

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

144964

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA
ÖZEL HAYAT VE KORUNMASI

MASTER TEZİ

144964

Hazırlayan
Mine KAYA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara - 2004

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Mine Kaya'ya ait " Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması" adlı çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan



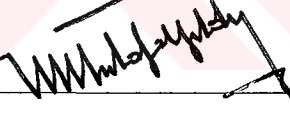
Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Üye



Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Danışman)

Üye



Doç. Dr. Mustafa YILDIZ

ÖNSÖZ

11 Eylül Saldırısı ile tüm dünyada alınan olağanüstü önlemler, parmak izi uygulamaları, havaalanlarına yerleştirilen gizli kameralar, kişisel verilerin toplanması, kişilerin gizlice görüntü ve seslerinin kaydedilmesi özel hayat kavramını yeniden gündeme getirmiştir.

Kişinin başkalarının denetim ve gözetiminden uzakta, kendi kişisel tercihlerini yapabilmesi ve istediği hayat tarzını yaşayabilmesi olarak tanımlanabilecek özel hayat, uluslar arası belgelerde, kamu hukukunda ve özel hukukta bir hak olarak nitelendirilmiş ve koruma altına alınmıştır.

AlHM.'nin özel hayatı tanımlanamayacak kadar geniş kavram olarak kabul etmesine karşın özel hukukta bu kavramın dar yorumlandığı görülmektedir. Oysa özel hayat gizlilik unsurunun yanı sıra bağımsızlık unsurunu da bünyesinde barındıran, kişinin bireysel özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesini de kapsamaktadır. AlHS.Türk Hukukunun bir parçası olduğuna göre ve Anayasamızda da bu sözleşmeye benzer bir düzenleme benimsenmiş bulunduğu göre, AlHM.'nin özel hayat kavramına yaklaşımı, dayanağını bu düzenlemelerden alan özel hukuk bakımından da uygulayıcılara iyi birer örnek teşkil edecektir.

Bu çalışmada AlHS. ve hukukumuzda özel hayata ilişkin yasal düzenlemelere yer verilmek sureti ile özel hayat kavramının tanımı yapıldıktan sonra bu kavramın kapsamına giren durumlar örnekleme yapmak sureti ile sergilenmiş, bu hakka yapılan saldırı biçimleri açıklandıktan sonra getirilen koruma sistemi üzerinde durulmuştur.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	vii
GİRİŞ	1
I-ÖZEL HAYAT KAVRAMI	1
II-ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ	2
III- KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI	4
BİRİNCİ BÖLÜM	6
ÖZEL HAYATA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	6
§ 1. ULUSLARARASI HUKUKTA ÖZEL HAYAT	6
I- İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ	6
II- İNSAN HAKLARINI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİ KORUMAYA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ	7
III- MEDENÎ VE SİYASÎ HAKLARA İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME	8
IV- ÖZEL HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI ÜZERİNE KUZEY ÜLKELERİ HUKUKÇULARI KONGRESİ	8
V- AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ	9
VI- AFRIKA İNSAN VE HALKLARININ HAKLARI SÖZLEŞMESİ	10
VII- AVRUPA SINIR ÖTESİ YAYINCILIK SÖZLEŞMESİ	10
§ 2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖZEL HAYAT	11
I- ALMAN HUKUKU	11
II- İSVİÇRE HUKUKU	12
III- FRANSA HUKUKU	12
IV- İTALYAN HUKUKU	13
V- İNGİLİZ HUKUKU	14
VI-AMERİKAN HUKUKU	15
§ 3.TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT	16
I- ANAYASA HUKUKU	16
A) 1961 ANAYASASI	16

B) 1982 ANAYASASI	16
C) BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU	18
II- CEZA HUKUKU	19
A) TÜRK CEZA KANUNU	19
B) CEZA MUHAHEMELERİ USULÜ KANUNU	21
C) 4422 SAYILI KANUN	22
III- MEDENİ HUKUK	23
A) TÜRK MEDENİ KANUNU	23
B) TÜRK BORÇLAR KANUNU	24
IV- BASIN VE YAYIN HUKUKU	25
A) BASIN KANUNU	25
B) FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU	25
C) RADYO VE TELEVİZYON KANUNLARI	26
 İKİNCİ BÖLÜM	 28
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYAT	28
 § 4. GENEL OLARAK	 28
§ 5. AİHS.'DE ÖZEL (BİREYSEL) HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI	30
I-AİHS.'NE GÖRE " ÖZEL (BİREYSEL) HAYAT " KAVRAMI VE TANIMI	30
II- ÖZEL (BİREYSEL) HAYATIN KAPSAMI	31
A) CİNSEL HAYAT VE TERCİHLER	31
B) AİLE HAYATININ KAPSAMI DIŞINDA KALAN BAZI İLİŞKİLER	31
C) İŞ VE SOSYAL İLİŞKİLER	32
D) FİZİKSEL VE MANEVİ KİŞİLİK	32
E) TELEFON KONUŞMALARİ VE POSTA İLETİLERİ	32
F) İSİM, RESİM, NAM-ŞÖHRET-ŞEREF-YAŞAM TARZI	33
G) KİŞİSEL VERİLER	33
III- AİHM.'NE GÖRE "ÖZEL (BİREYSEL) HAYAT"A MÜDAHALE EDİLMESİ	34
A) CİNSEL HAYAT VE TERCİHLER KONUSUNDAKİ MÜDAHALELER	34
B) GİZLİ DİNLEME, İZLEME GÖRÜNTÜLEME. YÖNTEMLERLE KİŞİSEL BİLGİLERE ULAŞILMASI VE BU BİLGİLERİN İFŞASI YOLUYLA MÜDAHALELER	36
1. Bilgi Toplanması	36
a) Suçun Önlenmesi Ve Belirlenmesi Amacıyla Bilgi Toplanması	36
b) Terörizm	37
c) Ulusal Güvenliğin Korunması	38
2. Kişisel Bilgilerin İfşası	38

a) Bir Suçun Soruşturulması ve Yargılama Sırasında Bilgilerin İfşası	39
b) Polisin Basın Açıklaması Yolu İle İfşa	39
c) Tıbbî Bilgilerin İfşası	40
C) FİZİKSEL VE MANEVÎ KİŞİLİĞE YÖNELİK MÜDAHALELER	40
D) KİŞİSEL VERİLERE ERİŞİM	42
E) BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA MÜDAHALE EDİLMESİ	42
§ 6. AİHS.'DE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI	43
I- AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI KAVRAMI VE TANIMI	43
II- AİLE HAYATININ KAPSAMI	43
A) AİLE HAYATI SAYILAN İLİŞKİLER	44
B) AİLE HAYATI VE EVLİLİK	44
III-AİHM. KARARINA GÖRE AİLE HAYATINA MÜDAHALE EDİLMESİ	45
A) VELAYET KARARLARI	45
B) KORUMA ALTINA ALMA KARARLARI	46
C) SINIRDIŞI EDİLME	48
§ 7. AİHS.'DE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI	49
I- KONUT KAVRAMI VE TANIMI	49
II- KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI	49
III- AİHM. GÖRE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ	50
A) KASITLI SALDIRILAR	50
B) KAMULAŞTIRMA VE DÖNÜŞÜN ENGELLENMESİ	50
C) ARAMA VE EL KOYMA	51
D) TERÖR SUÇLARIYLA İLGİLİ SORUŞTIRMALAR	53
E) VERGİ SUÇLARI	53
F) İMAR UYGULAMALARI	53
G) GÜRÜLTÜ VE ÇEVRE KİRLİLİĞİ	54
§ 8. AİHS.'DE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI	55
I- HABERLEŞME KAVRAMI VE TANIMI	55
II- HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI	55
III- AİHS.'NE GÖRE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ	56
A) TELEFON DİNLENMESİ	56
B) TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN HABERLEŞMESİ	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	59
ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYAT KAVRAMI	59
§ 9 KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYAT	59
I- KİŞİLİK HAKKI KAVRAMININ TANIMI VE ÖZELLİKLERİ	59
A) KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI	59
B) KİŞİLİK HAKKININ NİTELİKLERİ	60
1. Mutlak Hak Olma Niteliği	60
2. Şahıs Varlığı Olma Özelliği	60
3. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Olma Özelliği	60
4. İnsan haklarının bir bölümünü içermesi	60
5. Kişice Üzerinde Tasarrufta Bulunamama Özelliği	61
C) KİŞİLİK DEĞERLERİNİN SINIFLANDIRILMASI	61
§ 10 ÖZEL HAYAT KAVRAMININ ÖZEL HUKUKDAKİ ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ	62
I- KİŞİNİN HAYAT ÇEVRELERİ	62
A) ORTAK HAYAT ÇEVRESİ	63
B) DAR ANLAMDA ÖZEL HAYAT ÇEVRESİ	64
C) GİZLİ HAYAT ÇEVRESİ	65
II- ÖZEL HAYATA MÜDAHALE SAYILAN HALLER	68
A) RESİM, YAZI, İSİM, MEKTUP, ANI VE KONUŞMALAR ÜZERİNDEKİ HAKLAR	68
B) MESLEK, SANAT VE TİCARİ SIRLAR	71
C) KİŞİSEL VERİLER (BİLGİLER)	71
D) AİLE HAYATI VE GİZLİLİKLERİ	72
E) KONUT DOKUNULMAZLIĞI	74
F- KİŞİLERİN ÜZERLERİ VE EŞYALARININ ARANMASI	76
G) HABERLEŞME HÜRRİYETİ	77
H) DELİL YASAKLARI	78
I) İNTERNET VE BİLİŞİM	78
I) BASIN-YAYIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA SALDIRI	79
III- ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ	81
A) SALDIRININ NİTELİĞİNE GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ	81
1. Bilgi Edinme (Sızma)	81
2. Edinilen Bilgilerin Kaydedilmesi, Kopyalanması, Saklanması	81
3. Edinilen Bilgilerin Yayılması (Aktarılması) Ve Kullanılması	81
B) SALDIRIDA BULUNANA GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ	82
1. Devlet Tarafından Yapılan Saldırıları	82
2. Kişiler Tarafından Yapılan Saldırıları	83
3. Basın Yoluyla Yapılan Saldırıları	83

C) SALDIRIDA KULLANILAN ARACA GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ	84
1. Fiziksel Saldırıları	84
2. Psikolojik Saldırıları	84
3. İnternet ve Bilişim Teknolojileri Yoluyla Yapılan Saldırıları	84
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	85
AİHS. VE ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI	85
§ 11. AİHS.'DE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI	85
I- AİHS.'NİN ÖZELLİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	85
II- AİHS.'NİN KURDUĞU KORUMA SİSTEMİ	86
A) ORGANLAR YÖNÜNDEN	86
1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu	87
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	87
3. Bakanlar Komitesi	87
B) BAŞVURU HAKKI	88
1. Devlet Başvurusu	88
2. Bireysel Başvuru	88
3. Başvuruların İncelenmesi	89
III- AİHS. GÖRE ÖZEL HAYATA MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ	90
A) MÜDAHALEDE MEŞRU AMACIN BULUNMASI	91
B) MÜDAHALENİN KANUNLARA UYGUN OLMASI	91
C) MÜDAHALENİN DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA GEREKLİ OLMASI	91
§ 12. ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI	92
I- GENEL OLARAK ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HUKUKTAKİ KORUMA SİSTEMİ	92
A) ÖZEL HAYATIN KİŞİNİN RIZASINA DAYALI SALDIRILARA KARŞI KORUNMASI	92
1. Rızaî Koruma	93
2. Özel Hayatın Kişinin Rızası Dışı Saldırıları Karşı Korunması	94
II- ÖZEL HAYATIN DAVA YOLU İLE KORUNMASI	95
A) KORUYUCU DAVALAR YOLU İLE KORUMA	95
1. Saldırının Önlenmesi Davası	96
2. Saldırının Durdurulması Davası	97
3. Tespit Davası	99
4. Düzeltme, Bildirim Veya Kararının İlanı	100
5. Kararın İlanı Ve Üçüncü Kişilere Bildirilmesi	101
6. Cevap Ve Düzeltme Hakkı	103
B) TAZMİNAT DAVALARI YOLUYLA KORUNMASI	106

1. Maddi Tazminat Davası	106
2. Manevî Tazminat Davası	108
3. Kazancın İstenmesi Davası	111
4. Sebepsiz Zenginleşme Davası	112
III- ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATA SALDIRILMASINDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ	113
A) KANUNUN TANIDIĞI YETKİNİN KULLANILMASI	114
1. Meşru Müdafaa	114
2. Zaruret Hali	115
3. Görevin İfası	116
4. Vekaletsiz İş Görme	117
B) ZARAR GÖRENİN RIZASI	117
1. İrade Beyanı	118
2. Rızaya İlişkin İrade Beyanının Geçerli Olması	119
3. Rızanın Hukuka Ve Ahlaka Aykırı Olmaması	119
4. Rızaya İlişkin Bazı Özel Durumlar	120
a) Cinsiyet değiştirme ameliyatları	120
b) Nüfus planlaması ve gebeliğin önlenmesi	121
c) Kürtaj	122
d) Tedaviyi reddetme ve ötenazi	122
C) ÜSTÜN YARAR	123
1. Üstün Nitelikteki Kamu Yararı	125
2. Üstün Nitelikteki Özel Yarar	126
D) BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA SALDIRILARDA UYGUNLUK NEDENLERİ	126
1. Esasa İlişkin Hukuka Uygunluk Nedenleri	126
a) Kamu Yararı - (Genel Menfaat) – Toplumsal İlgı	127
b) Güncellik	128
c) Gerçeklik	128
2. Şekle İlişkin Hukuka Uygunluk Nedeni (Konu-Biçim Dengesi)	130
SONUÇ	132
KAYNAKÇA	134
ÖZET	139
ABSTRACT	140

KISALTMALAR CETVELİ

AN.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ANBD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
B	: Bası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DR.	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Karar ve Raporları, cilt no izlemektedir.
Echr.coe.int	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sitesi
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İbid.	: Aynı
İİK.	: İcra İflas Kanunu
m.	: Madde
MBD.	: Manisa Barosu Dergisi
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
p.	: Paragraf
pro.	: Protokol
Rec.	: Recueil des arrêts et decisions", (1.1.1996 tarihinden sonra yayınlanan kararlar)
RG.	: Resmi Gazete

- S : Sayı
s. : Sayfa
Seri A : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları- Mahkeme'nin resmi yayını, 1955 yılından 31.12.1995 tarihine kadar 338 sayı yayınlanmıştır, bu kısaltmadan sonra cilt no yer alır.
Seri B : Görülen her davaya ait tüm belgeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yayını, 1988 yılına kadar 104 cilt yayınlanmıştır. Bu kısaltmadan sonra no yer alır.
TCK. : Türk Ceza Kanunu
Vb. : Ve benzeri
Vd. : Ve devamı
Y. : Yargıtay



GİRİŞ

I-ÖZEL HAYAT KAVRAMI

İnsanoğlu sosyal bir varlık olarak hemcinslerinden ayrı yaşayamaz. Bu birliktelik onu, toplumun bir parçası haline getirdiği gibi bir takım toplumsal ilişkilerin de tarafı konumuna sokmaktadır. Ne var ki, insanın sosyal birliktelikleri, onun özgürlüklerinden ve karar verme iradesinden vazgeçmesi anlamına gelmez. Başka deyimle; insan, bir yandan "topluma katılma" (açıklık-genel olma) öte yandan ise "toplumdan uzaklaşma" (gizlilik-özel olma) içgüdüünü birlikte taşımaktadır.¹

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 eder.² İşte özel hayat, gizlilik içgüdüünün insan hayatında yansımaları 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 alandır.³

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

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

² ÖZBUDUN, Ergun: "Özel Haberleşmenin Gizliliği", AÜHF. 50. Yıl Armağanı (Ankara 1977), s. 266; ÖZTEKİN, 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 (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 (Ankara, 1999), s. 28

⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk (Ankara, 1993), s. 81

⁵ ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (İstanbul, 1982), s. 127

⁶ ÖZEK, Çetin: Türk Basın Hukuku (İstanbul, 1978), s. 259

alanları”⁷ “kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar”⁸ “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar”⁹ bu tanımlardan bazılarıdır.

Bu tanımlardan; özel hayatın gizli bir alanının olduğu ve bu alanın başkalarının bilgisinden uzak tutulması gerektiği ortak sonucuna varılmaktadır.¹⁰

Kanaatimizce özel hayatın tanımının yapılabilmesi için öncelikle hukuki niteliğinin ota konulması, daha sonra bu niteliği oluşturan unsurlardan yola çıkılarak tanım ve kapsamının belirlenmesi gerekir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi “toplumdan uzaklaşma” (gizlilik-özel olma-mahremiyet) içgüdüsel insanın doğasında mevcut olduğuna göre insan için vazgeçilmez ve insanın salt insan olması nedeniyle elde ettiği varlıklarındandır. Tüm insanlara insan olmaları nedeniyle tanınan ve insanlık onuru gereği sahip olunması gereken haklar bütünü¹¹ olarak insan haklarının tanımı yapılabileceğine göre, gizlilik içgüdüsel ve bunun karşılığını ifade eden görünümün insan hakkı olduğunun kabulü zorunludur.

II-ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Özel hayatın hukuki niteliği, hem uluslararası hukukta, hem kamu hukukunda hem de özel hukukta bir hak olarak kabul edilip, koruma altına alınmıştır.

Uluslararası hukukta özel hayat, insan haklarındandır. İnsan hakları, insanlara insan olmalarından dolayı tanınması gereken haklar bütünüdür bir ideali¹², hukukça çerçevelenmiş veya çerçevelenmemiş olan beşeri ayrıcalıkları¹³ uluslararası hukukta özel hayatın ilk kez İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde 12. maddede “Mahremiyet Hakkı” adı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Bu Beyanname’de yer alan hakların her yerde tanınması ve uygulanırılığını güvence altına alan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) de özel hayatı 8. maddesinde “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı” olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası

⁷ ZEVLİLER, Aydın/ ATABEY, M.Beşir/ GÖKYAYLA, K.Emre: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk (Ankara, 2000), s. 416

⁸ ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku (İstanbul, 1978), s. 133

⁹ ŞEN, Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (İstanbul, 1996), s. 7

¹⁰ İNCEOĞLU, Sibel: “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, c.19-20 (1997-1998), s. 175

¹¹ KORKUSUZ, M.Refik: Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler (İstanbul, 1998), s. 14

¹² HELVACIOĞLU, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (İstanbul, 2001), s. 31

¹³ KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı (İstanbul, 1999), s. 12

Sözleşme'nin 17/1. maddesinde de özel hayat kavramına 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, temel haklar olarak tanımlanır.¹⁴ 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.

Kişilik hakları, insan hakları ve temel hakların kişiler arasındaki ilişkilerde ve özel hukuk açısından değerlendirilmelidir. İnsan hakları kişilik haklarına ancak bir temel teşkil etmektedir.¹⁵ Bu bağlamda özel hukuk açısından özel hayat, kişilik haklarındandır. Uluslararası belgeler ve kamu hukukunda özel hayat, geniş anlamda özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğünü de içine alarak geniş olarak tanımlanmış ise de özel hukukta özel hayat dar anlamda özel hayat ve giz alanı olarak ele alınmıştır. Yine özel hukukta özel hayat, sadece kişinin öğrenilmesini istemediği konuların başkalarının öğrenilmesi ile sınırlı bir gizlilik hakkı olarak değerlendirilmişse de uluslararası hukuk ve kamu hukukunda özel hayatın aynı zamanda kendi özel yaşamına ait konular hakkında serbestçe karar vermeyi ve bu kararı uygulamayı da içerdiği kabul edilmektedir. Nitekim özel hayatın tanımı içerisine önceki tanımların ortak noktası olan "gizlilik" unsurunun yanı sıra "bağımsızlık" unsurunun da girdiği görülmektedir.¹⁶ Buna göre özel hayat bir hak olarak, tüm unsurlarıyla değerlendirildiğinde "kişinin en geniş anlamında, yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemleri ve ilişkilerini tercih etme hakkı"¹⁷ Özel hayatın düzenini ve bu hayata kimlerin ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini kişinin kendi kendine saptaması veya başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi¹⁸ olarak tanımlanabilir.

¹⁴ KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri (Ankara, 1981), s. 14; AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri (Ankara, 1995), s. 19-20; SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı (İstanbul, 1986), s. 189

¹⁵ Helvacı, s. 31-32; FRANKO, İ.Nisim: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi (Ankara, 1973), s. 11

¹⁶ Kaboğlu, s.152; İncoğlu, s. 175

¹⁷ Kaboğlu, s. 152

¹⁸ Araslı, s. 6

III- KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Özel hayat , kişinin sosyal bir varlık olması nedeniyle topluma açık hayatının yanında kişiliğini oluşturan maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi, kendi yaşam biçimini tercih etmesi ve yaşayabilmesi için başkalarının denetiminden ve gözetiminden uzak, kendisi tarafından şekillendirdiği ve yönettiği alandır. Bu alan hem diğer kişilerin gözetiminden uzak, yani gizli; hem onların denetiminden uzak, yani bağımsız bir alanı ifade eder.

Özel hayat, uluslararası belgelerde olduğu kadar iç hukukta da bir hak olarak nitelendirilmiş ve korunmuştur. Özel hukukta özel hayat, kişilik hakkı kavramının içinde yer alan kişilik değerlerinden olup, dayanağını Anayasa'mızda son değişikliklerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden almaktadır. Özel hukuk açısından kişilik hakkı olarak özel hayatın kapsamının daha iyi ortaya konulması ve korunması için özellikle AIHS.'nin ve bu sözleşmeyi birey ve devlet bazında yaptığı yargılama ile uygulayan AIHM.'nin kararlarının incelenmesi, öğrenilmesi ve yorumlanmasında yarar vardır. AIHM. devletleri yargılasa da, devletler özel hayata kamu görevlileri aracılığıyla müdahale ettiklerinden bu görevlilerin kişisel kusurlu eylemleri birer haksız eylem olup özel hukukun konusudur. AIHS.'nin koruduğu taraf " birey" ve amaç da bireyin özel hayatına saldırıların önlenmesi olduğuna göre, bu saldırının kamu görevlisince veya diğer kişilerce yapılması arasında korunan hak bakımından fark yoktur. Bu nedenle AIHM.'nin emsal kararlarının özel hukukta uygulayıcılara iyi birer örnek oluşturacağı düşünülmektedir.

Türk Hukukunda özel hayat ağırlıklı olarak gizlilik unsuru ile algılanmış, özel hayatın bağımsızlık unsuru çok fazla irdelenmemiştir. Kişinin istediği ismi seçebilmesi, cinsiyetini değiştirebilmesi, kürtaaj olması, tıbbi müdahaleyi reddetmesi, mallarına ihtiyati haciz konulması da kişinin özel hayatının kapsamına girer. Bağımsızlık unsurunun daha çok örneklendirilebilmesi bakımından AIHM. kararları iyi birer kılavuzdur.

Bu çalışmada giriş bölümünde konumuz olan özel hayatın tanımı ve hak olarak görünümü üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde uluslararası belgelerde, karşılaştırmalı hukukta özel hayatın yeri ve Türk Hukukunda, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Medeni Hukuk ve Basın Hukukunda özel hayata ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde, uygulayıcılara örnek olarak önerilen AIHS.'de özel hayatın düzenlenişi, AIHM. kararları ışığında özel hayatın kapsamını dahil olan ve bu hakkın korumasından yararlanan durumlar; özel hayat ve bu ad altında özel (bireysel) hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı incelenmiştir. Üçüncü bölümde, özel hukuktaki özel hayata ilişkin düzenlemeler, kişilik hakkı olarak özel hayat ve çeşitli görünümleri sergilendikten sonra bu kişilik değerine saldırıların niteliği ve niceliği

üzerinde durulmuştur. Dördüncü bölümde, AİHS.'nin ve özel hukukun özel hayatın korunmasına ilişkin öngördükleri koruma sistemleri ve hukuki yollardan bahsedilmiş ve saldırının hukuka uygun sayılacağı haller üzerinde de durularak hangi saldırıların hukuki korumadan yararlanamayacağı anlatılmaya çalışılmıştır.

Türk Hukuku'nda özel hayatın görünüşleri ve koruma sistemi özel hukukla sınırlı tutulmuş olup, özel hayatın Anayasal,cezaî ve idari yönden korunması bu çalışmanın dışında bırakılmıştır. AİHM.'nin çalışma, karar verme usulü ile yapılanması üzerinde durulmamıştır. Özel hukuktaki koruma dava yolları ile sınırlı tutulmuş; davanın tarafları, yargılama usulü, ispat yükü ve araçları, davalar sonucu verilecek kararlara etki eden ve sorumluluğa etki eden hususlar ve zamanaşımı inceleme dışı tutulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

§ 1. ULUSLARARASI HUKUKTA ÖZEL HAYAT

Özel hayat ve korunması, her şeyden önce insan hakları kavramının içinde yer aldığından ve modern toplumların karmaşıklığı, teknolojinin durdurulamaz gelişimi karşısında kişiye tanınan özel hayat çevresinin küçülmesi bu hakkın korunmasını uluslararası hukukun da sorunu haline getirmiştir. Özel hayata ilişkin düzenlemeler sadece uluslararası sözleşmelerde yer almakla kalmamış, ayrıca özel hayat ve korunması konusunda ilmi düzeyde konunun ele alınması için kongre de yapılmıştır.¹⁹

I- İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Özel hayat ve korunması konusunda uluslararası hukukta ilk düzenlemenin 10 Aralık 1948 tarihinde Paris'te kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer aldığı görürüz. Beyannamenin 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 beyanname Türkiye açısından 6 Nisan 1949 tarihinde 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla benimsenip, 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece bu uluslararası metin, Anayasanın belirttiği üzere iç hukuka aktarılmıştır. Bu beyanname uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme ya da antlaşma değildir. Bir öneri ve Genel Kurul kararıdır. İnsan Hakları Hukukunda varılacak ideali yansıtmaktadır.²⁰ Ancak bu beyannamenin bağlayıcılığından söz edilemeye de üye devletleri zorlayıcı ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkı konusunda yapılacak düzenlemelere model teşkil edeceği muhakkaktır. Nitekim bu beyannamedeki düzenleme, bizim Anayasalarımıza yansımış, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı devletçe güvence altına alınmıştır.

¹⁹ Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçular Kongresi, Eylül 1967

²⁰ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/ GÖLCÜKLÜ A.Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Ankara,2003), s.6

II- İNSAN HAKLARINI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİ KORUMAYA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak adlandırılacak olan bu sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış, 3 eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayat korunmasını insan Hakları Evrensel Beyannamesine paralel biçimde düzenlemiştir. AİHS. önsözünden başlayarak insan Hakları Beyannamesine bağlılığını belirtmiş ve bu beyannameden esinlenmiştir. Ancak AİHS.'nin asıl önemi düzenlediği haklar konusunda yargısal bir denetim mekanizması kurması, kişileri bireysel başvuru hakkı ile uluslararası hukukun süjesi haline getirmesi ve bu haklara müdahale durumunun yaptırıma bağlanmasıdır. Sözleşme devletlere hem pozitif (ilgili düzenlemeleri yapma) hem de negatif (haklara müdahale etmeme) yükümlülükler getirir.²¹

AİHS.'de özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı 12. maddede "Right to respect for private and family life" (özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı) başlığında "herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir." biçiminde düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde olduğu gibi özel hayat kavramının içine özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme özgürlüğünü de almaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrası bu hakka müdahalenin sınırlarını şöyle çizmektedir: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir".

²¹ Gözübüyük / Gölcüklü, s.11

III- MEDENÎ VE SİYASÎ HAKLARA İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME

16 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren bu sözleşmede²² özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı da düzenleme altına alınmıştır.

Sözleşmenin 17/1. maddesi kişinin özel hayatını, aile hayatını, konut ve muhaberatını güvence altına almış ve korunan bu değerlere şeref ve haysiyeti de eklemiştir. Müdahalelerin sınırı da belirlenmiştir. Buna göre keyfî ve kanunsuz müdahaleler hakkın ihlali anlamına gelecektir.

Sözleşmede düzenlenen hakların ihlalinin denetlenmesi hususunda denetim için "İnsan Hakları Komitesi" kurulması da öngörülmüştür. Ancak komite kendine yapılan başvuru konusunda uluslararası düzeyde tartışma yapmakla birlikte, başvurular için etkin bir denetim sistemine sahip olduğundan söz edilemez.²³

Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

IV- ÖZEL HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI ÜZERİNE KUZAY ÜLKELERİ HUKUKÇULARININ KONGRESİ

Kuzey ülkelerinin hukukçuları ile tüm dünya ülkelerinden gelen hukuk uzmanlarının meydana getirdiği bir kongre 22 ve 23 Mayıs 1967' da Stockholm' de toplanmıştır.²⁴

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı üzerine bilimsel ölçülerde korunma konusunun tartışıldığı kongrede bu hakkın hukuki niteliğinin temel bir hak olduğu bu hakkın kişiyi, kamu otoritelerine, topluluğa ve diğer kişilere karşı koruduğu belirtildikten sonra, kapsamının tanımı da yapılmıştır: "Bu hak ferdin aşağıda belirtilen hususlara karşı korunarak dilediği gibi yaşamasıdır. a)Özel, ailevi ve ev hayatına karşı bütün müdahaleler; b)Fizik veya fikrî bütünlüğüne veya manevi veya 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 ferdi zor duruma düşürebilecek fiillerin ifşası; f)İsminin, hüviyetinin veya resminin kullanılması; g)Onu

²²Sözleşme metni için bakınız: AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları-1, Kavram Kaynakları ve Kurma Sistemler (Ankara, 1995), s. 55

²³ÇELİK, Edip: Milletlerarası Hukuk I. Kitap (İstanbul, 1984), s. 301

²⁴Kongre kararları, Bulletin de la Commission Internationale de Juristes'in 1967 Eylül sayısında yayınlanmış, bu kararların Süheyl Donay tarafından yapılan çevirisinden yararlanılmıştır. Bkz: DONAY, Süheyl: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIX, Sayı:1-4, s. 434-449

Jurnallemek, gizli olarak takip etmek, gözlemek ve taciz etmek; h)Haberleşmesine el koymak; I)Sözlü veya yazılı özel haberleşmesini kötü amaçla kullanmak; j)Onun tarafından elde edilmiş veya haber alınmış meslekî sır kavramına giren bilgilerin açıklanması.”

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, kongre kararlarında “Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı” olarak isimlendirilerek AİHS.’ne bağlı kalarak hem hakkı hem de hangi müdahalelerin hukuka uygun olacağı konusunu düzenlemiştir.

İfade, haberleşme ve tartışma hürriyeti ile özel hayata saygı gösterilmesi hakkının karşı karşıya gelmesi durumu, ayrı bir madde altında incelenmiştir. Bu iki yarar arasında bulunması gereken denge konusu ayrıntılıca belirtilmiştir.

Kongrede üçüncü kısımda “Koruma” başlığı ile özel hayata saygı gösterilmesi hakkının hukuk sistemlerindeki korunma yöntemlerinden bahsedilerek bunların kuvvetlendirilmesi ve özel tedbirlerin alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

V- AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

15-27 Şubat 1967 tarihleri arasında toplanan Amerikalılar arası Olağanüstü Konferans’ta 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.²⁵ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesindeki 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 eklenmiştir.

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 hakların korunması amacıyla Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ile kurumsal koruma sağlanmak istenmiştir. Sözleşmenin 68. m. göre Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararları taraf devletleri bağlar, ilgili devlet mahkemelerinden verilmiş kesin hüküm gücü taşır. Gerekçeli

²⁵ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında Latin Amerika’da İnsan Hakları (İstanbul, 1991), s. 93 vd.

olan kararlar ile mağdurun zararının giderilmesine ve haklı bir tazminata da hükmedilebilir.²⁶

VI- AFRIKA İNSAN VE HALKLARININ HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Afrika'da İnsan Hakları'nın kurumsallaştırılması amacıyla, Birleşmiş Milletler tarafından bölgede organize edilen seminerlerden sonra bu sözleşmenin taslağının hazırlanması kararlaştırılmış, 1981'de Nairobi'de gerçekleşen toplantıda kabul edilen sözleşme, 1986 Ekim'inde yürürlüğe girmiştir. Kısaca, "Afrika Şartı" olarak da ifade edilen sözleşmede İnsan Hakları yanında kişinin görevlerine de yer verilmiştir.²⁷

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 bulunur.²⁸

VII- AVRUPA SINIR ÖTESİ YAYINCILIK SÖZLEŞMESİ

Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi 05.05.1989 tarihinde Strazbourg'da imzaya açılmış ve 1 Mayıs 1993'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin amacı belirlenen ortak kurallar çerçevesinde taraf ülkeler arasında sınır ötesi televizyon yayınlarının serbestçe yapılabilmesine imkan sağlamaktır.²⁹

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, ayrı bir ad altında sözleşmede düzenlenmiş olmamakla birlikte "yayıncının sorumlulukları" başlıklı 7. maddede yayıncının uymak zorunda olduğu hususların zımni de olsa özel hayatın gizliliği ve

²⁶ Akıllıoğlu, s. 421

²⁷ Korkusuz, s. 189 vd.

²⁸ Akıllıoğlu, s. 29 vd.; Korkusuz, s. 196 vd.

²⁹ TRT Basın ve Yayın Müdürlüğü: Avrupa Sınır Ötesi Yayıncılık Sözleşmesi, Ankara, 1993; ÖNGÖREN, Gürsel: Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırımlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları (İstanbul, 1995), s. 33 vd.

korunması hakkına da işaret ettiği kabul görmektedir.³⁰ 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 24-25-26. 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 onaylamıştır.³¹

§ 2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖZEL HAYAT

I- ALMAN HUKUKU

Alman Medeni Kanunu (BGB), bağımsız olarak özel hayatın korunmasına ve özel hayatın da içinde yer aldığı genel kişilik haklarını korumaya yönelik hükümlere yer vermemiştir.³² Ancak özel düzenlemeler yoluyla kişinin fotoğrafı üzerindeki hakkı haksız yayınlara karşı korunma sağlanırken BGB'de kişisel değerlerin tek tek korunması yöntemi tercih edilerek, örneğin kişinin yaşamı, bedeni, sağlığı ve özgürlüğü üzerindeki hakları açıkça korunmuştur.³³ 23 Mayıs 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 1. maddesinde, insan şeref ve haysiyetinin kutsal olduğu, kamu kudretini kullananların buna saygı göstermek ve korumakla yükümlü oldukları; 2. maddesinde ise herkesin başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlak ve adaba aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olduğu benimsenmiştir.³⁴ Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte 142. maddelerdeki "kişiliği serbestçe geliştirme hakkı" özel hayatın temelini teşkil etmektedir. Yine

³⁰ Şen, s.80

³¹ Resmi Gazete: Tarih:12.12.1993, Sayı:21786

³² Araslı, s.70

³³ Kunsturhebergesetz paragraflar -22-24 ve BGB paragraf 832/I, naklen Şen: s.30; İMRE Zahit:" Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", İHFM, Cilt XXXIX, S.1-4, s.151

³⁴ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Çev. Şeref ÜNAL (Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri No:12, Ankara, 1972)

Anayasanın 10. maddesinde mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği, 13. maddede ise konut dokunulmazlığına hak olarak yer verilmiştir.

Alman Ceza Kanununda özel hayat adı altında düzenleme olmamakla birlikte, özel hayatın unsurlarından olan konut dokunulmazlığı 123. paragraflarda düzenlenmiş aleni söylenmemiş sözlerin, konuşmaların banda kaydedilmesi, kullanılması ya da yararlanılmaya sunulması, telefonların dinlenmesi yasaklanmıştır. Yine 354. paragrafta posta ve haberleşmenin gizliliği, 202. maddede mektupların gizliliği sırrın korunması 203 ve 204. paragraflarda hüküm altına alınmıştır.³⁵

Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bazı hallerde gizli dinleme yapılabileceği öngörülmüş, gizli görüntüleme ile ilgili düzenleme yapılmamıştır.³⁶

II- İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre Medeni Kanunu 27. ve 28. maddelerinde "genel kişilik hakkı" kavramı içinde özel hayatı da koruma altına almıştır.³⁷

İsviçre Federal Anayasası'nda özel hayatın korunmasına ilişkin bir kavram ve düzenleme bulunmamaktadır.³⁸

İsviçre Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin 20.12.1968'de yapılan değişiklikle yeni madde ilavesi ile önceden de var olan özel hayatın korunmasına ilişkin hükümler genişletilmiştir. Buna göre, kişinin konutu, üstü, eşyası, bedeni ve sağlığı konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi, özel alan ve sırların ihlali ve kaydedilmesi, telefonların dinlenmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır.³⁹

III- FRANSA HUKUKU

Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) özel hayatın korunmasına ilişkin düzenleme içermeyip, kusurlu bir fiil ile hukuka aykırı olarak başkalarına zarar verenin neden olduğu

³⁵ Jescheck Hans; Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna giriş, Çev. Feridun Yenisey (İstanbul, 1989), s. 75-76'dan Naklen Şen: s. 32-34

³⁶ 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

³⁷ EGGER, August: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi- Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. Volf Çernis (Ankara, 1947), s.291-292

³⁸ Aralsı, s.77

³⁹ DANİŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması (Konya, 1991), s.79

zararı tazminle yükümlü olduğu 1382 ve 1383. maddelerde belirtildiğinden; özel hayata müdahale hallerinde bu maddelerden yararlanılarak korunma sağlanmıştır. 17.07.1970 tarihli Code Civil'in giriş kısmına eklenen 9. madde ile "herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkı"na sahip olduğu açıklanmıştır.⁴⁰

Fransız Anayasası'nda özel hayat ayrı bir hak olarak düzenlenmemiştir. Ancak 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin özgürlük, mülkiyet ve güvenlik ilkelerinin Anayasa'nın ayrılmaz bir parçası olduğu gösterilmiş ve böylece özel hayata anayasal bir güvence getirilmiştir.⁴¹

17.07.1970 tarihli "Özel Hayatın Korunması Kanunu" adını taşıyan kanunun 23. maddesi ile Fransız Ceza Kanunu'na yeni hükümler eklenmiş, böylece kişinin izinsiz söz ve görüntüsünün elde edilmesi, kullanılması, montajı, suç sayılmıştır. Kişinin rıza dışı görüntüsünün kaydedilmesi ve nakli 368/1-1 maddeye göre suç olduğu gibi, bu yasak görüntünün muhafazası, ifşası 369, montaj suretiyle elde edilen görüntünün yayınlanması 370. maddeleri gereği suç sayılmıştır. Özel hayatın unsurlarından olan konut dokunulmazlığının ihlali 184, posta ve haberleşmenin gizliliğinin ihlali fiilleri ise 187. maddeler gereği suç sayılmıştır.⁴²

IV- İTALYAN HUKUKU

İtalyan Medeni Kanunu'nda özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda düzenleme olmayıp, doktrin bu hakkı yorum yoluyla kabul etmiştir.⁴³

İtalyan Anayasası'nda da düzenleme olmamakla birlikte, doktrin burada da etkili olmuştur. Ancak Anayasa'da arama, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğüne 13, 14, 15. maddelerde yer verilmiştir.⁴⁴

İtalyan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması 6 Nisan 1974 tarih, 98 sayılı "Özel Hayatın, Haberleşme özgürlüğü'nün ve Gizliliğin Korunması Hakkında Kanun" ile daha bir etkin koruma altına alınmıştır.⁴⁵

Bu düzenlemeler sonucu önceden düzenlenen sırrın korunmasına ilişkin hükümler yanında ses ve görüntü cihazları ile rıza dışı görüntüleme, kayıt etme, ifşa ile yetkili idari

⁴⁰ Özsunay, s.170

⁴¹ Araslı, s.84

⁴² Danışman, s.69-72

⁴³ Özsunay, s.173

⁴⁴ Anayasa Metni için Bkz. LÜTEM, İlhan: Yeni Anayasalar, Kitap III (Ankara,1953), s.911

⁴⁵ Kanun Metni için bkz. Çeviren:ÖZTEKİN, Tosun :MHAD, 41110, S.13, İstanbul 1976, s.199-205

makamdan izin alınmamış veya kullanılması yasaklanmış aletleri ithal, satma, pazarlama, haberleşmenin engellenmesi suç sayılmıştır.⁴⁶

İtalyan Ceza Muhakemeleri Kanunu ile de özel hayata güvenceler getirilmiş; kaçakçılık, uyuşturucu madde, tehdit vb. suçlarda sorgu hakimi veya savcının kararı ile gizli dinleme mümkün kılınmıştır. Yasa ile bu işlemlerin belgelenmesi, yapılacak işlemlerin ilgili kararda uygulanma biçimi ve süresinin gösterilmesi zorunludur.⁴⁷

V- İNGİLİZ HUKUKU

İngiliz Hukuku yazılı olmadığı için özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının tanımı ile ilgili rapor ve görüşler sunulmuştur. Bunlardan Younger Komitesi 1972 tarihli raporunda özel hayatın kapsamının açıklanmasının zorluğundan bahsederek bu hakkın iki yönü bulunduğunu iddia etmiştir. Birincisi, özel hayatın gizliliği ve korunması; ikincisi ise, kişinin kendisi hakkında nasıl ve ne dereceye kadar bilgi verebileceğini kendisinin tayin etmesidir.⁴⁸

İngiliz hukukunda haklar dava kalıpları ile sağlandığından, özel hayatın korunmasına ilişkin dava kalıbı bulunmadığından bu hak çoğu zaman mülkiyetin korunmasına ilişkin kalıplar vb. ile 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, yaptırım uygulanmaktadır.⁴⁹

Sahibinin izni olmadan çekilen fotoğraflar 1956 tarihli Telif Hakları Kanunu'nun 17. maddesine aykırı olup, bu da özel hayatın korunmasını sağlayacaktır.⁵⁰

Ceza hukuku alanında sırrın korunmaması, güvenin ihlali sayılıp, suç olarak kabul edilmiştir. Devlet Sırları Hakkındaki Kanun ile de resmî 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 çalışılmıştır.⁵¹

⁴⁶ Danışman, s.64-65

⁴⁷ Şen, s.46-47

⁴⁸ Bailey S.H-Harris D.J-Jones B.C., Civil Liberties Cases and materials, second Edition, London Butter Worths, 1985, s.351'dan naklen, Şen, s.48

⁴⁹ Bailey-Harris-Jones, s.356'dan naklen, Şen, s.48

⁵⁰ Bailey-Harris-Jones:.,368'dan naklen, Şen, s.49

⁵¹ Şen, s.50

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik İngiliz yasaları ve uygulamaları pek çok kez AİHM'nin önüne dava konusu olarak gelmiş; verilen kararlar İngiliz Hukukunu büyük ölçüde etkilemiştir.⁵²

VI-AMERİKAN HUKUKU

Amerikan Hukukunda yer alan "right to privacy" (özel hayat / mahremiyet hakkı) çok geniş bir içeriğe sahiptir. Konut ve özel kağıtların dokunulmazlığı, cinsel eylemler, aile ve karı ya da kocanın hakları, doğum kontrolü, kürtaj, yaşam destekleyici araçların çekilmesi özel hayat hakkı çerçevesinde tanınıp tartışılmıştır.⁵³

Özel Yaşam Hakkında Komite, özel hayat hakkı'nın tanımını şu şekilde yapmıştır: "Toplumdan gelecek bütün baskılara karşı koyarak, kişisel ve duygusal alanlarda özerkliği güvence altına almakla kendini gösteren özel bir bağımsızlık türüdür" Burada kişi sadece kendi gizli alanının korunmasını değil, aynı zamanda kişisel özelliklerini ayıp, ceza vb. baskılara maruz kalmaksızın yaşamak, geliştirmek, başkalarına karşı savunmak hakkına da sahip olmalıdır. Bir başka deyimle, özerk ve farklı olma hakkına da sahiptir.⁵⁴ Federal Mahkeme özel hayat hakkının iki menfaati koruduğunu belirtmiştir. Birincisi, kişisel konuların açıklanmasından kaçınma menfaati, ikincisi ise, bazı önemli kararlar alırken bağımsız olma menfaati.⁵⁵

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 tanıtılması⁵⁶ Gizli dinleme de Amerikan hukukunda ayrıntılı olarak, sıkı şartlara tabi kılınmıştır.⁵⁷

⁵² Bakınız: İkinci Bölüm, s.28 vd.

⁵³ Harold J.Spaeth, The Constitution of the United States, B.ed-Harper Perennial, New York 1991, s.133-137'dan naklen, İncoğlu, s.174

⁵⁴ İncoğlu, s.175

⁵⁵ İncoğlu, s.179

⁵⁶ Özsunay, s.177-178

⁵⁷ Şen, s.57

§ 3.TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYAT

I- ANAYASA HUKUKU

A) 1961 ANAYASASI

1961 anayasasının ikinci kısmının ikinci bölümünde "Özel Hayatın Korunması" başlığı adı altında özel hayat kavramının ilk kez Anayasamıza girdiği görülmektedir. Bu hakkın unsurları 15. maddedeki özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı, 16. maddedeki konut dokunulmazlığı ve 17. maddedeki haberleşme özgürlüğü ve gizliliğinin dokunulmazlığı'dır. 20.09.1971 tarihli 2488 sayılı kanunla 15. maddenin ikinci fıkrası değiştirilerek kişinin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının dokunulmaz olduğundan bahsedilerek mevcut koruma sistemi genişletilmiştir.⁵⁸ Adı geçen maddelerde özel sınırlama sebepleri de düzenlenmiştir. Bu hakka müdahale ancak "Milli Güvenlik veya Kamu Düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" hakim kararı veya 15. ve 16. maddeler bakımından kanunla yetkili kılınan makamın emriyle mümkündür. Anayasanın değişik 11. maddesine göre Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, Kamu Yararı, Genel Ahlak gibi genel sınırlama nedenlerine dayanarak yine kanunla sınırlama getirilebilmesi mümkündür.⁵⁹

B) 1982 ANAYASASI

1982 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı ile 1961 Anayasasına 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/II. Maddede kişinin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının dokunulmazlığı da belirtilmiştir.

⁵⁸ Soysal, s.127; Araslı, s.127

⁵⁹ Araslı, s.132

Bu haklara getirilen sınırlamalar da maddelerin devamında açıklanmıştır. 03.10.2001 tarih 4709 sayılı kanunla⁶⁰ yapılan değişikliğe göre sınırlama kriterleri AİHS. ile uyumlu hale getirilmiş ve "Milli Güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri bulunmadıkça" bu haklara müdahale edilemeyeceği, "Yetkili mercii kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını (el koyma tarihinden itibaren) kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar" denilmek suretiyle el koyma vb. şeklindeki müdahalenin mutlaka hakim kararı ile gözden geçirilmesi, belirtilen sürede gözden geçirilmezse ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Bu yeni düzenleme ile önceden mevcut olan "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmaksızın" ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "Kanunla yetkili kılınan mercilerin emirleri olmaksızın" müdahale edilemeyeceğine ilişkin düzenleme kaldırılmıştır. Burada sayılan sınırlandırmalar özel sınırlandırma nedenleridir. Anayasanın 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 ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacıyla veya Anayasanın 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 Anayasanın 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."⁶¹

1982 Anayasasında özel hayatın koruma altına alındığı bir diğer madde "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"ne ilişkin 26. maddedir. Maddenin ikinci fıkrasında bu hürriyetin "Özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması" amacıyla sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Aynı sınırlama Basın Hürriyeti açısından da geçerli olup, Anayasanın 28. maddesinin III. Fıkrasında bu konuda 26. maddeye atıf yapılmıştır.

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

⁶⁰ Bkz. 4709 Sayılı Kanun 17.10.2001 tarih, 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶¹ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku (Anayasa), (Ankara, 1986), s.82

Kişinin en temel haklarından olan “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, Anayasanın 17. maddesinde vurgulanmış, devamında “Tıbbî zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi 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 düşünülebilir.

1982 Anayasasının 90. maddesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların Anayasaya aykırı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı belirtildiğine göre, milletlerarası antlaşmaların kanunlar gibi iç hukukumuzda geçerli olduğu tartışmasızdır. 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.

C) BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU

4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanunu⁶² kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulama alanı bulan kanun ile herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu belirtilerek ilgili kurum ve kuruluşlara bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Kanunda kişinin izni dışında, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslek ve ekonomik değerlerine haksız saldırı oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşulu ile açıklanabilecektir.

⁶² 4982 sayılı kanun 9.10.2003 tarihinde kabul edilmiş olup, 28.10.2003 tarih ve 228 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

II- CEZA HUKUKU

A) TÜRK CEZA KANUNU

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK.) özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlalinin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Buna rağmen özel hayatın gizliliği ve korunması ihlal eder nitelikteki bazı eylemlerin cezalandırıldığı ve suç olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

TCK.'nın 192. maddesine göre "Kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzel kişiye zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunma" suçtur. Bu suç "Şahıs Hürriyeti Aleyhine Cürümler"dendir.

TCK.'nın dördüncü faslında "Mesken Masuniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı altında kişinin konut dokunulmazlığına yönelik suçlar düzenlenmiştir. TCK. 193. m. göre "bir kimse kendisini oradan çıkartmak hakkını haiz olan birinin rızası hilafına veya hile ile veya gizlice meskenine veya meskeninin müstemilatlarına girer veya rızasıyla girdikten sonra çıkmazsa sahibinin şikayeti üzerine cezalandırılır." Bu cürümün geceleyin, şiddet kullanarak silahla veya birçok kimseler tarafından toplu olarak işlenmesi re'sen kovuşturmayı gerektirir ve ceza artırımı nedenidir. TCK. 194. maddesinde bir memurun görevini kötüye kullanarak bu suçu işlemesi veya kanunda belirli usul ve şartlar dışında işlemesi de cezayı gerektirir. Memurun, mesken ve müstemilatına girdikten sonra "keyfi muamele"de bulunması veya buralara "hususî bir maksatla" girmiş olması halinde ceza artırılır. Aynı maddenin son fıkrasında kişilerin ticarethaneleri ve idarehanelerindeki usulsüz aramalar da suç sayılmıştır.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda korunan hak, mülkiyet hakkı, oturma hakkı vb. olmayıp, kişinin özel hayatı, haberleşme hürriyeti, özel hayat alanında dilediği gibi hareket edebilme hürriyetidir. O nedenle bu suç "Hürriyete Karşı Suçlar" babında yer almıştır.⁶³

Kişî hürriyetlerinin geniş bir kavram olması "mesken"in de geniş yorumlanmasını gerekli kılar. Kişinin tahsis iradesi ve o mahallin dış dünya dan ayrı tutulduğunun bariz olarak anlaşılması gerekir.⁶⁴ Ticarethane ve idarehaneler, 194. madde de ayrı bir fıkra ile

⁶³ ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Kanunu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Ankara 1976), s.32; SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt:2 (Ankara 1995), s.1809, Şen, s.128

⁶⁴ Şen, s.129, Savaş / Mollamahmutoğlu, s.1809

düzenlendiğinden buraların mesken olmadığı iddia edildiği gibi⁶⁵ aksi de savunulmuştur.⁶⁶ Müştemilat ise, içerisine girilmesi veya girdikten sonra çıkılmaması meskenin huzur ve sükununu-dolayısıyla kişinin kişisel haklarını- ihlal etme niteliğini taşıyan yer olarak tanımlanmıştır.

Bu maddelerde yazılan suçların oluşması için suçun maddi unsuru, konut ve müştemilatına girmek veya girdikten sonra çıkmamaktır.⁶⁷

TCK.'da özel hayata getirilen güvencelerden biri de "Sırrın masuniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı ile düzenlenen suçlardır. TCK.'nın 195/1 maddesinde, bir kimsenin kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup veya telgrafı veya kapalı bir zarfı kasten açması veya başka bir şahsın, posta telgrafla vâki açık muhabere evrakını, içeriğini anlamak için usul ve nizam hilafına ele geçirmesi suç olduğu gibi; failin bu evrakın içeriğini ifşası ve telgraf ve telsiz muhaberat ve telefon konuşmalarının gizliliğinin ihlali de suç sayılmıştır. Şu durumda polis veya medya mensupları veya tele-kulak çetelerince telefon vb. haberleşme yollarının, hürriyeti ihlal edilerek dinlenilmesi suç oluşturacaktır.⁶⁸ TCK. 195. maddedeki suçları işlerse TCK. 200. maddedeki cezalar uygulanacaktır. TCK. 195. maddenin koruması, ilgili mektup, telgraf, vb.nin muhataba ulaşmasından sonra da devam edeceğinden, başkalarının ele geçirilip ifşa edilmesi de suçtur.⁶⁹

TCK. 196. maddesinde bir kimsenin kendisine gönderilmeyen posta ve telgraf muhaberesini ortadan kaldırması, 197. maddesinde kimsenin kendisine gönderilmemiş bir mektup veya telgrafı gönderenin rızası hilafına yayınlayıp, açıklaması, 198. maddesinde, bir kimsenin resmî mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak öğrendiği ve açıklanmasında zarar beklenen sırrı haklı bir sebep olmaksızın ifşa (açıklaması) suç sayılmıştır.

TCK. hangi meslek mensuplarının sırrı ifşa edemeyeceklerini tek tek belirlemek yerine yukarıda da söylendiği üzere genel bir deyim kullanmıştır. TCK.'nın sır masuniyetinin ihlalini sır sahibinin özel ve kişisel menfaatini koruma amacı güttüğünden sır veya meslek sırrının açıklanmasının, TCK. 1999. maddesi gereğince şahsi davaya bağlı kılındığı savunulduğu gibi⁷⁰ TCK. 1999. maddesini eleştirerek, bu maddelerde sayılan suçların şahsi ceza davasına bağlı kılınacak kadar hafif suçlar olmadığını savunanlar da olmuştur.⁷¹

⁶⁵ Bkz. Savaş / Mollamahmutoğlu, s.1810; EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara 1995), s.276; Önder, s.42

⁶⁶ Şen, s.129

⁶⁷ Erem, s.280; Savaş / Mollamahmutoğlu, s.1812-1813; ÇINAR, Ali Rıza: "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri", Yargıtay Dergisi, Cilt:17, S.4, s.467-495 (Ankara 1991), s.469

⁶⁸ Şen, s.111

⁶⁹ Şen, s.112

⁷⁰ Bkz. Savaş / Mollamahmutoğlu, s.1850

⁷¹ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Polat: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:II (İstanbul 1991), s.601; Şen, s.119

"Şeref ve Haysiyet Aleyhine Cürümler"den hakaret ve sövme suçları ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlali aynı zamanda şeref ve haysiyete tecavüz oluşturuyorsa cezai koruma getirilmektedir. Örneğin bir boşanma davasında diğer eşin özel hayatının gizliliği hakkını ihlal eder biçimde kaleme alınan dava dilekçesi ile şeref ve haysiyetine de saldırıldığından, hakaret edildiğinden cezalandırılması gibi.

14.06.1991 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 3756 sayılı kanunla TCK.'ya ekleme 525/a-b-c-d maddeleri ile "Bilişim Alanında Suçlar" düzenlenmiştir. Buna göre, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren; bunları başkalarına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimse ile, başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla kısmen veya tamamen tahrip eden veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan ve lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimselerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bilgisayarların hayatın her alanına girdiği, bilgisayar ortamında hiçbir bilginin saklı kalamadığı ve internet yoluyla her bilgiye ulaşılabilirdiği çağımızda, bu yasal düzenlemenin yapılması yerinde olmuştur. Ancak kişisel bilgilerin bilişim ortamından elde edilmesi konusunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa Türkiye Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması"na ilişkin 28.1.1981 gün, 108 sayılı sözleşmeyi imzaya açıldığı gün diğer Avrupa Konseyi Üyeleri ile birlikte imzalamıştır.

B) CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun⁷² sekizinci faslı "Zabıt ve Arama" başlığını taşıyıp, özel hayata müdahale biçimi olan arama ve el koymaya ilişkin hususları düzenlemiştir. CMUK.'nun 86. maddesinde tahkikat için ispat vasıtası olabilecek veya müsadereye tâbi olan eşyaya el konulabileceği, 90. maddede yetkinin hakime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve yardımcısı sıfatı ile emirlerini icraya görevli olan zabıta memurlarına ait olduğu belirtilmiştir. 91. maddede sanığa gönderilen mektup, telgraf ve diğer mersuleye PTT'de el koymanın mümkün olduğu söylendiği gibi sanık tarafından gönderilen veya sanığa gönderildiği anlaşılabilen ve tahkikat bakımından önem taşıyan mektuplar diğer mersule ve telgraflara da PTT'de el konulabilir. Ancak bu durumun istisnaları mevcut olup, CMUK. 144. maddesi gereğince sanığın müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamayacağı gibi, CMUK. 89. madde gereği sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler arasında teati olunan mektuplar

⁷² Bkz. 1412 sayılı kanunun kabul tarihi 04.04.1929 olup, 20.04.1929 tarih, 1172 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

da bu kimseler yanında bulunmadıkça ve bunlar tahkikatın mevzuu olan olaylara iştirak etmiş olmak veya yataklık etmek şüphesi altında olmadıkça el konulamaz. Arama da el koyma gibi geçici bir tedbir olup,⁷³ verilecek arama kararında aramanın nerede, ne zaman ve hangi konuda yapılacağı açıkça belirtilecektir. CMUK. 100. maddesinde arama sonucunda yapılmakta olan tahkikatla ilgisi bulunmayan ve fakat diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan eşyanın geçici olarak zapt olunacağı düzenlenerek; arama konusuyla ilgili olmayan ancak aramada bulunan başka delillere hukuken uygunluk tanınmaktadır. Aramada da öncelikle yetki Hak, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve Savcılarının yardımcısı sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurlarına aittir. (CMUK. 97) Arama CMUK. 94 gereği bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kimsenin evi ve bağlantılı yerlerde yapılabileceği gibi eşyası ve üzerinde de yapılabilir. Ayrıca CMUK. 95. maddesinde suç işleyen, iştirak veya yataklık eden olmadığı halde, sanığın yakalanması, suçun izlerinin takibi veya belirli bazı eşyanın zabtı amacıyla da kişilerin aramaya tabi tutulabileceği belirtilmiştir.

Kişinin telefon konuşmalarının, ses ve görüntülerinin zabtı konusunda CMUK.'da düzenleme yoktur.

C) 4422 SAYILI KANUN

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu⁷⁴ çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele için bazı tedbirler ve özel soruşturma yöntemleri getirmiştir. Bunlar iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli kullanılması, hak ve alacaklara tedbir konulmasıdır. Özel hayata müdahale niteliğindeki bu uygulamaların sınırı, şartları ve uygulama biçimleri adı geçen kanunda düzenlenmiştir. Özel hayatın korunması bakımından kanunun 10. maddesi önem taşımaktadır. Bu kanuna göre yürütülen işlemler ve hazırlık soruşturmasında alınan kararlar gizli olup, gizliliği ihlal edenlerin hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılması öngörülmüştür. Yine bu kanuna göre elde edilen verilerin imhası gereken hallerde bunların imha edilmemesi ve açıklanması da cezayı yaptırım gerektirmesi öngörülmüştür. 4422 sayılı kanundaki tedbirler sonucu devletin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi, kişisel kusurları ile yasal düzenlemelere uymadan yapılan işlemlerde kamu görevlilerinin hukuki ve cezai sorumluluğunun gerektirir.

⁷³ KUNTER, Nurullah; Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul, 1989), s.728

⁷⁴ 4422 sayılı kanunun kabul tarihi 30.7.1999 olup, 1.8.1999 gün 23773 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

III- MEDENİ HUKUK

A) TÜRK MEDENİ KANUNU

743 sayılı ve yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda⁷⁵ özel hayat adı altında bir düzenleme bulunmayıp, eski Medeni Kanun'un 23, 24, 24/a; yeni Medeni Kanun'un 23, 24, 25. maddelerinde genel olarak; 26, 27. maddelerinde özel olarak kişilik haklarının korunduğu görülmektedir.

Özel hayatın korunması da kişilik hakkının kapsamında yer alan kişisel değerlerdendir.⁷⁶ Bu nedenle kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler, özel hayatın korunması bakımından da geçerlidir.

MK 23. maddesinde şahsın kendi rızası ile yapılacak saldırılara karşı korunması düzenlenmiştir.⁷⁷ 4721 sayılı kanunla 23. maddede kişiliğin "vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı korunması" başlığı adı altında "kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka aykırı 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" denilmek suretiyle, önceki medeni kanuna paralel bir düzenleme getirilmiştir. Yasa koyucu kişilik haklarının, bu arada özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının da belli bir ölçüde sınırlandırılabilirliğini, ancak bu sınırlandırmanın hukuka ve ahlaka aykırı olamayacağını, bu tür sınırlandırmaların kişilik haklarını aşırı sınırlandırdığını kabul etmiştir. Yine kişinin özgürlüklerinden tamamen vazgeçemeyeceği de belirtilmiştir. MK23. maddesindeki yasağın yaptırımını bu maddede yer almasa da Borçlar Kanununun 19. ve 20. maddeleri gereği mutlak butlanla geçersizliktir. Böyle bir sözleşme ile yüklenilen edimin yerine getirilmesi istenemeyeceği gibi, böyle sözleşmelere dayalı ödemelerin Borçlar

⁷⁵ Bkz: 4721 sayılı Kanun 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiş, 08.12.2001 tarih, 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁶ ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 11. Baskı, Turhan Kitapevi (Ankara 2003), s.256 vd.; Şen., s.153; AYDIN, Sevil: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının ihlali ve Hukuksal Koruma (Ankara, 1998), s.109; OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY Saibe: Kişiler Hukuku Dersleri (İstanbul, 1993), s.87

⁷⁷ Özsunay, s.151; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.431; DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası (İstanbul, 1995), s.148-150

Kanununun 65. maddesi gereği geri verilmesi de istenemez.⁷⁸ Özel hayata müdahale edilmesine önceden rıza gösterilmesi veya müdahalede bulunulmasından sonra, onaylamada bulunulması biçiminde onam verilmesi, zarar verenin sorumluluğunu kaldırır ise de bunun sınırını da MK 23. madde çizer. MK 23'e aykırı biçimde hukuka ve ahlaka aykırı, bu özgürlüğü ortadan kaldırır nitelikte verilen onam da geçersiz olacaktır.⁷⁹

Medeni Kanunun 24. maddesinde kişilik haklarının "Saldırıya karşı" korunması hükme bağlanmıştır. Önceki MK ile paralel olan düzenlemede, kişilik haklarına haksız bir eylem sonucu yapılan müdahalelerin hukuka uygun olmadığı sürece kişilik haklarının korunacağı, ancak zarar görenin rızası, üstün nitelikleri bir kamu yararının veya özel yararın varlığı; kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kişilik hakkına yapılan saldırıların hukuka uygun olacağına yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı tartışılırken, karşı karşıya gelen iki değer arasında (Kamu Yararı-Özel yarar) bir tercih yapılacaktır. Özellikle Basın ve İfade Özgürlüğü ile özel hayat çoğu kez çatışmaktadır.

Eski Medeni Kanunun 24/a, yeni kanunun ise 25. maddesinde, MK 24. maddeye göre kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin nasıl korunacağı hangi davaları açabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır

B) TÜRK BORÇLAR KANUNU

Borçlar Kanunu'nun 3444 sayılı kanun ile değişik⁸⁰ 49. maddesinde kişilik hakkı hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğrayan kişinin uğradığı manevi zarara karşılık bu ad ile bir miktar para ödenmesini dava edebileceği belirtilmiştir. Özel hayata müdahale niteliğindeki saldırılarda da bu madde gereğince manevi tazminat istenebilir. Mahkemece manevi zarara hükmedilebilmesi için zarar verenin ağır kusurlu olması aranmayacaktır.⁸¹

BK 49. maddesinin diğer fıkralarında takdir edilecek manevi tazminatın miktarını tayinde bazı kriterler ile tazminat yerine geçebilecek karararlardan bahsedilmiştir.

⁷⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, S.434; Öztan, s.262;; TANDOĞA,N Haluk: "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması", AÜHF, Cilt:XX, S. 14, s.5-6; Kılıçoğlu, s.14

⁷⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.422

⁸⁰ Bkz. 3444 S.K. 04.05.1988'de değiştirilmiş. RG vb.

⁸¹ Şen, s.159; İŞGÜZAR, Hasan: "Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", ANBD, Yıl: 47, Sayı: 1990/6, s.856; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 1 (İstanbul, 1992), s.893; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, 6.Bası (İstanbul, 1998), s.785-786; TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Bası (İstanbul, 1993), s.694

IV- BASIN VE YAYIN HUKUKU

A) BASIN KANUNU

5680 sayılı Basın Kanunu⁸² özel hayatı koruyucu özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, 33. maddede getirilen güvenceden, özel hayatın da yararlanacağı kabul edilmektedir.⁸³

Basın Kanunu 33/1. maddesinde evlenmeleri yasaklanmış kimseler arasındaki cinsel ilişkilere dair haber ve yazıların yayınlanması yasaklanmaktadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında TCK.'daki ırza tecavüz, ırza tasaddi, kızlık bozma, sarkıntılık, evlenme vaadi ile kızlık bozma, alıkoyma suçlarıyla ilgili haber ve yazılarda mağdurların kimliklerini açıklayan, bilgi veya resimlerin yayınlanması; 33. maddenin son fıkrasında ise on sekiz yaşını doldurmamış suç faillerinin ve mağdurlarının kimliğini açıklayan, bilgi ve resimlerin yayınlanması yasaklanmıştır. Bu madde ile kişilerin özel hayatlarının, onur ve saygınlığının, genel ahlak ve adabın korunacağı ifade edilmektedir.⁸⁴ 33. maddenin devamında bu yasağın yaptırımı yer almıştır.

Basın Kanununda, elektronik cihazlarla ses ve görüntünün kaydedilmesi, halinden bahsedilmemekte olup, bu husus Basın Kanununun en büyük eksikliklerindendir.

B) FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

5864 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19, 83, 84, 85 ve 86. maddelerinde özel hayat koruma altına alınmış, kişinin sözleri, resimleri ve mektupları üzerinde sahip oldukları hakların başkaları tarafından ihlali durumu hukuki ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır.

FSEK'nun 83. maddesinde ad, alamet ve dış şekillerin bir esere, bir kişiye özel olarak bağlı olması halinde bu eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin iltibas edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

⁸² 5680 sayılı kanunun kabul tarihi 15.07.1950 olup, kanun metni için bkz. 24.07.1950 gün, 7564 sayılı Resmi Gazete.

⁸³ Şen, s.178

⁸⁴ Özsunay, s.123-124; Özek, s.318; Şen, s.178-179

84. maddenin II. fıkrasında eser mahiyetinde bulunmayan her çeşit fotoğrafları, benzer usullerle tespit edilen resimleri ve sinema mahsullerinin korunması düzenlenmiştir.

FSEK 85. maddesinde, eser mahiyetinde olmasa bile mektup, hatıra ve buna benzer yazılar, yazarların ve bunlar ölmüşlerse 19. madde gereği ölmüş bulunan yazı sahibinin tayin etmiş olduğu vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemiş ise yasal mirasçılarının muvafakatı alınmadan yayınlanamaz; meğer ki, ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun. Mektupların yayınlanabilmesi için ayrıca mektubun gönderildiği kimsenin de rızasının alınması gerekir. Gönderilenin ölümü halinde bu rıza yakınları tarafından verilebilir. Ancak ölümün üzerinden on yıl geçmiş ise artık yakınların rızası da aranmayacaktır. (FSEK 85/II) maddenin devam eden fıkralarında bu hükümlere aykırılık halinde BK. 49, MK. 24, TCK. 197 ve 199. maddelerine atıf yapılmaktadır.

FSEK'nun 86. maddesinde resim de koruma altına alınmıştır. Eser niteliğinde bulunmasa bile resim ve portrelerin, bunlara konu olan kişinin ve ölümü halinde 19. maddede belirtilen kişilerin izni alınmadıkça teşhiri ve kamuya arzı mümkün değildir. Bu kuralın istisnası yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna aile toplumda tanınmış olan ve görüldüğünde tanınan devlet adamları, sanatçılar, sporcular, bilim adamları resimlerinin çekilmesine katlanmak zorundadırlar. Bu kişiler memleketin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan kişiler olup, bir anlamda kamuya mal olmuşlardır.⁸⁵ Yukarıda sayılan kişilerin katıldıkları resmi geçit, tören veya genel toplantıları gösteren resimler, günlük olaylara ilişkin resimler radyo ve film haberleri için de rıza aranmaz. Bu maddeye aykırı hareket halinde BK 49, TCK. 197 ve 199. maddeleri ile MK 24. maddeleri uygulama alanı bulur.

C) RADYO VE TELEVİZYON KANUNLARI

11 Kasım 1983 tarihinde kabul edilen 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 5. maddesinde genel yayın esasları, özel hayat da düşünülerek düzenlenmiştir. Buna göre j, k, l bentlerinde "Kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı" olmak genel yayın esasları olarak sayılmıştır. Aynı kanunun 9/2. maddesinde "İnsan Haklarına Saygılı Olmak" kurumun görevleri arasında belirtilmiştir.

Türkiye Radyo ve Televizyon Reklam Yönetmeliğince⁸⁶ 5. maddenin 4. fıkrasında, kişilerin yergisinin yapılamayacağı ve izin alınmadan kişilerin isimlerinin, fotoğraflarının,

⁸⁵ Şen, s.175; İmre, s.165; Özek, s.254

⁸⁶ Yönetmelik metni için bkz. 17.04.1993 tarih 21555 sayılı Resmi Gazete

düşünme ve yaşama şekillerinin konu alındığı reklamların yayınlanamayacağı da belirtilmiştir.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununda 7. maddede yayınların 5. maddeye uygun yapılıp, yapılmadığını denetleyecek Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu'nun görevi sayılmışsa da 3984 sayılı Kanunun 36. maddesi ile 7. madde yürürlükten 13.04.1994 tarihi itibarıyla kaldırılmıştır. 3984 sayılı kanunda özel hayatın korunmasına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Yayınların hukuken uygunluğunu denetlemek üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun kurulması kararlaştırılmıştır. 3984 sayılı kanunun 4. maddesindeki yayın ilkelerine aykırı hareket halinde üst kurul önce gerekçeli olarak yazılı uyarıda bulunacak, bu uyarıda yayın ilkelerine aykırılığın tekrarlanması halinde ağırlığına göre yayın bir yıla kadar durdurulabilecek veya yayın izni iptal edilebilecektir.

2954 sayılı kanunun 27. maddesinde yer alan cevap ve düzeltme hakkı 3984 sayılı kanunun 28. maddesinde yer almıştır. 28. m. Gereğince Sulh Ceza Mahkemesine başvurulacaktır.

4756 Sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunun⁸⁷ 2. maddesi ile 3984 sayılı kanunun 4. maddesi değiştirilmiştir. Bu maddede radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri a bendinden z bendine kadar düzenlenmiş bulunmaktadır. 2. maddede "Radyo televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasanın Genel İlkelerine, temel hak ve özgürlüklere, Milli Güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır" denildikten sonra uyulacak yayın ilkeleri sayılmıştır. Bunlardan f bendine göre: Özel hayatın gizliliğine saygılı olunması, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında kişilerin özel hayatının yayın konusu yapılmaması ve s bendine göre: Program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması gerekecektir.

⁸⁷ 4756 SK. 15.05.2002 tarihinde kabul edilmiş, 21.05.2002 tarih 24761 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖZEL HAYAT

§ 4. GENEL OLARAK

İkinci Dünya Savaşı ile “Devlet” ve “Egemenlik” anlayışı tüm dünya da sarsıntıya uğramış; devlete verilen gücün sınırsız olmadığı ve kontrol edilmesi gereği hissedilmiş; Doğu bloku ülkelerindeki totaliterizmin tüm Avrupa'ya yayılacağı korkusu da bunlara eklenince, devletlerin egemenliklerinin denetim altına alınması kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin belirlenerek güvenceye bağlanması amaçlanmıştır.⁸⁸ Bu amacın en dikkate değer ürünü de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmuştur. AİHS. (ve ek protokoller), Birleşmiş Milletlerce kabul edilen sözleşmelerde “Medeni ve Siyasal Haklar” denilen hak ve özgürlüklerin bir bölümünü içermektedir. Yaşam Hakkı (m.2) işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışta bulunma ve ceza verme yasağı (m.3); kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve angarya yasağı (m.4); kişi özgürlüğü ve güvenliği (m.5); adil yargılanma (m.6); suç ve cezaların kanuniliği (m.7); özel hayat ve aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (m.8); düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9); düşünceyi açıklama özgürlüğü (m.10); toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (m.11); evlenme ve aile kurma hakkı (m.12); hak arama özgürlüğü (m.13); mülkiyet hakkı (1. pro. m.1); eğitim ve öğrenim hakkı (1. pro. m.2); yasama meclisinin gizli oy ve kamuoyunu yansıtır şekilde serbest seçimle oluşturması (1.pro. m.3); özel hukuk ilişkilerinden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (4.pro. m.1); serbestçe dolaşma ve konutunu seçme hakkı (4. pro. m.2); vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (4. pro. m.3); yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı (4. pro. m.4); ölüm cezasının kaldırılması (6. pro); bir ülkede yasal olarak bulunan yabancıların keyfi surette sınırdışı edilmesi yasağı (7. pro. m.1); bir suçtan hüküm giyen kimsenin üst mahkemeye başvurma hakkı (7. pro. m.2); haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi (7. pro. m.3); aynı suçtan dolayı yeniden yargılanma yasağı (7. pro. m.4); evlilikte eşlerin hak eşitliği (7. pro. m.5) korunan haklardandır.⁸⁹

⁸⁸ YILDIZ, Mustafa: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı (İstanbul, 1998), s.5-6; Gözübüyük /Gölcüklü, s.5; DÖNMEZER, Sulhi, “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünya daki ve Türkiye’deki Durumu”, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), 14-15 Mayıs 1998 tarihlerinde Antalya’da düzenlenen seminerde yapılan açılış konuşmaları sunular ve bildiriler, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı (Haziran 1998), s.28

⁸⁹ AİHS., Avrupa Antlaşmaları Serisi No,5. Avrupa Konseyi, Ocak 2003

AIHS.'nin 8. maddesinde "Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı" düzenleme altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında bu hakkın nelerden oluştuğu ve özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı adı altında korunan haklar sıralanmıştır. Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı. Maddenin ikinci fıkrasında ise, kamu görevlilerince bu haklara hangi hallerde müdahale edilebileceği; bir müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.

AIHS.'ne uygunluk denetimi yaparken, mahkemenin ilk aradığı şey; somut olayda AIHS.'nin uygulama alanı bulunup bulunmadığını saptamaktır.⁹⁰ Bu nedenle 8. maddenin hangi hakları kapsadığı ve koruduğu büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmanın amaçlarından biri de AIHM. 8. maddeye getirdiği yorum ve verilen kararlardan yola çıkarak "özel hayat" kavramının sözleşme hukuku bakımından tanımı ve kapsamını belirlemektir. AIHS., iç hukukumuzun bir parçası olduğuna göre, AIHM.'ce verilen kararlar gerek kamu hukuku gerek özel hukukumuzu ve dolayısıyla özel hayat kavramına özel hukukçuların bakışını etkileyecektir. Özel hayat"ın korunması yönündeki pozitif yükümlülük gereği, devlet bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler alacaktır.⁹¹ Bu durumda, özel hayatın korunması yönünde özel hukukça sağlanan ve koruma sisteminin getirilip getirilmediği sorunu gündeme gelecektir. Yasal düzenleme ile bu düzenlemeye dayalı uygulama (yargı faaliyeti) birbirinden ayırlamaz. Bu nedenle "özel hayat" kavramına yasaların verdiği anlam kadar uygulayıcıların yargı kararları ile verdiği yön ve anlamlar da önemlidir. Özel hukuk uygulamasında, örnek oluşturması bakımından AIHM.'nin "Özel Hayat" kavramına yaklaşımının sergilenmesi yoluna gidilmiştir. AIHS. 8. maddesinin başlığında yer alan "özel hayat" kavramı bir haklar demeti niteliğinde olup, içerisinde ayrıca kişinin özel hayatı da bir alt hak olarak korunduğundan, bu hakların karıştırılmaması açısından alt hak olan "özel hayat" kavramı için " özel hayat (bireysel)" deyimini tercih edilecektir.

⁹⁰ KILKELLY, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- AIHS.'nin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.18 Avrupa Konseyi, 2001),s.8

⁹¹ Kilkelly, s.20

§ 5. AİHS.'DE ÖZEL (BİREYSEL) HAYATA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

I-AİHS.'NE GÖRE “ ÖZEL (BİREYSEL) HAYAT ” KAVRAMI VE TANIMI

AİHS.'nin 8/1. maddesinde yer alan haklar aslında, bir bütün teşkil eden “özel hayat” kavramının farklı unsurlarıdır.⁹² Bu nedenle unsurlarından yola çıkarak ve onlarla birlikte “özel hayat” kavramı değerlendirilecektir. Özel Bireysel Hayat da Özel Hayat kavramının farklı bir yönü ve unsurudur. Ne var ki AİHS.'de Özel Hayat kavramı bunun unsurlarını oluşturan hakların tanımı yapılmamıştır. Gün geçtikçe popüler olan Liberalizm ve 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 ve ileri götürücü bir yorumla, bu kavramlara belli bir içerik kazandırmamaktadır.⁹³

AİHM.'ne göre “Özel (Bireysel) Hayat”, “gizlilik” hakkından daha geniş bir anlamı ifade etmektedir.⁹⁴ Nitekim mahkeme, bir kararında⁹⁵ 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 vurgulamıştır.⁹⁶ O halde, kişinin diğer insanlarla değişik türden ilişkiler kurması –ki buna cinsel ilişki de dahildir.- olanağına sahip olması gerekir.⁹⁷

AİHS. organları “Özel (Bireysel) Hayat”ın sadece gizlilik özelliği taşımadığını, bunun yanı sıra, kişinin kişiliğini oluşturup geliştirebileceği bir alanı ifade ettiğini, bu bağlamda farklı olması ve -kişinin kendi durumu ve ilişkilerini ve bedenini kontrol etmesi demek olan- özerkliği de “Özel (Bireysel) Hayat” kavramı içinde değerlendirmektedirler.⁹⁸

⁹² Gözübüyük/ Gölcüklü, s.331

⁹³ Gözübüyük/ Gölcüklü, s.331

⁹⁴ Kilkelly, s.10; İnceoğlu, s.175; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKTAR Oğuz: AİHS. ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (Ankara, 2002), s.282

⁹⁵ Niemetz-Almanya davası, 16.12.1992; Kararın İngilizce metni için bkz. Seri A-251, kararın Türkçe özeti için bkz.DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1 (İstanbul 2002),s.944

⁹⁶ Costello-Roberts- Birleşik Krallık, 25.3.1993, seri A 247-c, Kararın Türkçe özeti için bkz.dan naklen Doğru s.946

⁹⁷ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.282

⁹⁸ İnceoğlu, s.175; Kaboğlu, s.190; Kilkelly, s.10

II- ÖZEL (BİREYSEL) HAYATIN KAPSAMI

Özel (Bireysel) Hayatın bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olarak gören AİHM.⁹⁹ kazuistik bir yöntemle her olayı kendi tipik özellikleri içinde değerlendirerek bu hakkın kapsamını belirleme yoluna gitmiştir. Çeşitli davalar ve somut olaylar incelenmek suretiyle aşağıdaki ilişkiler AİHM.'nce "Özel (Bireysel) Hayat" kavramı içinde değerlendirilmiştir.

A) CİNSEL HAYAT VE TERCİHLER

Kişinin cinsel hayat ve tercihleri "Özel (Bireysel) Hayat"ının unsurlarındandır. Bu bağlamda kişinin cinsel ilişkiler dahil çeşitli türden kuracağı ilişkilerle cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi sözleşmenin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir.¹⁰⁸

Kişinin "Özel (Bireysel) 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 (Bireysel) Hayat"ın kapsamında yer aldığı pek çok kararda dile getirilmiştir.¹⁰⁰

Kişinin cinsel tercihleri sonucu bunlarla resmi kayıtların uyumunun sağlanması için yapılan "tashih" başvuruları isim değiştirme talepleri de 8. madde de değerlendirilebilecektir.¹⁰¹

B) AİLE HAYATININ KAPSAMI DIŞINDA KALAN BAZI İLİŞKİLER

Aile hayatı, 8. maddede özel olarak yerini almıştır. Ancak aile hayatı kavramı dışında kalan bazı ilişkiler "Özel (Bireysel) Hayat"ın kapsamında değerlendirilerek, 8. maddenin korumasından yararlanabilir. Bunlar; koruyucu aileler ile baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler ve eşcinsellerle partnerleri arasındaki ilişkilerdir.¹⁰²

⁹⁹ Costello-Roberts-Birleşik Krallık, p.36 ,Kararın İngilizce metni için bkz.echr.coe.int

¹⁰⁰ 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

¹⁰¹ Gözübüyük/ Gölçüklü, s.335

¹⁰² Kilkelly, s.10

C) İŞ VE SOSYAL İLİŞKİLER

Kişinin sosyal ilişkileri de "Özel (Bireysel) Hayat"ına dahildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Mc Feeley ve Ors – Birleşik Krallık davasında¹⁰³ başkalarıyla görüşme ve sosyal ilişkiler kurmayı da "Özel (Bireysel) Hayat"ın kapsamında değerlendirmiş ve bu hakkın mahkumlar için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Cezaevlerindeki kişilerin de belirli bir dereceye kadar bir araya gelme hakkı olduğu kararda vurgulanmıştır.

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

D) FİZİKSEL VE MANEVİ KİŞİLİK

Costello ve Roberts- Birleşik Krallık davasında Mahkeme, özel hayatın kişinin fiziki ve manevi bütünlüğünü de içerdiğini belirtmiştir.¹⁰⁴ Kişinin rızası dışı yapılan psikolojik, fiziki ve psikiyatrik her türlü tıbbi müdahale, deneyler, testler (alkol, DNA), kürtaj, devletlerin emniyet kemeri takılması veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasını zorunlu kılması, kişinin soyularak aranması veya rektal inceleme yapılması da "Özel (Bireysel) Hayat"ın kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁰⁵

E) TELEFON KONUŞMALARI VE POSTA İLETİLERİ

Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydedilmesi ile posta gönderilerinin okunması hem "Özel (Bireysel) Hayat" hem de haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilebilir.

AlHM., A- Fransa davasında¹⁰⁶ bir cinayetin planlamasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesini 8. madde kapsamında değerlendirmiş ve bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin "özel" olma niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Kopp-İsviçre davasında¹⁰⁷ mahkeme iş telefonlarının dinlenmesini de "Özel (Bireysel) Hayat" kapsamında değerlendirmiştir.

¹⁰³ Mc Feeley ve Ors- Birleşik Krallık, 15.05.1980, 20 DR 44'den naklen Kilkelly, s.11

¹⁰⁴ 08.10.1991, p.49-52

¹⁰⁵ X ve Y- Hollanda, 21.3.1985, Seri A, 91; Costello Roberts-Birleşik Krallık; Hercz- Norveç, başvuru no, 17004/90, DR, 73

¹⁰⁶ A- Fransa Davası, 23.11.1993, bkz. Seri B, 277

F) İSİM, RESİM, NAM-ŞÖHRET-ŞEREF-YAŞAM TARZI

Kişinin ismi, kişisel kimliğinin belirlenmesindeki etkisi nedeniyle "Özel (Bireysel) Hayat"ının 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 tanımıştır.¹⁰⁸

G) KİŞİSEL VERİLER

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 sayılmışlardır.¹⁰⁹

Kişisel verilerin toplanıp saklanması kadar, onların ifşası da "Özel (Bireysel) Hayat"a 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 "Özel (Bireysel) Hayat" kapsamında değerlendirilebilir. Gaskin- Birleşik Krallık davasında¹¹⁰ olduğu gibi.

¹⁰⁷ Kopp- İsviçre Davası, 25.3.1998 bkz, Türkçe çevirisi için SEYHAN Kâzım, Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi 2003, C:1,S,3, s.97 vd.

¹⁰⁸ Kilkelly, s.38; Gözübüyük/ Gölcüklü, s.335

¹⁰⁹ X- Birleşik Krallık Davası, 6.10.1982, 30 DR 229; Murray- Birleşik Krallık Davası, 26.3.1987, Seri A- 116; B no-1466/81, 9.7.1991, 71 DR 141; B.no (Başvuru no) 9804/82, 7.12.82, 31 DR 231, Kilkelly, s.12

¹¹⁰ Gaskin- Birleşik Krallık davası, 7.7.1989, p.89, kararın İngilizce metni için bkz..echr.coe.int;kararın Türkçe özeti için bkz.Doğru ,s.916

III- AİHM.'NE GÖRE "ÖZEL (BİREYSEL) HAYAT" A MÜDAHALE EDİLMESİ

A) CİNSEL HAYAT VE TERCİHLER KONUSUNDAKİ MÜDAHALELER

Dudgeon- Birleşik Krallık davasında¹¹¹ 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 fiilin hayasızca hareket ve suç olarak kabul edilmesi üzerine polisçe soruşturma ve cezaî takibat yapılmıştır. Dudgeon ceza kanunundaki bu düzenlemenin 8/1. maddeye aykırı olduğunu savunarak bireysel başvuru hakkını kullanmış; AİH Komisyonu, kişinin "Özel (Bireysel) Hayat"ına 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 ilişkilerinin özel hayatın korumasından 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. Mahkemenin 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 (buggery) yasaklaması (p.49) dolayısıyla bu düzenlemenin genişliği ve mutlaklığı nedeniyle ulaşılmak istenen amaçla orantısız olması (p.61) da etkili olmuştur.

Norris- İrlanda davasında¹¹² mahkeme, devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiş, eşcinselliği yasaklayan yasal düzenlemelerle 8/2. maddesinde öngörülen "ahlakın korunması" amacına ulaşamayacağını belirtmiştir. Çünkü, devletçe getirilen kanunî tedbirlerin gerçekten hissedilen "sosyal zorunluluklar" sonucu alınması ve bu hakla getirilen kısıtlamaların da hedeflenen kanunî araç ile orantılı olması gerekir. Ancak, gençlerin

¹¹¹ Dudgeon- Birleşik Krallık, 22.10.1981, bkz. Doğru, s.419 vd.

¹¹² Norris- İrlanda davası- 26.10.1988, seri A-42, kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s. 914

korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil, uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlere belli bir takdir hakkı tanınmıştır.¹¹³

A.D.T- Birleşik Krallık davasında,¹¹⁴ 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, bizzatihi faaliyetlerin kendisine önem vermiş, bu faaliyetleri "özel" saymış ve başvurunun cezalandırılmasını 2. fıkradaki "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amacıyla orantılı bulmamıştır.¹¹⁵

Ancak kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet 8. m.nin korumasından yararlanamaz.¹¹⁶ Kişinin cinsel davranışlarını ne dereceye kadar düzenleyeceği Laskey, Jaggard ve Brown- Birleşik Krallık davasında¹¹⁷ başvurular 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 başvuruçuların 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.

Farklı cinsel tercihler konusunda mahkeme özellikle kısıtlama için ciddi nedenler olmasını; demokratik bir toplumda olması gereken hoşgörü ve açık fikirlilik özelliklerinin altını çizmiştir.¹²³

Mahkeme bir kararında, eşcinsel olmaları nedeniyle ordudan atılma işlemleri ile sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna da varmıştır.¹¹⁸ Ancak devletin eşcinsellerin evlenmelerine izin verme yükümlülüğü olmadığı¹¹⁹ gibi, Cossey davasında¹²⁰ cinsiyet değiştirerek kadın gibi yaşayan başvurunun nüfus kaydında cinsiyetinin bayan olarak düzeltilmemesini 8. maddenin ihlali saymamıştır.

¹¹³ Norris/ İrlanda davası; Modinos- Kıbrıs davası, 22.4.1993, Seri A, 239, p.20

¹¹⁴ A.D.T.- Birleşik Krallık davası, 31.7.2001, kararın İngilizce metni için bkz. www.echr.coe.int

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kilkelly, s.40-41

¹¹⁶ Kilkelly, s.40

¹¹⁷ Laskey, Jaggard ve Brown- Birleşik Krallık davası, 19.2.1997, Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s.982

¹¹⁸ Lustig-Drean ve Berket- Birleşik Krallık, 25.7.2000, bkz. www.echr.coe.int , kararın Türkçe özeti için bkz.

Doğru, s.1070

¹¹⁹ Dees- Birleşik Krallık, 12.12.1984, Seri A-106

¹²⁰ Cossey-Birleşik Krallık, 27.9.1990 Seri A- 184

B) GİZLİ DİNLEME, İZLEME GÖRÜNTÜLEME VB. YÖNTEMLERLE KİŞİSEL BİLGİLERE ULAŞILMASI VE BU BİLGİLERİN İFŞASI YOLUYLA MÜDAHALELER

1. Bilgi Toplanması

Telefonların gizlice dinlenmesi hem “Özel (Bireysel) Hayat”, hem haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının açık ihlali niteliğindeki ALHM.’de Klass vs.- Almanya ve Malone- B.Krallık¹²¹ 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 irdemiştir. Bu kararlar ilerde haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı kapsamında incelenecektir. Kişinin rızası dışında toplanacak ve saklanacak kişisel bilgilerin belli durumlarda elde edilmesine göre müdahalenin var olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilecektir. Mahkeme bazı hallerde bu bilgilerin toplanmasına hukuken olanak tanımaktadır. Şimdi bu halleri inceleyelim.

a) Suçun Önlenmesi Ve Belirlenmesi Amacıyla Bilgi Toplanması

Mahkeme suçun önlenmesi amaçlı bilgi toplanmasında özellikle kişinin rızası dışı görüntülenmesi ve fotoğrafının çekilmesi durumunu ayrıntılıca değerlendirmiştir. Fotoğrafta 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 kazanacaktır.¹²²

Friedl- Avusturya davasında¹²³ başvurunun katıldığı bir gösteri sırasında ve sonrasında Viyana Polis Otoritelerinin fotoğraf çekip bunları idarî bir dosya da saklamasının 8. maddenin ihlali olduğu savunulmuştur. Komisyon, devlet ajanlarının başvurunun evine girip evinde fotoğraf çekmek suretiyle özel hayatının “iç alanına” bir müdahale olmadığını; fotoğrafların davacının kendi isteği ile katıldığı bir kamu olayına,

¹²¹ Klass vs.- Almanya, Seri A-28 p.41 ve Malone-Birleşik Krallık 2.8.1984, Seri A-84, p.64; kararların Türkçe metinleri için bkz. DOĞRU, Osman:İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları;T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları (Ağustos, 2003), s.246 vd.- s.764 vd.

¹²² Başvuru no, 5877172, 12.10.1972,naklen, Kilkelly, s.32

¹²³ Friedl-Avusturya, 31.01.1995, Seri B-305; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s.963

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 şu konularda verilmiş teminatlar da etkili olmuştur. Fotoğraflarda hiçbir ismin yazılmaması, kaydedilen kişisel veriler 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.

Komisyon başka bir başvuruda¹²⁴ 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.

b) Terörizm

Terörizm de özel hayata müdahaleyi haklı kılan nedenlerden sayılmıştır. Örneğin MC Veigh- O'Neill ve Evans- Birleşik Krallık davasında¹²⁵ anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanıp, kişilerin üzerlerinin aranması, parmak izlerinin alınıp fotoğraflarının çekilmesi ve bu kayıtların saklanması, komisyonca, bu bilgiler istihbarat 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 edilmiştir.¹²⁶ 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.

¹²⁴ Başvuru No, 1307161, 4.10.1962,(naklen-Kilkelly, s.33

¹²⁵ MC Veigh-O'Neill ve Evans- Birleşik Krallık davası, 18.03.1981, DR 245 s.15

¹²⁶ Murray- Birleşik Krallık, 28.10.1994, Seri A-300; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru , s.960

c) 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 davasında¹²⁷ 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 asgarî 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.

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 sınırlıdır.¹²⁸

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.

¹²⁷ Leander-İsveç davası, 26.03.1987, Seri A-116; Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru , s.907

¹²⁸ Kil Kelly, s.34-35

Burada kişinin özel hayatı ile kamu yararının çatışması söz konusudur. Çeşitli kategoriler altında konunun incelenmesi mümkündür.

a) Bir Suçun Soruşturulması Ve Yargılama Sırasında Bilgilerin İfşası

Kişilere ait fotoğraf ve polis dosyalarındaki bilgilerin ifşa edilmesi konusunda Komisyon, başvurucunun polis dosyalarındaki fotoğrafının üçüncü taraflara gösterilmesini özel hayata müdahale saymış, ancak 812. maddeye göre haklı olup olmadığını değerlendirmiştir.¹²⁹ Komisyon bu kararında müdahalenin suçu önleme amaçlı olduğunu ve amaçla müdahalenin orantılı olduğunu kabul etmiştir. Komisyonun 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.

b) Polisin Basın Açıklaması Yolu İle İfşa

Polis tarafından yapılan bir soruşturma sırasında bazı bilgilerin basına açıklanması, bazen "Özel (Bireysel) Hayat"a 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 bulunduğu dair haberlerin 8. maddede korunan haklarını ihlal ettiği iddia etmiştir. Başvurucu, polisin basına yanlış detaylar verdiğini ve çevresindeki kişilerin onu tanımasına imkan tanıyacak bilgilerin de verildiğini belirtmesine karşın, Komisyon, böyle bir müdahalenin kamuyu ilgilendiren konularda kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdülmesini ve olayların gerçeklere dayalı olması nedeniyle bu müdahaleyi haklı bulmuştur.¹³⁰

¹²⁹ Boorson- Hollanda davası, 29.11.1993, DR 75, s.231 (naklen-kilkelly, s.36)

¹³⁰ Kilkelly, s.36

c) Tıbbî Bilgilerin İfşası

Tıbbî bilgilerin özel hayatın kapsamına girdiği kabul edilmekle birlikte, bunların bazı durumlarda açıklanması hukuka aykırı değildir. Finlandiya davasında¹³¹ başvuru, bir davada teknik bilirkişi sıfatıyla dinlenen, doktor tarafından hiv virüsü taşıdığını da içeren tıbbî bilgilerin, aynı ceza davası kapsamında açıklanmasının sözleşmenin 8.m.nin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme hiv virüsü gibi çok hassas ve özel bir konudaki bilgilerin ifşasını çok dikkatlice inceleyerek, tıbbî bilgilerin korunmasındaki kişi ve hasta hakları ile toplumun hakları birlikte değerlendirildiğinde devletlerin bu konuda, takdir hakkı bulunduğunu, kabul etmiştir ve tanığın "tıbbî" kayıtları açıklanmasının sözleşmenin 8/2. madde bakımından gerekli olduğuna karar vermiştir.

Başka bir davada¹³² sigortadan yararlanmak isteyen başvuru, tıbbî bilgilerinin devletin tıbbî kuruluşları tarafından sigorta yetkililerine verilmesi ile özel hayatın gizliliğine müdahale edildiği ileri sürülmüş ise de; mahkeme, açıklanan bilgilerin sigorta istemiyle ilgili olması, bir gizlilik yükümlülüğü bulunması ve bilgilerin kötüye kullanılması durumunda ilgili personele özel veya ceza davası açılabilmesi yönündeki önlemleri 8/2. maddesi anlamında orantılı bularak, bu müdahaleyi sözleşmeye uygun kabul etmiştir.

C) FİZİKSEL VE MANEVİ KİŞİLİĞE YÖNELİK MÜDAHALELER

Mahkeme, devletlerin fiziksel ve manevi kişiliğin ihlal edilmesine karşı kişileri koruma yönünde pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmektedir.¹³³ Bu bağlamda kişinin rızası dışı yapılan her türlü müdahale hakkın ihlali niteliğindedir.

X ve Y-Hollanda davasında¹³⁴ on altı yaşında olup ırzına geçilen zihinsel özürli bir kızın suç faili hakkında savcı tarafından dava açılmamasına ilişkin kararı, yasal ehliyeti olmadığı için temyiz edememesi 8. maddesinin 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, başvuru, hiçbir korunmaması anlamına gelmektedir ve bunun sonucu devlet, bu kişinin fiziksel

¹³¹ Z-Finlandiya davası, 25.02.1997, Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s.983

¹³² MS- İsveç davası, 27.08.1993; Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s.989

¹³³ Kilkelly, s.39

¹³⁴ 26.03.1985; Kararın Türkçe Metni için bkz. Doğru(2003), s.841 vd.

şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden 8. m. ihlal edilmiştir.

Fiziksel şahsiyetle ilgili bazı müdahaleler sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmaz. Costello Roberts, Birleşik Krallık davasında¹³⁵ okulca başvurucuya verilen bedensel cezanın özel hayatın kapsamına girdiği, ancak 8. maddedeki hakkı ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır. 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 manevî kişiliğin 8. madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilenmediğini belirtmiştir.

Devletin empoze ettiği emniyet kemeri takılması veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasını zorunlu kılmak gibi bazı tehlikelerden korumayı amaçlayan önlemler de özel hayat kapsamına girmekle beraber, bunlar 8/2. maddesi kapsamında hukuken caizdirler.¹³⁶

Tıbbî 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 Herczegfalvy-Avusturya davasında¹³⁷ akıl hastası suçlunun psikiyatrik tedavi sırasında açlık grevi nedeniyle zorla beslenmesinde, tıbbî 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.¹³⁸ MC Feeley-Birleşik Krallık davasında¹³⁹ 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 üçüncü bir görevli bulunduğundan kasıtlı olarak aşağılayıcı olmadığına karar vermiştir.

¹³⁵ Costello-Robert-Birleşik Krallık, 25.03.1993, Türkçe özeti için bkz. Doğru, s.945-946

¹³⁶ Kilkelly, s.14

¹³⁷ Herczegfalvy-Avusturya davası, 24.09.1992, Seri A-244

¹³⁸ Kilkelly, s.30

¹³⁹ MC Feeley-Birleşik Krallık davası, Başvuru no:8317/78, 15.05.1980 (naklen, Kilkelly, s.29)

D) KİŞİSEL VERİLERE ERİŞİM

Bazı kişisel bilgiler yönünden devlet kayıtlarına ulaşamama da özel hayata müdahale niteliğinde görülebilir. Örneğin Gaskin-Birleşik Krallık davasında olduğu gibi bu davada¹⁴⁰ küçük yaşta devletin bakım ve gözetimi altına alınan başvuru, reşit oluncaya kadar bu sürenin önemli bir 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, başvurunun çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içeren kişisel dosyalarına erişememesini, bu dosyalar başvurunun "geçmişi ve çocukluğu konusunda temel kaynak" olduğundan 8. m. Çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir. Mahkemenin 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 bir tarafın (bakıcı aile) onayına bağlı erişimin kabul edildiği sistemler 8. maddeye uygun ise de böyle bir tarafa ulaşılamadığı veya bu tarafın rızasını vermediği durumlarda bilgilere erişim izninin verilip verilmeyeceği konusunda nihai kararı verecek olan bağımsız bir otorite bulunmalıdır. Bu önlemin getirilmediği durumlarda 8. madde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁴¹

E) BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA MÜDAHALE EDİLMESİ

Basın yoluyla Özel (Bireysel) Hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlali konusu komisyon ve mahkemece yeterince sorgulanmamıştır. Bu konuda kont ve kontes Spencer'in basında özel hayatlarının sergilendiği konusunda açtıkları Spencer/Birleşik Krallık Davası¹⁴² iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmediği için ele alınamamıştır.¹⁴³ Basın özgürlüğü ile kişinin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı karşı karşıya geldiğinde kişinin kamuya mâl olma derecesi, özel

¹⁴⁰ Gaskin-Birleşik Krallık Davası, 08.07.1989, Seri A-160, Kararın Türkçe Özeti için bkz. Doğru, s.916

¹⁴¹ Kil Kelly, s.36; Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.289

¹⁴² Spencer-Birleşik Krallık Davası- 16.01.1998, Başvuru No: 28851/95 ve 28852/95 (naklen, Kil Kelly, s.13)

¹⁴³ Kil Kelly, s.13

hayata müdahalenin niteliği ve derecesi ile devletçe bu konuda alınan önlemlerin etkin ve telafi edici olması gibi hususlar dikkate alınacaktır.¹⁴⁴

§ 6. AİHS.'DE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

I- AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI KAVRAMI VE TANIMI

Tıpkı Özel (Bireysel) 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 nitelendirilip 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.¹⁴⁵ AİHM. göre, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda "saygı" kavramının çok kesin bir tanımı yoktur. Sözleşmecilerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri olaydan olaya önemli ölçüde değişir.¹⁴⁶ Ancak aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir.¹⁴⁷

II- AİLE HAYATININ KAPSAMI

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

¹⁴⁴ Kilkelly, s.13

¹⁴⁵ Marckx-Belçika Davası- 13.06.1979, Kararın Türkçesi için bkz. Doğru, s.912

¹⁴⁶ Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı-Birleşik Krallık Kararı, 28.05.1985, Kararın Türkçesi için bkz. Doğru, s.877

¹⁴⁷ Kilkelly, s.15

A) AİLE HAYATI SAYILAN İLİŞKİLER

“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 olabilir.¹⁴⁸

Hem çocuk hem de yetişkin kardeşler de aile hayatı kapsamına girer.¹⁴⁹ Yine amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni arasındaki ilişkiler de özellikle yakın bağlar olduğuna dair kanıt bulunan durumlarda aile hayatı kapsamına girebilir. AIHM., 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 değerlendirdiklerinden aile hayatı kapsamında kabul etmiştir.¹⁵⁰ Evlat edinmede de aile bağı kurulur.¹⁵¹

B) AİLE HAYATI VE EVLİLİK

Hukuken evli ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler her zaman AIHS.’nin 8/I maddesinin 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 edilebilir.¹⁵²

Anne ile çocuk arasındaki ilişkiler annenin medeni haline bakılmaksızın 8. madde kapsamına girer.¹⁵³ 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 mahkemenin yaklaşımı yasal düzenlemelerden ziyade, sosyal ve biyolojik gerçeklere öncelik verilmesi yönündedir. K.Z ve S-Hollanda

¹⁴⁸ Marckx-Belçika, p.31; Abdulaziz, Cabaes ve Balkandalı-Birleşik Krallık, p.25; Berrehab-Hollanda, 21.6.1998, p.62 ,naklen. Gözübüyük/Gölcüklü, s.337

¹⁴⁹ Kilkelly, s.17

¹⁵⁰ Boyle-Birleşik Krallık, 28.02.1998 naklen, Kilkelly, s.17

¹⁵¹ Keegan-İrlanda, 26.05.1999, 290, p.44 ,kararın Türkçe özeti için bkz.Doğru,s.956

¹⁵² Johnston/İrlanda, 18.12.1986, kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s.906

¹⁵³ Marckx-Belçika, p.31

davasında başvuru, babalığa dair yasal karineye karşı çıkamamasının 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 varmıştır.¹⁵⁴

Evliliğin sona ermesi ile aile hayatı sona ermez. Boşanan eşler ve çocukları arasındaki ilişkiler de 8. madde kapsamındadır. Aile hayatı için birlikte yaşamak ta şart değildir.¹⁵⁵

Mahkemenin 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 kapsar.¹⁵⁶ 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 vurgulanmıştır.¹⁵⁷

Aile hayatı için aranacak asıl kriter "yeteri düzeyde ve yakın kişisel ilişki" olduğundan kan bağı da aile hayatı için şart değildir.¹⁵⁸

III-AİHM. KARARINA GÖRE AİLE HAYATINA MÜDAHALE EDİLMESİ

A) VELAYET KARARLARI

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. Özlenecek yasal prosedürün keyfi olmaması, başka bir deyimle tarafların hak ve çıkarlarının göz önünde bulundurulması halinde sözleşmenin ihlali söz konusu olmayacaktır.¹⁵⁹ Ancak, Hofmann-Avusturya kararında olduğu gibi eşlerden birinin

¹⁵⁴ K,Z ve S-Hollanda, 27.10.1994, p.40 bkz. Doğru, s.959

¹⁵⁵ Kil Kelly, s.46

¹⁵⁶ Kil Kelly, s.16

¹⁵⁷ Söderback-İsveç, 28.10.1998; C-Belçika, 07.08.1996; Ahmet-Hollanda, 27.10.1994, bkz. Doğru, s.1010,975,980

¹⁵⁸ Kil Kelly, s.15

¹⁵⁹ Kil Kelly, s.46-47

dinsel tercihi nedeniyle velayet hakkının kısıtlanması, mahkemece 8. maddenin ihlali sayılmıştır.¹⁶⁰

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 yerine getirilmesini sağlayacak aktif önlemler almaya zorlayabileceği kanaatindedir. Bu tür önlemlerin niteliği ve derecesi her davada ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Devletler bu tür konularda, tüm çıkar ve hakları, özellikle de çocuğun kileri göz önünde bulundurmaktadırlar.¹⁶¹ 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 yükümlölükler 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 ulaşılmamıştır.¹⁶²

B) KORUMA ALTINA ALMA KARARLARI

Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, aileyi tekrar bir araya getirme yükümlölüğünü 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 çıkarları olabileceğini belirtmiştir.¹⁶³

Çocuğun bir bakım kurumuna yerleştirilmesi konusunda mahkemenin 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 entelektüel ihtiyaçlarını karşılayamayan anne-babadan çocuğun alınarak bakımının başkalarına verilmesini, çocukların gelişmelerindeki gerilik ve alınan diğer önlemlerin başarısız olduğu, davalı devletçe ispatlanmadığından bakım altına alınma nedenlerini

¹⁶⁰ Kil Kelly, s.47

¹⁶¹ Hokkanen-Finlandiya, 23.09.1994, bkz. Doğru, s.959

¹⁶² Kil Kelly, s.48

¹⁶³ Kil Kelly, s.48

"ilgili" ve "yeterli" bulunduğundan, devletin aile hayatına müdahalesini sözleşmeye uygun bulmuştur.¹⁶⁴

Bakım altına alma kararları kadar, bu dönemde yapılacak düzenlemeler ve aile hayatı ilişkisinin sağlanmasına yönelik önlemler de 8. maddenin ihlali 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 imkanı olmaması vb.) ikinci derecede etken olduklarını ve amaçla orantılı müdahalede bulunulmadığını benimsemiştir.¹⁶⁵ 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 belirtmiştir.¹⁶⁶

Mahkeme anne-babanın keyfî 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 dönüşmez 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 sayılmıştır.¹⁶⁷ 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 vermiştir.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Olsson-İsveç Davası, 27.11.1992, bkz. Doğru, s.942-943

¹⁶⁵ Olsson-İsveç Davası, p.82

¹⁶⁶ Kilkelly, s.50

¹⁶⁷ W-Birleşik Krallık, 08.07.1987, bkz. Doğru, s.908

¹⁶⁸ Keagan-İrlanda, 26.05.1994, bkz. Doğru, s.956

C) SINIRDIŞI EDİLME

Mahkeme sınırdışı etme kararının 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlerken sınırdışı edilme nedenleri (suç işlenmesi, göç politikaları vb.)olarak sınırdışı edilen ve kişinin kökeni olan devlette geçirilen süre ve devletin dilini ve kültürünü bilme düzeyi, her iki devlettaki aile bağları ve sosyal çevre, geride kalan aile üyeleri ile ilişkilerin etkisi, kişisel şartları (sınırdışı edilmenin kişi üzerindeki bedensel ve ruhsal etkileri)¹⁶⁹birlikte değerlendirir.

Mahkeme, sınır dışı edilmenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki etkisinin sınır dışı edilme ile ulaşılmaya çalışılan hedefle orantılı olup olmadığını her olayda ayrı ayrı irdeler. Moustaquim-Belçika davasında, Fas'lı olan başvurunun, Belçika'ya iki yaşında gelmiş olup, tüm akrabalarının Belçika'da olması, yine Mehemi-Fransa davasında, Fransa'da doğmuş ve okumuş olan başvurunun eş ve çocukları da dahil ailesinin büyük bir kısmının Fransa'da yaşaması nedeniyle başka bir yerde yaşamasını beklemek mahkemeye göre makul olmadığından 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.¹⁷⁰ Ancak başka bir davada, Tunuslu olan başvurunun Tunus'la bağlarını devam ettirmesi, Arapça bilmediği ve Tunus'daki aile bireyleri ile kişisel ilişkilerini kestiğini savunmaması ve işlediği suçtan dolayı sınırdışı edilmesi, 8. maddenin ihlali olmadığı yönündeki kararda etkili olmuştur.¹⁷¹

Sınırdışı edilme kararları aile üyeleri arasındaki ilişkileri de etkileyebilir. Berrehab-Hollanda davasında, Faslı olan başvuru, Hollandalı olan eşinden boşanmış olması nedeniyle, ülkenin ekonomik refahının korunması amacıyla sınırdışı edilmesinin, kızıyla olan ilişkisi bakımından 8. maddenin ihlal ettiğini belirtip dava açmıştır. Mahkeme, sınırdışı edilme kararının ülkenin ekonomik refahını koruma amacıyla orantılı olmadığını belirterek, kızın yaşının küçüklüğü ve babasıyla temas halinde olma ihtiyacını da göz önüne alarak ihlalin varlığını kabul etmiştir.¹⁷²

¹⁶⁹ Kilkelly, s.53-54

¹⁷⁰ Moustaquim-Belçika, 18.02.1991, bkz. Doğru, s.924; Mehemi-Fransa; 26.09.2000, bkz. Doğru, s.992

¹⁷¹ Boughanemi-Fransa, 24.04.1996, bkz. Doğru, s.974

¹⁷² Berrehab-Hollanda, 21.06.1988, bkz. Doğru, s.913

D) TUTUKLULUK HALİ

Tutukluluk halinin aile hayatına getirdiği kısıntılar 2. maddedeki kamu güvenliği ve nizamın korunması, suçluluğun önlenmesi gibi amaçlara uygun görülebilir. Ancak burada da orantılilik ilkesi önemlidir.¹⁷³ Ancak tutukevi ve cezaevinde bulunan aile fertlerinin ziyaret olanağının sınırlanması 8. maddeye aykırı bulunmamıştır.¹⁷⁴

§ 7. AİHS.'DE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

I- KONUT KAVRAMI VE TANIMI

Bir mekanın ancak 8. madde kapsamında "konut" olduğu belirlendikten sonra, bu maddenin korumasından yararlanılır. Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer¹⁷⁵ olarak tanımlanabileceği gibi AİHS.'nin 8. maddesindeki konutun; bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer olarak tanımlanması da mümkündür.¹⁷⁶ Mahkeme bir yerin konut olup olmadığını, her olay için olaya özgü olarak değerlendirmektedir.

II- KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI

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

Mahkemeye göre, konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahildir.¹⁷⁷

¹⁷³ Gözübüyük/Gölcüklü, s.339

¹⁷⁴ Dikme-Türkiye, 11.07.2000 ,bkz.echr.coe.int

¹⁷⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s.340

¹⁷⁶ Kil Kelly, s.18

¹⁷⁷ Powell ve Rayner-Birleşik Krallık davası, 21.02.1990, p.45, bkz.echr.coe.int

Mesleki ve Ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de konut sayılmıştır.¹⁷⁸

III- AİHM. GÖRE KONUTA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ

A)KASITLI SALDIRILAR

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 sayılmıştır.¹⁷⁹

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 tedbirleri alacaktır.¹⁸⁰

B) KAMULAŞTIRMA VE DÖNÜŞÜN ENGELLENMESİ

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 değerlendirilecektir.¹⁸¹ Şunu da belirtmek gerekir ki, kamulaştırma konusunda devletlere sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.¹⁸²

Komisyonca, konuta saygı hakkının ihlal edildiği diğer bir hâl olarak Kıbrıslı Rumların evlerinden çıkartılarak adanın başka bir yerine götürülüp, evlerine dönmelerinin engellenmesi durumudur.¹⁸³

¹⁷⁸ Chappel/İngiltere, 30.03.1998, p.34, bkz. Doğru, s.915

¹⁷⁹ Akdivar ve diğerleri-Türkiye, 16.09.1996, bkz.11.11.1998 gün,64 nolu Yargı Bülteni

¹⁸⁰ Velosa Baretta-Portekiz, 21.11.1995, bkz. Doğru, s.970

¹⁸¹ Gözlibüyük/Gölcüklü, s.340

¹⁸² Kilkelly, s.56

¹⁸³ Loizidou-Türkiye, 18.12.1996, Kıbrıs-Türkiye, 10.05.2001, bkz. Doğru, s.1140-1141

C) ARAMA VE EL KOYMA

Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması da yine tipik müdahale hallerindendir. Mahkeme yapılan müdahalenin 2. fıkraya göre uygunluğunu denetler. Devlet ve temsilcilerince yapılacak aramanın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda devletin durumun gerektiği yeterlikte ve etkin koruma sistemi sağlaması, aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı ve orantılılık ilkesi inceleme konusu yapılacaktır. Bazı suçlar yönünden fiziksel kanıt elde etmek için arama ve eşyaya el konulması önlemine başvurulması gerekebilirse de bu önlemler aynı zamanda müdahale niteliğinde olduklarından, devletin bu müdahaleleri açıklamada "ilgili uygun ve yeterli nedenleri olmasını beklemek doğaldır. Burada da her olay için kendi özelliği ve koşulları içinde değerlendirme yapılacağı açıktır.

Arama ve el koyma karşısında devletçe gerekli yasal düzenlemenin yapılarak konuta saygı gösterilmesi hakkının güvenceye alınması gerekmektedir. Böyle bir yasal düzenlemenin nasıl olması gerektiği Camenzind-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 konulmamıştır. Dolayısıyla hedeflenen araç ile yapılan müdahale orantılı bulunduğu konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalede bulunulmadığı kabul görmüştür. Arama ve el koyma konusunda 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 mekandaki 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 bir kamu yetkilisi de olmalıdır; aramaya katılan kişilerin önünde arama konusunda bir rapor hazırlanmalı ve eğer isterlerse söz konusu kişilere ve arama emrinin ve bu raporun bir kopyası verilmelidir; belge aranması özel

kısıtlamalara tabidir; mevcut şartlar ne olursa olsun, şüphelilerin yasal bağlamda bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır; "arama kararı"ndan etkilenen ve "arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden" çıkarı olan herkes, federal mahkemelere şikayette bulunabilir; kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan şüpheli, ortaya çıkan zarar için tazminat talebinde bulunabilir.¹⁸⁴

AlHM., 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, uzunluğu ve kapsamını münhasıran değerlendirme yetkisine sahip olup, bu yetkiye dayanarak başvurunun 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, başvurunun 8. maddede korunan haklarını yeterince koruyucu önlemleri almadığı ve 8. maddenin ihlal edildiğini kabul ederken şu hususun 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."¹⁸⁵

Bazen mahkemeden aramadan önce mahkeme kararı alınmasına rağmen 8. maddenin hali söz konusu olabilir. Bu husus orantılılık ilkesinin ihlal edildiği durumlarda olur. Niemietz-Almanya davasında avukat olan başvurucuya ait işyerinin bir suçla ilgili davada kullanılarak belgeleri bulmak amacıyla mahkeme kararı ile aranması durumunda, bu arama, düzenin bozulmasının ve 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 belirlenmiştir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Camenzina-İsviçre davası, 16.12.1997, p.40, naklen, Kilkelly, s.58-59

¹⁸⁵ Funke-Fransa, 25.02.1993, p. Bkz. Doğru, s.944

¹⁸⁶ Niemietz-Almanya, 16.12.1992, bkz. Doğru, s.944

D) TERÖR SUÇLARIYLA İLGİLİ SORUŞTIRMALAR

Terör suçları nedeniyle yapılan soruşturmalarda "makul şüphe" kavramı karşımıza çıkar Mahkeme Murray-Birleşik Krallık davasında terör suçu işlediğine dair makul bir şüphe bulunan başvurunun, tutuklanması için konutuna girilip arama yapılması ihtiyacının mevcudiyetini göz önüne alan mahkeme başvuru ve aile üyelerinin konuta 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 gözetimine alınmasına ilişkin özel zorlukları değerlendirmiştir.¹⁸⁷

E) VERGİ SUÇLARI

Konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin uygun görülebileceği bir başka konu da vergi kaçırılması ve yurtdışına sermaye kaçışının önlenmesi durumudur.¹⁸⁸ AİHM., küçülen dünya da 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 gerekir.¹⁸⁹

F) İMAR UYGULAMALARI

İmar uygulamaları konusunda devletlere geniş takdir hakkı tanınmasına rağmen 8. maddenin ihlali mümkündür. İmar planlarına ilişkin kararların içeriğini değerlendirmek AİHM.'nin görevi olmadığı ve devletlere bu konuda geniş takdir hakkı tanınması Buckley-

¹⁸⁷ Murray-Birleşik Krallık, 25.10.1994, bkz. Doğru, s.960

¹⁸⁸ Örn: Mialhe-Fransa davası, 25.02.1993, vb. bkz. Doğru, s.945; Cremieux-Fransa davası, 23.02.1993, bkz. Doğru, s.944

¹⁸⁹ Mialhe-Fransa Davası ve Cremieux-Fransa davası

korumak ihtiyacını dikkate alarak kamu yararı ile başvuru konutuna saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge bulunduğunu kabul etmiştir.¹⁹⁰

G) GÜRÜLTÜ VE ÇEVRE KİRLİLİĞİ

Gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali mümkündür. Heathrow Havaalanındaki hava trafiğinin neden olduğu aşırı ses nedeniyle 8/1. maddedeki hakların ihlal edildiği için yapılan başvuruda, AlHM., bireylerin 8/1. m. korunan menfaatleri ile toplumsal çıkarların çatıştığı bu davada bu iki menfaat arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiş, devlet yetkililerinin 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 bulmuştur.¹⁹¹ Yine başvuru konutuna evine birkaç metre uzaklıktaki atık işleme tesisinin koku, ses ve çeşitli gazlar nedeniyle yarattığı kirliliğin 8. m. ihlali nedeniyle açılan bir davada da 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 kurulmadığı sonucuna varmıştır.¹⁹² 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 saymıştır.¹⁹³

Konut içinde yapılan konuşmaların dinlenmesi, hem konuta saygı hem de kişisel haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının ihlali niteliğinde olduğundan bir sonraki kısımda inceleme konusu yapılmıştır.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Buckley-Birleşik Krallık, 25.09.1996, bkz. Doğru, s.977

¹⁹¹ Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası, 21.02.1990, p.45 (naken, Kilkelly, s.55)

¹⁹² Lopez Ostra-İspanya davası, 09.12.1994, p.51, bkz. Doğru, s.961

¹⁹³ Guerra ve diğerleri-İtalya, 19.02.1998, bkz. Doğru, s.957,998

¹⁹⁴ Bkz. Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı

§ 8 AİHS.'DE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

I- HABERLEŞME KAVRAMI VE TANIMI

Kişiler arasındaki her çeşit yol ve malzeme aracılığı ile gerçekleştirilen düşünce iletişimine, haberleşme denir.¹⁹⁵ Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı ise, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden kişinin başkalarıyla iletişim kurması hakkıdır.¹⁹⁶ AİHM., diğer özel hayatın unsuru olan kavramlarda olduğu gibi haberleşme konusunda da açık ve net bir tanım yapmamıştır.

II- HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI

8. maddedeki koruma kişiler arasındaki özel nitelikli haberleşme olarak nitelendirilen "bireysel haberleşme" ye yönelik olup, "kitle haberleşmesi" bu maddenin kapsamı dışında yer almaktadır.¹⁹⁷ Posta yoluyla gönderilen malzemeler yanında telefonla¹⁹⁸ ve teleksle¹⁹⁹ gönderilen malzemeler de haberleşme kapsamına girer.

8. maddede korunan haberleşmenin içeriğinden ziyade yolu ve tarzı ile ilgilidir. Özel telefondan ve iş telefonundan yapılan görüşmelerde 8. maddenin korumasındadır.²⁰⁰ Haberleşmenin önlenmesi, ceza ve tutukevlerinde bulunma halinde de 8. maddenin ihlali söz konusu olabileceğinden; bu durumlarda hakkın kapsamında yer alır.

¹⁹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s.341; Ergül, s.60

¹⁹⁶ Kil Kelly, s.19

¹⁹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s.341

¹⁹⁸ Klass ve diğerleri-Almanya davası, 06.09.1978, p.41, bkz. Doğru (2003), s.246 vd.

¹⁹⁹ Kil Kelly, s.19

²⁰⁰ Halford-Birleşik Krallık, 25.06.1997, Rec-1997-III, Fas-39; naklen Kil Kelly, s.19

III- AİHS'NE GÖRE HABERLEŞMEYE SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA MÜDAHALE EDİLMESİ

A) TELEFON DİNLENMESİ

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 diğerleri Almanya davasında başvuruçular, 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 hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu davada başvuruların doğrudan haberleşmelerine müdahalede bulunulmadığı 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 incelemiştir.²⁰¹

Kamu düzeni ve kamu sağlığını yakından ilgilendiren uyuşturucu kaçakçılığı suçu nedeniyle suç ve faillerinin ortaya çıkarılması amacıyla başvuruçunun telefonlarının dinlenip, kayda alınmasında 8. m. ihlali olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁰²

Oysa Malone-Birleşik Krallık davasında²⁰³ başvuruçunun bir cezai soruşturmada polis tarafından telefonlarının ve postalarının izlenmesine imkan veren uygulamaya yönelik yasal düzenlemenin açıklık arz etmemesi, devlet temsilcilerinin takdir alanının belirsiz olması ve demokratik bir toplumda "hukukun üstünlüğü" prensibi gereği kişinin asgari hukuki korumasının gerçekleşmediği gerekçesi ile anılan müdahalenin "kanunla

²⁰¹ Klass ve diğerleri-Almanya, p.50

²⁰² Zudwig Ludi-İsviçre, 15.6.1992, bkz. Doğru, s.938,939

²⁰³ Malone-Birleşik Krallık, 26.04.1985, bkz. Doğru (2003) s.862-863

açıkça 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, kanunî izleme sebeplerini ayrıntılı olarak göstermiş ve yasaya aykırı izlemeyi de suç saymıştır.²⁰⁴

B) TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN HABERLEŞMESİ

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 davasında²⁰⁵ 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 sözleşmenin 6. maddesindeki başka bir hakkın kullanılmasına hazırlık oluşturacağından, bu uygulamayı demokratik bir toplum için gerekli bulmayıp, 8. m. ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının okunması da bir diğer müdahale şeklidir. Camphell-Birleşik Krallık davasında²⁰⁶ başvurucu, avukatı ve 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. Mahkemeye 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 eder.²⁰⁷ Ancak bu durumda bile mektup açılıp okunmaması yönünde yeterli önlemler alınmalıdır. Buradaki makul gerekçe mevcut şartlara göre değişebilecektir.²⁰⁸ Mektubun okunabilmesi ise "yetkililerin, mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başka şekillerde

²⁰⁴ bkz. Doğru (2003), s.863

²⁰⁵ Golder-Birleşik Krallık, 17.06.1971, bkz. Doğru (2003), s.104 vd.

²⁰⁶ Camphell-birleşik Krallık, 25.03.1992, bkz. Doğru, s.937

²⁰⁷ Camphell-Birleşik Krallık, p.48, kararın İngilizce metni için bkz. Echr.coe.int

²⁰⁸ Kilkelly, s.42

suç teşkil etmesi sonucu, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa" mümkündür.²⁰⁹

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 8/1 m. ihlali olduğu davaya konu edilmiştir. Davalı devlet, mektuptaki yasal tavsiyelerin ilerde ceza davasının sağlıklı yürütülmesini tehlikeye alacağı 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 belirtmiştir.²¹⁰

Tutukluların yazışmalarına yapılan müdahalelerde yapılan yazışmanın içeriği önem kazanmaktadır. Bir davada başvurucuların mektuplarının cezaevi yönetimince postalanmaması ve idarece denetlenmesi 8/2. maddedeki 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, 8/1. m.nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²¹¹

²⁰⁹ Kilkelly, s.42

²¹⁰ Schönenberger ve Durmaz-İsviçre, 20.06.1998, bkz. Doğru, s.912 vd.; Kilkelly, s.43

²¹¹ Silver ve diğerleri- Birleşik Krallık, 25.03.1989, Kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru, s.971 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYAT KAVRAMI

§ 9 KİŞİLİK HAKKI ve ÖZEL HAYAT

I- KİŞİLİK HAKKI KAVRAMININ TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

A) KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

Özel hayat, kişilik hakkını oluşturan kişilik değerlerinden olduğundan ve özel hukukta kişilik haklarının korumasına tabi kılındığından öncelikle "Kişilik Hakkı" kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Yasalarımızda "Kişilik Hakkı"nın tanımı yapılmamıştır. Kişilik hakkı kavramına dahil olan kişilik değerlerinin de tek tek sayılıp belirlenmediği, bir başka deyimle içeriğinin yasa koyucu tarafından açık ve kesin olarak ortaya konulmadığı görülmektedir. Ancak doktrinde ortak kabul gördüğü üzere, kişilerin sadece varolmaları nedeniyle tanınan, ayrılmaz biçimde sahip oldukları, hukuk düzeni tarafından korunan hayat, vücut bütünlüğü, ruh bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, isim, resim, özel hayat, özgürlükler gibi kişisel değerler üzerindeki haklar, kişilik hakkını ifade eder.²¹²

Yeni Medeni Kanunda kişilik hakkı bir tüm olarak ve ad belirtmek suretiyle 24 ve 25. maddelerde düzenlenmiştir. Yasanın düzenleme biçiminden genel bir kişilik hakkı kavramını benimsediği anlaşılmaktadır.²¹³ Genel bir kişilik hakkı kavramının kabulü, bu hakkın içeriğini oluşturan kişilik değerlerinin korunmasına yönelik ayrı ayrı düzenlemeler yapılmasa da genel kişilik hakkını koruyan düzenlemenin bu değerleri de koruyacağı anlamına gelmektedir ki kişilik bir bütün olarak korununca, kişiliği oluşturan değerler de kendiliklerinden bu korumadan yararlanacaklardır.²¹⁴

²¹² Kılıçoğlu, s.5; İşgüzar, s.857; Özsunay, s.97; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.115; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.445; ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Gerçek Kişiler (şahsın hukuku), Ankara 1994, s.107; Tandoğan, s.12; Helvacı, s.42; OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı (İstanbul, 2000), s.653

²¹³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.428; Helvacı, s.43

²¹⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.428

B) KİŞİLİK HAKKININ NİTELİKLERİ

Özel hayat da kişilik hakkı kavramında yer almakla, kişilik hakkının genel özelliklerini taşıdığından, bu özelliklerin bilinmesinde yarar vardır. Bunlar :

1. Mutlak Hak Olma Niteliği

Kişilik hakkı mutlaktır. Yani herkese karşı ileri sürülebilir, hak sahibi bu hakkın herkesçe ihlal edilmemesini isteyebilir.²¹⁵

2. Şahıs Varlığı Olma Özelliği

Kişilik hakkı, malvarlığına, yani parayla değerlendirilen değil, ekonomik değer taşımayan manevi varlık ve değerleri korur. Ancak bazı durumlarda bu şahıs varlığı değerlerine saldırı sonucu maddi zarar da söz konusu olabilir.²¹⁶ Örneğin, doktor bir kişinin muayenehanesinde yapılan gizli çekim bantlarının basında yayınlanması üzerine uğradığı müşteri (iş) kaybı vb.

3. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Olma Özelliği

Kişilik hakkı, kişiye kişi olması nedeniyle tanınan haklardan olduğundan, başkasına devredilemez, zamanaşımına uğramaz, vazgeçilemez, iflas masasına girmez, yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilir.²¹⁷

4. İnsan Haklarının Bir Bölümünü İçerme

Kişilik hakkının kapsamı insan haklarının önemli bir kısmından oluşur.

²¹⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.442; Özsunay, s.154; Kılıçoğlu, s.8; Serdar, s.29; Aydın, s.14

²¹⁶ Aydın, s.15; Kılıçoğlu, s.7; Serdar, s.27-28; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.117; Dural, s.101;

Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.446; Tandoğan, s.9; Helvacı, s.46

²¹⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.445; Helvacı, s.47; Serdar, s.28; Aydın, s.15; Dural, s.101; Kılıçoğlu, s.7

5. Kişi tarafından Üzerinde Tasarrufta Bulunamama Özelliği

Kişilik hakkı, kişinin üzerinde tasarrufta bulunup, devredemeyeceği, feragat edemeyeceği, sadece sahibine aittir.²¹⁸

C) KİŞİLİK DEĞERLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Yasa koyucu, kişilik hakkını oluşturan kişilik değerlerini sınırlı bir şekilde saymamıştır. Değişen insan ilişkileri, ilerleyen teknoloji, günün gerekleri nedeniyle kişilik değerlerinde de bir değişme ve gelişme söz konusu olacağından, bu konuda hüküm konulmaması isabetli olmuştur. Ancak bu durumun, kişilik değerlerinin belirlenmesinde bir güçlüğü neden olacağı da düşünüldüğünde, bu değerlerin çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutularak belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu ayrımlardan en çok kabul görenine göre kişilik değerleri fizikî (maddi) kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleridir.²¹⁹ Buna göre kişinin hayat vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, ruh bütünlüğü, fiziki kişilik değerlerini oluşturur. Kişinin toplumda birlikte yaşadığı kişilerle kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı ile aile bütünlüğü, duygusal kişilik değerlerindendir. Toplum içindeki kişinin diğer toplum üyeleri ile ilişkilerini geliştirip koruyan, şeref ve haysiyeti, özel hayatı ve hürriyetleri ise sosyal kişilik değerlerini oluşturur.²²⁰ Bu ayrıma göre özel hayat sosyal kişilik değerlerindendir.²²¹

Bazı yazarlar ise kişilik değerlerini maddi (bedensel) kişilik değerleri, manevi kişilik değerleri ile mesleki ve ticari manevi değerler olarak da ayrırırlar.²²² İnsanın sağlıklı ve eksiksiz bir bedensel varlığa sahip olmasını ve bunu sürdürmesini sağlayan hayat, vücut bütünlüğü, ruhsal sağlık gibi değerler onun maddi-bedensel kişilik değerleridir. Manevî kişilik değerleri ise şeref ve haysiyet, özel hayat, özgürlükler gibi değerlerden oluşur. Meslekî şeref ve haysiyeti ile meslekî ve ticarî giz çevresinden oluşur.²²³ Bu ayrımda özel hayat manevî kişilik değerleri içerisinde yer alır. Ancak Tandoğan'ın da belirttiği gibi kişilik

²¹⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.446; Helvacı, s.47-48; Serdar, s.28; Aydın, s.15; Kılıçoğlu, s.7; Öztan (şahsın hukuku), s.111

²¹⁹ Eren, s.797; İşgüzar, s.857 vd.; Kılıçoğlu s.6; Aydın, s.13; Özsunay, s.116; Tandoğan, s.7

²²⁰ ibid

²²¹ ibid

²²² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.422; Serdar, s.30

²²³ ibid

değerlerinin tam bir listesini yapmak ve bunları kesin sınırlarla ayrılmış kategorilerde toplamak imkansızdır.²²⁴

Kanaatimizce, kişilik değerleri üzerinde kesin ayrımlar yapmaya ve özel hayatı da belli bir ayrımın içine sokmaya imkan yoktur. Çünkü kişilik değerleri bir yönü ile belli bir kişilik değerinin diğer yönü ile başka bir kişilik değerinin içinde yer alabilir. Zaten bu değerler kişilik hakkının birer yansıması olduğundan²²⁵ tek bir saldırı ile birden fazla kişilik değerinin ihlali de mümkündür. Hem kişilik hakları, sahip oldukları ortak özellikler nedeniyle sıkı bir bütünlük de arz etmektedirler.²²⁶

§ 10 ÖZEL HAYAT KAVRAMININ ÖZEL HUKUKDAKİ ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

I- KİŞİNİN HAYAT ÇEVRELERİ

Kişi, çevresinden ve diğer insanlarla ilişki kurmaktan alıkonulamaz. Bu durum kişilerin özel hayata müdahaleyi ve kişinin özel hayatının sınırlarını belirleme zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Doktrinde özel hayatın sınırlarının belirlenmesi için kişinin başkalarıyla ilişkilerine göre değişen hayat çevreleri belirlenmiştir. Ve özel hayat kavramı, özel hukukta bu çevrelere göre belirlenen gizlilik hakkı olarak nitelendirilmiştir.²²⁷ Hayat çevrelerinin kapsamı kesin bir şekilde saptanamayacağından bu teorinin kullanılmasında her olayın kendi özelliği ve şartlarının değerlendirilmesi yararlı olacaktır. Özel hukukta bu hayat çevreleri başkalarınca öğrenilmenin bilinmenin, sızmanın, ifşanın ve saklamanın sınırı olarak kabul edilmiş ise de²²⁸ özel hayat kavramının geniş anlamda AİHS.'de de ifade edildiği şekilde kişinin Özel (Bireysel) Hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesine saygı bağlamında, kişiliğini geliştirmeye müsait olan, hem başkalarından gizlenen hem de bağımsız olarak tercihler yapıp, kararlar alınmak suretiyle üzerinde tasarrufta bulunulabilen bir alanı ifade etmektedir.

Kişinin hayat çevreleri üçe ayrılmaktadır.

²²⁴ Tandoğan, s.10-11

²²⁵ Dural, s.113

²²⁶ Şen, s.10

²²⁷ Kılıçoğlu, s.84; Özsunay, s.126; Öztan, (şahsın hukuku), s.125; Tandoğan, s.26; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.465 vd; Dural, s.131-132

²²⁸ İmre, s.154

A) ORTAK HAYAT ÇEVRESİ

Toplum içinde yaşayan kimsenin, toplumsal hayatın gereği olarak diğer toplum üyeleri ile paylaştığı ve onların gözü önünde yaşadığı, bu nedenle de başkalarının kolayca izlenip, gizli tutulamayacak olaylardan ve davranışlardan oluşan hayat çevresine ortak hayat çevresi denir.²²⁹ Kişinin herhangi bir kimse ile paylaştığı ve toplum önünde gerçekleşen bu hayat çevresi gizli değildir. Kişinin herkesçe girilip çıkılabilen yerlerde bulunması sırasındaki davranışları konuşmaları hep bu çevreye girer. Başkaları tarafından görülme bile bir olayın herkes tarafından izlenebilir ve bilinebilir olması, o olayın ortak hayat çevresine dahil olması için yeterlidir.²³⁰

Ortak hayat çevresi kural olarak özel hayatın korumasından yararlanamaz. Bu çevrede meydana gelen olaylar zaten diğer kişilerce kolayca izlenir, paylaşılır, bilinir olduğundan, bunların gizli kalmasında kişinin korunan bir menfaati de yoktur.²³¹ Tandoğan ortak hayat çevresindeki olayların yayın yoluyla daha geniş kitlelere ulaştırılabileceği ve tekrar tekrar yayınlanmasının mümkün olmasını göz önüne alarak, ortak hayat çevresindeki olayların basın yoluyla açıklanmasında ortak hayat çevresini alt gruplara ayırmıştır. Buna göre, ilk çevre: Basına dahi açık olan ortak hayat çevresidir. Bu konuşmacının topluma konuşması, sporcunun resmi bir yarışmaya katılması gibi olaylar örnek gösterilebilir. Bu tür durumlarda basının müdahalesini haklı kılacak özel bir sebep aranmaksızın izlenip, bilgi verilmesi mümkündür.²³² İkinci çevre: Özel-alenî ortak hayat çevresidir. Buradaki olaylar herkes tarafından öğrenilebilir ise de özel bir bildirme iradesinin konusunu teşkil etmezler. Bu alan özel açıklamalara açık, basına kapalıdır. Örneğin, kişinin ucuz olsun diye pazardan alışveriş etmesi; A'nın bir bayanla tiyatroya gitmesi gibi. Bu olaylar da basın tarafından haber ve yorum konusu yapılabilir ancak burada herhangi bir kimsenin gayri şahsi bir hareketi gibi isim ve kişinin tanınmasını mümkün kılacak unsurları belirtmeden yayın yapılmalıdır. Burada ilk çevrede olduğu gibi kişinin bu olayları kamuya açıklama iradesi yoktur. Bu nedenle de basının müdahalesini haklı kılacak sebepler bulunmalıdır.²³³ Oysa Kılıçoğlu, bu alt ayrıma karşı çıkar ve basının müdahalesi konusunda ölçünün, yararların tartılması olduğunu ifade eder.²³⁴

Ortak hayat çevresindeki olayın izlenip, ifşası hukuka aykırı olmamak şartı ile mümkündür. Dedikodu amaçlı, küçük düşürmeyi hedefleyen, şeref ve haysiyete dokunur

²²⁹ Tandoğan, s.27; Kılıçoğlu, s.83; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.418-419; Özsunay, s.126; Helvacı, s.62

²³⁰ Kılıçoğlu, s.83

²³¹ Tandoğan, s.27; İmre, s.148; Özsunay, s.127; Kılıçoğlu, s.92; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.419

²³² Tandoğan, s.28

²³³ Tandoğan, s.29

²³⁴ Kılıçoğlu, s.93

biçimde, gerçek dışı ifadelerle ortak hayat çevresindeki olayların açıklanması hukuka aykırıdır.²³⁵

Yargıtay da bazı kararlarında özel hayat çevrelerine şu biçimde değinmiş ve ortak hayat çevresindeki olayların öncelikle politika, spor ve sanat adamları yönünden açıklanmasını özel hayata müdahale ve kişilik haklarına saldırı olarak görmemiştir: "Kişinin özel hayatı çeşitli alanlardan oluşur. Bunlar gizli ve ortak alanlardır. Bir kimsenin kendisine özel olarak anlattığı olayların, sırdaşı olan kişiler dışında kalan şahıslar tarafından bilinmesini istemediği olay ve davranışlardan oluşan alan, gizli yaşam alanıdır. Kişinin yalnız dostları, yakınları ve tanıdıkları gibi kendileriyle oldukça samimi ilişki içinde bulunduğu, sayıları sınırlı bir kişi grubu ile paylaşmak istediği olaylardan oluşan yaşamına ise özel alan denir. Başkalarının bilgisine ulaşmasına olanak bulunan bölüm ortak alandır. Özel yaşamı oluşturan alanlardan kişilik hakları ile koruma altına alınan alanlar, kural olarak gizli alanla özel alanı ilgilendiren olayların basın yoluyla açıklanmamasıdır. Buna karşılık öncelikle politika, spor ve sanat adamlarının ortak alanına giren olaylarını basın yoluyla açıklamak kural olarak kişilik haklarına saldırı sayılmaz".²³⁶ Bu kararlarda bir politikacı ile ilişkide bulunan kişi konumunda olan davacı bayanın çıplak resimlerinin basılması, davacı, politikacı, sanat veya spor adamı olmadığından kişilik haklarına saldırı olarak nitelendirildiği gibi; diğer kararda emekli öğretmen olan davacının göğsünün protez olduğuna dair yayın özel hayata müdahale olarak nitelendirilmiştir.

B) DAR ANLAMDA ÖZEL HAYAT ÇEVRESİ

Ortak hayat çevresinde gerçekleşmeyen, ancak kişiye yakın olan kişilerle paylaşılan ve bu kişilere açık olup, bunlar dışı kimselere açık olmayan hayat çevresidir. Kişiye yakın olan kimselerden maksat; aile üyeleri, akrabalar, iş arkadaşları aynı grup üyeleri gibi kimselerdir. Bu çevrede gerçekleşen olaylar herkesçe bilinebilir ve gözlenebilir olaylar olmayıp belli bir grup ve sayıdaki insanca bilinip gözlenebilen yaşam olaylarıdır.²³⁷ Kişinin gizli hayat çevresine girmeyen ailevi ve meslekî olayları ve faaliyetleri de bu çevrede yer alır. Üçüncü kişilerce bu alana sızılarak olaylar ve bilgilerin öğrenilmesi özel hayatta saldırı niteliğindedir. Çoğu zaman bu çevrenin diğer hayat çevreleriyle ayrılması kolay değildir. Dar anlamda özel hayat çevresinde yer alan olayların bu hayat çevresini paylaştığı kişilerce yayılması hukuka aykırı sayılamaz. Bu olayların kişinin rızası dışı

²³⁵ Kılıçoğlu, s.92; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.419

²³⁶ Y.4.HD. 4.6.1998 tarih, 957-4299; Y.4.HD. 27.4.1995 tarih, 3303-3717 (naklen Erol ÇETİN: Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu (Ankara 1999), s.123-124)

²³⁷ Kılıçoğlu, s.84; Tandoğan, s.26; Öztan (şahsın hukuku), s.134; Serdar, s.16; Helvacı, s.62; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.418; İşgüzar, s.860-861; İmre, s.149

basın tarafından izlenmesi ve açıklanması ise hukuka aykırıdır.²³⁸ Rıza dışı bu bilgi edinme özel ses cihazları, görüntüleme aletleri gibi teknolojik yollardan, telefon dinleme yolu ile vb. elde edilebilir. Bu yolla izinsiz bilgi elde edilmesi hukuka aykırı ve özel hayata müdahaledir. Basın mensubunun görevi dışı, belli bir grubun üyesi olarak, arkadaş toplantısı vb. yerde edindiği bilgiyi rıza dışı açıklaması da özel hayata müdahaledir.²³⁹

C) GİZLİ HAYAT ÇEVRESİ

Kişinin başkalarının bilmesini görmesini ve duymasını istemediği; kendisi ve güvendiği kimseler dışındakilere kapalı olan hayat çevresi, gizli hayat çevresidir.²⁴⁰ Kişi, gizli hayat çevresindeki olayları veya sırları ancak isterse, istediği biçimde, oranda ve istediği kimselerle paylaşabilir. Bu nedenle, kişinin izni ve bilgisi dışında bu alana girilemez, araştırılmaz, edinilen bilgiler açıklanamaz. Gizli hayat çevresine sır niteliğindeki hususlar aile hayatının, cinsel yaşamın ve duygularının mahremiyetleri, mektupları, haberleşmesi, kişisel bilgiler ile kişinin yaratıcılığını ve kişiliğini geliştirmesi için gerekli olan yalnız kalma hakkı (right to be let alone) da girer.²⁴¹

Kılıçoğlu, bir olayın gizli hayat çevresinde yer alabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartın bulunması gerektiğini savunmuştur. Objektif şart, gizli hayat çevresine girecek bir olayın herkes tarafından izlenebilir ve bilinebilir olmamasıdır. Aynı zamanda bilinmemesi de gerekir. Bu olay kişinin iç dünyasındaki duygu, fikir, plan vb. olabileceği gibi, dış yaşamındaki mektubu, yazışması, ilişkileri de olabilir. Tanımdaki "herkes" kavramı, "kişinin kendisi ve güvendiği kimseler dışında kalan üçüncü kişileri" ifade eder. Sübjektif şart ise, kişinin bu olayı gizli tutma iradesinin olmasıdır. Kişi bu iradesini açıkça beyan edebileceği gibi, objektif iyi niyet kuralları ve olayların akışına göre kişide böyle bir iradenin varlığını gösterebilecek her türlü fiil ve davranışından da anlaşılabilir. Örneğin bir mektubun çekmeceye kilitlemesi, bir olayın alçak sesle anlatılması gibi. Bu irade bazen yaşam tecrübelerinden de zımnen çıkartılabilir. Kişinin evlilik hayatına ilişkin bir hususun gizli tutulmasını isteyeceğinin herkesçe bilinebileceği gibi. Gizli tutma iradesi bazen de kişinin menfaatleri durumundan çıkartılabilir. Örneğin bir avukatın müvekkiline ait sırları saklamasında sır sahibinin yararı olması gibi.²⁴² Gizli hayat çevresinde yer alan sırların başkalarına açıklanması, ceza kanunu (m. 195-198-199),

²³⁸ Kılıçoğlu, s.94; Helvacı, s.63; Şen, s.226; Özsunay, s.129

²³⁹ Kılıçoğlu, s.95

²⁴⁰ Tandoğan, s.26; Kılıçoğlu, s.86; İmre, s.149; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.416vd.; Dural, s.143 Özsunay, s.127-128; Helvacı, s.62

²⁴¹ Özsunay, s.127-128; Tandoğan, s.27; Kılıçoğlu, s.86; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.417; Şen, s.234; Helvacı, s.63 vd.

²⁴² Kılıçoğlu, s.86-91

eşlerin evlilik birliğine ait sırları sadakat borcu gereği saklama yükümlülüğü (MK.185/III) gibi kanundan doğabileceği gibi; özel hukukta taraflar aralarındaki hizmet sözleşmeleri, hakem sözleşmesi gibi sözleşmelerden de sır saklama yükümlülüğü altına girilebilir.²⁴³

Gizli hayat çevresindeki olayların dar anlamda özel hayat çevresindeki olaylardan farkı; dar anlamda özel hayat çevresindeki bir olayın kişinin yakın çevresinde paylaşılması ve bunlarca başkalarına açıklanabileceğinin bilinip göze alınması olduğu halde, gizli hayat çevresindeki olayların güvenilen kişilerle bile başkalarına açıklanmamak istek ve iradesi ile paylaşılmasıdır.²⁴⁴ Ancak bu iki çevrenin çoğu zaman kesin sınırlara ayrılması mümkün olmadığı gibi, bu çevrelerin kişiden kişiye değişiklik göstermesi de mümkündür. Ersan Şen, özel hukuk doktrince benimsenen dar anlamda özel hayat, gizli hayat alanı ayrımını reddeder. O'na göre, gerek uluslararası belgelerde gerek Anayasa'da kullanılan kavram "Özel hayat çevresi (alanı)" kavramı olup, "gizli hayat çevresi" kavramı kullanılmış değildir. "Gizli hayat" kavramı, gerçekte "özel hayat"ı oluşturmaktadır. Bu nedenle özel hayat çevresinden farklı olarak, gizli hayat çevresinin varlığından söz edilemez. Yazar, özel hayatı: Kişinin şahsına münhasır olan ve şahsına münhasır olmayan özel hayat olarak ikiye ayırmaktadır. Kişi, şahsına münhasır olan özel hayatının başkalarınca bilinip, görülmesini istemez. Tıpkı cinsel ve duygusal hayatı gibi. Ancak kişinin şahsına münhasır olmayan özel hayatındaki bazı olayları yakınlık derecesine göre güven duyduğu kişilerce paylaşması mümkündür. Ancak bu kişilerce paylaşılan olayın, üçüncü kişilere açıklanması hukuka aykırıdır. Burada özel hayata ilişkin hususların anlatıldığı kişilerin çevresi geniş tutulmamalıdır.²⁴⁵

Kanaatimize göre özel hukuk doktrininde benimsenen; dar anlamda özel hayat-gizli hayat çevresi ayrımı ile Şen'in kişinin şahsına münhasır olan ve olmayan özel hayat çevresi ayrımları arasında paylaşılan kişilerin sayısı dışında pek büyük bir fark söz konusu değildir. Gelişen teknoloji ve karmaşılaşan insan ilişkileri kişinin özel hayatına gün be gün daha fazla müdahaleyi de beraberinde getirdiğinden, kişinin özel hayat çevresinin daha geniş tutulması gereklidir. Hangi ayrım kabul edilirse edilsin bir olayın özel hayat kavramının kapsamına girmesi ve bu hakkın korumasından yararlanmasının belirlenmesi için her olay ayrı değerlendirilmeli; kişinin iradesi, mesleki ve sosyal konumu, müdahalenin biçimi ve olayın taşıdığı özellik bir arada nazara alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Gizli hayat çevresinde meydana gelen olayların başkalarınca rıza dışı izlenmesi, öğrenilmesi, açıklanmasının özel hayata müdahale olduğu tartışmadan uzaktır. Gizli

²⁴³ Kılıçoğlu, s.91

²⁴⁴ Kılıçoğlu, s.89

²⁴⁵ Şen, s.230 vd.

hayat çevresini, kişinin güvendiği kişilere açması muhtemeldir. Bu bilgilerin güvenilen kişiye paylaşılıp öğrenilmesi kişinin iradesine bağlı ve hukuken mümkün ise de, kişinin iradesi dışı bu kişilerin üçüncü kişilere adı geçen bilgileri açıklaması hukuka aykırıdır. Kişinin, gizli hayat çevresinde yer alan bir olayın öğrenilmesi yönündeki iradesi ile bunların açıklanması yönündeki iradesi birbirinden ayrıdır. Kişi, bu alandaki bir olayı güvendiği bir kişiye anlatmakla onun öğrenmesini öngörmüş ise de aynı iradenin bu olayın başkalarına açıklanması hususunda da var olduğu sonucuna ulaşamaz.²⁴⁶

Politikacı, sporcu, sanatçı gibi kimseler topluma mal olmuş ve kamuya açık alanları diğer insanlara göre daha geniş ise de bu, onların gizli hayat çevresinin bulunmadığı anlamına gelmez. Bu kişilerin siyaset, spor, sanat alanındaki faaliyetleri kamuya açık olup; bu alanları ilgilendirmeyen ve toplumda tanınmasının gereği olmayan özel hayat çerçevesine rıza dışı müdahalede bulunulması hukuka aykırıdır.²⁴⁷ Yargıtay bir kararında, evli bir sanatçının telefon konuşmalarının gizlice kaydedilmesi sonucu sevgilisi ile konuşmalarının yayınlanması üzerine açılan manevi tazminat davasında " Yayında yer alan sözler, iki kişi arasında son derece gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görüldüğü gibi, sözler bu içerikte olmasa bile, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen telefondaki görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder. Kişi toplum tarafından bilinen anonim bir kişi olsa dahi, özel yaşam hiçbir şekilde açıklanamaz. Hatta hiç kimsenin telefonu da dinlenemez.²⁴⁸ Gizli hayat çevresine bu tür müdahaleler çoğu zaman aile hayatı ve özel haberleşmeye, şeref ve haysiyete de müdahale niteliği taşıyabilir. Bir kişinin evlilik dışı ilişkisinin açıklanmasının hem özel hayata hem de şeref ve haysiyete müdahale olması gibi.²⁴⁹

²⁴⁶ Kılıçoğlu, 93 vd.

²⁴⁷ Helvacı, s.66; Öztan (şahsın hukuku), s.136; AKİPEK, Jale G/AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku I. Cilt Yenilenmiş 4. Bası, (İstanbul, 2002), s.409-410

²⁴⁸ Y.4.HD 12.10.2000 tarih, 5520-8659 (yayınlanmamıştır.)

²⁴⁹ Kılıçoğlu, s.101

II- ÖZEL HAYATA MÜDAHALE SAYILAN HALLER

A) RESİM, YAZI, İSİM, MEKTUP, ANI VE KONUŞMALAR ÜZERİNDEKİ HAKLAR

Kişinin resmi, ismi, yazısı, mektup, anı ve konuşmaları kişiliğinin bir parçası ve dış dünyaya uzantısıdır.²⁵⁰ Bu nedenle kişi, bu kendini tasvir edici varlıklarının açıklanması ve teşhirine karşı koyabilir. Rıza dışı bu varlıkların teşhiri özel hayata müdahale niteliğindedir.²⁵¹ Kişinin mektup, anı, resim, yazıları hem Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda genel olarak kişilik hakkı sayılıp korunduğu gibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda da bu değerlerin ayrıca koruma altına alındığı görülmektedir. Kişinin resim ve konuşmasının gizli veya dar anlamda özel yaşam çevresine izinsiz girilerek görüntülenmesi, kaydedilmesi ve ifşa edilmesi ile özel hayata müdahale mümkündür. Konuşma ve yazı, kişinin çeşitli sözcükleri kullanarak duygu ve düşüncelerini açıklaması veya sesle yaptığı her çeşit açıklamadan ibaret olup, bunlar bir eser haline dönüşmüş ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile dönüşmemiş ise kişilik hakkına ilişkin genel korumadan yararlanır.²⁵²

Bazen kişinin özel hayatının da parçası olan mektup, yazı ve konuşmalarının tarihsel olaylara ilişkin olması nedeniyle açıklanması durumunda da başkalarının özel hayatına veya gizlilik alanına müdahale niteliğini taşıyabilir. Burada tarihsel gerçeklerin bilinmesine ilişkin kamu yararı ile özel hayatın korunması ilkesi karşı karşıya gelecektir. Bu durumda iki çıkarın dengelenmesi ve hangisinin önceliği olduğunun belirlenmesi gerekecektir.²⁵³ Örneğin Davacıların eski adalet bakanlarından olan miras bırakanları hakkında, Başbakan Bülent Ecevit'e gençliğinde babası tarafından gönderilen mektuplarda özel hayata saldırı niteliğinde, miras bırakanın aile mahremiyetine yönelen ve kişilik haklarına saldıran ibarelerin yayınlanması suretiyle uğradığı manevi zararın tazminine yönelik davada yerel mahkeme, özel hayata ve kişilik haklarına saldırının varlığını kabul etmiş, Yargıtay 4.HD'de saldırının varlığına yönelik kararı onamıştır.²⁵⁴

Resim , dış yaşama yansıyan ve kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan; mekanik yöntemle çekilen veya fırça, kalem ve bilgisayarla çizilen, karikatürize edilen, görüntü saptayan cihazlarla sabit veya hareketli olarak elde edilmiş bulunan görüntülerdir.

²⁵⁰ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.142-143;Özsunay, s.144; İmre, 163-166; Akipek /Akıntürk, s.411

²⁵¹ İmre, s.164

²⁵² Özsunay, s.142; Kılıçoğlu, s.95; Aralsı, s.60

²⁵³ İmre, s.158-159; Özsunay, s.143

²⁵⁴ Y.4.HD 12.11.2002 tarih,11104-12754 (yayınlanmamıştır)

²⁵⁵ Resimle kişinin özel hayatına müdahalede bulunulup bulunulmadığının belirlenmesi için, öncelikle bu resmin hangi hayat çevresine girdiğinin belirlenmesi gerekir. Jaggi, bu alanların sınırının çizilmesinde şöyle bir yöntem önerir: " Bir kimsenin resminin çekilmesi, o kişi resimde herhangi bir kimse olarak yer alıyorsa, kim olduğu tespit edilse bile davranış hukuka uygundur. Mesela, bir spor karşılaşmasını takip eden seyircilerin resimlerinin basılması gibi. Fakat resim bir tek kişiyi, belli bir kimseyi göstermek amacıyla çekilmiş ise (bir istasyonda veda öpücüğü verirken, bir mezar başında ağlarken) bu gibi durumlarda kişinin resminin çekilmesi hukuka aykırıdır. Ancak resmin kamuya açık bir alanda çekilmesi nedeniyle ağır bir kişilik hakları ihlali yoktur."²⁵⁶

Rızaya dayalı durumlarda hukuka aykırılıktan söz edilemez. Yargıtay, bilerek reklam için poz veren mankenin bu pozları takvimde kullanılınca tazminat isteyemeyeceğini belirtmiştir.²⁵⁷

Resmin yayınlanmasına rıza gösterilen hallerde ise , rızanın hangi amaç doğrultusunda verildiğinin tespiti önemlidir. Rızanın amacı dışı kullanılması da saldırı niteliğindedir.²⁵⁸ Yargıtay'ın da bir kararında²⁵⁹ yayının amaç dışı kullanılmasını saldırı olarak kabul edilmiştir.

Resim üzerindeki kişilik hakkı, kişinin hiçbir zaman rızası dışı resminin çekilemeyeceği biçiminde algılanmamalıdır. Bir siyasetçi ya da sporcunun müsabaka sırasında resminin çekilmesi için rıza aranmayacaktır.²⁶⁰ Ancak izinsiz evde çıplak dolaşırken resimlerinin çekilmesi özel hayata müdahale niteliğini taşır. Bu hakkın sınırını MK. 2. maddesindeki dürüstlük kuralı oluşturacaktır.²⁶¹ Yargıtay HGK bir kararında²⁶² bir kişinin rastlantı sonucu ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arz edilmesi halinde resmi kullanılan tarafından izin alınmadığının ileri sürülmesinin " hakkın kötüye kullanılması olarak" nitelendirilebileceğini; ancak kişinin dış görünümünün ayrıntı olarak yer alsa bile bulunduğu fotoğrafın ticari amaçlarla veya reklam yoluyla kamuya sunulmasında izin alınmasının zorunlu olduğunu benimsemiştir. Yargıtay 4.HD ise şöyle bir karar vermiştir: " Bir kimsenin dış görünümü üzerinde kişilik hakkı vardır. Resim ise bir kimsenin dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayacak biçimde yansıtan yüzey bir cisimdir. Bu nedenle kişinin dış görünümünü yansıtan, onu tanıtan resmi üzerinde kişilik hakkı bulunmaktadır. Kural

²⁵⁵ ÖNGÖREN, Gürsel, TV ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları (İstanbul, 1945), s.68

²⁵⁶ JAGGI: Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 II, s.159vd. Öztan'dan naklen (şahsın hukuku), s.138

²⁵⁷ Y.4.HD. 9.6.1988, 2585-5691 (naklen Çetin, s.114-115)

²⁵⁸ Öztan (şahsın hukuku), s.139

²⁵⁹ Y.4.HD 1.11.1988 tarih, 6227-9120 (naklen Çetin, s.115)

²⁶⁰ İmre, s.165; Özsunay, s.148; Dural, s.141

²⁶¹ İmre, s.167

²⁶² HGK. 3.10.1990 tarih, 275-4598 (naklen Çetin, s.114)

olarak kişinin rızası olmadan resmin yayınlanması hukuka aykırılık olarak kabul edilmektedir (FSEK m.86). Ne varki bu kural mutlak değildir. Kanun toplum hayatının gereği, toplumun haber alma ihtiyacı gibi hallerde resmin izinsiz yayınlanabileceğini kabul etmiştir (m.86/II). Fakat bu yayın amaca uygun olarak yapılmalıdır; resmin haber verme dışında ticari bir amaçla kullanılması kişilik haklarına saldırıdır.”²⁶³

İsim (ve soyadı), kişiyi başkalarından ayırt etmeye yarayan unsurlardan olduğu gibi aynı zamanda şahsın bir aileye aidiyetini de ifade eden ve ona ait olduğu ailenin sosyal mevkilerinden yararlanma imkanı veren bir kelimedir.²⁶⁴ Medeni Kanunun 26. maddesinde bizzat ismin korunması düzenlenmiş olup bu konumuzun dışındadır. Ancak isim üzerinde kişinin seçim ve değişiklik yapması ve bu konudaki yasal sınırlandırmalar kişinin özel hayatı ve aile hayatı ile ilgilidir. Bu konuda yeni yasal düzenlemeler yapılmadan, kişilerin özel hayatlarının ayrılmaz bir parçası olan ismin serbestçe seçilmesi konusunda bazı zorluklar yaşanmış ve bu husus bir HGK kararına da konu olmuştur.²⁶⁵ Özel Hayat lehine bu konuda 1587 sayılı Nüfus Kanununun 16. maddesinde değişiklik yapılmış, maddenin eski halinde yer alan “milli kültürümüze...örf adetlerimize... uygun düşmeyen adların konulamayacağına” ilişkin ibareler maddeden çıkartılmış²⁶⁶ ve Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün 24.9.2003 gün, 2003/37 sayılı genelgesi ile” Ahlak kurallarına aykırı olmaması, kamuoyunu incitici bir yönünün bulunmaması ve Türk Alfabesine uygun yazılması şartı ile vatandaşların örf ve adetlerine göre koymuş oldukları isimlerin Nüfus Kanununun 16. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceği” bildirilmiş²⁶⁷ ve bu konudaki sorunlara yasal çözüm getirilmiştir.

²⁶³ Y.4.HD 11.2.1985 tarih, 9517-958 (naklen Çetin,s.115)

²⁶⁴ Öztan(şahsın hukuku),s.164; Aydın,s.119; Helvacı,s.74-75

²⁶⁵ 2000-18-127 Esas,2000/154 sayılı HGK kararına göre davacı, velisi olduğu kızının “Hatice” olan ismini “Mizgin” olarak tanıdığından değiştirmek istemiş, yerel mahkeme istemi, yeni isim Türk dilinde olmadığı,zıt anlamları barındırdığı, milli kültüre, örf ve adetlere uygun düşmeyeceği ve kamu vicdanını inciteceğinden isim değişikliği haklı görülemeyeceğinden reddetmiş, Yargıtay’ca hükmün bozulması üzerine kararda direnilmiş ve HGK tarafından direnme oyçokluğu ile onanmış,davacı tarafından kararın düzeltilmesi istenmiştir.HGK davacının karar düzeltme istemini oyçokluğu ile kabul etmiş; ismin konulması ve değiştirilmesinde Nüfus Kanunu 16. madde ile “milli kültürümüze, ahlak kurallarına, örf ve adetlerimize uygun düşmeyen ve kamuoyunu inciten isimlerin” konulamayacağı kuralını yorumlamış ve “Doğu ve Güneydoğu Anadolu yalnızca belli bir etnik kökenin değil, ülkemiz gerçekliğinde var olan , çeşitli etnik kökenli insanların yaşadığı vatanın bir bölümüdür. Toplumun en küçük birimi olan aile ve onu oluşturan bireylerin, toplumun içinde bulunduğu sosyo-ekonomik ve kültürel dokulardan, örf ve adetlerden etkilenmesi yadsınamaz. O nedenle bireyin kendi yapısı içerisinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Dahası bireyin bölgeye özgün şekillenmesi de göz ardı edilmemelidir. Gerçekte de kökleşmiş bu oluşumun milli kültürümüzün, örf ve adetlerimizin bir parçasını oluşturduğunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.” demek sureti ile direnme kararı bozmuştur.

²⁶⁶ Bkz. 4928 sayılı Çeşitli Kanunlarda değişiklik yapılmasına Dair Kanun.19.7.2003. tarih, 25173 sayılı R.G.

²⁶⁷ 14.10.2003 gün,226 nolu Yargı Bülteni

B) MESLEK, SANAT VE TİCARİ SIRLAR

Bir işletmenin, tacirin, meslek ya da sanat sahibinin işçilerine dair kayıt, belge, defter, hesap, çalışma ve işletme yönetimine ilişkin teknik bilgilerle, üretim durumu ve müşterileriyle olan ilişkileri gibi özellikler, onun meslekî ve ticarî sırlarını oluşturur.²⁶⁸ Meslekî ve ticarî sırlar; meslek ve ticaret hayatı, kişinin menfaati nedeniyle başkalarından korunmaya değerdirler. Çünkü bu alan, toplumun tüm kesimine açık olmayıp, kural olarak iş veya ticaret çevresine açıktır. Kişinin topluma mal olması, güncel ve merak edilen bir kişi olması ve üstün kamu menfaati gibi kavramlar meslekî ve ticari alana müdahalenin sınırlarını belirler. Ancak burada kamuya açılan kişinin meslekî, sanatsal ve ticarî faaliyetleri olup; gizleri ya da sırları değildir. Kişinin mesleki, ticari ya da sanatsal kimliği ile tanınan bir kişi olması onun bu tür gizli çevresine müdahaleyi haklı kılmaz.

Bir ticari işletme, tacir veya meslek sahibinin yanında çalışan kimsenin bu işletme, meslek veya ticarethane ile ilgili öğrendiği bilgi ve sırları başkalarına açıklaması hukukî sorumluluğu gerektirir. Kişinin sahip olduğu meslek nedeniyle sırlar elde etmesi de mümkündür. Avukat, doktor vb. kişilerin elde ettikleri bu sırları saklamaları hem yasa (TCK.. 198 vb.)'nın gereği hem de bir sözleşmenin (hizmet akdi, vekalet vb.) gereği olabilir.²⁶⁹ Meslekî sırların korunması, Anayasa'nın 26. maddesinde ifade edilen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin de sınırını oluşturabilir. Ayrıca bazı meslek sahiplerinin edinecekleri bilgileri saklama yükümlülüğü, özel yasalarında da düzenlenmiştir. (Avukatlık Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu, Noterlik Kanunu vb.)

Ticarî ve meslekî bilgilerin öğrenilmesi her halükarda hukuka aykırı değildir. Örneğin: Bankaların veya kredi kurumlarının kredi almak isteyen tacir veya işletmeye kredi vermek için bunların faaliyet ve işletmeleri hakkında bilgi edinmesi, finansal durumları, borç ödeme yetenekleri, kâr kapasiteleri gibi konularda bilgi toplaması hukuka uygundur.²⁷⁰

C) KİŞİSEL VERİLER (BİLGİLER)

Gelişen teknoloji ve temeline insanı alan pek çok hizmet nedeniyle kişinin kendisine ait bilgi ve belgeleri saklama imkanı neredeyse kalmamıştır. Bir kredi başvurusu, ehliyet başvurusu, sağlık hizmeti için yapılan başvurular, iş başvuruları, vergi kayıtları, istatistikler

²⁶⁸ Öngören, s.77; Özsunay, s.144

²⁶⁹ Kılıçoğlu, s.90

²⁷⁰ Özsunay, s.145; Dural, s.152

anketler nedeniyle kişisel bilgilerin devlet veya başkaca kişiler elinde bulundurulması mümkündür. Kişisel veriler; bir kişinin adı, soyadı, yaşı, cinsiyeti, medeni durumu, ailesi, işi, geliri, borçları, adresi, geçirdiği hastalıklar, özel zevkleri ve buna benzer bilgilerdir. Bunları belirli bir kişiye ilişkin ve belirli bir kişiye ilişkin olduğu belirlenebilen tüm bilgilerdir.²⁷¹ Kişisel verilere ulaşım artık bilgisayarlar sayesinde çok daha kolaydır. Otomasyon hizmetleri sayesinde ATM (Otomatik Para Çekme Makineleri) kredi kartlar vb. ile kişisel bilgilerin depolandığı ana belleklere ulaşılmaktadır. Bu nedenle bu verilerin toplanması ve kullanılması yasal düzenlemelere konu olmaktadır. Bu düzenlemelerle, özel hayatın birer parçası olan verilerin rıza dışı elde edilmesi ve kullanılması önlenmeye çalışılmaktadır.²⁷²

Avrupa Konseyine hazırlanan 28.01.1981 tarihli kişisel nitelikli verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında kişilerin korunmasına ilişkin sözleşme ile uluslar arası düzeyde kişisel verilerin korunması amaçlanmıştır.²⁷³

D) AİLE HAYATI VE GİZLİLİKLERİ

Aile hayatı da kişinin özel hayatının unsurlarındandır. Özel hukukta aile dar anlamda eşlerden oluşan bir birlikteliği; geniş anlamda aile, ana, baba ve çocukların oluşturacağı topluluğu (velâyet ailesi) ve en geniş anlamda aile ise gerek kan ve kayın hısımlığı gerek bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla birlikte yaşayan ve bir ev başkanının otoritesine tâbi olarak aynı çatı altında yaşayan kimseler topluluğunu ifade eder.²⁷⁴

Hukukumuzda kan bağı veya evlilik bağı olmayan kimselerin de evlat edinme de olduğu gibi aile olduğu kabul edilmiştir. Kişinin aile fertleriyle paylaştığı ve gerçekleştirdiği faaliyetleri onun aile hayatını oluşturmaktadır.²⁷⁵ Özel Hukukta aile hayatı, kişinin özel hayat çevresi ve kimi zaman da gizli hayat çevresi içine sokulmak suretiyle özel hayat kavramına dahil edilmiş ise de gerek Anayasamız gerek Anayasanın dayanak aldığı AİHS.'de aile hayatı Özel (Bireysel) Hayat kavramından ayrılarak, özel hayatın unsuru olarak düzenlenmiştir.²⁷⁶ Sadece aileye ve aile üyelerini ilgilendiren, aile içinde kalması gereken faaliyetler aile hayatına ilişkindir. Oysa Özel (Bireysel) Hayata ilişkin faaliyetlerde kişinin bizzat kendisi süje olup bu alan kişinin kendisi dışındakilere kapalıdır.

²⁷¹ SIRABAŞI, Volkan: İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz (Ankara, 2003), s.140

²⁷² TEZCAN, Durmuş: "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Yargısı, C.8 (1991), s.387

²⁷³ Kaboğlu, s.196-197

²⁷⁴ AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku , Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku , 7. Bası (İstanbul, 2002), s. 6-7

²⁷⁵ Şen, s.224

²⁷⁶ Şen, s.224

Bir başka deyimle kişinin Özel (Bireysel) Hayatına ilişkin hususların rıza dışı diğer aile bireylerince öğrenilmesi mümkün değilken, aile hayatına ilişkin bilgilerin öğrenilmesi mümkündür.²⁷⁷ Özel hayat kavramına sırf "gizlilik" olarak bakılırsa, Özel (Bireysel) Hayat ve aile hayatı arasında pek büyük fark olmadığı, aile hayatına ilişkin gizlerin dar anlamda özel hayat kavramı içinde değerlendirilmesi doğaldır. Ancak özel hayat ayrıca "bağımsızlık" niteliği de taşıyan, kişiye kişiliğini geliştirmeyi sağlayarak bir alanda kendi bağımsız kararlarını verme haklarını da tanıyan bir kavram olduğundan; aile hayatı, Özel (Bireysel) Hayattan bu alandaki bazı kararları verme, aile için Anayasada tanınan hakları isteme ve bu haklara kişilerce yapılacak müdahaleleri önleme konusunda talepte bulunabilme yönüyle farklıdır.

Anayasamızın 41. maddesinde kişinin sosyal hakları başlığı altında "ailenin korunması" da düzenlenmiştir. Anayasa gereği "Aile, Türk Toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." Anayasanın bu maddesine 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik doğrultusunda Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin eşitliği yönünde ve çocuğun korunması ile ilgili çeşitli değişiklikler yapılmıştır. (MK. M.185,186 vb.) Bu değişiklikler de nazara alındığında kişi, gerek devlet gerek üçüncü kişiler, gerekse basın organlarından aile hayatına saygı gösterilmesini isteyebilecektir. Aile hayatına ilişkin faaliyetlerin rıza dışı üçüncü kişilerce öğrenilmesi, kaydedilmesi ve kamuoyuna duyurulması da hukuka aykırıdır. Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğünün de sınırını oluşturacağından; özel hayat ve basın özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde, özel hayata öncelik tanınacaktır.²⁷⁸ Ancak aile hayatının korunması, kişinin topluma mal olması, kamu yararı ve toplumsal ilgi gibi nedenlerle kişiden kişiye farklılık gösterebilecektir.²⁷⁹

Eşler Medeni Kanunun 185. maddesi gereğince birbirlerine sadık kalmak yükümlülüğü altındadırlar. Nasıl ki eşin başka bir kimse ile birlikte olması, sadakat yükümlülüğünün ihlali ise, evlilik sırlarının açıklanıp, kötüye kullanılması da bu yükümlülüğün farklı bir şekilde ihlalidir.²⁸⁰ Aile hayatına ait bu sırların sözlü, yazılı veya basın yoluyla yayılması kadar savunma sınırının aşılması suretiyle bir davada açıklanması da hukukî sorumluluğu gerektirir.²⁸¹

²⁷⁷ Kılıçoğlu, s.84; Şen, s.225

²⁷⁸ DÖNMEZER, Sulhi: Basın ve Hukuku (basın), (İstanbul, 1976), s.305,

²⁷⁹ Şen, s.227

²⁸⁰ Kılıçoğlu, s.89; Akıntürk, s.107

²⁸¹ Yargıtay 4. HD.17.6.1996 tarih, 2304-5553 sayılı kararında (yayınlanmamıştır), davalı tarafından davacılar aleyhine davacılar aile olan çocuğun babasının davalı olduğu iddia edilerek "babalığın tespiti ve velayetin gerçek babaya verilmesi" davası açılması ve bununla yetinmeyip davacılar ve yakınlarına çeşitli zamanlarda mektup, telefonla çocuğun babasının kendisi olduğunu söylemesi ve sözle sataşmasını aile hayatına müdahale

Aile üyesi kişilerden küçüklerin ırzına geçilmesi suçu, Türk Ceza Kanununda "aile aleyhine cürümler" olarak düzenlenmiştir. Bu eylemler ceza hukuku açısından suç oluşturduğu gibi, özel hukukta da tazminat yükümlülüğünü beraberinde getirir. Nitekim Yargıtay, ırzına geçilen kadının kocası ve çocuklarına, küçüğün ırzına geçilmesinde ana-babasına da tazminat verilmesi gerekeceğini, bu eylemlerin aile bütünlüğünü haleldar edip, aile öğelerinin ömür boyu bu olayın duyuracağı acıyı hissedeceklerini belirtmiştir.²⁸²

E) KONUT DOKUNULMAZLIĞI

Konut dokunulmazlığı ile kişinin hem özel hayatı hem de mülkiyet hakkı korunur. Konut: "Kişiye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturur". Bu hak gerek konutun seçilmesi gerek kişinin rızası dışı konutuna girme, arama yapma, buradaki eşyaya el koyma gerek rıza dışı gözleme, izleme, kayıt alma konusundaki dokunulmazlıkları kapsar.²⁸³ Konut içerisinde kişi, yaşamını dilediği gibi düzenleme ve başkalarının istemediği ölçülerdeki algı ve müdahalelerinden korunma özgürlüğüne sahiptir.²⁸⁴ Bu bağlamda kişinin konutu içindeki bu serbest alanın, bilgi edinme amaçlı olarak girilmesi dinlenmesi, ses kaydı alınması, gözetlenmesi, fotoğrafının çekilmesi, aranıp eşyalara el konulması gibi davranışlar dokunulmazlığın ihlalidir.²⁸⁵

Konut dokunulmazlığını ihlal, suç olarak TCK.' da düzenlenmiştir. Burada failin eylemi; hem TCK. anlamında suç, hem de kişiye karşı işlenmiş bir haksız fiil olacağından, olay nedeniyle meydana gelen zararın tazminini gerektirecektir. Yargıtay 4.HD önceki tarihli bir kararında konut dokunulmazlığını ihlal edenin manevî tazminatla sorumluluğu için dokunulmazlığı ihlal kastı yanında, ayrıca kişinin şeref ve haysiyetini de ihlal kastı gütmüş olmayı arıyordu. Ancak bu görüşü Yargıtay HGK benimsememiş, 1986/4-691 Esas, 1987/523 Karar sayılı kararı ile dairenin görüşünü değiştirmesini sağlamıştır.²⁸⁶ Bir başka olayda davalılar, geceleyin davacının evine müessir filde bulunmak için girmişler ve konut dokunulmazlığını ihlal etmişlerdir. Davacı bu nedenle manevî tazminat istemiş, yerel mahkemece TCK. 38. maddesinde belirtildiği şekilde dava konusu eylemle kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmediği gerekçesiyle dava reddedilmiş, kararın temyizi üzerine 4. HD., HGK'nun 1986/4-691 Esas, 1987/523 Karar sayılı kararından

sayarak, savunma hakkı sınırlarının aşıldığını kabul ederek bu olayda davacılara manevî tazminata hükmedilmesine ait kararı onamıştır. Ancak aynı daire, bir boşanma davasında kocanın iktidarsız olduğuna dair iddia ile karşı dava açılmasını savunma sınırları içerisinde değerlendirmiş ve davacı kocaya manevî tazminat verilmesine dair kararı bozmuştur (17.6.2002 tarih,3120-7473). (yayınlanmamıştır)

²⁸² Y. 4.HD: 16.10.1979 tarih, 6924-1482 (naklen Karahasan, s.945)

²⁸³ Kaboğlu, s.192

²⁸⁴ Araslı, s.129

²⁸⁵ Kaboğlu, s.192

²⁸⁶ Y.4HD. 8.5.1970 tarih, 2134-3898 (naklen Turgut UYGUR:Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler ,C.I (Ankara, 1990),s.725)

bahsederek, ilgili HGK kararında belirtildiği üzere “Anayasa’nın 12. maddesi hükmünce herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. 17. maddesi uyarınca herkes, yaşama, maddi ve manevî varlığını koruma ve geliştirme haklarına sahiptir. Gene Anayasanın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa 21. madde de ise konuta dokunulamayacağını öngörerek konut dokunulmazlığı teminat altına alınmıştır. Konut dokunulmazlığının ihlali halinin de kişisel menfaatlerin ihlali niteliğinde bulunduğu” HGK’nun anılan gerekçesi karşısında konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkının tecavüze uğraması halinde ona MK 24. maddesi delaleti vasıtasıyla BK’nun 49. m. Birinci fıkrası gereğince manevî tazminat olarak bir miktar para verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.²⁸⁷ Yargıtay’ın yeni kararlarında da konut dokunulmazlığının ihlalini, özel hayata müdahale saydığı ve manevi tazminat istemini uygun bulduğu görülmektedir.²⁸⁸

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyen memur aleyhine ve kişisel kusuruna dayanılarak koşulları varsa tazminat davası açılabilir. Buradaki kişisel kusur, memurun görevinden ayrılabilen, haksız eylem veya suç oluşturan veya kişisel kin, garaz, kasıt, husumet nedeniyle yapılan davranışları ifade eder.

Konut dokunulmazlığına müdahalenin en tipik örneği, rıza dışı konut içerisindeki ses ve görüntülerin dinlenip kaydedilmesidir. Böylelikle kişinin ses, konuşma, görüntüsü ve haberleşmesi üzerindeki hakların ihlali de mümkündür. Bunların daha sonra basın-yayın organları ile ifşa ve yayılması da saldırı niteliğindedir. Basın-Yayın organınca hukuka aykırı yoldan elde edilen bu bilgi ve kayıtların yayına konu yapılması da sorumluluğu gerektirir.²⁸⁹ \??

Arama ve el koyma Anayasa’da konut dokunulmazlığının ve özel hayata saldırının istisnası olarak düzenlenmiştir. Arama, suç işlenmesinin önlenmesi ya da işlenen bir suçun aydınlatılması için suç işlenmesinde kullanılan eşyaya ulaşmak için kişinin özel alanına yapılan bir müdahaledir.²⁹⁰ Arama açık alanda, sokakta, kişinin üzerinde, eşyasında, ev veya işyeri gibi kapalı bir alanda yapılabilir. El koyma ise, bir eşya üzerinde kişinin rızası dışı tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır.²⁹¹

El koymaya ceza hukuku dışındaki diğer hukuk dallarında da rastlanır. Örneğin HUMK’ndaki ihtiyati tedbir, İLK’ndaki ihtiyati haciz de bir tür el koymadır. Burada da kişinin rızası dışı malik veya zilyet olduğu eşya üzerindeki tasarruf hakkı başkaları

²⁸⁷ Y.4. HD. 29.9.1988 tarih, 4600-8120 (naklen Uygur, s.723)

²⁸⁸ Y. 4.HD. 31.10.2001 tarih, 6103-10498 (yayınlanmamıştır), Y. 4.HD. 10.4.2001 tarih, 208-3587 (yayınlanmamıştır)

²⁸⁹ Kılıçoğlu, s.93-95; Aydın, S.112-113

²⁹⁰ ERYILMAZ, M.Bedri:Türk ve İngiliz Hukukunda ve uygulamasında Durdurma ve Arama (Ankara,2003),s.33

²⁹¹ Kunter, s.670

tarafından kısıtlanmaktadır.Ceza Hukuku bakımından haksız arama ve el koyma öncelikle devletin İdare Hukuku gereği sorumluluğunu gerektireceği gibi, devlet adına bu işlemleri yerine getiren kamu ajanlarının kişisel kusurları ile sebep oldukları zararlar da kendilerinin sorumluluğunu gerektirir. Yine haksız ihtiyati haciz ve tedbir kararı istenmesi de istemde bulunanın hukuki sorumluluğunu gerektirir. Yargıtay çeşitli kararlarında haczin veya tedbirin haksızlığının anlaşılması halinde bu haksız işlemler nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalmanın giderilmesi yanında, bu haksız eylemlerin aynı zamanda kişilik hakkına saldırı da oluşturacağından manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁹²

F- KİŞİLERİN ÜZERLERİ VE EŞYALARININ ARANMASI

Arama doğrudan kişinin üzerinde de tatbik edilebilir. Kişinin üstü kavramına, kişilerle vasıtasız olarak ilişkili olan ve kişilik alanını tamamlayan tüm unsurlar girer.²⁹³ Kişinin elbiseleri, kafalarının üst kısımları, saç araları, perukası, protezleri, ellerinin altında bulunan ve üstlerinde beraberce taşıdıkları tüm eşyaların aranması bu cümleden olup buna genel (kaba) arama da denir²⁹⁴. İnsan vücudunda doğal olarak var olan oyuklar da aranabilir ki buna özel(ince) arama denilmekte olup bu yöntemde kişilerin mahrem bölgeleri, genel aramadaki elbiseleri dışındaki elbiselerinin çıkartılarak çıplak aranması veya kulak, burun, rectum veya vajina gibi boşluklarının aranması şeklinde de olabilir.²⁹⁵

Eşyalar deyimi ise kişinin doğrudan kendisiyle ilgili olmayan fakat "kendisine ait diğer eşyaları" ifade eder.²⁹⁶

Kişinin üzeri ve eşyalarının aranmasında yasal sınırların dışına çıkılması,yetkinin aşılması, cinsel tacizde bulunmak ve dokunmak gibi kişisel kusurlu hareketler cezai ve hukuki sorumluluğu gerektirir.²⁹⁷

²⁹²Y. 4.HD. 6.2.2001 tarih, 1193-1098; Y. 4. HD. 18.3.2002 tarih, 12347-3123; Y.4.HD. 29.6.2000 tarih, 4433-6393

²⁹³ DİRDİMAN, Ramazan Cengiz: (Türk Hukukunda) Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukukî İstisnası Olarak Adli arama ve İnsan Hakları, İstanbul,1990:İstanbul Üniversitesi (yayınlanmamış Doktora Tezi), s.59

²⁹⁴ Eryılmaz,s.178

²⁹⁵ Dirdiman, s.59; Eryılmaz,s.178

²⁹⁶ Dirdiman, s.60

²⁹⁷ Eryılmaz,s.288-289

G) HABERLEŞME HÜRRİYETİ

Özel hayatın en önemli ve korunmaya değer unsurlarından biri de haberleşme özgürlüğü ve gizliliğidir. Kişinin haberleşme kağıtlarının haksız olarak açılması, içindekileri öğrenmek amacıyla ele geçirilmesi, bunların yok edilmesi, rıza dışı yayınlanması, yayılması hem suç, hem haksız eylemdir. Haberleşme kağıtları, iki kişi arasında ulaştırılması için PTT idaresine emanet edilen mektup, telgraf, faks gibi haberleşme metinlerini ifade eder. Bunlar resmî veya özel nitelikli olabilir.²⁹⁸ Bu kişinin memur olması suçun işlenmesini engellemez. Bu durum TCK.'da ayrı bir maddede yine suç olarak düzenlenmiştir. (TCK.. m.200) Bu haberleşme kağıtlarının sadece üçüncü kişilerce ele geçirilmesi yanında, bunları alan kişinin de gönderenin rızası dışında açıklanması sorumluluğu gerektirir.²⁹⁹

Kişinin telefon konuşmalarının, kamuya hitap etmeyen ve özel hayatın korunması hakkının koruması altındaki kişiler arası konuşmalarının haberi olmaksızın bir dinleme veya kayıt aleti ile dinlenmesi, kaydedilmesi, kamuya açıklanması, delil elde etme veya başka amaçlarla kullanılması, özel hayata müdahaledir.³⁰⁰ Bu müdahaleler; komşuların, çalışma arkadaşlarının, bürokratların konuşmalarının dinlenmesinde olduğu gibi özel amaçlara yönelik olabileceği gibi; polis veya diğer kamu görevlilerince yapılan dinlemelerde olduğu gibi resmî nitelikteki ulusal güvenlik vb. amaçlı da olabilir.³⁰¹ Yargıtay Bakan olan davalının, bir otelde yaptığı basın toplantısında çeşitli medya patronları ve bürokratlar arasındaki gizlice kaydedilmiş ses kasetlerini basına açıklaması ve bunların örneklerini basın mensuplarına dağıtması sonucu gizli ses kayıtları ile kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle bakan aleyhine açılan davadaki tazminat verilmesine dair kararı onamış, onama gerekçesinde "davaya konu edilen ve kasetlerde yer alan konuşmalar gerçek olsa bile kişiler arasında yapılan ve gizli kalması gereken bir konuşma veya telefon görüşmesinin AN. 22. maddesi ile güvence altına alınmış bulunması nedeniyle bunun açıklanması haberleşmenin gizliliği ilkesine aykırıdır" demiştir.³⁰²

²⁹⁸ Ergül, s.112 vd.

²⁹⁹ Özsunay, s.143; Serdar, s.90

³⁰⁰ Zevkiiler/Acabey/Gökyayla, s.419; Özsunay, s.132

³⁰¹ Özsunay, s.133

³⁰² Y. 4. HD. 14.2.2000 tarih, 7843-1215 (yayınlanmamıştır)

H) DELİL YASAKLARI

Kişinin "susma hakkı" Anayasa'nın 38/V. maddesinde düzenlenen bir hak olduğuna göre, hiç kimse bu hakka sahip olduğu bir konuda gizlice kaydedilmiş, sözlerinin kendisine karşı delil olarak kullanılmasına göz yummaya zorlanamaz. O halde, gizli telefon vb. konuşmaların kaydedilmesi suretiyle hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, tek başına kişinin suçlanmasına gerekçe olamaz.³⁰³ Nitekim Ceza Muhakemeleri Kanunu 254/II. Maddesinde soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklik ile Anayasanın 38. maddesine eklenen fıkra ile "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" denilerek CMUK'daki bu düzenleme Anayasamıza da girmiştir. Bu görevlilerin suç sayılan eylemleri aynı zamanda haksız eylem ve özel hayata müdahale niteliğinde olacağından hukuki korunma yöntemlerine de başvurulabilecektir. 4422 sayılı kanun ile terör, çıkar amaçlı suç örgütleri teşekkül halindeki uyuşturucu suçları gibi mücadelesi zor olan belirli suçlarda suçla mücadele için bazı özel tedbirler ve soruşturma tedbirleri getirmiştir. Bu kanunla haberleşmeye müdahale edilmesi mümkün ise de, haksız yere müdahalenin önlenmesi için kişinin araştırılan suçu işlediğine dair "kuvvetli şüphe" bulunması ve bu yetkinin hakim kararı ile kullanılması gereklidir. Bu kanun gereğince yürütülen işlemler gizli olup gizliliğin ihlali halinde yasada cezai sorumluluk düzenlendiği gibi ilgililerin bu eylemleri aynı zamanda haksız eylem oluşturacağından hukuki sorumluluk ve zararın tazmini yoluna da gidilebilir.

I) İNTERNET VE BİLİŞİM

Elektronik posta (e-mail) de artık haberleşmenin bir parçası haline gelmiştir. Kişinin e-mailleri de başkalarınca hukuk dışı yollarla ele geçirilebilir. Kişilerin özel hayatının, sırlarının, uygunsuz fotoğraflarının veya gizli belgelerinin rıza dışı başkalarına e-mail yoluyla gönderilmesi; e-maillerdeki gizli bilgilere usulsüz ulaşılması; e-mail ile gönderilen virüsler yoluyla bilgilerin kullanılmaz hale getirilerek yok edilmesi veya başka bilgisayarlara aktarılması da özel hayata müdahaledir.³⁰⁴

Yine Web sitelerinde yapılan yayınlarla da kişinin sırlarının açıklanması ve özel hayatına ilişkin olayların aktarılması, izni dışı resminin yayınlanması mümkündür.³⁰⁵ 4756 sayılı Kanunun 26. maddesi ile 5680 sayılı Basın Kanunu'na ek madde eklenmiştir. Ek-9

³⁰³ Özsunay, s.135

³⁰⁴ Sırabası Volkan, s.133

³⁰⁵ Sırabası Volkan, s.137

maddede "Bu konunun yalan haber, hakaret ve benzeri fiillerinden doğacak maddi ve manevi zararlarla ilgili hükümleri, bilişim teknolojileri ve internet ortamında sayfa açılması veya elektronik gazete, elektronik bülten vb. suretiyle yayınlanan her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri hakkında da uygulanır" denmiştir. Aynı yasada özel hayatın gizliliği 4. maddede güvence altına alınmış, ihlal durumunda sorumluluğu düzenleyen değişik 31. maddenin ikinci fıkrasının "Her türlü teknoloji ile ve her tür iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin usul ve esasları, Haberleşme Yüksek Kurulunun belirleyeceği strateji çerçevesinde üst kurulca tespit edilip, Haberleşme Yüksek Kurulunun onayına sunulur. Bu yayın ve hizmetlerin mevzuata uygunluğu üst kurulca denetlenir" demek suretiyle internet yayınları da Basın Kanunu'nun kapsamına alınmıştır. Ancak bu düzenleme Basın yasası ile internet gibi farklı iki alanın aynı düzenlemeye tabi kılınmasının uygulamada yaratacağı zorluk nedeniyle eleştirilmiştir.³⁰⁶

Kanaatimizce de internet ve bilişim yoluyla yapılacak saldırıların niteliği, sorumlu olacakların belirlenmesi, saldırı biçimlerinin ortaya konulması ve infaz kabiliyeti olan yaptırımların tespitinin yapıldığı özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. İnternet ve bilgisayarlar yoluyla yapılan saldırılar sadece yayın yoluyla yapılmayıp, teknolojinin gereği diğer saldırılar korumasız bırakılmıştır.

İ) BASIN-YAYIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA SALDIRI

Anayasanın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına yahut toplu halde açıklama ve yayma hürriyetine sahip olduğu; düşüncenin basın ve yayın yoluyla açıklanması yönünden Anayasanın 28. maddedeki düzenleme gereği basının sansür edilemeyeceği belirtilmiş olup, aynı husus 5860 sayılı Basın Kanunu'nun 1. maddesinde de yinelenmiştir. Basına bu özgürlüğün tanınma nedeni kamu yararı³⁰⁷ toplumun sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşayabilmesidir. Bunun için de kişinin, dünya da ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme,

³⁰⁶ Sırabası, s.153; ÖZEL, Cevat, "AİHM. Kararları ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü", İBD, c.76, S.10-11-12(Aralık 2002), s.948-949

³⁰⁷ KARTAL, Bilal, "Basın-Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk", YD. C.23,S.1-2 , (Ocak-Nisan 1997), s.108

araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir”³⁰⁸

Basına tanınan bu ayrıcalıklı konum nedeniyle özel hayatla basın hürriyetinin karşı karşıya gelmesi mümkündür. Basın yoluyla kişinin özel hayatının haber ya da yoruma konu edilmesi yanında, resminin, gizli görüntüsünün, gizli konuşma ya da görüşmelerinin, cinsel tercihlerinin aile hayatının gizlerinin, kişi, şirket ya da ticarî işletmelerin ve bankaların meslekî ve ticarî sırlarının açıklanması yoluyla kişilik haklarından özel hayatına müdahale edilmesi mümkündür. Son yıllarda basın organlarında bazı siyasetçi, sanatçı, bürokratların, medya patronları vb. kişilerin gizli telefon konuşmalarının dinlenip yer verildiği sıkça görülmektedir. Haberleşmenin gizliliği hakkı ihlal edilen bu özel hayata ve dolayısıyla kişilik haklarına saldırılması nedeniyle manevî tazminat davaları açmakta ve bu yönde mahkemelerce hüküm kurulmaktadır.³⁰⁹

Basın-Yayın yoluyla yapılan saldırının, ciddi ve güvenilir bir basın-yayın organı ya da yazar tarafından yapılması; yayının sayfası, puntosu, başlığı, kullanılan sözlerin ağırlığı; tiraj, rayting vb. yollarla ulaştığı kitlenin sayısı; saldırıya uğrayan kişinin konumu, mesleği, itibarı saldırının ağırlığını etkileyeceği gibi kişinin saldırılan hayat çevresinin dar anlamda özel hayat ve giz çevresi olması ile paylaşılan kişilerin sayısı da saldırının ağırlığını etkileyen unsurlardır.³¹⁰

Kişinin basın-yayın yoluyla özel hayatına müdahale edilmesi durumunda medeni kanun 24,25; BK. 49 ve Basın Kanunu gereği sorumluluk için: Haber, yorum, yazı veya resimle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının hukuka aykırı olarak ve kusurlu bir müdahale ile ihlal edilmesi, bu ihlal filli ile maddi veya manevî bir zarar doğması ve özel hayata yapılan bu müdahale ile gerçekleşen zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekir.³¹¹

³⁰⁸ HGK. 2.7.2003 tarih, 2003/4-462 Esas-2003/466 Karar (yayınlanmamıştır)

³⁰⁹ Y. 4.HD. 13.3.2001 tarih, 10087-2354 sayılı kararında (yayınlanmamıştır) “Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve dinlenen görüşmelerin yayınlanması özel yaşama ve özel yaşamın gizliliğine ağır saldırı oluşturur. Kişi toplumca anonim bir kişi olsa bile kişinin özel yaşamına ilişkin olan bilgiler onun izni olmadan açıklanamaz. Kaldı ki, böyle bir yayında kamu yararı da bulunmamaktadır.” Demek suretiyle davalının ağır kusuru nedeniyle hükmedilen manevî tazminat miktarını az bularak kararı bozmuştur.

³¹⁰ Kılıçoğlu, s.100

³¹¹ HGK. 3.4.2002 tarih, 2002/4-198 Esas-2002/255 Karar (yayınlanmamıştır)

III- ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ

A) SALDIRININ NİTELİĞİNE GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ

1. Bilgi Edinme (Sızma)

Kişinin özel hayatına geleneksel yöntemlerden olan, gizlice evine girme, eşyalarını karıştırma, mektup ve diğer belgeleri açma, konuşmaları dinleme, röntgenleme gibi araçlarla sızmak ve bilgi edinmek mümkün olduğu gibi, gelişmiş teknoloji sayesinde çeşitli elektronik ve teknik aletlerle dinleme, gözetleme yapılması (böcekler, teleobjektifler, mini mikrofönlar ve alıcılar, aktarıcılar, hareket algılayıcıları, uzaktan kumandalı kameralar, gece görüş cihazları, casus uydular, kızıl ötesi kameralar, pasif milimetre dalga görüntülemesi, geri saçımlı x ışını cihazları, termal kameralar, kapalı devre televizyon kameraları vb.) da mümkündür.³¹² Burada, özel hayata sızmanın amacı, merak duygusu, bilgilerden kazanç elde etme, zarar verme, delil elde etme, suç önleme gibi özel ve genel nitelik taşıyabilir.³¹³

2. Edinilen Bilgilerin Kaydedilmesi, Kopyalanması, Saklanması

Özel hayata yapılan saldırının bir diğer biçimi de, sızılan alandan elde edilen bilgi, görüntü, ses vb. unsurların kaydedilmesidir. Bu kayıt ile özel hayata saldırı daha bir devamlılık gösterecektir. Kişi bu tür kayıt, kopya ve saklanan bilgiler nedeniyle sürekli tehdit altında tutulacaktır.³¹⁴

3. Edinilen Bilgilerin Yayılması (Aktarılması) Ve Kullanılması

Özel hayata diğer bir saldırı biçimi ise özel hayata saldırıda bulunularak elde edilen bilgilerin rıza dışı başkalarına ifşası, yayılması ve kullanılmasıdır. Kişinin dar anlamda

³¹² Özsunay, s.131; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.419

³¹³ Özsunay, s.130

³¹⁴ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.420

özel hayat veya gizli hayat çevresine giren olayların rıza dışı başkalarına açıklanması hukuka aykırıdır. Bunlar bilgi dışında; resim, mektup, belge vb. de olabilir.

B) SALDIRIDA BULUNANA GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ

1. Devlet Tarafından Yapılan Saldırıları

Özel hayata saldırının resmî nitelik taşıması ve devlet ajanları eliyle yapılması mümkündür. Anayasalarda ve Uluslararası belgelerde özel hayata saldırılar, özel hayatın gizliliği ve saygı gösterilmesinin temel bir hak ve özgürlük olarak tanınması suretiyle korunmak istenmiştir. Devletin, kamu yararı, suçun önlenmesi, ulusal güvenlik, terörün önlenmesi gibi amaçlarla haberleşmeye müdahale etmesi, telefon dinlemesi, konut dokunulmazlığını ihlal ederek arama yapması, karantina uygulamasında bulunması mümkündür. Bunlar temel niteliği itibarıyla saldırı iseler de bu konularda devlete tanınan yetkiye uygun olarak saldırıda bulunulup bulunulmadığı da özel hayatın sınırları çizilmek suretiyle belirlendiğinden; hukuka uygunluğu bu sınırlara göre belirlenir. AİHS. gereği devletler artık bu saldırı nedeniyle AİHM.'de yargılanabilmektedirler. Devletçe özel hayata saldırıda bulunularak zarar verilmesi halinde idari yargıda tam yargı davası açılması mümkündür. Yine devletin sorumluluğunu gerektiren bir durum da özel hayatın korunması yönünde gerekli önlemlerin alınmaması, yani devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. Bu durumlarda idare aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.

10. İdare Mahkemesi bir kararında ³¹⁵Yargıtay'da Daire Başkanı olan davacının resmi telefonunun Ankara Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şubesi yetkilileri tarafından hukuka aykırı olarak dinlenmesi ile haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiği ve bu konuda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu iddiası ile açtığı ve manevi tazminat istediği davada, Anayasanın 22. maddesine aykırı olarak davacının telefonunun yasal olmayacak biçimde oluşturulmuş dinleme odasında , bazı emniyet mensupları tarafından dinlendiği ve ilgililer hakkında Ankara DGM' de soruşturma açıldığını göz önünde bulundurarak, davalı idareye mensup bazı görevlilerce davacının hukuk dışı yollarla dinlenerek haberleşme özgürlüğünün zedelenildiği; davalı idarenin yasal olmayan yollardan telefon dinlenmesi ve bunun sonucunda davacının hak ve özgürlüklerini zedelenmesini önleyecek biçimde gerekli tedbirleri almayarak ağır hizmet kusuru işlediği ve sonucunda tazminatla sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır.

³¹⁵Ankara 10. İdare Mahkemesi, 19.4.2000 tarih, 960-354 (naklen M.Naci ÜNVER:Uygulamada Çıkar amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak,2. Bası (Ankara, 2002),s.95-96

2. Kişiler Tarafından Yapılan Saldırılar

Özel hayata kişiler tarafından, gizli dinleme, gözetleme, sırrın açıklanması, konut dokunulmazlığını ihlal, e-mailleri okuma, resimleri ve mektupları açıklama suretiyle saldırıda bulunulması mümkündür. Bu saldırılar ceza hukuku yönünden suçun konusu, özel hukuk bakımından tazminat vb. hukukî sorumluluğu gerektirir. Devletin ajanları kamusal yetkiyi kullanırken, bu yetkinin sınırı dışına çıkarak kişisel kusurları ile zarara neden olurlarsa, artık bunların eylemleri nedeniyle AN. 129/5. maddesi gereği idare aleyhine değil, adli yargıda ilgili görevli aleyhine (kişi olarak) dava açılması gerekir.³¹⁶ Kişisel kusur; kamu görevlisinin görevi ile ilişkisi olmayan davranışları, görev sırasında ve fakat görevi ile bağdaşmayan kişisel saik ile işlediği, mazur görülemeyecek davranışları ile görevi dışında ama görevi vesilesi ile gerçekleştirdiği davranışlarıdır.³¹⁷ Kişisel kusurun olduğu hallerde kamu görevlisinin eylemi aynı zamanda bir haksız eylem de olacağından, idari eylem ve işlem bozularak idari karakterini kaybetmiş bulunmaktadır.³¹⁸

3. Basın Yoluyla Yapılan Saldırılar

Basın, toplumda ifa ettiği görev nedeniyle ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Bu ayrıcalığı basını devleti ve kamuoyunu etkileyen yeni bir güç olarak karşımıza çıkarır. Basının - yazılı olsun, görsel olsun- anında ve büyük kitlelere ulaşabilmesi özel hayata basın yoluyla yapılacak saldırıların daha özel hukukî şartlara ve düzenlemelere tâbi kılınmasını gerektirmiştir.

Düşünce ve basın özgürlüğünün sınırlarından biri de özel hayatın korunması olduğuna göre, bu iki temel hakkın çoğu zaman çatışması söz konusu olacağından, hangisinin tercih edileceği ayrı bir önem taşımaktadır.

³¹⁶ Y.4. HD. 18.3.2004 tarih,13994-3483 (yayınlanmamıştır)

³¹⁷ GÖZLER, Kemal: İdare Hukukuna Giriş (İzmir,2002), s.278-279

³¹⁸ Eryılmaz, s.288

C) SALDIRIDA KULLANILAN ARACA GÖRE ÖZEL HAYATA SALDIRI BİÇİMLERİ

1. Fiziksel Saldırıları

Özel hayata fiziksel olarak gözetleyerek, dinleyerek, konuta izin dışı girilerek, gizlice belgeleri ele geçirerek fiziki güç kullanarak saldırıda bulunulması mümkündür.

2. Psikolojik Saldırıları

Özel hayata psikolojik saldırılarda bulunarak sızılması da mümkündür. Çeşitli testler (alkol testi vb.), anketler yapılması, yalan makinelerine bağlanma gibi psikolojik gözetleme yöntemleriyle de özel hayata saldırı gerçekleştirilebilir.³¹⁹

3. İnternet ve Bilişim Teknolojileri Yoluyla Yapılan Saldırıları

Başta internet olmak üzere hızla gelişen bilişim teknolojileri özel hayatın alanını neredeyse yok edecek biçimde daraltmıştır. İnternet yoluyla kişinin elektronik mektupları açılabilme, başkalarına gönderilebilme, gizli dosyaları okunabilme, artık hızla bilgisayarın girdiği sağlık, sigorta, vergi, resmî dairelerde kayıtlı bulunan kişisel verilere kolayca ulaşılabilme daha da önemlisi bu bilgiler elektronik ortamda dünyanın dört bir yanına ulaştırılabilmektedir.

Kişisel veriler konusunda diğer saldırı biçimlerinden farklı olarak bunların elektronik ortamda değiştirilmesi veya silinmesi de bir müdahale biçimidir.

Hukukumuzda internet yoluyla yapılan yayın ve hizmetler 4756 sayılı kanunla basın Kanunu kapsamına alınmış ise de bunun yeterli bir koruma getirmediği ve ayrık bir düzenlemeye gerek olduğu tartışılmaktadır.³²⁰

³¹⁹ Özsunay, s.13

³²⁰ Sırabışı, s.152, dipnot 205

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AİHS. VE ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

§ 11. AİHS.'DE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I- AİHS.'NİN ÖZELLİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

AİHS. ve sözleşmeye yapılan ek protokollerle Birleşmiş Milletlerce kabul edilen sözleşmelerdeki "Kişi hakları" ve "Siyasal Haklar" adı altında düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına alınmıştır.³²¹ Sözleşme ve protokollerde düzenlenen haklar sınırlı olup, devletlerce konulan çekinceler ve bazı protokollerin bazı devletlerce imzalanmaması sözleşmenin uygulama alanını daraltmıştır.³²² Türkiye, AİHS.'ni 10.3.1954'de kabul edilen bir yasa ile onaylamış ve onay belgesinin 18.5.1954'de Avrupa Konseyine verilmesi ile sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. 21.4.1987'de İnsan Hakları Komisyonuna "Bireysel Başvuru" hakkını ve 27.9.1989'da İnsan Hakları Mahkemesinin "Zorunlu Yargı Yetkisini" tanımıştır.³²³

Anayasanın 90. maddesinde milletlerarası antlaşmaların onaylanması, TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğu ve son fıkrada usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı belirtilmiştir. Bu madde antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki yeri konusunda iki görüşün ortaya atılmasına neden olmuştur. Antlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğunu savunan görüşe göre³²⁴ yasalar, antlaşma ile eşdeğerdir. Yani milletler arası antlaşmalar yasalar kadar etkilidir. Diğer görüşe göre ise milletler arası antlaşmalar yasaların üstünde hatta anayasala değerdedirler.³²⁵ Oysa AİHM.'nin iç hukuktaki yeri tartışılırken onun şu

³²¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.11

³²² Gözübüyük/Gölcüklü, s.11

³²³ 19.3.1954 gün 8662 sayılı 21.4.1987 tarih, 19438 ve 2.9.1989 gün 20295 sayılı Resmi Gazeteler

³²⁴ MERAY, Seha L: Devletler Hukukuna Giriş, C.II, 4. Bası (Ankara, 1979), s.133; PAZARCI, Hüseyin; Uluslar arası Hukuk Dersleri, C.I, 4. Bası (Ankara, 1995), s.31

³²⁵ AKILLIOĞLU, Tekin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.XLIV, No:3-4 (AİHS), s.155; NAL, Sabahattin:" AİHS.'nin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi", YD, C.28, Sayı:1-2(Ocak-Nisan 2002), s.221

özellikleri de göz önüne alınmalıdır. AIHS., iç hukuku etkileyen, ortak hukuk kuralları koyan, kişileri uluslar arası hukukta hak sahibi yapan, karşılıklılık ilkesine dayanmayan, insan haklarının öncelikle iç hukukça korunmasını amaçlayarak tamamlayıcı bir koruma öngören, hak ve özgürlüklere saygıyı sağlamak üzere yargısal bir denetim mekanizması getirerek, devletlere yaptırımlar öngören, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakları ortak güvenceye alan ve bu amacı müştereken gerçekleştirmeye yönelik, taraf devletlerin hukuk sisteminde doğrudan uygulama gücüne sahip sui generis bir yasa antlaşmasıdır.³²⁶ Buradan AIHS.'nin iç hukuktaki yeri konusunda şu sonuçlara varılabilir; AIHS., milletlerarası sözleşmelerin etkisi konusundaki görüşlere bakılmaksızın, iç hukukun bir parçasıdır. Sözleşmenin 1. Maddesinin yorumlandığı İrlanda- Birleşik Krallık Davasında, mahkemenin belirttiği üzere³²⁷ herhangi bir ulusal düzenlemeye gerek olmadan iç hukukta doğrudan uygulanır. AIHS.'nin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez, hatta AIHM.'de devletin sözleşmeyi yasal mevzuatı ile ihlal ettiği belirlenir ise, mahkeme kararı gereği o mevzuat değişir.³²⁸

Anayasa Mahkemesi ve diğer yargı organlarının AIHS.'ni tek başına bağımsız bir ölçü norm almak yerine, somut olayın özelliğine göre destek ve aydınlatıcı norm olarak kullandıkları görülmektedir.³²⁹

II- AIHS.'NİN KURDUĞU KORUMA SİSTEMİ

A) ORGANLAR YÖNÜNDEN

AIHS.'nin 1.11.1998'de yürürlüğe giren 11. Ek Protokolden önceki düzenleme biçimine göre özel hayat ve diğer hakların korunmasının denetimi için üç organ görevlendirilmekteydi.

³²⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s.13-22

³²⁷ İrlanda-Birleşik Krallık Davası, 18.1.1978, p.238-239, Kararın Türkçe Metni için bkz. Doğru (2003), s.225

³²⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s.21-22; Korkusuz, s.89-92

³²⁹ Nal, s.217; bkz. Anayasa Mahkemesi 1976/43, 1977/4 (naklen AYMKD, S.15, s.117), Danıştay 12. Dairesi 1968-1117-1310 (naklen AYMKD S.32, C.2, s.800-10)

1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

11. Ek Protokolden önce koruma sisteminin en önemli unsuru, sözleşmeye taraf devletlerin sayısı kadar üyeden oluşan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu idi. Komisyonun önemi, denetim sisteminin buraya yapılacak başvuru ile başlaması ve başvurunun kabul edilebilirlik veya reddi konusunda karar almasından kaynaklanıyordu. Diğer denetim ve koruma organları ancak komisyonun esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra devreye girebiliyordu. Bu raporda devletçe sözleşmenin ihlal edilip edilmediği yönünde danışma niteliğinde görüş bildiriyordu. Başvuruyu reddederse, ret kararı kesin olup başvuru bununla sona erer. Komisyon esas hakkındaki raporunu hazırlamadan önce uyuşmazlığın dostane çözüm yoluyla sona erdirilmesi yönünde de çözümler bulabilirdi.³³⁰

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

11. Ek protokolden önce "Divan" olarak adlandırılan mahkeme, taraf devlet sayısınca yargıçtan oluşuyor ve ancak Divan'ın yargı yetkisini kabul eden devletler yönünden Divan'a dava götürülebiliyor yani önceden doğrudan Divan'a dava açma olanağı yoktu. Komisyon raporu üzerine Divan, sözleşmeyi yorumlayarak kararını veriyordu. 11. Ek Protokolle Komisyon ve Divan birleşmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adı altında devamlı görev yapacağı belirtilmiştir.³³¹

3. Bakanlar Komitesi

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşan komite, siyasal organlardan olup, 11. Ek Protokolden sonra, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini izlemek ve bu amaçla işlemler yapmak görevi verilmiştir. Ayrıca Mahkemeden yasal meseleler hakkında tavsiye görüşü de isteyebilecektir.³³²

³³⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s.24-25; Korkusuz, s.94

³³¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.25-26; Korkusuz, s.97-98

³³² Gözübüyük/Gölcüklü, s.30; Korkusuz, s.99-100

B) BAŞVURU HAKKI

AlHS.'nin getirdiği koruma sistemi bir başvuru ile başlar.AlHM'ne AlHS'nin tarafı olan devletler ve bu devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkes başvurabilir.Yetki alanı kural olarak siyasi sınırlar içinde bulunan coğrafi bölgedir.³³³

1. Devlet Başvurusu

AlHS., güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin korunması yönünden sözleşmenin tarafı olan devletleri ayrı ayrı sorumlu tuttuğundan; devletler başka bir devlet aleyhine özne haklarının ihlali söz konusu olmasa veya karşılıklılık ilkesine dayanmasa da başvuruda bulunabilir.³³⁴ Ancak devlet başvuruları sözleşmenin uygulanmasında bireysel başvurular kadar etkin değildir. Bunun en önemli nedeni, bu başvuruların siyasi baskı aracı olarak kullanılmasında ve sayılarının azlığında yatmaktadır.³³⁵

2. Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru hakkı AlHS.'nin en önemli unsuru olup, kişiler devletleri uluslar arası bir mahkemede dava edebilmekte ve devlet aleyhine yaptırım uygulatabilmektedir.

Bireysel başvuru hakkına gerçek kişiler, kişi grupları veya hükümet dışı (kamu gücünü kullanmayan, resmî olmayan) her kuruluş, özel hukuk tüzel kişileri, sözleşme ile korunan hakları çiğnenerek mağdur olmakla sahip olurlar.³³⁶

Bireysel başvuru hakkı ile bir devlet AlHM. önüne çıkarılır. Burada devlet tüm kamu kuruluş ve organlarının eylemlerinden sorumludur. Devletin burada davalı olmasının nedeni sözleşmenin taraf devletlere yüklediği negatif (müdahale etmeme) ve pozitif (hakların kullanılmasını sağlama) yükümlülüklerdir.³³⁷

³³³ Gözübüyük/Gölcüklü, s.53

³³⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, s.32-33; Korkusuz, s.100-101

³³⁵ ibid

³³⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s.36-40

³³⁷ Airey/İrlanda davası, 9.10.1909, p.25,kararın Türkçe özeti için bkz. Doğru (2003),s.407-409

3. Başvuruların İncelenmesi

Başvurular öncelikle kabul edilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadıkları yönünden incelenir, sözleşmenin 35. maddesine göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin son kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde mahkemeye başvurulmuş olmalıdır. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, re'sen nazara alınır.³³⁸ Sözleşmenin 35. maddesine göre, başvurunun imzasız olması, mahkemece daha önce incelenmiş olması veya uluslar arası diğer bir soruşturma ve çözüm merciine sunulmuş başka bir başvurunun esas itibarıyla aynı olması ve yeni olaylar içermemesi, başvurunun sözleşme veya protokol hükümlerinin dışında kalması, açıkça dayanaktan yoksun ve başvuru hakkının suistimali mahiyetinde bulunması halinde kabul edilemez.³³⁹ Mahkeme kabul edilebilirlik konusunda gerekçeli kararını belirtir; kabul edilmezlik kararı ile (kesin olarak) başvuru sonuçlandırılabilceği gibi başvurunun kabul edilmesine de karar verilebilir. Bu halde mahkeme artık işin esasını incelemeye başlayacaktır.³⁴⁰

Esas hakkındaki inceleme aşamasında mahkeme 38. maddeye göre olayları saptamak için soruşturma yapacak ve taraflar arasında dostane çözümle uyuşmazlığın sonuçlandırılması için yardım edecek; taraflar dostane çözüme yanaşırlarsa dava dostane çözümle sona erdirilecektir. (AİHS., 39. m) Ancak dostane çözüme ulaşılamazsa esas hakkında son kararını verecektir.

Esas hakkındaki kararda sözleşmenin davalı devlet tarafından çiğnenip çiğnenmediği, belirlenecek; çiğnendiği kanaatine varılırsa gerekli görülürse AİHS.'nin 41. maddesi uyarınca Hakkaniyete uygun bir surette zarar gören taraf tatmin edilecektir.

Hakkaniyete uygun tatmin, çoğu zaman maddi veya manevi tazminata ya da eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderini içerir. Bazen ihlalin saptanması da uygun tatmin sayılabilir.³⁴¹ Eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda ihlalden doğan sonuçların tam olarak giderilmesinin iç hukukta mümkün olmaması durumunda tazminat gündeme gelecektir. Ayrıca tazmin için talep ve belgelendirme şarttır.³⁴²

AİHS.'nin 41. maddesi tazminata hükmetme ve miktarı belirleme konusunda AİHM.'ne geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Maddi tazminat için nedensellik bağı

³³⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s.62

³³⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. protokol ile değiştirilen metin, Avrupa Antlaşmalar Serisi, No:5, Avrupa Konseyi, 2003, s.20

³⁴⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s.105

³⁴¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.117

³⁴² Sunday Times-Birleşik Krallık Davası, 26.4.1979, p.76, bkz.Doğru (2003), s.319-326

aranacakken, manevi tazminat için ihlalin saptanması ve başvurusunun üzüntü ve sıkıntısı olduğunu varsayarak tazminat miktarı hüküm altına alınır. Tazminatın biçimi ve ödeme şekli yine kararda belirtilir; gerekçeli olan bu karar tefhim, taraflara tebliğ, ayrıca yerine getirilmesini gözetmek için Bakanlar Komitesine gönderilir. Bu karar taraflarca büyük daireye gönderilmez, taraflar Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan ederler veya karardan itibaren üç ay içinde gönderme talebi olmazsa veya 43. maddeye göre Büyük Daireye gönderilme talebi reddedilirse kesinleşir. (AİHS. M.42-44) Yine karar Büyük Daireye giderse, burada verilecek karar kesin olduğundan bu şekilde de karar kesinleşmiş olur. (AİHS., m.44)

III- AİHS. GÖRE ÖZEL HAYATA MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

AİHS.'nin 8. maddesinde ilk fıkrada hak olarak özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiş; sözleşmenin ikinci fıkrasında ise müdahalenin meşruluğu koşulları (hukuka uygunluk nedenleri) sayılmıştır.

Mahkeme kendisine başvuru geldiği zaman iki aşamalı bir inceleme yapacaktır. Birinci aşamada başvuru, AİHS.'de korunan haklardan birinin kapsamına giriyor mu, bunun belirlenmesi ve giriyorsa; devletin, kişilerin haklarına saygı gösterme konusunda pozitif yükümlülüğü var mı ve bu yükümlülük yerine getirilmiş mi bunun belirlenmesi gerekir. İkinci aşamada öncelikle, müdahale var mı bunun belirlenmesi; müdahale varsa burada hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekir.³⁴³

Hukuka uygunluk koşullarına uyulup uyulmadığının belirlenmesi için özel hayata müdahalenin şu unsurlar yönünden incelenmesi gerekir:

Müdahale ikinci fıkradaki meşru amaçlara yönelik mi?

Müdahale kanunlara uygun mu?

Demokratik bir toplumda gerekli mi?

Söz konusu amaçla orantılı mı?³⁴⁴

Şimdi bu unsurları yakından inceleyelim :

³⁴³ Kilkelly, s.8; Gölcüklü/Gözübüyük, s.331

³⁴⁴ Kilkelly, s.24

A) MÜDAHALEDE MEŞRU AMACIN BULUNMASI

Müdahalede bulunması gereken meşru amaç 8/2. maddede sayılmıştır. Buna göre "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için" söz konusu olabilir. Müdahalenin meşru amacını veya amaçlarını ispatlamak davalı devlete aittir. İkinci fıkrada sayılan amaçlar genel nitelik taşıdıklarından davalı devletler kolaylıkla müdahalenin meşru amacını açıklayabilmektedirler. Nitekim, kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması ulusal güvenlik; tutukluların yazışmalarına müdahale edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi amacına yönelik olabilmektedir.³⁴⁵

B) MÜDAHALENİN KANUNLARA UYGUN OLMASI

Müdahalenin kanunlara uygunluğu her şeyden önce müdahalenin yasal bir dayanağı olmasını ifade eder. Bu yasal dayanak, (Kanunun) yeterince kesin olmalı ve kamu otoritesinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlemleri içermelidir. Kanunlar uygunluğun bir diğer gereği ise bu yasal düzenlemenin tahmin edilebilir olmasını gerektirir. Tahmin edilebilirlik, söz konusu kanuna ilgili kişilerce ulaşılabilir olması, yani kanunun varlığından haberdar olmayı ve (bir hukukçunun yardımıyla da olsa) ne demek istendiğini, tereddüte düşmeden anlayabilecekleri biçimde açıkça ifade edilmeyi kapsar.³⁴⁶

C) MÜDAHALENİN DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA GEREKLİ OLMASI

"Gereklilik" kavramı, mahkemeye göre "müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca cevap verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısal olduğunu ima eder"³⁴⁷

Demokratik bir toplum, mahkemece tanımlanmamış, ancak bazı belirgin özellikleri belirlenmiştir. Bunlar; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliktir.³⁴⁸ Sözleşme demokratik bir

³⁴⁵ Kil Kelly, s.28

³⁴⁶ Kil Kelly, s.25; Gölcüklü/Gözübüyük, s.376

³⁴⁷ Olsson-İsveç davası, 24.31988,Karar özeti için bkz. Doğru, s. 911

³⁴⁸ Handside/Birleşik Krallık Davası, p.49, kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru (2003), s.159-180

toplumun ideallerini ve değerlerini koruyup devam ettirme amacı güttüğünden demokratik toplumunda gerekli olanın ne olduğu orantısallık prensibinin uygulanması ile belirlenir. Orantısallık, kişinin sözleşme ile korunan hakları ile genel kamu yararının dengelenmesini ifade eder.³⁴⁹ Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği için: Müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaç olup olmadığı ve yapılan bu müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığının incelenmesi gerekir.³⁵⁰

Sosyal gerekliliğinin saptanmasında mahkeme, devletlere belirli bir takdir hakkı tanımaktadır. Bu takdir hakkı mevcut şartlara, konuya, konunun geçmişine göre farklılık gösterecektir.³⁵¹

§ 12. ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I- GENEL OLARAK ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HUKUKTAKİ KORUMA SİSTEMİ

Özel hayatın korunmasına ilişkin düzenleme Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ile bu düzenlemeler tamamlanmaktadır. Medenî Kanunun 23 ve 24. maddeleri göz önüne alınarak özel hayatın hukukî işlemle saldırılara (rıza dayalı iç korunması - kişinin kendisine karşı korunması) karşı korunması ve üçüncü kişilerin saldırılarına (rıza dışı dış korunma - başkalarına karşı korunma) karşı korunması ayrımı yapılmaktadır.³⁵² Biz de bu ayrımlardan kişinin rızasına dayalı saldırılara karşı korunması - rızası dışı saldırılara karşı korunması biçimindeki adlandırmayı benimseyerek konuyu inceleyeceğiz.

A) ÖZEL HAYATIN KİŞİNİN RIZASINA DAYALI SALDIRILARA KARŞI KORUNMASI

Medenî Kanunun 23. maddesindeki düzenleme ile kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya bunları hukuku ve ahlaka aykırı biçimde sınırlandıramayacağı hüküm altına alınmıştır. MK 23, hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükler açısından koruma sağlamaktadır.

³⁴⁹ Kil Kelly, s.30

³⁵⁰ Kil Kelly, s.30; Yıldız, s.181

³⁵¹ Kil Kelly, s.31

³⁵² Tandoğan, s.5; Özsunay, s.151; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.126 vd.; Öztan (şahsın hukuku) s.141 vd.

Kişi belli hakların süjesi olmaktan vazgeçemez, kendi fiilleri ile hak kazanma ve borç altına girmekten de feragat edemez. Yine özgürlükler de kişinin kişiliğinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Toplum halinde yaşamının gereği bu özgürlüklerden belli oranda fedakârlık yapmayı gerektirir ise de bunlardan tamamen feragat ile özgürlükler son bulacağından bunlardan tamamen feragat mümkün olmadığı gibi, yapılacak kısıtlamaların sınırını da hukuk ve ahlak kuralları oluşturur.³⁵³ Bu madde hükmü gözetildiğinde kişinin özel hayat çevresi veya gizli hayat çevresindeki hakkından tamamen feragat etmesi; bu feragatı içeren sözleşmeler yapması mümkün değildir. Ancak kişi özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı üzerinde bir takım kısıtlamalar yapabilir. Bu hakka sözleşme ile üçüncü kişilere bu alanı açma yönünde kısıtlama getirebilir. Kişinin bazı resimlerini, mektuplarını, özel hayatına ilişkin bazı detayları başkalarına sunması; kitap, TV programı, habere konu edilmesine rıza gösterilmesi mümkündür. Ancak burada sınırın hukuka ve ahlaka aykırılık olduğunun unutulmaması gerekir.

1. Rızâ Koruma

Gerek AİHS. hukuku, gerek "özel hayat"ın "gizlilik" unsuru yanında bazı önemli kararları alırken (ki beden bütünlüğüne ilişkin kişisel kararlar da buraya dahildir.) bağımsız olma menfaati, yani "özerklik" unsuru da göz önüne alındığında; kişinin beden bütünlüğüne ilişkin olarak alacağı kararlar da özel hayatının bir parçasıdır. Özel hukuk açısından düşünüldüğünde bu eylemler bir yönüyle maddî kişilik değerleri, diğer yönüyle özel hayatın kapsamında yer alır. Dar anlamda özel hayat veya gizli hayat çevresi gibi bir alanda olan olaylar üzerinde söz sahibi olan ve inisiyatif kullanan kişinin, en önemli varlığı olan bedeni ve vücut tamlığı üzerinde söz sahibi olmaması ve bazı kararları alırken bağımsız olmaması düşünülemez. Vücut bütünlüğüne yönelik başkalarının eylemleri yönünden genel kişilik hakkı koruma sağlarken, bu alan üzerinde rıza ile yapılacak müdahaleler ve bazı kararların alınması ise kişinin özel hayatının koruması altındadır.

Medeni Kanunun 23/son maddesinde yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğunu; ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece verilen rızanın hangi şartlarda ve durumlarda geçerli olacağı belirlenmiştir. Aynı konuda 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki" kanunda da çeşitli

³⁵³ Öztan, s.262; Öztan (şahsın hukuku), s.141; Helvacı, s.18; Sırabaşı, s.60

düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kanunun 5. maddesine göre on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. Başka bir deyimle bu kişilerin vefî veya vasileri izin verse de kişiden organ ve doku alınamaz.³⁵⁴ Kişi rızası alınmadan ölmüş ise eşi, ergin çocukları, ana ya da babası yahut kardeşlerinin rızası ile organ alınması mümkündür. (2238 sk. m.9) Bu izin her zaman MK 23/son maddesi gereği geri alınabilir. 2238 sayılı kanunda hekimin, organ ve doku alınacak kişiye, doğabilecek tehlikeler ve bunun tıbbî, psikolojik, ailevî ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermesi zorunluluğu getirilmiştir. (m.7) Böylece kişinin yaşamını tehlikeye sokucu girişimlerde bulunması önlenmek istenmiştir. Burada rızanın geri alınması durumunda artık maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz. 23. maddede insan kökenli biyolojik maddeler deyimini kullanılmış olup, buradaki düzenleme beden bütünlüğüne yönelik tüm girişimler için de geçerli sayılmalıdır.³⁵⁵

2. Özel Hayatın Kişinin Rızası Dışı Saldırlara Karşı Korunması

Özel hayat, diğer kişilik haklarında olduğu gibi, çoğu zaman rıza dışı, yani üçüncü kişilerce saldırıya uğrar. Türk-İsviçre özel hukuk sisteminde kişilik hakkı genel bir koruma hükmü ile dıştan gelecek saldırılara karşı korunmuştur. Özel hayat Medenî Kanun'da özel bir madde ile koruma altına alınmamıştır.

Genel korumaya ilişkin düzenleme şu biçimdedir.

MK 24- "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı, zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

MK 25- "Davacı hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

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

³⁵⁴ Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s.439

³⁵⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.439

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

BK 49- “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı biçimde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

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

Bu düzenlemelerden yola çıkarak, özel hayatı koruyucu davaları ve özel hayata müdahale edilmesi durumundaki hukuka uygunluk nedenleri üzerinde bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak durulacaktır.

II- ÖZEL HAYATIN DAVA YOLU İLE KORUNMASI

Kişilik hakkına saldırıda bulunulması veya bu hakkın saldırı tehdidi altında bulunması durumunda başvuruabilecek hukukî yollar kişilik hakkını koruyucu davalardır. Bunlara, özel davalar da denir.³⁵⁶ Bunlar, saldırıyı önleme, saldırıyı durdurma, hukuka aykırılığın tespiti, kararın ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesi veya düzeltmedir. Bunlardan başka maddi tazminat, manevî tazminat ve kazancın iadesi davaları ise genel davalardır.³⁵⁷

A) KORUYUCU DAVALAR YOLU İLE KORUMA

Özel davalar, özel hayata henüz saldırı başlamadan veya sona ermiş bir saldırının tekrarı tehdidi söz konusu ise veya başlamış ve süren, dava anında da mevcut olan ya da

³⁵⁶ Eren, s.774; Öztan, s.268 vd.; Helvacı, s.79

³⁵⁷ Eren, s.724; Öztan, s.271 vd.; Helvacı, s.79

saldırı sona ermiş fakat buna rağmen etkileri devam eden hallerde açılan davalardır.³⁵⁸ Bu davalar başlamamış saldırıyı önlemek, devam eden saldırıyı sona erdirmek ya da saldırının etkisini ortadan kaldırma amaçlıdır. Bu davalar için hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olması yeterlidir; ayrıca kusur şartı aranmaz. Bu davalara yakından göz atarsak :

1. Saldırının Önlenmesi Davası

Halen mevcut olmamakla birlikte bir takım eylem ve belirtilerden çok yakın bir tarihte saldırının gerçekleşeceği hallerde veya saldırıya uğranılmış olup da bunun devam edeceği anlaşılan durumlarda önleme davası açılır.³⁵⁹ Burada aranacak saldırı tehdidi, ciddi ve yakın olmalıdır. Bunun takdiri Hakim'e aittir.³⁶⁰ Örneğin bir gazete veya televizyon, bir kişinin özel hayatına ilişkin bir konuda yapılacak açıklamanın reklam niteliğinde birkaç gün önceki yayınlarda duyurulması gibi durumlarda saldırının önlenmesi davası ile davalıya "yapmama" yükümlülüğü yüklenir. Bu davanın amacı saldırının oluşmasını önlemedir. Önleme davası da niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Burada kusur aranmaz.³⁶¹

Önleme davasının amacı, hukuka aykırı olan özel hayata saldırı niteliğindeki eylemi engellemek veya bunun tekrarına engele olmaktır. Yoksa saldırının sonucuna ilişkin değildir.³⁶²

Önleme davası genel davalardan saldırı gerçekleşmeden önce ve saldırı niteliğindeki eyleme yönelik olması; genel davaların ise saldırı gerçekleştikten sonra saldırıya uğrayan kişinin saldırıdan önceki duruma getirilmesi amacını taşıması ve saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması bakımından ayrılır. Ayrıca burada genel davalardaki kusur şartı da aranmaz. Önleme davası, koruyucu davalardan olan durdurma davasından, davanın açılma zamanı, amacı ve sonucu bakımından farklıdır. Önleme davasında henüz gerçekleşmemiş bir saldırı söz konusu iken, durdurma davasında başlamış ve devam eden bir saldırı mevcut olmalıdır. Dolayısıyla durdurma davasının amacı saldırıyı önleme değil, sona erdirmedir. Önleme davasındaki yapmama biçimindeki emir yerine burada, mevcut tecavüzün ortadan kaldırılması sonucu doğar.

³⁵⁸ Öztan, s.268; Helvacı, s.175

³⁵⁹ Egger-Çernüs, s.310; Helvacı, s.28; Kartal, s.127; Öztan, s.269; Dural, s.150; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.528; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.145; Özsunay, s.159; Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek kişiler hukuku, 6. bası, (İstanbul, 1992), s.272; Kılıçoğlu, s.195; Oğuzman/Öz, s.520; Akipek/Akıntürk, s.417

³⁶⁰ ibid

³⁶¹ Öztan, s.269; Serdar, s.251; Aydın, s.203; Kılıçoğlu, s.200-202; Kartal, s.127

³⁶² ibid

Önleme davası, saldırının tespiti davasından eda davası olması nedeniyle ayrıldığı gibi; tespit davasında sona ermiş, fakat etkileri devam eden saldırı söz konusu olması, tespit davasının amacının etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığını tespit ile etkisini ortadan kaldırmaya yönelik olması yönlerinden de ayrılır.³⁶³

Önleme davası, eda davası niteliğinde olduğundan alınan karar İcra İflas Kanunu gereği icra edilebilir. Mahkeme kararının yerine getirilmemesi İLK. m.343 gereği sorumluluğu gerektirir.³⁶⁴

2. Saldırının Durdurulması Davası

Başlamış olan saldırının ortadan kaldırılması için açılacak dava saldırının durdurulması davasıdır. Burada özel hayata yönelmiş ve halen devam etmekte olan saldırının varlığı gereklidir. Saldırı bitmiş ise veya henüz başlamamışsa durdurma davası açılamaz. Saldırı davanın açıldığı anda mevcut bulunmalıdır.³⁶⁵ Saldırı sona ermişse, dava konusuz kalacaktır. Burada durdurma davasının hedefi devam etmekte olan hukuka aykırı durumun sona erdirilmesidir. Durdurma davası da niteliği itibarıyla bir eda davasıdır.³⁶⁶ Bu dava ile devam eden saldırı sona erdirilerek daha ağır zararların meydana gelmesi engellenir. Bu nedenle de amaç geçmişe değil geleceğe yöneliktir.³⁶⁷

Durdurma davasının pratikte yarar sağlaması bazı şartların varlığını gerektirir. Çoğu zaman basın vb. yolla özel hayata müdahalede bulunulmuş ise, durdurma davası açarak, bu eda davasının sonucunun beklenmesi zarar görenin mağduriyetine neden olabilir. Bu nedenle durdurma davasının tek başına açılması değil, MK. 25. maddedeki düzeltmenin veya kararın yayınlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi istemlerinin de birlikte istenmesi somut faydayı sağlayacaktır. Çünkü çoğu zaman özel hayata müdahale niteliğindeki bir saldırıda yayın, yazı, ifşa vb. eylemleri ile maddi saldırı sona ermekte ise de; bu fiillerin başkalarının zihninde oluşturacağı fikirler bakımından belli bir değer yargısı oluşturulmak suretiyle saldırı devam edecektir. Bu gibi durumlarda durdurma davası tek başına maddi saldırıyı ortadan kaldıramasa bile, bu değer yargılarının durdurma davası

³⁶³ Helvacı, s.175-176; Kılıçoğlu, s.201-202; Öztan, s.267; Tekinay, s.272

³⁶⁴ Serdar, s.255; Kılıçoğlu, s.205; Kartal, s.227

³⁶⁵ Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.130; Serdar, s.255-257; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.142; Akipek/Akıntürk, s.415; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.526; Aydın, s.205-209; Dural, s.144; Öztan, s.268; Oğuzman/Öz, s.520

³⁶⁶ Aydın, s.205; Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.176; Serdar, s.256; Y. 4. H.D. de 12.2.2002 tarih, 13107-1612 sayılı kararında (yayınlanmamıştır) tecavüzün durdurulması istemini ihtiyati tedbir olarak nitelendiren mahkeme kararını bozmuş, Saldırı niteliğindeki ve devam eden yayınların durdurulması talebinin uyumsuzluğun esasdan çözümlenmesini içeren bir dava eda davası niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

³⁶⁷ Aydın, s.205; Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.176; Serdar, s.256

ile birlikte istenebilecek yukarıda sayılan yollarla izolesi mümkündür.³⁶⁸ Kanaatimizce, saldırı haberin yayını, yazının basılması, TV programında açıklamanın yapılması gibi durumlarda davanın açıldığı tarihte var ise de durdurma davası, sonuna kadar çoğu zaman dava konusuz kalmaya mahkumdur. Uygulamada durdurma davası ancak kitap basımı seri halde yapılan yayınlar, internet sitelerindeki saldırılar vb. açısından fayda sağlayacaktır. Saldırının kişilerin zihinlerinde süren kısmının ortadan kaldırılması ise ancak, kararın veya düzeltmenin yayınlanması ya da üçüncü kişilere duyurulması ile mümkün olacaktır.

Durdurma davasında verilecek karar ile hukuka aykırı durum ortadan kaldırılır. Burada, hukuka aykırı durumu yaratan açıklama aracı veya açıklamanın içeriğine yönelik olarak karar verilebilir. Açıklama aracına yönelik durdurma kararı ile kitabın satıştan çekilmesi, baskılarının durdurulması, saldırı niteliğindeki kısmın kitaptan çıkarılması vb. şekillerde hüküm verilmesi mümkündür. Açıklamanın içeriğine yönelik, kişilerin zihinlerinde oluşan değer yargılarının yıkılması için mahkemece MK. m. 25 gereğince düzeltme ve kararın yayınlanması ve üçüncü kişilere duyurulmasına da karar verilebilir.³⁶⁹

Kartal, uygulama açısından daha pratik bir yol olan ihtiyati tedbiri önermekte; kişilik haklarına (bu bağlamda özel hayata) saldırıda bulunulması ihtimali olan veya saldırının devam ettiği durumlarda kişinin hakimden saldırının durdurulmasını tedbiren isteyebileceğini belirtmektedir. "Böyle bir talep Anayasa'nın 28/6 fıkrasında yer alan, hakim'in olaylar hakkında yayın yasağı koyamayacağı" kuralına aykırı düşmez. Çünkü aynı fıkra, "kanunla belirtilecek sınırlar içinde hakim tarafından verilecek kararlar saklı kalmak üzere" ilkesi de yer almıştır. Kaldı ki, kişilik hakkı saldırıya uğrayanın, bu saldırı basın yoluyla da olsa durdurulmasını istenmesi en doğal hakkıdır. Durdurmanın gerekli olup olmadığının takdiri hakime aittir. Böylece zararın artması da önlenmiş olur. Bu gibi hallerde tedbir kararının itiraz halinde HUMK'daki usullere göre incelenip kaldırılmasının istenmesi de mümkündür. Böylelikle acilen tedbir kararı ile verilen hukukî sonucun yeniden gözden geçirilmesi de sağlanmış olacaktır.³⁷⁰ Kanaatimizce de ihtiyati tedbir kararı ile pratikte durdurma davası yolu ile elde edilecek menfaat temin edilebilir. Bir eda davasının, yargılama sürecinin uzunluğu nedeniyle meydana gelebilecek olumsuz durumlar tedbir kararının çabukluğu ile ortadan kalkacaktır.

Durdurma davasında kusur aranmayıp, amacının genel davalarda olduğu gibi saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmak değil, saldırı durumunun devamına son vermektir. Tazminat davaları bu yönüyle zarar görenin saldırıdan önceki durumunun geriye döndürülmesine yönelik olup, durdurma davası daha ziyade ilerde doğacak

³⁶⁸ Benzer fikir için bkz. Öztan, s.271; Kılıçoğlu, s.210

³⁶⁹ Kılıçoğlu, s.213

³⁷⁰ Kartal, s.126

saldırı ve zararlara engel olmaya yöneliktir.³⁷¹ Yine tespit davasından durdurma davası, eda davası niteliğinde olduğundan ayrılır.

Durdurma davası da icra iflas kanunu gereği icra edilebilir. İcra kararının yerine getirilmemesi İİK 343.maddesinde yaptırıma bağlanmıştır.³⁷²

3. Tespit Davası

Saldırı sona ermesine rağmen etkisinin devam ettiği durumlarda, bu saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir. Ancak gerek öğretide kabul edildiği gerek uygulamada rastlandığı biçimde saldırının sona ermesi beklenmeksizin; özel hayata müdahalede bulunulması halinde, bir saldırının varlığı ya da saldırıda bulunulacağını belirlemek amacıyla tespit davası açılabilir.³⁷³ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda genel nitelikli bir tespit davası düzenlenmemiştir. Buna rağmen öğreti ve yargı kararları ile tespit davasının açılmasının mümkün olduğu yönünde görüş birliği oluşmuştur.³⁷⁴ Genel tespit davasının açılabilmesi için istemde bulunanın bir hakkının veya hukuki durumunun mevcut bir tehlike ile tehdit edilmesi gerekli olup, bu tehdit ciddi olmalı; bu tehdit sebebiyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu durum istemde bulunan için zarar verici nitelikte bulunmalı, ayrıca yalnızca tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldırılabilecek olması şartları aranır. Aynı zamanda her davada aranması gereken hukuki yarar tespit davasında da aranacağı gibi, istemde bulunanın hakkını başka dava çeşitlerinden biriyle sağlayabildiği, dolayısıyla, eda davası açabileceği hallerde tespit davası açılmayacaktır.³⁷⁵ Konumuz olan koruyucu davalardan tespit davası, anlatılan genel tespit davasının kendi şartlarına tâbi özel bir türüdür. Burada da kişinin tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmalı, yani tespit davası ile istediği hukuki korumayı diğer dava çeşitlerinden biriyle sağlayamıyor olmalıdır. Kişinin eda davası açması mümkün ise, artık aynı konuda tespit davası açamaz. Çünkü her eda davasında, zaten eylemin hukuka aykırılığı tespit olunacaktır.³⁷⁶

Tespit davası için kusur şartı aranmaz, bu nedenle onu manevi tazminatın belli bir türü olarak kabul etmek mümkün değildir.³⁷⁷ Yargıtay 4. HD.'de bir kararında; kişilik

³⁷¹ Kılıçoğlu, s.208; Aydın, s.208; Helvacı, s.176

³⁷² Kılıçoğlu, s.214; Aydın, s.209

³⁷³ Helvacı, s.132; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.529-530; Kartal, s.127; Aydın, s.230; Tekinay, s.273-274; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.14; Akipek/Akıntürk, s.418

³⁷⁴ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, II.Bası (Ankara, 1999), s.264-266

³⁷⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.266; Kartal, s.127

³⁷⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.266-267; Kartal, s.127; Serdar, s.247; Dural, 160; Helvacı, s.134

³⁷⁷ Kılıçoğlu, s.194; Serdar, s.248; Aydın, s.210; Dural, s.159

haklarına saldırı nedeniyle manevî tazminat ve kararın yayınlanmasını isteyen davacı istemi konusunda yerel mahkemece verilen kararda, hukuka aykırılığın tespiti ve yayın talebinin reddine dair kararı bozmuştur. Bozma ilamında daire, davacının manevî tazminat isteminin eda davası niteliğinde olduğunu; bu istemin hem hukuki ilişkinin tespiti hem de eda hükmünü içermesi ve bir edanın yerine getirilmesine ilişkin yaptırımını belirleyeceği; ancak başlı başına tespit hükmünün bu yaptırımını içermemesi bakımından manevî tazminatın yerine geçemeyeceğini belirtmiştir.³⁷⁸ Aynı kararda Salim Öztuna tarafından yazılan karşı oy yazısında ise; BK 49/3. maddesinde hakime tazminat yerine zararı başka bir şekilde tazmin konusunda verilen yetki gereği; gerekirse "haberin hukuka aykırılığının tespitine" şeklinde karar verebileceği; bunun somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği şeklinde görüş bildirilmiştir.

MK. 25. maddesi tespit davası ile birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını da isteyebilecektir. Ancak burada yayın ya da bildirim yönündeki karar bir eda hükmünü içerecek olup, artık tespit hükmünden söz edilemez. Bu durumda durdurma davasının başka bir şekli karşımıza çıkacaktır.³⁷⁹ Bu nedenle artık manevî tazminat davası için gerekli olan kusur şartı aranmayacaktır.

Tespit davası, başka biçimde özel hayata saldırı nedeniyle dava açılması mümkün değilse başvurulabilecek bir davadır. Bu nedenle pratikte çok başvurulmayan hatta çok da önemli bulunmayan bir yoldur.³⁸⁰ Bu dava çoğu zaman kişinin eda davası açabilecekken tespit davası açamayacağı gerekçesiyle redde mahkum bir istemdir. Ancak, saldırı sona ermesine rağmen önleme ve durdurma davası açılmayacağı, saldırıda bulunanın kusuru olmadığından tazminat davasının da açılmayacağı hallerde, kişinin duyduğu manevî acıyı hafifletmek amacıyla tespit davası açılabilir. Ancak alınan karar, eda hükmünü içermez. Saldırı başkalarında oluşan değer yargılarının yıkılması ise ancak yayın ve bildirimin de birlikte hüküm altına alınması ile mümkündür.

4. Düzeltme, Bildirim Veya Kararın İlanı

Özel hayatına saldırıda bulunulan kişi saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması veya saldırının hukuka aykırılığının tespitinin yanında Medeni Kanun'un 25. maddesi gereğince bu istemlerle birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayınlanmasını istemesi olanaklıdır. Medeni Kanun değişikliğinden önceki 24/a maddesinde sadece "gerekliyse kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere

³⁷⁸ Y. 4.HD. 29.11.2001 tarih,7735-11981 (yayınlanmamıştır)

³⁷⁹ Kılıçoğlu, s.214

³⁸⁰ ÖNGÖREN, Gürsel/AVŞAR, Zakir: Radyo ve Televizyon Hukuku (Ankara, 2003), s.160

bildirilmesi”nin istenebileceği hükmü yer almakta iken, artık düzeltilmenin de yayınlanması da istenebilecektir. Bu yolları incelersek:

5. Kararın İlanı Ve Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Hakim, uyuşmazlık konusunda verdiği kararın tamamı veya bir kısmının yayınlanmasına veya üçüncü kişilere bildirilmesine hükmedebilir.³⁸¹ Kararın ilanı (yayınlanması) bağımsız bir dava olmadığından ancak diğer davalarla birlikte istenebilir.³⁸² Hakim gerekli görürse bu istemi kabul yoluna gidecektir.

Kararın ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre,³⁸³ böyle bir istem BK 49. maddesi anlamında manevi tazminatın bir şeklidir. Bu nedenle manevi tazminatın koşulları olduğu takdirde yayına (ya da bildirim) hükmedilebilir.

Yargıtay 4. HD.’nin de benzer görüşü benimsediği, gerek eski kararlarında³⁸⁴ gerek yeni kararlarında³⁸⁵ hakim BK 49. maddesi gereği tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırıma veya ilave bir yaptırıma karar verebileceği; yaptırımın türünü serbestçe belirleyeceği ancak bunun somut olaya uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle tazminatın aynen hüküm altına alınması durumu hariç yayın talebine de karar verilebilir. Hatta eski tarihli bir karara³⁸⁶ göre, bunun için davacı tarafın istemde bulunmasına bile gerek yoktur. Yeni tarihli bir kararda ise tazminatın kısmen hüküm altına alınması bile yayın talebine engeldir. Çünkü manevi tazminata ilişkin hükümle hem hukuka aykırılık saptanmış hem de manevi tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır.³⁸⁷

Kanaatimizce, yayın talebi ile manevi tazminat istemi mutlak olarak birbiri yerine ikame edilemez. İster aynen ister kısmen manevi tazminata hükmedilsin, istem varsa ek

³⁸¹ Öztan, s.270; Helvacı, s.137 vd.; Serdar, s.262; Aydın, s.212; Kılıçoğlu, s.214; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.531 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.147 vd.

³⁸² Helvacı, s.139

³⁸³ Franko, s.165 vd.

³⁸⁴ 11.5.1973 gün 1972/7158-5969 (yayınlanmamıştır.)

³⁸⁵ Y. 4. HD. 24.4.2000 tarih 3115-3851 (yayınlanmamıştır)

³⁸⁶ Y. 4. HD. 11.5.1973 tarih, 7158-5969 (yayınlanmamıştır). Bu kararda daire “BK. 49. maddesinin son fıkrasında kişilik haklarının halele uğraması halinde, hakim manevi tazminata para olarak takdir ve hükmedebileceği veya başka bir tazmin suretini ekleyebileceği kuralı yer almıştır. O halde hakim davacı davasında ileri sürmese de bu eklemeyi yapabilme hakkını taşımaktadır...O halde belli bir para takdiri ve ayrıca hakim davada istek bulunmadığı halde kararın yayınlanmasını üstün tutan kararı yasaya ve uygulamaya uygundur” demektedir.

³⁸⁷ Y. 4. HD. 23.1.2001 tarih, 2392-3476 (yayınlanmamıştır) sayılı kararda “ Mahkemece istenen tazminatın kısmen hüküm altına alınması ile davalıların hukuka aykırı eylemlerinin sabit olduğu belirlenmiş, böylece hem hukuka aykırılığın saptanmış olması ve hem de yararına tazminata hükmedilmekle davacının tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır” denilmek suretiyle yayına ilişkin karar doğru bulunmayarak karar düzeltilerek onanmıştır.

olarak yayına da hükmedilebilir. Çünkü manevi tazminatla kişinin manevi yönden tatmin duygusu sağlanıyorsa da; hukuka aykırı olarak özel hayata saldırının özellikle basın yoluyla yapılması durumunda üçüncü kişilerin kafalarında oluşan değer yargısının ortadan kaldırılmasını en iyi temin edecek yol, ancak kararın yayını olacaktır. Ancak eski tarihli kararda olduğu gibi, talep olmadan yayın konusunda hüküm kurulması çoğu zaman, özel hayat söz konusu olduğunda davacının (aynı mahrem olayın yeniden gündeme gelmesi şeklinde) aleyhine olabileceğinden mutlaka, talepte bulunma şartı da aranmalıdır. Nitekim Yargıtay da daha sonraki kararlarında yayın talebi olmadan re'sen hükmün ilanına karar verilemeyeceğini benimsemiştir.³⁸⁸

Kılıçoğlu'na göre yayın talebi, durdurma davasının bir şeklidir.³⁸⁹ Bu yolla özel hayat daha etkin korunacak, burada manevi tazminatta olduğu gibi kusur şartı aranmayacak; yayın kararı ile olumsuz değer yargıları yıkılacaktır.

Helvacı ise, yayın kararını ve üçüncü kişilere bildirme ilişkin istemi ancak özel davalarla birlikte istenebilecek ve tedbir nitelikli istem olarak nitelendirir.³⁹⁰ Kanaatimizce yayın veya üçüncü kişilere bildirme istemi özel davalarla birlikte açılabilir, kendi başına dava konusu edilemeyecek; saldırının başkalarınca öğrenilmesi durumunda, başkalarının değer yargılarında aklanmasına olanak tanıyan; kusur şartı aranmayacak nevi şahsına münhasır bir durdurma davasıdır.

Yayın ve bildirme talebinin hangi davalarla birlikte istenebileceği yönündeki belirsizlik, yeni medenî kanun değişikliği ile sona ermiş; tüm özel davalarla istenebileceği açıklığa kavuşmuştur.

MK. 25/II. Maddesindeki yayın talebi ile BK 49. maddesinin son fıkrası gereği hakime tanınan yetki gereği kınama kararının yayınlanmasına ilişkin talebi birbirinden farklıdır. Burada manevi tazminata ilave olarak, tamamen manevi tazminatın koşullarına bağlı olarak hükmün yayınlanması talebi söz konusudur. Oysa yayın ve bildirme talebi, özel davaların koşullarına tâbidir.³⁹¹

Yeni düzenleme ile kararın yanı sıra, düzeltmenin de yayınlanıp bildirilebileceği hükmü mevzuatımıza girmiştir. Davacı kendi hazırladığı veya düzelttiği bir metnin yayınlanmasını hakimden isteyebilir. Mahkemece düzeltme metni incelenerek hakim onayı ile yayınlanır. Böylece üçüncü kişilerde oluşan yanlış değer yargıları davacının bu düzeltme metninin yayını ile ortadan kalkacaktır.³⁹²

³⁸⁸ Y.4.HD. 15.12.1994 tarih 8455-11211(naklen Çetin,s.358-359)

³⁸⁹ Kılıçoğlu, s.213-214

³⁹⁰ Helvacı, s.139

³⁹¹ Benzer fikir için bkz. Serdar, s.263; Helvacı, s.138

³⁹² Helvacı, s.138

Kanaatimizce MK. 25/II maddesinde düzenlenen düzeltme istemini Radyo ve Televizyon Kanunu gereği Sulh Ceza Mahkemesinden istenen cevap ve düzeltme isteminden farklıdır. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile saldırının hukuka aykırılığı tespit edilmemekte, sadece kişi yayın yoluyla yapılan saldırı konusunda yayına cevap verip kendi görüş ve değerlendirmelerini bildirmektedir. Bu nedenle cevap ve düzeltme hakkının kullanılmış olması, düzeltme ve kararın yayını veya bildirilmesi istemine engel değildir.³⁹³

Düzeltilme ve kararın yayın ya da bildirilmesine ilişkin kararda bu yayın ya da bildirimin nerede nasıl gerçekleşeceği ayrıntılı olarak belirlenmeli; yayın biçimi konusunda geniş takdir hakkı tanınmalıdır. Hükmün kısmen ya da bir bölümünün yayınlanması mümkündür. Burada saldırının niteliği, ulaştığı kitle, haberin yer aldığı sütun, yayın saati vb. unsurlar göz önüne alınmalıdır. Doktrinde aşağıdaki şekillerde yayın yapılabileceği savunulmaktadır. Kararın süreli bir yayında yayınlanması, kitap vb.'ye ek olarak konulması, afiş yolu ile duyurulması, (belirli kişilere) mektup şeklinde yollanması, bilgisayar ile ulaştırma, radyo ve televizyon yolu ile duyurma vb.³⁹⁴ Kararda, yayın ya da bildirim giderlerinden hangi tarafın sorumlu olduğu da belirtilmelidir. Bu hükmün yerine getirilmemesinde de İLK. 343. maddesi gereğince yaptırım uygulanacaktır.

6. Cevap ve Düzeltme Hakkı

Cevap ve düzeltme hakkı, Anayasa'nın 32. maddesinde kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınacak ve kanunla düzenlenecek bir hak olarak koruma altına alınmıştır. Kişinin özel hayatına müdahale niteliğinde yayın yapılmışsa yayınlı kişinin aynı zamanda şeref ve haysiyetine saldırılmış ya da yanlış bilgi verilmişse kişi aynı yolla kendini savunma hakkına sahiptir. Böylece yayının zararlı sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Anayasadaki bu düzenlemenin dayanağı, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 8. maddesi olup,³⁹⁵ Anayasa'da belirtilen kanuni düzenleme ise Basın

³⁹³ Benzer fikir için bkz. Serdar, s.265

³⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.148; Dural, s.153; Helvacı, s.143

³⁹⁵ Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi 8. maddesi "Cevap Hakkı" başlığını taşımakta olup madde içeriği şöyledir: " 1. Her bir ileten Taraf, milliyet veya ikametgahtan bağımsız olarak her gerçek veya tüzel kişinin madde 5 kapsamında kendi kaza dairesi dahilindeki bir yayıncı tarafından iletilen programlarla ilgili olarak bir cevap hakkını kullanma veya diğer bir bezeri yasal veya idari yollara başvurma fırsatına sahip olmasını temin edecektir. Özellikle, cevap hakkının kullanımının zamanlamasının ve diğer düzenlemelerinin bu hak etkin bir şekilde kullanılabilir şekilde olmasını temin edecektir. Bu hakkın veya diğer benzeri yasal veya idari yolların etkili kullanımı hem zamanlama hem de usul açısından temin edilecektir.

2. Bu amaçla, program hizmetinin veya bu program hizmetinden sorumlu olan yayıncının adı program hizmetinin içinde uygun yolla düzenli aralıklarla belirtilecektir".

Kanunu'nun 19 ve Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesi ile³⁹⁶ Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 28. maddeleridir.

Basın Kanunu 19. maddesindeki cevap ve düzeltme hakkı mahkemeye başvurmadan doğrudan doğruya sorumlu kişiye başvurmayı gerektiren ve buraca cevap ve düzeltme hakkı yayınlanmazsa mahkemeye başvuru imkanı tanıyan bir düzenleme içermektedir. Buna göre 4756 SK. ile değişik 19. maddesine göre, bir kişinin şeref ve haysiyetinin rencide edilmesi veya kendisiyle ilgili yalan haber yapılması veya hakaret edilmesi ya da sövülmesi ya da gerçeğe aykırı hareket, düşünce ve söz izafesi suretiyle yayın yapılması halinde, kişi yayının yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde imzasını taşıyan cevap ve düzeltme yazısını süreli yayının sorumlu müdürüne verecek veya gönderecek; sorumlu müdür bu yazıyı aldıktan itibaren üç gün içinde yayının sahibine bildirir ve inceler; yayınlanmasına karar verdiği takdirde inceleme süresinin bitiminden sonra çıkacak ilk nüshada metne hiçbir görüş ve işaret katmaksızın aynen ve tamamen yayınlamaya mecburdur. Yayın birden fazla yerde basılıyorsa, bu metin yazının yayınlandığı ve dağıtıldığı yerdeki baskısının tüm nüshalarında yayınlanacaktır. Cevap ve düzeltme metni zamanında yayınlanmazsa, yayınlanması gereken tarihten itibaren yirmi gün içinde bulunulan yer sulh ceza hakimine başvurulabilir. Sulh Ceza Hakimi iki gün içinde gerekli incelemeyi yaparak verdiği kararı ilgililere tebliğ eder. Bu karara karşı ilgililer dört gün içinde Asliye Ceza Mahkemesine itiraz edebilirler. Asliye Ceza Hakimi cevap ve düzeltmenin yayınlanmasına karar verirse, kesin nitelikteki bu karara binaen alındığı tarihi izleyen üç gün içinde veya günlük mevkute değilse ilk çıkacak nüshada cevap ve düzeltme metninin yayınlanması zorunludur. Basın Kanunu 19. maddesinde cevap ve düzeltmenin şekli şöyle belirlenmiştir: Cevap ve düzeltmenin öncelikle, cevaba sebebiyet veren yazının yayınlandığı sayfa ve sütunda veya bunların eş değerinde, okumayı güçleştirmeyecek şekilde, imla kurallarına uygun olarak, eş büyüklükte ve eş karakterde harflerle, cevap ve düzeltmeyi gerektiren yazı için başlık yapılmış ve resimler konulmuş ise, cevap veya düzeltmede tespit edilecek başlık ve resmin de yayınlanması gerekir. Cevap ve düzeltmenin bu maddedeki şekil şartlarına uymaması halinde de yayın tarihinden itibaren yirmi gün içinde Sulh Ceza Hakimine başvurularak bu şekil şartlarına uygun yayın yapılması sağlanabilir. Bu karara karşı da Asliye Ceza Mahkemesine dört gün içinde itiraz mümkün olup; verilecek karar artık kesindir. Şekil şartlarına uyulmadığı takdirde her defasında her aykırı davranış için aynı kanunun 29. maddesindeki ceza yaptırımını uygulanacaktır.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Burada süreler yönünden farklılıklar mevcut olup, yayın yapan taraf TRT kurumudur. Kişi yayın tarihinden itibaren yedi gün içinde cevap ve

³⁹⁶ Helvacı, s.144; Öngören/Avşar, s.139-142; Serdar, s.327 vd.

düzeltilme metnini TRT Kuruma gönderir; Genel Müdürlük, bu metni alınmasından itibaren üç gün içinde inceler, yayınlamayı reddederse iki gün içinde ilgiliye bildirir; ilgilinin bu red cevabına karşı iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Hakimliğine itiraz hakkı vardır. Hakimlikçe iki gün içinde itiraz incelenir, karar ilgililere tebliğ edilir. Bu karara karşı iki gün içinde Asliye Ceza Hakimine karşı itiraz hakkı mevcut olup, Asliye Ceza Hakiminin kararı kesindir. Bu kararın tebliğinden itibaren kurum, en geç iki gün içinde cevap ve düzeltilme metnini yayınlamak zorundadır.

4756 sayılı kanunla değişik Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 28. maddesinde ise önceki hükümlerden farklı olarak yargı yolu ile cevap ve düzeltilme hakkının kullanılması hüküm altına alınmıştır. Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı, cevap ve düzeltilme hakkına başvurulabilecektir. Yayından itibaren 10 gün içinde Sulh Ceza Hakimine başvurulur. Ulusal yayın yapan kuruluşlar için bu Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, bölgesel yayın yapan kuruluşlar için başvuru sahibinin ikametgahı Sulh Ceza Mahkemesidir. Sulh Ceza Mahkemesi üç gün içinde incelemesini yaparak karar verir, bu karara karşı üç gün içinde üst mahkemeye itiraz edilebilir; üst mahkeme de üç gün içinde incelemesini yaparak kesin olarak karar verir. İşte bu kararın yayın kuruluşuna tebliğinin ertesi günü cevap ve düzeltilme metni yayınlanır. Yayının yapılmaması veya karara uygun yapılmaması veya geciktirilmesi halinde kuruluşun yayınlardan sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Başkanına otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, üst kurulca eylemin ağırlığına göre üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı verilebilir. İkinci kez tekrarı halinde, yayın izni iptal edilir ve en yüksek para cezasına hükmolunur. Bu cezalar ertelenmez. Hangi yayınların gelir getirici yayınlar olduğu üst kurulca belirlenir. Burada yayının şekli ve süresini hakim belirleyecektir. Son değişiklik ile yayın durdurma cezası kaldırılmıştır.

Cevap hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Franko, cevap hakkını para dışı manevi tazminat biçimi olarak kabul eder.³⁹⁷ Dural ise cevap ve düzeltilme hakkının, gerçek dışı beyanlarla meydana gelen tecavüz durumunu ortadan kaldırmayı amaçlaması nedeniyle, bir tür saldırının durdurulması talebi olarak algılar.³⁹⁸

Diğer bir görüşe göre ise, cevap ve düzeltilme hakkı, koruyucu ve tazminat davaları dışında kişiliği koruyan kendine özgü bir hukuki müessesedir.³⁹⁹

Kanaatimizce, cevap ve düzeltilme hakkı sadece mahkemeden değil, ilgili yayın kuruluşundan da istenebilmesi ve kusur vb. gibi manevi tazminatın şartlarının aranmaması bakımından, manevi tazminattan farklı bir nitelik taşır. Yine; cevap ve

³⁹⁷ Franko, s.168

³⁹⁸ Dural, s.163

³⁹⁹ Akipek/Akıntürk, s. 433; Serdar, s.334; Helvacı, s.147

düzeltilme hakkının aynı gerekçeyle durdurma davası olduğu da söylenemez. Zaten burada, teknik anlamda bir karar da söz konusu değildir. Çoğu zaman ilgili kurumca metin yayınlanınca mahkemenin olaya müdahalesi dahi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenlerle son görüş bizce de kabul görmektedir.

B) TAZMİNAT DAVALARI YOLUYLA KORUNMASI

Özel koruyucu davalar, özel hayata saldırı eylemine yönelmiş iseler de genel koruyucu davalar ile saldırı sonucu zarar gören kişinin uğradığı bu zararın telafisini yani saldırının sonucunu ortadan kaldırmayı hedefleyen davalardır. Bu davalar saldırının sona ermesinden sonra açılabilir. Burada amaç, zararın tazmini olduğundan, tazminat davaları olarak da adlandırılırlar.⁴⁰⁰ Bu davaların dayanağı MK 24, 25 ve BK 41 ve 49. maddeleridir. Çünkü özel hayata hukuka aykırı müdahale aynı zamanda bir haksız eylemdir. Genel koruyucu davalar: Maddi tazminat davası, manevî tazminat davası ve kazancın geri verilmesi davasıdır. Şimdi bu davaları inceleyelim.

1. Maddi Tazminat Davası

Bir kimsenin özel hayatına saldırıda bulunulması halinde, BK 41. maddesinde, haksız eylemi için gerekli olan koşullar mevcut ise maddi tazminat davası açabilecektir. Burada, özel hayata saldırı nedeniyle kişinin malvarlığında bir azalma söz konusu olup, rıza dışı bu azalma (zarar), zarar verenin kusurlu eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmaktadır. Zarar görenin eylemi kasıt ya da ihmali bir kusurlu harekete dayanıyor ise hukuka aykırı bu eylem nedeniyle bu azalmanın tazmini gerekir.⁴⁰¹

Bir televizyon oyuncusunun özel hayatının gizlerinin ortaya serilmesi, yasak ilişkilerine ait gizli telefon konuşmalarının ifşası sonucu bazı program sözleşmelerinin iptal edilmesi; bir doktorun muayenehanesinde gizli kamera çekimlerinin yayınlanması nedeniyle müşteri kaybı; bir yayın organının ticari sırlarının afişe edilmesi nedeniyle tiraj kaybı; bir bankanın veya borsada işlem gören şirketin gizli sırlarının açıklanması nedeniyle hisse senetlerinin düşmesi, işlem hacminin azalması veya kredilerinin iptali nedeniyle uğrayacağı zararlar yanında saldırının önlenmesine yönelik tedbirler için

⁴⁰⁰ Öztan, s.271; Helvacı, s.176

⁴⁰¹ Öztan, s.271; Kılıçoğlu, s.224 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s.581; Dural, s.154;; Helvacı, s.177; Serdar, s.275 vd.; Eren, s.717 vd.; Aydın, s.217 vd.; Oğuzman /Öz,s.497, Akipek/Akıntürk, s.423

yapılmış giderler de (cevap ve düzeltme hakları için gerekli giderler, ilan vb. masrafları gibi) maddi zararı oluşturur.⁴⁰²

Maddi zararın miktarını ve kapsamını ispat davacıya düşer. Hakim burada, zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde olayların normal akışına, zarar görenin sosyo - ekonomik durumuna ve almış olduğu tedbirlere göre bu saldırının böyle bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığını ve miktarını belirleyecektir.⁴⁰³ Ancak hiçbir durumda ödenecek maddi tazminat zararın azami miktarını geçemez.⁴⁰⁴ Maddi zararın hesaplanacağı an özel hayata saldırı biçimindeki haksız eylemin işlendiği andır.⁴⁰⁵ Yargıtay da bu görüştedir.⁴⁰⁶

Zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine engel olacak olan denkleştirme ilkesi uygulanmalı, tazmini gereken zarar nedeniyle denkleştirilebilecek bir yarar elde edilmiş ve zarar verici eylem ile bu yarar arasında uygun illiyet bağı bulunuyorsa zarardan bu yararların indirilmesi gerekir.⁴⁰⁷ Bir mankenin özel hayatına ilişkin açıklamalar nedeniyle reklamının yapılması buna örnek gösterilebilir. Böylece elde edilen, saldırıdan kaynaklanan yararlar denkleştirmeye tâbi tutulmalıdır.

Malvarlığındaki azalma nedeniyle aynen tazminin maddi tazminat biçimi olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.⁴⁰⁸ Bu nedenle maddi tazminatın en çok görülen şekli nakden tazmindir.⁴⁰⁹

Nakden belirlenecek maddi tazminatın miktarını tayinde BK 43-44. maddelerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre tazminatın kapsamı etkileyecek en önemli unsurlardan biri kusurun ağırlığı olacaktır. Özel hayata saldırıda bulunanın kusurunun ağırlığı hükmedilecek tazminat miktarının daha yüksek tutulmasına neden olacaktır. Burada zarar görenin kusuru da BK 44/l. Maddesi gereğince bölüşük kusur olarak nitelendirilebilecek ve tazminattan indirimden neden olacaktır. Örneğin, kişinin diğer tarafın özel hayatına saldırı niteliğinde dedikodular çıkarması ya da yayın yapması üzerine karşı tarafın da bu kişinin özel hayatına karşılık olarak saldırıda bulunmasında olduğu veya bazı sansasyonel davranışlar sergileyen kişinin bunlara dayalı yayın yapılmasında (yasak

⁴⁰² Kılıçoğlu, s.225; Aydın, s.221

⁴⁰³ Eren, s.718; Kılıçoğlu, s.226; Serdar, s.277; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altóp, s.579

⁴⁰⁴ Eren, s.718; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.583

⁴⁰⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet.M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I (borçlar), (Ankara, 2001), s.259. Hüküm tarihi itibarıyla zararın hesaplanması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz.Eren, s.720; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp,s.602

⁴⁰⁶ Y.4. HD. 3.7.2002 tarih, 4173-8403 ve 5.6.2002 tarih, 2682-6880

⁴⁰⁷ Eren, s.723 vd.; Tekinay/-Akman/Burcuoğlu-Altóp, s.586; Serdar, s.280-281

⁴⁰⁸ Kılıçoğlu, s.235; Dural, s.155; Serdar, s.275

⁴⁰⁹ Kılıçoğlu, s.236; Serdar, s.276

aşkına ilişkin açıklamalarda bulunma vb.) zarar görenin bölüşük kusuru kabul edilerek indirim neden olmalıdır.⁴¹⁰

Zarar görenin rızası da indirim sebebi olabileceği gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak sorumluluktan kurtulma sebebi de olabilir.⁴¹¹

Bunlar dışında somut olayın özelliği, saldırının biçimi, yarattığı etki, toplumda ulaştığı kitlenin büyüklüğü, ihlal ettiği hakkın özelliği, kullanılan ifadeler, tarafların sosyo-ekonomik durumları, işgal ettikleri konum, tiraj vb. hususlarda tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır.⁴¹²

2. Manevî Tazminat Davası

MK 25. maddesinde kişilik haklarına saldırı halinde manevî tazminat davası açılabilmesi hüküm altına alınmıştır. MK 24. ve 25. maddesinde manevî tazminat davası açılabilmesinin şartları düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla manevî tazminat davası açılabilmesi için BK 49. maddesindeki genel norma bakılacaktır. Manevî tazminatın özel olarak düzenlediği MK 26, 121, 158, 174; BK 47. maddelerinde, bu maddelerdeki şartlar aranacaktır. Dolayısıyla özel hayata saldırı nedeniyle uğranılan manevî zararın tazmininde BK 49. maddesinden yararlanılacaktır.⁴¹³

Manevî tazminatın hukukî niteliği ve işlevi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre manevî tazminat cezalandırıcı ve önleyici nitelik taşır. Ceza görüşü olarak adlandırılan bu görüş taraftarlarına göre⁴¹⁴ manevî tazminat adı altında ödenen para ile zarar veren zarar gören lehine cezalandırılmakta; zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmektedir. Bu görüşe yönelik en büyük eleştiri, manevî tazminat cezaî nitelik taşısa, zarar verenin mutlaka kusurunun aranması gerektiği; oysa sebep sorumluluğu hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesidir.⁴¹⁵

Tatmin görüşü, manevî tazminatın; zarar görende meydana gelen acı ve üzüntüleri dindirip azaltacak bir tatmin aracı olarak görür.⁴¹⁶ Manevî tazminat olarak ödenen para

⁴¹⁰ Kılıçoğlu, s.239; Oğuzman/Öz, s.560

⁴¹¹ Kılıçoğlu, s.239; Eren, s.758; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.593; Serdar, s.285; Kılıçoğlu (Borçlar), s.265

⁴¹² Kılıçoğlu, s.240; Serdar, s.290; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.592

⁴¹³ Erens, s.773; Öztan, s.272; Oğuzman/Öz, s.640; Akipek/Akıntürk, s. 427; Serdar, s.290-291; Dural, s.155; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.655 vd.; Kılıçoğlu, s.241

⁴¹⁴ Dural, s.154; Franko, s.32

⁴¹⁵ Eren, s.778; Kılıçoğlu, s.243

⁴¹⁶ Oğuzman/Öz, s.641; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.655; Kılıçoğlu, s.241

rahatlama ve tatmin fonksiyonuna sahiptir. Bu teori, ayırt etme gücünden yoksunlar ve tüzel kişilerin tatmin duygusuna sahip olmadıkları gerçeğini izah edemez.⁴¹⁷

Bir diğer görüş ise telafi görüşüdür. Bu görüşe göre manevi tazminatın işlevi manevî zararı telafi etmektir. Telafi görüşüne göre, zarar görene ödenecek manevî tazminat, onun acı ve elem şeklinde zararı hissetmesine göre değil, zararı karşılığında ödenir. Bu yönüyle de objektiftir.⁴¹⁸

Yargıtay'a göre ise manevi tazminat; zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmez. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve aynı zamanda ruhi ızdırabını dindirmeyi amaç edinmiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.⁴¹⁹

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 3444 sayılı kanunla 4.5.1988 tarihinde değiştirilmesinden sonra, yeni metinde "kusurun ağırlığı" şartı kaldırılmış, madde metninde kusur şartı yer almasa da; BK 49. maddesi, BK 41. maddesinin bir devamı olduğundan, kusurlu olma şartının aranacağı genel kabul görmüştür.⁴²⁰ Ancak kusurun derecesi tazminatın miktarı (kapsamıyla) ilgilidir. Özel hayata saldırı halinde, manevi tazminata hükmedebilmek için kusur şartından başka bu saldırı ile manevi bir zararın doğması, yani özel hayat ister manevi kişilik değeri, ister sosyal kişilik değeri sayılsın bu değerlerde bir eksilme meydana gelmesi aranır. Bu saldırının hukuka aykırı olması, bu hukuka aykırı eylemle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması da gerekir.⁴²¹

BK 49. maddesi, hakime manevi tazminatın şeklini ve miktarını takdir yetkisi tanımıştır. Her ne kadar maddenin ilk fıkrasında "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" hükmünden, manevi tazminatın sadece nakdin belirlenebileceği düşünülebilirse de maddenin devamında "Hakim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi, tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir" denmesinden; nakden belli bir para yerine veya bu paraya ilave olarak başka bir tazmin şeklinin de benimsenebileceği sonucuna varılmalıdır. Diğer tazmin şekillerine özür

⁴¹⁷ Eren, s.777

⁴¹⁸ Eren, s.779

⁴¹⁹ Y. 4.HD. 28.4.1986 tarih, 2829-3659 (yayınlanmamıştır)

⁴²⁰ Eren, s.788; Kartal, s.123; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.694; Serdar, s.301; Oğuzman/Öz, s.652-653; İşgüzar, s.871; Kılıçoğlu, s.248

⁴²¹ Eren, s.787-788; Aydın, s.235-237; Özsunay, s.161; İşgüzar, s.856-874; Kılıçoğlu, s.243; Oğuzman/Öz, s.658; Dural, s.164; Serdar, s.298

dileme, saldırıda bulunanın sözlerini geri alması, kınama, mahkeme kararının yayınlanması vb. örnek gösterilebilir.⁴²² Bunlar tahdidi olmayıp, tarafın istemi ve hakimın takdirine bağlıdır.

Eren, BK 49. maddesinin uygulanacağı hallerde daha ziyade nakden tazminin anlaşılması gerektiğini bu nedenle diğer tazmin türlerinin nakdi tazminata ek olarak hüküm altına alınması gerektiğini savunmaktadır.⁴²³

Diğer tazmin şekillerinin bazılarının icra edilebilir olmaması; bazılarının manevi tazminat niteliğine sahip olmaması nedeniyle itiraza uğradıkları da görülmektedir.⁴²⁴ Çoğu zaman saldırının kınanması ya da haksız saldırı yapıldığına ilişkin kararın kamuoyuna duyurulması bazı zorlukları da beraberinde getirir. Mahkemece hükmedilen yayın kararında, yayının nerede yapılacağı ne kadar bir süre için yapılacağı, kaç kez yayınlanacağı, ne boyutta yayın yapılacağı, çekim yapılmasını gerektirip gerektirmeyeceği, bunun maliyetinin kime ait olacağı, vb. konularında açıklık bulunmaması ve ayrıntılı düzenleme yapılmaması, verilen kararın infaz kabiliyetini ortadan kaldırır.⁴²⁵ Diğer tazmin şekillerini manevi tazminatın türü değil, saldırının tespiti veya önleme ve durdurma talebi olarak nitelendiren bazı yazarlar da mevcut olup, bunlara göre artık burada kusur vb. aranmayacak özel koruyucu davalar için gerekli koşulların varlığı yeterli olacaktır.⁴²⁶

Yargıtay, BK. 49. maddesindeki düzenleme nedeniyle tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar da verebileceği ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebileceğini belirterek " hakim istem dışındaki yaptırıma hükmederken somut olayın özelliğini belirlemeli ve buna göre yaptırımın türünü tespit etmelidir. Hakime tanınan takdir hakkının doğru ve uygun bir nedene dayanması ve gerekçelendirilmesi gerekir. Hakim, kanun maddesinde yer alan tüm koşulları ve bu bağlamda yanların sosyal ve ekonomik durumlarını, eylem türünü ve ağırlığını, uygulayacağı yaptırımın yanlar üzerindeki etkisini, toplumun değer yargıları gibi olguları da göz önünde tutmalıdır." ⁴²⁷ demek sureti ile hakime takdir hakkını nasıl kullanacağı konusunda yol göstermiştir. Kınama kararı verilmesi ve bunun ilanından başka uygulamada en çok istemde bulunulan tazmin şekli; karar özetinin yayınlanması istemidir. Yargıtay bu konuda, yayın isteminin kabulü ile yayın yapılmasında amacın "davaya konu olan önceki yayının haksızlığının hükmen sabit olduğunun okuyucuya

⁴²² Eren, s.791; Öztan, s.272; Kılıçoğlu, s.257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.682; Özsunay, s.160; Serdar, s.311; Oğuzman/Öz, s.667

⁴²³ Eren, s.792

⁴²⁴ Kılıçoğlu, s.261; Öngören/Avşar, s.176-177

⁴²⁵ Öngören/Avşar, s.177

⁴²⁶ Kılıçoğlu, s.195; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.682-683

⁴²⁷ Y. 4. HD. 24.9.2002 tarih, 3829-9940 (yayınlanmamıştır)

duyurulması "⁴²⁸ olduğunu dile getirmiş ve bu tazmine hükmedilebilmesi için" dava konusu yayının içeriği, hüküm altına alınan tazminatın tutarı ve MK.'un 4. maddesindeki ilkenin nazara alınmasını, yayının amacı aşır aşmadığının ve hak ve nasafete uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini; hüküm altına alınan manevi tazminat miktarı davacı için manevi tatmin duygusu yaratacak düzeyde ise yayına karar verilmeyeceğini vurgulamıştır.⁴²⁹

Özel koruma yollarından olan özel davalarla istenebilecek yayın kararı ile BK 49/III. Maddesinde hakime manevi tazminat yerine veya ek olarak hükmedilebilecek yayın kararı birbirinden farklıdır. MK 25. maddesindeki yayın talebi için özel koruma davalarının şartları aranacak, kusur aranmadan bizihi saldırı eylemine yönelik olarak yayın talep edilecektir. BK 49. maddesinde hakimce manevi tazminat yerine veya ek olarak hükmedilecek yayın talebinin amacı, saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olup, özellikle kusur gibi manevi tazminatın koşulları aranacaktır. Yine istemle bağlı olmak koşuluyla, manevi tazminata ek veya onun yerine hüküm altına alınabilmelidir. Aynı görüşlerimiz, diğer tazmin şekilleri için de geçerlidir. Yeter ki, hükmün infaz kabiliyeti ve manevi acıyı hafifletme niteliği olsun.

Manevi tazminatın nakden belirlenmesi halinde miktarı konusunda da hakime takdir hakkı tanınmış olup, bu hakkı kullanırken göz önünde tutulacak hususlar, BK 49/II. Maddesinde sıralanmıştır. Burada belirlenen hususlar; tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlar olup, sınırlı sayıda değildirler. Burada BK. 43-44 ve MK.4. maddeleri de kıyas yolu ile uygulanmalıdır.⁴³⁰ Saldırının derecesi, kullanılan araç, saldırı ile güdülen amaç, meydana gelen sonucun sürekliliği, saldırının şekli, ulaşılan kitle, kullanılan sözlerin ağırlığı, zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin kusuru, tarafların sosyo-ekonomik durumları belirlenecek tazminatın miktarını tayinde etkili olacaktır.⁴³¹

3. Kazancın İstenmesi Davası

MK 25. maddesine göre, özel hayata saldırıda bulunan kişi bu saldırısı nedeniyle bir takım kazançlar elde etmiş ise ve böylece malvarlığında bir artış meydana gelmiş ise vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca zarar gören bu kazancın kendisine ödenmesini isteyebilir.

⁴²⁸ Y. 4. HD. 21.2.1995 tarih, 9287-1597 (naklen Çetin, s.358)

⁴²⁹ Y. 4. HD. 10.3.1994 tarih, 1035-2298 (naklen Çetin, s.359-360)

⁴³⁰ Eren, s.790; Serdar, s.306

⁴³¹ Kılıçoğlu, s.256; Serdar, s.306-312

Vekaletsiz iş görmeye dayalı olan bu davada ortada saldırıya uğrayanın bir zararı yoktur. Bu zarar mağdurun elde etmek istediği veya elde edebileceği bir zarar da değildir. Bu nedenle maddi tazminat davasına konu olamaz. Ayrıca malvarlığında bir azalma da söz konusu değildir. Oysa zarar görenin özel hayatına yapılan bu saldırı nedeniyle zarar verenin kendi menfaatine elde ettiği kazancı elde ederek ödüllendirilmesi engellenmiş olacaktır.⁴³² Bir politikacının gizli aşkının açıklanacağına dair günler öncesinden yapılan yayınlar nedeniyle, o televizyon programında fazladan reklam alınması, ünlü bir kişinin özel hayatının sergilendiği kitabın fazlaca baskısının yapılması; gizli telefon konuşmaları veya gizli kamera çekimleri ile yapılan yayınlardaki ya da bu yollarla haber elde edilmesi nedeniyle sağlanan kazançlar bu davanın konusunu oluşturur.

Buradaki vekaletsiz iş görme, iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmesi gereken bir işi kendi menfaatine yapması olarak tanımlanan eksik vekaletsiz iş görmedir.⁴³³ Zarar görenin rızası varsa vekaletsiz iş görmeden bahsedilemez.

Özel hayata vekaletsiz iş görence yapılan saldırının hukuka aykırı olması gerekip, kusur aranmayacaktır.

Bu davanın açılabilmesi için aranacak bir diğer şart da hukuka aykırı bu saldırı ile elde edilen kazanç arasındaki uygun illiyet bağının bulunmasıdır.⁴³⁴

Vekaletsiz iş görmeye dayalı istemin kapsamının belirlenmesi; elde edilecek kazancın tayini zorluk arz eder. Bu durumda kazanç kesin olarak tespit edilemezse, saldırıda bulunan kişi buna rıza gösterseydi, ödenecek miktar kıyasen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler uygulanarak belirlenecektir. Aynı durumda vekaletsiz iş gören de yaptığı masrafları yine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir.⁴³⁵ Ancak vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenecek kazanç da, sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi, zarar görenin fakirleşmesi şartı aranmaz.⁴³⁶

4. Sebepsiz Zenginleşme Davası

BK 62. maddesinde hüküm altına alınan sebepsiz zenginleşme davasının şartları mevcutsa, özel hayata müdahalede bulunulması halinde bu davanın açılması da mümkündür. Maddi tazminat davasında kusur şartı aranacağından, kusurun ispatının güç

⁴³² Eren, s.776; Öztan, s.273; Serdar, s.266 vd.; Kılıçoğlu, s.214; Helvacı, s.177

⁴³³ Kılıçoğlu, s.219; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Cilt II, 3. Bası (borçlar), (Ankara, 1987), s.677

⁴³⁴ Serdar, s.268; Aydın, s.215-216; Kılıçoğlu, s.220

⁴³⁵ Kılıçoğlu, s.220; Serdar, s.269

⁴³⁶ Serdar, s.268; Kılıçoğlu, s.220

olduğu veya kusur bulunmayan hallerde sebepsiz zenginleşme yoluna başvurulabilecektir.⁴³⁷ Sebepsiz zenginleşme davasını vekaletsiz iş görme davasından ayıran husus ise burada zarar görenin fakirleşmesi karşılığında zarar verenin zenginleşmiş olmasıdır.⁴³⁸ Örneğin; rakip firmanın mali durumunu gösteren ticari sırların basına sızdırılması sonucu, borsadaki hisse değerlerinin düşmesi, buna karşılık kendi hisse değerlerinin artması ya da rakip firmanın kaybettiği iş sözleşmelerinin kazanılmasında olduğu gibi.

Burada özel hayata saldırıda bulunulması; saldırıda bulunulan kişinin fakirleşmesi buna karşılık saldırıda bulunan tarafın zenginleşmesi ve bu zenginleşme ile fakirleşme arasında uygun illiyet bağının bulunması ve saldırının hukuka aykırı olması şartları aranacaktır.⁴³⁹

Saldırı nedeniyle kusurun da var olduğu durumlarda haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerden biri tercih edilecektir.⁴⁴⁰

III- ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATA SALDIRILMASINDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Özel hayatı koruyan MK 24, BK 49. maddelerinde genel olarak sorumluluk için yapılan saldırının hukuka aykırılığı şartı aranmaktadır. Yine MK 24/II. Maddesinde bazı haller hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olup, bu hallerin varlığı halinde özel hayata saldırı varsa da bunun hukuka aykırılığından söz edilemeyeceğinden bir önceki konuda anlatılan dava yoluyla koruma ve sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Bu nedenler bir anlamda özel hayatın korunmasının da sınırını çizmektedirler. MK 24/II. Maddesinden yararlanılarak hukuka uygunluk nedenlerini şöyle sıralayabiliriz:

- a. Kanunun tanıdığı yetkinin kullanılması
- b. Zarar görenin rızası
- c. Üstün yarar (üstün nitelikli özel yarar veya kamu yararı)

⁴³⁷ Aydın, s.214; Kılıçoğlu, s.216-217; Serdar, s.270-271

⁴³⁸ Kılıçoğlu, s.217; Serdar, s.270-271

⁴³⁹ Serdar, s.270-271; Kılıçoğlu, s.216-217

⁴⁴⁰ Kılıçoğlu, s.217; Serdar, s.271

A) KANUNUN TANIDIĞI YETKİNİN KULLANILMASI

Kimi zaman kamu hukuku karakterli, kimi zaman özel hukuk karakterli kanunlardan, özel hayata müdahale edilse bile bu durum hukuka uygun kabul edilir.⁴⁴¹

Bu hukuka uygunluk nedenlerini meşru müdafaa, zaruret hali, görevin ifası, vekaletsiz iş görme olarak sıralayabiliriz.

1. Meşru Müdafaa

Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde meşru müdafaa halinde saldırıda bulunanın şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı sorumluluk (tazminat) doğmayacağı hüküm altına alınmış ise de ne Medeni Kanun'da ne Borçlar Kanunu'nda meşru müdafaa'nın tanımı yapılmamıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 49/2. maddesinde ise "Gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukuu bulan haksız bir taarruzu filhal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle" işlenen fiil olarak meşru müdafaa tanımlanmış ve bu durumda faile ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır..

Meşru müdafaa'nın şöyle bir tanımı yapılabilir: Bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkasının şahıs ve malvarlığına karşı yapılan haksız ve mevcut bir tecavüzü defetmek için zorunlu karşı tecavüzde bulunması hali.⁴⁴² Meşru müdafaa halinden söz edebilmek için şu şartların varlığı aranacaktır

Saldırıda bulunan kimsenin (özel hayata) müdahalesi öncelikle hukuka aykırı olmalı, hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olmamalıdır. Hakim hükmü ile kişinin haberleşmesinin dinlenmesi, evinin aranması vb. hallerde hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Burada saldırıya uğrayanın veya üçüncü kişinin şahıs veya malvarlığına yönelik saldırı olması gerekir. TCK., malvarlığına yönelik saldırılar açısından meşru müdafaa'yı kabul etmez.⁴⁴³

⁴⁴¹ Öztan, s.266; Eren, s.588 vd.; İşgüzar, s.870; Kılıçoğlu, s.119

⁴⁴² Eren, s.590; Serdar, s.113; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.486; Oğuzman/Öz, s.489

⁴⁴³ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Şahin: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12. Bası (İstanbul, 1999), s.100

Meşru müdafaa devam eden veya başlaması çok yakın saldırılar açısından söz konusu olur. Bitmiş veya ilerde gerçekleşecek saldırı için meşru müdafaa söz konusu olamaz.⁴⁴⁴

Burada savunma eylemi bizzat (özel hayata) saldırıda bulunana yöneltilmelidir. Başkasına karşı saldırıda meşru müdafaa olmaz. Meşru müdafaa hiçbir zaman başkalarına saldırmada gerekçe olamayacağından, savunma ile saldırı arasındaki dengenin uygunluğu, hukuka aykırılığın tespiti bakımından önemlidir. Meşru müdafaa ile misilleme, öç alma, tatmin duygularının giderilmesi bir arada olamaz. Saldırıyı önleme amaç ve sınırını aşan her savunma hukuka aykırıdır.⁴⁴⁵ Savunma sınırının aşılıp aşılmadığının belirlenmesinde, savunma aracı, kullanılan sözler, saldırının etkisi gibi unsurlar bir arada değerlendirilmelidir.

Meşru müdafaa hali hukuka uygunluk nedeni olduğundan sorumluluğa engel olur. Örneğin; A'nın B'ye olan gizli ilişkisini açıklayacağı yönündeki radyo, televizyon ve gazetelerde çıkan yayınlar üzerine, B'nin A ile arasında geçen olayın gerçek olmadığı, ortada bir menfaat temininin söz konusu olduğuna dair telefon konuşmalarının kamuoyuna açıklanmasında vb. artık sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak her olay kendi sınırları içinde değerlendirilecek ve savunmadaki sınır ve aşma olup olmadığı belirlenecektir. Yine gizlice bahçesine giren evindeki gizli yaşam çevresini görüntülemeye çalışan kişinin zorla dışarı atılması gibi hallerde de meşru müdafaa bahsedilebilir.⁴⁴⁶

2. Zaruret Hali

BK 52/II. Maddesinde düzenlenen zaruret hali; kişinin kendisinin veya başka bir kimsenin şahıs veya malvarlığına yönelik mevcut veya çok yakın saldırıdan veya zarardan kurtarmak için başkasının malvarlığına zarar vermek zorunda kalması halidir.⁴⁴⁷

Ceza Kanununun 49/3. bendinde de zaruret hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış ve bu durumda ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.

Zaruret hali için kişinin şahsına veya üçüncü bir kişiye yönelmiş bir zarar veya derhal meydana gelecek bir tehlike var olmalıdır. Bu zarar veya tehlike şahıs veya malvarlığına yönelik olabilir. Zaruret halinde, zarar veya tehlikenin kaynağının malına

⁴⁴⁴ Eren, s.590; Serdar, s.114; Helvacı, s.112; Kılıçoğlu, s.119; Aydın, s.149

⁴⁴⁵ Eren, s.891

⁴⁴⁶ Öngören/Avşar, s.138-139

⁴⁴⁷ Eren, s.592; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.487; Oğuzman/Öz, s.490; Serdar, s.116; Helvacı, s.113; Kılıçoğlu, s.120; Öztan, s.267

zarar verilen kimse olmaması gerekir ve bu husus meşru savunmadan zaruret halini ayıran en önemli unsurdur.

Bu zarar veya tehlike dolayısıyla üçüncü bir kişinin malına zarar verilmiş olmalıdır. Şahsa verilen zararda zaruret halinden söz edilemez.⁴⁴⁸ Zarar veya tehlikeden kurtulmak için üçüncü kişinin malına zarar verilmesinden başka imkan olmaması

Burada zarar veya tehlikeden kurtulmak için, üçüncü kişinin malına zarar vermeden kurtulma kaçınılmaz olmalıdır. Zarar veya tehlikeden başka bir önlemle kurtulmak mümkün ise zaruret halinden söz edilemez.

Önlenecek zarar veya tehlike ile mala verilecek zarar arasında orantı bulunması da zaruret halinin unsurlarındandır. Buradaki sınırın aşılması ayrı bir haksız eylem oluşturur. Bu nedenle kullanılan araçlar ve verilen zarar açısından uygunluk gözetilmelidir.

Zaruret hali de bir hukuka uygunluk nedeni olup, tazminat sorumluluğunu fedakarlıkların denkleştirilmesi ilkesi gereği kısmen ortadan kaldırır.⁴⁴⁹ Örneğin: A'nın eşi B'ye tecavüz edilirken sesini duyan C'nin evin kapısını kırarak girip B'yi kurtarmasında, A'nın konut dokunulmazlığı ihlal edilse de artık bir zaruret hali söz konusu olacaktır.

3. Görevin İfası

Kanuni sınırlar içinde kalan yetkili makamın emrini ifa veya memuriyet görevinin ifası da hukuka uygunluk nedenlerindendir. Kanunda belirtilen unsurlara uygun olarak kişilerin üstlerinin ve evlerine girilerek evlerinin aranması, hakim kararına dayalı telefonlarının dinlenmesi vb. durumlarda özel hayata müdahale edilmekte ise de artık hukuka aykırılıktan söz edilemez. Ancak bu gibi durumlarda kamu görevlilerinin kanunun verdiği yetkiyi aşmamaları gerekir.⁴⁵⁰ Aksi halde kişisel kusurları bulunması halinde bu görevliler aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilir gibi; kişisel kusurlarının söz konusu olmadığı hallerde Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince bu görevlilere rücu edilmek üzere ilgili idare aleyhine idare mahkemesinde dava açılması mümkündür. Örneğin 4422 sayılı kanun gereği gizli dinlemeye ilişkin verilerin gizliliğinin ihlali veya imha edilmesi gereken verilerin imha edilmemesi aynı yasanın 10. maddesi gereğince suç olup, bu kişinin suç niteliğindeki eylemi aynı zamanda kişisel kusurunu

⁴⁴⁸Eren, s.593; Helvacı, s.113-114

⁴⁴⁹Eren, s.593; Kılıçoğlu (Borçlar), s.168

⁴⁵⁰Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.491; Oğuzman/Öz, s.485; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.519

gösterdiğinden özel hukukun korumasından yararlanılıp, bu memur aleyhine tazminat davası açılabilir.

4. Vekaletsiz İş Görme

Bir kimsenin rızası olmaksızın onun adına işlem yapmaya vekaletsiz iş görme denir ve BK 411/1. maddesi gereğince vekaletsiz iş görmeden doğacak zararlı sonuçtan vekaletsiz iş gören sorumludur.⁴⁵¹ Burada söz konusu olan caiz olan vekaletsiz iş görme olup, vekaletsiz iş gören bu işi, adına iş gördüğü kişinin yararına, yani onu bir zarardan kurtarmak için yapmış olmalıdır.⁴⁵²

B) ZARAR GÖRENİN RIZASI

MK 23. maddesindeki sınırlar içinde kalan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak MK 24. maddesinde de sayılmıştır. BK 44. maddesinde hüküm altına alınan rıza da benzer fonksiyona haizdir. Tazminat sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırır.

Rıza, tek yönlü bir hukuki işlem olduğundan, fiil ehliyeti, irade sakatlığının bulunmaması, vazgeçmenin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması şartları aranır.⁴⁵³

MK 23. maddesinde kişilik haklarından ve özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği; bu hakları ve özgürlükleri tamamen ortadan kaldırmaya yönelik rızanın geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kişinin tüm cinsel hayatının gözler önüne serilmesine ait rıza vb. özel hayatı tamamen ortadan kaldıran niteliği itibariyle geçersizdir. Ancak özel hayatın gizliliğinin kısmen ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmeler geçerlidir.⁴⁵⁴ Bu konu bir HGK kararında⁴⁵⁵ ayrıntılıca tartışılmıştır. Davaya konu olayda davacı, "Adı Aylin" adlı kitapta cinsiyeti erkek olan davacının " kız Nuri" vb. sözcüklerle cinsiyeti ve cinsel aktivitesi üzerinde tereddüt uyandırıldığı, özel hayatının anlatılması nedeniyle manevi tazminat istemiş, yerel mahkeme davayı kısmen kabul etmiş, kararın taraflarca temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davacının özel hayatının yayınlanmasına ilişkin rızası olduğu tanık anlatımlarından anlaşıldığı ve davacının izin verdiği hususların yazılması

⁴⁵¹ Tandoğan (Borçlar), s.666 vd.

⁴⁵² Serdar, s.118

⁴⁵³ Eren, s.587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.490 vd.; İşgüzar, s.865; Serdar, s.120; Aydın, s.152

⁴⁵⁴ Kılıçoğlu, s.179; Serdar, s.122

⁴⁵⁵ HGK. 26.3.2003 tarih, 2003/4-161 Esas, 2003/201 Karar (yayınlanmamıştır)

Üzerine özel hayatına saldırıldığı iddiası ile açtığı davanın iyiniyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesi ile kararı bozmuş; yerel mahkemece direnilmekle dava HGK.'nce incelenmiştir. İlgili kararda " Kişilik hakkına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın MK. 23. maddesinin sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK. 23. maddesine aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getirmez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır." Denildikten sonra somut olay bakımından şu değerlendirme yapılmıştır." Aylin isimli kişinin yaşam öyküsünün anlatıldığı biyografik romanda yer alan sözler, davacının kimliği açıklanarak, doğrudan hedef alınarak, aşağılayıcı bir üslupla kullanılmıştır. Her ne kadar bir tanık davacının konuşmasının yer aldığı ses bandını dinlediğini, söylediklerinin yayınlanmasına rıza gösterdiğini ifade etmişse de davalılar tarafından ses bantları ibraz edilmemiştir. Tanığın açıklamaları rızanın kapsamını ve amacını açıklayıcı nitelikte olmayıp, davacının hormonal tedavi gördüğünü bildiklerinden ibarettir. Anılan değerlendirmedeki sözcüklerin davacının özel yaşamı onun sır alanı ile yakından ilgili olduğu tartışmasızdır. Dosya daki bilgi ve belgelere göre, davacının bu alanla ilgili olarak yazılanlara geçerli rızasının bulunduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak olarak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşikardır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik hakkına saldırının varlığı kabul edilmelidir".

Rızanın geçerliliği için şu şartların bulunması gerekir :

1. İrade Beyanı

Rıza da bir hukuki işlem olduğuna göre, her şeyden önce iradenin açığa vurulmasını gerektirir. Bu zımnî ya da sarîh olabilir. Örneğin, bir manken resimlerinin çekilmesine açıkça izin verebileceği gibi, bir bürokratin resmî geçitte resminin çekilmesine zımnen rıza göstermiş demektir. Özellikle özel hayat söz konusu olduğunda çoğu zaman

o olay birden fazla kişiyi ilgilendireceğinden (karı-koca arası olaylar, mektubu gönderen- alan gibi) tümünün rızası gereklidir.⁴⁵⁶

2. Rızaya İlişkin İrade Beyanının Geçerli Olması

Rızanın geçerli olması için her şeyden önce hukukî işlem ehliyetine sahip olunmalıdır. Tam ehliyetlilerin hukuki işlem ehliyeti vardır. Ancak tam ehliyetsizlerin hukukî işlem ehliyetleri olmadığından rızaları geçerli değildir. Bu rıza onların kanunî temsilcileri tarafından da bu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan verilemez.⁴⁵⁷

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar tek başlarına geçerli olarak rıza gösterebilirler. Ancak küçük veya kısıtlı, saldırının önemini ve tüm sonuçlarını öngörebilecek durumda değilse, kanuni temsilcinin onayı aranacaktır.⁴⁵⁸ Bu konu hukukumuzda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, tabiplerin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar üzerinde yapacakları her çeşit ameliyat için veli ve vasilerinin önceden iznini almak zorunda oldukları belirtilmektedir.

Organ ve doku alınması, saklanması ve nakli hakkındaki 2238 sayılı kanunun 5. maddesine göre 18 yaşını doldurmamış ve ayırtım gücüne sahip olmayan kimselerden organ ve doku alınması yasaktır. Ancak ayırtım gücüne sahip kısıtlılar, yine kanuni temsilcilerinin izni ile verici olabilirler.⁴⁵⁹

Nüfus planlaması hakkındaki 2827 sayılı kanun'un 6. maddesine göre gebeliğe son verilmesi halinde, ayırt etme gücüne sahip küçük için velisi, kısıtlı için vasinin izni ve sulh mahkemesinin onayı da rızaya ek olarak aranacaktır.

3. Rızanın Hukuka Ve Ahlaka Aykırı Olmaması

Rızanın geçerli olması için hukuka ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı olmanın yaptırımını BK 19-20. maddeleri gereğince geçersizliktir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Kılıçoğlu, s.179; Serdar, s.124; Aydın, s.153

⁴⁵⁷ Kılıçoğlu, s.179; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.438; Helvacı, s.105

⁴⁵⁸ Helvacı, s.105; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.438

⁴⁵⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.120; Dural, s.110; Helvacı, s.106

⁴⁶⁰ Helvacı, s.108

Özel hayata rıza ile yapılan müdahaleler hukuka uygundur. Ancak saldırı rızanın sınırları içinde kalmalıdır. Sınırları aşan kısım hukuka aykırıdır. Örneğin bir gazeteciye dostça verilen ve kısmen yayınlanmasına izin verilen röportajda, rıza gösterilen dışındaki kısmın yayınlanmasında, hukuka aykırılık bu kısımlar bakımından oluşur.

Rıza, saldırı meydana gelmeden veya en geç saldırı anında geri alınabilir. Bu durumda başka bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir. Örneğin; kürtaj olmak için önceden rıza gösteren bir bayanın, son anda rızasını geri alıp; müdahaleden vazgeçmesi mümkündür. Kişinin bedeni üzerindeki müdahaleler veya bir çocuğu doğurup doğurmama konusundaki tercihi hem vücut bütünlüğü hem de özel hayatın bağımsızlık unsuruna ilişkin olduğundan, özel hayatın bir parçası niteliğindedir. Kişi, rızasını geri almakla özel hayatına müdahale edilmemesini isteme hakkına sahiptir. Ancak annenin hayatı gibi (üstün bir yarar) başkaca hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmadıkça müdahalede bulunulamaz.⁴⁶¹ Yine kişinin özel hayatına ilişkin açıklamalarda bulunmayı kabul ettiği bir canlı yayına son anda rızasını geri alıp çıkmamasında olduğu gibi rızanın geri alınması mümkündür.

Kişinin fiziki değeri olan vücut bütünlüğünün, başkalarının saldırılarına karşı fiziki yönden korunması; bu varlıkların maddi yönüyle ilgilidir. Ancak bu fiziki değerler üzerinde kişinin bağımsızca kararlar alabilmesi, fiziki değerlerini kontrol edebilmesi hakkı onun özel hayatının vazgeçilmez parçasıdır. Özel hayat sadece kişinin başkalarından gizli tutacağı bir alanı değil, aynı zamanda üzerinde bireysel olarak bağımsız olduğu ve bazı kararları alabildiği, farklı yönlerini savunabildiği ve özgürce hareket edebileceği bir alanı da ifade eder. Bu nedenle bazı fiziki müdahaleler konusundaki karar ve tercihleri, özel hayat ve kişinin rızası yönünden değerlendirmek gerekir.

4. Rızaya İlişkin Bazı Özel Durumlar

a) Cinsiyet değiştirme ameliyatları

Cinsel hayat ve cinsel tercihler kişinin özel hayatının en önemli unsurlarındandır. Kişinin kendi rızası ile cinsiyetini değiştirmesi MK 40. maddesindeki şartları taşıması halinde mümkündür. Önceden cinsiyet değişikliğinin hangi durumlarda ve ne gibi koşullarda yapılabileceği belirtilmemiş; cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılacağı hükmü yer

⁴⁶¹ Benzer fikirler için bkz. GÜVEN, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötenazi (Ankara, 2000), s.107-108

almaktaydı. Yeni Medenî Kanun değişikliği ile cinsiyet değişikliği daha zor koşullara bağlanmıştır. Cinsiyet değiştirmek isteyen kimse öncelikle mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliği için izin alacaktır. Bu izinden sonra amaca ve tıbbî yöntemlere uygun olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı yapılacaktır. Bu ameliyatın yapıldığı resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulandıktan sonra nüfus sicilinde bu değişiklik konusunda düzeltme gerçekleştirilecektir. Yasada, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için şu şartlar aranacaktır: Cinsiyet değiştirmek isteyen on sekiz yaşını doldurmuş bulunması; evli olmaması; transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması; üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğu bir eğitim ya da araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmelidir. Maddede sadece transseksüellerden bahsedilse de hemafraditlerin de ruhsal sağlık bakımından bu madde kapsamında değerlendirilmeleri gerekir.

Transseksüeller, iç ve dış üreme organları belirgin olmakla birlikte, ruhsal yönden anatomik yapısını kabul etmeyip kendini karşı cinsten sayarlar. Cinsiyet değiştirmek suretiyle ruhsal sağlıklarına kavuşabilirler.⁴⁶² Hemafraditler ise, her iki cinsin özelliğini, örneğin: Üreme organını taşıyan kimseler olup, bunların cinsiyetinin bilinmesi ve ortaya çıkarılması, ruhsal sağlıklarına kavuşmaları için cinsiyet değişikliği gerekli olabilir.⁴⁶³

Medeni Kanunun lafzından transeksüeller ve hemafraditler dışı cinsiyet değişikliğine izin verilemeyeceği, cinsiyet değişikliğinin ağır şartlara bağlanarak zorlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Tamamen tıbbi veya ruhi gereklilik dışı olan travestilik ve homoseksüellik cinsiyet değişikliğine gerekçe olamayacak görünmektedir. Ancak yasalarımızda, kapalı kapılar ardında bu tür ilişkileri yasaklayan bir hüküm yoktur. Bu nedenle cinsel yaşam tarzı olarak bunların seçilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu husus cinsiyet değişikliğine ve bunun tesciline engeldir. Medeni Kanun'da mahkeme izni alınmadan cinsiyet değiştirme ameliyatı yapanların durumu konusunda bir açıklık yoktur. Lafza bağlı yorum yapılması durumunda, bu değişikliklerin tesciline olumsuz gözle bakmak gerekeceği gibi bir sonuca varmak AİHS.'nin 8. maddesine kanaatimizce uygun düşmez.

b) Nüfus planlaması ve gebeliğin önlenmesi

Nüfus planlaması uygulamalarının ve bu yöndeki devlet politikasının da özel hayata müdahale teşkil ettiği savunulabilir. Bu konuda alınan önlemlerin AİHS.'nin 8/2. maddesindeki şartları taşıyıp taşımadığı incelenmek suretiyle sonuca varmak gerekir.

⁴⁶² Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.446-447

⁴⁶³ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.446

Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde nüfus planlaması; kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olması olarak tanımlanmıştır.

Yine kişinin kısırlaştırılması ve cinsel üreme organlarının alınması biçimindeki müdahaleler de rızası dışında özel hayata ve vücut bütünlüğüne saldırıdır. Bazen daha üstün bir yarar için tedavi maksatlı olarak kişinin kısırlaştırılması veya kanser vb. hastalıklarda kanserli üreme organlarının alınması söz konusu olabilir. Bu amaç için yapılsa bile mutlaka kişinin rızasının alınması ve yapılan müdahalenin sonuçları konusunda bilgilendirilmesi gereklidir.⁴⁶⁴

557 Sayılı Nüfus Planlaması Kanununun 4. ve 5. maddelerine göre, kalıtsal yolla, doğacak kuşaklara geçecek önemli hastalıklar veya kişinin sağlığını tehdit eden bir durumun varlığında (kişinin gebe kalması veya doğum yapmasının ölümüne yol açabileceği durumlarda) rıza ile kısırlaştırma mümkündür. Ancak izin alınmaksızın ya da hayat kurtarma gibi amaçlar bulunmadan yapılan kısırlandırmalar hukuka aykırıdır.

c) Kürtaj

Ana rahmindeki ceninin gelişimine ya da bir kadının gebeliğine son verilmesine kürtaj denir.⁴⁶⁵ Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 5. maddesi ile kürtajı düzenleyerek hak olarak tanımıştır. Bu maddeye göre, gebeliğin ilk on haftası ile sınırlı olarak kürtaja izin verilmiştir. Gebelik süresi, on haftadan fazla olduğu takdirde gebelik ancak annenin yaşamını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlıklara neden olacağı hallerde kürtaja izin verilir. Burada ananın rızası aranır.⁴⁶⁶ Aynı maddeden, rızanın alınmasının mümkün olmadığı ivedi hallerde, hekimin yaşam kurtarma amacıyla gebeliğe izinsiz son verebileceği MK.'un 24/II maddesindeki üstün nitelikli özel yarar gereği kabul edilmektedir. Burada ceninin yaşam hakkından önce aranır. Yaşam hakkı ve soyun sağlığı tercih edilecektir.⁴⁶⁷

d) Tedaviyi reddetme ve ötenazi

Ötenazi; dayanılmaz, sürekli acılar çeken ve iyileşme olanağı bulunmayan hastaları bu acılardan kurtarmak için rızaları ile öldürmek ya da ölmesini çabuklaştıracı yöntemler

⁴⁶⁴ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.449

⁴⁶⁵ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.449

⁴⁶⁶ İncoğlu, s.183; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.450

⁴⁶⁷ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.450; Oğuzman/Öz, s.485

uygulamaktır.⁴⁶⁸ Ötenazi deyimi dar anlamda acı çeken hastanın üçüncü kişi tarafından kendini öldürmesini isteme hakkı olarak nitelendirilmektedir. Kişinin iyileşme olasılığı olmayan hallerde yaşamını uzatmaya yönelik tüm tedavi işlemlerinden vazgeçmesi ise ortötenazi olarak isimlendirilmektedir. Hasta, bilinci açık ise istemli olarak ötenazi isteyebilir. ABD'nin bazı eyaletlerinde aktif veya ortötenazi, Hollanda'da hem aktif hem ortötenazi kabul görmekte ise de, Türk Hukuku bakımından Hasta Hakları Yönetmeliği 13. maddesi gereği ötenazi yasak olup bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁶⁹

MK 23 gereği kişinin tıbbi müdahale için verdiği rıza yaşam ve vücut bütünlüğüne saygılı olduğu ölçüde geçerlidir.⁴⁷⁰ Kişinin bilinçli olarak müdahaleye rıza göstermemesine rağmen, hekimce yaşamı korumak amacıyla yapılan müdahale özel hukukta hukuka uygun bir müdahaledir.⁴⁷¹ Tedavinin reddi konusunda bireysel özerkliği olduğu ve bu kararın AHS'nin 8. maddesi anlamında özel hayatın parçası olduğu kabul edilse de⁴⁷² Zorunlu ve ivedi durumlarda rıza aranmaksızın müdahalenin gerekli olduğu durumlarda hekimin müdahalesi hukuka uygundur. Tedaviyi reddetme-ötenazi konusunda rızanın sınırını BK 19-20. m. oluşturacaktır.⁴⁷³

C) ÜSTÜN YARAR

MK 24/II. Maddesinde üstün nitelikte bir özel yarara veya kamu yararına dayanan saldırının hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir.

Çoğu zaman üstün nitelikli başka bir hakkın kullanılması özel hayatın korunması yönündeki kişilik hakkı ile çatışabilir. Özel hayata saldırı biçimindeki eylem aynı zamanda özel veya kamu yararı amacıyla yapılabilir. Böyle durumlarda karşı karşıya gelen menfaatler çatışmakta, çatışan bu menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.⁴⁷⁴ Halbuki hukuk düzeninin; çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukunu diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olaylar itibarıyla koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılabacaktır. Bunun sonucunda da daha az üstün olan yarar, daha çok üstün

⁴⁶⁸ Kaboğlu, s.188

⁴⁶⁹ Kaboğlu, s.188

⁴⁷⁰ AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumluluğu (Ankara, 1982), s.42

⁴⁷¹ İnceoğlu, s.183

⁴⁷² Güven, s.107-108

⁴⁷³ İnceoğlu, s.189

⁴⁷⁴ Kılıçoğlu, s.109; Dural, s.137; Serdar, s.126; Öztan, s.266

tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.⁴⁷⁵

Hangi değerün üstün tutulacağı hakim tarafından belirlenecek olup, hukuk yaratmada başvuru genel ölçülerden, hukukun genel ilkelerinden, benzer hukuk kurallarının kıyasen uygulanmasından, karşılaştırmalı hukuktan ve toplumun hukuk ve adalet anlayışından yararlanacaktır.⁴⁷⁶

Çatışan değerler arasında dengenin kurulmasında, her olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir.⁴⁷⁷

Çatışan yararlardan üstün olanın tespitinde nitelik ve nicelikten yararlanılabilir.⁴⁷⁸

Nitelik ölçüsünde, yararlar arasında bir sıralama yapılır. Üst değer basamağındaki yarar, diğerine göre üstündür ve korunur. Burada ideal nitelikteki yararlar, maddi yararların üzerindedir. Yaşam hakkının, vücut bütünlüğüne ilişkin haktan üstün olması gibi.⁴⁷⁹ Üstün yararı belirlemede ceza kanunlarınca belirlenmiş cezanın ölçüsünden de yararlanılabilir. Daha ağır cezayla korunan değerler daha üstündür.⁴⁸⁰

Nicelik ölçüsünde ise, yararların tartılması sonucu bunların eşit değerde olması halinde, çatışan yararların niceliği ölçüsü esas alınmalıdır. Niceliği belirlemede saldırının ağırlığı bir ölçü olabilir. Bir varlığı ağır olarak tehdit eden saldırılarda saldırıya uğrayan yarar daha üstün tutulur. Örneğin; özel hayatın gizliliğinin az bir kişi arasında ihlali ile, bir Televizyon Programında ihlali daha ağır saldırdır.⁴⁸¹ Yine saldırının elverişli ve uygun bir araç olup olmaması da niceliğini etkiler. Yararın kişiye yakınlığı da niceliğini değiştirir. İhlal edilen yararların sayısı da bazen niceliği belirler.⁴⁸²

Üstün nitelikteki yarar kamu yararı veya özel yarar olabilir.

⁴⁷⁵ HGK. 9.7.2003 tarih, 2003/4-437, 2003/468 (yayınlanmamıştır)

⁴⁷⁶ Kılıçoğlu, s.110; Dural, s.141; Serdar, s.127

⁴⁷⁷ Serdar, s.128

⁴⁷⁸ Kılıçoğlu, s.111

⁴⁷⁹ Kılıçoğlu, s.111 vd.

⁴⁸⁰ Kılıçoğlu, s.114

⁴⁸¹ Kılıçoğlu, s.115

⁴⁸² Kılıçoğlu, s.116; Serdar, s.128

1. Üstün Nitelikteki Kamu Yararı

Üstün nitelikteki bir kamu yararı varsa, özel hayata saldırı hukuka aykırı değildir. Buradaki kamu yararı: Toplumun genel değer ve menfaatlerini ifade eder.⁴⁸³

Anayasa'nın 13. maddesinde tüm temel hak ve hürriyetler için genel bir sınırlama maddesi yer almış, buna göre her hakkın Anayasa'da ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, ancak kanunla sınırlanacağı hüküm altına alınmıştır. 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğinden önce genel sınırlandırıcı nedenlerinden biri de kamu yararı iken ve maddedeki özel sınırlamaya ek olarak tüm hak ve özgürlükler için gerekli iken bu değişiklikten sonra AİHS.'ne paralel bir sınırlama rejimi getirmiştir. Bu sınırlamada hakkın özüne dokunulamayacak sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olacak, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayıp, ölçülü olacaktır. Özel hayat yönünden belirlenen bu nedenler; Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri olabilir –ki bunlar toplumun genel değer ve menfaatleridir. Bu tür kamu yararı hali, özel hayata müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Örneğin: Milli Güvenlik amacıyla özel telefon görüşmelerinin dinlenmesi, 4422 sayılı kanun gereği gizli görüntüleme yapılması; salgın hastalığa karşı zorunlu aşı uygulaması vb. de olduğu gibi.

Kamu yararının söz konusu olduğu ve özel hayatla çoğu zaman çatışan haklar ise düşünce, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüdür. Basının; haber vermek (olaylar hakkında bilgi vermek), denetim ve eleştiri (toplum adına ekonomik, sosyal ve siyasi durumu denetlemek), kamu oyunu oluşturma (haber, eleştiri ve yorumlarıyla kamuoyu oluşumunu sağlama), eğitim ve öğretim (haber ve eleştirileri ile halkın belli konularda eğitilmesine yardımcı olma) görevi vardır.⁴⁸⁴ Basın özgürlüğünün sınırı Anayasa'da çizilmiş olup, özel hayat da bunlar arasındadır.

Yine düşünceye sahip olma, onu ifade edebilme ve yayma özgürlüğü de temel bir hak ve özgürlük olarak tanınmıştır. Bu özgürlüğün bir uzantısı da basın özgürlüğü olmuştur. Özel hayatla bu hakların çatışması halinde hangisine üstünlük tanınacağı, somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. Ancak kişinin geçirdiği bir kazanın basınca duyurulmasında, bir bilim adamının biyografisinin yayınlanmasında, bir başbakanın partililere konuşmasının yayınlanmasında hukuka aykırılıktan söz edilemez.

⁴⁸³ Öztan, s.266; Serdar, s.129; Kartal, s.120

⁴⁸⁴ Kılıçoğlu, s.132

2. Üstün Nitelikteki Özel Yarar

Üstün nitelikte bir özel yararın bulunması halinde de kişinin rızası olmasa da özel hayata müdahalede kamu yararı nedeniyle saldırının hukuka aykırılığından söz edilemez.⁴⁸⁵ Buradaki üstün özel yarar, saldırıda bulunanın veya saldırıya uğrayanın üstün yararı olabilir.⁴⁸⁶ Tıbbi zorunluluk nedeniyle kürtaj veya savunma hakkının kullanılması sırasında karşı tarafın özel hayatının gizlerinin açıklanması durumunda olduğu gibi özel yarara üstünlük tanınabilir.

Burada her olayın özelliğine göre ve kendi şartları içinde yararlarının dengelenmesi sağlanacaktır.

D) BASIN YOLUYLA ÖZEL HAYATA SALDIRILARDA UYGUNLUK NEDENLERİ

Gerek yazılı gerek görsel basın yoluyla özel hayata saldırılar, yapılan saldırının niteliği, basının görevleri, toplumda ulaşılan kitlenin büyüklüğü ve saldırının etkilerini hemen ortadan kaldırma olanağının azlığı nedeniyle daha bir etkilidirler. İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü'nün Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerden olması nedeniyle genel hukuka uygunluk nedenleri yanında, basın yoluyla saldırılarda daha bir özel kriterlere başvurmak ve hukuka aykırılığı belirlemek gerekmiştir. Doktrin ve uygulamada şu hukuka uygunluk nedenleri kabul edilmiştir.⁴⁸⁷

1. Esasa İlişkin Hukuka Uygunluk Nedenleri

Yazılı ve görsel basın yoluyla yapılan saldırıda, konuyu oluşturan yayının özü (esası) ile ilgili şu unsurları taşıması halinde hukuka aykırılıktan söz edilemez: Kamu yararı, güncellik, gerçeklik. Şimdi bunları kısaca açıklayalım.

⁴⁸⁵ Öztan, s.266; Helvacı, s.126

⁴⁸⁶ Helvacı, s.126-127; İşgüzar, s.866

⁴⁸⁷ Eren, s.801; Kılıçoğlu (Borçlar), s.275; Kartal, s.119; İşgüzar, s.868; Y.4.HD, 2001/8926 Esas- 2001/11175 sayılı 15.11.2001 tarihli kararı (yayınlanmamıştır.); Y. 4.HD. 2001/6805 Esas-2001/10717 karar sayılı 5.11.2001 tarihli kararı. (yayınlanmamıştır.)

a) Kamu Yararı - (Genel Menfaat) – Toplumsal İlgi

Kamu yararı, genel bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak kamu yararı yayınlarda daha bir önem taşımaktadır. Ferdin kişisel çıkarları yerine, toplumun çıkarlarının üstün tutulmasını kamu yararı olarak adlandırabiliriz.⁴⁸⁸ Basının yürüttüğü görevler nedeniyle aynı zamanda bir "kamu görevi" de bulunmaktadır.⁴⁸⁹ Bu bağlamda basının devlet faaliyetlerini eleştirmesi, kültürel, sosyal faaliyet ve olayları duyurması, ekonomik-ticari ve iş alanındaki olayları açıklaması, aynı zamanda birer görevdir.

Basın bu görevini yerine getirirken yapılan açıklamalar çoğu zaman kişileri de kapsamaktadır. Bunlardan politikacılar, bürokratlar, bilim ve sanat adamları, sporcular toplumun daha çok ilgisini çeken, topluma mâl olmuş kişilerdir. Bu nedenle bunların özel hayatlarının merak edilmesi ve bir dereceye kadar gözler önüne serilmesi kaçınılmazdır – ki bunlar hakkındaki haber ve eleştirilerde de kamu yararının varlığının kabulü gerekir.⁴⁹⁰

Kamuoyunun devamlı dikkatini çeken, toplumsal ilginin yoğun olduğu politikacı, bürokrat, sanatçı vb. kişiler gerek faaliyette bulundukları alanla ilgili konularda gerek kişilikleri ile basının da hedefi halindedirler. Ancak bu kişilerin de bir özel hayatı bulunduğunun kabulü zorunludur. Bu kimselerin görevleriyle ilgili olaylar ortak hayat çevresine girer.⁴⁹¹ Bu nedenle de bu olayların açıklanması ve yayılmasında kamu yararı olduğundan hukuka aykırılıktan söz edilemez. Ancak bunların normal bir vatandaş olarak yaşadıkları olayların rıza dışı görüntülenmesi ve kullanılması hukuka aykırıdır.⁴⁹²

Kamuoyunun devamlı dikkatini çeken kişilerin dar anlamda özel hayat ve gizli hayat çevresindeki olaylar ise, ancak bunların göreviyle bağlı oldukları zaman kamu yararı söz konusu olacağından hukuka uygun olarak yayın konusu yapılabilir. Örneğin bir politikacının yasak aşkı, görevinin gerekleri ile alakasız, tamamen o kişinin gizli hayat çevresinin unsuru olduğundan, bu konudaki yayının hukuka uygunluğundan söz edilemez.⁴⁹³

Kamuoyunun belli bir olay nedeniyle geçici olarak ilgisini çeken kişiler yönünden özel hayata müdahalenin sınırını o olay çizmektedir. Bir suçu işleme, bir yarışmayı kazanma, bir eser yayınlama gibi bir olay geçici toplumsal ilginin nedeni olabilir. Bu olayı değerlendiren ve özel hayata ilişkin açıklamalar hukuka uygun ise de; bu olayla ilgisi olmayan, gizli hayat çevresindeki bir olayın açıklanması hukuka aykırıdır. Burada olayın

⁴⁸⁸ Kartal, s.120

⁴⁸⁹ Kılıçoğlu, s.129

⁴⁹⁰ Eren, s.802; Kılıçoğlu, s.153

⁴⁹¹ Eren, s.802; Kılıçoğlu, s.160

⁴⁹² Kılıçoğlu, s.161

⁴⁹³ Eren, s.802

güncelliğini koruduğu sürece açıklama yapılması hukuka uygun ise de daha sonra aynı olaylar özel hayatın koruma alanına girebilir.⁴⁹⁴ Örneğin; ünlü bir sporcunun elde ettiği derece konusundaki yayında, antrenörü ile yaşadığı yasak aşkın gündeme getirilmesi özel hayata saldırı niteliğindedir.

b) Güncellik

Güncelliğini kaybeden yayının üstün değeri taşıdığı ve hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Güncellik ile somut olayın açıklandığı sıralarda kamu yararının bulunması nedeniyle hukuka uygunluktan söz edilebilir.⁴⁹⁵ Üzerinden zaman geçmiş bir olayın yeniden gündeme getirilmesinde kamu yararı yoksa, özel hayata saldırının varlığı kabul edilmelidir. Örneğin bir kişinin geçmişteki sabıkasının açıklanmasında güncellik yoktur. Ancak burada da üzerindeki toplumsal ilgi olup olmaması ve derecesi de güncellikte önemlidir. Toplumsal ilginin yoğun olduğu kişilerin geçmişlerinin gönderme yapılmak suretiyle daha fazla gündeme getirilmesini hoş karşılamak gerekir. Toplumsal ilginin belli bir olayla sınırlı kaldığı, geçici olarak toplumun ilgisini çeken kişilerde güncellik daha dar yorumlanmalıdır.⁴⁹⁶

Yargıtay da bir kararında⁴⁹⁷ unutulmuş ve hatırlanmasında yarar olmayan bir olayların gündeme getirilmesinde genel yarar ve kamu çıkarı bulunamaz. Somut olayda, davacının dört yıl önce karşılaştığı ve aklandığı bir iddianın yeni bir haber ve sanki gerçekmiş gibi verilmesinde hukuka aykırılık açıktır" demektedir.

c) Gerçeklik

Yayının hukuka aykırılığından söz edebilmek için her şeyden önce gerçek olması gerekir. Basının ödevi, gerçek yayınlarla kamuoyunu bilgilendirmek olup, gerçek dışı yayınlarla bu ödev kamu yararına uygun yerine getirilemez. Bu nedenle de hukuka uygun görülemez.⁴⁹⁸

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi 4756 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Önceden maddenin "I" bendindeki "Haber

⁴⁹⁴ Kılıçoğlu, s.162

⁴⁹⁵ Eren, s.802; Kartal, s.121; İşgüzar, s.868

⁴⁹⁶ Kılıçoğlu, s.162; Kartal, s.121; Eren, s.802

⁴⁹⁷ Y. 4. HD. 19.1.1988 tarih, 8085-334 (naklen Çetin,s.188)

⁴⁹⁸ Eren, s.801; Kılıçoğlu, s.166 vd. Kartal, s.121; Serdar, s.147 vd.; Öngören/Avşar, s.107; Özsunay, s.131; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.672

ve olayların çabuk ve doğru şekilde sunulması" ilkesi, yeni düzenlemede "I" bendinde "Haberlerin yayınlanmasında tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerine bağlı olunması", "I" bendinde ise "..... soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberlerin soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanmaması" ilkesi olarak değiştirilmiştir. Radyo ve Televizyonlar açısından gerçeklik incelenirken yazılı basından ayrı olarak "doğruluğundan emin olunmaksızın" yayın yapılıp yapılmadığı da ayrıca inceleme konusu yapılmalıdır.⁴⁹⁹

Haberde orta düzeyde bir okuyucunun yayına vereceği anlama göre gerçeklik belirlenmelidir. Yayının gerçekliğini ispat, yayını yapana aittir. Buradaki gerçekliği salt gerçeklik olarak algılamamak gerekir. Yayının gerçeğe uygunluğu somut ve maddi gerçekliği değil, yayının görünürdeki gerçeğe uygunluğunu ifade eder. Görünürdeki gerçeklik, yayının yapıldığı andaki belirli biçimine uygun olmayı ifade eder.⁵⁰⁰ Yayının görünürdeki gerçeğe uygun olması hukuka uygunluk için yeterli olup HGK bir kararında görünürdeki gerçeklik açısından şu belirlemeyi yapmıştır.⁵⁰¹ "Basın, objektif sınırlar içinde kalmak sureti ile yayın yapmalıdır. O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen, bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayınlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda beliren ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır." Yargıtay 4. HD. de pek çok kararında gerçekliğin "görünürdeki gerçeklik" olarak algılanması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁰²

Yayının tamamen gerçek dışı olması yanında, yayının esaslı noktalarını oluşturan ve ilk amaç olarak kamuoyuna iletilmek istenen unsurlar veya bu esaslı noktaları süsleyen ve esas olayın başka türlü düşünülmesine etki etmeyen kısmı olan yan noktalar da gerçek dışı olabilir. Kural olarak yan noktalardaki gerçeğe aykırılık hukuka uygunluğu etkilemez. Ancak bu yan noktalar gerçeğe aykırı, yanlış, eksik verilmekle esas noktada farklılık ve olayın başka türlü anlaşılması mümkünse, burada da hukuka aykırılığın varlığının kabulü gerekir.⁵⁰³ Yargıtay bir kararında⁵⁰⁴ "Bir haberin hukuka uygun sayılabilmesi için "haber niteliğinin" varlığı ve haber içeriğinin gerçeğe uygunluğu yeterli değildir. Gerçek bir olaya "ana noktalarda" gerçek dışı olan unsurların eklenmesi halinde hukuka uygunluktan söz edilmez... Haber veriliş anında bile gerçek dışı ve abartılıdır.

⁴⁹⁹ Öngören/Avşar, s.107

⁵⁰⁰ Kılıçoğlu, s.166; Serdar, s.148; Dural, s.128

⁵⁰¹ HGK. 9.7.2003 tarih, 2003/4-437 Esas- 2003/468 Karar (yayınlanmamıştır)

⁵⁰² Y. 4. HD. 12.2.2002 tarih, 10293-1611 ve 28.1.2002 tarih, 13415-902 (yayınlanmamışlardır)

⁵⁰³ Kılıçoğlu, s.169; Serdar, s.149

⁵⁰⁴ Y. 4. HD. 22.9.1999 tarih, 2921-7352 (naklen Çetin, s.176)

Haber verme hakkının sınırları objektif yönden aşılmıştır." Demek sureti ile aynı görüşü benimsemiştir.

Gerçek olmakla birlikte abartılı yayın yapılması da bazen hukuka aykırı olabilir. Özellikle, abartı nedeniyle gerçek olan yayın orta düzeydeki bir kişi üzerinde olayın gerçekte olduğundan farklı bir anlam çıkarılmasına neden oluyorsa, hukuka uygunluktan söz edilemez. Aksi halde abartının hukuka aykırılığı için, kişilik haklarına, şeref ve haysiyete saldırı niteliğinde bulunması ancak hukuka aykırılığa neden olur.⁵⁰⁵

2. Şekle İlişkin Hukuka Uygunluk Nedeni (Konu-Biçim Dengesi)

Bir yayının yapılması için kullanılan yazı, metin, resim vb. ifade ediliş biçimi ile yayının özü arasında belli bir ölçülülük ve denge bulunmalıdır. Gerçek, kamu yararının mevcut olduğu güncel bir konuda yapılan yayında; kişinin şeref ve haysiyetini rencide edici, küçültücü, aşağılayıcı, incitici, iğneleyici ve amacın gerçekleşmesine yönelik olarak zorunlu olmayan ifadeler hukuka aykırılığa neden olur. Bu saldırıda kullanılan aracın (yayının şekli) uygunluğunu ifade etmektedir.⁵⁰⁶ Yayında kullanılan dil ve sair araçlar, orta düzeydeki bir kimsede başka anlama gelecek biçimde etki uyandırmamalıdır. Bu etki incelenirken yayın bir bütün olarak değerlendirilmeli, bazı kelimeler cımbızla çekilerek incelenmemeli, yayının tümünden çıkacak anlayış değerlendirilmelidir.⁵⁰⁷

Kamu yararı amacıyla, özellikle yoğun toplumsal ilgi konusu kişilerin eleştirilmesi ve hatta başkalarından daha sert eleştirilmesi normaldir. Ancak bu amacı aşan, kişilik haklarına saldırı niteliğindeki yayınların hukuku uygunluğundan söz edilemez. Örneğin komşusu ile kavga eden milletvekiline " illet vekili " denilmesinde eleştiri sınırının aşıldığı kabul edilmelidir.

Öz-biçim dengesi araştırılırken, sadece kullanılan sözler değil, resim kullanılması, resmin uygun olup olmaması, karikatür, görsel yayındaki fon, yazının büyüklüğü, yer aldığı yer, yayının saati de değerlendirilmelidir.⁵⁰⁸

Yargıtay il sağlık müdürü olan davacının, Diyanet İşleri Başkanlığı Hac ekibinde görevli ve izinli olarak hacca giderken yanında zimmetli cep telefonunu da götürdüğünün konu edildiği ve "Vay Hacı Naci Vay" sözcüklerinin kullanılmasında öz-biçim dengesinin bozulduğunu kabul ederek tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını, "Yayında

⁵⁰⁵ Kartal, s.121

⁵⁰⁶ Eren, s.803; Kılıçoğlu, s.172; İşgüzar, s.869-870; Kartal, s.122

⁵⁰⁷ Kartal, s.122

⁵⁰⁸ Kılıçoğlu, s.177

kullanılan ifade şekli suçlama niteliğinde olmayıp konu ile ilgili aydınlatıcı bilgi istemeye yöneliktir...Diğer bir anlatımla öze-biçim arasındaki denge bozulmamıştır.Bu nedenle yayının hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığı sonucuna varıldığından dava reddedilmelidir” gerekçesiyle bozmuştur.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ Y. 4. HD. 16.5.2000 tarih,1815-4781 (GÖKÇAN Hasan Tahsin: Hukukunuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları (Ankara 2003), s.401

SONUÇ

Uluslararası hukukta "Temel İnsan Hakları"ndan, kamu hukukunda "Temel Hak ve Özgürlükler" den olan özel hayat, özel hukukta "Kişilik Hakkı" kavramında yer alan, insana insan olması nedeniyle tanınan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardandır. Başkalarının denetim ve gözetiminden uzakta, kişinin kendince kararlar almasını ve bunları uygulayabilmesini sağlayan bir alan ve hak olan özel hayat, gizlilik yanısıra bağımsızlık unsurunu da bünyesinde barındırmaktadır.

Gerek AIHS.'nde gerek Anayasa'mızda özel hayat; özel (bireysel) hayat, aile hayatı, Konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı olarak bir takım haklar demetinden oluşmaktadır. Özel hukukta bu haklara yönelik ihlaller genel olarak kişilik hakkının ihlali sayılarak koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

AIHM., kararlarında özel hayat kavramını sınırlayıcı bir tanımını yapmamış; aksine bu kavramın tüm unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu kabul ederek her somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmek sureti ile somut olayın öncelikle bu hakkın kapsamına girip girmediğini belirlemiş; kapsamda kaldığı kabul edilirse, yapılan müdahalenin AIHS.'nin ihlali olup olamayacağını değerlendirmiştir. Bu bağlamda cinsel hayat ve tercihler, gizli dinleme ve izleme yöntemi ile kişisel bilgilerin edinilmesi, kişisel verilere erişim, aile hayatı, konuta karşı saldırılar, haberleşmenin denetlenmesi ve kısıtlanması gibi konuları çeşitli kararlarında irdelemiştir.

Özel hukukta özel hayat kişilik hakkı kavramında yer almakta olduğundan, kişilik hakkını koruyan yasal düzenlemelerin korumasından yararlanmakta ise de özel hayatın ayrı bir yasal düzenleme ile ele alınmadığı görülmektedir. Bu nedenle özel hayatın kapsamında değerlendirilebilecek olan durumlar, müdahale ve saldırı biçimleri örneklendirilmiş ve hukukumuzdaki dağınık yasal düzenlemeler ışığında kişinin hayat çevreleri; resim, isim, mektup vb. üzerindeki hakları; meslek, sanat ve ticarete ilişkin sırları; kişisel verileri; aile hayatı; konutu; haberleşmesi yönünden irdeleme yapılarak, özel hayat kavramı daha yakından incelenmiştir

AIHS. özel hayatı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi gibi organları aracılığı devletlere ve bireylere tanıdığı başvuru hakkı ile koruma altına almıştır. Devletlere, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale etmeme ve bu hakkı kişilere sağlama yolunda negatif ve pozitif yükümlülükler yüklendiğinden, bu yükümlülüklerin ihlalinde devlet AIHM. önüne çıkarılmakta ve yaptırım uygulanabilmektedir. AIHM. özel hayat saldırı olup olmadığını denetlerken devletçe pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini, bir müdahale söz konusu ise, bunun meşru bir amacı olup olmadığını, müdahalenin yasal bir dayanağı

bulunup bulunmadığını, demokratik bir toplumda Gerekli olup olmadığını ve son olarak bu müdahalenin amaca uygun olup olmadığını denetlemektedir.

Özel hukukta özel hayat kişinin rızasına dayalı olan ve olmayan saldırılara karşı korunmuştur. Rızanın sınırını hukuka ve ahlaka aykırılık oluşturmakta olup haktan tamamen vazgeçilemez. Başkalarının özel hayata saldırısı halinde, saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması, tespit davaları ile düzeltme, bildirim veya kararın ilanı, üçüncü kişilere bildirilmesi, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması gibi özel dava yolları yanında maddi tazminat, manevi tazminat, kazancın istenmesi, sebepsiz zenginleşme davası gibi genel davalar yoluyla da koruma sağlanmıştır. Ancak bazı durumlarda müdahale var ise de; bu müdahale hukuk tarafından kabul görebilir. Kanunun tanıdığı yetkinin kullanılması, rıza, üstün nitelikteki özel veya kamu yararı varsa özel hayata müdahale hukuka uygundur. Bu genel hukuka uygunluk nedenlerinden başka, özel hayata basın yolu ile yapılan saldırıların önemi ve basın özgürlüğünün de temel hak ve özgürlüklerden olması nedeniyle esasa ve şekle ilişkin başkaca hukuka uygunluk nedenleri benimsenmiş olup, bunlar; kamu yararı, gerçeklik, güncellik ile öz-biçim bakımından dengedir.

Özel hayat, hem gizlilik hem de bağımsızlık unsurundan oluşan, kişinin kendini geliştirmesi için gerekli olan, vazgeçilemez bir haktır. Ancak özel hukukta bugüne kadar özel hayat, genel olarak gizlilik unsuru ile değerlendirilmiştir. Özel hayatın temel bir hak ve özgürlük olarak dayanağı Anayasa, Anayasa'mızda da insan hakları esas alınarak AİHS.'ne benzer bir düzenleme benimsenmiş olduğuna göre kişinin özel hayatına yönelik olarak sağlanan korumanın ve özel hayatın kapsamının belirlenmesinde AİHS. ve bu sözleşmeyi uygulayan AİHM.'nin kararları özel hukuk bakımından da uygulayıcılara yol gösterecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin. İnsan Hakları-1. Kavram Kaynakları ve Kurma Sistemleri. Ankara, 1995.
- AKILLIOĞLU, Tekin. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.XLIV, No.3-4. (AİHS)
- AKINTÜRK, Turgut. Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2002.
- AKİPEK Jale.G. ve
- AKINTÜRK Turgut. Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku I.Cilt, İstanbul, Eylül 2002
- ARASLI, Oya. Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Doçentlik Tezi. Ankara, 1979.
- AŞCIOĞLU, Çetin. Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumluluğu. Ankara, 1982.
- ATAAY, Aytekin. Şahıslar Hukuku. İstanbul, 1978.
- AYDIN, Sevil. Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının ihlali ve Hukuksal Koruma. Adil Yayınevi, Ankara, 1998.
- ÇELİK, Edip. Milletlerarası Hukuk I. Kitap İstanbul, 1984.
- ÇETİN, Erol. Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara, 1999.
- ÇINAR, Ali Rıza. "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri", Yargıtay Dergisi, Cilt.17, S.4, s.467-495, Ankara 1991.
- DANIŞMAN, Ahmet. Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması. Konya, 1991.
- DERDİMAN, R. Cengiz. (Türk Hukukunda), Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukukî İstisnası Olarak Adli arama ve İnsan Hakları. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul, 1990.
- DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları. Cilt I. İstanbul, 2002
- DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları. I. TC. Adalet Bakanlığı Yayınları. (2003), Ağustos 2003..

- DONAY, Süheyl. "Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi " IHFM. C.XXXIX, Sayı.1-4
- DÖNMEZER Sulhi, "İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye'deki Durumu", İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), 14-15 Mayıs 1998 tarihlerinde Antalya'da düzenlenen seminerde yapılan açılış konuşmaları sunular ve bildiriler, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Haziran 1998.
- DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku.(basın), İstanbul, 1976.
- DÖNMEZER, Sulhi ve
- ERMAN, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Genel Kısım C.II, 12. Bası, İstanbul, 1999.
- DURAL, Mustafa. Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler. 4. Bası, İstanbul, 1995.
- EGGER, August. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi- Giriş ve Kişinin Hukuku, Çeviren: Volf Çernis, Ankara: 1947.
- EREM, Faruk. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara, 1995.
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt I, 6. Bası, İstanbul, 1998.
- ERGÜL, Ozan. Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması. Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998
- ERYILMAZ, M. Bedri Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama. Ankara, 2003
- FRANKO, İ.Nisim. Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini. Doktora Tezi, Ankara, 1973.
- GEMALMAZ, M. Semih. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları. İstanbul, 1991.
- GÖKCAN, H. Tahsin. Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları. Ankara, 2003.
- GÖZLER, Kemal. İdare Hukukuna Giriş. İzmir, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Polat. Türk Ceza Kanunu Şerhi. Cilt.II, İstanbul, 1991.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şerif ve

- GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. Ankara, 2003.
- GÜVEN, Kudret. Kişilik Hakları ve Ötenazi. Ankara, 2000.
- HELVACIOĞLU, Serap. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar. İstanbul, 2001.
- İMRE, Zahir. "Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler". İHFM, Cilt XXXIX, S.1-4.
- İNCEOĞLU, Sibel. "ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı". İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, 1997-1998.
- İŞGÜZAR, Hasan, "Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", ANBD., Yıl 47, Sayı:1990/6
- KARAHASAN, M. Reşit. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt I, İstanbul, 1992.
- KABOĞLU, Ö. İbrahim. Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı. İstanbul, 1999.
- KAPANI, Münci. Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1981.
- KARTAL, Bilal "Basın-Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk" YD. C.23, Ocak-Nisan 1997. S.1-2
- KILIÇOĞLU, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk. Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet.M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, (Borçlar) Ankara, 2001.
- KILKELLY, Ursula. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- AİHS'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Avrupa Konseyi, 2001.
- KORKUSUZ, M.Refik. Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler. İstanbul, 1998.
- KUNTER, Nurullah. Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul, 1989.
- KURU, Baki,
- ARSLAN, Ramazan ve
- YILMAZ, Ejder. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. II.Bası, Ankara, 1999.
- LÜTEM, İlhan. Yeni Anayasalar. Kitap III, Ankara,1953.

- MERAY, L. Seha. Devletler Hukukuna Giriş. C.II, 4. Bası, AÜ, Basımevi, Ankara, 1979.
- NAL, Sabahattin. "AİHS'nin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi", YD., C.28, Sayı.1-2, Ocak-Nisan 2002.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer ve OKTAY, Saibe. Kişiler Hukuku Dersleri. İstanbul, 1993.
- OĞUZMAN, M. Kemal ve ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2000
- ÖNDER, Ayhan. Türk Ceza Kanunu Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu. Ankara, 1976.
- ÖNGÖREN, Gürsel. Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırılarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları, İstanbul, 1995.
- ÖNGÖREN, Gürsel ve AVŞAR Zakir. Radyo ve Televizyon Hukuku. Ankara, 2003.
- ÖZBEK, Veli Özer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara, 1999.
- ÖZBUDUN, Ergun. Özel Haberleşmenin Gizliliği. AÜHF. 50. Yıl Armağanı, Ankara, 1977
- ÖZBUDUN, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. (Anayasa), Ankara, 1986
- ÖZEK, Çetin. Türk Basın Hukuku. İstanbul, 1978.
- ÖZEL, Cevat. "AİHM Kararları ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü", İBD., C. 76, S.10-11-12, Aralık 2002.
- ÖZSUNAY, Ergün. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul, 1982.
- ÖZTAN, Bilge. Medeni Hukukun Temel Kavramları. 11. Baskı, Ankara, 2003.
- ÖZTAN, Bilge. Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 7. Bası, (şahsın hukuku), Ankara, 1997.
- ÖZTEKİN, 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., 1987
- PAZARCI, Hüseyin. Uluslar arası Hukuk Dersleri. C.I, 4. Bası, Ankara, 1995.
- SAĞLAM Fazıl. "Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı", AÜSBF. Dergisi, Cilt XXX., No: I-4, Ankara, Mart-Aralık, 1975
- SAVAŞ, Vural ve
MOLLAMAHMUTOĞLU,
Sadık. Türk Ceza Kanununun Yorumu. Cilt.2, Ankara, 1995.
- SIRABAŞI, Volkan. İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz. Ankara, 2003.
- SOYSAL, Mümtaz. 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı. İstanbul, 1986.
- ŞEN, Ersan. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. İstanbul, 1996.
- TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku (Özel Borç ilişkileri). Cilt II, 3. Bası, Ankara, 1987.
- TANDOĞAN, Haluk. "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AÜHF, Cilt.XX, S. 14.
- TEKİNAY, Selahattin S. Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. 6. Bası, İstanbul, 1992.
- TEKİNAY Selahattin S.
AKMAN Sermet
BURCUOĞLU Haluk ve
ALTOP Atilla Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Cilt I,6. Bası, İstanbul, 1998.
- TEZCAN, Durmuş. "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Yargısı, C.8, 1991
- TEZCAN, Durmuş,
ERDEM, Mustafa Ruhan
ve SANCAKTAR, Oğuz. AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. Ankara, 2002.
- TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku. İstanbul, 1996
- ÜNVER, Naci. Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, 2. Bası, Ankara, 2002.

- YILDIZ, Mustafa. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul, 1998,
- UYGUR, Turgut. Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler. Cilt 1; Ankara, 1990.
- ZEVKLİLER, Aydın,
- ACABEY, M. Beşir ve
- GÖKYAYLA, K.Emre. Medeni Hukuk Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku - Aile Hukuku. Ankara, 2000.



ÖZET

Özel hayat, Uluslararası Hukuk ve Anayasa hukukunda bir hak olduğu kadar Özel Hukukta da bir kişilik değeridir.Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı ile kişinin özel ve aile hayatı, konutu ve haberleşmesi koruma altına alınmıştır.

Özel hayat, kişinin başkalarının denetiminden ve gözetiminden uzakta, kendi kişisel tercihlerini uygulayabilmesidir.

AİHM., özel hayat kavramının tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu kabul ederek her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmiştir.

Özel hukukta özel hayat, kişilik hakkının korumasından yararlanır. Kişinin sırları, özel mektuplarının ifşası, telefon konuşmalarının dinlenmesi, rıza dışı resminin yayınlanması hep kişilik hakkının ihlalidir. Özel hukukta kişi başkalarının olduğu kadar kendinden gelecek saldırılara karşı da korunur.

AİHS. de özel hayatı organları ve başvuru yolları ile korumakta, devlet ve bireylere başvuru hakkı tanıyarak gerekli denetimi yapmaktadır. AİHM., özel hayata saldırı olup olmadığını denetlerken devletlere yüklenen pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini; bir saldırı söz konusu ise, bunun meşru bir amacı olup olmadığını, müdahalenin yasal bir dayanağı bulunup bulunmadığını ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceler.

Medeni Kanunun 24. maddesine göre kişilik değerlerine hukuka aykırı olarak saldırılması halin de saldırının önlenmesinin istenebileceği belirtilmiş olup, özel hayata saldırı halinde kişinin koruyucu ve tazminat davaları yolu ile korunması amaçlanmıştır. Bu davalar yolu ile kişi, saldırının önlenmesi veya durdurulması yanı sıra kusurlu bir davranış ile meydana gelen maddi ve manevi bir zararın tazminini de isteyebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde bu davalar açılmaz.

Özel hayat hem gizlilik hem de bağımsızlık unsurunu birlikte taşımaktadır. Bu nedenle kapsamı özel hukukta düşünüldüğü kadar dar olmayıp, kişinin kendi tercihlerini seçme ve uygulamasını da içermektedir. AİHM.'nin kararları özel hayatın daha iyi kavranması ve sınırlarının genişletilmesi açısından özel hukuka da örnek teşkil edebilir.

ABSTRACT

Private life is a human right in International Law and Constitutional Law as well as a personal interest in our Private Law. This right protected his private and family life, his home and correspondence.

Private life is a concept that far from others spaying on and control also put into practice his personal preference.

The European Court of Human Rights don't describe private life and says that it is as wide as can't describing. And examined all action separately.

Private life is safeguarded by personality in private law. Disclosing secrets, such as private letters, or listening telephone calls others, or improperly publishing pictures of a person are also considered acts against personality.

Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms, is safeguarding private life by some institutions and applications of states and persons. Court, investigate whether the interferences were justified. The principal issue of contention was whether the interference found were justified under the terms of paragraph 2 Article 8, notably whether they were "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one of the purposes enumerated in that paragraph.

In private law according to Article 24 of Civil Code "a person whose personal interests have been illegally attacked may demand from the court the rejection of the attack". If as a result of negligent or intentional illegal act material or immaterial injury is caused, the damage must be compensated.

Private life include secrecy as also independence. Because of this it's not as bare as it is often accepted in private law. And it includes preferring his preference and life style. For this reason decision of The European Court of Human Rights are good guide how to solve some problems about private life.