümlülüğün özelliklerini belirlemek için, Mahkeme kararlarının arkasına bakmamız gerekecektir. Bu bağlamda, Shue’nun yazılarında,³²² Sözleşme’deki haklara dair devletlerin pozitif yükümlülüklerine yönelik daha teorik bir açıklama bulabiliriz. Shue, pozitif ve negatif haklar arasında geleneksel ayrımı reddetmiştir. Zira geleneksel ayrım, devletin olumlu veya olumsuz görevleri temelinde yapılmıştır. Bu ayrım, yukarıda belirtildiği üzere, Jellinek’in statü hakları bağlamında yaptığı bir ayrımdır.

Shue, her hakkın tam manası ile ifasının birçok görevin yerine getirilmesinin gerektirdiğini belirtmiştir. Klasik ayrımda yapılan görevlendirmede, sadece devlete görev yüklemek ya da yüklememek şeklinde basit bir ayırmadan daha kapsamlı olarak devlet organlarının ayrı ayrı görevlerinin belirlenmesi gerektiğini belirterek, 3 tip görev belirlemiştir;

³²¹ Steiner H.J / Alston P., International Human Rights in Context, Oxford University Press, 2. Edition, Oxford, 2000, s. 180–181.

³²² Shue, Henry; Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy, Princeton University Press, Second Edition, Princeton, New Jersey, 1996, s. 52-53.

- Haktan mahrum olmayı engelleyen görevler
- Hakkın mahrumiyetinden koruyan görevler
- Mahrumiyet halinde yardım görevi

Bununla birlikte, bireylerin fiziksel güvenliği için de üç farklı görev olduğunu belirtmiştir;

- İnsanın fiziksel güvenliğinin ortadan kaldırılmaması için görevler; (Haktan mahrum olmayı engelleyen görevler
- İnsanın güvenliğinin diğer insanlar tarafından engellenmesini önleyici görevler; Hakkın yoksunluğundan koruyan görevler
- Haktan mahrum olanlara yardım görevi

Bu bağlamda, hakların ayrımını görev temelinde düzenleyen Shue, bazı hakların olumsuz görevler yüklemesine karşın diğer hakların olumlu görevler yüklediği anlayışını yanlış bulmaktadır.

Pozitif yükümlülük kavramı da, karakteristik olarak, klasik ayrımı reddetmektedir. Özellikle negatif statü hakları bağlamında devletin olumsuz (dokunmama) yükümlülüğünü ortadan kaldırarak, bu hakların da devlete birçok yükümlülük yüklediğini vurgulamaktadır.

Shue'nun yukarıdaki açıklaması göstermektedir ki, temel haklar, Sözleşme'de korunduğu şekli ile değişik tiplerdeki farklı zorunlulukları devlete ek görev olarak yükler. Pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki özel denge, belli haklar bakımından değişiklikler gösterse de tüm temel haklar bazı pozitif yükümlülükler içerirler. Bu sebeple, Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'ye uymak başlıca yükümlülükleri olduğu için pozitif yükümlülükler altında olmaları da mantıksal olarak kaçınılmazdır.

Bu konuda son olarak ekleyelim ki, hak ve özgürlükler alanında devletin pozitif yükümü bir “sonuç alma” mükellefiyeti olmayıp bir “olanak yükümü” yani “mümkünü yapma gereği”dir³²³. Aynı şekilde, ihlâlin bireyden bireye vukuu halinde (yatay

³²³ Bkz. Tanrıkulu v. Türkiye, 8 Temmuz 1999, p. 101; Demiray v. Türkiye, 21.11.2000, p.11; Platform “Arzte für das Leben” v. Avusturya, 21 Haziran 1998, p. 31.

uygulama), bu ihlâl devletinin bir tutumu veya mevzuatı imkân vermiş ise devlet, vâki ihlâlden yine sorumlu tutulmaktadır³²⁴.

2. AİHS’NİN 8. MADDESİ İLE İLGİLİ OLARAK DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜNE DAİR MAHKEME KARARLARI

2.1. Özel Hayat

2.1.1. Kişilerin Cinsel Tacizden Korunması

Mahkeme, aklî dengesi yerinde olmayan bir kişiye üvey babası tarafından tecavüz edilmesiyle ve bu kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüyle ilgili olan ve X. ve Y. v. Hollanda³²⁵ davasında, Hollanda ceza hukukunun eksikliklerinden dolayı söz konusu kişiye pratik ve etkin koruma sağlanmadığına ve bu şekilde devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir.

Söz konusu kararda Mahkeme, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişilerin, kişisel bütünlüğüne bu gibi ağır ihlâllere karşı, devletler tarafından etkin caydırıcı önlemlerle korunma hakları olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, kararında, “özel hayatı”, “bireylerin cinsel hayatlarını içeren, fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü” kapsayan genel kavram olarak şikâyet konusunun, Sözleşmenin 8. maddesine uygunluğunu tartışmamıştır. Kararda, 8. maddenin amacının bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, sadece devleti, bu tür müdahalelerden alıkoymakla kalmamakta; bu birincil negatif taahhüde ek olarak, devletin, özel hayata veya aile hayatına etkin bir biçimde saygı göstermenin esasında yatan bazı pozitif yükümlülüklerinin de olabileceğini belirtmiştir. Bu yükümlülüklerin, özel hayatın korunması amacıyla, evlat edinme ölçütlerini hatta bireylerin kendi aralarındaki ilişki alanlarını da kapsayacağını belirtmiştir. Bu karar, bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemek için devletlere pozitif ölçütler getirmesi açısından anlamlıdır. Özellikle, devletlerin, çocuklar ve diğer hassas konumda olan kişilerin korunması için gerekli hukuki zeminin oluşturması ve evlat edinilen küçüklerin durumlarının araştırılarak kötü muameleye maruz bırakılmalarını engellemesi gerekmektedir. Sadece, ceza

³²⁴ Gölcüklü, Feyyaz; “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü”, Polis Dergisi, S. 37, Ankara, Mayıs 2004, s. 2, ayrıca bkz. Ka. Young, James ve Webster v. İngiltere, 13.08.1981, p. 49; X. ve Y. v. Hollanda, 26 Mart 1985, p. 23.

³²⁵ 26.05.1985 tarihli karar.

kanunlarında, bu tür kötü muamelelere ceza verilmesi yeterli olmayıp, bireylerin korunması için gerekli özel hukuk alanında da düzenlemeler yapılmalıdır³²⁶.

Ancak Mahkeme, *Stubbings ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*³²⁷ davasında, özel hukuk kapsamında pozitif yükümlülüğün sınırlarını belirlemiştir. Karar, başvuru sahibi dört kadın, çocuklukları sırasında farklı şahıslar tarafından yapılan ağır cinsel tacize uğradıklarını iddia etmeleri ile ilgilidir. Başvuru sahipleri, yıllar sonra psikolojik tedavi alana kadar, maruz kaldıkları tacizin niteliğinin farkında olmadıklarını belirtmişler ve tacizcilere karşı hukuk davası açmışlardır. Lordlar Kamarası,³²⁸ 1980 tarihli Zamanaşımı Kanunu'na göre, başvuru sahiplerinin, altı yıl önce on sekiz yaşını doldurdıkları zaman dava açmaları gerekir gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak, başvuru sahipleri, dava açmalarının engellendiğini iddia etmişlerdir. Bunun üzerine, başvuru sahipleri, etkin hukuk yolundan mahrum olduklarından dolayı Mahkemeye başvurmuşlardır.

Mahkeme, İngiliz ceza hukukunda cinsel saldırının ağır bir suç sayıldığını ve bu suçlarda zamanaşımının uygulanmadığını ve cezanın ağır olduğunu ve başvuru sahiplerinin, bu kapsamda ceza davası açabileceğini belirtmiştir. Ancak, özel hukuk açısından zamanaşımı kurallarının uygulanmasının hukuki olduğunu ve Sözleşme'nin 8. maddesinin bireylerin özel yaşamını korumada, sınırsız bir kanun yolu tanınması şeklinde, devletlere pozitif bir yükümlülük yüklediğini belirtmiştir. Bu sebeple, 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Stubbings kararında görüleceği üzere, bireylerin özel yaşamı korunurken ceza hukuku ve özel hukuk bir bütün olarak kabul edilmiş ve devletlere bu bütün kapsamında bireyleri cinsel kötü muameleden koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, hukuk mahkemelerinde bireylere, 8. madde kapsamında sınırsız bir kanun yolunun tanınmasının, çok geniş bir yükümlülük olacağını kabul ederek, devletler açısından bunun sınırlanabileceği belirtilmiştir.

³²⁶ Mowbray, Alastair; *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 128.

³²⁷ 22 Ekim 1996 tarihli karar.

³²⁸ İngiltere hukuk sisteminde bu tür davalara bakan mahkemedir.

2.1.2. İsim Seçiminin Resmi Olarak Tanınması

Mahkeme, öncelikle, resmi yetkililerin bireylerin adlarını seçim konusunda, devletlerin bu seçimi tanıma durumu ya da birey açısından tanımama durumunun, 8. madde kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, 8. maddeyi soyadı konusunda uygulamıştır. Burghartz v. İsviçre³²⁹ davasında, erkek başvuru sahibi “İsviçre kanunlarına göre evli kadınlar soyadı olarak kocalarının soyadlarını kullandığında, kendi soyadlarını diğer soyadından önce kullanma hakkına sahip olmalarına rağmen, bu hakkın yetkililer tarafından kendine verilmediği için şikâyetinde bulunmuştur.” Mahkeme, kararında şunları belirtmiştir (p. 24);

“Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (24. Madde 2. fıkra), 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi (7. ve 8. Madde) veya Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (18. Madde) gibi diğer uluslararası belgelerin aksine, Sözleşme’nin 8. Maddesi adlar hakkında sarıh hükümler içermemektedir. Bir kişinin adı, kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olarak kişinin özel ve aile hayatı ile ilgilidir. Bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlemesi konusuyla ilgilenmesi, meslek veya işle ilgili bağlamların yanı sıra diğer bağlamlarda da başkalarıyla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi belirli bir düzeye kadar içeren özel hayat kavramıyla uyumlu oluşu için, bu konuyu kapsam dışında bırakmaz (bkz. Gerekli değişikliklerle, Niemietz v. Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, p. 29).”

Bununla birlikte Mahkeme, bu davada başvuru sahibinin, kendisine göre akademik dünyada bilinen soyadını kullanması, kariyerini önemli ölçüde etkileyebileceğini belirterek, mevcut başvurunun 8. maddenin kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme söz konusu davada, Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile konuyu ilişkilendirerek, sorumlu devletin, erkek eşlerin soyadı konusunda tanınmamasının “tarafsız ve makul yargılama yetkisini” sağlayamadığını belirterek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

³²⁹ 22 Şubat 1994 tarihli karar.

Soyadının tanınması ile ilgili bir başka davada, Stjerna v. Finlandiya³³⁰ kararıdır. Kararda, soyadını “Tawastsjerna” olarak değiştirmek isteyen başvuru sahibi, iç hukuk kapsamında talebinin reddedilmesi sonucu Mahkeme’ye başvurmuş ve Mahkeme, ismin postada ve telaffuzda zorluk yarattığı konusunda ikna olmamış, ayrıca lakap takılması ve çarpıtılmanın birçok isimde de söz konusu olduğuna dikkat çekerek özel hayata saygının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır³³¹. Ancak Mahkeme, yerel yetkililerin, bireylerin isim değişikliği konusundaki taleplerinin kabul edilip edilmemesinin 8. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri arasında kaldığını da belirtmiştir. Mahkeme, yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediği konusunda, kamu yararı bağlamında, devletlerin yasal sınırlamalar getirebileceğini kabul etmiş ancak bunun adil bir uygunluk kapsamında kalması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, Guillot v. Fransa³³² kararında da, 8. maddenin ön adlara uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Başvuru sahipleri, kızlarına “Fleur de Marie” adını vermek istemiştir. Doğum, ölüm ve evliliklerin sicilini tutan yerel yetkili, bu ad aziz adlarının olduğu takvimde olmadığı için bu adı kayda geçirmeyi reddetmiştir. Yerel yetkililer tarafından ön ad olarak “Fleur-Marie” önerilmiştir. Çift bu durumun özel ve aile hayatlarına saygı hakkının ihlali olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, 8. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Çocuk söz konusu ismi günlük hayatında herhangi bir engel olmadan kullanabilmiş ve Fransız makamları başvuru sahiplerinin “Fleur-Marie” adını kaydetmelerine izin vermiştir. Mahkeme, kararında şunu belirtmiştir (p. 21-22);

Mahkeme, 8. maddenin ön adlar konusunda sarıh hükümler içermediğine dikkat çeker. Ancak bireylerin kimliğinin ailelerinde ve yaşadıkları toplumda belirlenmesini sağladığı için, ön adlar, tıpkı soyadları gibi (bkz. Gerekli değişikliklerle, Burghartz v. İsviçre, 22 Şubat 1994, Seri A No. 280- B, s. 28, p. 24 ve Stjerna v. Finlandiya, 25 Kasım 1994, Seri A No. 299-B, s. 60, p. 37) özel hayatla ve aile hayatıyla ilgilidir.

³³⁰ 22 Şubat 1994 tarihli karar.

³³¹ Üzeltürk, s. 174.

³³² 24 Ekim 1996 tarihli karar.

Ayrıca bir çocuğun ön adının ebeveyni tarafından belirlenmesi kişisel ve duygusal bir meseledir ve bu yüzden özel alanın içine girer. Bu nedenle şikâyetin konusu, 8. madde kapsamına girer ve zaten bu sorgulanmamıştır.

Mahkeme, soyadında olduğu gibi önad konusunda da önceki kararları doğrultusunda karar vermiştir.

2.1.3. Resmi Bilgilere Ulaşılması

Bireyin kimliğine ilişkin bilgiler özel hayatının bir parçasıdır. Bu bağlamda hem kişisel verilere ulaşamamak özel hayata müdahale olarak değerlendirilecektir, hem de başkalarının bu bilgilere ulaşmasının özel hayata müdahale olarak kabul edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması gerekir³³³.

Gaskin v. Birleşik Krallık³³⁴ davasında başvuru sahibi, küçük yaşta devletin bakımı altına alınmış ve reşit olana kadar burada kalmıştır ve talebi, bu döneme ait tüm dosyalarına, kayıtlara katkıda bulunanların rızası olmadan erişebilmektir. Mahkeme, kararında, devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü saptamak için sosyal hizmet kayıtlarını gizli bir sistemde tutmaktan doğan kamu yararı ile kişinin özel hayatı hakkındaki bilgilere erişmesi konusundaki bireysel hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, kişilerin kendi çocukluklarını ve erken gelişim dönemlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgilere ulaşmak konusunda bir temel hakka sahip oldukları belirtmiştir. Ancak güvenilir bilgiye erişmek ve gizli kamu kayıtlarını oluşturmak arasında bağ kuran Mahkeme, bilgiye erişimin kayıtlara katkıda bulunan tarafların onayına bağlı olmasını prensip olarak 8. maddeye uygun bulmuştur. Ancak kayıtlara katkıda bulunanlara ulaşamadığı veya söz konusu tarafın uygunsuz olarak rıza vermediği hallerde, nihai kararı verecek bağımsız bir otoritenin olması gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir uygulamanın olması 8. maddenin ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir. Bu bağlamda devletlere, farklı bir pozitif yükümlülük yüklenmiştir³³⁵.

³³³ Üzeltürk, s. 179.

³³⁴ 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

³³⁵ Mowbray, s. 143.

Mahkeme'nin Guerra ve Diğerleri v. İtalya³³⁶ kararı, halkı yaşadıkları bölgede bulunan bir kimya fabrikasının getirdiği risklerle ilgili bilgilendirmeme ve fabrikada gerçekleşebilecek kazalarla ilgili önlem almama konusuyla ilgilidir. Bu davada Mahkeme, çevreye gelebilecek ciddi bir hasarın şahısların refahını olumsuz yönde etkileyebileceği ve onları özel ve aile hayatlarını bozacak şekilde evlerinde oturma haklarından yoksun bırakabileceği gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bu karar, devletlere, çevre kirliliğinden kaynaklanan ciddi risklerle ilgili olarak yerel halkın bilgilendirilmesi konusunda devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Başvuru sahiplerinin ikamet ettikleri yerle ilgili çevresel risklerin kendilerini bildirme devletin bir yükümlüğü olarak kabul edilmiştir. Bu karar, devletlerin insiyatifi ele alan adımlar atarak ilgili bireyleri bilgilendirmesi yükümlülüğü yüklemiştir³³⁷.

2.1.4. Özürlü ve Hasta İnsanlar için Kolaylık Sağlanması

Hasta ve özürlü insanlar için kolaylık sağlanmasının devletin bir pozitif yükümlülüğü olup olmadığını tespit için, devletin harekete geçmemesiyle ilgili olarak plajlara ulaşamadığı için şikâyetinde bulunan özürlü bir kişiyle ilgili Botta v. İtalya³³⁸ kararına bakılabilir. Mahkeme, özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için devlete pozitif yükümlülük getiren prensipleri hatırlatmış ve şu şekilde özetlemiştir (p. 32-35):

Mahkeme'nin görüşüne göre, özel hayat bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de içerir; Sözleşmenin 8. maddesinde sağlanan teminatın asıl amacı, bir bireyin başkalarıyla ilişkiler kurarak gelişimini sağlamaktır. (bkz. gerekli değişikliklerle, Niemietz v. Almanya, 16 Aralık 1992, p. 29).

Bu davada, başvuru sahibi, devletin yaptığı değil, yapmadığı bir şeyden dolayı şikâyetçi olmuştur. 8. maddenin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif taahhüde ek olarak, özel hayata veya aile hayatına etkin biçimde saygı gösterme kapsamında pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı

³³⁶ 19 Şubat 1998 tarihli karar.

³³⁷ Mowbray, s. 144.

³³⁸ 24 Şubat 1998 tarihli karar.

gösterilmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını içerebilir (bkz. X. ve Y. v. Hollanda, 26 Mart 1985, p. 23 ve Stjerna v. Finlandiya, 25 Kasım 1994, p. 38). Ancak saygı kavramı tam olarak tanımlanmamıştır. Bu tür yükümlülüklerin olup olmadığını belirlemek için, devletin her halükârda bir takdir hakkı olmasına rağmen, bireyin çıkarları ile kamu yararı arasında âdil bir denge kurulmaya çalışılmalıdır.

Mahkeme, bir başvuru sahibine uygulanan önlemler ile başvuru sahibinin özel ve / veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bağlar olduğunda, devletin bu tür yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir.

Airey v. İrlanda davasında, iç hukuk sisteminde ayrılma davasında başvuru sahibinin adli yardım almasını sağlayan bir sistem olmadığı için ve mahkemeye başvuramaması doğrudan başvuru sahibinin özel hayatını ve aile hayatını etkilediği için, Mahkeme başvuru sahibinin 8. madde ihlâlinin mağduru olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Aklî dengesi yerinde olmayan bir kişiye tecavüz edilmesiyle ve bu kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüyle ilgili olan ve yukarıda bahsedilen X. ve Y. v. Hollanda davasında Mahkeme, Hollanda ceza hukukunun eksikliklerinden dolayı söz konusu kişiye pratik ve etkin koruma sağlanmadığına karar vermiştir (p. 30).

Daha yakın tarihli López Ostra v. İspanya kararında (gerekli değişikliklerle, 9 Aralık 1994 tarihli karar), Mahkeme, başvuru sahibinin evinin yakınında bulunan bir atık su arıtma tesisindeki faaliyetlerin neden olduğu kirliliğin olumsuz etkilerini ele almış ve Lorca kasabasının ekonomik refahı (yani bir atık arıtma tesisi olması) ile başvuru sahibinin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının etkin olarak kullanılması arasında âdil bir denge kurulmasında devletin başarılı olamadığı kararına varmıştır (p. 58).

Son olarak, 19 Şubat 1998 tarihli Guerra ve Diğerleri v. İtalya kararında Mahkeme, Enichem fabrikasından çıkan zehirli emisyonların, başvuru sahiplerinin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki doğrudan etkisinin, 8. maddenin uygulanabilir olduğu anlamına geldiğini belirtmiştir (p. 57). Başvuru sahiplerinin ve ailelerinin, söz konusu fabrikada bir kaza olması durumunda özellikle tehlike altında olan Manfredonia Kasabası'nda yaşamaya devam etmeleri durumunda, ne tür risklere maruz olduklarını değerlendirmeleri için gerekli bilgilerin başvuru sahiplerine

verilmemiş olmasından dolayı, Mahkeme, İtalya'nın bu hükmü ihlâl ettiğine karar vermiştir (s. 228, p. 60).

Ancak bu davada Bay Botta'nın ileri sürdüğü hak, yani normalde oturduğu yerden uzak olan bir yerde, tatili sırasında plaja ve denize erişme hakkı, özel plajların eksikliklerini gidermek için devletin alması gereken önlemler ile başvuru sahibinin özel hayatı arasında doğrudan bir bağ kurulamayacak kadar geniş ve kapsamı belirsiz kişiler arası ilişkilerle ilgili olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, 8. maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu kararda, devletin pozitif yükümlülüklerinin sınırları belirtilmiş ve sınırsız olmadığı açıklanmıştır.

2.2. Aile Hayatı

2.2.1. Ebeveynler ile Gayri Meşru Çocukların İlişkilerinin Yasal Olarak Tanınması

Aile hayatının korunması noktasında öncelikle açıklanması gereken konu, aile kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir. Mahkeme, içtihatlarında, nikâhlı kadın-erkek birlikteliği olan hukuki aile yanında, nikâhsız olarak beraberce yaşayan kadın ve erkeğin vücuda getirdiği fiili durumu da aile kavramı kapsamında kabul etmiştir.

Bu bağlamda, Mahkeme, Marckx v. Belçika³³⁹ kararında, 8. maddenin uygulanması açısından ailenin “meşru” veya “gayrimeşru” olmasına bakılarak ayırım yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir (p. 31):

Mahkeme, 8. maddenin “meşru” ve “gayrimeşru” aile arasında bir ayırım yapmadığı konusunda AİHK'nın belirlediği içtihadı tamamen katıldığını belirtmiştir. Böyle bir ayırım “herkes” kelimesine uygun olmaz ve bu durum, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında “doğum” bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. madde ile tekrar onaylanmıştır. Ayrıca, Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bekâr bir kadın ve çocuğunu, tıpkı diğerleri gibi bir aile biçimi olarak

³³⁹ 13 Haziran 1979 tarihli karar.

gördüğüne dikkat çekmiştir (evli olmayan annelerin ve çocuklarının sosyal korunması konulu 15 Mayıs 1970 tarihli Karar (70) 15, p. I-10, p. II-5).

Söz konusu Marckx kararı, aile hukuku kapsamında tarihi açıdan da ayrı bir önemi vardır. Zira Mahkeme, ilk defa 8. madde bağlamında pozitif yükümlülüğün ihlaline karar vermiştir. Bu kararda, Belçika hukukuna göre, annelerin evlilik dışı çocuklarının tanınması için gerekli resmi prosedürün Sözleşme'nin 8/1. maddesini ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda, aynı şartlar altında yerel yetkililerin, Sözleşme'nin gerekleri için etkin önlemler alması gerektiği belirtilmiştir.

Mahkeme, gayrimeşru çocukların yasal olarak tanınması ile ilgili olarak, iç hukukça kabul edilen aile ilişkilerinin güvence altına alınması gerektiğini ve bunun devletlerin bir pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

2.2.2. Çocukların Kamusal Korunması

1980 tarihinden bu yana, Mahkeme, çocukların kamusal olarak korunması için yerel makamların usulü görevlerini 8. madde yorumunda değerlendirmektedir. Söz konusu pozitif yükümlülük ilk olarak W. v. Birleşik Krallık³⁴⁰ kararında gündeme gelmiştir³⁴¹. Davada, başvuru sahibi ve eşinin, ailevi problemleri mevcuttur. Bu sebeple üçüncü erkek çocuklarını, gönüllü olarak bakımı için yerel yetkililere teslim etmişlerdir. Daha sonra, yerel makam, ebeveynin bilgisi olmadan, çocuğun vesayet hakkını ebeveynlerden almışlardır. Evlat edinme komisyonu, yine ebeveyne haber vermeden, yerel makamın kararını onaylamış ve çocuğu evlatlık olarak başka bir aileye vermiş ve başvuru sahibi ve eşinin çocukla görüşmesini kısıtlamıştır. Daha sonra sosyal hizmet görevlisi, başvuru sahibi ve eşinin çocukla görüşmesini tamamen yasaklamıştır. Bunun üzerine, karara karşı başvuru sahibi ve eşi, Yüksek Mahkeme'ye dava açmış ancak Yüksek Mahkeme, çocuğun evlat edinen ailede kalmasına karar vermiştir.

Mahkeme, söz konusu kararda aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar vermiştir. Kararda, devletlerin, aile hayatına saygı konusunda pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, çocukların kamusal koruma altına alınması ve doğal ebeveyni ile görüşmesinin düzenlenmesi ile ilgili olarak, verilen kararların hassas ve

³⁴⁰ 8 Temmuz 1987 tarihli karar.

³⁴¹ Mowbray, s. 155.

çok zor karar olduğu kabul edilmiş ancak yerel makamların bu yetkisini kullanırken sert uygulamalarının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Kararda, 8. maddenin, açık usulü gereklilikleri içermediği ancak kesin olarak usul gerekliliklerinin de olmadığı anlamına gelmediği belirtilerek, kararın tek taraflı olarak verilemeyeceği karşı tarafı yoksun bırakacak nitelikte olmaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca kararda şunlar da ifade edilmiştir (p. 63);

Belirlenmesi [...] gereken, [...] ebeveynlerin karar verme sürecinin tümüne çıkarlarının korunması ön şartına uyacak derecede dâhil edilip edilmedikleridir. Edilmemişlerse, aile hayatlarına saygı gösterilmemiş demektir ve bu karardan doğan müdahale, 8. maddedeki anlamıyla “zorunlu” olarak görülemez.

Yukarıdaki karar paragrafında da görüldüğü üzere kamusal koruma altına alınacak çocukların, doğal anne babalarının da çocuklar hakkında verilecek kararlara en azından süreç aşamasında katılması öngörülmüş ve devletlere bu konuda pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir.

Mahkeme, ayrıca, T.P. ve K.M. v. Birleşik Krallık³⁴² kararında, bir çocuğun bakımının başkasına verilmesi yönündeki bir müdahalenin, demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını belirlerken kullanılabilecek prensipleri belirlemiştir. Mahkeme, kararda şunları belirtmiştir (p. 70-73);

Aleyhteki önlemlerin “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığının belirlenmesinde Mahkeme, dava bir bütün olarak düşünüldüğünde, söz konusu önlemlerin dayanağı olan nedenlerin, Sözleşme’nin 8/2. maddesi açısından ilgili ve yeterli olup olmadığını değerlendirir. Hiç kuşkusuz, bu tür davalarda asıl önemli olan, çocuk için en iyi olanın ne olduğudur. Ayrıca ulusal makamların, ilgili bütün taraflarla doğrudan temasa geçme avantajına sahip olduğu unutulmamalıdır. Mahkeme’nin görevi, velâyet ve çocuklara erişim konusunda ulusal makamların yerine geçerek onların sorumluluklarını üstlenmek değil, ancak söz konusu makamların takdir hakkını kullanırken aldıkları kararları Sözleşme’ye göre gözden geçirmektir (bkz. Hokkanen v. Finlandiya, 23 Eylül 1994).

³⁴² 10 Mayıs 2001 tarihli karar.

Yetkili ulusal makamlara verilecek takdir hakkı, ele alınan konuların niteliğine ve söz konusu çıkarların önemine göre değişir. Mahkeme, özellikle bir çocuğun devletin koruması altına alınmasının gerekliliği belirlenirken, otoritelerin geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul eder. Ancak, örneğin bu otoritelerin ebeveynlerin çocuklara erişimi konusunda koyduğu kısıtlamalar ve ebeveynlerin ve çocukların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını etkin olarak korumak için alınan yasal önlemler konusunda daha detaylı bir incelemeye ihtiyaç vardır. Bu tür sınırlamalar, ebeveynler ve küçük bir çocuk arasındaki aile ilişkilerinin kısıtlanması tehlikesini doğurabilir (bkz. diğer kararlara ek olarak, Johansen v. Norveç, 7 Ağustos 1996).

Mahkeme, 8. maddede usulle ilgili sarıh şartlar olmasa da, müdahale önlemleri konusundaki karar verme sürecinin âdil olması ve 8. madde tarafından korunan haklara yeterli saygı gösterilmesi gerektiğini hatırlatır.

“Söz konusu davadaki özel şartlar ve özellikle alınacak kararların ciddiyeti göz önünde bulundurularak, ebeveynlerin karar verme sürecine genel olarak çıkarlarının korunması şartını karşılayacak düzeyde katılıp katılmadıklarını belirlemek gerekir. Katılamazlarsa, aile hayatına saygı gösterilmemiş olur ve bu karar sonucu ortaya çıkan müdahale, 8. maddedeki anlamına göre “zorunlu” olarak görülemez.” (Bkz. W. V. Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1987).

Bir çocuğun devletin bakımı altına alınması amacıyla yetkili makamların başlattığı prosedürlerde ilgili belgelerin ebeveynlere gösterilmemesinin, çocuğun velâyeti ve çocuğa erişim konularını belirleyen karar verme sürecinin, ebeveynlerin 8. madde tarafından teminat altına alınan haklarının korunması ön şartına uymadığı anlamına geldiği daha önce belirlenmiştir (bkz. McMichael v. Birleşik Krallık, 24 Şubat 1995).

Ayrıca, yukarıda belirtilen kararın 82. paragrafında, taraf devletlerin, ailenin talebinin olmadığı durumlarda dahi, ailenin menfaatinin korunmasında devletin pozitif yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda açıklanan kararlarda da görüleceği üzere, Devlet, bakıma muhtaç çocuğu koruma altına alırken doğal anne babanın da bu sürece katılmasının sağlanmasını devletlere pozitif bir yükümlülük olarak yüklemiştir.

2.2.3. Çocukları Doğal Ebeveynleri ile Bir Araya Getirmek

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında aile hayatına saygı göstermek, açıkça ebeveynlerin çocuklarıyla tekrar bir araya getirilmesi konusunda bir pozitif yükümlülük içerir. Bu yükümlülük genellikle, çocuğun bakımını devlete veren bir geçici emre artık ihtiyaç duyulmadığında ortaya çıkar. Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için nelere gerek olduğu konusunda, çocuğun devletin bakımında kalması ile ebeveynin çocuğu ile tekrar bir araya gelmesi arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu dengeyi oluşturmaya çalışırken, özellikle söz konusu çıkarların doğasına ve ciddiyetine göre ebeveynin çıkarlarının önüne geçebilecek olan çocuğun çıkarına ağırlık verilmesini belirtmiştir.

Johansen v. Norveç³⁴³ davasında, başvuru sahibinin kızı daha sonra koruyucu aile tarafından evlat edinilmek üzere bir koruyucu ailenin yanına yerleştirilmiştir ve başvuru sahibi bu karara 8. madde kapsamında itiraz etmiştir. Mahkeme, ebeveynin temasını veya vesayetini daimi olarak önlemeyi amaçlayan önlemler gibi tedbirlerin sadece istisnai durumlarda alınması gerektiğini ve sadece çocuğun çıkarının korunmasını amaçlayan şartlara bağlı olduklarında haklı gösterilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, davanın gerçeklerine bakarak, annenin, başkasının bakımında olan kızıyla temasının iyi gittiğini ve annenin hayatında iyileşme işaretleri olduğunu dikkate almıştır. Yetkililerin, başvuru sahibinin, işbirliği yapmama olasılığı olduğu ve koruyucu ailenin evine erişimine izin verilirse kızının bakımını olumsuz etkilemesi riski olduğu yönündeki görüşü, bu kişinin kızı ile ilgili bakım kararının uygulanmasında yaşanan zorluklara dayanmıştır. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu zorlukların ve risklerin, yetkililerin 8. madde kapsamında ikisini tekrar bir araya getirmek üzere önlem almaları konusundaki normal yükümlülüklerinden arınmalarına neden olacak özellikte ve derecede olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu durum, özellikle annenin kızını tatminkâr bir biçimde yetiştirebildiğinde daha da geçerli hale geldiğini ve annenin ebeveyn haklarının elinden alınmasının 8. maddenin ihlali olarak kabul edilmiştir³⁴⁴.

³⁴³ 7 Ağustos 1996 tarihli karar.

³⁴⁴ Kilkelly, s. 48.

2.2.4. Evlilikte Ayrı Yaşama

Mahkeme, devletlerin aile hayatına saygı görevi kapsamında, eşlerin beraber yaşamasının artık imkânsız olduğu durumlarda eşlerin ayrılmasının kolaylaştırılması için devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Airey v. İrlanda³⁴⁵ kararında, başvuru sahibi, kendisine tecavüz ile suçlanan eşinden ayrılmak için yargı kararı talep etmiştir. İrlanda hukukuna göre, bazı kararlar sadece yüksek mahkemeden alınabilmekte ve masrafları diğer mahkemelere nazaran daha yüksektir. Ancak başvuru sahibinin yeterli bir maddi durumu olmadığı gibi adli yardımdan da yararlanamadığından dolayı yüksek mahkemeye dava açamamıştır. Bunun üzerine başvuru sahibi, 8. maddenin ihlal edildiğinden bahisle Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme kararında şunları belirtmiştir (p. 33);

İrlanda’da özel hayatın veya aile hayatının birçok unsuru kanunlarla düzenlenmiştir. Evlilik konusunda, karı ve koca prensipte bir arada yaşamakla yükümlüdür ancak bazı durumlarda, resmi ayrılma kararı alınması için başvuruda bulunma hakları vardır; bu, özel veya aile hayatlarının korunması için, bazen bir arada yaşama sorumluluğunun kaldırılması gerekebileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir.

Özel hayata veya aile hayatına etkin bir biçimde saygı gösterilmesi, İrlanda’nın uygun durumlarda bu yola başvurmak isteyen herkesin, bu koruma yoluna kolaylıkla erişebilmesini sağlaması yükümlülüğünü getirir. Ancak başvuru sahibi uygulamada bu yola erişememiştir; Yüksek Mahkeme’ye başvurabilecek bir konumda olmadığı için ..., kocasından fiilen ayrılmış olmasının kanunen tanınmasını sağlayamamıştır. Bu nedenle, 8. madde ihlâl edilmiştir.

Mahkeme, yukarıda belirtilen kararında, yine Sözleşme’nin pratik etkinliğini sağlayabilmek amacıyla pozitif yükümlülük belirlemiştir. Kocasını ile yaşaması imkânsız hale gelen kadının, maddi imkânsızlık sebebiyle, iç hukuk kapsamında hukuk yollarına başvuramaması ve bu kapsamda gerekli adli yardımın sağlanmaması 8. maddenin ihlali olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, taraf devletlerin, 8. madde kapsamında mağdur durumda olabilecek bireylere gerekli ve uygun adli yardımda bulunmak şeklinde bir pozitif yükümlülüğü vardır.

³⁴⁵ 9 Ekim 1979 tarihli karar.

SONUÇ

Özel yaşamın gizliliği ve korunması, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir kişilik hakkıdır. Özel yaşamın gizliliği, bir kişilik hakkı değeri olarak kabul edilmesi nedeniyle özgürlükler, şeref ve haysiyet, isim ve resim üzerindeki haklar gibi diğer kişilik hakkı değerleriyle arasında sıkı ilişkiler bulunmaktadır.

Günümüzde, teknolojideki gelişmeler, kişinin özel yaşamına yapılan saldırıları çok kolay hale getirmiştir. Teknoloji kullanılarak öğrenilen kişinin özel yaşamına ilişkin bilgiler, kitle iletişim araçları olan basın, radyo, televizyon ve internet aracılığıyla çok geniş kitlelere, çok kısa zamanda aktarılabilir. Kitle iletişim araçlarının geniş kitleler üzerindeki etkisi, bu yolla kişilerin özel yaşamlarına yönelik yapılan yayınların daha ağır sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır.

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 gizliliğini uluslararası alanda esaslı bir güvenceye alan 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.

1982 Anayasası'nın 20-22 maddelerinde de yer alan özel yaşamın gizliliği 2001 Anayasa değişikliğinde AİHS sistemi ile paralellik oluşturmak üzere değiştirilmiş ve özel yaşamın gizliliğinin, yaşam koşullarında olacak değişimler karşısında da toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak ve kişiye gerçekten sağlam güvenceler getirecek şekilde korunması sağlanmıştır. Ancak Türkiye'de toplumsal yaşantıda özel yaşamın gizliliğinin anayasal ilkeler doğrultusunda korunduğu söylenemez. Bunun sebepleri, teknolojik gelişmenin kanunlardaki önlemlerle izlenemeyecek bir hız içerisinde, kişilerin eline birbirlerinin özel yaşamlarının gizliliğini bozmalarına yardım edecek yeni olanaklar vermesi ve kanun koyucunun bu hızlı gelişme karşısında uzunca bir süre hareketsiz kalmasıdır.

İnsan hakları korunmasında kilometre taşı olan AİHS'nin "insan haklarına saygı yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1. maddesinde "yüksek sözleşen taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" denilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre maddede geçen "tanırlar" deyimini, taraf devletlere sadece bireyin hak ve özgürlük olarak tanınmış serbest hareket alanındaki eylemlerine müdahale etmemek mükellefiyetini değil, ayrıca bu hakların fiilen ve etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik uygun önlemleri de alması mecburiyetini getirmektedir.

Türkiye'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'ye yapılan şikâyet başvurularında (davalarda), devletin pozitif yükümünü yerine getirmediği; yani "yapması" gerektiği halde "yapmadığı" işlemleri; başka bir deyişle "eksiklikleri" saptamak, gelecekteki benzer ihlalleri önlemesi bakımından yararlı olacaktır. Zaten Sözleşme'nin amacı, bir ihlalin "bedelini" ödeyerek işin içinden çıkmak değil (maddi veya manevi tazminat ya da eski halin iadesi); oluşturulan emsâl ve içtihatlarla devletlerin ikazı; yani, aynı ihlallerin yinelenmesinin önlenmesidir. Türkiye bu konuda Avrupa Konseyi organları önünde sıkıntıya düşmekte; hatta "durumu takip için gözlem altına" (monitoring) alınmaktadır.

İnsan hakları davasının muhatabının öncelikle devlet olması nedeniyle, insan hakları ile ilgili iddia ve talepler her zaman devlete karşıdır. Devlet meşruluğunu insan haklarını korumak ve toplumda barışı tesis etmek suretiyle sağlayabilir. İnsanlar öncelikle, devlet

müdahalesinden korunmuş bir şekilde dünya görüşleri ve hayat tarzlarına göre kendi yaşamlarını düzenleyebilmelidirler.

Devletin temel görevi insan haklarını korumaktır. İnsan haklarının asıl ihlalcisi devlet olmakla beraber, insan haklarının korunması sadece devletin bu haklara tecavüz etmemesi ile sağlanamaz. Devlet aynı zamanda insan haklarıyla korunan temel değerlere yönelik olarak başka kişi ve gruplardan gelmesi muhtemel saldırıları caydırmak ve önlemek, ayrıca var olan saldırıları da cezalandırmak yükümlülüğü altındadır.

İnsan hakları konusunda hak ihlalini gerçekleştirmeye, kamu gücünü elinde bulundurması nedeniyle en yatkın araç olan devletin, günümüzde artık sadece negatif anlamda “dikey” sorumluluğunu yerine getiriyor olması yetmemekte, bireylerin haklarını etkin ve uygun bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli tedbirleri almak ve bireylerin haklarını kullanmalarını sağlayarak “yatay” sorumluluğunu da yerine getirmesi de asli bir görevi olarak kabul edilmektedir.

Bu nedenlerle devletin pozitif yükümlülüklerinin tespit edilmesi, insan haklarının korunmasında ulaşılması gereken ideal standartları yakalamak açısından önemli bir adım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu, Tekin;** İnsan Hakları I, (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri), AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, Ankara, 1995.
- Akın, İlhan;** Kamu Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1987.
- Akipek, Jale;** Türk Medeni Hukuku – Şahsın Hukuku, Ankara, 1961.
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut;** Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku Gözden Geçirilip Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dördüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Aktan, Coşkun Can / Vural, İstiklal Yaşar / Aktan, Tülay;** Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, İkinci Bası, Hak-İş Yayınları, Ankara, 2003.
- Albayrak, Mustafa;** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar”, A.D, S.16, Ankara, Temmuz 2003.
- Aldıkaçtı, Orhan;** Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayınları, No:345, İstanbul, 1978.
- Araslı, Oya;** Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Ankara 1979, Ankara Üniversitesi (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).
- Arı, Bülent / Aslantaş, Selim;** Adalet Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007.
- Armağan, Servet;** 1961 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Arslan, Zühtü;** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No 17, Ankara, 2000.
- Artuç, Mustafa;** Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner;** 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

- Ataay, Aytakin;** Şahıslar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Bailey S.H / Harris D.J / Jones B.C.;** Civil Liberties Cases and Materials, Second Edition, London Butter Worths, 1985.
- Başlar, Kemal;** Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- Batum, Süheyl;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayın No. 702, İstanbul, 1993.
- Beşe, Ertan;** Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Bielefeldt, Heiner;** Hukuk Devleti “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”, Çev. Yüksel Metin, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- Binici, Hüsamettin;** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinde Düzenlenen İfade Özgürlüğüne Genel Bir Bakış”, AD, Sayı:19, Ankara, Mayıs 2004.
- Bozlak, Ayhan;** “Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu yetkilerin Kullanılması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış” , AD, S. 31, Ankara, Mayıs 2008.
- Bumin, Kürşat;** Vazgeçilemeyen Devlet, Toplumcu Düşün Dergisi, S.16, Ankara, Haziran 1980.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, Beta Yayını, İstanbul, 2005.
- Clayton, Richard / Tomlinson, Hugh;** The Law of Human Rights, Oxford, New York, 2000.
- Coşkun, Enis;** Küresel Gözaltı: Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, 1. Baskı, Ümit Yayınları, Ankara, 2000.
- Çokmutlu, Metin;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi, 2007.
- Çağlayan, Muhtar;** Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962.

- Çeçen, Anıl;** Devlet ve İnsan Hakları, Savaş Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Ekim 2000.
- Çelik, Edip;** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 9, Sayı 1–3, Ankara, 1988.
- Çelik, Edip;** Milletlerarası Hukuk, Fakülteler Matbaası, 1. Kitap, İstanbul, 1984.
- Danışman, Ahmet;** Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, No: 99, Konya, 1991.
- Doğru, Osman;** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.I, İstanbul, 2002.
- Doğru, Osman;** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları; T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Ağustos 2003.
- Donay, Süheyl;** İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIX, S:1-4.
- Dönmezer, Sulhi;** Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Yasayla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000.
- Dutertre, Gilles;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan;** Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, 2.Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- Egger, August / Çernis Wolf;** İsviçre Medeni Kanunu Şerhi – Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. Mustafa Amil Artus, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1947.
- Erdem M. Ruhan / Özbek V. Özer;** 4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, DÜHFY, Seyfullah Edis Armağanı, İzmir, 2000.
- Erdoğan, Mustafa;** Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2005.

- Eren, Abdurrahman;** “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3–4, Erzincan, 2004.
- Ergül, Ozan;** Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, Ankara Üniversitesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Erol, Haydar;** Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2005.
- Erol, Haydar;** Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Usulü, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006.
- Fendoğlu, H.Tahsin;** Devlet Diplomasi ve İnsanın Özgürlük Mücadelesi, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999.
- Gemalmaz, Mehmet Semih;** Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika’da İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul, 1991.
- Göçer, Mahmut;** Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Gökçen, Ahmet;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada El koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Ankara, 1994.
- Gölcüklü, Feyyaz;** “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü”, Polis Dergisi, S. 37, Ankara, Mayıs 2004.
- Gözlügöl, Said Vakkas;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara, 1999.
- Gözübüyük A. Şeref / Gölcüklü A. Feyyaz;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Gürbüz, Yaşar;** Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981.

- Harold, J. Spaeth**, The Constitution of the United States, B. ed – Harper Prenal, New York, 1991.
- Hayek, A.Friedrich**; Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı (Çev. Mustafa Erdoğan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1995.
- Helmons, Silvio Marcus**; Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, (Çev. Burak Öztürk), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 9-13 Ocak 2001.
- İlkiz, Fikret / Günaydın, Barış**: “Kişilik Hakları Medyada Etik ve Yargı Kararları”, Küresel İletişim Dergisi, S. 2, Güz 2006.
- Huber, Ernst Rudolf**; Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet, Çev. T. Ansay, AÜHF Dergisi, S.1, Ankara, 1971.
- İmre, Zahit**; Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar – Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları, No: 351, Ankara, 1974.
- İmre, Zahit**; Medeni Hukuka Giriş, İÜHF Yayınları, No: 2718, İstanbul, 1980.
- İmre, Zahit**; Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, C. 39, S. 4, İstanbul, 1976.
- Jescheck Hans / Heinrich**; Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, Birinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. ;** Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitapevi, 6.Baskı, Ankara, 2002.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. ;** Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2005.
- Kaymaz, Şeydi**; Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi İBD, C. 70, S. 10-11-12, İstanbul, 1996.
- Kapani, Münci**; Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 1981.
- Kapani, Münci**; İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1987.

- Kılıçoğlu, Ahmet;** Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:496, 2. Bası, Ankara, 1993.
- Kilkelly, Ursula;** Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Adalet Bakanlığı Yayını, 2. Baskı, Ankara, 2001.
- Killi, Suna/ Gözübüyük, Şeref;** Sened-i İttifaktan Günümüze Kadar Türk Anayasa Metinleri, 3.bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.
- Korkusuz, M. Refik;** Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık, İstanbul, 1998.
- Kuçuradi, Ioanna;** İnsan Hakları Açısından Dünya Problemleri, Dünya Problemleri Karşısında Felsefe, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1986.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun;** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Bası, Beta Yayını, İstanbul, 2000.
- Laski, Harold;** Devlet, Köprü Yayınları, Çev. Esin Örücü, İstanbul, 1966.
- Lütem, İlhan;** Yeni Anayasalar, Türk Hukuku Kurumu Yayınları, Kitap III, Ankara, 1953.
- Malkoç, İsmail / Yüksektepe, Mert;** Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, 2005.
- Mowbray, Alastair;** The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- Nazsız, Abdullah;** Açık Yönetim ve İç Mevzuatımızda Bilgi Edinme Hakkı, A.D., S. 32 A.B.Y.İ.D.B., Ankara-Eylül 2008.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M.Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- Ölmez, Aslan;** "Postada Elkoyma", A. D, 32. S., Ankara, Eylül 2008.

- Öngören, Gürsel;** Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları, İstanbul,1995.
- Özbek, Veli Özer;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Özbudun, Ergun;** “ Özel Haberleşmenin Gizliliği ”, AÜHFM. 50. Yıl Armağanı, Ankara, 1977.
- Özdek, Yasemin;** Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayın No:321, Ankara, 2004.
- Özdemir, Kenan;** Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, AD, Y. 97, S. 23, Ankara, 2005.
- Özek, Çetin;** Türk Basın Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Özsunay, Ergun;** Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Der Yayınları, İstanbul, 1982.
- Öztekin, Tosun;** “ Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları ”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul, 1977.
- Öztürk, Bahri;** “ Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar ”, MBD, Manisa, 1987.
- Öztürk, Bahri;** Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 14, Ankara, 1995.
- Öztürk, Bahri / Erdem, M. Ruhan;** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, SeçkinYayınevi, Ankara, 2006.
- Öztürk, Kazım;** T.C. Anayasası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, C.2, Ankara, 1966.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, I.Cilt, Yayın Matbaacılık Ankara, Şubat 2007.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

- Poulantzas, Nicos;** Devlet ve Toplum Üzerine, Çev. Ergin Kopartan, Felsefe Dergisi, S. 87/2.
- Ramchatran, Theo C. Van;** Problems in the Protection of Human Rights at the International Level; Philosophical Foundations of Human Rights. Hacettepe University, Edited by. İ. Kuçuradi, Ankara, 1982.
- Reisoğlu, Safa;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Sağlam, Fazıl;** “ Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, AÜSBF Dergisi, C. XXX, No: 1-4, Ankara, Mart – Aralık 1975.
- Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık;** Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 1995.
- Serdar, İlknur;** Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Seyhan, Kazım;** Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi C.1, S. 3, Ankara, 2003.
- Sezer, Ahmet Necdet;** 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Shue, Henry ;** Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy, Princeton University Press, Second Edition, Princeton, New Jersey, 1996.
- Soysal, Mümtaz;** 100 Soruda Anayasa’nın Anlamı, Baştan Başa Yeniden Yazılmış 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.
- Soysal, Mümtaz;** “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No 2, Ankara, 1985.
- Steiner H.J / Alston P.;** International Human Rights in Context, Oxford University Press, 2. Edition, Oxford, 2000.
- Şafak, Ali / Bıçak, Vahit;** Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Tümüyle Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Roma Yayınevi, İstanbul, Ağustos 2005.

- Şen, Ersan;** Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.
- Şen, Ersan;** İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, 4. Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2007.
- Şen, Ersan;** “Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim Olması Gerekli İlke ve Esaslar”, Polis Dergisi, S.36, Ankara, 2003.
- Şen, Ersan;** “Gizli Görüntüleme Fiillerin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, İBD, C. 68, S. 7-8-9, İstanbul, 1993.
- Şentuna, Mustafa Tarık;** Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Tanör, Bülent;** Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi;** 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2002.
- Taşkın, Ahmet;** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”, AD, S. 19, Ankara, Mayıs 2004.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancaktar, Oğuz;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002.
- Ünal, Şeref;** Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri No: 12, Ankara, 1972.
- Ünal, Şeref;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No: 8–9, Ankara, 2001.
- Üzeltürk, Sultan;** 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Yavuz, Hilmi;** Özel Hayattan Küreselleşmeye, Boyut Kitapları, İstanbul, 2001.
- Yenisey, Feridun;** Hazırlık Soruşturması ve Polis, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993.

Yıldız, Mustafa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.

Yüzbaşıoğlu, Necmi; Anayasa Hukuku Temel Metinleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Yüzbaşıoğlu, Necmi; Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Zevkliler, Aydın / Atabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre; Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

Aksu, Erdal; Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 4 Eylül 2008 Tarihli Taslak Sözleşme Metninin Yayına İlişkin Değişiklik İçeren Maddelerinin İncelenmesi, s. 1. [http:// www.hukukiboyut. com/arsiv/ d20081111233358. pdf.](http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d20081111233358.pdf), Erişim Tarihi: 25.12.2008.

Ayci, Emrullah; İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği, [http://www.polis. Gov. tr/egitim/ dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYCI.htm.](http://www.polis.Gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/45/web/makaleler/Emrullah_AYCI.htm), Erişim Tarihi: 23.03.2009.

Dinç, Güney; “Özel Yaşamın ve Aile Yaşamının Korunması”, <http://www.guneydinc.com/wp-content/makaleler/m-8.pdf>, ; Von Hannover/ Almanya Davası, (Çev. **Ekinci, Elif / Cengiz, Serkan;** http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Caroline_Almanya_01.pdf., Erişim Tarihi: 20.05.2009.

Doğan, Yusuf Hakkı ; “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>., Erişim Tarihi: 28.04.2009.

Doğan, Yusuf Hakkı ; “Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>., Erişim Tarihi: 28.04.2009.

Erdem, M. Ruhan; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc., Erişim Tarihi: 20.05.2009.

Gökçen, Ahmet; “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm., Erişim Tarihi: 21.01.2009.

İlkiz, Fikret; Kişilik Hakları ve İletişim Özgürlüğü, s. 8 <http://www.rtuk.org.tr/sayfalar> Erişim Tarihi: 23.03.2009.

Karaaslan, Erol; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/400.doc1>. Erişim Tarihi: 10.12.2008.

Ülkü, Muhammet Murat ; “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>. Erişim Tarihi: 28.04.2009.

Hafızoğulları, Zeki; “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, www.zekihafizogullari.com/makaleler, Erişim Tarihi: 25.03.2009

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/aihm.php>., Erişim Tarihi: 25.03.2009.

<http://www.hukuki.net/hukuk/index>. Erişim Tarihi: 25.03.2009.

ÖZGEÇMİŞ

1983 yılında Kayseri ilinde doğan Mustafa İlhan Öztürk ilköğretim ve lise öğrenimini Kayseri’de tamamladı. 2001 yılında girmiş olduğu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2005 yılında mezun oldu. Mezuniyet sonrası İstanbul’da avukatlık stajını tamamlayarak, Kayseri Barosundan avukatlık ruhsatını 2007 yılında aldı. Aynı yıl yapılan adli yargı hakimlik-savcılık sınavını kazanarak, başladığı stajını 2008 yılında tamamlayarak, Burdur ili Ağlasun ilçesine Cumhuriyet Savcısı olarak atandı. Halen aynı görevini sürdürmektedir.

İletişim Adresi:

Ağlasun Adliyesi
Ağlasun / BURDUR

E-mail Adresi:

ozturkilhan83@hotmail.com

Telefon:

0 555 286 23 06