

**T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Avrupa Birliği Anabilim Dalı**

Yüksek Lisans Tezi

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8.
MADDESİ BAĞLAMINDA ÖZEL HAYATIN
GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI**

**SEDA ERTEN
2501050192**

Tez Danışmanı

Prof. Dr. FATİH SELAMİ MAHMUTOĞLU

İstanbul 2009

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında
Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması
Seda Erten**

ÖZ

Bu çalışmada, kişinin maddi ve manevi gelişimi açısından en önemli alan olan özel hayat ve bu hayatın gizliliği ve korunması incelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde; aile, konut ve haberleşmeyi de kapsayacak şekilde düzenlenmiş olan bu kavram, çalışmanın bütününde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ışığında irdelenmiştir. Söz konusu kavram ayrıca Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler açısından da incelenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik olarak Hukuk sistemlerinde öngördüğü standartlar saptanmıştır.

ABSTRACT

This thesis evaluates the importance of showing respect and protecting the right of one's privacy and the protection of privacy; which are essential for one's physical and psychological growth and also social development. This concept, Article 8 of the European Convention on Human Rights, which includes the right of one's "private and family life, his home and his correspondence", has been thoroughly examined and scrutinized throughout this thesis under the light of the cases and verdicts of the European Court of Human Rights. The concept at issue has also been evaluated in accordance with Turkish Law and Regulations. The standards set by the European Court of Human Rights on privacy and the protection of privacy have been established for judicial law systems.

ÖNSÖZ

Kişi, toplumsal bir varlık olarak yaşamını sürdürürken aynı zamanda başkalarıyla paylaşmayı arzu etmediği ve gözler önüne serilmesinden rahatsız olduğu bir giz alanına da sahiptir. Özel hayat olarak adlandırılan bu alanda kişi, aile hayatını, konutunu ve özel haberleşmesini dilediği gibi düzenleyebilme hak ve yetkisini elinde bulundurmalıdır. Kişinin fiziksel ve ruhsal gelişimi açısından bu kadar önemli bir alanın gizliliğinin korunması ve bu hakka saygı gösterilmesi zorunludur.

Ne var ki son yıllarda hızla gelişen teknoloji, kişinin mahremiyet alanına yöneltilebilecek müdahalelerin çeşidini artırmış ve bu alanın hukuk düzeni tarafından daha etkili bir şekilde korunması ihtiyacını doğurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, pek çok uyuşmazlığa konu olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınmıştır. Mahkeme tarafından titizlikle ele alınan özel hayat emsal yaratacak pek çok kararda değişik açılardan ele alınmıştır.

Çalışmanın konusunu teşkil eden özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, gelişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla, Devletlerin hukuk sistemlerinde pek çok düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmıştır. Neredeyse artık özel hayattan bağımsız bir unsur olarak değerlendirilen haberleşme hakkı ise özellikle yeterli ve etkili koruma mekanizmalarıyla desteklenmelidir.

Çalışmamın başında bana yol gösteren değerli Hocam, Sayın Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya, çalışmam boyunca desteğini ve değerli fikirlerini benden esirgemeyen değerli Hocam, Sayın Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu'na ve maddi, manevi her koşulda yanımda olan sevgili aileme teşekkürü bir borç bilirim. Çalışmanın tüm ilgilenele faydalı olmasını diliyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

1. BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKU'NDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

3

1.1. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması	3
1.1.1. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Kavramının Hukuki Niteliği	3
1.1.2. Kişilik Hakları	6
1.1.2.1. Kişilik Hakkı Kavramı Ve Kişilik Haklarının Konusu Olan Değerler	6
1.1.2.2. Özel Hayat Kavramı	9
1.1.2.2.1. Genel Olarak	9
1.1.2.2.2. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı Açısından Kişinin Hayat Çevreleri	11
1.1.2.2.2.1. Kişinin Kamusal Hayatı	11
1.1.2.2.2.2. Kişinin Mesleki Hayatı	12
1.1.2.2.2.3. Kişinin Aile Hayatı	15
1.1.2.2.3. Özel Hayatın Kamuya Açılması	20
1.1.2.2.3.1. Üstün Menfaat Görüşü	20
1.1.2.2.3.2. İradeci Görüş	25
1.1.2.2.3.3. Karma Görüş	27
1.1.3. Kişiliğin Korunması	30

1.2. Türk Hukuku'nda Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunmasına Yönelik	
Düzenlemeler	42
1.2.1. Anayasa'da Yer Alan Düzenlemeler.....	42
1.2.1.1. 1961 Anayasası'ndaki İlgili Hükümler	42
1.2.1.2. 1982 Anayasası'ndaki İlgili Hükümler Ve Anayasa'da Yapılan	
Değişiklikler.....	44
1.2.1.3. Anayasa Değişikliği Üzerine Mevzuatta Yapılan	
Düzenlemeler	49
1.2.2. Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler	50
1.2.2.1. Türk Medeni Kanunu	50
1.2.2.2. Diğer Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler.....	53
 2. İKİNCİ BÖLÜM: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL	
HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI	57
2.1. Genel Olarak	57
2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesiyle Koruma Altına	
Alınan Haklar	61
2.1.1.1. Özel Hayat.....	62
2.1.1.1.1. Mahremiyet Hakkı	68
2.1.1.1.2. Kamusal Alanda Mahremiyet Hakkı.....	69
2.1.1.1.2.1. Avrupa Konseyi Parlamenterler	
Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı	
Üzerine 1165 (1998) Sayılı	
Kararının İncelenmesi	69
2.1.1.1.2.2. Avrupa Konseyi Parlamenterler	
Meclisi Hukuk İşleri Ve İnsan	
Hakları Komitesi Raporu-8130	
İncelemesi	71

2.1.1.1.3. Mahremiyet Hakkı Ve İfade Özgürlüğü Hakkının	
Dengelenmesi Sorunu	75
2.1.1.2. Aile Hayatı	80
2.1.1.2.1. Aile Hayatı Kavramı Ve Kapsamı	80
2.1.1.2.2. Aile Hayatı Velayet İlişkisi	83
2.1.1.2.3. Aile Hayatının Korunması Kapsamında Devletin	
Yükümlülükleri	87
2.1.1.2.4. Aile Hayatı Ve Göç Sorunu	92
2.1.1.3. Konut	94
2.1.1.3.1. Konut Kavramı Ve Mülkiyet	94
2.1.1.3.2. Çevresel Faktörlerden Korunma Hakkı	98
2.1.1.3.3. Konutta Arama Ve Mallara El Konulması	100
2.2. Özel Haberleşmenin Gizliliği Ve Korunması	105
2.2.1. Genel Olarak	105
2.2.2. Gizli Gözetim Çalışmaları	112
2.2.2.1. Genel Olarak	112
2.2.2.2. Postayla Haberleşmeye Müdahale Edilmesi	117
2.2.2.3. Telefonun Dinlenmesi	121
2.2.2.4. Avrupa Birliği Konseyi'nin İletişimin Yasal Denetlenmesine	
İlişkin İlke Kararı	131
2.2.2.4.1. İlke Kararına İlişkin İlkeler Ve Yetkili Kurumlar	131
2.2.2.4.2. İletişimin Denetlenmesi Yetkisinin Kapsamı	132
2.2.2.4.3. Servis Sağlayıcı Ve Ağ Operatörlerinin	
Yükümlülükleri	133
2.2.2.4.4. Bilgilerin Gizliliği, Korunması Ve Keyfiliği Önleyici	
Düzenlemeler	135

3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8. MADDESİNE İLİŞKİN KARARLARIN İNCELENMESİ VE BU BAĞLAMDA TÜRK CEZA HUKUKU’NDAKİ DÜZENLEMELERİN ANALİZİ..... 136

3.1. Sözleşme’nin 8. Maddesiyle İlgili Olarak Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi’ne Yapılan Başvuruların İncelenmesinde Aranan

Kriterler 136

3.1.1. Genel Olarak 136

3.1.2. Sözleşme’nin 8. Maddesinin İncelenmesinin Birinci Aşaması..... 138

3.1.3. Sözleşme’nin 8. Maddesinin İncelenmesinin İkinci Aşaması..... 140

3.1.3.1. Genel Olarak 140

3.1.3.2. Kanunlara Uygunluk 144

3.1.3.2.1. Genel Olarak 144

3.1.3.2.2. Kanunda Bulunması Gereken Nitelikler 147

3.1.3.2.2.1. Ulaşılabilirlik..... 147

3.1.3.2.2.2. Öngörülebilirlik..... 148

3.1.3.2.2.3. Açıklık..... 149

3.1.3.3. Meşru Amaç..... 151

3.1.3.4. Demokratik Bir Toplumda Gereklik..... 153

3.1.3.5. Orantılılık 157

3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kararları Işığında Türk Ceza Hukuku’nun Analizi..... 160

3.2.1. Özel Hayatın Gizliliği Hususunda Yapılan Düzenlemeler 160

3.2.1.1. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Yapılan Düzenlemeler 160

3.2.1.2. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yapılan Düzenlemeler 175

3.2.1.3. Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalenin Tipik Bir Örneği Olan

İletişimin Denetlenmesine İlişkin Önleme Amaçlı Dinleme Ve

Teknik İzleme Hususunda Yapılan Düzenlemeler..... 183

3.2.1.3.1. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına

Dair Kanun 183

3.2.1.3.2. Adli Ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	
Ayrımı	184
3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Bulunması Zorunlu Asgari	
Güvenceler Ve Mevzuatımızın Durumu	187
3.2.2.1. Müdahaleye Sebep Teşkil Eden Şüphe Olgusu	188
3.2.2.2. Suç Ve Kişi Kategorisi.....	189
3.2.2.3. Karar Vermeye Yetkili Mercii Ve Süre	192
3.2.2.4. Bilgilerin Korunması Ve İmhası	194
3.2.2.5. Geri Bildirim Hususu	196
3.2.2.6. Denetim Sistemi Ve Kanuna Aykırı Olarak İletişimin	
Denetlenmesinin Yaptırımı	198
SONUÇ.....	202
KAYNAKÇA	206

KISALTMALAR

a.e.	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.y.	: Aynı Yer
bs.	: Basım
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
K.	: Karar
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
Proje Yönet.	: Proje Yöneticisi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RTV	: Radyo ve Televizyon
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
v.b.	: ve bunun gibi
v.d.	: ve devamı
Yay. Haz.	: Yayına Hazırlayan
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

İnsanın insan olmasından kaynaklanan ve insan onurunu korumayı, maddi ve manevi gelişmesini hedef alan insan hakları sorunu günümüzde önemli bir yer teşkil etmektedir. Sosyal ve akıl sahibi bir varlık olan insan, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için özel hayatını, aile hayatını, konutunu ve özel iletişimini istediği gibi düzenleyebilme hak ve yetkisine sahip olmalıdır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı bu anlamda temel bir kişilik hakkı olarak karşımıza çıkmakta ve saygıyı fazlasıyla hak etmektedir. Söz konusu hak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlendiği için, uluslararası sözleşmelerin özelliklerinden kaynaklanan objektif ve evrensel olma niteliğine sahiptir. Bireyin kendisine ait olan hayat alanında dilediği gibi hareket etmesinin hukuki dayanağı olan bu hakkın üçüncü kişiler, devlet ve kitle iletişim araçları karşısında korunması esastır.

Ne var ki kimi zaman kamu menfaatinden kaynaklanan acil toplumsal ihtiyaçlar söz konusu olduğunda, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale gündeme gelmekte ve bu noktada bu temel hak ve özgürlüğün kamu yararına sınırlanması gerekmektedir. Devletin takdir alanı içinde olan bu sınırlama yetkisi ise kimi zaman keyfi müdahalelere yol açarak bireyleri maddi ve manevi zarara uğratmaktadır. Meşru amaca hizmet gerekçesiyle çıkılan bu yolda devlet ve bireyler arasındaki pek çok uyuşmazlık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi bağlamında incelenmiş ve nihayetinde emsal yaratacak kararlar ortaya çıkmıştır.

Özellikle gelişen teknoloji sonucu demokratik toplumları tehdit eden sofistike terör ve suç örgütlerinin faaliyetlerinin artmasıyla, özellikle özel hayatın bir uzantısı olan bireyin haberleşme hakkına müdahale hususu sıklıkla gündeme gelmiştir. Bu noktada suç ve suçlulukla mücadele açısından bireyin özel hayatının gizliliği hakkına müdahale ile vazgeçilmez temel bir hak ve özgürlük olan haberleşme özgürlüğü

değerleri arasında bir denge kurulması sorunu baş göstermiştir. Üstün kamu menfaati lehine gerçekleştirilecek olan müdahalelerin hiç kuşkusuz kimi zaman keyfi uygulamalara yol açabileceği gerçeği daima göz önünde bulundurularak etkin bir denetim mekanizmasının işlerliğinin sağlanması kaçınılmazdır.

Çalışmamızda, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları bağlamında ülkemizdeki yasal düzenlemeler de göz önünde bulundurularak ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Bu bağlamda, ilk bölümde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının Türk Hukuku'ndaki yeri araştırılacaktır. Bu hakkın tanımı, kapsamı, hukuki niteliği belirtilecek Anayasa ve çeşitli kanunlarda bu hususa ilişkin yer alan hükümler uluslararası sözleşmelerden de faydalanarak incelenecektir.

İkinci bölümde, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının gerçek değerini kazanmasını sağlayan ve böylece birçok ülke hukukuna ışık tutan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve bu bağlamda Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıklar değerlendirilecektir. Mahkeme içtihatlarından örnekler vermek suretiyle 8. madde kapsamındaki özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları detaylı bir şekilde incelenecektir.

Son olarak üçüncü bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen başvurularda baz aldığı kriterlere değinilecek ve özel hayatın neredeyse artık bağımsız bir yönü olarak kabul edilen haberleşme özgürlüğü ve bunun sınırlandırılmasına ilişkin Ceza Mevzuatımızda yer alan düzenlemeler incelenecektir. Her alt başlıkta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre ortaya konan sistem ile Türk Hukuku'ndaki durum karşılaştırılacak ve ülkemizdeki iletişimin denetlenmesine ilişkin mevzuat ve uygulamanın Mahkeme kriterlerini ne ölçüde karşıladığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKU’NDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

1.1. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

1.1.1. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Kişinin özel hayatının başkaları tarafından bilinmesini istememesi hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir menfaattir¹. Bu nedenle özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, vazgeçilmez bir hak olma niteliği gereği, kamu hukuku ve özel hukuk dallarında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hak kavramının her iki hukuk dalında sahip olduğu isim, faaliyet alanının değişikliği nedeniyle farklılık arz etmektedir.

Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı 1961 ve 1982 Anayasaları’nda “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna binaen, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, her fert açısından temel bir insan hakkı fikri olarak kurala bağlanmıştır². Anayasa tarafından kurallaştırılan bu kavram, 1982 Anayasası madde 12 uyarınca kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlük görünümü sergilemektedir. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi uyarınca da özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğünün devamı niteliğindedir³.

1982 Anayasası’nın ikinci kısmının kişinin hakları ve ödevleri bölümündeki IV. başlığında “özel hayatın gizliliği ve korunması” kavramı kullanılmıştır. Adı geçen maddenin gerekçesinde özel hayatın korunmasının, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması ve başkalarının gözleri önüne serilmemesi anlamına geldiği belirtilmektedir. Bu düzenleme bir nevi 1961 Anayasası’nın ikinci kısmının kişinin

¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 136.

² Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında: Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1996, s. 9.

³ Servet Armağan, **1961 Anayasası’na Göre Temel Haklar Ve Ödevler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 19.

hakları ve ödevleri bölümünde yer alan II. Başlıktaki “özel hayatın korunması” şeklindeki düzenlemeye tepki niteliğindedir; çünkü özel hayat açısından korunma ne kadar kaçınılmaz ise gizliliğinin temini de bir o kadar gereklilik arz etmektedir. Dolayısıyla korunma ve gizlilik kavramları birbirinden ayrı olarak düşünülmemelidir. 1982 Anayasası’nın kullandığı bu kavram 1961 Anayasası’na nazaran daha kapsamlı ve açıklayıcı niteliktedir. Çünkü özel hayatın gizliliği ve korunması kavramları tek başına ve birbirinden ayrı olarak kullanıldıklarında konuyu ifade etmekte yetersiz kalmaktadır.

Salt özel hayatın gizliliği kavramı kullanıldığı taktirde, ortada yasaklanmış bir eylemin işlenişi ve bu eylemin gizlenmesi zorunluluğu durumu mevcutmuş gibi izlenim vermektedir⁴. Oysaki bu noktadaki gizlilik, hukuka aykırı bir eylemin gizliliği değil, aksine hukukun meşru kıldığı bir eylemin dış aleme karşı gizliliği ve bu gizliliğin korunmasındaki zorunluluktan ibarettir. Diğer taraftan sadece özel hayatın korunması kavramının kullanılması da konu açısından verimli olmayacaktır. Nitekim özel hayatın korunması demek, 1982 Anayasası’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayatın kendisinin değil, bu hayatta yer alan hususlara atfedilen gizliliğin korunmasıdır.

Özel hukuk açısından, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı değerlendirildiğinde; söz konusu hakkın temel bir kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir⁵. Söz konusu kavramın bir kişilik hakkı olması, onu herkese karşı ileri sürülebilen, devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan mutlak bir hak statüsüne sokmaktadır⁶. Herkesin kamuya mal olan yaşantısının yanında, kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için başkasının denetim ve gözetiminden uzak bir özel hayatı yaşayabilme gereksinimi vardır⁷. Bu nedene istinaden bireyin kendi hedefleri doğrultusunda şekillendireceği özel hayatı başkalarının ve devletin müdahale alanı dışında kalmalıdır.

⁴ Şen, **a.g.e.**, s. 8

⁵ **A.e.**

⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 125.

⁷ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, kişinin herkes tarafından bilinmesini istemediği, gizli kalmasını öngördüğü veya ancak güven duyduğu kişilerle başkalarına duyurulmaması kaydıyla paylaştığı mutlak sırlarını kapsayan alanı ifade etmektedir⁸. Diğer taraftan, herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinme suretiyle sağlanan kişiye ait hususlar veya başkalarının bireyin özel yaşamının onun koyduğu ölçüler çerçevesinde algılayabilmesi ya da müdahale edebilmesi gibi tanımlar da özel hayatın gizliliği açısından doktrinde benimsenmiştir⁹.

Bu noktada özel hayatın gizliliği kavramının hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında yer alması, Anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerini etkileme gücüne sahip olup olmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Sorun klasik kamu hukuku boyutunda değerlendirildiğinde, Anayasa kurallarının salt devlet-birey ilişkilerini biçimlendirdiği dolayısıyla kişilerarası ilişkilere Anayasa kurallarının uygulanma olanağının mümkün olamayacağı sonucuna varılır¹⁰.

Anayasa’da Devlete karşı korunmuş olan maddi ve manevi kişilik, kıyas yoluyla keyfi tecavüzlerin tamamına karşı korunmuştur. Bu noktada Anayasa hükümlerinden özel hukuk alanındaki müdahalelerde de yararlanılması sonucu ortaya çıkmaktadır. 1982 Anayasa’sının “Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesi’nin 1. fıkrası uyarınca Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise kanunların Anayasa’ya aykırı olamayacağını belirtilmektedir. Bu noktada varılan sonuç, özel hayatın gizliliği ve korunmasını herkes için temel bir insan hakkı olarak düzenleyen Anayasa’daki hükümlerin birer üst norm olmaları nedeniyle kamu hukuku ve özel hukuk dahil olmak üzere tüm hukuk kuralları açısından bağlayıcı olacağı yönündedir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı ayrıca Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi’nde de ele alınmıştır. 22-23 Mayıs 1967 tarihlerinde Stakholm’de toplanan

⁸ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, C.II, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 91.

⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 136; Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 91 vd.; Şen, **a.g.e.**, s. 5-6.

¹⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 10.

kongrede özel hayat, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve kişilerin dilediği gibi hareket edebilme konuları tartışılmıştır¹¹. “ Kararlar” başlığını taşıyan ilk bölümde “özel hayata saygı hakkı”nın niteliği tanımlanmıştır. İlgili maddenin devamında, temel insan hakkı olarak belirtilen özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı somut bir şekilde ele alınmıştır¹². Söz konusu hak, kamu makamlarına, topluma ve diğer bireylere karşı hukuki koruma altında olacaktır. Bu hakkın genişletilmesi sonucu ortaya çıkan sonuca göre; özel ve aile hayatına ve meskene müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine, şeref ve itibarına karşı her türlü tecavüz ve baskı altında kalma hareketlerine, muhabberata el konulmasına, yazılı ve sözlü özel muhabberelerden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin şahsen öğrendiği bilgilerin yazılmasına karşı ferdin güvence altına alınmasına özel hakkın gizliliği ve korunması hakkı denilmiştir¹³.

1.1.2. KİŞİLİK HAKLARI

1.1.2.1. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI VE KİŞİLİK HAKLARININ KONUSU OLAN DEĞERLER

Hukuk açısından en değerli varlık olarak benimsenen kişi, gerek Devlet gerekse diğer kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek saldırılar bakımından açık bir hedef konumundadır¹⁴. Bu bağlamda kişinin biri dar diğeri geniş olmak suretiyle iki anlamı mevcuttur. Dar anlamda kişi, hak ehliyetine sahip bulunan varlık anlamına gelmektedir¹⁵. Geniş anlamı ile kişi ise, kişilik hakkının konusunu teşkil eden kişisel değerlerin bütünüdür¹⁶. Günlük dilde kişi ve kişilik kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Fakat kişilik kelimesi geniş anlamıyla düşünüldüğünde, kişinin kişi

¹¹ Fikret İlkiz, “Kişilik Hakları Ve İletişim Özgürlüğü”, (Çevrimiçi) http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?icerik_id=225cf017-5beb-4a65-a6a5-a792d3714420, 19.01.2007

¹² Şen, **a.g.e.**, s. 7.

¹³ Fikret İlkiz, “Kişilik Hakları Ve İletişim Özgürlüğü”, (Çevrimiçi) http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?icerik_id=225cf017-5beb-4a65-a6a5-a792d3714420, 19.01.2007

¹⁴ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁶ Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, s. 2.

olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyeti, hayatı, vücut tamlığı, şeref ve haysiyeti, sırları, adı vs. gibi değerler üzerindeki haklarının bileşkesi olduğu gözlemlenmektedir¹⁷.

Zaman içerisinde kişiliğin korunması kavramı insan hakları alanındaki gelişmelere paralel olarak bir ilerleme kaydetmiştir. Birinci Dünya Savaşı ortaya çıkan totaliter rejimlerin devleti koruma adına kişilik ihlallerine göz yummalarının yarattığı olumsuzluklar, İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde kişiliğin ihlaline karşı önlemler alma gereksinimi ortaya çıkarmıştır¹⁸. Nitekim 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu amaçla düzenlenmiş dolayısıyla kişiliğin korunması amacına yönelmiştir. Aynı gelişme devletlerin anayasalarında yer alan hükümlerde de kendisini göstermiştir. T.C. Anayasası'nın Temel Haklar ve Ödevler başlığını taşımakta olan II. Kısımda temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmıştır. Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu belirten 1982 Anayasası'nın 12. maddesi bu bağlamdaki genel kuralı göstermektedir. Anayasal çerçevede betimlenen kişilik kavramı, özellikle Ceza Kanunu'nda da geniş anlamda koruma imkanı bulmakta ve kişisel değerlerin ihlali suç olarak tanımlanıp cezalandırılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 23-27. maddeleri kişiliğin korunmasına yöneliktir. Kişilik hakkı terimi içerdiği değerler sayılmaksızın bir bütün olarak zikredilmiş ve çerçeve bir hüküm oluşturmak suretiyle kapsamına hangi hakların gireceği günün ihtiyaçları göz önüne alınarak hakim in takdirine bırakılmıştır. Özel Hukuk'ta kişiliğin korunması genel olarak Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerinin baz alınmasıyla korunmaktadır. 23. madde kişiliği hukuki işlemle saldırılara karşı ve 24. madde ise hukuka aykırı fiille gerçekleştirilen saldırılara karşı korumaktadır.

¹⁷ A.e., s. 108 vd.

¹⁸ İknur Serdar, **Radio Ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali Ve Kişiliğin Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 22.

Kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak¹⁹ olarak tanımlanan kişilik hakkının özellikleri şunlardır;

- Kişilik hakkı herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır²⁰. Dolayısıyla kişi hukuken korunması gereken değerlerinin tanınmasını ve onlara saygı gösterilmesini üçüncü şahıslardan isteyebilir.
- Söz konusu hak şahıs varlığı haklarındandır; özel hayat, şeref, vücut bütünlüğü, sağlık gibi para ile ölçülemeyen değerleri bünyesinde barındırması nedeniyle malvarlığı hakları kapsamı dışında değerlendirilir.
- Kişilik hakkı kişiye sıkı sıkı bağlı olan haklardandır. Devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün değildir. Bu noktada vazgeçilemeyen veya devri mümkün olmayan kişilik hakkının kendisidir. Dolayısıyla fotoğraf, isim gibi bazı kişisel değerlerin devredilmesi olasıdır²¹.
- Kural olarak kişilik hakkı kişiye sıkı sıkı bağlı olduğu için ölümle sona erer.
- Kişilik hakkı tekелci niteliğe sahiptir²²; söz konusu hak üzerindeki hakimiyet sadece kişiye aittir.
- Kişilik hakkı icra takibine konu oluşturmaz. Ancak söz konusu hakka hukuka aykırı bir müdahale durumunda açılacak tazminat davasından doğan alacak icra takibine konu olabilir²³.
- Kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz ve hakkın kullanımı hak düşürücü süreye tabi değildir. Bu noktada, kişilik hakkına hukuka aykırı bir müdahale sonucu doğan alacak hakkı zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler genel olarak; hayat ve sağlık, vücut bütünlüğü, hayat alanları, şeref ve haysiyet, resim ve ses, ad gibi değerlerdir. Daha önce de belirtildiği üzere kişilik hakkının içeriği sınırlayıcı bir şekilde tanımlanmamış, ihtiyaç dahilinde tanımlamak imkanı hakim in takdirine bırakılmıştır. Bu değerlerin yanı sıra, kişinin mesleki ve ticari hayatı, karar verme özgürlüğü, bilgi

¹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 2.

²⁰ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 2. bs., İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2007, s. 72.

²¹ **A.e.**, s. 73.

²² Serap Helvacı, Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk: Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2007, s. 111.

²³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 74.

edinme hakkı ve ekonomik özgürlüğü gibi daha pek çok değer kişilik hakkı kapsamında yerini almaktadır²⁴. Söz konusu kişisel değerlerden biri olan özel hayat aşağıda değişik açılardan incelenmektedir.

1.1.2.2. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

1.1.2.2.1. GENEL OLARAK

Kişisel değerler kapsamında değerlendirilen özel yaşam üzerinde kişilik hakkı bulunmaktadır. Kişinin ancak diğer kişilerin müdahalesi dışında, sadece kendisine ait olduğunu bildiği bir yaşam alanında kişiliğini geliştirebileceği gerçeğinden hareketle, kişiye gizliliği ve korunması hukuk düzeni tarafından garanti altına alınmış bir özel yaşam alanı tanınmıştır²⁵. Doktrinde genellikle kişinin hayat alanı özel hayat, kamuya açık hayat ve gizli hayat olmak suretiyle üçe ayrılmaktadır ve buna üç alan teorisi adı verilmektedir²⁶.

Kamuya açık hayat, herkesçe bilinmesinde herhangi bir sakınca görülmeyen dolayısıyla topluma açık halde bulunan yaşam olaylarını içerir²⁷. Bu tür yaşam alanının oluşturulmasında, kişinin toplumsal bir varlık olması sebebiyle sosyal ilişkiler kurma zorunluluğu kaçınılmaz bir role sahiptir. Kişinin sinema veya tiyatroya gitmesi, bir toplantıya katılması ortak alanda cereyan etmektedir²⁸. Bu yaşam türünde yer alan olaylar diğer kişilerce rahatça bilinebilir ve izlenebilir şekilde kendini göstermektedir²⁹. Bu olayların niteliği itibarıyla sayısız kişilerce bilinmesi ve onlarla paylaşımı doğal olduğundan, bu tür olayların başka kişilere aktarılması bir saldırı teşkil etmeyecektir. Bu sebebe istinaden ortak yaşam alanı kural olarak hukuksal korunma zorunluluğu gerektirmemektedir.

²⁴ A.e., s. 100.

²⁵ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s. 82.

²⁶ Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar**, 6.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1994, s. 133; Helvacı, a.g.e., s. 85; Dural, Ögüz, a.g.e., s. 125-126.

²⁷ Öztan, a.g.e., s. 134; Helvacı, a.g.e., s. 86.

²⁸ Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya Ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2004, s. 31.

²⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 137.

Özel hayat ise her ne kadar hukuki korumadan yararlanan bir alan ise de gizli hayat kadar dokunulmaz değildir. Bu noktada kişinin, herkesçe bilinmesini istemediği fakat kendisine yakın olan aile bireyleri, hısımları, dostları gibi kişilerle paylaştığı yaşam alanı söz konusudur³⁰. Özel yaşam alanı, kişinin, çevresindeki kişiler ile paylaştığı olaylardan oluşması nedeniyle, gizli yaşam alanına nazaran daha alenidir. Fakat bu alenilik, olayların meydana gelişi ve paylaşılan kişiler göz önünde bulundurulduğunda, kişinin sadece kendisine saklı kalmasını istediği yaşam olaylarının kendisine yakın kişiler tarafından bilinmesi anlamındadır³¹. Kişinin özel hayatına kendi rızası olmaksızın yöneltilecek müdahaleler saldırı teşkil edecektir. Bir kişinin hayatını öğrenmek amacıyla evinin sürekli gözetiminde tutulması, aile mahremiyetinin ihlal edilmesi, telefonlarının dinlenmesi veya özel hayatına ilişkin bir olayın kamuya açıklanması da kişilik hakkına saldırı niteliğindedir³².

Bu iki yaşam alanının dışına kalan, dokunulmaz olduğu kabul edilen ve her türlü müdahaleye karşı hukuki koruma kapsamında bulunan çekirdek alan ise gizli yaşam alanıdır. Doktrinde, bu alanın kişinin gizli tuttuğu ve gizli tutmakta meşru çıkarının bulunduğu olaylardan meydana geldiği ifade edilmiştir³³. Gizli yaşam alanı, kişinin herkes tarafından bilinmesini istemediği, gizli kalmasını öngördüğü veya ancak güven duyduğu (bir veya iki kişi ile sınırlı olarak) kişilerle başkalarının haberdar edilmemesi koşuluyla paylaştığı mutlak sırları, en mahrem duyguları, ümitleri, korkuları, dilekleri gibi yaşam olaylarından müteşekkil olan alandır³⁴.

Objektif açıdan bir olayın, gizli yaşam alanına girmesi için her şeyden önce, herkes tarafından izlenebilir ve bilinebilir bir hususa ilişkin olmaması gerekir³⁵. Örneğin kişinin gizli tutulan düşünce ve inançları, her türlü yazışmaları, aile içi ilişkileri bu yaşam alanı kapsamındadır. Giz alanına ilişkin bilinmezlik mutlak değil, kişinin

³⁰ Helvacı, **a.g.e.**, s. 86.

³¹ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992, s. 857.

³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.y.**

³³ Karahasan, **a.g.e.**, s. 855; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 136.

³⁴ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, 5. bs., Ankara, Savaş Yayınları, 1997, s. 438.

³⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 41.

güven duyduğu kişiler ile paylaşımına açıktır. Fakat yine de bu paylaşım, olayın giz alanı kapsamı dışında değerlendirilmesine neden olmamaktadır³⁶. Olayın giz alanı kapsamı içerisinde değerlendirilebilmesi için mevcudiyeti gereken diğer şart subjektif şarttır. Subjektif şart kişinin, söz konusu yaşam olayını gizli tutma iradesinin varlığına ilişkindir³⁷. Kişi gizli tutma iradesini açıkça ifade edebileceği gibi (örneğin; kasa ya da çekmece gibi gizli bir yerde muhafaza)³⁸, kişinin bu iradesi yaşam tecrübelerinden, olayın akışına göre kişinin fiil ve davranışlarından da zımnen anlaşılabilir³⁹.

1.1.2.2.2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI AÇISINDAN KİŞİNİN HAYAT ÇEVRELERİ

1.1.2.2.2.1. KİŞİNİN KAMUSAL HAYATI

Kişinin kamusal hayata katılması, sosyal faaliyetlerini bu alanda sürdürmesi nedeniyle, diğer toplum bireyleriyle paylaştığı bir hayat alanı vardır. Bu hayat alanı, herkes tarafından izlenilebilen ve toplumsal ilişkiler dahilinde açık olan gerçekleşen faaliyetlerin oluşturduğu (genel-ortak) hayat alanıdır⁴⁰. Daha önce de belirtildiği üzere toplumda sürdürülebilir yaşam herkes tarafından görülebilir, öğrenilebilir ve izlenebilir faaliyetlerinden meydana geldiği için, kamusal hayat alanının başkalarından gizlenecek ve korunacak bir yönü mevcut değildir. Örneğin; kişinin sinemaya gitmesi, alışverişe çıkması ya da gösteriye çıkması bu hayat alanı dahilinde değerlendirilebilecek faaliyetlerdendir.

Günlük yaşam ilişkilerinin aleni olarak yapılmaması, bu ilişkinin kamuya karşı açıklığını ortadan kaldırmayacaktır. Keza herkes, kişinin başkaları ile paylaştığı ortak yaşam alanının yansımalarını görmeye ve öğrenmeye yetkilidir⁴¹. Kamusal hayat alanına dair bir bilginin öğrenilmesi ve başkalarına aktarılmasında kişinin yaşamını

³⁶ Gürsel Öngören, “Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, Kasım 1997, s. 476.

³⁷ Özel, **a.g.e.**, s. 32.

³⁸ **A.e.**

³⁹ Serdar, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 83.

⁴¹ Şen, **a.g.e.**, s. 213.

zedeleleyen bir yön bulunmadığı için Türk Hukuku tarafından gizliliği ve korunması gerekli bir alan olarak güvenceye alınmamıştır. Diğer taraftan, kişinin kamusal hayatına ilişkin ve aslı olmayan bilgiler yayılması ve kişiyi küçük düşürmek amacıyla ve kötünîyetle ortak yaşam alanına ilişkin hususların başkalarına aktarılması, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik haklarına saldırı teşkil edecektir⁴².

Türk Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, kamusal hayat alanı özel hayat kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda özel hayat alanı; geniş anlamda ortak yaşam alanını dar anlamda ise giz alanını ifade etmektedir⁴³. Bu bakış açısına katılmayan diğer bir görüş uyarınca ise, kamusal hayat alanını özel hayat kapsamına dahil etmek, anlamının gereğinden fazla genişlemesine sebebiyet verecektir⁴⁴. Diğer taraftan kamusal hayat alanında meydana gelen faaliyetler açısından özel hayat alanında kabul edilen gizlilik ve koruma esaslarının tatbik edilemeyeceği gerçeğinden hareketle kamusal hayat alanının özel hayat alanına hiç dahil edilmemesi daha isabetlidir. Örneğin; kişinin alışverişe çıkma ya da vasıta kullanma gibi faaliyetlerinin hukuk tarafından gizliliği ve korunması güvence altına alınmış özel hayat kapsamına dahil etmemek hiç kuşkusuz gizli kamera çekimleri ya da küçük düşürölme durumlarında kişinin hukuki teminattan yoksun kalacağı anlamında da değerlendirilmemelidir. Diğer taraftan kişinin aleniyet vermesi nedeniyle herkes tarafından bilinmeyen özel hayatına dahil olan faaliyetlerinin kamusal hayat alanına gireceğini söylemek de çok doğru değildir. Buna paralel olarak kişinin esasında, toplum içinde yaptığı ve bu nedenle de kamusal hayata girdiği iddia edilen bazı faaliyetlerinin özel hayat içinde kalacağı ve izinsiz olarak bunların kamuya yansıtılamayacağı da açıktır.

1.1.2.2.2. KİŞİNİN MESLEKİ HAYATI

Kişinin mesleğini icra ederken meydana getirdiği faaliyetleri onun mesleki hayatını oluşturmaktadır. Örneğin; bir öğretmenin öğrencilerine ders vermesi, konferans vermesi, diğer öğretmenler ve okul idaresi ile yaptığı görüşmeleri onun mesleki

⁴² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 136-137.

⁴³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 83-84.

⁴⁴ Şen, **a.g.e.**, s. 214.

hayatını oluşturan faaliyetleridir. Kural olarak kişinin mesleki hayatı, ilgilinin korunması gereken menfaatleri nedeniyle tamamen kamuoyuna karşı açık değildir. Keza anılan hayat alanı, toplum içinde sürdürülen yaşamın herkes tarafından görülebilir, öğrenilebilir ve izlenebilir faaliyetlerinden oluşmadığı için başkalarından korunması gereken yönleri de mevcuttur⁴⁵.

Dolayısıyla, kişinin iş çevresi ile paylaştığı ve belirli bir mesleğin icrası nedeniyle birlikte bulunmaktan doğan imkanlar neticesinde öğrenilebilen faaliyetlerden oluşan ve diğer kişilere karşı gizli kalması gereken alan, kişinin mesleki hayatı olarak tanımlanabilir. Diğer taraftan icra edilen mesleğin niteliği icabı buna ilişkin faaliyetlerin başkaları tarafından öğrenilmesi ve izlenmesi, bu konuda araştırma yapılması da mümkündür⁴⁶. Örneğin; banka ve diğer kredi kurumlarının, kredi isteyen kişinin ticaret ve endüstri alanındaki faaliyetleri, durumu, borç ödeme yetisi, üretim ve satış kapasiteleri hususunda bilgi toplamaları, kredi hayatının olağan işlemlerindendir⁴⁷.

Bunun yanı sıra mesleki hayatta, iş sahibi tarafından mesleğini icra ederken meydana getirdiği bir takım faaliyetler mesleki sır kapsamında olup başkaları tarafından öğrenilmesi sakınca teşkil edebilir. Örneğin yönetim, işletme, sevk ve idare, planlama, ticari defterler v.s. kişinin mesleki hayatının mesleki-ticari gizlerini oluşturmaktadır⁴⁸.

“Ticari sırlar” üst kavramı bünyesinde ifade edilen ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı kavramları, ticari, iktisadi, mali ve sermaye piyasalarında üretim ve hizmet alanlarında ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişi tacir ve şirketler ile bankaların, sigorta ve finansman şirketlerinin sadece belirli ve sınırlı sayıdaki mensupları tarafından bilinen ve elde edilebilen, rakipler ve üçüncü kişiler tarafından bilinmesinin arzu edilmediği mali, iktisadi, kredi ve nakit durumlarına ilişkin

⁴⁵ A.e., s. 216.

⁴⁶ Serdar, a.g.e., s. 43.

⁴⁷ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, a.g.e., s. 446.

⁴⁸ A.e.

hususlardır⁴⁹. Ülkemizde de halen yürürlükte olan genel ve özel kanunlarımızın çeşitli hükümlerinde ticari ve mesleki sırlara ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ne var ki bu hükümlerin yeterli olmaması ve uygulamada pek çok sorun yaratması “Ticari Sırlar Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanmasını gerekli kılmıştır. Henüz yasalaşmamış olan bu tasarı, sırlarla ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla tanımların yapılması, açıklanması kullanılması ve verilmesine ilişkin durumlar ile sırların gizliliğini ortadan kaldıran hallerin usul ve esaslarını düzenlemeyi hedeflemektedir.

Kişinin mesleki hayatını, kamuya mal olmuş mesleki hayat ve kamuya mal olmamış meslek hayat olarak ikiye ayırmak mümkündür. Kamuya mal olmuş mesleklere ilişkin faaliyetler herkese karşı açıktır. Kişinin icra ettiği meslek, kamuoyu tarafından güncel olarak takip edilen, kamu menfaatlerini ilgilendiren ve merak edilen bir meslek ise kamuya mal olmuş meslek kavramından bahsedilmektedir. Bu noktada kamuoyu, kişinin icra ettiği mesleğin kapsamı dahilindeki faaliyetlerden haberdar olmak istemektedir. Dolayısıyla, icra edilen meslek, kamu menfaati ile yakından ilgilidir. Örneğin; politikacılar gibi kamusal figürlerin icra ettikleri mesleklere ilişkin faaliyetlerin kamuya karşı gizlenmesi mümkün değildir⁵⁰.

Ayrıca bu mesleki faaliyetleri başkalarına açıklayan ve yayan kişi ve kurumların şayet öğrenme ve yayma şekilleri hukuka uygun yollarla olmuşsa hukuki ve cezai bir sorumluluğu da mevcut değildir, çünkü bahsi geçen faaliyetlerin başkaları tarafından öğrenilmesi, üstün kamu menfaatine hizmet eden bir hak sonucu elde edilmiştir⁵¹. Demokratik düzenlerde, kamunun haber alma ve kamuoyu için önemli mesleki faaliyetlerle ilgili bilgi sahibi olma hakkı vardır. Anayasa’da da temel hak ve hürriyet olarak teminat altına alınmış basın yoluyla düşünce açıklama hürriyetine sahip olan basın ve yayın organları mensupları da objektif ölçüler içerisinde her türlü haberi açıklama ve eleştiride bulunma hakkına sahiptir. Diğer taraftan, kamuya mal olmuş meslekleri icra edenlerin bu alandaki faaliyetlerini, onların şeref ve haysiyetine

⁴⁹ Işıl Akcan, “Ticari Sırlar Kanun Tasarısında Ticari Sır Nasıl Düzenlenmiştir”, (Çevrimiçi) http://www.kobifinans.com.tr/tr/icerik.php?Article=1473&Category=02150302&Where=bilgi_merkezi, 06.08.2008.

⁵⁰ “Von Hannover v. Almanya Vakası”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, çev. Burak Gemalmaz, proje yönet. Kayıhan İçel, yay. haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 196.

⁵¹ Şen, **a.g.e.**, s. 217.

tecavüz edecek biçimde açıklamak ve eleştirmek hem hukuki hem de cezai takibata konu olabilecek bir eylem teşkil edecektir.

Kişinin icra ettiği meslek, sadece kendisini ve iş çevresini ilgilendiren bir meslek ise, bu durumda kamuya mal olmamış bir mesleki hayatın varlığından söz edebiliriz. Türk Hukuku'nda kişinin mesleği ile ilgili kişisel hayatını güvence altına alan, mesleki hayatın gizliliği ve korunması özel bir hak adı altında düzenlenmemiştir⁵². Hiç kuşkusuz özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamı içerisinde kişinin kamuya mal olmamış mesleki hayatı ile ilgili faaliyetlerini güvence altına almak ve bu hayata karşı gerçekleştirilebilecek saldırılara hukuki koruma sağlamak mümkündür.

Buna göre kişinin, mesleki ve kişisel bir değer olarak meslek ve iş hayatı, sadece yakınları tarafından bilinen ve bu hususların başkaları tarafından bilinmemesini istediği yaşam çevresidir⁵³. Örneğin; bir işletmenin finansman kaynakları, müşterileri, özel işletme organizasyonları, iş ile ilgili teknik sırları, işletme sahibinin tuttuğu şahsi defterler kişinin mesleği ile ilgili kişisel hayatı kapsamına girmektedir. Bu tip mesleki faaliyetler, kamuoyunu üstün menfaat sebebiyle ilgilendirmediği sürece, meslek sahibinin rızası olmaksızın öğrenilemez ve başkalarına aktarılamaz. Kişinin izni olmaksızın, başkalarının bu tür gizli bilgilere vakıf olması, bazı belgelerinin fotokopisinin alınması kişinin mesleki-ticari giz alanına saldırı niteliğine sahiptir⁵⁴.

1.1.2.2.2.3. KİŞİNİN AİLE HAYATI

Genel olarak, kan bağı veya evlenme ile birbirine bağlanan kişilerin hepsine birden hukuki anlamda aile denilmektedir. “Aile yaşamının” mevcut olup olmadığı esas itibarıyla yakın şahsi bağların fiilen var olup olmaması ile yakından ilintilidir⁵⁵. Ancak evlilik birliği dahilinde doğan bir çocuk *ipso jure* (hukuk gereği) bu ilişkinin

⁵² Serdar, **a.g.e.**, s. 42.

⁵³ Şen, **a.g.e.**, s. 220-221.

⁵⁴ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.y.**

⁵⁵ “Al-Nashif v. Bulgaristan” Başvuru No. 50963/99 20.06.2002, **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, çev. Bülent Çiçekli, C:II, No:6, Temmuz 2003, s. 3.

bir parçası olmakta ve çocuğun doğduğu andan ve sırf bu sebepten dolayı çocukla ebeveyni arasında “aile hayatı” ile eş anlamlı bir bağ oluşmaktadır⁵⁶. Bu noktada bir ilişkinin aile yaşamı oluşturup oluşturmadığına karar verilirken, çiftlerin bir arada yaşayıp yaşamadıkları, ilişkinin süresi, bir arada yaşama sonucu gerçekleştirilen faaliyetler ve birbirine adanmışlık emareleri iyi incelenmelidir.

Her ne kadar aile hayatı özel hayat kapsamında yer alsa bile nitelik itibarıyla aile hayatının farklı yönleri mevcuttur. Her şeyden önce aile hayatı, kişinin aile olarak beraber yaşadığı bireylerin katılımıyla gerçekleşen ve aile topluluğunun süje olarak yer aldığı faaliyetlerden oluşmaktadır; örneğin anne, baba ve çocuklar arasında vuku bulan sorunlar aile hayatı kapsamına girecek bu hususların başkaları tarafından, bilinmesi, izlenmesi ve öğrenilmesi hukuki açıdan yerinde olmayacaktır⁵⁷. Bu bakımdan aile hayatına ilişkin faaliyetler, aile içerisinde kalması gereken ve başkalarını ilgilendirmeyen faaliyetlerdir.

Özel hayat alanında ise, bizzat kişi bu faaliyet alanında gerçekleşen faaliyetlerin süjesi konumundadır. Herkesin özel hayat alanını kendisi dışındakilere karşı gizli tutma hakkına sahip olduğu görüşünden hareketle kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, ailesini oluşturan bireyler üzerinde de geçerli olacaktır⁵⁸. Kişinin özel hayatına ilişkin hususların aile bireyleri tarafından öğrenilmesi ancak onun rızası dahilinde mümkün olacaktır. Buna karşın, aile hayatına ilişkin faaliyetlerin aile birliğini oluşturan bireyler tarafından öğrenilmesi hiç kimsenin rızasına bağlı değildir. Söz konusu faaliyetlere bütün bireylerin iştiraki düşünüldüğünde, kişinin aile hayatını sadece kendisine ait yaşam alanı olarak tanımlamak pek de yerinde olmayacaktır.

1982 Anayasası’nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlığı altındaki 20. maddesinde, aile hayatının gizliliği ve korunması hususuna açık olarak yer verilmiştir. Her ne kadar kanun koyucu özel hayat ve aile hayatı kavramlarını aynı başlık altında düzenlemeyi

⁵⁶ A.e.

⁵⁷ Şen, a.g.e., s. 224.

⁵⁸ A.e., s. 225.

uygun görmüş ise de maddedeki düzenlemeden her iki kavramın birbirinden ayrı olarak ifade edilmek istediği sonucu çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddeleri ile paralellik göstermektedir. Anılan uluslararası düzenlemelerde de bireyin özel hayatı ve aile hayatı aynı başlık adı altında fakat birbirinden ayrı olarak güvence altına alınmıştır.

Aile hayatı içerisinde gerçekleşen faaliyetler rızaya bağlı olmaksızın öğrenilir ve başkalarına açıklanırsa hukuka aykırı bir eylemin varlığından söz edilecektir. Örneğin; kişinin evlenmesi veya boşanması mensup olduğu aile bireyleri ile kendisi arasında olan ilişki sonucu gerçekleşen faaliyetlerdendir. Bu hususların sahibinin rızası alınmaksızın başkaları tarafından öğrenilmesi ve aktarılması aile hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal edecektir. Diğer taraftan, aile hayatının rıza alınmaksızın teşhir edilmesi kişinin Anayasal düzen tarafından 20. madde başlığı altında korunan bir hakka da saldırı niteliğindedir. Bu noktada kişilerin aile hayatının ifşası ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü arasındaki denge sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu sorunun çözülmesi açısından doktrinde kamuya mal olmuş ve kamuya mal olmamış kişilerin ayrımı yapılmıştır. Sosyal, siyasal, mesleki faaliyetleri gereği bir takım kişilerin kamu önünde taşıdıkları önem, söz konusu kişilerin kamu yararı ve haberleşme ihtiyacı açısından, kimi zaman bu kişilerin aile hayatı hakkında yayınlar yapılmasını gerektirmektedir⁵⁹. Bu kişiler arasında devlet adamları, milletvekilleri, sanatçılar, bilim adamları, gazeteciler, asil bir aileye mensup olan kişiler sayılabilmektedir⁶⁰. Bu noktada bir çıkar dengelenmesi ihtiyacıyla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu denge, hiç kuşkusuz kamunun sosyal ve toplumsal yaşam açısından önem atfedilen kişiler hakkında bilgi edinme hakkı ile bu kişilerin kişilik hakları arasında kurulmaktadır⁶¹.

⁵⁹ Serdar, **a.g.e.**, s. 183.

⁶⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 152.

⁶¹ Serdar, **a.y.**

Kamuya mal olmuş kişilerin aile hayatlarına ilişkin hangi faaliyetlerinin kamuya yansıtılabileceği her somut olay açısından münferit olarak değerlendirilmelidir⁶². Yapılacak bu tespitte üstün kamu menfaati prensibi göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer bir deyişle kamuya mal olmuş kişilerin aile hayatındaki faaliyetleri kamusal yararın ve hakkın bulunduğu durumlarda ve ölçüde kamuoyuna açık olmalıdır. Buradaki üstün kamu menfaati, kamunun bilgi edinme hakkı ile kişinin kişilik hakkı arasındaki dengenin, bilgi edinme hakkı yönünde ağır basmasıdır⁶³.

Bu nedenle kamu menfaati ve toplumsal ilgi kişinin kamuya açıldığı oranda mevcuttur ve bu sınırlar içerisinde kaldığı sürece kişilerin kendileriyle ilgili haberlere hoşgörü göstermesi gerekeceği ve bu müdahalelerin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir⁶⁴. Kamuya mal olmuş kişilerin kişilik hakkını ihlal eden basın yayın veya radyo televizyon yoluyla yapılmış bir açıklama, onların görevleriyle bağlılık arz ettiği sürece hukuka uygun olarak değerlendirilir⁶⁵.

Açıklamanın görevle bağlı olması, kişinin toplumdaki yeri ve ifa ettiği görev açısından önemli olan ve bunları etkileyen olayları kapsamaması halinde söz konusu olacaktır. Kural olarak kişinin kamuya mal olmuş bir kişiliği olsa dahi, duygusal yaşam ve ilişkilerinin teşhir edilmesi hukuka uygun değildir. Ancak, kişinin bu tür ilişkileri onun kamuya mal olmasını gerektiren durumunu etkiliyorsa, bu noktada bunların yayınlanması hukuka uygun olacaktır. Örneğin bir sporcunun spor hayatını etkileyen duygusal ilişkileri ya da bir bakan ya da milletvekilinin eşini aldatması hususundaki yayınlar bu çerçevede hukuka uygun sayılır⁶⁶.

Kimi zaman kamuoyunu ilgilendiren bir faaliyete katılan kişiler de sırf bu olay nedeni ile geçici olarak kamunun dikkatini çekebilmektedir. Kamusal bir mesele ile ilgili olmaları nedeniyle geçici bir süre için kamuoyunun dikkatini çeken bu anonim

⁶² Şen, **a.g.e.**, s. 227.

⁶³ Serdar, **a.y.**

⁶⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 156.

⁶⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 184.

⁶⁶ **A.e.**

kişilere kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişiler denilmektedir⁶⁷. Örneğin kişinin bir serginin bir milyonuncu ziyaretçisi olması durumu bu şekilde değerlendirilmektedir⁶⁸. Kişi kendi davranışlarıyla (örneğin, bir toplantıya ya da gösteriye katılma, bir sempozyumda konuşma gibi) veya kendi iradesi dışında gelişen bir olay nedeni ile (örneğin bir suçun ya da ağır bir trafik kazasının mağduru olma gibi) toplumun geçici olarak dikkatini çekebilir⁶⁹.

Kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kimseler ile ilgili basın açıklamaları olay ve süre bakımından sınırlıdır ve söz konusu açıklamaların hukuka uygun olarak kabul edilmesi için olayın güncelliğini koruması gerekmektedir. Örneğin uzun zaman önce işlenmiş bir suçun faili artık kamuoyunun dikkatini çeken kişi değil anonim kişi sıfatına bürünmüştür⁷⁰. Önemli bir ceza davasına bakan hakim de, sırf bu nedenle kamunun geçici olarak dikkatini çeken kişi konumundadır. Bu nedenle adliyeden ayrıldıktan sonra aile hayatına ilişkin görüntülerinin alınmasına ve bunların haber olarak kamuya yansıtılmasına katlanmak zorunda değildir.

Kamuya mal olmamış kişilerin aile hayatlarının ise, rızaları alınmaksızın kamuya yansıtılmasının hukuka uygun olmayacağı ileri sürülmüştür⁷¹. Söz konusu kişi, açıklanmasında kamu yararı bulunan bir olayla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ilgili bulunmadıkça kamuoyunun dikkatini çekmeyen kişidir. Bu insanların aile hayatlarının sadece kendilerine ait olduğu kabul edilmektedir. Kamuya mal olmamış ve aile hayatının kendisine sağladığı gizlilik ve korunma hakkı içerisinde yaşamak isteyen kişilerin aile hayatlarına saygı gösterilmesi hukuk düzeni nezdinde zorunludur⁷². Bu durumda kişisel bir değer olarak aile hayatının korunmasındaki hukuki menfaat kamu menfaatinden daha üstün kabul edilecektir.

⁶⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 154.

⁶⁸ Serdar, **a.g.e.**, s. 187.

⁶⁹ **A.e.**, s. 188.

⁷⁰ Özel, **a.g.e.**, s. 52.

⁷¹ Şen, **a.g.e.**, s. 228.

⁷² **A.e.**

1.1.2.2.3. ÖZEL HAYATIN KAMUYA AÇILMASI

1.1.2.2.3.1. ÜSTÜN MENFAAT GÖRÜŞÜ

Özel hayata ilişkin hususların öğrenilmesi ve başkalarına aktarılması esas olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale niteliğindedir. Kural bu olmakla beraber, bazı kişilerin durumları, kamuoyu önünde taşıdıkları önem veya bulundukları konum sebebiyle veya kişinin rıza göstermesi neticesinde özel hayatına ilişkin bazı faaliyetlerinin basın tarafından kamuya yansıtılması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı üstün nitelikte bir özel yarar veya kamu yararına dayanılarak sınırlandırılabilir. Hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilen üstün nitelikte özel yarar bizzat mağdura, faile ya da üçüncü şahsa ilişkin üstün yararı ifade etmektedir⁷³. Örneğin, karı ve koca birbirlerine açıkladıkları özel hayata ilişkin faaliyetleri başkalarına aktarma yetkisini haiz değildirler, fakat açılan bir boşanma davasında, karı veya kocanın iddialarını ispat edebilmek amacıyla eşinin özel hayatına ilişkin bildiği veya paylaştığı hususları açıklaması hukuka uygun olacaktır⁷⁴.

Diğer taraftan üstün nitelikte kamu yararı kişilik hakkının ihlalinde, bir hukuka uygunluk sebebi olarak şahsiyete yöneltilen müdahaleye göz yummayı gerektirmektedir⁷⁵. Bu noktada basının kamuyu ilgilendiren meseleler ve kişiler hakkında bilgi vermesi ve eleştirmesi üstün nitelikteki bir kamu menfaati esasına dayandığı için kişiliğe saldırı teşkil etse dahi hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Kamunun üstün menfaati gerekçesiyle özel hayatın kamuya yansıtılması herkes açısından geçerli değildir. Bu noktada kamuya mal olmuş kişiler ile kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatları birbirinden ayrılmaktadır, çünkü kamunun dikkatini çekmeyen ve belirli bir nedene dayanarak kamuyu meşgul etmeyen kişilerin özel hayatlarının açıklanmasında üstün menfaat esası mevcut değildir.

⁷³ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 140.

⁷⁴ Şen, **a.g.e.**, s. 236.

⁷⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 137.

Belirli nedenlerle kamunun ilgisini üzerinde toplamayan ve kendileri hakkında haklı bir bilgi edinme ihtiyacı duyulmayan herkes kamuya mal olmamış kişi konumundadır. Bu kapsamda değerlendirilen kişilerin özel hayatlarına ilişkin faaliyetlerinin gizliliği ve korunması hakkı hiçbir sebeple ihlal edilmemelidir. Bu noktada kamuya mal olmamış bir kişinin özel hayatına ilişkin bir husus, onun rızası hilafına öğrenilir ve başkalarına aktarılırsa, hiç kuşkusuz bu müdahale özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ve diğer kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırı niteliği taşıyacaktır. Örneğin, sıradan bir kişinin özel hayatına ilişkin bilgiler, akrabalarının kimler olduğu veya ne işle uğraştığı kamuya yansıtılamaz. Aksi taktirde, kamuya mal olmamış kişiler için hiç istisnasız kabul edilen ve Anayasa’da teminat altına alınan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Kamuya mal olmuş kişiler ise belirli bir nedenle kamunun ilgisini üzerinde toplayan ve kendileri hakkında haklı bir bilgi edinme ihtiyacı duyulan kişilerdir⁷⁶. Toplum, kamu nazarında taşıdıkları önem nedeniyle bu kişilerin hayatlarının her dönemindeki faaliyetlerini bilmek ister ve özellikle söz konusu kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlarla yakından ilgilenir. Devlet adamları, milletvekilleri, diplomatlar, ünlü yazarlar, sporcular, gazeteciler, sanatçılar, bilim adamları kamuya mal olmuş kişiler kategorisinde değerlendirilmektedir⁷⁷. Kural olarak, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına yöneltilecek her türlü müdahale kişilik hakkına müdahale niteliğindedir. Buna karşılık üstün bir kamu menfaatine dayanarak kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatının gizlilik boyutuna giren bazı hususlarının kamuya açıklanması hukuka aykırılık sayılmayabilecektir.

Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının basın yoluyla topluma açıklanması durumunda, iki Anayasal hak olan düşünceyi basın yoluyla açıklama hürriyeti ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı çatışabilmektedir⁷⁸. Düşüncenin basın yoluyla açıklanması özgürlüğü kullanılırken, Anayasanın teminatı altında olan kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal edecek nitelikte yayınlar

⁷⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 152.

⁷⁷ Helvacı, **a.g.e.**, s. 89.

⁷⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 237-238.

yapılabilmektedir. Fakat üstün nitelikteki kamu menfaatinin varlığı durumunda, düşünce özgürlüğünün uzantısı konumunda olan basın özgürlüğü ile kişilik hakkının çatışması hususunda kamu menfaati öncelik kazanacaktır⁷⁹. Diğer taraftan basın, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin faaliyetlerini kamuya yansıtırken, kamuoyunun öğrenme hakkını yerine getiren Anayasal bir görevi de ifa etmiş olacaktır.

Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına yapılacak her türlü müdahale haklı kabul edilemeyeceği için üstün nitelikte bir kamu menfaati ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı arasındaki bu çatışmayı dengeli bir şekilde çözmek gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, kamusal hayata dahil olan kamu görevlilerinin kendilerine yöneltilen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi açısından gerekli yeteneklere sahip olmadığı hususundaki yayınlar ile kamu tarafından önem arz eden ünlü kişilerin kamunun dikkatini çeken tarafları ile ilgili olarak basında yer alan gerçeğe uygun yayınlar özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına saldırı niteliğinde olmayacaktır⁸⁰. Örneğin, evli bir bakanın görevini hiçe sayarak ve toplumu zarara uğratarak eşini aldatması veya ünlü bir sporcunun mesleğini tehlikeye atacak şekilde ayyaş olması gibi kişinin özel hayatına giren hususlar basın tarafından kamuya yansıtılabilecektir⁸¹. Çünkü bu noktada basın, kamunun ilgisini çeken ve göz önünde olan kişilerin özel hayatlarına giren faaliyetlerini kamuoyunu aydınlatmak maksadıyla açıklamaktadır⁸². Nitekim kamuoyunun sözcüsü olarak kamu denetimi açısından önem arz eden basının bu görevi ifa etmesi kaçınılmazdır⁸³.

Diğer taraftan, kamuya mal olmuş kişinin eşini aldatması veya gece hayatında aktif olarak yer alması başlı başına basın ve yayın organlarının o olayı kamuya yansıtması ve o kişiyi toplum önünde zor durumda bırakması için yeterli bir sebep değildir. Buna ek olarak, kamuya mal olmuş kişinin söz konusu faaliyetinin iş yaşamını etkilemesi ve dolayısıyla bunun toplumun tümünü veya önemli bir kısmını etkilemesi

⁷⁹ Serdar, **a.g.e.**, s. 129.

⁸⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 238-239.

⁸¹ **A.e.**, s. 239.

⁸² Serdar, **a.g.e.**, s. 139.

⁸³ **A.e.**, s. 143.

gerekmektir. Ancak bu durumda kamuya mal olduğu iddia edilen kişinin faaliyetinin kitle iletişim araçları vasıtasıyla kamuya sunulması haklı görülebilir.

Üstün menfaat gerekçesiyle kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususların kamunun gözü önüne serilmesi, her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, bir politikacının çocuğu ile olan ailevi problemleri kamuoyu açısından önem ihtiva etmemektir. Bununla birlikte, bu politikacının çocuğuna bir müteahhidin veya galericinin hediye vermesi halinde, taraflar arasındaki ilişkinin boyutu incelenmeksizin sırf kişilerden birisinin bir siyaset adamı veya onun çocuğu olması ve yüksek değerde hediye veren kişinin bu alış-veriş sonucu bir menfaat temin etme olasılığının bulunması, bu hususun özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamında değerlendirilerek hukuki güvencelerden faydalanmasına engel teşkil edecektir⁸⁴. Somut menfaat ilişkisinin yanı sıra muhtemel bir menfaat ilişkisinin varlığı da kamuoyunun bu hususu basın vasıtası ile öğrenmesine neden olabilecektir. Örneğin, bir müteahhidin birdenbire politikaya atılan bir kişi ile yakınlaşması, birlikte tatile çıkmaları veya arabasını bu kişiye tahsis etmesi gibi durumlarda bu ilişkiler özel hayat alanına girse dahi kamuya yansıtılabilecektir.

Basın bazı kişilerin özel hayat alanına ilişkin faaliyetlerini kamuya naklederken, kamuoyunun öğrenme, aydınlanma ve kanaat edinme hakkı olarak belirlenen kamu yararı esasından hareket etmektedir⁸⁵. Söz konusu durumda ise kişisel değerlerin korunmasındaki üstün nitelikteki özel yarar kamu yararının yerini almaktadır⁸⁶. Bu noktada basın, kamuya mal olmamış kişilere ilişkin yayınlara ayrı bir zen göstermek suretiyle bu kişilerin başkalarından saklamayı arzu ettiği ve koruduğu özel hayatlarına ilişkin hususlarını, onların rızasını almaksızın kamuya yansıtmamakla mükelleftir. Diğer taraftan, kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlar hakkında yapılan bazı açıklamalar hukuka aykırılık teşkil etmeyebilecektir; özellikle kamuya mal olmamış bir kişinin kendi hayatına ilişkin gizlilikleri bizzat

⁸⁴ şen, **a.g.e.**, s. 240.

⁸⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 139-140.

⁸⁶ Helvacı, **a.y.**

yayınlanması veya bunların başkaları tarafından öğrenilmesine izin vermesi hali bu duruma örnektir.

İkinci olarak, kamuya mal olmamış bir kişinin işlediği suça ilişkin yargılamasındaki ifadeler ve olaylar basın tarafından kamuya yansıtılabilmektedir. Bu durumda kamuya nakledilen olay hakkındaki yayının, mutlaka haber niteliği ve kamuyu bilgilendirme amacı taşıması gerekmektedir. Basın ve yayın organlarının bu görevi yerine getirebilmesi, haber, fikir ve düşüncelere vakıf olması, bunlara ulaşabilmesi ve bunları toplama hakkına sahip olmasına bağlıdır. Ne var ki bu bilgiler dahilinde yapılan açıklama haber niteliğini aşarak yorum ve eleştiri şeklini aldığı taktirde, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına ve diğer kişisel değerlerine müdahalenin varlığı söz konusu olacaktır⁸⁷. Bu noktada kişi, kamunun geçici olarak dikkatini çeken kişi konumundadır⁸⁸. Bu kişi sadece bu olay nedeniyle ve geçici bir süre için, kamuoyunun ilgisini çekmektedir⁸⁹.

Diğer taraftan sırf kamuoyunun dikkatini geçici olarak çeken bir olaya katılmak suretiyle bu kişi, kamuya mal olmuş kişi kapsamına da girmez. Örneğin, bir toplantıya veya gösteriye katılarak veya cinayet, kaza, genel ahlak ve aile düzenine karşı işlenmiş bir suçun mağduru veya faili olarak, kişi toplumun geçici olarak dikkatini çekebilir. Bu durumdaki kişilerin kamuoyu tarafından merak edilmesi zaman ve konu bakımından sınırlıdır. Haklarında yapılacak açıklamalar olay güncelliğini koruduğu sürece hukuka uygun kabul edilecektir.

Güncellik uygulamada ve doktrinde zamana ilişkin bir ilkedir. Olaylar daima meydana geldikleri zaman dilimi içinde önem taşır ve toplumun ilgisini çekerler. Yaşanılan her olay bir süre için devam etmekte ve yaşandıktan sonra toplumun ilgisi de gündemdeki yeni olaylara kaymaktadır. Dolayısıyla güncellik, haber konusu olan olayın o sırada gerçekleşmiş olması değil, bu olayın sonuçlarının haberin verildiği anda hala canlı ve taze olmasıdır. Güncellik göreceli bir kavramdır. Her olayın

⁸⁷ Şen, , **a.g.e.**, s. 244-245.

⁸⁸ Serdar, **a.g.e.**, s. 187.

⁸⁹ **A.e.**

güncel olma şartı, söz konusu olayın önemi, etkilediği kişiler gibi özellikler açısından değişiklik göstermektedir.

Bunun yanı sıra, bir olayın güncellik niteliğinin sona ermesi, kural olarak olayın sona ermesini gerektirmektedir. Toplumun ilgisini çeken ve üstün kamu yararı taşıyan olay henüz sonuçlanmamış ise güncelliğini korumaya devam edecektir. Sonuç olarak, yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususların üstün nitelikte kamu yararı nedeniyle basın tarafından kamuya yansıtılması ancak çok sınırlı hallerde mümkün olacaktır.

1.1.2.2.3.2. İRADECİ GÖRÜŞ

Kişinin iradesini esas alan bu görüş açısından özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı mutlak bir haktır. Diğer bir deyişle, kişinin rızasına başvurulmaksızın özel hayatına ilişkin hususların öğrenilmesi ve başkalarına aktarılması hukuka aykırılık teşkil edecektir⁹⁰. İradeci görüş, söz konusu hakka hukuka uygun olarak müdahale edilebilmesini, sadece kişinin iradesine bağlı tutmuştur. Dolayısıyla herkes, kendi özel hayatının gizliliği ve korunmasındaki sınırı belirleyerek, özel hayatına giren faaliyetlerinin başkaları tarafından öğrenilmesine veya öğrenilmemesine karar verecektir.

Kişinin özel hayatına ait hususlarının başkalarına veya kamuya açıklanması konusunda verdiği rızanın bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için sınırları belirlenmiş bir müdahaleye ilişkin olması gerekir⁹¹. Diğer bir deyişle kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi veya kişilik haklarına yöneltilecek her türlü saldırıya rıza gösterilmesi mümkün değildir. Örneğin, ancak belli bir ameliyat için hekime rıza gösterilebilir veya bir ismin belli bir kişi tarafından kullanılmasına izin verilebilir⁹².

⁹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 175-180.

⁹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 144.

⁹² **A.e.**

Rızaya ilişkin irade beyanı açık veya zımni bir şekilde ortaya konulabilir⁹³. Bu noktada açık bir rızanın varlığı ilgilinin açık bir irade beyanıyla mümkün olacaktır. Örneğin kamunun ilgisini çekmek isteyen bir kişinin özel hayatına ilişkin hususlarının bir gazete vasıtasıyla yayınlanması için açıklama yapması veya fotoğraflarının çekilmesine ve basılmasına izin vermesi durumlarında açık bir rıza söz konusudur.

Diğer taraftan zımni bir rızada ise, ilgilinin özel hayatına ilişkin hususların öğrenilmesine ve başkalarına aktarılmasına davranışlarıyla muvafakat ettiği ortaya çıkmaktadır. Örneğin kişinin, bir televizyon çekimi yapıldığı esnada görüntüsünün alınmasına karşı çıkmaması veya popülerliğini kaybetmekte olan bir film yıldızının, özel hayatına ilişkin hususlarını, sansasyonel bir haber yaratmak suretiyle magazin programlarına sızdırması hali zımni rıza teşkil etmektedir⁹⁴.

Kişinin özel hayatına ilişkin hususlarının başkalarına veya kamuya açıklanmasında verdiği rızanın bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, rızanın bu açıklamadan önce veya en geç açıklamanın yapıldığı an verilmesi gerekir⁹⁵. Ayrıca kişi bu ana kadar verdiği rızayı geri de alabilir. Üstün menfaat görüşünün aksine, iradeci görüşe göre kişinin kamuya mal olmuş ya da kamuya mal olmamış bir kimse olmasının önemi yoktur ve böylece kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatına ilişkin hususlarının onun rızası hilafına kamuya yansıtılması hukuka aykırı olacaktır⁹⁶. Örneğin kamuoyu açısından önem arz eden bir politikacının özel hayatına ilişkin bir faaliyetinin, onun rızası alınmaksızın basın tarafından yayınlanması halinde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz edilmiş olacaktır.

Doktrindeki bir diğer görüşe ise, kamuya mal olmuş kişiler icra ettikleri meslek ve sanat nedeniyle kendi hayatlarını kamunun bilgisine ve eleştirisine sunmuş ve buna önceden razı olmuş durumdadırlar⁹⁷. Dolayısıyla kamuya mal olmuş kişilerin

⁹³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 110.

⁹⁴ Serdar, **a.g.e.**, s. 125.

⁹⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 147.

⁹⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 247.

⁹⁷ Serdar, **a.g.e.**, s. 184.

şeffaflığı icra ettikleri meslek veya sanatın niteliğinden kaynaklanmaktadır⁹⁸. İradeci görüşe paralel olarak, burada da kişinin rızası dolayısıyla özel hayatına ilişkin hususlarının öğrenilebilmesinin mümkün olabileceği prensibinden sapılmamıştır. Örneğin; bu görüşe göre siyaset adamlarının veya ünlü bir sinema ve ses sanatçısının icra ettikleri meslek ve sanatını yakından ilgilendiren özel hayatlarına ilişkin faaliyetlerini kamunun bilgisine ve eleştirisine açık bırakmaları yönünden zımnî rızalarının bulunduğu kabul edilmelidir.

Kişinin kamuya açıldığı oranda ve çerçeve sınırı içinde kaldığı sürece, söz konusu kişilerin kendileriyle ilgili haberlere hoşgörü göstermesi gerekeceği ve bu saldırıların hukuka uygun olacağı açıktır⁹⁹. Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları hakkında yapılacak eleştirilerin sınırını ise şeref ve haysiyete tecavüz eden fiiller belirleyecektir¹⁰⁰. Bu noktada özel hayatın ihlali ile şeref ve haysiyetin ihlali arasındaki çizginin iyi çizilmesi gerekmektedir.

1.1.2.2.3.3. KARMA GÖRÜŞ

Yukarıda ifade edilen her iki görüş doğrultusunda konu incelendiğinde görüleceği üzere, sadece üstün menfaat görüşü ya da sadece iradeci görüşü benimsemek kişinin özel hayatına ilişkin hususlarının kamuya yansıtılmasını sağlayan müdahaleleri değerlendirme konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu noktada, adı geçen görüşlerin birbirini tamamlaması meseleye çözüm bulacaktır. Kural olarak her iki görüş de kişinin özel hayatı dahilinde gerçekleşen faaliyetlerinin onun rızası olmaksızın başkaları tarafından öğrenilmesi ve aktarılmasını hukuka aykırı fiiller olarak kabul etmiştir.

Üstün menfaat görüşü, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına üstün nitelikte bir kamu yararının varlığı gerekçesiyle hukuka uygun olarak müdahale edilebileceğini ifade ederken, kamuya mal olmuş kişilerin kimlerden oluştuğu ve bu

⁹⁸ Şen, a.y.

⁹⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 156.

¹⁰⁰ Helvacı, a.g.e., s. 116.

kişilerin özel hayatlarına giren hangi hususların topluma yansıtılabileceği konusunda kesin kriterler getirememiş ve açıklık sağlayamamıştır¹⁰¹.

Diğer taraftan iradeci görüş ise, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının mutlak bir hak olmasından yola çıkarak, kamuya mal olmuş ve kamuya mal olmamış kişiler açısından bu hakka yapılabilecek hukuka uygun bir müdahalenin ancak ve ancak kişinin rızası dahilinde gerçekleşebileceğini ifade etmiştir. Bu noktada kamu menfaati göz ardı edilmiş, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlarının kamuya yansıtılmasına icra ettikleri meslek ve sanat dolayısıyla zımni rıza verdikleri gerçeğinden hareket edilerek meseleye çözüm aranmıştır. Fakat bu noktada kamuya mal olmamış kişiler açısından bu gerekçe pek de yerinde değildir. Örneğin, kamuya mal olmuş bir kişinin gazeteye ilan vermek suretiyle özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına kesinlikle tecavüz edilmemesini açık bir irade beyanıyla bildirmesi halinde, iradeci görüş benimsendiğinde kamu menfaati zarara uğrayabilecektir.

Kamuya mal olmuş kişiler açısından ortaya çıkan bu sorunu çözümlerken her şeyden önce kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususların gizliliği ve korunması haklarının varlığından hareket etmek gerekir. Ne var ki bu hak kesinlikle mutlak bir hak olarak değerlendirilmemeli ve hukuka uygun müdahalelerin varlığı durumunda ihlal edilebileceği kabul edilmelidir. Öncelikle bu hak, bu kişilerin rızası ile hukuka uygun olarak ihlal edilebilecektir. Bu noktada bir özel hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızası hali göze çarpmaktadır.

İkinci olarak ise, özel hayatına ilişkin bir hususu açıklanacak olan kişinin kamuya mal olmuş bir kişi olup olmadığı ve somut olayda üstün kamu menfaatinin bulunup bulunmadığı, karar veren makam tarafından tespit edilecektir¹⁰². Söz konusu makam özel hayatına ilişkin hususu açıklanacak olan kişiye rızasının alınması için başvurulup başvurulmadığını öncelikle araştıracaktır. Olayda sırf, üstün kamu

¹⁰¹ Şen, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁰² Helvacı, **a.g.e.**, s. 117.

menfaatinin bulunması kamuya mal olmuş kişi olsa dahi, kişinin özel hayatına bilgi verilmeksizin müdahale etme hakkını basına sunmayacaktır.

Kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkı ise, daha önceki başlıklarda belirtildiği üzere mutlak olarak ihlal edilmemeli ve kamuya yansıtılmamalıdır. Bunun istisnası hiç kuşkusuz, kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlarını kendi rızaları ile başkalarına açıklaması veya kamuya mal olmamış kişinin kamuyu yakından ilgilendiren bir olaya karışmasıdır. Bu noktada kamuya yapılan açıklamalar mutlaka olay ile ilgili olmalı ve kamuya yansıtılan asıl konu kamuya mal olmamış kişinin özel hayatı olmalıdır¹⁰³. Diğer taraftan, kamuya mal olmamış kişilerin bir olay veya yerin televizyonda görüntülenmesi esnasında, bir ayrıntı veya dekor olarak gösterilmeleri de mümkündür¹⁰⁴. Örneğin bir politikacıyla röportaj yapılırken, oradan tesadüfen geçen bir yayanın görüntülenmesi veya bir futbol maçını sevgilisiyle birlikte izleyen evli bir kişinin futbol seyircilerini gösteren bir yayında görünmesi özel yaşama saldırı anlamında hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Burada söz konusu kişilerin mutlaka ikinci planda kalan bir yan unsur veya ayrıntı olarak kamuya yansıtılmaları gerekmektedir.

Böylece, kamuya mal olmamış kişilerin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını, özel hayatın kamuya açılması açısından değerlendirdiğimizde, kişi menfaatinin kamu menfaatinden daha üstün nitelikte olduğunu görmekteyiz. Yukarıda belirtilen istisnalar dışında, basın ve üçüncü kişiler kamuya mal olmamış bir kişinin özel hayatına ilişkin faaliyetlerini öğrenemez ve başkalarına aktaramaz. Habere konu olan kişinin, kamuya mal olmamış bir kişi olduğu, açıklama konusunda rızasının bulunmadığı ve adının kamuyu ilgilendiren herhangi bir olaya karışmadığı veya karışmış bile olsa özel hayatıyla ilgili yapılan açıklamanın olayla ilgili olmadığı, doğru olmadığı ya da abartıldığı tespit edildiğinde, kararı verecek makam kamuya mal olmamış kişinin özel hayatına tecavüz edildiğine hükmetmelidir¹⁰⁵.

¹⁰³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 150 vd.

¹⁰⁴ Serdar, **a.g.e.**, s. 188.

¹⁰⁵ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 122.

1.1.3. KİŞİLİĞİN KORUNMASI

Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddelerinde kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir. Adı geçen Kanun'un 23. maddesi kişiliği hukuki işlemle saldırıya karşı, 24. maddesi ise hukuka aykırı fiille saldırıya karşı korumaktadır¹⁰⁶. 23. madde kişiliği hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve özgürlükler açısından olmak üzere üç yönlü bir koruma altına almaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla MK. madde 23 hükmüyle getirilen ilke, kişiliği oluşturan unsurların, ehliyetlerin ve özellikle maddi, manevi ve iktisadi değerlerin hukuka aykırı olarak sınırlandırılmasının ve bu değerlerden vazgeçilmesinin mümkün olamayacağıdır¹⁰⁸.

MK. madde 23'ün 1. fıkrası uyarınca kimsenin hak ehliyetinden ya da fiil ehliyetinden kısmen dahi olsa vazgeçmesi mümkün değildir. Burada vazgeçilemeyen belirli bir hak değil, kişinin hak ehliyetidir. Dolayısıyla kişi, belli bir hakkını kullanmayacağını taahhüt edebilir veya o hakkı kullanmaktan bizzat vazgeçebilir; zira bu durum o kişinin, hak ehliyetini sınırlaması veya ondan vazgeçmiş olması anlamına gelmez. Buna paralel olarak, fiil ehliyetinden de kısmen de olsa vazgeçilemez. Örneğin kişi kendi fiilleriyle hiçbir zaman kendi lehine haklar veya aleyhine borçlar yaratmamayı, mahkemelerde bizzat bulunmamayı taahhüt edip kendisini her türlü hukuki ilişkilerde temsil etme yetkisini bir başkasına veremez¹⁰⁹.

MK. madde 23'ün 2. fıkrası uyarınca kimse özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Kişilikten ayrı olarak düşünülemeyen özgürlüklerin tamamen ortadan kalkmasına neden olacak sözleşmeler yapmak yasaktır. Bu yasaklama ile her şeyden önce kişinin, belirli şartlar dahilinde karar verme özgürlüğünün hukuki işlem ile önceden sınırlandırılmasına karşı bir koruma hedeflenmiştir¹¹⁰. Hiç kimse özgürlüklerinin tümünden tamamen vazgeçemeyeceği gibi, bunların bazılarında vazgeçmesi dahi mümkün değildir;

¹⁰⁶ Helvacı, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁰⁷ **A.e.**, s. 104.

¹⁰⁸ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2007, s. 358.

¹⁰⁹ **A.e.**, s. 372.

¹¹⁰ Helvacı, **a.g.e.**, s. 105.

örneğin bir kimse diğer bir kimsenin hizmetinde ölene kadar çalışacağı taahhüdü altına giremez¹¹¹. Hiç kuşkusuz hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla özgürlüklerin kısmen sınırlandırılması mümkündür. MK. madde 23'ü tamamlayan BK. madde 19 bu noktada sözleşme içeriğinin kanunun gösterdiği sınırlar dahilinde serbestçe belirlenebilmesini hüküm altına almaktadır. Aşılması gereken sınırlar incelendiğinde bunların kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, ahlak ve adap veya kişilik hakkı olduğu görülmektedir.

MK. madde 24'ün 1. fıkrasında, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hakimden, saldırıda bulunan kişilere karşı korunmasını isteyebileceği, 2. fıkrasında ise bu saldırının aykırılığını ortadan kaldıran sebepler hükme bağlanmıştır. İlk fıkra hükmü, kişiliğin üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmasını sağlayan genel bir hüküm mahiyetindedir. Kişilik hakkına yönelik saldırının, kişiliği koruma amacı taşıyan yazılı hukuk kurallarına, örf ve adet hukukuna ve hatta hakimin yarattığı hukuk kurallarına aykırı olması, bu saldırıya “hukuka aykırılık” özelliği kazandırır¹¹². Diğer taraftan MK. madde 24'ün 2. fıkrası hangi saldırıların hukuka aykırı saldırı olarak değerlendirileceğini hükme bağlamaktadır. Bu düzenlemeye göre “kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Kural olarak, kişiliğe yapılan her türlü saldırı hukuka aykırıdır. Bu kuralın istisnası 24. maddenin 2.fıkrasında bahsi geçen hukuka uygunluk sebepleridir.

Bir kimse, kişiliğini oluşturan kişisel varlıklarından herhangi birine başkası tarafından müdahalede bulunulmasına izin vermesi 23. maddenin 2. fıkrasında zikredilen zarar görenin rızası halidir. Ne var ki gösterilecek rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekir. Rızanın çoğunlukla açıkça verilmesi gerekir; örneğin MK. madde 23'ün 3. fıkrasında, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması,

¹¹¹ Helvacı, Erlüle, **a.g.e.**, s. 125.

¹¹² Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 400.

aşılması ve naklinde rızanın yazılı olarak verilmesi öngörülmüştür. Ancak, aksine bir hüküm bulunmadıkça rızanın örtülü olarak da verilmesi mümkündür¹¹³.

Rıza, meydana gelebilecek sonuçlar değerlendirildikten sonra ayırt etme gücüne sahip bir kişi tarafından bilinçli ve özgür irade ile verilmiş olmalıdır. Bunun için de kişi konu hakkında yeterli derecede bilgilendirilmiş olmalıdır. Özellikle tıbbi müdahaleler açısından bu durum büyük bir önem arz etmektedir¹¹⁴; hekimin, hastayı teşhisi, tedavi yöntemi, olumlu ve olumsuz sonuçları hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Rızanın geri alınması her zaman mümkündür. Fakat rızanın arzu edilen sonuca ulaşabilmesi için saldırı meydana gelmeden önce veya en geç saldırı sırasında geri alınması gerekir¹¹⁵.

MK. madde 24'ün 2. fıkrasında bir diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep olarak, “daha üstün nitelikte özel yarar” kavramına yer verilmiştir. Doktrinde, daha üstün nitelikte yararın, kişilik hakkı saldırıya uğrayan mağdura, faile veya üçüncü kişiye ait olabileceği kabul edilmektedir¹¹⁶. Değerlendirme yapmak suretiyle hangi hakkın daha üstün olarak kabul edileceğini belirlerken, yararlar dengesi mutlaka eşdeğer olan haklar arasında kurulmalıdır¹¹⁷. Daha üstün nitelikte yarar kavramını, herhangi bir yarar -örneğin mülkiyet ya da alacak hakkından kaynaklanan- olarak değerlendirmek mümkün değildir; çünkü hiçbir yarar kişilik hakkından daha fazla önem arz edemez¹¹⁸. Dolayısıyla daha üstün nitelikte özel yarar kişilik hakkı dışında bir husustan kaynaklanan yarar ise, söz konusu müdahale hukuka aykırı olarak kalmaya devam edecektir¹¹⁹. Daha üstün nitelikte özel yarar genellikle tıbbi müdahaleler açısından söz konusu olmaktadır. Rızanın, tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etkisi olmasına rağmen, ağır yaralı hastanın rızası

¹¹³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 110.

¹¹⁴ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 401.

¹¹⁵ Arpacı, **a.g.e.**, s. 117.

¹¹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 148-149.

¹¹⁷ Helvacı, **a.y.**

¹¹⁸ **A.e.**

¹¹⁹ Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 2001, s. 93.

alınmaksızın derhal ameliyat edilmesi, onun beden bütünlüğüne karşı hukuka aykırı bir saldırı niteliğinde değildir¹²⁰.

Bazı durumlarda bir kimsenin rızası bulunmasa dahi, kişilik hakkına yöneltilen müdahalede kamusal yarar bulunması hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Öğretide hukuka uygunluk sebebi olarak öne sürülen daha üstün nitelikte kamu yararı aslında kamu gücünün kullanılmasıdır¹²¹. Örneğin hastalıklara karşı aşı kampanyası başlatılmasında veya trafik kazalarının önlenmesi amacıyla araç sürücülerine alkol testi uygulanmasında kamu yararının, kişiliğine müdahale edilen kimsenin özel yararına nazaran daha ağır bastığı görülmektedir¹²².

Kamusal yararın bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirildiği en önemli alan kitle iletişim araçlarının kullanımı ile yapılan kişilik hakkı ihlalleridir¹²³. Basın ve yayın organları görevlerini ifa ederken kişilerin şeref ve haysiyetlerine, özel ve gizli hayatlarına veya resim ve ad üzerindeki haklarına karşı saldırıda bulunabilirler. Söz konusu faaliyet basın özgürlüğünün sınırları içinde yerine getirildiği sürece hukuka uygundur. Olay bildirmenin kişilik hakkına saldırı niteliğini taşıması için haber verme, yorum ve eleştiri hürriyetinin gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağ kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir¹²⁴. Ne var ki gerçeğe ilişkin olayların bildirilmesinde dahi haber şekil ve konu açısından hukuka aykırılık unsuru taşıyabilir. Bu noktada önemli olan sadece kamuoyuna gerçek olayın yansıtılması değildir. Şekil açısından da olayın verilmiş tarzı kişisel değerleri ihlal edecek boyutta olmamalı, kırıncı ve küçük düşürücü ifadeler içermemelidir¹²⁵.

¹²⁰ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 402.

¹²¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 149.

¹²² Akipek, Akıntürk, **a.y.**

¹²³ Helvacı, Erlüle, **a.g.e.**, s. 127.

¹²⁴ “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.02.1999 tarih, E. 1999/4-74, K. 1999/74 sayılı kararı”, **Yargı Dünyası**, No:51, Mart 2000, s. 56-58.

¹²⁵ Helvacı, **a.g.e.**, s. 116.

Üstün nitelikte kamu yararının varlığını tespit etmek yetkisi hakime aittir. Hakim söz konusu takdir yetkisini kullanırken aşağıdaki hususları göz önünde bulundurmalıdır¹²⁶;

- Olayda bahsi geçen kişinin kamuya mal olmuş bir kişi olup olmadığı,
- Verilen haberin, yansıtılan olayın içeriği,
- Haberin hizmet ettiği amaç,
- Haberin ulaşmayı amaçladığı hedef kitlesi.

Olayın gerçeğe aykırı olarak bildirilmesi hukuka aykırıdır. Diğer taraftan, haberin tamamıyla gerçek dışı olmasının yanı sıra, gerçek olayların okuyucu da yanlış izlenim uyandıracak ölçüde eksik verilmesi de aynı kapsamda değerlendirilmektedir¹²⁷.

Kamu görevlileri ve kurumlarının, yetkilerini sınırları çerçevesinde kullanırken meydana getirdikleri başkasının kişilik hakkını ihlal edici nitelikteki faaliyetleri hukuka aykırı olarak değerlendirilmez. Anayasa'nın 20. maddesinin 1. fıkrasında özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtildikten sonra 2. fıkra da kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne uygun olarak verilmiş hakim kararı varsa, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılan merciin emri dahilinde, bir kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyasının aranabileceği ve el konulabileceği belirtilmiştir. Ancak kamu gücünün kullanılırken, yetkinin aşılması veya görevin kötüye kullanılması durumunda artık hukuka uygunluktan bahsetmek yerinde olmayacaktır¹²⁸. Kamu hukuku karakterli kanunlardan kaynaklanan müdahalelerin yanı sıra özel hukuk karakterli kanunlardan da bir takım müdahale yetkileri doğabilir; kendi hakkını korumak üzere kuvvet kullanma yetkisi bu yöndedir. Meşru müdafaa hakkı ise hem BK. madde 52 hem de TCK. madde 25'ten kaynaklanan çifte karakterli bir yetkidir.

Kişiliğe aykırı saldırı durumunda, kişiliğin korunması amacıyla açılacak davalar koruyucu davalar ve tazminat davaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Koruyucu

¹²⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 150 vd.

¹²⁷ **A.e.**, s. 166.

¹²⁸ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 503.

davalar, söz konusu saldırıyı önlemek, yok etmek veya etkisizleştirmek diğer taraftan tazminat davaları ise saldırının sonuçlarını yok etmeye, düzeltmeye veya onarmaya yönelik olarak ikame edilen davalardır¹²⁹. Kişiliğin dışı karşı tam anlamıyla korunabilmesi için, kişiliğe yöneltilen mevcut saldırıların durdurulması ve bunların her ne sebeple olursa olsun tekrarının önlenmesi gerekir¹³⁰. Koruyucu davalar MK. madde 25'in 1. fıkrasında zikredilen saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır.

MK. madde 25 fıkra 1 uyarınca “saldırı tehlikesinin önlenmesi” davası henüz mevcut olmamakla beraber, birtakım eylem ve belirtilerden çok yakın bir gelecekte kişilik hakkına karşı gerçekleşmesi mümkün ve olası görülen hukuka aykırı saldırılara karşı açılan davadır¹³¹. Söz konusu davanın amacı failin davranışını yasaklayarak mağduru gelecekte meydana gelebilecek saldırılara karşı korumaktır¹³². Davanın açılabilmesi için saldırı tehdidinin varlığı ve tehdidin ciddi ve yakın olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla bir saldırı olacağı varsayımı davayı ikame etmek açısından yeterli değildir¹³³.

Bu dava türüyle pek çok olası saldırılar daha gerçekleşme imkanı bulamadan önlenmiş olacaktır. Örneğin günlük bir gazetenin bir hafta boyunca açıklama yapmak suretiyle ünlü bir sanatçının özel hayatına ilişkin çok ilgi çekici bilgiler içeren bir yazı dizisi yayınlacağını duyurması halinde, ortada henüz gerçekleşmiş bir saldırı olmamasına rağmen saldırının pek yakında gerçekleşme tehlikesi mevcuttur. Saldırı tehlikesi devam ettiği sürece bu dava açılabilir; dolayısıyla tehlike sona ermişse veya saldırı gerçekleşmişse artık bu dava açılmaz¹³⁴. Karar anında hakim, bu iki şartın varlığını araştıracaktır. Bu noktada ispat yükü davacı tarafa aittir.

Doktrinde durdurma davası olarak nitelendirilen “saldırıya son verme” davasının konusunu kişilik hakkına yönelmiş ve hala devam etmekte olan saldırının

¹²⁹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 120.

¹³⁰ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 395.

¹³¹ **A.e.**, s. 397.

¹³² Helvacı, **a.y.**

¹³³ Öztan, **a.g.e.**, s. 154.

¹³⁴ Helvacı, **a.g.e.**, s. 121.

durdurulması ve tekrarına engel olunması oluşturmaktadır¹³⁵. Zaman içine yayılmayan kısa sürede olup biten davranışların sona erdirilmesi talep edilemez; örneğin bir kişiye tokat atmak suretiyle vücut bütünlüğüne zarar verilmesi durumunda söz konusu dava açılamaz. Dolayısıyla, saldırının davanın açıldığı tarihte hala devam etmekte olması şarttır. Özellikle yayın yoluyla gerçekleşen kişilik hakkına yönelik saldırılarda, yayınlanan yazının elden ele dolaşmak suretiyle birçok kimsenin eline geçmesi imkanı ve olasılığı kuvvetli olduğu sürece, saldırının hala devam etmekte olduğu kabul edilebilir¹³⁶.

Dava sonunda hükmedilecek olan karar, hala devam etmekte olan saldırıya son verilmesine ve tekrarının men edilmesine ilişkin olmaktadır. Örneğin günlük bir gazetede art arda yayınlanmakta olan ve bir kişinin kişilik hakkını zedeleyen yazı dizisinin geri kalan bölümlerinin bundan böyle yayınlanmasının yasaklanması veya yayın yoluyla saldırıya son vermek amacıyla dağıtımına verilmiş olan yayın organının toplatılması bu yöndedir¹³⁷.

MK. madde 25'in 1. fıkrası uyarınca davacı, sona ermiş olsa bile etkileri sürmekte olan saldırının hukuka aykırılığının tespitini dava ile talep edebilir. "Saldırının hukuka aykırılığının tespiti" davasının açılabilmesi için saldırının sona ermiş olması ancak sona ermesine rağmen etkisinin devam ediyor olması gerekir¹³⁸. Söz konusu dava, mevcut bir fiil ve davranışın kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı niteliğinde olduğunun mahkemece karar altına alınmasını sağlayan davadır¹³⁹. Örneğin, hakkında konuşulanların şeref ve haysiyetine karşı hukuka aykırı bir saldırı oluşturduğunun mahkemece tespitini bu dava ile talep edebilir.

MK. madde 25'in ilk fıkrasında zikredilen bu özel tespit davası, aslında saldırı tehlikesinin önlenmesi davası ile saldırıya son verilmesi davasının bir uzantısını

¹³⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 159.

¹³⁶ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 396.

¹³⁷ **A.e.**, s. 397.

¹³⁸ Öztan, **a.g.e.**, s. 154-155.

¹³⁹ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 398.

oluşturmakta adeta bu davaları tamamlamaktadır¹⁴⁰. Hukuka aykırılığın tespiti davası taraflar arasında vuku bulan saldırının hukuka aykırılığının mahkeme kararıyla saptanmasını sağlamak bir yönüyle ise sona ermiş saldırının etkilerine son vermek amacıyla açılmaktadır. Bu açıdan saldırıya son verilmesi davasına yaklaşmaktadır¹⁴¹. Öğretide, hukuka aykırılığın tespiti davası açabilmek için saldırının sona ermesinin mutlaka gerekli olmadığı, kişisel değerlerden birine yönelik haksız bir saldırının yapılmakta veya yapılacak olduğunu tespit etme amacıyla da bu davanın açılabileceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁴².

Hukuka aykırılığın tespiti davası, davalının o an hukuka aykırı davranışı sona ermiş olsa bile izlerinin bireyin kişiliğini etkilemeye devam edebileceği, bu sebeple de hukuka aykırılığın tespitinin davacının lehine olabileceği görüşünden hareketle madde metninde düzenlenmiştir. Örneğin üçüncü kişilerin, mağdurun kişilik hakkına yöneltilen saldırıyı öğrenmeleri ve bu durumun onun şeref ve haysiyetine dokunması veya toplum içinde yanlış izlenimler uyandırması durumunda saldırının izlerinin devam ettiğinden bahsedilebilir¹⁴³.

MK. madde 25'in 2. fıkrasında ise davacıya, saldırının hukuka aykırılığını tespit eden mahkeme hükmünün gerektiğinde yayınlanmasını veya üçüncü kişilere duyurulmasını isteme hakkını da tanımaktadır. Madde hükmünden, mahkeme kararının ilanının ya da üçüncü kişilere bildiriminin sadece tespit davasında ve davacının istemi üzerine söz konusu olabileceği diğer bir deyişle mahkemenin buna kendiliğinden hükmedemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir istemin sadece tespit davasına özgü olabileceği görüşü, saldırıya son verilmesi durumunda kişinin sarsılan itibarının kısmen de olsa iadesi amacını etkisiz kılacaktır.

Hukuka aykırı bir eylem sonucu kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin, bu saldırı dolayısıyla zarar görmüş olma olasılığı her zaman mevcuttur. Söz konusu zarar maddi olabileceği gibi hiç kuşkusuz manevi de olabilir. Kişiliğe karşı gerçekleştirilen

¹⁴⁰ Helvacı, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁴¹ **A.e.**

¹⁴² Arpacı, **a.g.e.**, s. 161.

¹⁴³ Helvacı, **a.y.**

hukuka aykırı bir saldırı, bazen bir kişinin malvarlığında herhangi bir azalma meydana getirmezken o kimseyi manen sarsmış olabilir. Bir kimsenin, hakkında etrafa yayılan asılsız açıklamalar sonucunda toplumdaki değerinin, şeref ve haysiyetinin örselenmesinden dolayı duyduğu üzüntü veya utanç bu anlamda manevi bir zarar oluşturmaktadır. Bu bağlamda MK. madde 25'in 3. fıkrasında, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırılar sonucunda kişilerin uğramış oldukları maddi ve manevi zararları gidermek amacıyla, maddi tazminat ve manevi tazminat istem hakkı olmak üzere iki dava hakkı tanınmıştır. Bunlara ek olarak yine aynı fıkarda “vekaletsiz iş görme davası”na da yer verilmiştir.

“Maddi tazminat davası” kişilik hakkı hukuka aykırı bir saldırıya uğrayan kimsenin, bu saldırı sonucunda malvarlığında meydana gelmiş olan eksilmenin giderilmesi amacına yöneliktir¹⁴⁴. Bu dava sonucunda, başkasının kişilik hakkına saldırıda bulunan kimse, zarar görenin bu yüzden uğramış olduğu maddi zararı karşılayan bir tutarı maddi tazminat olarak ödemeye mahkum edilir. Bu davanın açılabilmesi için¹⁴⁵;

- Kişisel değerlerden birine saldırıda bulunulması
- Saldırının hukuka aykırı bir eylem olması,
- Kusurun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin mevcudiyeti (özellikle kusursuz sorumluluk hali, basın yolu ile kişilik hakkının ihlalinde gazete sahibinin sorumluluğu açısından söz konusu olmaktadır.),
- Zararın gerçekleşmiş olması,
- Saldırı ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir.

Diğer taraftan, saldırıya son verilmesi, saldırı tehlikesinin önlenmesi ya da saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarından birinin açılabilmesi için hukuka aykırı saldırının varlığı yeterlidir; bu noktada kusurun ve zararın varlığı aranmamaktadır. Tazminatın kapsamını, ödeme şeklini ve miktarını BK. madde 43 vd. hükümlerine uygun olarak hakim takdir edecektir. Kişiliğe saldırı bazen de borca aykırı davranış sonucu oluşabilir; böyle bir durumda BK. madde 96 vd. maddelerinde yer alan

¹⁴⁴ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 404.

¹⁴⁵ Helvacı, **a.g.e.**, s. 124-125.

hükümler uygulama alanı bulacaktır. Maddi tazminat davasında zamanaşımı, dava haksız fiilden kaynaklanıyorsa BK. madde 60 uyarınca zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, sözleşmeden kaynaklanıyor ise BK. madde 125 uyarınca on yıldır¹⁴⁶.

Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalmış kimse, bu saldırı dolayısıyla herhangi bir maddi zarara uğramamış fakat şiddetli bir üzüntü veya utançla karşı karşıya kalmış olabilir. Örneğin kişi, herkesten gizli kalmasını arzu ettiği özel hayatının kamuya yansıtılmasından büyük bir utanma duygusuna kapılıp huzurunu kaybedebilir. Böyle bir durumda kişinin uğradığı herhangi bir maddi zarar olmamasına rağmen, kişilik hakkına yöneltilmiş olan hukuka aykırı saldırı etkilerini sadece, kişinin maneviyatı üzerinde göstermiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kanun koyucu, böyle bir ruhsal çöküntüye uğramış kişiye, kendisini bir ölçüde teselli etmek amacıyla manevi tazminat isteme hakkı tanımıştır.

Manevi tazminat davası, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişinin maruz kaldığı manevi zararın, diğer bir ifadeyle duyduğu manevi acının, elem ve ızdırabın giderimi amacıyla yönelik olarak hükme bağlanmış bir davadır¹⁴⁷. Manevi tazminat isteminde bulunmak için¹⁴⁸;

- Kişisel değerlerden birine saldırıda bulunulması,
- Saldırının hukuka aykırı olması,
- Manevi zararın meydana gelmiş olması,
- Zararın, kusur veya kusursuz sorumluluk hallerinden birine dayalı olarak gerçekleşmiş olması,
- Haksız saldırı ile meydana gelen manevi zarar arasında nedensellik bağının bulunması şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

Manevi tazminat davası bir genel hüküm niteliğinde BK. madde 49'da düzenlenmiştir. Bu genel düzenlemenin yanı sıra pek çok özel hükümde de manevi

¹⁴⁶ Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 167.

¹⁴⁷ Öztan, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁴⁸ Helvacı, **a.g.e.**, s. 125-126.

tazminat davasına yer verilmiştir; MK. madde 26 fıkra 2 adın haksız kullanılması, MK. madde 121 nişanın bozulması, TMK. Madde 158 fıkra 2 evlenmenin butlanı, MK. madde 174 fıkra 2 boşanma, BK. madde 47 cismani zarar ve ölüm gibi haller buna örnektir.

Kusur ya da kusursuz sorumluluk sonucu meydana gelen hukuka aykırı saldırı ile manevi zarara uğrayan kişi, BK. madde 49 uyarınca uğradığı zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Manevi tazminatın mutlaka para olması gerekmez. Maddenin ilk fıkrasında “bir miktar para”dan söz edilmiş ise de, üçüncü fıkra da hakimin, tazminatın ödenmesi yerine başka bir tazmin şekli koyabileceği veya ilave edebileceği gibi saldırıyı kınayan bir karar vermekle yetinebileceği ve bu kararın basın yoluyla ilanına da hükmedebileceği belirtilmiştir.

Manevi tazminat davası, hukuka aykırı saldırıyla zedelenen kişisel değerlerin mahiyetine göre farklı hükümlere dayanılarak açılabilir. Manevi tazminat istemleri, vücut bütünlüğüne, sağlığa ve hayata karşı yapılan saldırı niteliğindeki haksız fiiller dolayısıyla BK. madde 47’ye, şeref, haysiyet, saygınlık ve özel hayatın gizliliğine karşı gerçekleştirilen haksız fiiller dolayısıyla da BK. madde 49’a dayanılarak ileri sürülebilecektir¹⁴⁹. BK. madde 49 fıkra 2 uyarınca, hakim manevi tazminatın miktarını belirlerken, saldırıya uğrayan kişinin çektiği elem ve ızdırabın yanı sıra tarafların sıfatını, konumunu ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da göz önünde bulunduracaktır. Bu hüküm doktrinde kişiler arasında ayırım yapıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁵⁰.

Diğer taraftan, hakimin hükmedeceği manevi tazminat miktarının karşı tarafı iktisadi yönden yıkıma uğratacak miktarlarda olmamalıdır. Ne var ki, Yargıtay HGK’nun 23.06.2004 Tarih, 2004/370 Karar no’lu kararında da belirtildiği üzere, “(...) Gelişen hukukta, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda, manevi tazminatın tatmin duygusunun yanı sıra caydırıcılık da

¹⁴⁹ Akipek, Akıntürk, **a.g.e.**, s. 409.

¹⁵⁰ Arpacı, **a.g.e.**, s. 156.

uyandıracak oranlarda takdir edilmesi gerekmektedir (...)"¹⁵¹. Manevi tazminat davasında zamanaşımı; dava haksız fiilden kaynaklanıyorsa BK. madde 60 uyarınca zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, dava sözleşmeden kaynaklanıyorsa BK. madde 125 uyarınca on yıldır.

MK. madde 25 saldırıdan elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca isteme hakkını saklı tutmuştur. Bu hüküm uyarınca, kişi hal ve şartlar gerektirdiğinde, maddi ve manevi tazminat davalarına ek olarak, vekaletsiz iş görme davası açma imkanına da sahip olacaktır. Vekaletsiz iş görme diğer bir deyişle kazancın geri verilmesi davası, failin mağdurun kişiliğine yönelttiği saldırı nedeniyle bir takım kazançlar ve çıkarlar elde etmesi sonucu malvarlığında meydana gelen artışın mağdura ödenmesini mümkün kılan davadır¹⁵². Kazancın geri verilmesi davasının açılabilmesi için¹⁵³;

- Kişisel değerlerden birine saldırıda bulunulması,
- Saldırının hukuka aykırı bir eylem sonucu gerçekleşmiş olması,
- Failin, mağdurun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir kazancı elde etmesi,
- Saldırı ile elde edilen kazanç arasında uygun nedensellik bağının bulunması gereklidir.

Söz konusu davanın açılabilmesi için kusur şartı aranmamıştır. Kazancın geri verilmesi davasında, saldırıdan elde edilen kazançların BK. madde 414'te düzenlenen "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" hükümleri uyarınca talep edilmesi söz konusudur¹⁵⁴. Bir reklam kampanyasında bir kimsenin adının veya resminin hukuka aykırı olarak kullanılması veya bir kişinin kamuyla paylaşmak istemediği sırlarının bir başkası tarafından kitap olarak yayınlanması hallerinde kazancın geri verilmesi davasına başvurulabilir¹⁵⁵. Söz konusu dava için zamanaşımı; BK. madde 60 uyarınca zararın ve failin öğrenildiği günden itibaren bir yıl ve her halde zararı meydana getiren fiilin işlendiği günden itibaren on yıldır.

¹⁵¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁵² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁵³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁵⁴ Hatemi, **a.g.e.**, s. 70.

¹⁵⁵ Helvacı, **a.y.**

1.2. TÜRK HUKUKU'NDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

1.2.1. ANAYASA'DA YER ALAN DÜZENLEMELER

1.2.1.1. 1961 ANAYASASI'NDAKİ İLGİLİ HÜKÜMLER

Türk Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması kavramına ilk defa temel bir hak olarak 1961 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde özel hayatın korunması adı altında 15., 16. ve 17. maddelerde yer verilmiştir¹⁵⁶. 1961 Anayasası'nın 15. maddesinde özel hayatın gizliliğinin dokunulmazlığından bahsedilmiş, bu hayat alanına başkaları tarafından karışılmasının ve bireyin çizdiği sınırlar dışında algılanmasının hukuken imkansız olduğu hükme bağlanmıştır. Adı geçen maddede ayrıca adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnaların saklı olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla adli kovuşturma başladığı andan itibaren zorunluluk arz eden hallerin özel hayatın gizliliği alanının dokunulmazlık sınırları dışında kalacağı belirtilmiştir¹⁵⁷.

Maddenin 2. fıkrasında kişinin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının kanunun açıkça gösterdiği haller dışında, usulüne uygun hakim kararı olmadıkça, milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan haller açısından kanunla yetkili kılınan merciin emri bulundukça aranamayacağı hükme bağlanmıştır.

1961 Anayasası'nın 16. maddesinde ise “konut dokunulmazlığı” kavramına yer verilmiştir. Böylece bir yerde ikamet eden kişinin, oradaki güvenlik ve huzurunun dış müdahalelere karşı korunması hedeflenmiştir¹⁵⁸. Konut dokunulmazlığında dikkat edilmesi gereken husus, yasaklamanın mülkiyet hakkına ilişkin değil, ikamet edenin şahsi hakları, huzuru ve güvenliğine yönelik olduğudur¹⁵⁹. Konut dokunulmazlığı kavramı, kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği ve eşyalarına el konulamayacağı esaslarına dayanmaktadır. Fakat anılan maddenin 2. fıkrasında kanunun açıkça

¹⁵⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 84.

¹⁵⁷ **A.e.**, s. 85.

¹⁵⁸ Armağan, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁵⁹ Şen, **a.g.e.**, s. 86.

gösterdiği hallerde usulüne uygun olarak verilmiş bir hakim kararıyla ve diğer taraftan milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle konuta girilebileceği, arama yapılabileceği ve buradaki eşyaya el konulabileceği belirtilmiştir.

1961 Anayasası'nın 17. maddesinde ise, haberleşme hürriyeti ve bu alana ilişkin gizliliğin dokunulmazlığı esası düzenlenmiştir. Bu maddede kişinin dilediği kişilerle dilediği şekilde haberleşme hürriyeti ve tarafların rızası olmaksızın bunların dışındaki kimselerin müdahalelerinden korunması esası belirtilmiştir¹⁶⁰. Ayrıca ilgili maddede hürriyetin gizliliğine sadece kanuna uygun olarak verilmiş bir hakim kararıyla dokunulabileceği ifade edilmiştir. 15. madde 16. maddelerdeki düzenlemenin aksine 17. maddede kişinin üstünün, özel eşyalarının, konutunun sadece hakim kararıyla aranabileceği veya el konulabileceği dolayısıyla başka hiçbir makamın bu yetkiyi haiz olmadığı belirtilmiştir.

27. maddede ise “düzeltme ve cevap hakkı” hürriyetine yer verilerek, kişilerin onur ve şereflerine dokunulması veya kendileri hakkında gerçeğe aykırı yayınlar yapılması durumlarında düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecekleri Anayasal güvence altında sunulmuştur. Bu hak da özel hayat hakkının gizliliği ve dokunulmazlığını temin hususunda diğer düzenlemelerin uzantısı şeklinde kendini göstermektedir. Kamu hizmeti gören ve kamuoyunu aydınlatan bir kontrol mekanizması olarak kendini gösteren basın karşısında kişilerin, şeref ve haysiyetlerini ihlal edici nitelikteki yayınlara karşı korunması şarttır¹⁶¹. Söz konusu güvence ise, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının yaptırımını oluşturan cevap ve düzeltme hakkı ile sağlanabilecektir; bu noktada söz konusu hakkın aktif süjesini yayın dolayısıyla saldırıya uğrayan diğer bir ifade ile kendisine karşı şeref ve haysiyete dokunan veya gerçeğe aykırı yayın yapılan gerçek veya tüzel kişi, hakkın pasif süjesini ise hakka konu olan yayınlar oluşturmaktadır¹⁶².

¹⁶⁰ A.e., s. 87.

¹⁶¹ Fatih Selami Mahmutoglu, “Cevap Ve Düzeltme Hakkının Kullanılmasında Pasif Süjelerin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Yıllığı**, No:1, İstanbul, 1988, s. 167.

¹⁶² A.e., s. 167-168.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer husus, Türkiye’de yabancı dilde yayım yapan bir süreli yayında kendisine karşı saldırı gerçekleştirilen kişinin, cevap ve düzeltme hakkını nasıl kullanacağı sorunudur. Kişi, yayın yolu ile kendisine gerçekleştirilen saldırı durumunda, ister yayında kullanılan dili isterse ana dili olan Türkçe’yi kullanmak suretiyle söz konusu hakkını kullanabilir¹⁶³. Kişinin, yayında kullanılan yabancı dili bilmeyebileceği düşünüldüğünde, cevap ve düzeltme hakkının korunması açısından kullanılacak dilin sadece Türkçe olarak belirlenmesi de uygundur¹⁶⁴. Kanaatimizce, sosyal çevresine haklılığını kanıtlaması açısından da kişinin, söz konusu hakkı ana dilinde kullanmak istemesi göz ardı edilmemesi gereken bir gerçektir.

Özel hayatın gizliliğine ilişkin maddelerde belirtilen özel sınırlama sebeplerinin yanı sıra 1961 Anayasası’nın 11. maddesinde milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak gibi genel sınırlama sebeplerine de yer verilmek suretiyle anılan hakka kanunla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir. Bu noktadan hareketle bir değerlendirme yapılırsa, 17. maddede özel sınırlama sebebi olarak belirtilen kanuna uygun olarak verilmiş hakim kararına ek olarak 11. maddeden hareketle genel sınırlama sebepleriyle de bir hakka müdahale edilebileceği sonucuna ulaşılabilir¹⁶⁵.

1.2.1.2. 1982 ANAYASASI’NDAKİ İLGİLİ HÜKÜMLER VE ANAYASA’DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1982 Anayasası’nın 2. kısmının 4. bölümünde “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında bireysel hayata ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve bu alanın gizliliğine dokunulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde bu madde ile kişinin özel hayatının ferdi özel hayat ve aile hayatından oluştuğu ve bir

¹⁶³ Fatih Selami Mahmutoglu, “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986), s. 69.

¹⁶⁴ A.e.

¹⁶⁵ “Anayasa Mahkemesi Kararı”, (Çevrimiçi)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1972/K1972-05.HTM>, 30.01.2007.

bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir; bu bağlamda özel hayatın korunması, başkalarının gözleri önüne serilmeksizin gizliliğinin temini demektir¹⁶⁶.

Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin 1412 sayılı CMUK'un 94. maddesinin iptaline ilişkin kararında da belirtilmiştir¹⁶⁷: Anılan karar uyarınca özel hayatın korunması, bu alanın gizliliğinin korunması ve başkalarının müdahalesinden uzak tutulması demektir. O alanda cereyan eden olayların yalnız kendisi veya kendisinin tayin edeceği kişiler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından birisidir. Bu niteliği gereği, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması hususunun, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatlarında açıkça belirtilen istisnalar haricinde bu hak Devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsan mutluluğunun temeli olan özel hayata saygı gösterilmesi kavramı toplumun da kendini huzurlu ve güvende hissetmesi açısından teminat altına alınmalıdır. Bu nedenlerle bu alanın gizliliğini ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.

2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği, "1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanmasının, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir"¹⁶⁸ gerekçesiyle kaleme alınmış ve kanunlaştırılmıştır.

¹⁶⁶ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-08.htm>, 31.01.2007.

¹⁶⁸ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

Yapılan değişiklik ile Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasındaki adli soruşturma ve kovuşturmanın istisna hallerine ilişkin cümlesi kaldırılmıştır. 20. maddenin 2. fıkrası uyarınca kişinin üştünün, özel kağıtlarının ve somut bazı istisnai haller dışında mutlak dokunulmazlığı bulunmaktadır. Bu hüküm, usulüne uygun olarak verilmiş bir hakim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle özel hayatın bu yönüne dokunulabileceğini, özel kağıtlar ile eşyalarına el konulabileceğini belirtmiştir.

20. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle 13. maddedeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin değişikliğin sonucu olarak özel hayatın gizliliğine getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede tahdidi olarak belirtilmiştir. 2001 değişiklik paketinde Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklikle, genel sınırlama sebeplerinin tümü bu maddeden çıkarılmış, bunun yerine her temel hak ve özgürlüğün yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesi ilkesi öngörölmüřtür¹⁶⁹. Buna göre, özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak kişilerin üştünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranması ve bunlara el konulması “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı ile” gerçekleşebilecektir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde de yine maddede belirtilmiş olan özel sebeplerle bağlı kalmak ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması koşuluyla arama veya el koyma işlemi mümkün olabilecektir. Bu halde en geç yirmi dört saat içinde bu işlemin hakim onayına sunulması esası getirilmiş; hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde el koymanın kendiliğinden ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır.

1982 Anayasası'nın 21. maddesinde “konut dokunulmazlığı” kavramı irdelenmiştir. Anılan hüküm uyarınca bu dokunulmazlık, kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği,

¹⁶⁹ “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, (evrimii)
<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/2001aydegisiklikleriuzerinebirdegerlendirme.doc>,
01.02.2007.

arama yapılamayacağı ve buradaki eşyalara el konulamayacağı esaslarını kapsamına almaktadır¹⁷⁰. Kimsenin konutuna dokunulamayacağı temel ilkesi 20. maddeye paralel olarak ancak usulüne uygun hakim kararı ve gecikmesinde sakınca olan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle kısıtlanabilecektir. 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliğinden önceki durumuna göre hakkın kısıtlaması bakımından herhangi bir konu sınırlaması öngörülmezsizin sadece “gecikmesinde sakınca bulunan haller” ibaresine yer verilmişti. Oldukça soyut olan bu ifadeyi yetkiyi kullanacak olan makamın keyfiyetine bağlı olarak genişletmemek, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına yönelik öngördüğü amaca hizmet edecek nitelikte değerlendirmek gerekliydi. Nitekim 20. maddede öngörülmüş olan özel kısıtlama sebepleri konut dokunulmazlığı açısından da aynı doğrultuda kaleme alınmış, mevcut soyutluk belirli halleri kapsayacak şekilde sınırlandırılmıştır.

1982 Anayasası'nın 22. maddesi haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı ilkesini hükme bağlamıştır. Bu hüküm uyarınca herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır ve bu hürriyet engellenemeyeceği gibi gizliliğine de dokunulamaz. Bununla birlikte usulüne uygun verilmiş hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili kılınmış makamın yazılı emriyle bu gizlilik bozulabilecektir. Ayrıca istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla gösterilmesi gerektiği maddenin 3. fıkrasında hükme bağlanmış ve bu sayede haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüştür¹⁷¹.

20. ve 21. maddelere paralel olmak üzere 22. madde için de haberleşme hürriyetini sınırlama sebepleri tahdidi olarak belirtilmiştir. Diğer taraftan özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak öngörülmüş olan ortak yargısal güvence haberleşme hürriyetinin kısıtlanması bakımından da dikkate alınmıştır¹⁷² Buna göre haberleşmenin

¹⁷⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁷¹ **A.e.**, s. 100.

¹⁷² “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi)
<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/2001aydegisiklikleriuzerinebirdegerlendirme.doc>,
01.02.2007.

engellenmesi veya gizliliğine dokunulmasına ilişkin yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimin onayına sunulmalıdır. Hakim kararını, kırk sekiz saat içinde açıklamazsa, karar kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’ndaki düzenlemelerden farklı olmak üzere, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile basın hürriyetine karşı açıkça güvence altına alan hükümlere yer vermiştir. 1982 Anayasası’nın 26. maddesi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemektedir. Maddenin 2. fıkrası, bu hak ve hürriyete getirilebilecek özel sınırlama sebeplerini düzenlemiştir. Ayrıca 2001 Anayasa değişiklikleri ile, Anayasa’nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğü AİHS’ne paralel olarak yeniden düzenlenmiş; 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması nedeniyle “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebeplerine eklenmiştir¹⁷³. Fıkranın devam eden cümlesinde, Anayasa koyucu, kişilerin özel ve aile hayatlarının ve meslek sırlarının korunması için düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kanunla sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir.

Maddede yapılan diğer önemli bir değişiklik, “düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz” cümlesiyle başlayan üçüncü fıkranın madde metninden çıkarılmasıdır. Böylece, gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukukta bir hayli eleştirilen, ifade özgürlüğü bakımından bir demokrasi ihlali olarak nitelendirilebilecek bu hüküm nihayet Anayasa’dan çıkarılmıştır¹⁷⁴.

¹⁷³ “Siyasi Kriterlere Uyum Amacıyla Türkiye’nin Gerçekleştirdiği Mevzuat Düzenlemeleri”, (Çevrimiçi) <http://www.ikv.org.tr/pdfs/adaliksureci3.pdf>, 03.02.2007.

¹⁷⁴ “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/2001aydegisiklikleriuzerinebirdegerlendirme.doc>, 01.02.2007.

1.2.1.3. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÜZERİNE MEVZUATTA YAPILAN DÜZENLEMELER

Özel hayatın gizliliği açısından büyük önem arz eden Anayasa değişikliklerini takiben, özel hayatın gizliliği hususunda “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un çerçeve 10/B maddesiyle PVSK’nın 9. maddesinde değişiklik yapılmıştır¹⁷⁵. Buna göre, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara göre suç, iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması için polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne uygun verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

Yapılan bu değişiklik sonucu yürürlükten kalkan CMUK’un 97. maddesindeki “aramaya karar verme yetkisi hakimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcıları ve savcıların muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler.” hükmü Anayasa’nın 20. maddesine aykırı duruma gelmiş, PVSK’da yapılan değişiklik sonucu zımnen ilga edilmiştir. Bu durum uygulamada ciddi sorunların yaşanmasına neden olmuştur.

Bu hususa ayrıca, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin genel gerekçesinde 4709 sayılı Kanunla Anayasa’da ve 4771 sayılı Kanunla da 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun arama ile ilgili hükümlerinde yapılan değişiklikleri takiben, bu hususta görevli makam ve kamu görevlileri arasında söz konusu kanunların getirdiği hükümlerin uygulanması, arama işlemlerine karar verilmesi ve kararların icrası aşamasında sakıncaları ortaya çıkardığı sebebiyle değinilmiştir¹⁷⁶. Eski AÖAY’nin yürürlüğe girmesiyle arama konusundaki tereddütler büyük ölçüde giderilmiş ve nihayet daha sonra aşağıda açıklanacağı üzere 5271 sayılı CMK’da yapılan düzenlemelerle tamamen ortadan kaldırılmıştır.

¹⁷⁵ “Son 10 Yılda Geçirdiği Değişikliklerle Türk Hukuk Mevzuatında İşkence”, (Çevrimiçi) <http://www.ihd.org.tr/iskence/polisv.htm>, 04.02.2007.

¹⁷⁶ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

1.2.2. KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Özel hayatın gizliliği ve korunması hususuna Anayasa ve Ceza Kanunları'nın yanı sıra diğer çeşitli kanunlarda da yer verilmiştir. Diğer kanunların özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik olarak getirdiği düzenlemeler aşağıda inceleneceği gibidir.

1.2.2.1. TÜRK MEDENİ KANUNU

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hakimden, saldırıda bulunana karşı korunmasını isteyebileceği ve kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır. Kişilik hakkının konusunu, bu hakkın üzerinde egemen olan ve hukuk düzenince korunan kişisel değer ve varlıkların tümü oluşturur¹⁷⁷. Türk-İsviçre Hukuku genel bir kişilik hakkının varlığını kabul ederek bunun çerçevesini belirlemiştir¹⁷⁸. Bununla birlikte genel bir kişilik hakkının varlığı, münferiden kişilik haklarının kabulüne engel değildir. Örneğin MK. madde 26-27'de düzenlenen ad üzerindeki haklar bunun yansımasıdır.

Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı ve hareket özgürlüğüne ilişkin değerleri onun maddi değerlerini oluşturmaktadır¹⁷⁹. Yaşam hakkı, beden tamlığı ve sağlık hususları özel hukuk alanında korunmasının yanında ayrıca Anayasa ve Ceza Hukuku normlarıyla da korunmaktadır. Kişinin manevi kişisel değerleri ruhi bünyesi ve toplum içindeki yeri ile ilgili olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁸⁰. Kişisel bedensel bütünlüğün yanında ruhi bütünlük de kişiliğin bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle ruhi alana yapılan ve kişinin acı ve elem duymasına neden olan her türlü tecavüz kişilik hakkına saldırı niteliğine sahip olacaktır.

¹⁷⁷ Serdar, **a.g.e.**, s. 31.

¹⁷⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 2002, s. 118.

¹⁷⁹ Arpacı, **a.g.e.**, s. 108 v.d.

¹⁸⁰ Özel, **a.g.e.**, s. 30.

Kişinin, toplum içindeki yeri ile ilgili değerler ise sosyal bir varlık olmasından kaynaklanan değerleri ifade etmektedir. Bu değer alanına isim ve görüntü üzerindeki haklar, özel hayat, şeref ve haysiyet girmektedir. MK. madde 26'daki adın korunmasına yönelik düzenlemeler, onun kişilik hakkının bir parçası olma özelliğini gözler önüne sermektedir¹⁸¹. Kişinin tanınmasına ve onun diğer kişilerden ayırt edilmesine yarayan kişiye ait her türlü dış görüntü, kişisel bir değer olmak suretiyle kişilik hakkının kapsamı içinde yer almaktadır. Görüntü üzerindeki hak, kişinin izni olmaksızın filme alındığının, resminin çekildiğinin, çoğaltıldığının tespiti halinde ihlal edilmiş olmaktadır¹⁸². Bunun yanında izinsiz görüntü alınması aynı zamanda özel hayat veya şeref ve haysiyetin ihlali anlamına da gelebilmektedir. Görüntü üzerindeki hak kamuya mal olmuş kişiler açısından daha sınırlıdır. Bu yönde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesi kısıtlayıcı bir hüküm getirmiş ve memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselere ait resimler, bunların katıldıkları resmi tören veya toplantıları gösteren resimler ve günlük olaylara ilişkin resimlerde radyo ve film haberleri için rıza şartından vazgeçilmiş sayıldığını hükme bağlamıştır.

Bununla birlikte kamuya mal olmuş kişilerin dahi görüntüsünün yayımı bir ticari çıkar karşılığı yapılmışsa kişilik hakkı ihlal edilmiş sayılacaktır¹⁸³. Kişilik hakkı kapsamında önemli bir diğer kişisel değer olan şeref ve haysiyet kavramı ise, kişiye toplum tarafından atfedilen manevi değerlerin tümünü ifade etmektedir¹⁸⁴. Kişinin bu manevi değerleri elde edebilmesi iki yolla gerçekleşmektedir. Birincisi, kişinin toplumsal yaşamın bir bireyi olması nedeniyle sahip olduğu değerlerdir ki, bu doktrinde pasif şeref ve haysiyet olarak adlandırılır¹⁸⁵.

Diğeri ise, toplumsal yaşamda, kişinin birey olarak, yaşam tarzı, aktiviteleri, yetenekleri, düşünce ve faaliyetleri sonucu sonradan elde ettiği değerlerdir; bu değer bütünü ise aktif şeref ve haysiyet olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁶. Bu değerler her şeyden önce insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu temel haklar kapsamındadır. Bu

¹⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay, **a.g.e.**, s. 82.

¹⁸² **A.e.**, s. 126.

¹⁸³ Özel, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁸⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay, **a.g.e.**, s. 124.

¹⁸⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁸⁶ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 429.

nedenle Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrası hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağını belirtmiş ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza ve muameleleri yasaklamıştır.

Çalışmanın asıl konusunu teşkil eden özel alan ve giz alanının korunması daha önce açıklandığı üzere en genel anlamıyla Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa madde 20'de özel hayatın gizliliği, madde 21'de konut dokunulmazlığı ve madde 22'de haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır. Ceza Hukuku alanında da birer suç olarak tanımlanan bu kişisel değerler MK. madde 24'teki genel koruma imkanından da yararlanmaktadır. Özellikle ses ve görüntü alma araçlarıyla, gizli kameralar ve diğer teknolojik aletler vasıtasıyla kişinin özel ve giz alanına kolaylıkla tecavüz edebilme imkanının varlığı nedeniyle günümüzde bu kişisel değer, kişilik hakkı kapsamında önemli bir yer işgal etmektedir. Özel ve giz alanına giren olayların sadece üçüncü kişilerce açıklanması değil aynı zamanda, hukuka aykırı olarak öğrenilmesi de kişilik hakkının ihlali kapsamındadır¹⁸⁷. Diğer taraftan özel hayatın gizliliğinin bir kişisel değer olarak korunması anonim kişilerin aksine kamuya mal olmuş kişiler açısından daha sınırlıdır¹⁸⁸.

İfade özgürlüğü temel insan haklarından biri olarak çeşitli uluslararası sözleşmelerde ve ulusal Anayasalarda teminat altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi, herkesin ifade özgürlüğü hakkı olduğunu, bu hakkın düşünceye sahip olma, bilgi alma ve verme hakkını herhangi bir kamu otoritesinin müdahalesi olmaksızın kapsadığını hükme bağlamıştır. Fakat hiç kuşkusuz bu özgürlük sınırsız değildir. Nitekim adı geçen sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğünün kullanımının, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, düzensizliği ve suçun önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haysiyeti ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması için, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü usullere, şartlara, kısıtlamalara ve cezalara tabi tutulabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda şeref

¹⁸⁷ Özel, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁸⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay, **a.g.e.**, s. 128.

ve haysiyetin korunması, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesinde dikkate alınacak hususlardan biri olarak hükme bağlanmıştır.

Kişinin mesleki ve ticari değerleri ise onun toplum içindeki yeri ile ilgili olmakla birlikte, manevi değerlerden farklılık arz etmek suretiyle ekonomik sonuçlarla yakından bağlantılıdır¹⁸⁹. Mesleki-ticari değerler kategorisine, en başta kişinin iktisadi varlığı bunu takiben ise mesleki-ticari hayatını devam ettirmede saygınlık kazanmasını temin edici mesleki şeref ve haysiyet ve nihayet mesleki-ticari hayata ait bir giz alanı olan mesleki-ticari giz çevresi girmektedir¹⁹⁰. İktisadi yaşam para veya para ile ölçülebilen değerler sağlamaya yönelik insan çabalarına dayanmaktadır¹⁹¹. Bu hak ayrıca Anayasa'nın 17. ve 48. maddelerinde temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda 17. madde herkesin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğunu ve 48. madde de herkesin dilediği alanda çalışma hakkı olduğunu belirtmektedir. Kişinin bu hakkına yapılacak her türlü müdahale, kişilik hakkına saldırı oluşturmaktadır.

1.2.2.2. DİĞER KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun yayın esaslarını düzenleyen 5. maddesinin j bendinde kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olunması ve dürüstlük anlayışına bağlı kalınması genel yayın ilkeleri arasında zikredilmiştir. Diğer taraftan 3984 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin f bendine göre de özel hayatın gizliliğine saygılı olunması, radyo, televizyon ve veri yayınlarında riayet edilmesi gereken yayın ilkeleri arasında sayılmıştır. Diğer taraftan, özel hayatın gizliliğinin korunması açısından etkili bir hak olan cevap ve düzeltme hakkına, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un¹⁹² 28. maddesinde yer verilmesinin yanı sıra bu hak ayrıca ayrıntılı bir şekilde 5187 sayılı

¹⁸⁹ Serdar, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁹⁰ **A.e.**

¹⁹¹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁹² Fatih Selami Mahmutoglu, "3984 Sayılı Radyo Ve Televizyon Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler", **Marmara İletişim Dergisi**, No:7, Temmuz 1994, s. 191-200.

Basın Kanunu'nun 14. maddesi ve 2954 sayılı TRT Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu noktada medya yoluyla kişilik haklarının ihlali boyutunun incelenmesi gerekmektedir. Kişilik haklarına saldırı genel olarak, kişinin rızasına dayalı veya rızası dışında yani bir haksız fiil sonucu gerçekleşmektedir. Bu genel kural RTV yoluyla kişilik haklarına saldırılar için de geçerli olmaktadır¹⁹³. Özel yaşam alanına ilişkin yaşam olaylarının, RTV yoluyla belirsiz kişi topluluğuna diğer bir deyişle kamuya açıklanması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kamu yararı halinin bulunması hariç olmak üzere, diğer her türlü müdahale bu alana ilişkin hukuka aykırılık yaratacak ve bu alan için hukuki korumanın doğmasına sebebiyet verecektir. Örneğin kişinin, geçimsiz bir yaşam sürdüğü, iş yaşamında başarısız olduğu gibi olayların RTV yoluyla açıklanması, dar anlamda özel yaşama saldırı oluşturmaktadır¹⁹⁴.

Özel yaşam alanına ait olaylar, kişinin rızasıyla veya rızası alınmaksızın edinilebilir. Rıza dışında bilgi edinme, kişinin evinin gözetlenmesi, eşyalarının karıştırılması, ses ve görüntü alan teknik aletlerin kullanılması suretiyle bilgi edinme şeklinde olabilmektedir¹⁹⁵. Bunun dışında RTV muhabirinin kişiliğini gizlemek suretiyle bir olay öğrenmesi durumunda, rızayla bilgi alma söz konusu iken yayın konusunda rıza olmadığı için, bunun yayını hukuka aykırılık teşkil edecektir¹⁹⁶.

Bazen kişiler özel yaşamlarının alenileştirilmesini bizzat kendileri isteyebilirler. Bu durumda özel yaşam olayının kamuya aktarımı, yaşam alanına saldırı kapsamında değildir. Diğer taraftan gizli yaşam alanına RTV yoluyla yapılan saldırılar kural olarak hukuka aykırıdır. Bu yaşam alanına giren olayları kişi bizzat kendisi bilip yaşamak ister. Fakat daha önce de belirtildiği gibi kişinin bu alana giren olayları, güvendiği kişilerle paylaşması niteliği itibarıyla olayların gizli yaşam alanına ait olma özelliğini değiştirmez.

¹⁹³ Serdar, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁹⁴ **A.e.**, s. 66.

¹⁹⁵ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 440.

¹⁹⁶ Serdar, **a.g.e.**, s. 86.

Özel yaşamında olduğu gibi, gizli yaşam alanına ait bilgilerin edinilmesi kişinin rızasıyla veya rızası hilafına olabilir. Kişinin gizli yaşam alanına müdahale genellikle teknik araçların kullanımı yoluyla söz konusu olabilmektedir. Ayrıca bu bilgiler sadece öğrenilmekle kalmayıp ses bandına, filme veya fotoğrafa aktarılarak da tespit edilebilmektedir. Bunun dışında, sır sahibinin sırrını açıklamış bulunduğu kişi tarafından RTV programına bu hususa ilişkin bir açıklamada bulunması da, rıza dışı bilgi edinmedir. Bu noktada, hem güvenilen kişi tarafından hem de RTV yoluyla gizli yaşam alanına söz konusu olmaktadır. RTV'nin sorumluluğuna gidilebilmesi için, bu açıklamayı yapan kişinin güvenilir bir şahıs olduğunun ve söz konusu bilginin, ilgili kişinin giz alanına ait olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Bu durumlara ek olarak kişinin gizli yaşam alanına ait yaşam olaylarına ilişkin bilgilerin, kişinin rızası dahilinde de öğrenilmesi mümkündür. Kişinin belge, anı, konuşma ve görüntülerinin yayınlanmasına izin verdiği durumlarda, çizilmiş olan sınır ve yayınlama biçimi dışına çıkılması halleri de gizli alana saldırı niteliğindedir¹⁹⁷.

Özel hayatın gizliliği kavramına Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda da yer verilmiştir. Buna göre ilgili kanunun; 19. maddesindeki kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup açıklanması ve zamanından önce açıklanması halinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgeler, 21. maddedeki kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere özel hayatın gizliliği kapsamında açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturabilecek bilgi veya belgeler, 22. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilecek bilgi veya belgeler ile 23. maddedeki kanunlarda ticari sır olarak nitelendirilen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler bilgi edinme hakkı ve bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur.

Özel hayatın bir alt unsuru olan aile hayatının korunması ayrıca 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile ele alınmıştır. Söz konusu Kanun, Türk Medeni

¹⁹⁷ A.e., s. 89-90.

Kanunu'nda aile hayatına ilişkin öngörülen tedbirlerden bağımsız olarak eşlerden birinin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı durumlarda Aile Mahkemesi tarafından hükmedilebilecek tedbirleri içermektedir. Böylece ekonomik ve sosyal gelişmelere paralel olarak Türk toplumu ve aile yapısında ortaya çıkan gelir dağılımı dengesizliğinin meydana getirdiği aile içi şiddet olaylarını bertaraf etmek amacıyla 4320 sayılı Kanun kabul edilerek Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere ve Norveç gibi ülkelerde uygulanan koruma emrine yönelik hükümler Türk Hukuk sistemine dahil edilmiştir¹⁹⁸.

Aile hayatının korunmasına yönelik olarak incelenmesi gereken bir diğer husus ise çocuğun korunmasıdır. Bu nedenle, çocuğun doğmuş ve doğabilecek zararlardan korunması bakımından başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda bazı düzenlemelere yer verilmiştir. 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile 25.01.1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi esas alınarak oluşturulan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirleri içermekte, bu hükümlerin uygulanmasından hangi kurumların sorumlu bulunduğunu belirtmekte ve bu kurumlar arasında koordinasyonun Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirileceğini belirtmek suretiyle koruyucu hükümleri ön plana çıkartmakta ve nihayet suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak özel muhakeme hukuku kuralları öngörerek çocuğun yüksek menfaatini gerçekleştirmeyi hedeflemektedir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Yusuf Solmaz Balo, **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 53.

¹⁹⁹ **A.e.**, s. 5.

2. İKİNCİ BÖLÜM: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

2.1. GENEL OLARAK

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddede bireysel hayat üst başlığı altında toplanabilecek olan özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve kısmen birbirleriyle kesişen bu dört temel hak garanti altına alınmaktadır²⁰⁰.

Maddenin 1. fıkrasında herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu maddeden anlaşılabacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik müdahalelere karşı çeşitli güvencelerin temin edilmesi hedeflenmiştir.

Fakat belirtmek gerekir ki, maddeyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı çok da belirgin değildir ve nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kavramların yorumu hususunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır²⁰¹. AİHM, 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve söz konusu şikayetin Sözleşmece korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken, söz konusu kavramlara

²⁰⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002, s. 281.

²⁰¹ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

AİHS'ye özgü özerk bir anlam yüklemekle beraber davanın gidişatına göre karar vermektedir²⁰². Bu durum ise, söz konusu hakları ve dolayısıyla bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik bir biçimde tanımlama imkanını zorlaştırmaktadır²⁰³. Diğer bir ifadeyle, AİHM, maddenin uygulanmasında kazuistik bir metot izlemek suretiyle, önüne gelen her olayda, söz konusu olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçekleri ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yaparak maddeyle korunmakta olan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır²⁰⁴.

Söz konusu maddedeki hakları koruma altına alan güvenceler; Sözleşme'ye taraf olan Devletlere ve bu Devletlerin daha önceden kabul etmiş olmaları halinde de kişilere, Sözleşme'de belirtilen insan hak ve hürriyetlerine aykırı davranışlar karşısında Sözleşme'nin 19. maddesi ile kurulmuş olan organlardan birisi olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurabilme ve şayet şartlar gerçekleşirse, Komisyonun ve ilgili üye Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından uyuşmazlığın dava olarak sonuçlandırılmasını isteyebilme haklarının tanınmış olmasıdır²⁰⁵.

Komisyon ve Mahkeme maddede adı geçen haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusuyla karşı karşıya kaldığı zaman, üç aşamalı bir inceleme yapmaktadırlar²⁰⁶. Organlar önce şikayete konu teşkil eden olay ve işlemin maddede zikredilmiş olan kavramlardan birine dahil olup olmadığını diğer bir deyişle hükmün uygulanabilirliğini saptamaktadırlar. Bu aşamayı müteakip söz konusunu incelemenin olumlu sonuçlaması durumunda yapılan işlem veya alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediği araştırılmaktadır. Nihayet üçüncü

²⁰² A.e.

²⁰³ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, No:1, Strasbourg, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001, s. 9.

²⁰⁴ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 330-331.

²⁰⁵ Naz Çavuşoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994, s. 56.

²⁰⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 331.

aşamada müdahalenin meşruluk kazanıp kazanmadığı saptanmak suretiyle sonuca varılmaktadır. Bu son aşamada alınan kısıtlayıcı önlemin kanuniliği, güdülen amaç karşısındaki meşruluğu ve demokratik bir toplumda ne ölçüde gerekli olduğu irdelenmektedir²⁰⁷.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılacağı üzere, özel hayatın gizliliği ve korunması açısından yazılı ve görsel basın karşında mutlak bir koruma mekanizması öngörülmüştür²⁰⁸. Diğer bir ifadeyle, adı geçen haklar konusunda öngörülebilecek kısıtlamalar, 8/2. maddede öngörülen şartlar dahilinde ve de somut durumun özellikleri göz önüne alınmak kaydıyla kamu makamlarına bırakılmıştır. Diğer taraftan Sözleşme'nin "ifade özgürlüğü"nü düzenleyen 10. maddesi de özel hayat hakkına kitle iletişim araçları karşısında güvence getirilmesine imkan tanıyan bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasında görüşleri açıklama ve anlatım özgürlüğünden diğer bir deyişle ifade özgürlüğünden bahsedilmiş fakat 2. fıkrada başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla bu hakka hukuk tarafından sınırlamalar getirilebileceği açıkça belirtilmiştir. Böylece haber ve düşünceleri kamuya yansıtma ve kamunun da bu bilgilerden haberdar olma hakkının Sözleşme'nin bir başka maddesinde güvence altına alınan özel hayat hakkı karşısında sınırlandırılabilceği fakat bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali sayılmayacağı belirtilmiş olmaktadır²⁰⁹.

Yine Sözleşme'nin "adil yargılama" hakkı başlıklı 6/1. maddesinde duruşmaların aleni olarak yapılması zorunluluğundan prensip olarak bahsedilmiş, fakat tarafların özel hayatlarının korunması maksadıyla duruşmanın kısmen veya tamamen gizli yapılmasına yargı makamlarınca karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte yine 6/1. madde uyarınca duruşmalar sonunda verilecek kararların mutlaka aleni olarak açıklanması gerekmektedir. Fakat Mahkeme'ye göre hükmün mutlaka açık duruşmada verilmesi, mahkeme kararının her zaman ve muhakkak açık

²⁰⁷ A.e.

²⁰⁸ Şen, a.g.e., s. 62.

²⁰⁹ A.e., s. 63.

duruşmada okunacağı anlamına gelmemektedir²¹⁰. Örneğin; mahkeme kararının ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla mahkeme kalemine bırakılması veya kolayca görülebilecek bir şekilde mahkeme binasının uygun bir yerine asılması durumlarında da aleniyet yine sağlanmış olacaktır²¹¹.

Komisyon'un görüşüne göre, Ek Protokollerin çeşitli maddeleri de açık bir şekilde özel hayat ve aile hayatını ilgilendiren konuları düzenlemektedir²¹². Örneğin; Ek Protokolün 2. maddesinde "eğitim hakkı"ndan bahsedilmek suretiyle Devletin, eğitim ve öğretim alanında yüklenen görevlerin yerine getirilmesi konusunda, ana babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla çocukların eğitimi hususunda bir önlem alınması veya ailelerinden keyfi bir şekilde alınmak suretiyle bir okula veya kuruma yerleştirilmeleri halinde bu durumun aile hayatını etkileyeceği açıktır²¹³. Bunun yanı sıra eşlerin eşitliğini, birbirleri ve çocuklarıyla olan ilişkileri düzenleyen 7 No'lu Protokolün 5. maddesi de Sözleşme'nin bireysel hayat üst başlığı altında değerlendirilebilecek 8. maddesinin aile hayatı kısmıyla yakından ilgilidir.

Sözleşme, sözleşen Devletlere yalnızca müdahale etmeme gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle kalmamış aynı zamanda, Devletlere koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı temin etme olarak değerlendirilebilecek pozitif bir yükümlülük de atfetmiştir²¹⁴. Mahkeme, söz konusu pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini saptarken kamu yararı ve bireysel yarar arasındaki denge ve tercih kriterlerini göz önünde bulundurmakta, diğer bir deyişle 2. fıkra da zikredilen meşruluk amaçlarını baz almaktadır. Bu yükümlülüğün sözleşen Devletlere yüklenmesi, 1. fıkra ile koruma altına alınmış bulunan haklara özel kişilerden gelebilecek müdahalelerden de Devletin sorumlu tutulabilmesini mümkün kılmıştır.

²¹⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 290.

²¹¹ **A.e.**

²¹² Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri", (Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/kultur_sanat/yayinlar/yayin089/089_00_010.pdf, 22.03.2007.

²¹³ **A.e.**

²¹⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 332.

2.1.1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 8. MADDESİYLE KORUMA ALTINA ALINAN HAKLAR

8. maddede kişinin, bireysel yaşamı “özel hayatı ve aile hayatı”, “haberleşme” ve “meskeni” düzeyinde koruma altına alınmıştır²¹⁵. Maddede daha önce de belirtildiği üzere, koruma altına alınan haklar bakımından kavram tanımı yapılmamıştır. Özellikle hükümde bahsi geçen özel hayat ve aile hayatı kavramlarının uygulamada kesinlik arz edecek düzeyde belirlilik içermediği açıktır. Bu noktada sözleşen Devletlere atfedilen pozitif yükümlülük açısından sınırların saptanması güçlük arz etmektedir. Dolayısıyla söz konusu durumda, AİHM, 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve şikayetin koruma altına alınan haklara ilişkin olup olmadığını belirlerken, söz konusu kavramlara özerk bir tanım yükleme yolunu tercih etmekte ve her somut olayda davanın durumuna göre karar vermektedir²¹⁶.

Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme kavramları, bireysel yaşam bütününi teşkil eden kaynağın değişik uzantıları olarak içe içe geçmiş durumda bulunduklarından, bunlardan biri hakkındaki hususlar ötekiler konusunda da geçerlidir²¹⁷. Örneğin telefon konuşmalarının dinlenmesi ve konutta arama yapıp burada bulunan kağıtlara el koyulması; haberleşmenin gizliliğini ve konut dokunulmazlığını ihlalin yanı sıra özel hayata da müdahale kapsamındadır. Bu nedenle Strasbourg organları 8. maddeye ilişkin bir başvuru ile karşı karşıya geldikleri zaman şikayeti, tercihen alt unsurlara bakmaksızın (örneğin aile veya konut) “özel hayata müdahale” başlığı altında incelemeye tabi tutmaktadır²¹⁸. Aşağıda 8. madde kapsamında değerlendirilen özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları incelenecektir.

²¹⁵ A.e., s. 330.

²¹⁶ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

²¹⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s. 333.

²¹⁸ A.e., s. 331.

2.1.1.1. ÖZEL HAYAT

AİHM açısından özel hayat, bütün unsurlarıyla tam anlamıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir anlam ihtiva etmektedir. Bu nedenle Strasbourg denetim organları özel hayatın her zaman geçerli genel bir tanımını yapmanın zorluğu nedeniyle²¹⁹ bu hususta kazuistik bir yol izlemişler; önlerine gelen her somut olayı kendine özgü koşullar çerçevesinde değerlendirerek bunun özel hayat kapsamına dahil olup olamayacağını saptamayı tercih etmişlerdir.

Bu bağlamda özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin 23.01.1970 tarihli kararını incelemek oldukça önemlidir. Söz konusu karar özel hayatın gizliliği ve korunması kavramına bir tanım getirerek oldukça geniş olan içeriği ile nice kararlara ışık tutmuştur. Bu karara göre özel hayata saygı, kişinin yaşantısını istediği biçimde ve dış müdahalelerin en aza indirgendiği bir şekilde sürdürebilmesidir²²⁰; bu hakkın kapsamına, kişinin özel hayatı, aile hayatı, ev yaşantısı, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel fotoğraflarının izinsiz yayınlanmaması, hukuka aykırı bir biçimde dinlenilmeye maruz kalmaması ve gözetlenmemesi, özel yazışmalarından gizlice yararlanılmaması ve gizli olarak elde ettiği bilgilerin yayınlanmaması gibi haklar girmektedir.

Komisyon'a göre özel hayat kavramı açık bir şekilde "yalnız başına olma / *to be let alone*"²²¹, yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme" hakkı olarak tanımlanan mahremiyet hakkından çok daha geniş bir anlamı ihtiva etmektedir. Bir ölçüde, özel hayat, kişinin kendi kişiliğini özgür olarak oluşturması ve geliştirmesine imkan tanıyarak diğer bireylerle ve dış dünya ile ilişkilerini geliştirmesini sağlayan bir alan görünümündedir²²².

²¹⁹ "Affaire Niemietz c. Allemagne", A. 251-b, Application no.13710/88 16.12.1992, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=4917&sessionId=4932386&skin=hudoc-en&attachment=true>, 25.01.2007, s. 9.

²²⁰ P. van Dijk, G.J.h van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3. ed., Nijhoff Publishers, 1998, s. 489.

²²¹ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis "Mahremiyet Hakkı", **a.g.e.**, çev. Gülay Arslan, s. 21.

²²² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 10.

Ayrıca 22-23 Mayıs 1967 tarihlerinde Kuzey Memleketleri Hukukçuları ile tanınmış bazı Hukukçuların kaleme aldığı “Özel Hayata Saygı” konulu Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi kararları meseleyi oldukça aydınlatmaktadır²²³. “Kararlar” başlığını taşıyan ilk bölümde özel hayata saygı hakkının niteliği belirtilmiştir. Söz konusu hakkın, insan şahsiyetinin temel haklarından birisini teşkil ettiği ifade edilerek bu hakkın kişiyi kamu makamlarına, topluma ve diğer bireylere karşı koruyacağı belirtilmiştir²²⁴. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi’nin kararına paralel olarak özel hayata saygı hakkının, kişinin en ufak bir dış müdahale ile karşılaşmaksızın kendi hayatını dilediği gibi idame ettirebilmesi hakkı olduğu vurgulanmıştır. Kongre kararında, bu hakkın koruma altına alacağı alan genişletilmiş ve böylelikle bireyin özel hayatının, onun sadece kendisine mahsus kalmasını istediği hayat alanını oluşturması ve bu alanda geçen faaliyetlerini kapsaması hedeflenmiştir²²⁵. Kişinin özel ve aile hayatı ile konutuna, akıl ve vücut bütünlüğüne, ahlak ve düşünce açıklama özgürlüğüne, şeref ve haysiyetine yönelik saldırılar, özel hayata ilişkin haberler yayılması, kişinin isminden, resminden ve kimliğinden faydalanılması, her türlü izleme, gözetleme, baskı altında tutma hareketleri ve haberleşme hakkına yönelik müdahaleler anılan hakkın kapsamına alınmıştır²²⁶.

AİHS’nin 8. maddesinin ilk paragrafında her bireyin özel ve aile hayatına, meskenine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hükmüne yer verilmek suretiyle bu yaşam alanlarının kişi hak ve hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Aynı maddenin ikinci paragrafında ise bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan düzeyde ve yasayla öngörülmüş olmak kaydıyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm ile ancak tahdidi şartlar durumunda sadece kamu makamlarının müdahalesinden bahsedilmiş; ancak basın hürriyetini kullananların, kişinin özel hayatına hangi sebeple olursa olsun izinsiz girmek suretiyle müdahale imkanı

²²³ Şen, **a.g.e.**, s. 75.

²²⁴ **A.e.**

²²⁵ **A.e.**

²²⁶ Van Dijk, Van Hoof, **a.g.e.**, s. 489-490.

olduğundan söz edilmemiştir²²⁷. Bu noktada görüntülü ve yazılı basın ile temel hak ve hürriyetler arasındaki ilişkilerin dengelenmesi problemi ortaya çıkmakta, iletişim organlarının ve basın mensuplarının mesleklerini icra etmek hususunda sınırsız bir tutum içinde olamayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır.

Özel hayatın ihlalin tipik bir örneğini oluşturan Von Hannover v. Almanya vakasında²²⁸, başvuru Prenses Caroline 1990'ların başından bu yana, çoğunlukla mahkemeler vasıtasıyla özel yaşamına ilişkin fotoğraflarının çeşitli Avrupa ülkelerindeki basında yayımlanmasını engellemeye çalışmaktadır. Başvuru, evinden ayrıldığı andan itibaren, kendisinin, karşidan karşıya geçmek, çocukları okula götürmek, alış-veriş yapmak, yürümek, spor yapmak ve tatile gitmek gibi günlük faaliyetlerini takip eden bir paparazzi tarafından sürekli izlendiğini ve fotoğraflarının çekildiğini ileri sürmektedir. Başvuru, Alman hukukunda kendisi gibi kamusal figürün özel yaşamı için öngörülen koruma mekanizmasının en düşük seviyede olduğunu vurgulamıştır.

Basın özgürlüğü hususunda başvuru, demokratik bir toplumda kamuoyunun bilgilendirilmesi ve oluşturulmasında basının esaslı rolünün farkında olduğunu belirtmekle beraber kendi davası bakımından magazin basınının, halkın merak eğilimlerinin tatminine çalıştığını ve kendisini günlük işler yaparken gösteren fotoğraflardan büyük kar elde ettiğini ifade etmiştir²²⁹. Hükümet ise savunmasında, Alman hukukunun, kamusal figürlerinki de dahi olmak üzere özel yaşamın etkili olarak korunmasının sağlanması ve herhangi bir kötüye kullanmanın engellenmesi için yeterli güvenceler içerdiğini ileri sürmektedir. Diğer taraftan, çağdaş toplumun seçkin bir figürünün özel yaşamının korunması hususunun, izni olmaksızın yayımlanabilecek fotoğraflarının, söz konusu kişiyi sadece resmi görevlerle ilgili gösterenlere indirgenmesini gerektirmediğini belirtmektedir²³⁰.

²²⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 77.

²²⁸ "Case Of Von Hannover v. Germany" Application no. 59320/00 24.06.2004, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=4430&sessionId=15944452&skin=hudoc-en&attachment=true>, 18.11.2008.

²²⁹ "Von Hannover v. Almanya Vakası", **a.g.e.**, çev. Burak Gemalmaz, s. 189.

²³⁰ **A.e.**, s. 190.

Olayı, 8. maddenin uygulanabilirliği açısından değerlendiren Mahkeme, özel yaşam kavramının, kişinin ismi ya da resmi gibi kişisel kimliğe ilişkin boyutları kapsadığını belirtmiştir. Diğer taraftan Mahkeme'ye göre, özel yaşam aynı zamanda bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de içermektedir; 8. madde ile sağlanan güvence öncelikle her bireyin başkalarıyla olan ilişkilerinde, bir dış müdahale olmaksızın kişiliğini geliştirmeye hizmet etmektedir. Dolayısıyla, kamusal bağlamda dahi, bir kişinin başkalarıyla olduğu ve özel yaşam kapsamına dahil olabilecek bir alan bulunmaktadır. Fotoğrafların kamusal meselelerle ne derece ilişkili olduğunu araştıran Mahkeme, işbu davada başvurusunun Alman dergilerinde yayımlanan ve onu günlük yaşamında yalnızken veya başkalarıyla gösteren fotoğraflarının özel yaşam kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü belirtmiştir.

Özel yaşamın korunması hakkının, Sözleşme tarafından koruma altına alınmış bir diğer hak olan ifade özgürlüğü karşısında dengelenmesinin zorunlu olduğu durumlarda Mahkeme, her zaman basında yer alan fotoğrafların veya haberlerin genel yarar tartışmasına katkısını araştırmaktadır. İşbu vakada, her ne kadar ifade özgürlüğü fotoğrafların yayımına kadar genişlemekteyse de söz konusu durum bir birey hakkında mahrem bilgiler içeren görüntülerin yayılmasıyla ilgilidir. Üstelik söz konusu fotoğraflar, ilgili kişide özel yaşamına saldırı ve hatta zulüm duygusu oluşturan mütemadi bir taciz ortamında çekilmiştir²³¹.

Diğer taraftan Mahkeme, Alman Mahkemelerinin kararlarında temel aldığı ölçütün başvurusunun özel yaşamını etkili olarak korumakta yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır; çağdaş bir toplumun seçkin bir figürü olarak başvuru, halkın gözünden tecrit edilmiş bir mekanda bulunmadıkça ve üstelik bunu kanıtlamakta başarılı olamadıkça özel yaşamın korunması hakkına dayanamayacaktır. Tüm bu faktörleri göz önüne alan Mahkeme, Devlete tanınan takdir marjına rağmen, Alman Mahkemelerinin yarışan yararlar arasında adil bir denge kuramadığı ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

²³¹ A.e., s. 194.

Özel hayata ilişkin kategoriler, sınırlar içine sokulamayacak kadar geniş bir alana yayılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kavramı sadece bir kişinin “iç dairesi” şeklinde tanımlamak suretiyle sınırlar çizmenin çok kısıtlayıcı olduğunu düşünmektedir²³². Bir kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğü ve bunların korunması hakkı, özel hayatın önemli konularından birini oluşturmaktadır. Örneğin; bireylerin, kan ve idrar testlerine, mecburi jinekolojik inceleme gibi fiziksel müdahalelere Devlet tarafından maruz bırakılmama hakları vardır. Bir hastanın zorla hastanede incelemeye tabi tutulması veya kendi isteklerinin aksine bir muameleye tabi tutulması kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale kapsamında olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 8. maddesi ayrıca kişilerin ruh sağlığını ters yönde etkileyebilecek hareketlerden Devletin uzak durmasını gerektirmektedir. Bensaid v. Birleşik Krallık davasında²³³, şizofren başvuru, kendisinin Cezayir’e sınır dışı edilmesinin gerekli olan tıbbi müdahalelerden mahrum kalması sonucu hastalığının ilerlemesine neden olduğu gerekçesiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise verdiği kararda, ruh sağlığının, özel hayatın bir parçası olan manevi bütünlük kavramının içinde değerlendirilmesi yönünde görüş bildirmiş ve akli dengenin korunmasının, kişilerin dış dünyayla ilişki kurmak ve geliştirmek açısından önemine değinmiştir.

Kişinin kimliğini belirleme ve anlama hakkı, özel hayatın asli bir parçasıdır. Devlet, kişilerin kökenlerini ve kimliklerini ifade edebilmeleri için gerekli yardımı sağlayabilmelidir. Gaskin v. Birleşik Krallık davasında²³⁴ çocukluğunun büyük bir bölümünü koruyucu ailenin himayesinde geçirmiş olan Bay Gaskin, reşit olduğunda, kendisine küçükken kötü müdahalede bulunduğu iddiasıyla bakım evindeki gizli kayıtlara ulaşmaya çalışmıştır. Yerel idare ise, bilgilerin gizliliğinin korunması kaydı

²³² Katherine Olley, “AHİS 8. madde”, (Çevrimiçi)

[http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate(8).tur.doc), 29.01.2008, s. 3.

²³³ “Case Of Bensaid v. The United Kingdom” Application no. 44599/98 06.02.2001, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=1787&sessionId=5154705&skin=hudoc-en&attachment=true>, 03.02.2008.

²³⁴ “Case Of Gaskin v. The United Kingdom” Application no. 10454/83 07.06.1989, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=76&sessionId=5155131&skin=hudoc-en&attachment=true>, 03.02.2008.

için ve kayıt verenlerin bu yönde bir rızalarının bulunmadığı gerekçesiyle belgelere ulaşım talebini reddetmiştir. Mahkeme ise, bilgilere ulaşım talebinin, genel bir haktan ziyade özel hayat ve aile hayatına ilişkin olduğu hükmüne varmıştır. Kişisel hüviyet, isim değişiklikleri hususunda izlenen yollar, nüfus kayıtlarının doğru tutulmasının veya kişisel kimlik unsurlarının güvenliğinin sağlanması bakımından “kamu yararı” kavramı ile gerekçelendirilebilmektir. Ancak, Bay Gaskin davasında görüldüğü üzere, adil denge unsuru somut olayda mutlaka değerlendirilmelidir. Nitekim, Bay Gaskin’e ait davada Mahkeme, kayıtları veren kişinin bu kayıtlara erişim için rıza göstermemiş olması ve yerel makamların red kararının orantısız bulunması sebebiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Diğer taraftan kişisel kimlik kavramı özgür irade kavramı ile yakından ilişkilidir. Bu kavramın özellikle Diane Pretty v. Birleşik Krallık davasında bahsi geçmiştir²³⁵; davada, kadın başvuru yavaş ve acılı bir ölümle kendini karşı karşıya bırakacak Motor-Nöron hastalığı (MDN) nedeni ile ölüm anını seçme hakkını (yardımla intihar) kullanmak istemektedir. Başvuru sahibi, özgür irade hakkının, bireyin vücudu ile ilgili olduğunu ve ona ne olduğu hakkında karar verme hakkını da içerdiğini iddia etmektedir. Bu hususun ne zaman ve ne şekilde ölmeyi seçme hakkını da kapsadığını ifade etmiştir. Mahkeme ise kararında, devletin yardımlı intiharı yasaklamasını ölçsüz ve orantısız bulmayarak söz konusu müdahalenin başkalarının haklarını koruma bakımından “demokratik bir toplumda gerekli” niteliği ile haklı görülebileceği ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 8. maddesinin herhangi bir şekilde ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

8. madde tarafından korunan özgür iadenin esas noktalarından bir diğeri ise, cinsel ilişkiler, cinsel tercihler ve cinsel kimliktir. Tüm bu hususlar, kişinin özel yaşamının temel unsurlarını oluşturmaktadır. Özellikle transseksüellere ilişkin olarak, üye devletler arasında tam bir uzlaşma olmamasından kaynaklanan nedenlerle benzer olguların bulunduğu davalarda farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin; başvuru kişinin nüfus kayıtlarının ve doğum belgesinin değiştirilmesi talebinin reddedildiği

²³⁵ “Pretty v. Birleşik Krallık Davası”, **a.g.e.**, çev. H. Orçun Gündüz, s. 487.

durumlara ilişkin olarak Fransa ve Belçika hükümetlerine karşı açılan davalarda, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır; bu durum “başvurucunun kişiliğinin esaslı unsurlarının tanınmasının” reddi olarak değerlendirilmiştir²³⁶.

2.1.1.1.1. MAHREMİYET HAKKI

Kişilik hakkı ve buna sıkıca bağlı değerlerin bileşkesini oluşturan “mahremiyet hakkı-*privacy right*” İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde açıkça tanınmıştır. Mahremiyet hakkının uluslararası hukuktaki açılımı olan “bireyin yalnız bırakılma hakkı / *to be let alone*” hak teorisi içerisinde karşılığını kişilik hakkı, özel hayata saygı, kişisel iletişim ve haberleşmenin dokunulmazlığı bileşkesinde bulmaktadır²³⁷.

Bireyler özgürlük, oluşum ve gelişimlerini gerçekleştirebilecek bir alana sahip olmalıdırlar. Kişiye ait bu özel alan, diğer kişilerle ilişki içinde olarak veya olmayarak fakat mutlaka devletin müdahalelerinden uzak olmalıdır²³⁸. Hiç kuşkusuz kişiye ait bu alan, diğer kişilerin de talep edilmemiş müdahalelerinden bağımsız olmalıdır. Sosyal bir olgu olarak değerlendirebileceğimiz mahremiyet hakkı, her ne kadar kişinin yalnız kalmayı tercih ettiği özel alanında ona oldukça geniş bir özgürlük imkanı tanımaktaysa da diğer kişiler ile ilişkilerin vuku bulduğu durumlarda dar yorumlanmayı da beraberinde getirmektedir. Zira bu noktada kişinin faaliyetleri sosyal bir boyut kazanmıştır ve mahremiyet hakkına yönelik sınırlamalar kaçınılmazdır. Bu bağlamda mahremiyet hakkı; kişisel özerkliğin dokunulamaz çekirdek yapısından başlayarak kişisel ve sosyal faaliyetlere kadar yayılmakta ve nihayet sınırlama ve meşru müdahalenin mümkün olabileceği durumlara kadar uzanmaktadır²³⁹.

²³⁶ Olley, **a.g.e.**, s. 6.

²³⁷ “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi Hakkında Türkiye Bilişim Vakfı Görüşü”, (Çevrimiçi)
<http://www.tbv.org.tr/TBV/Documents/BTHukuku/KisiselVerilerinKorunmasiKanunTasarisi-TBVGorus.pdf>, 28.01.2008, s. 1.

²³⁸ Olley, **a.g.e.**, s. 1.

²³⁹ Olley, **a.y.**

2.1.1.1.2. KAMUSAL ALANDA MAHREMİYET HAKKI

2.1.1.1.2.1. AVRUPA KONSEYİ PARLAMENTERLER MECLİSİ’NİN ÖZEL YAŞAM HAKKI ÜZERİNE 1165 (1998) SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 sayılı kararında, başta kamusal figürler olmak üzere kişilere ait mahremiyetin ne dereceye kadar korunabildiği incelenmiş, bu hususta Avrupa düzeyinde yeni bir sözleşme yapma gereği tartışmaya sunulmuştur. Meclis, kişisel mahremiyetin, koruma yönünden spesifik mevzuata sahip ülkelerde bile çoğunlukla işgal altında olduğunun altını çizerek mağdurların genellikle kamusal figürler olduğunu belirtmektedir²⁴⁰.

Meclis özellikle Galler Prensesi’nin hayatını kaybettiği kazayı esas almak suretiyle oturumunda mahremiyet hakkı üzerine gerçekleşen güncel tartışmaları incelemiştir. Bu oturumda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesince korunduğu şekliyle mahremiyet hakkının, Meclis’in kitle iletişim basını ve insan hakları hakkında bildirisine yer veren 1970 tarihli kararında “bir kişinin hayatını minimum müdahale ile yaşaması hakkı” olarak zaten tanımlanmış olduğu ifade edilmiştir²⁴¹. Meclis, kimi bireylerin özel yaşamlarının basının bazı sektörleri açısından son derece “karlı/*lucrative*” bir “mal/*emtia/commodity*” haline gelmesinden dolayı mahremiyet hakkının zedelenebileceğini vurgulamaktadır²⁴². Hiç kuşkusuz bu noktada kamusal figürlerin, toplumda işgal ettikleri konum incelendiğinde mahremiyetlerine yönelecek bir takım müdahalelerin varlığını kabul etmeleri gereği de kaçınılmazdır. Zira bu kişiler faaliyetleri dolayısıyla kamusal yaşamda rol oynamaktadırlar.

Meclis, başta politikacılar olmak suretiyle kamusal figürlerin özel yaşamlarıyla ilgili kimi vakıaların, gerçekten de vatandaşların yararına olabileceği düşüncesinden hareketle bunların öğrenilmesinin meşru temellere dayanabileceği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde

²⁴⁰ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı”, **a.g.e.**, Çev. H. Burak Gemalmaz, s. 137.

²⁴¹ **A.e.**

²⁴² **A.e.**

koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkının bu meşru zemini hazırladığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kaldı ki bu noktada arz eden sorun, her ikisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde koruma altına alınmış olan iki temel hakkın nasıl dengeleneceği hususudur. Söz konusu kararda, Meclis her bireyin mahremiyet hakkı ve demokratik bir toplumda yaşamının gereği olan ifade özgürlüğü hakkının eşit değerde olduğunu belirterek bu konuda hiyerarşik bir sıralama yapma gereği olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Meclis, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan mahremiyet hakkı için mevcut olan koruma mekanizmasının yeterli olduğunu düşünerek, bu hakkı güvence altına yeni bir sözleşme önerisinin kabul edilmesine ihtiyaç bulunmadığı görüşünü benimsemiştir.

Meclis, üye ülke hükümetlerini, bu hususa yönelik bir mevzuat mevcut olmadığı hallerde, mahremiyet hakkını güvence altına alan bir takım ilkeleri izlemeye davet etmektedir²⁴³;

- Mağdurun mahremiyetine olası saldırı durumlarında, tazminat hakkının talep edilebilmesi için üye devlet, medeni hukuk bağlamında dava açma imkanını güvence altına almalıdır,
- Gazete yazarları ve editörler, mahremiyete saldırı teşkil edebilecek yayınlardan da sorumlu tutulmalıdır,
- Editörler, yayınladıkları bilginin yanlış olduğu kanıtlandığında, ilgili kişinin talebi üzerine yayın ile “aynı derecede etki yaratabilecek/*equally prominent*” düzeltmeyi yayınlamak yükümlülüğü altında olmalıdırlar,
- Sistematik bir şekilde insanların mahremiyetine saldırı teşkil edebilecek yayın yapan “yayın grupları/*publishing groups*” açısından ekonomik cezalar öngörülmelidir,
- İnsanların özel yaşamlarında beklediği normal huzur ve dinginlikten faydalanmasına engel teşkil edebilecek eylemler veya fiziksel bir zarara yol

²⁴³ A.e., s. 138-139.

açabilecek bir şekilde izleyerek ya da kovalayarak kişileri fotoğraflamak ve görüntülemek yasaklanmalıdır,

- Paparazzinin, izinsiz giriş dışında ulaşamayacağı bilgileri elde etmek amacıyla izinsiz girdiği veya “görsel ve işitsel artırma cihazları” kullandığı durumlarda mağdur tarafından fotoğrafçı ya da eylemle ilgili kişi aleyhinde bir özel hukuk davası açması imkanı sağlanmalıdır,
- Üye Devlet düzenlemeleri, özel yaşamıyla ilgili bilgi ya da görüntünün dağıtılmak/yayılmak üzere olduğunu bilen herkes bakımından, hukuki himaye tedbiri veya bilginin yayınlanmasının ertelenmesi ihtiyari tedbiri için “hızlı başvuru/*summary application*” türünden acil yargısal işlemleri başlatmaya elverişli olmalıdır,
- Basın, kendi yayıncılık ilkelerini oluşturması ve bireylerin mahremiyetlerine saldırı gerçekleştiği şikayetlerini değerlendirebileceği ve düzeltme yayınlanmasını talep edebileceği bir kurum kurması amacıyla teşvik edilmelidir.

Meclis, bu düzenlemeleri henüz gerçekleştirememiş Hükümetleri Avrupa Konseyi’nin Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Bağlamında Bireylerin Korunması Avrupa Sözleşmesi’ni onaylamaya davet etmekte ayrıca üye Devlet hükümetlerini, gazetecileri temsil eden meslek örgütlerini mesleğe girişte belirli kriterler çerçevesinde değerlendirmeye alması ve “iç düzenleme/*self regulation*” oluşturmasını teşvik etmeye çalışmaktadır.

2.1.1.1.2.2. AVRUPA KONSEYİ PARLAMENTERLER MECLİSİ HUKUK İŞLERİ VE İNSAN HAKLARI KOMİTESİ RAPORU-8130 İNCELEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesiyle koruma altına alınan mahremiyet hakkı, sadece kamu otoritelerinin müdahalelerine karşı değil aynı zamanda özel kişiler ve kuruluşlar tarafından gelebilecek saldırılara karşı da bir

korumayı içermektedir²⁴⁴. Ancak bu hakkın, daha önce de belirtildiği üzere, kimi zaman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle koruma altına alınan, ifade özgürlüğü hakkı ile çatışma halinde olabileceği durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle de kamuya mal olmuş kamusal figürler açısından bu sorun kendini göstermektedir. Fakat hem mahremiyet hakkına hem de ifade özgürlüğüne dayalı bir dengenin temini açısından tavsiye edilen, yeni bir sözleşmenin kabulünden ziyade, bu hususla ilgili yol gösterici ilkelerin belirtilmesidir.

Oturumda tartışılan mahremiyet hakkı özellikle kamusal figürler açısından incelenmiş ve karar taslağında üye ülkelere tavsiye niteliğinde olabilecek ilkeler belirlenmiştir²⁴⁵:

1. Meclis, Galler Prensesi'nin hayatına mal olan kazadan birkaç hafta sonra kendisinin 1997 yılı Eylül ayı oturumu sırasında mahremiyet hakkı üzerinde gerçekleştirdiği güncel tartışmaları hatırlatmaktadır.
2. Bu oturumda bazı kişiler, başta kamusal figürlerin hakları olmak üzere mahremiyet hakkının Avrupa çapında bir sözleşme yoluyla kuvvetlendirilmesi çağrısında bulunmuş iken; diğerleri mahremiyetin iç hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından yeterli düzeyde korunuyor olduğu ve ifade özgürlüğünün tehlikeye düşürülmemesi gerektiği görüşündedir.
3. Meseleyi daha detaylı incelemek amacıyla, Hukuki Meseleler ve İnsan Hakları Komitesi 16 Aralık 1997 tarihinde, Paris'te kamusal figürler ve onların temsilcileri ve basın da katıldığı bir toplantı düzenlemiştir.
4. Daha önce Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin özel yaşam üzerine 1165 sayılı kararında da belirtildiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle korunan şekliyle mahremiyet hakkının, Meclis tarafından 1970 tarihli kararda yer alan kitle iletişim basını ve insan hakkındaki bildirisi içinde kişinin hayatını minimum müdahale ile yaşama hakkı olarak tanımlandığı tekrar belirtilmiştir.

²⁴⁴ "Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu-8130", **a.g.e.**, çev. Onur Özcan, s. 141.

²⁴⁵ "Resolution On Privacy Of The Parliamentary Assembly Of The Council Of Europe" (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

5. Gelişen teknoloji göz önüne alındığında kişisel bilgilerin toplanması ve kullanılmasını mümkün kılan yeni iletişim teknolojileri karşısında kişinin kendi bilgilerini kontrol etme hakkı da mahremiyet hakkı tanımında yerini almalıdır.
6. Meclis, kişisel mahremiyetin, bireylerin özel yaşamlarının basının bazı sektörleri açısından son derece “karlı/lucrative” bir “mal/emtia/commodity” haline gelmesinden ötürü, koruma açısından spesifik bir mevzuata sahip ülkelerde dahi çoğunlukla işgal altında olduğunun farkındadır. Bu bağlamda özel yaşamlarının ayrıntıları satış amacıyla kullanıldığı için, temelde kamusal figürler mağdur durumundadır.
7. Kamusal figürler, görevleri ne olursa olsun kamuda aktif bir rol oynayan bütün kişileri ifade etmektedir.
8. Çoğu zaman basın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünün tek taraflı yorumuna dayanarak, okuyucularının kamusal figürler hakkında her türlü şeyi bilmeye hakları olduğunu ileri sürerek kişilerin mahremiyetine girmektedir.
9. Özellikle politikacılar olmak üzere kamusal figürlerin özel yaşamlarıyla ilgili bazı vakıalar, gerçekten de vatandaşların yararına olabilmekte ve dolayısıyla aynı zamanda seçmen de olan okuyucular açısından bu vakılardan haberdar olunması meşru hale gelebilmektedir.
10. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde koruma altına alınan bu iki hak açısından bir denge kurulması gereklidir.
11. Meclis, her bireyin mahremiyet hakkının ve ifade özgürlüğü hakkının önemini tekrar vurgulamaktadır.
12. Bununla birlikte Meclis, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi tarafından betimlenen mahremiyet hakkının bireyleri sadece kamusal otoritelerden gelebilecek müdahalelere karşı korumadığını, bunun yanı sıra basın da dahil olmak üzere özel bireylerden veya özel kuruluşlardan kaynaklanabilecek tüm müdahalelere karşı da korumak durumunda olduğuna dikkati çekmektedir.

13. Meclis, bütün üye Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onayladığı gerçeği ve ulusal mevzuatlarında bu hususa ilişkin düzenlemeler bulunduğu gerçeğinden hareketle, mahremiyet hakkını güvence altına alacak yeni bir sözleşme önerisinin kabul edilmesine ihtiyaç bulunmadığı görüşündedir.

14. Meclis aynı zamanda, üye Devlet hükümetlerini, bu tip bir mevzuat mevcut olmadığı hallerde, mahremiyet hakkını koruma altına alan rehber ilkeleri uygulamaya, böyle bir düzenleme mevcut ise yine bu ilkeler dahilinde ulusal mevzuatı güçlendirmeye teşvik etmektedir:

- Kişinin kamusal rolü ile ilgisi bulunmayan fotoğraf, video, film veya metinlerin yayımını, açık ve anlamı belirsiz olmayan bir iznin gerekliliğine bağlı tutma hali,
- Mahremiyetine saldırı hallerinde bireyler için caydırıcı, özellikle parasal giderime yönelik hükümler oluşturma,
- Editörlerin, tıpkı hakaret vakıalarında olduğu gibi, mahremiyete saldırı teşkil eden yayınlardan da sorumlu tutulması,
- Sistematik hale gelen mahremiyete yönelik saldırıda bulunan “yayın grupları/*publishing groups*” açısından ekonomik cezalar öngörülmesi,
- Bir kişinin haklı olarak korkmasına veya fiziksel yaralanmasına yol açabilecek bir biçimde, o kişinin fotoğrafını almak, o kişiyi filme çekmek veya kaydetmek için yapılan izlemenin veya o kişiyi kovalama eylemlerinin yasaklanması,
- Paparazzinin, izinsiz giriş olmaksızın sahip olamayacağı kayıtları elde etmek amacıyla izinsiz girdiği ya da “ görsel ve işitsel artırma cihazları” kullandığı durumlarda mağdur tarafından doğrudan ilgili kişiye karşı yöneltilecek özel hukuk davasını açma imkanının tanınması.

2.1.1.1.3. MAHREMİYET HAKKI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ DENGELENMESİ SORUNU

Günümüzde mahremiyet hakkına yönelik saldırılar, özellikle mekanik ve elektronik vasıtalar tekniğindeki gelişmeler paralelinde artmaktadır. Diğer yandan “*media interactif*” adı verilen yeni bir kavram bu teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkmıştır²⁴⁶. 1970 tarihli Meclis kararında bahsi geçen kitle iletişim basını ve insan hakları hakkındaki bildiri temel olarak üç konuyu işlemiştir²⁴⁷:

- Basının ve diğer kitle iletişim araçlarının statüsü ve bağımsızlığı,
- Basının ve diğer kitle iletişim araçlarının sorumluluğunun garanti altına alınması için gerekli olan önlemler,
- Mahremiyet hakkına yönelik tüm müdahalelerden bireyin korunması amacıyla alınacak önlemler.

Basın mensupları olan gazeteciler, başta kamusal figürlerin mahremiyeti olmak üzere bireylerin mahremiyet alanına yönelttikleri müdahaleleri haklı göstermek amacıyla genellikle ifade özgürlüğüne, haber talep eden okuyucuların, kamusal figürlerin özel yaşamındaki detaylara duydukları ilgiye başvururlar. Bu noktada özel yaşamın nerede sonlanıp kamusal faaliyetler neticesinde müdahale alanına girdiği sorunu önem arz etmektedir. Mahremiyet hakkının esas olarak bireyin hayatını en az müdahale ile sürdürmekten ibaret olduğu, yukarıdaki açıklamalarda pek çok kere ifade edilmiştir.

Bu hak, “özel hayat, aile ve ev hayatı ile, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, onur ve itibarını, kişiyi olduğundan farklı göstermekten kaçınmayı, gereksiz ve utandırıcı şeylerin açıklanmamasını, özel fotoğrafların izin almadan yayımlanmamasını, casusluğa karşı korumayı ve haklı görülemez ve kabul edilemez yerli yersiz konuşmamayı, özel iletişimin kötüye kullanılmasına karşı korumayı, kişi tarafından

²⁴⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 70.

²⁴⁷ Özcan, **a.g.e.**, s. 144.

gizli olarak iletilmiş ve elde edilmiş bilgilerin ifşa edilmesine karşı korumayı...” içermektedir²⁴⁸.

Özel hayat, içeriği itibarıyla bir haktan daha fazlasını ifade etmek suretiyle adeta bir özgürlüktür ve dolayısıyla ifade özgürlüğü ile aynı seviyede değerlendirilerek korunması sadece bireylere değil, aynı zamanda topluma da düşen bir görevdir²⁴⁹. Özel hayatın gazeteciler için, özellikle mala dönüştüğü durumlarda mahremiyet alanı saldırılarla karşılaşmaktadır. Kamusal figürlerin özel hayatı bir kazanç kaynağına dönüştüğünde, adeta ifade özgürlüğü hakkının alanı genişlemiş olmaktadır. Ama bazı durumlarda, söz konusu kişilerin toplumun göz önünde kalabilmek amacıyla medyaya ihtiyaç duydukları da bir gerçektir. Diğer taraftan okuyucuların da çoğunlukla kamuya mal olmuş kişilerin hayatlarından haberdar olma yönündeki istemleri de göz ardı edilmemelidir.

Kamusal figürlerin özel hayat sınırının tayini bu noktada önem arz etmektedir. Öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan “herkes” teriminin kamuya mal olmuş kişileri de kapsadığı kesindir²⁵⁰. Dolayısıyla kamuya mal olmuş kişiler, özel hayatlarına saygı hususunda diğer kişilerle aynı haklar sahiptir. 1970 tarihli karar kapsamındaki deklarasyonda kamusal hayata mal olmuş bir kişinin özel hayatına saygının özel bir problem teşkil edeceği belirtilerek kamusal hayatın başladığı yerde, özel hayatın biteceği ifade edilmiştir.

Fakat konuya bu türlü bir yaklaşım, problemi çözmek için yeterli değildir. Kişinin gündemde olması onu mahremiyet hakkından yoksun bırakmaya gerekçe olarak gösterilmemelidir. Bununla beraber okuyucuları, çoğu zaman seçmenleri kamusal faaliyet gösteren kişilerin yapmış oldukları özel hayat kapsamına da giren bazı hareket ve davranışlardan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde öngörülen sınırlamalara bağlı kalmak kaydıyla, haberdar etmek meşrudur²⁵¹.

²⁴⁸ A.e., s. 146.

²⁴⁹ “The Relationship Between Articles 8 And 10 Of The European Convention On Human Rights”, (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

²⁵⁰ Özcan, a.y.

²⁵¹ A.e.

Diğer taraftan bilgi edinme hakkı ve onun tamamlayıcısı olan ifade ve haber alma özgürlüğü, demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olarak toplumun ilerlemesi ve kişinin gelişmesi bakımından önem arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hak, kamu otoritelerinin müdahalesi olmadan ve ülke sınırları gözetmeksizin düşünme özgürlüğünü, bilgileri ve düşünceleri alma veya bunları iletme özgürlüğünü de kapsamaktadır. Diğer taraftan bu maddenin varlığı, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı kılmasına engel teşkil etmemektedir. Bu özgürlük, diğer özgürlükler gibi mutlak değildir; dolayısıyla bir takım sınırlamalara tabidir. “Kullanılması görev ve sorumluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumla gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa çıkarılmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için gerekli olan ve kanunla öngörülen bazı formalite, şartlara, sınırlamalara veya cezalara tabi olabilir”.

Bu noktada medyanın farklı kategorileri arasında bir ayrım yapmak yerindedir²⁵²; görevi bilgileri ve düşünceleri yaymak olan “bilgi basını”, amacı özellikle halka sunulmak olmayan fakat aynı zamanda demokrasiye de hizmet eden bazı bilgileri açığa çıkarmak isteyen “araştırmacı basından” ayırmak gerekir. Bilgilendirme amacı gütmeyen hareket eden basın grubu, “gerçeği” söylemek savından hareketle cezalandırılmayı kabul etmezler. Mahremiyeti korumaya yönelik düzenlemeleri basın özgürlüğüne tehdit olarak algılar, kamuya mal olmuş kişilerin mahremiyet hakkının, okuyucuların onlar hakkında bilmek istedikleriyle daralmakta olduğu görüşünü savunurlar²⁵³.

Hem kamusal figürler hem de özel kişiler için, mahremiyet hakkı ile ifade ve bilgilendirme özgürlüğünün aynı öneme sahip olduğu ve bu iki özgürlük arasında

²⁵² A.e., s. 148.

²⁵³ “The Relationship Between Articles 8 And 10 Of The European Convention On Human Rights”, (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

denge sağlanmaya çalışılması sonucu bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle mevcut Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruma ve denetim mekanizmasına ek destek amacıyla bu hususta yeni bir sözleşme düzenlenmesi önerisi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin yukarıda incelenen her iki kararında da gündeme gelmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 8. ve 10. maddeleri hususunda geliştirdiği içtihatlarda; 8. maddenin “*lex specialis*/özel hüküm” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş, dolayısıyla “*lex generalis*/genel hüküm” niteliğindeki 10. maddedeki ifade özgürlüğüne nazaran öncelikli olduğu görüşünü savunmuştur²⁵⁴. Galler Prensesi'nin ölümüne neden olan trajik kazayı takiben ifade ve bilgi edinme özgürlüğü ile mahremiyet hakkını uzlaştırma çabaları yeniden gündeme gelmiş, bilgi teknolojileri ve teknik buluşlardaki gelişmeler bu hususta denge sağlanmasını zorunlu kılmıştır.

Bu hususta, “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması”na ilişkin 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, daha önce Konsey Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen tavsiye kararlarından bağımsız olarak bu konuda atılmış ciddi adımdır²⁵⁵. 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, Konsey üyesi tüm Devletler tarafından imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmeyi takiben Avrupa Birliği, 1995 yılında 95/46/EC sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması” konulu direktifi hazırlamıştır²⁵⁶. Bu düzenleme, özel hayatın kişisel verilerin korunması ve bu verilerin Avrupa Birliği dahilinde serbest dolaşımını sağlayacak açık ve güvenli bir koruma mekanizmasının teminini hedeflemektedir. Diğer taraftan Direktif, özel hayatın kişisel verilere ilişkin yönlerini garanti altına alarak üye devletleri, bu metne uymaya tabi kılmaktadır. Ayrıca Direktif, yukarıda bahsi geçen 108 sayılı Konvansiyon'un prensiplerini belirlemiş ve genişletmiştir. 2002 yılında ise, bu

²⁵⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 356.

²⁵⁵ Ceylin Beyli, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler”, (Çevrimiçi) http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/docs/tbs_kisisel_veri_veyli_beyli_gorus1.pdf, 01.02.2008, s. 3.

²⁵⁶ Özcan, **a.g.e.**, s. 146.

Direktifi takiben, “Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması”na ilişkin 2002/58/EC sayılı Direktif kabul edilerek 1995 tarihli Direktifin, bilişim teknolojilerinin hızlı gelişimi karşısında yetersiz kalmasının önlenmesine çalışılmıştır²⁵⁷.

Diğer taraftan, uluslararası bir sözleşme olan Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi, ifade ve haberleşme hürriyetinin bir kolu olan televizyon yayınları, ilke ve esasları hususunda Avrupa ülkeleri arasındaki birlik ve beraberliği temin etmek amacıyla kaleme alınmış ve 05.05.1989 tarihinde Strasbourg’da imzaya sunulmuştur²⁵⁸. Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi’nin önsözünde, ifade ve haberleşme özgürlüğünün kamuoyunun bilgilendirilmesi açısından önemine değinilmiş, uluslararası alanda bilgi ve düşünceleri ifade etmek, aramak, almak ve paylaşmak hakkının genişletilmesinden bahsedilmiştir. Sözleşme’nin 4. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi referans alınarak, ifade ve haberleşme özgürlüğünün kısıtlanmaması gerektiği vurgulanmış, fakat yayın konusu televizyon programlarının Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi’nin belirlediği şartlara uygun olması gereğinden da açıkça bahsedilmiştir.

“Yayıncının Sorumlulukları” başlıklı 7. maddede, program hizmetlerinin sunuş ve içerik açısından tüm unsurlarının insan kavramına ve temel insan haklarına saygılı olması, ahlaka aykırı olmaması, pornografik unsurlar içermemesi ve yayıncının verdiği bilgilerde gerçekleri doğru sunması gerektiğine değinilmiş ve bu gereklerin yayıncılar açısından bir zorunluluk teşkil ettiği belirtilmiştir. Adı geçen maddede açık ifadelerle, özel hayata saygı gösterilmesinden bahsedilmemesine rağmen, insan hak ve özgürlüklerine saygılı olma, ahlaka aykırı yayınlarda bulunmama ve kamuoyuna haber olarak gerçekleri doğru olarak yansıtma esasları arasında sayılarak zımni de olsa özel hayata saygı hakkı 7. madde kapsamına alınmıştır²⁵⁹. Elbette ki, günümüzde ifade ve haberleşme özgürlüğü ile mahremiyet hakkı arasında devamlı ihtilaf ve çatışmalar olduğu ve özellikle ifade ve haberleşme özgürlüğünden özel

²⁵⁷ Beyli, **a.g.e.**, s. 3-4.

²⁵⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 78.

²⁵⁹ **A.e.**, s. 80.

hayat alanına doğru saldırılar olduğu düşünülündüğünde, yayıncının sorumlulukları kapsamında 7. maddede özel hayata saygı zorunluluğuna açıkça yer verilmemesi büyük bir eksikliktir.

Yukarıda yapılan açıklamaları takiben varılabilecek sonuç; kamusal alanda rol oynayan kişilerin, kamusal alanda ciddi bir etki yaratabilecek sınırlı olaylar dışında, mahremiyetlerine saygı gösterilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla bireylerin özel yaşamlarına ait eleştiri ve bilgilerin hukuka saygı çerçevesinde yayınlanabilmesi ancak meşru bir kamu yararına hizmet durumlarında mümkün olmalıdır.

Diğer taraftan “meşru kamu yararı” kavramı hiçbir şekilde, sadece toplumun merakının ya da medyanın ticari yararlarına hizmet anlamında algılanmamalıdır²⁶⁰. Meşru kamu yararı bulunmaksızın mahremiyetin ihlal edilebilmesi ancak ilgili şahsın yayınlamayı onaylaması ve yayına izin vermesi hallerinde mazur görülebilir.²⁶¹ Böyle bir yetkilendirme, şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli, kesin ve açık olmalıdır.

2.1.1.2. AİLE HAYATI

2.1.1.2.1. AİLE HAYATI KAVRAMI VE KAPSAMI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kaleme alındığından bugüne değin “aile hayatı” kavramında hızlı bir evrim yaşanmıştır. Bu kavram, sosyal ve yasal değişiklikleri göz önünde bulunduracak şekilde gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle tıpkı özel hayatta olduğu gibi, Mahkeme “aile hayatı” konusunda da modern düzenlerin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve gelişmeleri göz önünde bulundurarak esnek bir yorum perspektifi benimsemiştir²⁶².

Bireyin “aile hayatına saygı” hakkını konu alan hükmün koruduğu “aile” kavramı Sözleşme’deki diğer kavramlar gibi otonom bir kavramdır. “Aile yaşamının” mevcut

²⁶⁰ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Sosyal, Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu-Belge 8146”, **a.g.e.**, çev. Mualla Buket Soygüt, s. 155.

²⁶¹ “What We Mean By Privacy And What We Mean By The Public Interest”, (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

²⁶² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 26.

olup olmadığı sorunu esas itibarıyla yakın şahsi bağların fiilen mevcut olup olmadığı ile ilişkilidir²⁶³. Bu kavram kapsamındaki kilit ilişki, karı-koca ilişkisidir. Fakat Strasbourg organları içtihatlarında, nikahlı kadın-erkek birlikteliği olan hukuki (*de jure*) ailenin yanı sıra, nikahsız olarak beraberce yaşayan kadın ve erkeğin vücuda getirdiği (*de facto*) birliği de “aile yaşamı” kavramı içerisinde değerlendirmiştir²⁶⁴.

Birlikte yaşandığına dair bazı kanıtlar ile desteklenmiş resmi bir birlikteliğin varlığı, “aile hayatı”nın varlığının ortaya çıkması için yeterlidir; örneğin çiftlerin bir arada yaşayıp yaşamadıkları, ilişkilerinin süresi, çocuk sahibi olarak veya başka vasıtalarla birbirlerine adanmışlıklarını gösterip göstermedikleri gibi faktörler bu hususta dikkate alınır²⁶⁵. Nişanlılık da, niyetin samimiyeti veya ilişkilerin kurulması için yeterli kanıt ile güçlendirilmiş ise aile hayatının ortaya çıkmasını sağlayabilmektedir. Bu bağlamda göçmenlerle ilgili kurallardan kaçınmak için veya sadece bir ülkenin vatandaşı olabilme amacıyla yapılan ve kağıt üzerinde kalan evlilikler Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamı dışında kalabilmektedir.

“Aile hayatı” kavramındaki bir diğer kilit ilişki ise ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkidir; bu ilişki aynı zamanda ebeveyn ile evlilik dışı doğan çocuk arasındaki ilişkiye de kapsamaktadır. Kan bağıının mevcut olması aile hayatının varlığı yönünde güçlü bir karine oluşturur. Bütün ebeveyn-çocuk ilişkilerinin kilit unsurları aslında devam eden bir ilişkinin varlığı, duygusal bağlılıktır. Dolayısıyla “aile hayatı”nın varlığı, ikisi arasında yeterli düzeyde bağ bulunduğu sürece, evli olmayan baba ve onun biyolojik çocuğu arasında da söz konusudur²⁶⁶.

Boughanemi-Fransa davasında, Mahkeme 8. maddenin dayandığı “aile hayatı” kavramının, bir arada yaşanmadığı durumlarda dahi -çocuk meşru olsun olmasın- bir anne veya baba ve çocuğu arasındaki bağı kapsayacağını belirtmiştir²⁶⁷. Söz konusu bağı ancak çok istisnai durumlarda bozulabileceğine hükmedilmiştir; dolayısıyla bir

²⁶³ “Al-Nashif v. Bulgaristan” Başvuru No. 50963/99 20.06.2002, **a.g.e.**, s. 3.

²⁶⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 336.

²⁶⁵ **A.e.**

²⁶⁶ Olley, **a.g.e.**, s. 8.

²⁶⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 28.

ebeveynin çocuğunu kabul etmekte gecikmesi veya çocuğa maddi destekte bulunmaması ya da Sözleşme’ye taraf bir devlete göç ederken bakılmak üzere çocuğu akrabalarına bırakması bu bağlamda istisnai şart olarak değerlendirilmemiştir. Davacının evlilik dışı doğmuş olan ve çok az vakit geçirebilme imkanı bulduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin, 8. madde kapsamında aile hayatının temelini oluşturduğuna karar verilmiştir.

Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında aile hayatı hakkına yönelik koruma, genellikle birlikte yaşayan ebeveynler ve/veya üvey ebeveynler gibi yetişkinler ve onların küçük çocuklarını kapsamaktadır²⁶⁸. Aile topluluğunu oluşturan kişiler kapsamı büyük ebeveynler ve torunlara kadar uzanmakta ve eğer yeterli ölçüde yakın bağlar mevcut ise teyze, hala, dayı, amca gibi diğer akrabaları da içine almaktadır. Bu noktada aile kurumunun varlığına karine olan, bireylerin uzun süreden beri birlikte yaşamalarının yanı sıra birlikte yaşamasalar dahi aralarında oluşturdukları kan bağı, manevi ve duygusal, ekonomik ve benzeri bağlardır²⁶⁹. Örneğin, Mahkeme, Boyle-Birleşik Krallık davasında²⁷⁰ bir amca ile yeğeni arasında -yeğen hafta sonlarını amcasının evde geçirdiği ve buna mukabil ulusal makamlar amcayı çocuk için “iyi bir baba modeli” olarak değerlendirdiği için- aile hayatının var olduğuna hükmetmiştir.

Diğer taraftan evlat edinme ya da koruyucu aile yanına yerleştirilme hallerinde de aile bağı kurulmuş olmaktadır. Bir çocuk ve koruyucu ailesi olan ebeveynleri arasındaki bağların aile hayatı oluşturup oluşturmadığı, özellikle çocuğun, biyolojik ebeveynleri ile yakın kişisel ilişki içinde olup olmadığına ve çocuğun bakımını üstlenen koruyucu ailenin yanında ne kadar süre bulunduğuna yani somut olayın şartlarına göre belirlenir²⁷¹. Sonuç olarak, aile hayatının varlığından bahsedilmek için, söz konusu kurumda yer alan bireylerin ilişkilerinin “yeter düzeyde gerçek ve

²⁶⁸ Olley, **a.y.**

²⁶⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 337.

²⁷⁰ “Case Of Boyle v. The United Kingdom” Application no. 16580/90 28.02.1994, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=5307149&skin=hudoc-en&action=request>, 09.02.2008.

²⁷¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 32.

yakın olması” gerekmektedir²⁷². Söz konusu ilişkilerin aile birliğinin bozulmasını takiben de devam etmesi durumunda, Sözleşme’nin 8. maddesinin koruma mekanizması işlemeye devam edecektir²⁷³.

Çocuğun anne-baba ile birlikte yaşaması, aile hayatının asıl unsurlarından olmakla beraber, her hangi bir nedenle, küçüğün anne-babadan alınıp bir koruyucu aile yanına veya yuvaya yerleştirilmesi ya da mevcut birlikteliğin başka bir surette son bulması (yabancı ülkede oturma iznine sahip anne-babanın yanına küçüğün gelmesine izin verilmemesi) mutlaka ve her zaman aile hayatının sona erdiği anlamına gelmemektedir²⁷⁴. Dolayısıyla çocuk ile anne-babanın veya bunlardan birisi arasındaki aile ilişkilerinin yeni duruma uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Her hangi bir yasaklama (ziyaret, görüşme, haberleşme yasağı gibi) veya buna uygun imkanları yaratmama hali Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında aile hayatına müdahale olarak değerlendirilecektir²⁷⁵.

2.1.1.2.2. AİLE HAYATI VELAYET İLİŞKİSİ

Birlikte yaşamak, ebeveynlerin medeni durumları ne olursa olsun, aile yaşamından bahsedilmek için olmazsa olmaz bir koşul niteliğinde değildir. Dolayısıyla boşanma veya bir arada yaşayamama durumlarında aile bireylerinin ilişkileri yine 8. madde kapsamında değerlendirilebilir²⁷⁶. Aile hayatı boşanmayla sona ermeyeceği için 8. madde kapsamında aile hayatı, ayrı eşler ve çocuklar için devam edecektir. Ayrılma sonrasında velayet hakkı ve çocuğun sorumluluğunu üstlenme hakkı ebeveynlerden birine verildiğinde, diğer ebeveyn bu kararın aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Bu durumda Mahkeme, bu hususta 8. maddeye uygunluğu değerlendirirken Devletin geniş takdir yetkisine öncelik vermektedir. Uygulanan prosedür keyfi olmadığı ve tarafların hak ve çıkarları değişik açılardan incelenerek bir sınırlamaya tabi tutulduğu zamanlarda Mahkeme,

²⁷² A.e.

²⁷³ “Case Of Berrehab v. The Netherlands” Application no. 10730/84 21.06.1988, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24&sessionId=5196306&skin=hudoc-en&attachment=true>, 05.01.2008, s.9.

²⁷⁴ Gözübüyük, Gölçüklü, a.y.

²⁷⁵ A.e.

²⁷⁶ A.e., s. 27.

velayetin ebeveynlerden birine verilmesi kararının 8. maddeyi ihlal ettiği görüşünde olmayacaktır.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yerel otoritelerin, çocukların velayetinin ya da bakım hakkının, sırf dini tercihlerden dolayı ebeveynlerden birine verilmesi ya da verilmemesi yönünde karar alınmasını yasaklamıştır. Bu karar özellikle Hoffmann-Avusturya²⁷⁷ davasında verilmiştir; Katolik olan davacı, aynı dinden olan bir adamla evlenmiş ve çift kendi dini inançlarına göre çocuklarını yetiştirmişlerdir. Fakat daha sonra davacı dinini değiştirerek kocasından boşanmış ve çocuklarını da yanına almıştır. Avusturya Mahkemeleri çocukların velayetini anneye vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, annenin seçtiği dinin ritüellerinin toplumsal açıdan çocuklar üzerinde olumsuz etki yaratmasından dolayı kararı bozmuştur. Kararı inceleyen AİHM, Avusturya Temyiz Mahkeme'sinin dine dayalı ritüelleri (resmi tatil günlerini tanımama, kan naklinin reddi, toplumda azınlık olma) gerekçe göstererek velayet kararını ebeveynlerden biri lehine bozmasını “dini farklardan dolayı bir ayrım” olarak değerlendirmiş ve bunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme bir diğer davada²⁷⁸ ise velayet ve ebeveynin çocuk ile temasına ilişkin hususlarda 8. maddenin, Devlete mahkeme emirlerinin yerine getirilmesi açısından zorlayıcı bir fonksiyon yükleyeceğini ifade etmiştir; Mahkeme, Devletin bu husustaki yetkilerinin mutlak olmadığı, başta çocuğun hak ve çıkarları gözetilmek suretiyle işbirliğini kolaylaştırmak amacıyla, ulusal yetkililerin zorlama yükümlülüğünü sınırlı olarak kullanmaları gerektiğini belirtmiştir. Genel olarak Devlet, bir ebeveynin velayet ve çocukla temas haklarının yerine getirilmesi konusunda üzerine düşen görevleri yerine getirmeli, mevcut şartlarda gereken makul önlemleri almalıdır. Velayet hakkı ile çocuğu yanında bulundurma hakkının beraber

²⁷⁷ “Case Of Hoffmann v. Austria” Application no. 12875/87 23.06.1993, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=406&sessionId=5332300&skin=hudoc-en&attachment=true>, 11.02.2008.

²⁷⁸ “Case Of Hokkanen v. Finland” Application no. 19823/92 23.09.1994, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=492&sessionId=5332556&skin=hudoc-en&attachment=true>, 11.02.2008.

söz konusu olduğu durumlarda Mahkeme'nin hangisinin varlığına önem vereceği hususu tartışma konusu olmuştur.

Yukarıda bahsi geçen Hokkanen-Finlandiya²⁷⁹ davasında, Mahkeme başvurucunun kızıyla temas kurma hakkını uygulamaya geçirmek için ulusal yetkililerin yeterli ve uygun önlemler almadığı yönünde karar vermiştir. Buna mukabil davacının, velayet hakkının uygulamaya geçirilmesi ve daha sonra velayetin çocuğun büyükanne ve büyükbabasına verilmesi hususunda aynı sonuca ulaşmamış her iki durumun da 8. maddeye uygun olduğu görüşünü benimsemiştir.

Bu davada Mahkeme'nin özellikle üzerinde durduğu husus, söz konusu çocuğun yasal velayetinin kendisine bakan kişilere verildiğinde, yaklaşık altı yıldır büyükannesi ve büyükbabasının vesayeti altında olduğu ve bu süre içerisinde babasıyla çok az teması bulunduğudur. Mahkeme, babanın 8. madde bağlamındaki hakkını ihlal eden bu kararın, çocuğun çıkarı göz önüne alındığında isabetli olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü üzere, Devletin velayet konularından çok temasla ilgili kararları yerine getirme konusunda daha büyük bir yükümlülüğe sahip olduğu açıktır; Mahkeme'nin çocuğun ebeveynlerine dönüşünü temin edecek önlemler alınmadan velayet kararının uygulamaya geçirilmesinin çocuğun çıkarlarına zarar verebileceğı yönündeki kararı da bu görüşü destekler yöndedir²⁸⁰.

8. madde kapsamında aile hayatına saygı göstermek, ailelerin çocuklarıyla tekrar görüşebilmeleri konusunda da pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini içermektedir. Özellikle Mahkeme, bu konuya ilişkin kararlarında çocuğun devletin bakımında kalması ile ebeveynin tekrar çocuğı ile bir araya gelmesi arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir.

²⁷⁹ A.e.

²⁸⁰ Kilkelly, a.g.e., s. 91.

Johansen- Norveç²⁸¹ davasında, başvurucunun kızı, daha sonra evlat edinilmek üzere koruyucu aile yanına yerleştirilmiştir. Başvurucu ise bu karara 8. madde kapsamında itiraz etmiştir. Mahkeme'ye göre, ebeveynin velayetini ve çocuk ile temasını tamamen önlemeye yönelik düzenlenmeler sadece çocuğun çıkarlarının gerektirdiği durumlarda ve istisnai olarak alınmalıdır. Dava sürecinde Mahkeme, annenin başkasının bakımında olan kızıyla ilişkilerinin iyi gitmesi ve annenin hayatında iyileştirme belirtileri olmasına önem vermiştir. Ulusal yetkililerin, annenin koruyucu ailenin yanında bulunan kızına erişiminin, çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyebileceği görüşü Mahkeme tarafından isabetsiz bulunmuş, annenin ebeveynlik hakkının elinden alınması 8. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Mahkeme, ebeveynler ve çocukları arasındaki aile hayatı ilişkisine dayanarak, alınan ve uygulanan bakım kararının geçici olması gerektiği ve nihai amacın daima ailenin yeniden bir araya getirilmesi olduğu görüşündedir²⁸². Dolayısıyla bir bakım kararını hiçbir zaman değiştirilemezmiş gibi kesin ve kati uygulamak sadece istisnai durumlarda haklı görülebilir. Olsson davasında, üç kardeş, birbirlerinden ve ebeveynlerinden temasın zorlaşacağı şekilde ayrılarak koruyucu ailelerin yanına yerleştirilmiştir; Mahkeme bu durumu aile hayatına saygı açısından değerlendirirken, ulusal yetkililerin bakım konusunda bu kararı alırken iyi niyetle hareket etmelerine rağmen, uygun koruyucu aile yanına yerleştirme veya yerleştirememe gibi idari zorlukların çocuğun nereye yerleştirileceği hususunda belirleyici rol oynamasının kabul edilemez olduğunu belirtmiştir²⁸³. Bu durumda, ebeveynin uyumsuz davranışlarına rağmen Mahkeme, idare tarafından alınan önlemlerin, ulaşılmaya çalışılan amaca orantılı nedenlerle desteklenmediği için 8. maddeyi ihlal ettiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak, çocukların bakımının başkasına verildiği durumlara ilişkin kararlarında Mahkeme, ebeveynler ve çocuklar arasındaki temasın önemine değinmiş ve bunun devam ettirilmesinin faydalarına dikkat çekmiştir.

²⁸¹ “Case Of Johansen v. Norway” Application no. 17383/90 07.08.1996, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=5360539&skin=hudoc-en&action=request>, 12.02.2008.

²⁸² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 94.

²⁸³ **A.e.**

2.1.1.2.3. AİLE HAYATININ KORUNMASI KAPSAMINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Görüldüğü üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devletin, çocukları gözetim altına aldığı veya bakımını üstlenmeyi kabul ederek hareket ettiği durumlarda aile hayatına saygı hakkının devamını sağlamak amacıyla özellikle ihtiyatlı davranmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Devlet doğumundan itibaren çocukla ailesi arasındaki bağları geliştirmek ve çocuğun ailesine entegrasyonu için gereken yasal düzenlemeleri yapmak dolayısıyla üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir²⁸⁴.

Sözleşme'nin 8. maddesi Devleti yalnızca müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmamakta; bu negatif yükümlülüğüne ek olarak, aynı zamanda aile hayatına saygının temini için özel hayat ve aile hayatını korumak üzere bir takım pozitif yükümlülükler de öngörmektedir²⁸⁵. Söz konusu yükümlülükler değişik hususlara ilişkin olabilmektedir. Örneğin; Devletin, çocuğu evlatlık edinilmek üzere bir resmi kuruma yerleştirmeden önce çocuğun ailesine danışması, şiddet uygulayan bir ebeveyn karşısında aileyi korumak amacıyla etkili kanun yolları temin etmesi, tutuklulara aileleriyle görüşme imkanını tanıması bu yükümlülüklerdendir. Diğer taraftan aile hayatı ve özel hayatın korunması gereğinden yola çıkarak, Devletten her aileye bir yuva sahibi olma imkanının sağlanacağı bir hukuki koruma sistemi kurması diğer bir deyişle finansal mükellefiyetleri yüklenmesi de beklenemez²⁸⁶.

Küçüğün anne-babadan alınıp koruyucu aile veya resmi bir kuruma yerleştirilirken izlenecek prosedür; örneğin anne-babanın bu hususta karar alacak kurula sunulan dosya içeriğini inceleme imkanından yoksun bırakılması, bazı durumlarda aile hayatının ihlali sonucunu doğurabilecektir²⁸⁷. Ebeveynlerin karar sürecinde mutlaka

²⁸⁴ Bilal Çalışkan "Aile Hayatına Saygı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.7.2000 Günlü Mehmet Cılız V. Hollanda Kararı (Başvuru No: 29182/95)", (Çevrimiçi) http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/10_sayi.htm, 06.02.2008.

²⁸⁵ Olley, **a.g.e.**, s. 9.

²⁸⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.y**

²⁸⁷ "Case Of McMichael v. The United Kingdom" Application no. 16424/90 24.02.1995, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=504&sessionId=5224332&skin=hudoc-en&attachment=true>, 06.02.2008.

yer almaları sağlanmalı ve görüşlerini bildirme hakları bu süreç içerisinde mutlaka gözetilmelidir. Çocukları evlatlık verilecek ebeveynler, bu durumun Sözleşme'nin 8. maddesindeki "aile hayatına saygı" haklarının ihlali olduğunu ileri sürebilirler. Evlatlığa verilme kararının 8. maddenin ihlali olduğu bariz ise de bu müdahalenin söz konusu çocuğun hakları ve çıkarları açısından gerekli olup olmadığı her somut olayda münferit olarak incelenmelidir.

Yukarıda bahsi geçen Johansen-Norveç davasında, başvurucunun kızının evlat edinebileceği yönündeki kararın, yeterli nedenlere dayanmadığı için 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir. Diğer taraftan aynı konunun işlendiği Söderback-İsveç davasında tamamen aksi yönde bir karar çıkmıştır²⁸⁸; bu davada da başvuru, çocuğun evlat edinilebileceği yönünde çıkan karara itiraz etmiştir fakat bir anne ile başkasının bakımına verilen çocuk arasındaki bağların kopmasına ilişkin Johansen davasının aksine burada doğduğundan beri annesinin bakım ve gözetiminde olan bir çocuk ile biyolojik babası arasındaki bağların kopması söz konusudur. Mahkeme bu kararında bir takım faktörleri ön plana çıkarmıştır²⁸⁹;

- Birincisi, bu davada çocuğun velayetini elinde bulunduran ya da çocuğun bakım ve gözetimini üstelenmiş bir ebeveyn yoktur.
- İkincisi, kararın verildiği dönemde çocuk ve baba arasındaki ilişkiler sınırlı bir seyir izlemektedir.
- Nihayet, çocuğu evlat edinen kişi, neredeyse çocuğun doğumundan beri bakım ve gözetim görevini anne ile paylaşmış ve çocuk tarafından baba olarak kabul görmüştür. Böylece evlat edinme işlemiyle zaten var olan sıkı ilişkiler daha da sağlamlaştırılacak ve resmi hale getirilecektir.

Dolayısıyla Mahkeme bu gerekçelerden yola çıkarak, çocuğun çıkarlarını ön plana çıkarmak suretiyle 8. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Bir ebeveyn ve çocuğu arasındaki aile hayatının varlığı durumunda, çocuğun ebeveynin rızası veya bilgisi olmaksızın evlatlık verilmesi kuşkuya yer bırakmayacak şekilde 8. maddeyi ihlal etmektedir.

²⁸⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 98.

²⁸⁹ **A.e.**

Keegan-İrlanda²⁹⁰ davasında, Mahkeme, İrlanda'daki evlatlık sistemine ilişkin bazı hususların açıkça 8. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir; özellikle evlatlık edinme sürecinde biyolojik babaya hiçbir söz hakkı tanınmaması, çocuğun onu evlat edinecek kişilerin yanına derhal yerleştirilmesi ve çocuğun evlat edinildiği ailede düzenin kurulmuş olması Mahkeme'nin bu hususta saptadığı aykırılıklara örnektir. Sonuç olarak çocuğun evlat edinilmesinin faydaları ne olursa olsun, ulusal makamların işlettiği mekanizma sonucu başvuru, çocuğuyla arasındaki bağların gelişimine izin verilmeyerek velayet konusunda dezavantajlı duruma sokulmuştur.

Sözleşme'nin 8. maddesi pratikte var olan aile hayatını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş ise de, gelecek için tasarlanan bir aile hayatı da tamamen bu madde kapsamı dışında değildir. Marckx-Belçika davasında, Mahkeme, 8. maddenin Devlete pozitif görevler yüklediği gerçeğinden yola çıkarak, bekar anne ve çocuğunun normal bir aile hayatını idame ettirmelerini sağlayacak hukuki güvenceyi yaratmak zorunda olduğunu ve evli olmayan anne ile tanıdığı çocuğu arasındaki ilişkinin, çocuğun, annesinin ailesinin bir üyesi durumuna gelmeyerek yalnızca anne ve çocuk arasında kalması durumunda ailenin gelişiminin engellenmiş olacağını belirtmiştir²⁹¹.

Diğer taraftan maddenin 1. fıkrasındaki aile hayatına saygı hükmü Devlete, mevzuatında boşanma kurumu mevcut değil ise nikahlı eşlerin boşanmalarını mümkün kılma mükellefiyeti yüklemek²⁹². Mevzuatında boşanma kurumu mevcut olmayan İrlanda'ya karşı yürütülen "Johnston et Autres" davasında, nikahlı karısından ayrı ve uzun bir süredir başkasıyla nikahsız yaşayan bir çift ve bunların ortak çocuklarından vücuda gelen bir aile söz konusudur. M. Johnston'ın nikahlı eşinden boşanabilmesi mümkün olmadığı için birlikte yaşadığı kişiyle evlenebilmesi söz konusu olmamakta ve dolayısıyla çocukları da sahipsiz çocuk statüsünden

²⁹⁰ "Case Of Keegan v. Ireland" Application no. 16969/90 26.05.1994, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=462&sessionId=5450253&skin=hudoc-en&attachment=true>, 13.02.2008.

²⁹¹ "Case Of Marckx v. Belgium" Application no. 6833/74 13.06.1979, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=116&sessionId=5251982&skin=hudoc-en&attachment=true>, 07.02.2008.

²⁹² Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 338.

yararlanamamaktadır. Fiili beraberlik halindeki Johnston “ailesi” başvurularında, Devletin boşanmaya izin vermemekle kendilerine hukuken aile kurma imkanı tanımadığını ve dolayısıyla bu durumun aile hayatına saygı hükmünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme bu davada, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliği ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aile hayatından ayırt edilememesinden dolayı ikna olmuştur.

Mahkeme, son yıllardaki homoseksüel birlikteliğe ilişkin düzenlemelerden önce, bu tür birlikteliğin 8. maddedeki “aile hayatı” kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğine, birlikte yaşansa dahi evlenme olanağının yokluğu durumunda “aile hayatı”nın söz konusu olamayacağına hükmetmişti²⁹³. Son yıllarda, eşcinseller arasındaki hukuki birliktelik statüsünün tanınmasını takiben verilen kararlarda homoseksüel partnerin, kişinin ailesinin bir parçası olabileceğine değinilmiştir. Mahkeme, aile hayatının olup olmadığını belirlerken durumun biyolojik gerçeğinden yola çıkmak yerine daha çok toplumsal gerçeğini baz almasına rağmen, sadece bir defa aralarında kan bağı olmayanlar arasında “aile hayatı” ilişkileri kurulabileceğine hükmetmiştir; örneğin X,Y&Z-Birleşik Krallık’a ilişkin davasında bir kadın, onun transseksüel partneri ve kadının kimliği belirsiz bir donör tarafından yapay döllenme suretiyle hamile kaldığı çocuk arasında aile hayatının var olduğu hükmüne varmıştır²⁹⁴. Mahkeme, söz konusu sonuca ulaşırken öncelikle kişiler arasındaki ilişkinin geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılmaz olduğu gerçeğini vurgulamıştır. Ayrıca, ilişkideki transseksüel bireyin, yapay döllenme sürecine çocuğun babası olarak katkıda bulunduğu olgusu da önemli bulunmuştur.

Buna karşılık Mahkeme, bir diğer X,Y&Z-Birleşik Krallık davasında, kadınsal erkek olan bir transseksüel, partneri ve donör aracılığıyla suni döllenme yöntemiyle doğan kızlarının oluşturduğu aile hayatına saygı gösterilmesi ve transseksüel tarafın, baba sıfatıyla çocuğun doğum kağıdında yer alması gerektiği görüşüne katılmamıştır; bu kararın dayanağı özellikle transseksüellere ebeveyn olabilme imkanının tanınması

²⁹³ A.e., s. 339.

²⁹⁴ Olley, a.y.

ve yapay dölleme yoluyla meydana gelen çocuk ile sosyal baba rolünü üstlenen kişi arasındaki ilişkiler hususunda Avrupa düzeyinde ortak bir standardın oluşturulamaması olmuştur²⁹⁵.

Bu konuda görüş birliğine varılamamış olması, söz konusu bireyin hakları ile toplumun çıkarlarını dengeleme sırasında Devlete geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır²⁹⁶. Çocuğun çıkarına öncelik tanıyan tutarlı bir aile hayatının oluşturulmasına önem verilmesiyle özellikle toplumun çıkarları korunmuş olmaktadır. Mahkeme mevcut şartlar dahilinde çocuğun ve sosyal babanın yaşadığı yasal ve toplumsal sıkıntıların aşırı zorluk yaratma ihtimalinin az olduğu görüşünden yola çıkarak, davacının çocuğun babası olarak kayıtlara geçmesinin söz konusu çocuğa ya da suni dölleme yoluyla doğan çocuklara bir faydası olacağı görüşünü kabul etmemiştir. Dolayısıyla 8. maddenin, biyolojik olmayan babaya, çocuğun babası olarak tanınması zorunluluğunu yüklediği sonucuna ulaşmıştır.

Diğer taraftan Mahkeme, aynı cinsiyetten olan kişilerin aralarındaki ilişkinin “aile hayatı” oluşturup oluşturmadığı olgusunu henüz değerlendirmemiştir. Komisyon, Kerkhoven-Hollanda davasında iki kadın ve birinin yapay dölleme yöntemiyle doğurduğu çocuk arasındaki devam eden ilişkinin “aile hayatı” oluşturduğu yönünde bir sonuca ulaşamamıştır²⁹⁷; bir aile olmak suretiyle beraber yaşamalarına ve çocuk konusundaki üzerlerine düşen ebeveynlik görevlerini üstlenmeleri ve yerine getirmelerine rağmen, ilişkilerinin yasal olarak tanınma talepleri sadece özel hayat bağlamında değerlendirilmiştir. Biyolojik bağın bulunmaması bir ilişkinin aile hayatı boyutuna ulaşmadığı sonucunu doğurmazken, bu amaç için salt kan bağı veya genetik bağ bulunması da yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bir sperm donörü ve bu yöntemle dünyaya gelen çocuk arasındaki ilişki, kan bağına ilave olarak yakın kişisel bağlar olduğuna dair emareler ihtiva etmediği sürece normalde 8. madde kapsamında “aile hayatı” olarak algılanamayacaktır.

²⁹⁵ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 85

²⁹⁶ **A.e.**

²⁹⁷ **A.e.**, s. 30.

2.1.1.2.4. AİLE HAYATI VE GÖÇ SORUNU

Bireyin, çocuklarının veya birlikte aile hayatı sürdüğü diğer kişilerin yaşadığı Sözleşme'ye taraf bir Devlettten sınır dışı edilmesi veya bir ebeveynin ya da aile bireyinin diğer aile üyeleriyle söz konusu Devlette bir araya gelmesine izin verilmemesine ilişkin bir karar 8. madde bağlamında aile hayatına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir²⁹⁸. Bu tür önlemlerin alınabilmesi ancak 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerinin varlığı durumunda meşruluk arz edecektir.

Sözleşme'nin 8. maddesinin yalnızca var olan kurulmuş aileleri koruduğu buna mukabil yeni bir aile kurmak amacıyla ülkeye giriş yapmak isteyenlerin haklarını korumadığını da belirtmek gerekmektedir. Özellikle göç ile bağlantılı davalarda bu husus önem kazanmaktadır. Bu noktada 8. madde genel bir hak oluşturmamakta ve Devlete, evli bir çiftin aile meskenine ilişkin tercihlerini ve ülke vatandaşlığı bulunmayan eşin bu ülkede yerleşiminin kabulünü temin yükümlülüğü getirmemektedir²⁹⁹. Mahkeme, bir devletin eşleri kabul etme konusundaki yükümlülüklerini öngören prensipleri Abdulaziz, Cabales ve Balkandali-Birleşik Krallık³⁰⁰ davasında belirlemiştir;

- Bir Devletin, evlenen çiftlerin hangi ülkede yaşayacakları hususundaki seçimlerine saygı gösterme yönünde bir yükümlülüğü yoktur ve bu konuda geniş bir takdir hakkına sahiptir.
- Diğer taraftan evlendikten sonra eşin veya başvurucunun geldikleri veya yaşamayı seçtikleri ülkelerde yaşamalarına engel hususlar ayrıca incelenmelidir.
- Çiftin evlendikleri zaman ülkeye giriş ve çıkışlara ilişkin sınırlamaların farkında olmaları da önemlidir.

²⁹⁸ A.e., s. 100.

²⁹⁹ Olley, a.g.e., s. 10.

³⁰⁰ "Case Of Abdulaziz, Cabales And Balkandali v. The United Kingdom" Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81 28.05.1985, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=2&sessionId=5452091&skin=hudoc-en&attachment=true>, 14.02.2008.

Ayrıca Mahkeme, Sözleşme kapsamında hiçbir yabancıya herhangi bir ülkeye giriş ve burada ikamet edinme konusunda bir hak tanımadığını da vurgulamaktadır³⁰¹; Sözleşme yükümlülüklerine tabi olarak, her Devletin kendi ülkesine yabancıların girişini kontrol etme hakkı vardır. Devletlerin, suç işlemleri nedeniyle mahkum olan yabancıları sınır dışı etme yetkileri her zaman mevcuttur. Fakat, bir kişinin yakın aile üyelerinin yaşamakta olduğu ülkeden sınır dışı edilmesi halinde, 8. maddenin 1. fıkrasında koruma altına alınan aile hayatını sürdürme hakkının ihlal edilmesi sonucu doğabilmektedir.

Dolayısıyla bu konudaki karar, demokratik toplumun gereklerine uygun, zorlayıcı sosyal ihtiyaçlar bağlamında gerekli ve takip edilen meşru amaçla orantılı olmalıdır³⁰². Dalia-Fransa³⁰³ davasında Cezayir uyruklu başvuru, sınır dışı edilme kararının iptalini mümkün kılmak amacıyla temel gerekçe olarak Fransa vatandaşı bir çocuğun annesi olmasını göstermiştir. Ne var ki Bayan Dalia'nın bu aile bağını sınır dışı edilme konumunda olduğu zaman kurduğu saptanmış ve bunun ayırımında olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan başvurunun mahkumiyetinin bir sonucu olarak alınan sınır dışı etme kararı, toplumsal riskler içeren eroin ticaretine dayandırılmaktadır. Uyuşturucunun toplum üzerindeki büyük tehlikelerini değerlendiren Mahkeme, ulusal makamlar tarafından alınan sınır dışı edilme kararının toplumsal çıkarlar bakımından orantılılık ilkesine uygun olduğu sonuca varmış ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edilmediğini belirtmiştir.

Mahkeme, kişinin bir taraf Devlet ülkesinden sınır dışı edilme eylemini 8. madde açısından değerlendirirken, söz konusu kişinin bulunduğu ülke ile gönderildiği yer arasındaki bağların derinliğini esas almaktadır³⁰⁴; her iki Devlette geçirilen süre, bu yerlerdeki mevcut aile bağları, geride kalan aile fertleri ile ilişkilerin düzeyi ve sınır

³⁰¹ "Al-Nashif v. Bulgaristan" Başvuru No. 50963/99 20.06.2002, **a.g.e.**, s. 26.

³⁰² "Jakupoviç v. Avusturya" Başvuru No. 36757/97 16.01.2003", **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, çev. Fatih Karaosmanoğlu, C:II, No:6, Ankara, Başkent Ofset, Temmuz 2003, s. 43.

³⁰³ Güney Dinç, **Sorularla Hukuk Dizisi 4: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2006, s. 401-402.

³⁰⁴ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 102.

dışı eyleminin kişi üzerinde yaratabileceği olası psikolojik etkiler bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Ailenin, çocuklarıyla bir araya gelmek amacıyla ülkeye geri dönme olasılığına sahip olması da Mahkeme tarafından birçok kararda aile hayatının bütünlüğü içerisinde değerlendirilmiştir; bu hususa örnek teşkil edebilecek Gül-İsviçre³⁰⁵ davasında, İsviçre’de yaşayan Türk babanın 12 yaşındaki oğlunu yanına almak istemi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Mahkeme gerekçe olarak, ebeveynlerin bizzat kendilerinin İsviçre’ye taşınmak suretiyle ayrılığa neden olmalarını göstermiş ve sağlık nedenlerinden ötürü Türkiye’de yaşamalarının zorluğu kabul edilse bile ülkede yaşamalarına hiçbir engel bulunmadığını belirtmiştir.

Diğer taraftan ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkinin önemi bazı durumlarda 8. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Berrehab-Hollanda³⁰⁶ davasında, Mahkeme başvurucunun sınır dışı edilmesi eylemini kızı ile ilişkisi açısından değerlendirmiş, alınan kararın ülkenin ekonomik refahını koruma amacıyla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Davacını sınır dışı edilme eylemine maruz kalmasının nedeninin suç teşkil eden bir davranıştan değil boşanmasından kaynaklanmasının yanı sıra kızın yaşının küçüklüğü ve baba ile temas halinde olma ihtiyacı üzerinde durularak mevcut kararın 8. maddenin ihlali olduğu hükme bağlanmıştır.

2.1.1.3. KONUT

2.1.1.3.1. KONUT KAVRAMI VE MÜLKİYET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi temel olarak, özel yaşamın bir diğer uzantısı olan konut edinme hakkına, devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireyi korumaktadır. “Konut” kavramı, sözleşme kapsamında yerel hukuk boyutundaki sınıflandırmalardan bağımsız bir anlam taşımaktadır. Yaşanılan

³⁰⁵ “Case Of Gül v. Switzerland” Application no. 23218/94 19.02.1996, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=GUL&sessionid=5528523&skin=hudoc-en>, 17.02.2008.

³⁰⁶ “Case Of Berrehab v. The Netherlands” Application no. 10730/84 21.06.1988, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Berrehab&sessionid=5529746&skin=hudoc-en>, 18.02.2008.

yerin 8. maddenin korumasından yararlanan “ev” kapsamına dahil olup olmadığı somut olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir; özellikle bu bağlamda yeterli ve sürekli bağların varlığı aranmaktadır³⁰⁷.

Genel tanımıyla konut kavramı kişinin özel hayatını sürdürdüğü yeri ifade etmektedir; Komisyon ve Mahkeme meslek ve ticari faaliyetlerin sürdürüldüğü yeri de 8. madde kapsamında konut olarak değerlendirmiştir³⁰⁸. Mahkeme bu tür yerlerin aranması bağlamında konut kavramını bazı iş yerlerini kapsayacak biçimde genişletmiştir. Niemietz-Almanya davasında Mahkeme, konutun kişinin bürosunu da kapsayabileceği yönünde karar vermiştir; bir kişinin mesleğine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda da yapılabileceğinden ve mesleğiyle ilgili olmayan işlerin de bir ofis veya ticari mekanda yapılabileceğinden hareketle bu konuda her zaman kesin ayrımlar yapabilmenin pek de mümkün olmadığını belirtmiştir³⁰⁹.

Evlerin, 8. madde bağlamında konut sayılabilmeleri açısından yapımı ve kullanımı için yapı ruhsatı, oturma izni gibi belgelerin edinilmiş olması zorunlu değildir; bu eksiklikler ancak 8. maddenin 2. fıkrası açısından kamusal önlemlerin uygulanmasını gerektirebilir³¹⁰. Söz konusu konutun kiralık veya mülkiyet olması, hakkın 8. maddedeki korumadan yararlanmasına engel teşkil etmemektedir³¹¹. Ancak kişinin konutunun maliki olması durumunda, söz konusu hakka yapılan her türlü müdahale mülkiyete saygı gösterilmesi hakkını teminat altına alan 1. Protokolün 1. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere konut ile kurulan sürekli bağlar, her somut olayın münferit koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. Gillow Birleşik Krallık davasında³¹² Mahkeme, 18 yıldır sahip oldukları evde fiilen hiç yaşamamış olan

³⁰⁷ Olley, **a.y.**

³⁰⁸ Gözübüyük, Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 340.

³⁰⁹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 33.

³¹⁰ Dinç, **a.g.e.**, s. 409.

³¹¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 291.

³¹² “Case Of Gillow v. The United Kingdom” Application no. 9063/80 24.11.1986, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=78&sessionId=5319491&skin=hudoc-en&attachment=true>, 10.02.2008.

davacıların, söz konusu yeri konutu sayabilecekleri yönünde karara varmıştır. Başvurucular, Guernsey adasında bir ev inşa ettirerek bu adada yaşama izni almışlardır. Söz konusu yerde 5 yıl yaşadktan sonra, başvurunun işi münasebetiyle 18 yıl boyunca farklı yerlerde yaşamak zorunda kalmışlardır. 18 yıl sonra adaya geri döndüklerinde, yaşamak için gerekli izin verilmemiş onlar da bu durumun 8. madde bağlamında konut hakkına saygı haklarının ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, mevcut kanunların aşırı nüfus artışını dengeleme ve ekonomik yapıyı koruma amacı güttüğünü kabul etmesine rağmen, davacılara geçici ya da daimi yaşama izni verilmemesini söz konusu meşru amaçla orantısız bulmuştur. Ayrıca Mahkeme, başvuruçuların, bahsi geçen evi kendilerine ve ailelerine konut edinmek üzere inşa ettirdiklerine; orada bulunmadıkları süre içerisinde evi kiraya vermek suretiyle adadaki konut stokuna katkıda bulunduklarına ve geri döndükleri zaman başvuruçuların başka konutları bulunmadığına dikkati çekmiştir³¹³.

Diğer taraftan başvuruçunun ebeveynlerinden miras kalan evi, içinde oturmak amacıyla kendi mülkiyetine geçirmek istemesini konu alan Velosa Barreto-Portekiz³¹⁴ davasında Mahkeme farklı bir tutum sergilemiştir. Eşinin ailesine ait bir evde eşi ve çocuğu ile oturan başvuruçunun, kendi ailesinden miras yoluyla kalan evde uzun süredir kiracı olarak oturan aileye karşı açtığı ihtiyaç nedeniyle kira tahliye davasının reddini konu alan davada Mahkeme, alınan önlemleri kiracıları ekonomik ve sosyal açıdan koruması ve başvuruçunun ihtiyacının bulunmaması nedeniyle 8. maddenin ihlali kapsamında değerlendirmemiştir. 8. madde kapsamında bireyin ve toplumun çıkarları arasında adil bir dengenin oluşturulduğu sonucuna varılmıştır.

Bir çingenenin, kendisine ait arsa üzerinde bulunan karavanda yaşama istemini konu alan Buckley-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, başvuruçunun söz konusu alanda

³¹³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 109.

³¹⁴ “Velosa Barreto Davası-Portekiz” Başvuru no. 18072/91 21.11.1995, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=547>, 19.02.2008.

yaşamasını mümkün kılacak imar izninin verilmemesini kişinin konutuna saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir³¹⁵. Ancak söz konusu müdahale 8. maddenin 2. fıkrası açısından incelendiğinde ise Mahkeme ülkenin ekonomik refahını ve sağlığını koruma amacıyla alınan bu önlem ile başvurucunun ve çocuklarının güvenliğini ve refahını ilgilendiren konuta saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge bulunduğu sonucuna varmıştır³¹⁶.

8. madde en yalın haliyle bireyin konutuna Devlet veya temsilcileri tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlamaktadır. Konuta saygı hakkında bağlantılı yurt içi kaynaklar ise, Güneydoğu Anadolu’da PKK’ya karşı yürütülen operasyonlar sırasında köylerinden sürülen, evlerine tarlalarına zarar verilen kişilerin, mülkiyet hakkıyla birlikte 8. madde bağlamında yaptıkları başvurulardır. Mahkeme Akdivar ve Diğerleri-Türkiye 1996 davasında, güvenlik güçlerinin, başvuruçuların evlerinin yakılmasından ve bu kayıp sonucu köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduklarına karar vermiştir³¹⁷. Evlerin ve içindeki eşyaların hiçbir açıklama getirmeksizin kasıtlı olarak yakılması eyleminin, 8. madde bağlamında aile hayatına ve konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Bu tür başvurular, olaylardan zarar görenlerin çokluğu nedeniyle önemli sayılara ulaşmıştır. Bunun yanı sıra Mahkeme, başvuranların köylerine geri dönememeleri savlarını da ayrıca incelemiştir. Mahkeme, Doğan ve Diğerleri-Türkiye 2004 davasında terör nedeniyle yaşam alanlarından ayrılmak zorunda bırakılan yakınmacıların köylerine geri dönmelerine izin verilmemesinin, konuta saygı hakkına ciddi ve haksız bir müdahale oluşturduğuna ve bu nedenle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³¹⁸.

Henüz sonuçlanmayan ve sayısı artan başvurulara yönelik olumlu bir gelişme, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki

³¹⁵ Gözübüyük, Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 341.

³¹⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 110.

³¹⁷ **A.e.**, s. 105.

³¹⁸ Dinç, **a.g.e.**, s. 416.

Yasa³¹⁹, da belirtilen tazminat sürecinin Mahkeme’ce etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesidir. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Yasa’ya 5442 sayılı Yasa ile getirilen ek maddeler, zarar gördüklerini ileri süren kişilerin genel kurallara göre dava açmadan önce geriye dönük olarak her il merkezinde kurulan Zarar Tespit Komisyonu’ndan zararlarını talep edebilmelerine olanak tanımaktadır; başvuruların hukuka aykırı nedenlerle reddi durumunda da, yasalardaki hak düşürücü sürelerle ilişkilendirilmeksizin kişilerin bu işlemlere karşı dava açabilmeleri olanaklıdır³²⁰.

Söz konusu yasal düzenlemeleri takiben Tunceli’nin Ovacık ilçesi Eğrikavak köyünde yaşayan Aydın İçyer 1994 yılında güvenlik görevlilerinin bölgeyi tahrip edip evini yaktığını, iç hukukta zararlarını giderecek etkili bir hukuk yolu bulunmadığını ileri sürerek Türkiye’ye karşı başvuruda bulunmuştur. Aydın İçyer-Türkiye 2006 davasında uyuşmazlığı sonradan gerçekleşen yasal yapılanmayı gözeterik değerlendirilen AİHM, yakınmacının başvurusunu öncelikle izlenmesi gereken iç hukuk yolunun varlığı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur³²¹.

2.1.1.3.2. ÇEVRESEL FAKTÖRLERDEN KORUNMA HAKKI

Diğer taraftan bireyin konutuna saygı gösterilmesi hakkına söz konusu yerde huzur içinde yaşayabilmesi de dahildir. Bu bağlamda 8. madde, özel hayat ve konutun ses ve rahatsızlık yaratılmak suretiyle de ihlale maruz kalmasına karşı bir koruma mekanizmasını beraberinde getirmektedir. Heathrow havaalanındaki hava trafiğinin yarattığı aşırı gürültüden şikayet edilen Powell&Rayner davasında, yetkililerin uçakların sesini kontrol etmek, durdurmak veya bundan doğan rahatsızlığı telafi etmek hususunda almaları gereken önlemler Mahkeme tarafından incelenmiş, bireyin ve toplumun birbiriyle çakışan çıkarları arasında adil bir dengenin kurulduğu saptanmıştır³²².

³¹⁹ “Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1407.html>, 19.02.2008.

³²⁰ Dinç, **a.g.e.**, s. 416-417.

³²¹ **A.e.**, s. 417.

³²² Kilkelly, **a.y.**

Ses ve gürültünün yanı sıra çevresel faktörler de kimi zaman konuta saygı gösterilmesi hakkı açısından risk taşıyabilmektedir; İtalya’da kimyevi maddeler üreten bir fabrikanın arz ettiği tehlikelere ilişkin olarak mahalli halka bilgi verilmemesini konu alan Guerra ve Diğerleri-İtalya davası, nükleer denemelere ilişkin resmi evrakın ilgili kişilerce incelenmesine izin verilmemesini konu alan Mc Ginley ve Egan-İngiltere davası konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilecek hususlara örnek teşkil etmektedir³²³.

Lopez Ostra-İspanya³²⁴ davasında ele alınan husus da çevresel faktörlerin 8. madde bağlamında konuta saygı hakkını ihlal edebileceğini ortaya koymuştur; Başvurucu, evinin yakınlarında bulunan bir atık işletme tesisinin neden olduğu koku, ses ve kirlilik yaratan gazların konutunu ve dolayısıyla özel hayat ve aile hayatını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bir süredir burada yaşamak zorunda kalan ailenin mağduriyetine ilişkin bulguları değerlendiren Mahkeme, kasabanın refahını temin amacı güden atık arıtma tesisinin neden olduğu problemleri, karşılıklı çatışan çıkarlar açısından incelediğinde adil bir denge kurulamadığı sonucuna varmıştır. Çevre kirliliğinin sağlık kapsamında yarattığı zararlar açısından aradaki bağı inceleyen Mahkeme, açık ve direkt bir zararın varlığından ziyade bu durumun tehlike bazında kalmasını dahi ihlal bakımından yeterli saymıştır³²⁵.

Yukarıda bahsi geçen Guerra ve Diğerleri-İtalya³²⁶ davasında, ağır çevre kirliliğini takiben sağlığı tehdit edebilecek riskler ortaya çıktığında, etkilendiğini iddia edecek kişilerin Sözleşme’nin 8. maddesi uyarınca yetkililerden bu hususta bilgi alma hakkına sahip olduğu konusu işlenmiştir. Geçmişte büyük bir patlamanın yaşandığı ve standartlara uygun olmadığı anlaşılan kimyevi maddeler imal eden bir fabrikanın yakınında ikamet eden başvuruçular, fabrikanın faaliyeti sonucu kaynaklanan riskler

³²³ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.y.**

³²⁴ “Case Of Lopez Ostra v. Spain” Application no. 16798/90 09.12.1994, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=486&sessionId=5587977&skin=hudoc-en&attachment=true>, 20.02.2008.

³²⁵ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 106-107.

³²⁶ “Case Of Guerra And Others v. Italy” Application no. 14967/89 19.02.1998, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GUERRA&sessionId=5589101&skin=hudoc-en>, 20.02.2008.

ve olası kazalara karşı alınan önlemler hususunda bilgilendirilmedikleri için şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme, bu hususu 8. madde kapsamında değerlendirerek başvuruculara şiddetli çevre kirliliğinden dolayı maruz kalabilecekleri riskler konusunda yeterli bilgi vermediği için Devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

2.1.1.3.3. KONUTTA ARAMA VE MALLARA EL KONULMASI

Konut güvenliği hususunda karşılaşılan sorunlar, genellikle evlerin ve işyerlerinin aranması gibi kamusal müdahalelerden ya da bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlıklarda uygulanan ihtiyati tedbir ve haciz gibi yasal işlemlerden kaynaklanmaktadır³²⁷. Devletlerin bu alandaki öncelikli ve pozitif yükümlülükleri, kamusal mekanizmanın işleyiş sürecinde konut dokunulmazlığını etkin kılacak hukuksal yapılanmayı oluşturmak ve denetlemektir.

Taraf Devletlerin, bazı suçların açığa çıkarılması amacıyla ulusal düzenlemelerinde, fiziksel kanıt elde etmek amacıyla konutların aranması ve mallara el konulması gibi önlemlere yer vermeleri oldukça doğaldır. Söz konusu önlemler hiç kuşkusuz 8. maddenin 1. fıkrası kapsamında bireyin özel hayat ve aile hayatına müdahale anlamına gelmesine rağmen, 2. fıkradaki meşruluk kriterleri açısından değerlendirildiğinde bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler hedeflenen amaca uygun ve orantılı olmalıdır.

Özellikle Mahkeme, ilgili kanun ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağladığı hususunda tatmin olmalıdır³²⁸. Taraf Devletlerin bu konudaki takdir hakkının varlığına rağmen, ulusal kanunların arama kararına ilişkin öngördüğü düzenlemenin, her hangi bir yetkili makamın iznine dayanmadığı durumlarda, keyfiyet ve istismarın önlenmesi amacıyla Mahkeme hassasiyetle hareket etmelidir. Ayrıca alınan önlemler her somut olayda davanın

³²⁷ Dinç, **a.g.e.**, s. 410.

³²⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 110.

şartları dahilinde incelenerek müdahalenin hedeflenen amaca uygunluğu değerlendirilmelidir.

Camenzind-İsviçre davasında Mahkeme İsviçre'nin konutların aranmasına dair yasal düzenlemesini başvurucunun haklarını yeterince koruyup korumadığı hususunda inceleme konusu yapmış aşağıda sıralanacak arama prosedürünü bu bağlamda değerlendirmiştir³²⁹:

- Arama sadece sınırlı sayıdaki üst düzey Devlet memuru tarafından tanzim edilmiş yazılı emir ile ve bu iş için eğitilmiş uzman kişiler tarafından gerçekleştirilebilir.
- Adı geçen yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında görevlerini bırakmakla yükümlüdürler.
- Evlerde ve diğer yerlerde yapılabilecek arama ancak bir şüphelinin orada bulunma olasılığı varsa veya suç ile bağlantılı ve el koyulabilecek eşyaların bulunması durumunda mümkündür.
- “Önemli durumlar veya yakın tehlike arz edebilecek durumlar haricinde” aramalar Pazar ve tatil günlerinde veya gece yapılamaz.
- Yapılacak aramanın başında yetkili kişi kimliğini göstermeli, aramanın nedeni hakkında bilgi vermeli ve arama esnasında söz konusu kişinin veya bir akrabasının ya da aile üyelerinden birinin hazır bulunmasını istemelidir.
- Aramaya katılan kişilerin önünde aramaya dair bir rapor hazırlanmalı ve şayet isterlerse bu kişilere de arama emrinin ve bu raporun bir kopyası verilmelidir.
- Konutta belge aranması özel sınırlamalara tabidir.
- Şartlar ne olursa olsun, arama esnasında şüphelilerin bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır.
- Arama kararından veya bu kararın geçersiz kılınmasından ya da değiştirilmesinden etkilenen herkes, Federal Mahkemeler önünde şikayetini sunabilir.

³²⁹ A.e., s. 111.

- Kendisine hiçbir suçun isnad edilemeyeceği ortaya çıkan şüpheli, söz konusu zararlarının tazmini için tazminat talebinde bulunabilir.

Söz konusu davada³³⁰ Mahkeme, aramanın, tek bir yetkili tarafından, başvurucuya hakkındaki dosyayı inceleme ve bir avukatı arama imkanı verildikten sonra bizzat başvurucunun da hazır bulunduğu bir şekilde yapıldığını saptamıştır; aramanın yaklaşık olarak iki saat sürmesine karşın ve konutun detaylı bir aramadan geçirilmesine rağmen, yetkili sadece telefon ve televizyonu kontrol etmiş, mobilyaların içine bakmamış herhangi bir belge incelememiş ve hiçbir eşyaya el koymamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, yapılan arama sonucu oluşan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olduğu ve 8. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Arama emrinin mahkemeler tarafından verildiği durumlarda, yani yargı kontrolünün hukuksal süreçte etkin olması durumunda 8. maddenin gereklerini yerine getirecek boyutta koruma mekanizmasının işleyeceği kuşkusuzdur³³¹. Diğer taraftan yargı dışındaki makamların arama ile hukuksal düzenlemeye dahil olması ve geniş takdir yetkisine sahip olması durumunda Mahkeme, uygulamanın kötüye kullanılması halinde koruma mekanizmasının ne denli etkin olacağı hususunu özellikle incelemiştir³³².

Cremiex-Fransa davasında bir şarapçılık şirketinin müdürü olan başvurucunun çalıştığı işyeri, konutu, bayan arkadaşının evi ve kendisini ilgilendirebilecek diğer yerler, Gümrük Yasası'na dayanılarak, polis eşliğindeki gümrük görevlileri tarafından aranmıştır. Aramalar sonucunda birçok belgeye el konulmuştur. Başvurucu yabancı ülkelerle bağlantılı parasal suçlar nedeniyle yargılanarak suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. Arama ve belgelerine el konulması işlemlerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ulusal makamlar önünde ileri süren başvurucu bu girişimlerinden herhangi bir sonuç alamamıştır. Herhangi bir yargı

³³⁰ "Case Of Camenzind v. Switzerland" Application no. 21353/93 16.12.1997, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMENZIND&sessionid=5616564&skin=hudoc-en>, 21.02.2008.

³³¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 113.

³³² Dinç, **a.g.e.**, s. 411.

kararına dayanmayan arama işleminde Mahkeme, gümrük görevlilerine geniş yetkiler tanındığı gerekçesiyle başvurunun özel yaşamına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme hakkına demokratik toplumda gerekli görülmeyen ve orantısız bir müdahale yapıldığı sonucuna varmıştır.

Ceza Hukuku'nun genel ilkeleri içerisinde arama emirlerinin, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki amaca hizmet etmesi açısından bir yargı kararına dayanması gerekmektedir. Ulusal kanunların yargıdan önceden yetki almaksızın konutların aranmasına izin verdiği durumlarda arama, 8. maddeye ancak işlemi düzenleyen diğer yasal kuralların davacının hüküm kapsamındaki haklarına yeterli koruma sağladığı durumlarda uygun düşmektedir³³³.

Funke-Fransa³³⁴ davasında gümrük yetkilileri başvurunun yurt dışındaki malları hakkında bilgi edinmek amacıyla evinde arama yapmışlar ve yürürlükteki Fransız kanunlarına dayanarak gümrük suçlarıyla ilgili olarak yurt dışındaki banka hesaplarına ilişkin belgelere el koymuşlardır. O dönem yürürlükte olan Fransız kanunları uyarınca gümrük yetkililerinin sahip olduğu “aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğu ve kapsamını değerlendirme konusunda münhasır yetkinlik” dahil olmak çok kapsamlı yetkiler Mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmuştur³³⁵. Yasal düzenlemeyi inceleyen Mahkeme arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir duruma ilişkin olarak yapılan arama eyleminde, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartların başvurunun haklarına yapılan müdahaleyi meşru amaçla orantılı kılmaya yetmediği görüşündedir.

Diğer taraftan Funke davasında arama ve el koyma için yargıdan yetki alınmasının esas olduğunu belirten Mahkeme, arama emri alınmasının her zaman 8. maddenin 2. fıkrasındaki meşruluk kriterlerine uygun düşmeyebileceğini diğer bir kararında vurgulamıştır. Niemietz-Almanya davasında, bir avukata ait büronun suçla ilintili

³³³ Kilkelly, **a.y.**

³³⁴ “Case Of Funke v. France” Application no. 10828/84 25.02.1993, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=FUNKE&sessionid=5683207&skin=hudoc-en>, 23.02.2008.

³³⁵ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 114.

belge elde etmek amacıyla aranmasının, önceden yargı organından alınmış bir izne dayalı olarak gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, toplumsal düzen ve hakları koruma ve suçun önlenmesi amacı güden meşru amaçla orantılı olmadığı, arama emrinin aşırı kapsamlı ifadelerle hazırlandığı ve incelenen bazı eşyaların mesleki gizlilik ilkesini çiğnediği sonucuna varmıştır³³⁶.

Terörle mücadele kapsamında yapılacak arama ve el koyma uygulamalarının Devleti, kimi zaman 8. maddenin 2. fıkrası ile bağdaşmayacak önlemler almaya sevk etmesi oldukça doğaldır. Bu hususta örnek teşkil edebilecek Murray-Birleşik Krallık³³⁷ davasında, başvuru Bayan Murray ve ailesi, ordunun evlerine girmek suretiyle arama yapmasını ve aile fertlerinden 5 kişiyi kısa bir süre için bir odada tutmasını 8. maddeyi ihlal eden bir davranış olarak öne sürmüştür. Mahkeme söz konusu iddiayı değerlendirirken demokratik bir toplumda görevini ifa eden Hükümetin, büyük bir tehlike arz eden terörizm karşısında vatandaşlarını ve kurumlarını koruma sorumluluğuna ve terörizm kapsamında değerlendirilen suçlarda şüpheli bulunan kişilerin tutuklanmasına ve göz altına alınması sorunlarına önem atfetmiştir.

Mahkeme, ayrıca bu iki noktanın, bireyin 8. maddenin 1. fıkrasında zikredilen hakları ile müdahale oluşturabilecek meşru amaç güden etkili önlemler arasındaki adil dengeyi etkileyebileceğini belirtmiştir³³⁸. Ulusal makamların, başvuru terörizm ile bağlantılı bir suç işlediğinden kesin olarak şüphelendiği kanısına varan Mahkeme, söz konusu şüpheyi Sözleşmesi'nin 5. maddesi bağlamında makul bir şüphe olarak değerlendirmiştir. Sonuç olarak varılan nokta, Bayan Murray ve ailesinin konutuna girme ve konutu arama ihtiyacının mevcudiyetidir.

³³⁶ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

³³⁷ "Case Of Murray v. The United Kingdom" Application no. 14310/88 28.10.1994, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=MURRAY&sessionid=5685452&skin=hudoc-en>, 24.02.2008.

³³⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 115.

Ayrıca Kuzey İrlanda'daki gerimli ortam açısından Lordlar Kamarası'nın bir üyesinin bildirdiği görüş de Mahkeme tarafından dikkat çekici bulunmuştur³³⁹; "...Arama sadece tutuklanacak kişiyi aramakla sınırlandırılmamalı ayrıca tutuklamanın olay çıkmadan yapılmasını temin etmelidir...Bu yöntemin izlenmesi toplumun yararınadır ve ordu tarafından uygulanan prosedürün makul, mantıklı ve tutuklamanın ilgili bütün taraflar açısından olabildiğince az tehlikeli şekilde yerine getirilmesinin hedeflendiği görüşünderim...".

2.2. ÖZEL HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

2.2.1. GENEL OLARAK

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramaksızın ve sansür edilmeksizin kişinin başkalarıyla iletişim kurabilmesidir³⁴⁰. Maddenin birinci fıkrasında oldukça soyut ve geniş bir şekilde düzenlenen haberleşmenin içeriği, Mahkeme içtihatlarıyla doldurulmakta ve güncelliği korunmaktadır³⁴¹. Mahkeme, Sözleşme'nin resmi Fransızca ve İngilizce metindeki "*correspondance*" "*correspondence*" teriminin sadece sözlük anlamındaki yazışmayı değil; fakat her türlü yol ve araç aracılığı ile (mektup, telefon, telsiz vb. gibi) kişiler arasında meydana gelen özel nitelikteki iletişimi ifade ettiğini belirtmiştir³⁴².

Teknolojik gelişmelere paralel olarak bu kavramın yorumunun e-posta gibi diğer iletişim yöntemlerini de kapsayacak biçimde genişletilmesi olasıdır³⁴³. Hiç kuşkusuz uygun koruma yöntemi, söz konusu haberleşme şekline göre değişiklik arz edebilir. 8. maddenin getirdiği koruma mekanizması, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşmenin yol ve yöntemleriyle ilgilidir. Bu nedenle Devlet, suç teşkil eden eylemler ile ilgili telefon görüşmelerinin 8. maddenin 1. fıkrası kapsamına

³³⁹ A.e., s. 116.

³⁴⁰ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

³⁴¹ Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2008, s. 238.

³⁴² Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 341.

³⁴³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 34.

girmedigini iddia edemez³⁴⁴. Bireysel haberleşme, aynı maddede düzenlenen ve çok daha geniş bir alanı kapsayan “özel hayat”ın özel bir yönünü teşkil etmektedir. Bu nedenle Sözleşme’nin 10. maddesinde yer alan “kitle haberleşmesi-mass media” 8. maddenin kapsamı dışındadır.

8. madde, asıl amacının bireyi kamu makamlarının keyfi ve ölçüsüz müdahalelerine karşı korumak olmasının yanı sıra maddenin doğası gereği içindeki değerlere etkili bir biçimde riayet edilmesi amacıyla aynı zamanda pozitif yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla Devletin, bireyin özel hayatına karşı yerine getirmek zorunda olduğu negatif yükümlülükler ek olarak maddede belirtilen çeşitli kişisel haklara saygı amacıyla bir takım pozitif yükümlülükler de bu noktada önem kazanmaktadır.

Daha önce yukarıda belirtilen “*to be let alone* / bireyin yalnız bırakılma hakkı”, birey lehine genişletilmiş olmaktadır. Mahkeme, X,Y davasında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir³⁴⁵: “8. madde sadece devleti ... müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir.” İletişim hususunda Devletin pozitif yükümlülükleri, ulusal posta servislerinin tam ve etkin bir biçimde çalışmasını güvence altına almasını gerektirdiğinden genel yükümlülükler kategorinde değerlendirilmemektedir³⁴⁶.

Telefon dinleme veya yazışmalara müdahale etme suretiyle haberleşmeyi engellenme eylemleri, genel olarak 8. maddenin 1. fıkrası tarafından korunan hakların birden fazlasını, özellikle de özel hayat ve haberleşmeye saygı hakkı haklarını ihlal etmektedir. Müdahaleler, postanın açılması, ulaşımının engellenmesi veya durdurulması, belli kategorilerdeki kişiler arasındaki haberleşmenin engellenmesi

³⁴⁴ A.e.

³⁴⁵ A.e., s. 36.

³⁴⁶ Olley, a.g.e., s. 12.

veya izlenmesi ve telefonların dinlenmesi gibi birçok şekilde ortaya çıkabilir³⁴⁷. Mektupların zaptı ve açılması veya telefon konuşmalarının dinlenilmesi ya da kaydolunması gibi gerçekleşmiş bir haberleşmeye müdahalenin yanı sıra, potansiyel haberleşme olanağının (örneğin; ceza ve tutukevlerindeki hükümlülerin dışarıdaki kişilerle haberleşmesi) engellenmesi de 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir³⁴⁸.

Komisyon ve Mahkeme, özellikle ceza ve tutukevlerinde bulunan hükümlülerin dışarıdaki yakınları ve avukatları ile haberleşmesinde yaşanan pek çok zorluğu göz önünde bulundurarak 8. madde açısından değerlendirmiş ve bu hususta birçok içtihat oluşturmuştur³⁴⁹. Ceza ve tutukevi hayatının kısıtlı ve sınırlı bir hayat olmasının buralarda bulunan hükümlülerin haberleşme özgürlüğü ve gizliliği hakkına müdahaleyi meşru kılmayacağı ve söz konusu müdahalenin, mutlaka her mahpus kişinin özel durumu göz önüne alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerektiği Mahkeme'nin pek çok kararında inceleme konusu yapılmıştır³⁵⁰.

Tutuklu sanıkla avukatın yazışmaları özellikle bu hususta önem taşımaktadır. Devletler çeşitli gerekçeler öne sürmek suretiyle bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. Özellikle bu husustaki en önemli gerekçeleri, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur; savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla ve cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koymaları bu hususa teşkil edebilecek örneklerdendir³⁵¹.

AİHM'nin, bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla başlamıştır. Golder/İngiltere davasında, başvuru cezaevinde meydana gelen olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında dava açmak suretiyle yanlış ifadenin

³⁴⁷ A.e., s. 11.

³⁴⁸ Gözübüyük, Gölçüklü, a.g.e., s. 342.

³⁴⁹ A.e.

³⁵⁰ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı", (Çevrimiçi) <http://www.rightsagenda.org/main.php?id=61>, 26.02.2008.

³⁵¹ Dinç, a.g.e., s. 334.

dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu bu amaçla Bakanlık'tan izin istemiş nitekim Bakanlık böyle bir dava açmaya gerek olmadığı düşüncesi ile hükümlünün avukatıyla görüşmesine izin vermemiştir. Mahkeme, başvuru konusu olayları Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirerek İçişleri Bakanlığı'nın Bay Golder'in dilekçesini reddetmesini haberleşme hakkına müdahale olarak nitelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası ise, birinci fıkrada teminat altına alınan ve çerçevesi çizilen hakkın hangi hallerde ve hangi koşullarda sınırlandırılabileceğini hükme bağlamaktadır³⁵². Anılan fıkra göre “bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla” mümkün olabilmektedir. Sayılan bu haller dahilinde, kamu yetkililerinin, 8. maddedeki haklara müdahale edebilmesi söz konusu hakların mutlak bir hak olmadığını göstermektedir³⁵³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, haberleşme özgürlüğüne müdahale hususuna belli bazı ölçütler getirmek suretiyle bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerektiğini vurgulamakta ve bu özgürlüğün korunması bakımından Sözleşme'ye taraf Devletlerin aktif yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir³⁵⁴.

İletişimin denetlenmesi, Devletlerin hakları güvence altına alması kaydıyla ve keyfi uygulamalara karşı ortaya konulan yasa hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiği sürece hukuki bir boyut kazanabilir³⁵⁵. Sözleşme metni incelendiğinde, genel ifadeler yoluyla bu hakkın sınırlandırılmasına izin verildiği görülmektedir. İlk bakışta muğlak ve geniş olarak değerlendirilebilecek sınırlama maddesine ilişkin ölçütler, AIHM'nin

³⁵² Taşkın, a.y.

³⁵³ Yaman Akdeniz, **Beyaz Kitap**, Türkiye Bilişim Vakfı, 2003, s. 13.

³⁵⁴ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (Çevrimiçi)
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmde_organizesuc.htm, 06.03.2008.

³⁵⁵ Akdeniz, a.y.

kendi bünyesinde geliştirdiği içtihatlar çerçevesinde adeta sınırlamanın sınırı olarak belirlenmiştir³⁵⁶.

Sözleşen Devletlerin bu çeşit müdahalelerden sadece kaçınmak zorunda olmadığı aslında olumsuz olan bu yükümlülüğe ek olarak olumlu yükümlülükler de üstlenmesi gerektiği, Mahkeme'nin özel hayata ilişkin birçok kararında defalarca dile getirilmiştir. Bu olumlu yükümlülükler, bireylerin birbirleri arasındaki ilişkiler dahil olmak üzere, özel hayata saygıyı temin edecek biçimde tasarlanmış önlemlerin benimsenip uygulanmasını gerektirmektedir³⁵⁷.

Sözleşme, iletişim özgürlüğüne müdahaleden kaçınması hususunda Devletleri zorlamasa da müdahalenin varlığını gerektiren bir durumda 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan istisna hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir³⁵⁸. Buna ek olarak, ilgili iç hukuk hükümlerinin her iki taraf açısından da erişilebilir, hukuka uygun ve sonuçlarının öngörülebilir olması gerekmektedir³⁵⁹.

Diğer taraftan ilgili kanun hükümlerinin klasik manada bir şekli kanunla değil, örf, adet veya teamül gibi hukukun diğer kaynaklarıyla da oluşabilmesi ve hatta etik kuralları dahilinde bile vücut bulması mümkündür³⁶⁰. Sınırlama 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanmalıdır;

Haberleşme özgürlüğü,

1. Meşru amaçlar için,

- Ulusal güvenlik,
- Kamu emniyeti,
- Ülkenin ekonomik refahı,
- Dirlik ve düzenin korunması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,

³⁵⁶ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (Çevrimiçi) http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmde_organizesuc.htm, 06.03.2008.

³⁵⁷ Akdeniz, **a.y.**

³⁵⁸ Taşkın, **a.g.e.**, s. 239.

³⁵⁹ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (Çevrimiçi) http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmde_organizesuc.htm, 06.03.2008.

³⁶⁰ **A.e.**

- Sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,

2. Kanunla

3. Demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmak koşuluyla

4. Orantılı olarak sınırlandırılabilir.

8. maddenin 2. fıkrasında hakkın kısıtlanmasını haklı kılan sebeplerin de hiç kuşkusuz bir sınırı vardır. Bu sınır pek çok defa AİHM'nin kararlarında ortaya konulmuştur. “Demokratik bir toplumda gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere iki ölçüt bünyesinde şekillenen bu sınır ilgili tüm kararlarda göz önünde bulundurulmaktadır³⁶¹.

Bu ölçütlerden ilki olan “demokratik bir toplumda gereklilik” için mahkeme sınırlama açısından “sosyal gereksinim”in varlığını araştıracaktır³⁶². Mahkeme ele aldığı Handyside kararında “demokratik toplum”dan ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmiştir; buna göre demokratik toplum kavramı “çoğulculuk, açıklık ve tolerans”ın bulunduğu bir toplumu ifade etmektedir³⁶³. Örneğin, her hazırlık soruşturmasında özel koruma tedbiri olarak telefonların dinlenilmesi ya da gizli görevli kullanılması yoluna başvurulamayacak bunun için organize suçla mücadeledeki gibi demokratik bir toplumda önlemlerin işletilebilmesi için mutlaka “sosyal gereksinim”in varlığı aranacaktır.

Ayrıca Devlete telefon dinlenilmesi gibi gizli önlemler alması hususunda yetki verilmesinin koşulları ve bu yetkinin hangi hallerde kullanılacağı açıklıkla saptanmalıdır; keza AİHM'nin bir kararında da belirttiği üzere “üst düzey yöneticilerin gücünün gizlilik içerisinde kullanıldığı bir yerde, gücün keyfi olarak kullanılması riskinin varlığı olasıdır”³⁶⁴. Örneğin, telefon konuşmalarının kayda

³⁶¹ A.e.

³⁶² A.e.

³⁶³ Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 151.

³⁶⁴ Feridun Yenisey, Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, (Çevrimiçi) <http://216.239.59.104/search?q=cache:A0NWOEfYN9AJ:www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pa>

alınması ihtimal dahilinde olan kişilerin nasıl belirleneceği açıkça belirtilmelidir³⁶⁵. Kruslin / Fransa davasında Mahkeme, Fransız sisteminin dinleme tedbiriyle ilgili olarak hiçbir garanti sunmadığı, dinlenecek kişiler ile ilgili olarak bir kategori oluşturulmadığı, bir hakim tarafından verilecek dinleme kararıyla ilgili şartların neler olduğunun belirtilmediği, elde edilen bilgilerin yazılması ve tercüme edilme şartlarının saptanmadığı, dinlenen kişinin bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, kayıtların iadesi veya imhasıyla ilgili bir açıklık bulunmadığı ve Fransız kanunlarında dinlemede keyfiliği önleyici mekanizmalar bulunmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁶⁶.

Denetlemede göz önünde bulundurulanan ikinci ölçüt ise, iç hukukta alınan sınırlama kararı ile elde edilmek istenilen amaç arasındaki orantılılıktır. Orantılılık ilkesi aslında Sözleşme metninde yer almamasına rağmen, daha sonra kararlar ışığında gerçekleştirilen AİHM içtihatlarıyla “genel çıkar ve bireyin çıkarları arasında adil bir denge” kurulması olarak tanımlanmıştır³⁶⁷. Orantılı olmak, bir hakka müdahalenin hakka en az zarar verecek biçimde yapılmış olmasını gerektirmektedir³⁶⁸. Telekomünikasyon vasıtasıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmektedir³⁶⁹. Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade ederek aynı suça yönelik olarak başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise onun uygulanmasını gerektirmektedir³⁷⁰. Sonuç olarak orantılılık ilkesini değerlendirirken Mahkeme,

ges/dwnldCntHT.jsp%3FpFilePath%3Ddoc .fy .makaleler%26pFileName%3DCMK_135_hakkinda_yeni.doc+kruslin+fransa&hl=tr&ct=clnk&cd=2&gl=tr, 07.03.2008.

³⁶⁵ Akdeniz, **a.y.**

³⁶⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 242.

³⁶⁷ **A.e.**, s. 264.

³⁶⁸ Abdülkadir Kaya, “Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme” **Yargı Dünyası**, No:129 s. 15.

³⁶⁹ Taşkın, **a.y.**

³⁷⁰ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, No:3, Nisan 2005, s. 100.

müdahale ile korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve devletin karşılamayı hedeflediği sosyal toplumsal amacı göz önüne almaktadır³⁷¹.

2.2.2 GİZLİ GÖZETİM ÇALIŞMALARI

2.2.2.1. GENEL OLARAK

Avrupa ülkelerinde yıllardan beri suçla ve özellikle de örgütlü suçlarla mücadelede gizli gözetim önlemleri bakımından, telefon dinleme yöntemine sıklıkla başvurulmuştur³⁷². Ayrıca, telefon ve benzeri telekomünikasyon araçlarının ve hatta bireyler arasındaki karşılıklı konuşmaların istihbarat amacıyla gizlice dinlenmesi ve banda kaydedilmesi mukayeseli hukukta da mevcuttur³⁷³.

Günümüzde Devletlerin çoğu iletişimin denetlenmesine ilişkin kanunlar çıkararak terörizme ve organize suçluluğa karşı sıkça kullanmaktadır³⁷⁴. Ağır suçlarla mücadelede istihbari bir yöntem olarak başvuru telefonun dinlenilmesi önlemi, Avrupa Birliği ülkelerinde genellikle standart olarak uygulanmaktadır³⁷⁵. Fransa’da, terör eylemlerine katıldıklarından şüphelenilen kişilerin seyahatlerinin denetimi ile elektronik ortamda ve telefonla yapılan görüşmelere ilişkin verilerin dinlenmesi mümkün kılınmıştır³⁷⁶. Ayrıca bina ve meskun mahallerin çevresinin terör eylemlerine karşı doğrudan korunması amacıyla kamu mercileri ve diğer tüzel kişilerin terör eylemlerine açık bulunan yerlerde video kamera ile gözetim yapabilmesi öngörülmüştür³⁷⁷. Benzer bir şekilde İngiltere’de de 13.04.2006 tarihli Terörizm Kanunu ile terörizm şüphelileri hakkında seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasına, meslek ve sanat icrasının engellenmesine ve şüphelilerin DNA, parmak izi ve fotoğraflarının alınmasına olanak tanınmıştır³⁷⁸.

³⁷¹ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 33.

³⁷² Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s. 629.

³⁷³ Ersan Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, No:4, Ağustos 2007, s. 101.

³⁷⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 34.

³⁷⁵ **A.e.**

³⁷⁶ Fatih Selami Mahmutoglu, “Göç ve Terör: Terör Suçları”, **XIV. Ulusal Sosyal Psikiyatri Kongresi**, İstanbul Princess Hotel, 21-24 Mart 2007, s. 25.

³⁷⁷ **A.e.**

³⁷⁸ **A.e.**, s. 19.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de telefonların dinlenilmesi önlemini, ağır suçlar ya da terörizmle mücadele gibi sınırlı haller olmak kaydıyla kabul etmektedir; ne var ki bu yetkinin kullanılması sıkı koşullara tabi kılınarak elde edilen verilerin delil olarak kullanılması istisnai durumlar haricinde yasaklanmıştır³⁷⁹. Üye ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarında, kovuşturma organlarına telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen haberleşmenin denetlenmesine olanak sağlayacak düzenlemeler ve değişiklikler gelişen teknolojinin gereksinimlerine paralel olarak gerçekleştirilmiştir. Bu tedbirin doğası gereği kişi hak ve özgürlüklerine ağır müdahale oluşturması, tedbirin kullanılması hallerinde yasal bağlamda sıkı şartlara bağlanmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere izlenilen bu yöntem sonucu elde edilen bilgiler delil olarak sayılmamakta ve kullanılmamakta sadece bu bilgiler ışığında başka delillerin varlığına ulaşılmaya çalışılmaktadır. Başka suretle delil elde etme olanağının çok az olduğu bazı suçları ortaya çıkarmak amacı güden toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğüne saygı ilkesinin çatıştığı bu alanda, üye ülkeler konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun biçimde düzenlemeye gayret göstermektedirler.

Diğer taraftan bilişim teknolojisindeki gelişmeleri takiben bilgiye ulaşım bakımından pek çok kolaylık sağlayan İnternet, çoğu zaman özel hayatın gizliliğini ihlal edici sonuçlar doğurabilmektedir. Kötü amaçlı kullanımın engellenmesi için, uluslararası işbirliğini esas alan çeşitli prensiplerin ortaya konulması ve özellikle böyle bir hizmetten yararlananların ve teknik olarak bu olanağı sunan içerik sağlayıcılar, erişim sağlayıcılar ve servis sağlayıcıların ceza sorumluluğuna ilişkin kuralların ve yaptırımların düzenlenmesi kaçınılmaz hale gelmiştir³⁸⁰. Bu noktada Avrupa Suç Sorunları Komitesi, 1996 yılında, İnternet ortamında işlenen suçlarla, diğer bir deyişle “siber suçlar”la ilgili bir uzmanlar komitesi kurulmasına karar vermiş ve nihayet Komite'nin yaptığı çalışmalar sonucunda Haziran 2001 tarihinde son şekli verilen Avrupa Siber Suç Sözleşmesi, 8 Kasım 2001 tarihinde Avrupa Konseyi

³⁷⁹ Taşkın, a.y.

³⁸⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LIX, No:1-2, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s. 39.

Bakanlar Komitesi'nce onaylanarak 24 Kasım 2001'de imzaya sunulmuş ve birçok Devlet tarafından imzalanmıştır³⁸¹.

Mahkeme, istihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşın gizli gözetimi hususunda yetkinin “sadece demokratik kurumları korumak amacıyla ve mutlaka gerekli olduğu durumlarda” Sözleşme kapsamında sayılabileceğini açıkça vurgulamıştır³⁸². Bu konuda Mahkeme, özellikle demokratik toplumların örgütlü terörizm faaliyetleriyle tehdit edildikleri ve bunun sonucu olarak da bu tehditle etkin bir biçimde mücadele edebilmek amacıyla kendi yargı alanları içerisinde gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldıkları gerçeğinden hareket etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, “posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olmasının, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabileceği” görüşünü benimsemiştir³⁸³.

Bu tür bir gözetim sisteminin işleyiş mekanizmasının devletlerin takdirine bırakılmış olması, bu yetkinin sınırsız olduğu anlamında değildir. Özellikle Mahkeme, benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin istismarına karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu hususunda mutlaka tatmin olmalıdır; bu teminatlar, olası önlemlerin doğası, içeriği ve süresi, bu tür tedbirlerin alınması talimatını sunan yasal dayanaklar, bu tür önlemlere izin verme, önlemleri tatbik etme ve denetleme yetkisine sahip olan yetkililer ve iç hukukta benimsenen çareler şeklindedir³⁸⁴.

Örneğin; Klass-Almanya davasında, Mahkeme düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek ve ulusal güvenliği korumak amacıyla mektupların açılmasına ve telefonların dinlenmesine izin veren Alman kanunlarının, olası istismar durumlarında yeterli teminatlar içermediği iddiasını incelemek durumunda

³⁸¹ A.e., s. 40.

³⁸² Kilkelly, a.g.e., s. 82.

³⁸³ A.e.

³⁸⁴ Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2002, s. 153.

kalmıştır³⁸⁵. Bu noktada Mahkeme, ne tür bir korumanın gerektiği hususunda, prensipte gözetimin yargı denetimine tabi olmasının arzu edilir olduğuna değinmiş fakat ne var ki denetim amaçlı kontrol yetkisini mahkemelere değil de Bir Parlamenter Kurul’a ve Kurul tarafından atanan G 10 Komisyonu adlı bir organa bırakan Alman sistemine onay vermiştir³⁸⁶. Bunun nedeni Parlamento Heyeti ve G 10 Komisyonu’nun etkili ve sürekli bir kontrolü yerine getirmek için yeterli gücü ve yetkileri elinde bulunduran organ olmalarına dair Mahkeme’nin duyduğu güvendir³⁸⁷. Bu nedenle Mahkeme casusluk ve buna mukabil gözetim araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeye ve demokratik toplumları tehdit eden terörizm faaliyetlerine dikkati çekerek gözetim tedbirini kontrol etmek için benimsenen Alman sisteminin, 8. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Hiç kuşkusuz 8. maddenin “kanunlara uygunluk” şartını karşılamak amacıyla, söz konusu kanunun aynı zamanda ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olması ve gerekirse uygun tavsiyeler alındıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar dahilinde belirli bir eylemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmiş olması gerekmektedir³⁸⁸. Tahmin edilebilirlik şartı olarak adlandırılan bu takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi, bireyleri keyfi müdahalelerden koruyabilecek düzeyde açıkça ifade edildiği müddetçe, bu yetkiyi sunan kanun 8. maddeyi ihlal eder boyutta olmayacaktır³⁸⁹.

Diğer taraftan gizli gözetim konusundaki kanunların tahmin edilebilirlik açısından değerlendirilmesi oldukça tartışmalıdır. Söz konusu şartın, tedbirin tatbik aşamasında nasıl gerçekleşebileceği sorunu Mahkeme kararlarında inceleme konusu yapılmıştır. Malone-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, tahmin edilebilirlik şartlarını şu yönden değerlendirmiştir; “haberleşmenin polis soruşturması açısından izlendiği özel

³⁸⁵ “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

³⁸⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 83.

³⁸⁷ Doğru, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸⁸ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

³⁸⁹ **A.e.**

durumlarda, ilgili yasa bireyin davranışına sınır getirmeyi hedeflediği alanlarla bütünüyle aynı olamaz. Özellikle tahmin edilebilirlik şartı, bir bireyin yetkililerin haberleşmesine ne zaman müdahale edeceğini tahmin edip ona göre davranışını ayarlayabilmesi anlamına gelemmez”³⁹⁰.

Buna paralel olarak Leander-İsveç davasında Mahkeme, bir kişinin gizli polis biriminin tam olarak ne tür kontroller yapabileceğini tahmin edebilme isteminde olamayacağını belirtmiştir; ancak daha önce de belirtildiği üzere genel olarak vatandaşlara uygulanabilen bir sistemde “kanunlar, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede anlaşılabilir olmasını mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmelidir”³⁹¹.

Yetkililerin amaçladığı düzeyde, gizli gözetime tabi olanların birçoğu söz konusu müdahalenin farkında değildir. Bazılarının bu durumdan şüphelenmesine rağmen ellerinde iddialarını kanıtlayabilecek yeterli kanıtları olmamaktadır. Başvurucunun, haberleşmesine müdahalede bulunduğu kanıtlanmasının güçlük arz ettiği durumlarda, bu hususu düzenleyen kanunların varlığının 8. madde bağlamında özel hayat ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği iddia edilebilir.

Daha önce bahsi geçen Klass-Almanya davasında, Mahkeme kişinin söz konusu önlemlerin kendisine karşı uygulandığını iddia etmek zorunda kalmaksızın, sırf gizli gözetim önlemlerine cevaz veren kanunların varlığı nedeniyle, ihlal karşısında mağdur olduğunu ileri sürebileceğine hükmetmiştir; ne var ki Mahkeme bu durumun, sadece belirli şartlar altında gerçekleşebileceğini belirterek ilgili şartların, Sözleşme’nin tanıdığı hakka, itiraz edilen önlemlerin gizlilik boyutuna ve davacı ile söz konusu tedbir arasındaki bağa göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁹².

³⁹⁰ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 46.

³⁹¹ **A.e.**, s. 46-47.

³⁹² “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

Örneğin, başvurusunun telefonunun gerçekten dinlenip dinlenmediğinin incelendiği Malone-Birleşik Krallık davasında, hükümet, bir telefon görüşmesine polis tarafından yapılan müdahaleyi kabul ederek, başka zamanlarda da söz konusu kişinin telefon görüşmelerine ve mektuplarına müdahale edilip edilmediği hususunu açıklamayı reddetmiştir; ancak kişinin, çalıntı malları almış olmasından şüphelenildiği için posta ve telefon müdahalelerine maruz kalma olasılığı var olan bir sınıfın üyesi olabileceğini belirtmiştir³⁹³. Sonuç olarak Mahkeme, “kişiye karşı alınan önlemlerden bağımsız olarak” haberleşmenin gizli gözetime tabi tutulmasına izin veren kanunların ve uygulamaların varlığının, başvurusunun 8. madde bağlamında haklarını kullanmasına engel teşkil ettiği gerçeğine ulaşmıştır.

2.2.2.2. POSTAYLA HABERLEŞMEYE MÜDAHALE EDİLMESİ

Sözleşme tarafından tanınan hakların tutuklular tarafından kullanılması hususunda bir takım sınırlandırılmalar olması gerektiği yönündeki görüşlerin aksine Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Golder/İngiltere davasında bu konuya farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere yazışma dokunulmazlığı temelinde gerçekleşen tartışmanın özü, savunma hakkının ilk adımı olarak nitelendirilen başvuru ile avukatının iletişim olanakları üzerinde yoğunlaşmıştır³⁹⁴. Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği tarihte yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği bünyesinde yürütülen işlemlere yöneliktir. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle meydana gelen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurmak suretiyle Golder davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği’ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak amacıyla bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakanlığı’ndan izin almaları şartını kaldırmıştır³⁹⁵.

Söz konusu davada³⁹⁶ Hükümet, Golder’in yakındığı müdahalenin gerekli olduğunu kanıtlamak için, suçun ve düzensizliğin önlenmesini ve bir ölçüde de kamu güvenliği

³⁹³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 42.

³⁹⁴ Dinç, **a.g.e.**, s. 336.

³⁹⁵ **A.e.**, s. 337.

³⁹⁶ “Case Of Golder v. The United Kingdom” Application no. 4451/70 21.02.1975, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GOLDER&sessionid=5927549&skin=hudoc-en>, 04.03.2008.

ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür; Mahkeme ise Sözleşme’ye taraf Devletlere tanınan takdir yetkisini de göz önünde bulundurmasına rağmen, “demokratik bir toplum”da bu müdahalenin, nasıl olup da Golder’in kendisine iftira eden gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukat ile iletişim kurma hakkının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır.

Hak arama sürecinin ilk aşaması, başvurunun avukatı ile iletişim kurmasıyla başlayacaktır. Bu noktada kendisini temize çıkarmak isteyen Golder’in avukatına yazmak istemesi kaçınılmazdır. Açılması gereken dava hususunda başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak görevi İçişleri Bakanlığı’na değil avukata aittir. Sonuç olarak Mahkeme, hüküm giymiş bir tutuklunun haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale etme “gereğinin” tutuklu olma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilmesi gerektiği ve sadece mevcut olgular ışığında bir tutuklunun avukatı ile iletişimini engelleyen bu kararın 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır³⁹⁷.

Tutuklu ve hükümlülerin avukatları arasındaki yazışmalar, Campbell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirilerek başvurunun avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’yla yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin şikayetleri, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve kriterlerin belirlenmesine büyük katkıda bulunmuştur³⁹⁸. Başvurucu, 8. maddeye aykırı olarak, avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’yla yaptığı yazışmalara cezaevi yetkilileri tarafından düzenli olarak müdahale edildiğinden ve yazışmaların açıldığından okunduğundan, incelendiğinden ve sansürlendiğinden şikayet etmiştir³⁹⁹. Mahkeme, öncelikle avukatlarla yapılan yazışmaların 8. madde kapsamında gizli olduğunu ve özellikle cezaevinin uzakta olması nedeniyle bir avukatın müvekkilini şahsen ziyaret etmesinin zorluk edebileceği durumlarda bu hususun önemli olacağını vurgulamıştır.

³⁹⁷ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 77-78.

³⁹⁸ Dinç, **a.g.e.**, s. 338.

³⁹⁹ “Case Of Campbell v. The United Kingdom” Application no. 13590/88 25.03.1992 parag. 33, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMPBE LL&sessionid=5958794&skin=hudoc-en>, 05.03.2008.

Ayrıca Mahkeme, avukatla yapılan gizli haberleşmenin, söz konusu haberleşme yöntemlerinin otomatik kontrole tabi tutulduğu durumlarda amacına ulaşamayacağını da belirtmiştir. Mahkemeye göre “... bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi görevlileri tarafından açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu hususunda dayanılabilecek bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır”⁴⁰⁰. Böyle bir durumda dahi mektup gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içinde sakıncalı bir nesneye rastlanmadığı takdirde okunmadan ilgisine teslim edilmelidir.

Diğer taraftan Mahkeme Campbell davasında belirlenen kriterler dahilinde ancak çok istisnai durumlarda tutuklunun avukatı ile yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmiştir; “Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya diğer şekillerde suç teşkil etmesi sonucu, gizliliğin istismar edildiğine dair çok makul gerekçelerin varlığı durumunda” bu yol izlenebilecektir⁴⁰¹.

Bu noktada makul gerekçeden kastın ne olduğu mevcut şartlara göre değişiklik arz edebilir; genel olarak “nesnel bir gözlemcinin, özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak nesnel veriler veya bilgilerin mevcudiyeti” olarak düşünülebilir⁴⁰². Hükümetin, bir tutuklu ile avukatı arasındaki iletişime özel statü kazandırılmasının, bu sistemin istismar edilmesi açısından risk doğuracağını ifade etmesine rağmen, Mahkeme avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin içerdiği gizlilik unsuruna saygı gösterme ihtiyacının, istismar olasılığından daha ağırlıklı olduğu görüşünü savunmuştur⁴⁰³. Bu bağlamda bir tutuklu ile avukatı arasındaki haberleşmeye müdahale, ancak istisnai durumların varlığında 8. madde kapsamında haklı bulunulabilir.

⁴⁰⁰ “Case Of Campbell v. The United Kingdom” Application no. 13590/88 25.03.1992, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMPBE LL&sessionid=5958794&skin=hudoc-en>, 05.03.2008.

⁴⁰¹ “Case Of Fox, Campbell And Hartley v. The United Kingdom” Application no. 12244/86, 12245/86, 12383/86 25.03.1992 parag. 32, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMPBE LL&sessionid=5958794&skin=hudoc-en>, 05.03.2008.

⁴⁰² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 80.

⁴⁰³ **A.e.**

Mahkeme'nin Schönenberger&Durmaz-İsviçre davasında vardığı hükme göre aynı prensipler bir avukat ve sorgu sonrası cezaevine gönderilmiş tutuklu açısından da benimsenmelidir; İsviçre'nin Zürih kantonunda yaşayan Bay durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984'te tutuklanmış, ve eşi tarafından görevlendirilen Avukat Schönenberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun gördüğü taktirde savunmasını üstlenebileceğini bildirmiştir⁴⁰⁴. Ayrıca avukat, mektubunda sanığa soruşturmayla ilgili bazı uyarılarda bulunarak haklarını belirtmiştir. Ne var ki Bölge Savcısı, soruşturmanın yürütülebilmesi açısından sakıncalı bulduğu bu mektuba el koyarak avukatın yollamış olduğu vekaletname örneklerini de sanığa ulaştırmamıştır. Eşinin avukat edinmesini sağlama girişimlerinden habersiz olan Bay Durmaz, gideri devlet tarafından karşılanacak Avukat Garbade'ın vekilliğini kabul etmiş ve nihayet hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek kanıtlar bulunamayınca 23 Mart 1984 tarihinde salıverilmiştir. 8. madde bağlamında hukuksal tartışma ise bu noktadan sonra başlamıştır. Avukat Schönenberger, cezaevine sanığa ulaştırılmak üzere gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi sonucu iletişim özgürlüğünün engellendiği ve söz konusu davayı alamaması gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur.

Diğer taraftan Mehmet Durmaz da avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi nedeniyle haber alma özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunu ileri sürerek İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanmıştır. Hem Avrupa İnsan Hakları Komisyonu hem de Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafların iddialarını incelemiş ve nihayetinde Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır; kararın gerekçesinde, avukatın savunmasını üstleneceği kişiye susma hakkını kullanmasını ve sorulara yanıt vermemesini önermesinin onun mesleki görevi olduğu ve diğer taraftan sorgulanan sanığın yanıt vermemek hususunda direnmesinin yasal hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Dinç, **a.g.e.**, s. 339.

⁴⁰⁵ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 81.

Bir tutuklunun özel yazışmalarına yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı genellikle yazışmaların içeriğine bağlı olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar açısından “özgür bir bireye kıyasla tutuklu bir kişiye karşı” daha kapsamlı müdahale söz konusu olabileceği için tutukluların yazışmaları hususunda belirli bir kontrol mekanizmasının uygulanmasının Sözleşme’ye tamamen uygun olmadığı söylenemez⁴⁰⁶.

Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık⁴⁰⁷ davasında çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunan kişilerin değişik amaçlarla gönderdikleri mektupların alıcılarına ulaştırılmaması hususunu inceleyen Mahkeme, şiddet tehditleri veya suç niteliğine ilişkin bazı faaliyetler üzerine tartışmalar içeren bazı mektuplara müdahale edilmesini 8. maddenin 2. fıkrası bağlamında “demokratik bir toplum”da alınması gereken bir önlem olarak değerlendirirken “yetkililere itaatsizlik etmeyi amaçlayan”, “cezaevi tretmanı ile ilgili şikayetler içeren” veya “cezaevi yetkililerine saygısızlığa varan şikayetler içeren” özel mektupların muhataplarına iletilmemesini 8. maddeye uygun bulmamıştır.

Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme hükmünde öngörülen “meşru amaç”ları hedeflemeyen ya da “demokratik bir toplum”da gerekli görülmeyen önlemlerin alınmasını kabul edilemez bulmuştur. Yukarıda incelenen kararlarda da görüldüğü üzere Mahkeme’nin belirlediği ölçütler tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine tabi tutulamayacağını vurgulamaktadır.

2.2.2.3. TELEFONUN DİNLENMESİ

Avrupa Birliği ülkelerinde bir koruma tedbiri olarak başvuru telefon dinleme yöntemi bir diğer gizli gözetim çalışması olarak varlığını altmışlı yıllardan bu yana

⁴⁰⁶ “Case Of Golder v. The United Kingdom” Application no. 4451/70 21.02.1975, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GOLDER&sessionid=5927549&skin=hudoc-en>, 04.03.2008.

⁴⁰⁷ “Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık” Başvuru no. 5947/72 25.03.1983 parag. 91, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=66>, 09.03.2008.

sürdürmektedir⁴⁰⁸. Telefon dinleme hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne birçok başvuru yapılmış ve bu tedbire ilişkin bir takım ilkeler daha önce de bahsi geçen 1978 tarihli Klass kararıyla getirilmiştir. Söz konusu yasal düzenlemenin özel hayat ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına müdahale teşkil ettiği oldukça açıktır. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken kriter, söz konusu tedbir ile demokratik kurumların korunması amacıdır. Fakat unutulmaması gereken nokta 8. maddenin birinci fıkrasında garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkra açısından demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasındaki dengenin korunmasıdır⁴⁰⁹.

Telefonların dinlenmesine ilişkin ülke mevzuatlarına esin kaynağı teşkil etmek üzere asli kuralların uyumlaştırılması amacıyla Urbino Üniversitesi, 10-12 Mart 1994 tarihinde Osimo'da, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin temsilcilerinin katılımıyla "Topluluk Ülkelerinde Telefon Dinleme Kuralları" hakkında bir kongre düzenlemiştir⁴¹⁰. Bu uyumlaştırma isteğine paralel olarak tartışma belli başlı noktalar üzerinde yürütülmüştür⁴¹¹;

- Telefon dinlemeleri, mutlaka kanun ve mahkemeler tarafından öngörülmüş birtakım kurallara tabi olmalıdır.
- Güvenlik için gerekli dinlemeler ile hukuki dinlemeler arasında net bir ayrım yapılmalıdır.
- Hukuki dinlemelere ilişkin olarak düzenlenen mevzuatlar nesnel, kesin ve mutlaka zorlayıcı sınırlar içermelidir.
- Telefon dinlemelerine ancak hedeflenen kişilerin kimliği kesin olarak belirtilmiş ve prosedüre konu olan ihlalleri gerçekleştirdiği düşünülen birtakım kişiler söz konusu ise izin verilmelidir.

⁴⁰⁸ Fikret İlkiz, "Gizli Dinleme- I", (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/bianet/kategori/medya/99389/gizli-dinleme-i>, 18.03.2008.

⁴⁰⁹ Dinç, **a.g.e.**, s. 421.

⁴¹⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, " Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", **Polise Görev, Yetki Ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği-II 23-28 Ekim 2007 Antalya / Alanya**, EGM Yayın Katalog No:444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No:43, Ankara 2008, s. 408.

⁴¹¹ **A.e.**, s. 408-409.

- Ciddi yasaklamalarla güvence altına alınmış mesleki sırrın korunması, her mevzuatın temel hedefi olmalıdır.
- Telefon dinlemeye başvurma, ancak son aşamada ve diğer kanıtlama yollarının kullanılma güçlüğü somut olarak kanıtlandığı zaman öngörülmelidir.
- Telefon dinlemeye başvurma, sadece ağır suçluluk göstergeleri ve halihazırda mevcut bir prosedür çerçevesinde haklı görülebilir.
- Telefonun dinlemeye alınmasına izin verme, üçüncü kişilere yönelik bir yasaklamayı içerek şekilde sadece hakimın yetkisindedir; izin gerekçeli bir hükümle verilmelidir.
- İlk izin ve olası uzatmalar için çok kesin süre sınırları öngörülmelidir.
- Dinlemeye izin verilmiş alan dışındaki prosedürlerde dinlenilmenin kullanılması hususunda çok kesin sınırlamalar öngörülmelidir.
- Hukuki olmayan birtakım telefon dinlemelerine karar vermiş, izin vermiş veya kullanmış kişiler açısından hukuki yaptırımların yanı sıra cezai birtakım yaptırımlar da öngörülmelidir.
- Telefon dinlemelerine ilişkin her türlü belgenin prosedür dosyası dışında muhafaza edilmesinin mutlak olarak yasaklanması öngörülmelidir.
- Konutun dinlemeye alınması durumunda, ek ve kesin güvenceler getirilmelidir.
- Nihayet, güvenlik dinlemelerine ilişkin olarak kanun tarafından birtakım güvenceler öngörülmeli ve tanımlanmalıdır.

Telefon dinleme tedbirinin uygulanmasını konu alan Klass davasında “demokratik toplum” kavramından elde edilen ilkeler hususunda önemli bazı açıklamalar yapılmıştır; demokratik toplumlardaki temel prensiplerden biri AİHS’nin giriş bölümünde de açık bir şekilde belirtilen hukukun üstünlüğüdür⁴¹². Hukukun üstünlüğünün anlamlarından biri de, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin, bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı

⁴¹² “Case Of Golder v. The United Kingdom” Application no. 4451/70 21.02.1975 parag. 34, (Çevrimiçi)
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GOLDER&sessionid=5927549&skin=hudoc-en>, 04.03.2008.

olan yargının etkin denetim mekanizmasına, en azından son çare olarak, tabi kılınmasıdır⁴¹³. Diğer taraftan Mahkeme, bir Devletin, denetim ve gözetime aldığı bir bireyin bilgisi dışında ve itirazı mümkün olmayacak bir biçimde gizli gözetim yapması halinde, 8. maddenin büyük ölçüde anlamsız kalabileceğine de dikkati çekmek istemiştir⁴¹⁴.

Uyuşmazlıkların doğduğu tarihlerdeki Fransız hukukunda olduğu gibi, telefon dinlemenin bir kanun ile düzenlenmediği koşullarda Mahkeme dinlenmenin nedenlerinin, hangi koşullara dayandırılacağına, yöntem ve sınırlarının ayrıntılı olarak özel bir kanunda yer almaması sebebiyle başvuruçuların telefon konuşmalarının dinlenmesini 8. maddeye aykırı bulmuştur⁴¹⁵.

Muhasebe defterlerinin tutulmasında hile ve yolsuzluk yaptıklarından şüphelenilen iş adamlarının hazırlık soruşturması aşamasında iki gün süreyle telefonlarının dinlenmesinin konu edildiği Huvig-Fransa ve bir bankacının ölümü nedeniyle yürütülen hazırlık soruşturması esnasında polis denetimi altındaki kişinin konuğu olan başvuruçunun da konuşmalarının dinlenmesi sonucunda, kendisinin hırsızlık ve adam öldürme suçlarına karıştığına saptanması ve yargılanıp ömür boyu hapis cezasına çarptırılmasının incelendiği Kruslin-Fransa davalarında Mahkeme, özel yaşamın gizliliği ilkesi açısından değerlendirme yapmıştır⁴¹⁶.

Bu başvurularda AİHM “kanun ile öngörülebilir olma” koşulunun yerine getirilip getirilmediğini araştırmıştır. Alınan karara göre, telefon görüşmelerinin kamu makamları tarafından dinlenmesi ve denetlenmesi özel hayat ve haberleşmeye saygı haklarına ciddi bir müdahale oluşturduğu için kesin olan bir kanuna dayanmalıdır⁴¹⁷. Mahkeme, “kanunla öngörülmüş olma” ifadesinin sadece ulusal kanunlara yönelik

⁴¹³ “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978 parag. 55, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

⁴¹⁴ “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978 parag. 57, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

⁴¹⁵ Dinç, **a.g.e.**, s. 424-425.

⁴¹⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 47.

⁴¹⁷ “Kruslin-Fransa” Başvuru no. 11801/85 24.04.1990, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=214>, 18.03.2008.

değil, aynı zamanda söz konusu kanunun niteliğine de yönelik olduğunu ve bu durumun açık bir biçimde AIHS'nin giriş bölümünde de ifade edildiğini tekrar etmiştir⁴¹⁸.

Bu bağlamda bu ifade, 8. maddenin amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkrada koruma altına alınan haklara, kamu otoritelerinden gelebilecek müdahalelere karşı ulusal hukukta da yasal koruma önlemlerinin yer alması gerektiğini ima etmektedir⁴¹⁹. Özellikle bu hususta kullanılan teknolojiler, demokratik toplumlar açısından büyük bir tehdit oluşturan casusluk ve terörizm faaliyetleri karşısında sürekli daha sofistike hale geldiği için söz konusu tedbir mutlaka açık ve kesin kurallarla düzenlenmelidir⁴²⁰.

Benzer bir yaklaşımla, Mahkeme Kopp-İsviçre⁴²¹ davasında da Devleti, telefon dinleme ile ilgili mevzuatının yeterli derecede detaylı bir düzenleme içermediği ve bu yetkinin kullanılmasının bağımsız ve tarafsız bir merci tarafından denetlenmediği gerekçesiyle mahkum etmiştir. Başvuru sahibi Bay Kopp dava konusu olaylar zamanında avukat, Karısı Bayan Kopp ise, eski bir Federal Meclis üyesidir. Sorumluluk döneminde, Bayan Kopp'un veya bir başka kimsenin görevi sonucu elde ettiği gizli bilgileri ifşa ettiğinden şüphelenilmiş ve dolayısıyla İsviçre Federal Savcısı, resmi sırları ifşa etmiş olması muhtemel görülen Emniyet teşkilatı mensubunu tespit etmek amacıyla bir soruşturma açmış ve bazı kimseler ile birlikte başvuru ve karısının telefon görüşmelerinin dinlenilmesi talimatını vermiştir. Başvuru sahibi, şüpheli olarak değil üçüncü şahıs sıfatıyla takibe alınmış ve dinleme emri "avukatların konuşmalarının hesaba katılmaması gerektiğini" açıkça belirtmiştir. Söz konusu kararda Mahkeme, avukatlık şirketi gibi işyerlerinde yapılan

⁴¹⁸ "Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık" Başvuru no. 5947/72 25.03.1983 parag. 90, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=66>, 09.03.2008.

⁴¹⁹ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴²⁰ Kil Kelly, **a.y.**

⁴²¹ "Kopp v. İsviçre" Başvuru No. 23224/94 25.03.1998, **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, çev. Kazım Seyhan, No:3, Ankara, Başkent Ofset, Ekim 2002, s. 114.

telefon görüşmelerinin, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “özel hayat ve haberleşme” kavramları dahilinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

Maddenin 2. fıkrasına dayanılarak yapılacak müdahalenin, “iç hukukta bir dayanağının olması”, “bu dayanağın erişilebilir olması”, “müdahalenin hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olması” ve “uygulanan tedbirin tahmin edilebilir olması” gerekmektedir. Mahkeme, -her ne kadar İsviçre hukuku, avukatların telefon görüşmelerinin dinlenemeyeceği hususu da dahil olmak üzere, telefon dinleme konusunda bir takım koruma tedbirleri içermekte ise de- bu davada avukatların üçüncü kişi sıfatıyla dahi telefon görüşmelerinin dinlenemeyeceği hükmü ile hükümetin uygulaması arasında paralellik görememiştir.

İçtihatlar dahilinde şekillenen İsviçre iç hukukunda, avukatların telefon dinleme tedbirinden muaf tutulmasına imkan tanıyan prensibin sadece müşterileri ile gerçekleştirdikleri telefon görüşmeleri için geçerli olduğu belirtilmiş ise de, telefon dinleme mevzuatı avukatın müşterileri ile görüşmeleri ve meslek dışı konuşmalarının dinlenmesi hususunda açıkça bir ayrıma gitmemiştir. Dolayısıyla söz konusu davada, başvurunun telefon görüşmelerinin muafiyet kapsamına girip girmediği hususunun tartışmalı olması, dinlemenin ne şekilde, hangi şartlar altında ve kim tarafından yapılacağı konusunda ayrıma gidilmemesi sebebiyle Mahkeme, yeterli nitelikte düzenlemenin var olmadığı sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Telefon dinleme gizli gözetim tedbirinin özel hayat ve haberleşmeye saygı haklarına müdahale teşkil etmesine örnek olabilecek bir diğer karar ise M.M.-Hollanda⁴²² davasıdır. Hollanda 'da eşi cezaevinde tutuklu bulunan Bayan S'nin, kocasının savunmasını üstlenen avukatının kendisine cinsel tacizde bulunduğunu söylemesi sonucu hukuk dışı yollarla avukatın konuşmalarının banda alınmasını konu alan davada tutuklu sanık, eşinin yakınmalarını Polise bildirmiş ve Polis de konuyu

⁴²² “Case Of M.M. v. The Netherlands” Application no. 39339/98 08.04.2003, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=3582&sessionId=6298498&skin=hudoc-en&attachment=true>, 19.03.2008.

Savcı'ya aktarmıştır. Savcı olayı üstleriyle değerlendirdikten sonra Polisi, Bayan S'den başvurucuya yönelik bir şikayet dilekçesi alması konusunda görevlendirmiş ve Polis Bayan S'nin evine, kendisinin onayını aldıktan sonra ceza davalarında kanıt olarak kullanılmak üzere telefon konuşmalarını kaydedebilme özelliğine sahip bir aygıt yerleştirmiştir. Ne var ki Polis yetkilileri söz konusu işlem için Savcı'dan izin almalarına rağmen, görevli yargıca başvurma gereği duymamışlardır.

Başvurucu, Bayan S'nin evine kayıt aygıtı yerleştirilmesinin “kamu yetkilileri tarafından gerçekleştirilen bir müdahale” olduğunu ileri sürmüştür. Olayın geçtiği dönemde, hazırlık soruşturması evresinde telefon dinlenmesine yasal olanak bulunmaması nedeniyle yargıcın onayının alınmamasının oluşturduğu biçimsel eksikliğin yanı sıra gerçek bir soruşturma başlatılmadığını da iddiasında belirtmiştir. Mahkeme, olayda Bayan S'ye başvurucuyla yaptığı görüşmelerini kaydetme teklifini götürenin ve bu sayede kayıtların alınması için plana katkı sağlayanın Polis yetkilileri olduğu hususunda hemfikirdir. Bu noktada Mahkeme, başvurunun haberleşmesine saygı hakkına kamu otoritesi tarafından bir müdahale gerçekleştirildiği sonucuna varmıştır. Kanaatimizce bu olayda, delil toplanabilmesi amacıyla yetkililerden bizzat telefonunun dinlenilmesi talebinde bulunan mağdur aleyhine Mahkeme'nin bildirdiği görüş isabetsizdir.

Söz konusu müdahalenin “kanuna uygun olarak gerçekleştirilmemesi”, 2. fıkrada belirtilen “meşru amaç”lardan birisine dayanmaması ve “demokratik bir toplumda gerekli olmaması” hallerinde 8. maddenin ihlali kaçınılmazdır. Mahkeme'nin saptamalarına göre olayın geçtiği dönemde halka açık olmayan telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen bilgi aktarımının, bir kişinin suç işlemiş olabileceği kuşkusunu nedeniyle dinlenilmesi için, öncelikle bir hazırlık soruşturmasının başlatılması ve bunun akabinde hakim tarafından verilmiş bir kararın varlığı gereklidir. Bu iki koşul da olayda yerine getirilmediği için müdahalenin “kanuna uygun olarak” gerçekleştirildiğini söylemek mümkün değildir.

Telefon dinleme hususunda değeriendirilebilecek AİHM'nin bir diğeri kararı Ağaoğlu-Türkiye⁴²³ davasında şekillenmiştir. Uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkuilanılan kişinin bir başkası ile yaptığı telefon konuşmalarının dökümleri, yargılandığı ve mahkum edildiği davada delil olarak sunulmuş ve değeriendirilmiştir. Başvurucu, telefon konuşmalarının Polis tarafından dinlenilmesinin, CMUK'un 91. ve 92. maddelerine dayanılarak gerçekleştirildiğini ne var ki anılan maddelerdeki mektup, telgraf ve diğeri iletilere el konulmasına ilişkin düzenlemelerin, kıyasen uygulanarak telefon dinlenilmesine olanak tanımadığını iddia etmiştir. Ayrıca, telefonun dinlenilmesine ilişkin mahkeme kararının dinleme başlatıldıktan bir gün sonra alındığı da belirtilmiştir.

Mahkeme, ilk değeriendirmesinde öncelikle başvurucunun telefon konuşmalarının dinlenilmesinin, haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturduğunu saptamıştır. Daha sonra müdahaleyi meşru kılacak yasal düzenlemelerin varlığını araştırmıştır. Yalnızca bir kanunun varlığının da söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için yeterli sayılamayacağı, bu konudaki düzenlemelerin, telefonların hangi gerekçelerle, kimler tarafından nasıl dinlenebileceğini hukuksal karar sürecini de kapsayacak şekilde ayrıntılı olarak içermesi gerektiğini vurgulamıştır. Başvurucunun dinlendiği sırada, Türk kanunlarının telefon dinlemeye imkan tanıyan herhangi bir düzenleme içermediği, ancak 2001 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı Yasa ile bu anlamda bir hukuksal adım atıldığı sonucuna varılmış ve dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiği saptanmıştır.

Telefonların dinlenilmesi suretiyle elde edilen bilgilere dayanılarak kişilerin fişlenmeleri, saklanan bu tür bilgilerin bireylerin hayatlarının çeşitli zamanlarında faaliyetleriyle bağlantılı olarak değeriendirme ölçütü olarak kullanılmaları sadece özel yaşam ve haberleşmeye saygı hakkına değil, aynı zamanda ekonomik, siyasal ve

⁴²³ "Affaire Ağaoğlu c. Turquie" Requete no. 27310/95 06.12.2005, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=11710&sessionId=6348833&skin=hudoc-en&attachment=true>, 21.03.2008.

her türlü kamusal haklar açısından bir tehdit oluşturmakta ve denetimsiz müdahalelere sebebiyet verebilmektedir⁴²⁴.

Devletler arasındaki farklı ekonomik ve siyasi sistemler nedeniyle kamplaşmaların yaşandığı dönemde, İsviçre’de meydana gelen bir telefon dinleme olayı hukuka aykırılığın ne derecede büyük olabileceğini gözler önüne sermektedir⁴²⁵. İsviçre’de yaşayan ve alım-satım işleriyle yaşamını idame ettiren Amann adındaki başvuru, dergilere verdiği reklamlarla yurtdışından getirdiği kıl dökücü aletleri pazarlamaktadır; Sovyetler Birliği Büyükelçiliği’nde çalışan bir bayan kendisini arayarak bu aletlerden satın almak istediğini bildirmiştir⁴²⁶. Telefon konuşması İsviçre Federal Savcılığı’nca saptandıktan sonra görüşme dinlemeye alınmış ve Savcılığın isteği üzerine, Zürih Kantonu Polis Örgütü gizli servisine Amann hakkında soruşturma başlatılmıştır.

Bu soruşturmaya dayanarak Savcılık tarafından, “ulusal güvenlik bakımından sakıncalılar” listesine Amann adına düzenlenmiş bir fiş eklenmiştir; bu fişte yer alan bilgilere göre “Rus Büyükelçiliği ile ilişkide bulunan bir iş adamı” olan Amann, kod numarasını oluşturan sayılara göre “komünist ülke” olan “Sovyetler Birliği” ile “casusluk ilişkileri olan” ve “Doğu bloğuyla temasları”nı sürdüren güvenilir bir kişidir⁴²⁷. Başvuru kendisi hakkında gerçekleşen bu işlemi bir rastlantı sonucu 1990 yılında öğrenebilmiştir. Savcılığa dilekçe vermek suretiyle kendisine hakkında düzenlenen belgeleri görmek isteyen Amann’a fişteki bilgilerden ikisinin üzerleri okunamayacak şekilde karalanmış durumda bir fotokopisi verilmiştir. Savcılık tarafından hukuka aykırı bir biçimde fişlendiği iddiasıyla idari bir dava açan Amann’ın bu istemi, 1995 yılında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararla reddedilmiştir.

⁴²⁴ Dinç, **a.g.e.**, s. 431.

⁴²⁵ **A.e.**

⁴²⁶ Tekin Akıllıoğlu, “İdari Usul Ve Kişisel Verilerin Korunması”, (Çevrimiçi)

<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>, 17.04.2008.

⁴²⁷ “Case Of Amann v. Switzerland” Application no. 27798/95 16.02.2000, (Çevrimiçi)
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AMANN&sessionid=7060088&skin=hudoc-en>, 18.04.2008.

Başvurucunun istemini ele alan AİHM ise ulusal ölçekteki işlemin yasal dayanaklarını araştırma yoluna gitmiştir. Mahkeme, olayda uygulandığı iddia edilen hukuksal belgelerin ve Federal Ceza Usul Yasası'nın, devletin iç ve dış güvenliği için bir bilgi soruşturma servisi kurulmasına ilişkin hükümlerinin, hukuk kurallarına erişebilme açısından çok muğlak ifadeler içerdiği ve telefon konuşmalarının dinlenilmesiyle ilişkilendirilen Federal Ceza Kanunu'nun 66. ve diğer maddelerinde bahsi geçen koşullar bakımından da İsviçre Hükümeti'nin bu koşulların varlığını kanıtlamadığı sonucuna varmıştır⁴²⁸. Her ne kadar İsviçre Hükümeti savunmasında, olayda başvurucunun telefonunun, başka birinin telefonu izlenirken “rastlantı sonucu” dinlemeye alınmış olduğunu ileri sürmüştü de Mahkeme, bu durumu ihlali ortadan kaldıracabilecek bir neden olarak değerlendirmemiştir⁴²⁹.

Fişlenmeyle ilgili gerekçede Mahkeme, öncelikle kişilerin özel yaşam alanına giren bilgilerin toplanıp depolanmasının AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Özellikle yukarıda bahsi geçen davada başvuru adına düzenlenen fişte, başka bilgilerin yanı sıra “Rus Büyükelçiliğiyle ilişkili” ibaresinin kullanılması 8. madde açısından özel yaşama müdahale niteliğindedir.

Diğer taraftan Mahkeme, olayı “demokratik bir toplumda zorunlu olup olmama” açısından değerlendirirken, fişlemenin ayrıntılı bir yasal dayanağının bulunması gerektiği üzerinde durmuştur. Ne var ki, İsviçre hukukunda kişilerle ilgili bilgilerin toplanması, derlenmesi ve korunması hususlarında özel ve ayrıntılı düzenlemelerin yer almaması, özellikle de Federal Ceza Yöntem Yasası'nın 66. maddesinde amacı ortadan kalktığı için gereksiz duruma düşen bilgilerin silinmesi öngörüldüğü halde buna uygun işlem yapılmamış olması Mahkeme tarafından yerinde görülmemiştir⁴³⁰.

⁴²⁸ “Case Of Amann v. Switzerland” Application no. 27798/95 16.02.2000 parag. 61, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AMANN&sessionid=7060088&skin=hudoc-en>, 18.04.2008.

⁴²⁹ Dinç, **a.g.e.**, s. 433.

⁴³⁰ **A.e.**, s. 433-434.

2.2.2.4. AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ'NİN İLETİŞİMİN YASAL DENETLEMESİNE İLİŞKİN İLKE KARARI

2.2.2.4.1. İLKE KARARI'NA İLİŞKİN İLKELER VE YETKİLİ KURUMLAR

17 Ocak 1995 tarihinde, Avrupa Birliği Anlaşması'nı da göz önünde bulundurarak Avrupa Birliği Konseyi bu İlke Kararı'nı kabul etmiştir. Konsey bu İlke Kararı'nı kabul ederken bazı ilkeleri göz önüne almıştır⁴³¹:

- İletişimin denetlenmesine yönelik tedbirlerin uygulanmasında milli ülke yasaları tarafından sağlanan bireylerin kişiliklerine ve özel hayat haklarına saygı ilkesi öncelikle göz önüne alınmıştır.
- İletişim hususunda Konsey üye ülkelere özgü teknik ve adli zorluklar dikkate alınmıştır.
- Kişisel verilerin korunması ilkesine saygı gösterilmesi gerektiğinin bilincinde hareket edilmiştir.
- İnsan haklarına saygı en temel ilke olarak kabul edilmiştir.
- Üye ülkelerin bazı koşullar altında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahaleye ve iletişimin gizliliğini sınırlamaya izin veren tercih ve eğilimlere saygı gösterilmiştir.
- Yasal olarak iletişimin denetlenmesinin, özellikle milli güvenlik ve ağır suçlar hususundaki bilgilerin ve milli yararların korunması bakımından önemli bir araç olduğu vurgulanmıştır.
- Gerekli altyapı oluşturulmadan ve güvence sağlanmadan iletişimin denetlenmemesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Konseye göre üye ülkeler, iletişime yasal müdahaleyi gerçekleştirecek olan kurumları belirlemekle mükelleftir. Modern telekomünikasyon sisteminde, iletişime yasal müdahale gerçekleştirecek araçların etkinliğinin sağlanabilmesi açısından yetkili mercilerin ihtiyaçlarının belirlenmesi ve çözülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu

⁴³¹ "Council Resolution of 17 January 1995 on the lawful interception of telecommunications"
Official Journal of the European Communities November, 4, 1996, (Çevrimiçi)
http://www.privacy.org/pi/activities/tapping/eu_tap_resolution_1995.html, 21.04.2008.

bağlamda yetkili mercilerin, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi hususunda, gerçek zamanlı ve tam zamanlı olarak iletişimi izleyebilme imkanına sahip olmaları sağlanmalıdır.

Konsej, servis sağlayıcıları ve ağ operatörleriyle ilgili düzenlemelerin uygulanması amacıyla, İçişleri Bakanları ve Adalet Bakanları'nın işbirliği yapmasını, iletişimin yasal denetlenmesinin gerçekleştirilmesi esnasında bu İlke Kararı'nda belirtilen koşullara uyulmasını ve üye Devletin isteminin telekomünikasyondan sorumlu Bakanın talebiyle öne sürülmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

2.2.2.4.2. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YETKİSİNİN KAPSAMI

İlke Kararı'na göre iletişime yasal müdahale yetkisi şu hususları kapsamalıdır⁴³²:

- Yetkili merciler, birlikte iletişim kurulan numaraya yapılan yönlendirmeler ile bu numaradan başlayan ya da denetlenen kişi tarafından kullanılan kablolu servisin diğer belirleyicilerini denetlemek zorundadırlar.
- Yetkili merci, aynı zamanda arayana ait verilere erişebilme yetkisine sahip olmalıdır.
- Yetkili merci, bir telekomünikasyon sistemi üzerinden geçici veya daimi olarak gerçekleştirilen iletişimin tüm içeriğine girme yetkisine sahip olmalıdır.
- Yetkili merciler, başka bir telekomünikasyon sistemine veya başka bir terminal ekipmanına transfer edilen aramalara da erişebilme yetkisine sahip olmak zorundadırlar. Bunun içerisinde, birden fazla ağ ile iletilen aramalar ya da birden fazla ağ operatörü veya servis sağlayıcı üzerinden yapılan görüşmenin tamamlanmasından önce ve sonra yapılması gereken işlemler de yer almaktadır.
- İletişimin dinlenilmesi kapsamında olmayan tüm iletişimler hariç olmak üzere, denetlenen kişi tarafından gerçekleştirilen veya ona gönderilen iletilerin yetkili merci tarafından erişilebilir olması zorunludur.

⁴³² Taşkın, **a.g.e.**, s. 36.

Ayrıca üye ülkeler tarafından görevlendirilen merciler şu bilgilere girme yetkisine sahip olmalıdır⁴³³:

- Ayırt edici giriş sinyal bilgileri,
- Bağlantı gerçekleşmese dahi giden aramaya ilişkin bilgiler,
- İletişim gerçekleştirilmese dahi iletişim için gelen arama bilgileri,
- Denetlenen kişi tarafından iletilen tüm sinyaller (bu sinyallere aramanın transferini ya da telekonferansın gerçekleştirilmesi için kullanılanlar da dahildir),
- İletişimin başladığı, devam ettiği ve sona erdiği süreler,
- Arama başka bir yere yönlendirilmişse, aracı numaraların bilgileri ile asıl aranan numaranın bilgileri,
- İletişimi denetlenen hedef kişinin kimliğini sağlayan bilgiler,
- Ağ operatörleri veya servis sağlayıcılar tarafından sağlanan ve iletişimi denetlenen hedef kişi tarafından kullanılan telekomünikasyon ve servis sisteminin belirleyici özelliklerine ilişkin bilgiler,
- Mobil kullanıcılara ilişkin belirgin coğrafi yer bilgileri,
- Denetlenen kişi tarafından kullanılan özel hizmetlerle ilgili bilgiler ve iletişim tipinin teknik özelliklerine ilişkin bilgiler.

2.2.2.4.3. SERVİS SAĞLAYICI VE AĞ OPERATÖRLERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İlke Kararı'na göre⁴³⁴, servis sağlayıcılar veya ağ operatörleri denetlenen iletişimi yetkili mercilere aktaran bir veya birkaç ara yüzü sağlamak zorundadır. Bu ara yüzler, iletişimi denetleyen yetkili mercilerle servis sağlayıcı ve ağ operatörleri arasında uyumlu olmalıdır. Bu ara yüzlerle ilişkin diğer sorunlar, üye ülkelerin kabul edilmiş uygulamalarına göre çözülecektir. Servis sağlayıcıları veya ağ operatörleri, iletişimi denetlenen kişiyle ilintili arama bilgilerini yetkili mercilere aktarmakla

⁴³³ A.e.

⁴³⁴ "Council Resolution of 17 January 1995 on the lawful interception of telecommunications"

Official Journal of the European Communities November, 4, 1996, (Çevrimiçi)

http://www.privacy.org/pi/activities/tapping/eu_tap_resolution_1995.html, 21.04.2008.

mükelleftir. Ülkeden ülkeye farklılık arz eden format üzerindeki anlaşma yetkili merciler için uyumlu olmak zorundadır.

Şayet ağ operatörleri ya da servis sağlayıcılar, iletilen verileri kodluyor, sıkıştırıyor veya şifreliyorlarsa bu bilgiler yetkili mercilere iletilirken kodlama, sıkıştırma ve şifrelemeden muaf tutulmalıdır. Ayrıca, servis sağlayıcı veya ağ operatörleri, denetlenen iletişimi yetkili mercilerin sistemleriyle uyumlu olarak sabit ya da ortak araçlarla aktarmaya yetkili olmalıdır. Denetleme esnasında yetkili merciler, servis sağlayıcılar ve ağ operatörleri tarafından gerçekleştirilen denetleme noktasının kablolu servisle bağdaştırılması ve doğrulanması için bilgi ve yardım talep edebilirler. Bu konudaki bilgiler ve/veya talep edilen yardım, ilgili ülkenin kabul edilmiş uygulamalarına göre değişiklik arz edebilir.

Ağ operatörleri veya servis sağlayıcılar, eş zamanlı olarak belirli sayıdaki iletişimin denetlemesinin yapılabilmesi için önlemler almak zorundadırlar. Çoklu denetlemeler, iletişimin birden fazla yetkili merci tarafından denetlenmesine imkan sağlayacak nitelikte olmalıdır. Eş zamanlı çoklu iletişimin denetlenmesinin maksimum sayısına ilişkin düzenlemeler ulusal hükümlere uygun olarak yapılacaktır.

Ağ operatörleri veya servis sağlayıcılar, izlemeyi gerçekleştiren kolluk birimlerinin kimliklerinin açığa çıkmaması ve soruşturmaların gizliliğini temin etmek hususunda gerekli önlemleri almak zorundadırlar.

Ağ operatörleri veya servis sağlayıcıların, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararı, mümkün olabilecek en kısa süre (acil durumlarda birkaç dakika veya saat) içinde uygulanmalıdır. Tepki verme zamanı, denetlemenin gerçekleştirildiği kablolu servis tipine ve ülkenin yetkili merciinin kapasitesine göre değişiklik arz edebilir.

İletişimin denetlenmesi süresince, denetlemeye yardımcı hizmetlerin güvenilirliği ile hedef kişiye sağlanan hizmetlerin güvenilirliği denk olmalıdır. İzlemeye yetkili kılınmış merciye aktarılan denetlenen iletişimin kalitesi, ağ operatörleri veya servis sağlayıcıların kabul edilmiş standartlarıyla uyumlu olmak zorundadır.

2.2.2.4.4. BİLGİLERİN GİZLİLİĞİ, KORUNMASI VE KEYFİLİĞİ ÖNLEYİCİ DÜZENLEMELER

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın uygulanması amacıyla yapılan işlemler, ne hedef kişi ne de bu konuda yetkilendirilmemiş üçüncü kişiler haberdar olmayacak şekilde tatbik edilmelidir. Özellikle denetlemenin muhatabı olan kişinin, iletişimin denetlendiğine ilişkin değişikliği fark etmesinin önlenmesi zorunludur. İletişimin denetlenmesi, yetkili olmayan tüm kullanıcıların ulaşmasına ve kötüye kullanılmasına mani olacak şekilde gerçekleştirilmelidir. Servis sağlayıcılar ve ağ operatörleri, gerçekleştirilen denetlemenin sayısı ve içeriğine ilişkin bilgileri korumak ve denetleme yöntemine ilişkin bilgileri gizli tutmak zorundadır. Ayrıca, servis sağlayıcılar ve ağ operatörleri, denetlenen iletişim bilgilerini sadece denetleme kararında belirtilen izleme servisine aktarma hususunda titizlik göstermelidirler. Ulusal kurallara uygun olarak, yetkili merciler, ağ operatörlerinden ya da servis sağlayıcılardan, denetleme araçlarının tam olarak korunmasını talep edebilirler.

3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 8. MADDESİNE İLİŞKİN KARARLARIN İNCELENMESİ VE BU BAĞLAMDA TÜRK CEZA HUKUKU’NDAKİ DÜZENLEMELERİN ANALİZİ

3.1. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİYLE İLGİLİ OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NE YAPILAN BAŞVURULARIN İNCELENMESİNDE ARANAN KRİTERLER

3.1.1. GENEL OLARAK

Başvurucunun AİHS’nin 8. maddesi çerçevesindeki şikayeti hususunda karar verme işlemi, iki aşamalı bir incelemenin yapılmasını gerektirmektedir⁴³⁵. Birinci aşama, maddenin uygulanabilirliğine ilişkindir⁴³⁶. Diğer bir deyişle bu aşamada, şikayet konusu yapılan hakkın gerçekten Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen haklardan biri olup olmadığı araştırılmaktadır. Madde metnine bakıldığında özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme dokunulmazlığının koruma altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla hakim, AİHM ’nin içtihatlarına dayanarak, bireyin başvuru konusu yaptığı hakkın aslında 1. fıkradaki teminatlar kapsamına girmediğine karar verirse, 8. madde olaya tatbik edilmeyecek ve şikayet sona ermiş olacaktır.

Şayet, 8. maddenin uygulanabilir olduğuna karar verilirse Mahkeme, değerlendirmenin ikinci aşamasına geçecektir. Bu aşamada 8. maddenin 1. fıkrası kapsamındaki bir hakka yapılan müdahalenin, maddenin 2. fıkrasına uygun olup olmadığı incelenir⁴³⁷. Bu noktada en sık karşılaşılan durum, başvurucunun, davalı Devletin 8. maddede belirtilen hakkı veya hakları ihlal edecek biçimde müdahalede bulunduğu iddiasında olmasıdır. Bu durumda Mahkeme, söz konusu müdahalenin 2. fıkranın şartlarına göre açıklanıp açıklanamayacağını değerlendirir. Belirtmek gerekir ki bu noktada AİHS’nin 8. maddesinin asıl amacının “bireyi kamu

⁴³⁵ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 13.

⁴³⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 331.

⁴³⁷ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak” olmasına rağmen AİHM, bu madde içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesi pozitif yükümlülüğünün de maddenin tabiatından kaynaklandığı görüşündedir⁴³⁸.

Bu noktada Devletin, bireyin özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi hususundaki yükümlülüğünün yanı sıra, bu hükümde belirtilen çeşitli kişisel hak ve değerlere saygı göstermek için pozitif davranma zorunluluğu da söz konusu olabilir⁴³⁹. Bu nedenle bazı şartlar altında Devletin, bireylere 8. maddenin öngördüğü hakları sağlamak amacıyla bazı önlemler alması gerekir⁴⁴⁰. 8. maddeye uyumun ne zaman beraberinde pozitif yükümlülüğü gerektireceğini tespit etmek zordur. Mahkeme’ye göre somut bir olayda pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için Devlet, toplumun genel çıkarları ile bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmalıdır⁴⁴¹.

Pozitif yükümlülüğün baz olarak alındığı ikinci aşama incelemesinde izlenen yöntem, söz konusu hakkın içeriğini 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan hedefler açısından belirlemeye göre değişiklik arz etmektedir. Birçok somut olayda, pozitif yükümlülüklerle dayalı bir yaklaşım benimsemek ile davayı 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında ele almak arasındaki fark, Mahkeme’nin izlediği yöntem dahilinde kendini belli eder⁴⁴². İlk bakışta var olan düzende, toplumun genel çıkarları için başında daha ağır basmakta ve birey kendi çıkarlarının daha baskın olduğunu gösterme yükünü belirli düzeyde üzerine almaktadır. Örneğin, yerleşmiş içtihatlarla göre, önemli bir bireysel hakkın mevzu bahis edildiği ve başvurucunun büyük bir dezavantajla karşılaşmış olduğu durumlarda, Devletin pozitif bir yükümlülüğü

⁴³⁸ “Case Of Kroon And Others v. The Netherlands” Application no. 18535/91 27.10.1994 parag. 31, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KROON&sessionid=7174712&skin=hudoc-en>, 23.04.2008.

⁴³⁹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 35.

⁴⁴⁰ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁴¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 36.

⁴⁴² “Case Of Gaskin v. The United Kingdom” Application no. 10454/83 07.07.1989 parag. 42, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GASKIN&sessionid=7317431&skin=hudoc-en>, 29.04.2008.

doğabilir⁴⁴³. Diğer taraftan dezavantajın o kadar da büyük olmadığı veya Devletin önemli bir çıkarının olduğu durumlarda ise, pozitif bir yükümlülüğün söz konusu olması daha düşük olasılıktır.

Mahkeme'nin 8. madde ile ilgili şikayetleri incelerken yapacağı değerlendirme aslında üç çatıdan oluşmaktadır. Müdahalenin kabul edilebilmesi için öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekir. Ayrıca Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçına yönelik olmalıdır. Ve son olarak yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli bir niteliğe sahip olması zorunludur. Çatı biraz daha genişleterek incelendiğinde Mahkeme, bir başvuruyu incelerken şu aşamaları kontrol etmektedir⁴⁴⁴;

- Şikayet konusu olay Sözleşme ile korunan bir hak kapsamında mıdır?
- Korunan hakka yönelik bir müdahale var mıdır?
- Müdahale var ise, bu müdahalenin yasal dayanağı var mıdır?
- Müdahale meşru bir amaca yönelik midir?
- Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?
- Müdahale hedef ile orantılı mıdır?
- Müdahale keyfiliği önleyici mekanizmalarla orantılı mıdır?

3.1.2. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İNCELENMESİNİN BİRİNCİ AŞAMASI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan şikayetin, 8. maddenin korumasından yararlanabilmesi için öncelikle Sözleşme ve Ek Protokoller'in tanımlayıp koruma altına aldığı hakların kapsamında olup olmadığı araştırılmaktadır⁴⁴⁵. Dolayısıyla şikayet, söz konusu hükümde korunan özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşme kişisel haklarından birini veya birden fazlasını ilgilendirmelidir⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 37.

⁴⁴⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 243.

⁴⁴⁵ Dinç, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁴⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 15.

Özel hayat ile haberleşme özgürlüğü arasında yakın ve sıkı bir bağ bulunmaktadır. Fakat Mahkeme, haberleşme hakkını, zamanla özel hayat hakkı kapsamından ayrı bağımsız bir hak olarak koruma altına almıştır⁴⁴⁷. Bu anlamda haberleşme içeriği özel hayatla ilgili hiçbir detay içermese bile, bu hakka yapılan müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunan hakka müdahale olarak değerlendirilecektir⁴⁴⁸. AİHM, bünyesinde geliştirdiği içtihatlarla, iletişimin denetlenmesi yetkisini sınırlandırmış ve özel hayat alanını genişletmiştir. Bu bağlamda evden ve iş yerinden yapılan iletişimin de özel hayat kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Korumaya çalışılan hakkı belirlemek ve 8. maddenin 1. fıkrasına göre söz konusu hakkı Mahkeme'ye sunmak davacının sorumluluğundadır⁴⁴⁹. Örneğin; Gaskin-Birleşik Krallık davasında, başvuru, bir çocuğun Devlet aracılığı ile koruyucu ailelerde yetiştirilmesi hususunda bir kamu kurumunun elinde olan bilgilere erişim hakkının, 8. maddenin kapsamı dışında kalan bir bilgiye erişim konulu genel bir hak olmaktan çok, özel ve aile hayatını ilgilendiren bir konu olduğu hususunda Mahkeme üyelerinin çoğunu ikna etmiştir⁴⁵⁰.

Ayrıca bir kişi Mahkeme'ye yaptığı başvuruda 8. maddeye dahil olan birden çok hakkı ileri sürerse ve bunların hepsi de 8. madde anlamında ileri sürülebilir haklar ise, Mahkeme tam olarak hangi hakkın söz konusu olduğunu belirtmeyebilir; örneğin mektup ve telefon vasıtası ile gerçekleştirilen haberleşmeye müdahale konulu şikayet içeren Klass-Almanya davasında Mahkeme, söz konusu durumun özel hayat, aile hayatı ve haberleşme haklarına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 244.

⁴⁴⁸ Gülşen Yıldırım, "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 8. Maddenin Genişletilmiş Yorumu İle Sağlanan Koruma", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 408.

⁴⁴⁹ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁵⁰ "Case Of Gaskin v. The United Kingdom" Application no. 10454/83 07.07.1989, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=GASKIN&sessionid=7317431&skin=hudoc-en>, 29.04.2008.

⁴⁵¹ "Klass ve Diğerleri-Almanya" Başvuru no. 5029/71 06.09.1978 parag. 41, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamında ele alınan dört kavramın anlamı çok belirgin değildir ve Mahkeme, bu kavramların yorumu hususunda kesin kurallar getirmekten kaçınmıştır. Özellikle 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikayetin korunan haklar kapsamına girip girmediğini belirlerken, Mahkeme'nin tutumu söz konusu kavramlara özerk bir anlam yüklemekle beraber, davanın seyrine göre karar vermek olmuştur⁴⁵². Bu noktada Mahkeme'nin esnekliği, toplumsal, yasal ve teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurabilmesine hizmet etmekle beraber, bu yaklaşım özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmenin kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak belirlemeyi zorlaştırmaktadır.

3.1.3. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İNCELENMESİNİN İKİNCİ AŞAMASI

3.1.3.1. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bir şikayette bulunulduğunda, söz konusu anlaşmazlığın özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme haklarından biri veya birkaçıyla ilgili olduğu karara bağlandıktan sonra ikinci aşamaya geçilecektir. 8. maddede düzenlenen haklara müdahale edilip edilmediği, edilmiş ise bu müdahalenin kanunlara uygun olup olmadığı, müdahalenin meşru bir amacının bulunup bulunmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konuları ikinci aşamada incelenmektedir⁴⁵³.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme ile korunan bir hakka müdahalenin yapılabilmesi için, bunun Devlet organları ya da resmi sıfat gereği hareket eden görevliler tarafından gerçekleştirilmesi ve Devlete isnat edilebilir nitelikte olması gerekmektedir⁴⁵⁴. Ve yine müdahalenin varlığından bahsedilmek için, bir kimseyi etkilemek suretiyle onu mağdur statüsüne sokacak bireysel bir kararın alınması gerekir. Bunun yanı sıra bireysel karar alınmaksızın sırf kanun metninin varlığının müdahale sayılabildiği

⁴⁵² Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 16.

⁴⁵³ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁵⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 245.

durumlar da söz konusudur. Adli denetleme altında alınmış önlemler kadar, önleyici denetleme altında alınmış önlemler de müdahale oluşturabilmektedir⁴⁵⁵. Dolayısıyla her türlü telefon dinlemeleri de dahil olmak üzere haberleşmeye müdahale eylemlerinin tüm şekilleri, diğer bir deyişle iletişimin engellenmesi ve kaydedilmesi Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrasında korunan bir hakka müdahale teşkil etmektedir⁴⁵⁶.

Söz konusu müdahalenin varlığını kanıtlamak davacının sorumluluğundadır⁴⁵⁷; örneğin Campbell-Birleşik Krallık davasında Hükümet, başvuran tutuklunun, herhangi bir mektubunun açılmış olduğunu gösteremediğinden, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği iddiasını kanıtlayamadığı görüşünü ileri sürmüştür. Fakat Mahkeme, mevcut cezaevi uygulamalarının, tutuklu mektuplarının açılıp okunmasına izin verdiği için Sözleşme kapsamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği kanaatine varmıştır. Bu noktada, başvurucunun müdahaleyi oluşturan maddi hasarın kesinliğini kanıtlayamadığı durumlarda, söz konusu müdahalenin gerçekleşebilme olasılığının ortaya konulması yeterli olabilecektir⁴⁵⁸.

Dudgeon-Birleşik Krallık davasında⁴⁵⁹ başvuru, yetişkin erkeklerin kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri bazı homoseksüel eylemleri suç sayan İrlanda kanunlarının, 8. madde bağlamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale oluşturduğu hususunda şikayette bulunmuştur. Hükümet savunmasında, kanunlar kapsamında rızası olan erişkin erkeklerin homoseksüel davranışları nedeniyle uzun süredir dava edilmediği, başvurucunun aleyhinde bir dava açılmadığı ve herhangi bir suçtan dolayı mahkum edilmediği gerekçesiyle sırf kanunların varlığının kişinin özel hayatına müdahale oluşturmayacağı görüşünü belirtmiştir. Ancak Mahkeme, böyle

⁴⁵⁵ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 387.

⁴⁵⁶ **A.e.**, s. 409.

⁴⁵⁷ "Case Of Campbell v. The United Kingdom" Application no. 13590/88 25.03.1992, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMPBELLE&sessionId=5958794&skin=hudoc-en>, 05.03.2008

⁴⁵⁸ Taşkın, **a.g.e.**, s. 248.

⁴⁵⁹ Sibel İnceoğlu, "Dudgeon-Birleşik Krallık (Esas HK) Özet", **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Mayıs 1998, s. 386-395.

bir davanın başlatılabilmesi tehlikesinin ne hayali, ne de teorik olduğuna ve bu nedenle davacının içinde bulunduğu kişisel şartlarda, bu kanunun kağıt üzerinde de olsa varlığının, söz konusu kişinin özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilediğine karar vermiştir⁴⁶⁰.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrası tarafından korunan haklara yöneltilen herhangi bir müdahalenin Sözleşme'yle tutarlı olması için, hükmün 2. fıkrasında belirtilen bütün kriterlere uyması gerekmektedir. Özellikle söz konusu müdahale, kanunlara uygun olmalı, 2. fıkra da belirtilen meşru amaçlardan birini gütmeli ve demokratik bir toplum açısından gereklilik arz etmeli veya söz konusu amaçla orantılı olmalıdır.

Diğer taraftan Mahkeme'nin, bir 8. madde hakkına yöneltilen müdahalenin söz konusu hükmün 2. fıkrası çerçevesinde yerinde olup olmadığını belirlerken ilgili Devlete belirli bir takdir hakkı tanıdığını da belirtmek gerekir⁴⁶¹. Yetkili ulusal mercilere tanınan takdir hakkı, mevcut şartlara ve konuya göre değişiklik arz etmektedir; bu noktada takdir hakkının kapsamı belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken unsurlar, taraf Devletlerin kanunları arasında müşterek bir ilintinin varlığı, ele alınan konunun hassasiyeti, ve taraf Devletlerdeki gelenek, politika ve uygulamaların çeşitliliği olarak sayılabilir⁴⁶².

Örneğin çocukların korunması hususunda kapsam oldukça geniş tutulmuştur; Mahkeme, çocukların bakımı ve aileye Devletin müdahalesi konularında taraf devletlerde çeşitli uygulamalar olduğunu kabul etmekte ve Sözleşme kapsamında bu tür davaları değerlendirirken, bu hususu göz önünde bulundurarak Devletlere bu alanda takdir payı bırakmaktadır⁴⁶³. Ayrıca Mahkeme, ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara hakimiyetinden dolayı, ulusal yetkililerin bir davanın

⁴⁶⁰ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 41.

⁴⁶¹ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁶² Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 56-57.

⁴⁶³ **A.e.**, s. 57.

şartlarını daha iyi değerlendirebileceği ve daha uygun adımlar atabileceği görüşünü benimsemiştir⁴⁶⁴.

Ancak bu yetkinin akit Devletlere sınırsız bir takdir hakkı tanımadığı da ayrıca AİHM tarafından belirtilmiş ve Devletlerin, AİHS'nin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekle mükellef olduğu vurgulanmıştır⁴⁶⁵. Böylece, bu hususta nihai karar verme yetkisi AİHM'ye ait olup, milli makamlara tanınan takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığı daha önce yukarıda da belirtildiği üzere mevcut şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişik açılardan irdelenecektir⁴⁶⁶. Mahkeme, takdir yetkisinin sınırını belirlerken, Devlet yetkililerinin bu yetkiyi kullanma sıklığı ve derinliği ile bu koşulların yazılı veya sözlü olarak yeterince açık belirtilip belirtilmediğini göz önünde bulundurmaktadır⁴⁶⁷.

Arama ve el koyma konularında Mahkeme, Sözleşen Devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel delil bulmak amacıyla konutların aranması ve mallara el konulması gibi önlemlere başvurusu gerekebileceği gerçeğini kabul etmektedir. Normal şartlar altında 8. maddenin 1. fıkrası bağlamında, bireyin özel hayat, konut ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil edecek bu tür önlemlerin gerekliliğini açıklamak için kullanılan nedenler ilgili, yeterli ve hedeflenen amaçla orantılı olmalıdır⁴⁶⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireye yeterli ve etkin bir koruma sağladığı hususunda da AİHM tatmin olmayı beklemektedir. AİHM içtihatları, aramaların “yasal olma” ve “keyfiliğe ve istismara

⁴⁶⁴ “Case Of Olsson v. Sweden (No.2)” Application no. 13441/87 27.11.1992, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=OLSSON&sessionid=8033316&skin=hudoc-en>, 25.05.2008.

⁴⁶⁵ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁶⁶ Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, No:89, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001, s. 223.

⁴⁶⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 246.

⁴⁶⁸ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

karşı yeterli mekanizmaları içermesi” şartlarını esas almaktadır. Bu bağlamda Devletler, arama ve el koyma konularında takdir hakkına sahip olmalarına rağmen, özellikle yargı dışı organların arama ve el koyma tedbirlerine dahil olması ve mahkemeden alınmış arama kararı olmaksızın arama yapıldığı durumlarda mahkemeler özellikle titiz davranmalıdır⁴⁶⁹.

AİHM, Mialhe-Fransa⁴⁷⁰ davasında ise, başka konularda da Devletin konutu arama veya el koyma gibi önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek amacıyla Devletin uluslararası yatırım uygulamalarını denetleyebilmesi ve kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplayabilmesi için evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceği ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceği görüşünü benimsemiştir. Söz konusu davada ise Mahkeme, ilgili makamların çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmalar ve şartlar sonucu gerçekleşecek müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olmayacağına hükmetmiştir.

3.1.3.2. KANUNLARA UYGUNLUK

3.1.3.2.1. GENEL OLARAK

8. maddede belirtilen haklara müdahale teşkil eden bir önlem, sadece kanunlara riayet edilen durumlarda bu hükme uygunluk arz edebilir. Şikayet edilen müdahalenin “kanunlara uygun” olması için, yasal bir dayanağı bulunmalı ve söz konusu kanun, yeterince kesin olmalı ve aynı zamanda kamu otoritelerinin “keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem” içermelidir⁴⁷¹. Bu bağlamda, kanunlarla özel olarak tanınan yetki ile tanımlanmamış idari uygulamalar veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunlu kabul

⁴⁶⁹ “Case Of Camenzind v. Switzerland” Application no. 21353/93 16.12.1997, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=CAMENZIND&sessionid=5616564&skin=hudoc-en>, 21.02.2008.

⁴⁷⁰ “Case Of Mialhe v. France (No. 1)” Application no. 12661/87 25.02.1993, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=MIAILHE&sessionid=8415559&skin=hudoc-en>, 27.05.2008.

⁴⁷¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 43.

edilmektedir⁴⁷². Ne kadar sıkı tatbik edilirse edilsin, idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır⁴⁷³.

Mahkeme, Malone Birleşik Krallık davasında telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığı hususunu bu açıdan değerlendirmeye tabi tutmuştur; davanın meydana geldiği dönemde telefonların dinlenmesi, bir kamu otoritesini özel olarak yetkilendirmeksizin detayları yayınlanmamış olan idari düzenlemelerle gerçekleştirilmekte idi. Bu noktada Mahkeme, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi hususunda yeterli açıklık bulunmamasını ve söz konusu tedbirin idari bir uygulama şeklinde yapılması nedeniyle herhangi bir zamanda değiştirilebilmesi ihtimalinin bulunmasını, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Khan-Birleşik Krallık davasında ise Mahkeme, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen kanuni bir sistem olmadığı ve söz konusu cihazların kullanımı bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İç işleri Bakanlığı Rehber Kuralları dahilinde düzenlendiği için, Birleşik Krallık kamu otoriteleri tarafından bu tür gizli dinleme cihazlarının kullanımını 8. madde bağlamında ihlal olarak nitelendirmiştir⁴⁷⁴.

Mahkeme’ye göre Sözleşme, her türlü iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişim hakkının korunması hususunda Devletlere ait bir pozitif yükümlülük öngörmektedir⁴⁷⁵. Bu hakkın Devlet tarafından sınırlandırılmasının da kanun adı verilen düzenlemelerle yapılması zorunludur. Mahkeme, özel hayat ve haberleşme özgürlüğü hakkı ile sıkı bir ilişki içinde olan telefon dinlemenin, genel hükümlere dayanılarak yapılamayacağını ve dolayısıyla açık bir yasa ile özel olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir; yasada, iletişimin denetlenmesinin çeşitleri ve

⁴⁷² Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁷³ Kil Kelly, **a.y.**

⁴⁷⁴ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 44.

⁴⁷⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004, s. 237.

yöntemleri açıkça sayılmalı ve Devletin hangi suç tipleri ile ilintili olarak iletişimleri denetleyebileceği belirlenmiş olmalıdır⁴⁷⁶. Nitekim bu belirleme, sadece telefon dinlemelerle sınırlı kalmayıp telefonlara yönelik uygulanan her türlü denetleme çeşitleri için de aynı nitelikte açıkça belirlenmiş olmalıdır.

Yasa kavramı alışlagelen dar anlamda değil, ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk kuralları olarak algılanıp bu bağlamda yorumlanmalıdır⁴⁷⁷. Diğer bir ifadeyle yasa kavramına kanun, tüzük, yönetmelik, yüksek mahkeme içtihatları ve tüm idari düzenlemeler dahil edilebilir. Bu bağlamda, haberleşmeye müdahale etme hususunda doğası gereği kapsamlı olan düzenlemelerin detaylarını belirlemek için kanunlara ek olarak başvuru hukuki enstrümanların da ilgililer tarafından ulaşılabilir olması gerekmektedir. Örneğin, başvurunun bulunduğu cezaevindeki yöneticilere verilen mektuba, kanun gücünde olmayan talimatlar uyarınca el konulmasını konu alan ve daha önce yukarıda bahsi geçen Silver-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin kanunlara uygun olmadığı ve Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bir tutuklunun Ombudsman'a yazdığı bir mektuba 8. maddeye aykırı olarak müdahale edilmesi ve geciktirilmesini konu alan Niedbala-Polonya⁴⁷⁸ davasında da Mahkeme benzer bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, tutuklunun yazışmasına yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yasal olup olmadığını değerlendirirken şu hususlara dikkat çekmek istemiştir⁴⁷⁹;

- Soruşturması devam eden bir tutuklunun yazışmalarının engellenmesine karşı başvurulabilecek yasal dayanaklar bulunmamaktadır.

⁴⁷⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 249.

⁴⁷⁷ Dinç, **a.g.e.**, s. 384.

⁴⁷⁸ "Case Of Niedbala v. Poland" Application no. 27915/95 04.07.2000, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=NIEDBALA&sessionid=9033215&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

⁴⁷⁹ "Case Of Niedbala v. Poland" Application no. 27915/95 04.07.2000 parag. 81, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=NIEDBALA&sessionid=9033215&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

- Polonya kanunları, tutukluların yazışmalarının, cezai takibat yürüten yetkililer tarafından otomatik olarak sansürlenmesine izin vermektedir.
- Bunun sonucu olarak da tutuklunun yazışabileceği farklı kategorilerdeki kişiler arasında kanunlar açısından hiçbir ayırım gözetilmemekte ve Ombudsman ile gerçekleştirilen yazışmalar da sansüre tabi tutulmaktadır.
- Kanun hükümlerinde sansürün uygulanış şekli ile ilgili prensipler ve sansürün nasıl ve ne kadar süreyle uygulanacağı belirtilmemiştir.
- Sansürün uygulanış biçimi otomatik olduğundan, yetkililer sansürün ne gerekçe ile yapıldığını açıklama yükümlülüğüne tabi değildir.

Bu sebeplere dayanarak Mahkeme, Polonya yasalarında tutukluların yazışmalarının kontrole tabi tutulması hususunda kamu yetkililerine tanınan takdir yetkisinin içeriğinin ve yönteminin makul sayılabilecek bir açıklık taşımadığı ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁸⁰.

Kanaatimizce, demokratik toplumların maruz kaldığı sofistike terör ve casusluk eylemlerinin varlığından hareketle bu tür tehditlere son verilmesi amacıyla Devletlerin ulusal bünyede bir takım gizli çalışmalar yürütmeleri doğaldır. Ne var ki AİHM'sinin de belirttiği üzere, demokratik bir toplumda meşru olarak kabul edilebilecek istihbarat ajanslarının faaliyetlerinin, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği ve kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek adına demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca benimsenen sistem ne olursa olsun, sistemin istismarına karşı sunulacak teminatlar da yeterli ve etkin olmalıdır.

3.1.3.2.2. KANUNDA BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

3.1.3.2.2.1. ULAŞILABİLİRLİK

Mahkeme, müdahalenin esas ve usullerinin kanunla öngörülmesi ile yetinmeyerek, aynı zamanda kanunların hukuk devleti ilkesine uygun olmasını da aramaktadır⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 51-52.

⁴⁸¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 240.

Mahkeme’ye göre adı kanun olan düzenlemenin bu hükmü karşılaması mümkün değildir. Dolayısıyla bu kavramın bazı unsurları bulunmalıdır. Buna “kanunların kalitesi” de denmektedir⁴⁸². Mahkeme, özgürlükleri sınırlayan bir kanunun belirli, ulaşılabilir, öngörülebilir ve keyfiliği önleyici güvenceler içermesini şart koşturmaktadır.

Bir müdahalenin, Sözleşme’nin 8. maddesin 2. fıkrasına uygun olarak gerçekleşebilmesi için, öncelikle müdahalenin dayandığı kanunun, ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olması gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen Khan-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, ulaşılabilirlik ilkesine vurgu yapmıştır; olayın geçtiği dönemde Birleşik Krallık sınırları içinde gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistemin bulunmaması nedeniyle bu cihazların kullanımı İçişleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlenmektedir. Bu kurallara halkın ulaşması mümkün olmadığı için söz konusu kuralların bağlayıcılığının da olamayacağı gerekçesiyle yapılan müdahale ihlal olarak değerlendirilmiştir⁴⁸³. Yasal düzenlemelerin ulaşılabilir olması bunların yayın organları tarafından ilan edilmesi ile sağlanabilir; kanunlar genellikle Resmi Gazetelerde yayınlanmaktadır.

3.1.3.2.2.2. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

8. maddenin kanunlara uygunluk açısından aradığı bir diğer şart öngörülebilirlik ilkesidir. Özgürlükleri kısıtlayan hükümlerin açıkça belirtilmemesi, farklı yorumlamalara açık olması, değişik hukuk kurallarından kıyas yoluyla uygulanması veya mahkeme içtihatları yoluyla çıkartılması “öngörülebilirlik” şartının yerine getirilmesi açısından sorun teşkil etmektedir⁴⁸⁴. Söz konusu kanun, ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir ve gerekirse uygun tavsiyeler alındıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin edebilmelerini mümkün kılacak düzeyde açık olmalıdır⁴⁸⁵.

⁴⁸² Taşkın, **a.g.e.**, s. 251.

⁴⁸³ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 44.

⁴⁸⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 252.

⁴⁸⁵ “Case Of Margareta And Roger Andersson v. Sweden” Application no. 12963/87 25.02.1992 parag.75, (Çevrimiçi)

Tahmin edilebilirlik şartı olarak adlandırılan bu takdirin kapsamı ve yöntemi bireyleri keyfi müdahalelerden koruyabilecek ölçüde açıklık arz ettiği sürece, takdir yetkisi sunan bir kanun 8. madde ile çelişmeyecektir⁴⁸⁶. Örneğin; Olsson-İsveç davasında, davacılar, Devletin çocuk bakımı hususunda sosyal hizmet yetkililerine tanıdığı takdir yetkisini düzenleyen kanunun, bu noktada ortaya çıkabilecek sonuçları tahmin edilemeyecek derecede muğlak ifadelerle düzenlediğini ileri sürmüştür. Olayı değerlendiren Mahkeme, bir çocuğun Devlet bakımına alınmasına ve bakım hususundaki bir kararın uygulanmasını sona erdirmesine ilişkin şartların, her türlü olasılığı ele alabilecek şekilde bir kanun kaleme alınmasını neredeyse imkansız kılacak düzeyde değişken olduğunu belirtmiştir.

Diğer taraftan, yetkililerin harekete geçme hakkını çocuğun zarar görmüş olduğu durumlarla sınırlamanın, çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğini gereksiz biçimde azaltabileceğini de ayrıca ifade etmiştir. Bütün bunlara ek olarak, Mahkeme kanunlar kapsamındaki takdir yetkisinin idari mahkemelere bırakılmasını ve söz konusu mahkemelerin belli düzeyde gözetime tutulmasını, keyfi müdahalelere yol açabilecek sakıncalar olarak değerlendirmiştir.

Öngörülebilir olma ilkesi, uygulanan özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin mutlaka ilgisine haber verilmesi zorunluluğunu içermemektedir; bu bağlamda istihbari amaçla iletişimin dinlenmesinin öngörülebilir olması, bu işlemin haber verilmesini gerektirmemektedir. Önemli olan, bu müdahalenin hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceği konusunda mevcut düzenlemenin fikir verebilmesidir⁴⁸⁷.

3.1.3.2.2.3. AÇIKLIK

Kanunda bulunması gereken bir diğer özellik ise, açıklıktır. Mahkeme'ye göre kanunda iletişimin denetlenmesine ilişkin koşullar açık ve net bir biçimde

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=ANDERSON&sessionid=9033322&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

⁴⁸⁶ "Case Of Olsson v. Sweden (No.1)" Application no. 10465/83 24.03.1988 parag.62, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=OLSSON&sessionid=9033374&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

⁴⁸⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 253.

belirtilmelidir. Diğer taraftan mevcut düzenlemeler, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı önlemler içermelidir⁴⁸⁸. Özellikle muhtemel müdahalenin niteliği, kapsamı, süresi, bu tedbir veya tedbirlerin emredilmesi için dayanılması gereken sebepler, emri vermeye yetkili merci, uygulayan ve denetleyen birimler, uluslararası ve iç hukuk alanındaki başvuru yolları gibi hususların kanunda düzenlenmesi gerekir⁴⁸⁹. Müdahale koşulları belirlenirken özellikle günden güne gelişen teknoloji açısından açık ve ayrıntılı hükümlere yer verilmesi zorunlu görülmektedir⁴⁹⁰.

Kruslin ve Huvig davalarında Mahkeme, telefon dinlemeye yönelik teknolojinin çok hızlı geliştiğini ve bu tür yöntemlerin çeşitlendiğini göz önüne alarak kanunların, bu gelişmeleri de kapsayacak şekilde açık ve detaylı düzenlemeler içermesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹¹. Leander-İsveç kararında ise Mahkeme, kanunların özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahaleye, kamu otoritelerinin hangi durum ve şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduğuna yer verecek açıklıkta düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹².

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yöneltilecek müdahalelerinin kapsam ve koşulları teşhis edilebilecek ölçüde açık ve Anayasal bir dayanağa sahip olmalıdır⁴⁹³. Yukarıda bahsi geçen öngörülebilirlik koşulunun varlığının kabulü için öncelikle açıklık ilkesinin yerine getirilmiş olması gerekir; kanunda yer alan hükümler yeteri kadar açık değil ise zaten bireyler tarafından sonuçlarının öngörülmesi de mümkün değildir⁴⁹⁴. Açıklık ilkesi, kanun ile öngörülen müdahale yetkisinin içerik, konu, amaç ve ölçü bakımından sınırlarının yeterli düzeyde belirlenmiş olmasını gerektirmektedir.

⁴⁸⁸ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 238.

⁴⁸⁹ Taşkın, **a.g.e.**, s.254.

⁴⁹⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 103.

⁴⁹¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁹² Taşkın, **a.g.e.**, s. 254-255.

⁴⁹³ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 227.

⁴⁹⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 255.

3.1.3.3. MEŞRU AMAÇ

Müdahalenin kanunlara uygunluğu belirlendikten sonra, Mahkeme'nin ele alacağı ikinci husus, söz konusu müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıyıp taşımadığıdır. AİHM, değişik kararlarında Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yapılacak sınırlamaların meşru amaçlar dahilinde yapılması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁹⁵. 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar;

- Ulusal güvenlik,
- Kamu emniyeti,
- Ülkenin ekonomik refahı,
- Dirlik ve düzenin korunması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hedeflerinden bir veya birkaçına yöneliktir.

Bu noktada müdahaleyi destekleyici meşru bir amaç olarak Devletin sunabileceği pek çok neden olabilir;

- Bireyler hakkında bilgi toplama ve bu bilgileri saklama “ulusal güvenlik” amacına hizmet etmektedir.
- Tutukluların yazışmalarına müdahale edilmesi “toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini” önlemeyi hedeflemektedir.
- Çocukları, istismara maruz kaldıkları bir yerden uzaklaştırmak veya bir tarafa vesayet vermeyi reddetmek veya ebeveyn ile temasa izin vermemekteki amaç “sağlığın veya ahlakın” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunmasıdır.
- İhraç veya sınır dışı etmedeki amaç ise “ülkenin ekonomik refahı”nı gözetmektir.

Yukarıda sayılan Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası ile uyumlu meşru amaçları çeşitlendirmek mümkündür. Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek

⁴⁹⁵ A.e., s. 257.

iddiaya yanıt verecek olan devletin sorumluluğundadır⁴⁹⁶. Müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabileceği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Ele alınan davalarda başvuru, genellikle devletin ileri sürdüğü nedenin, müdahalenin gerçek nedeni olmadığını iddia etmektedir.

Ne var ki Mahkeme, müdahalenin amacının meşru olup olmadığı hususunda esnek bir tutum sergilemektedir. Birçok davada Mahkeme, devletlerin uygun bir amaca yönelik olarak hareket ettiğini kabul ederek, başvuruçunun itiraz ettiği durumlarda ileri sürülen meşru amaç veya amaçları neredeyse hiç reddetmemektedir⁴⁹⁷. Bu bağlamda Mahkeme, aile hayatı ve özel hayata saygı kapsamında, sağlıklarının ve ahlaklarının korunması amacıyla çocukların devlet eliyle bir kuruma yerleştirilmelerini pek çok davada meşru amaç kapsamında değerlendirmiştir⁴⁹⁸. Yine Mahkeme, Klass ve diğerleri davasında da, telefon konuşmalarının gizli dinlenmesi tedbirinin, ulusal güvenlik, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle uygulanabileceğini kabul etmiştir⁴⁹⁹.

AİHM, cezaevlerinde bulunan kişilerin yakınları veya avukatları ile haberleşmesinde yaşanan pek çok olayı 8. madde açısından incelemiş ve bu konuda zengin bir içtihat oluşturmuştur⁵⁰⁰. Tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarında yapılan denetimin ölçüsü, amaca uygunluk ve olayın özeliğine göre değişmektedir. Ceza ve tutukevi hayatının kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, buradaki kişilerin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkına yöneltilen müdahaleyi meşru kılmamaktadır⁵⁰¹. Bu nedenle, tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla yazışmalarına özel bir önem verilmekte ve bu konudaki en ufak bir engelleme bile AİHS'ne aykırı kabul edilmektedir⁵⁰².

⁴⁹⁶ Kenan Özdemir, "Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁴⁹⁷ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 53.

⁴⁹⁸ Taşkın, **a.g.e.**, s. 258.

⁴⁹⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 237.

⁵⁰⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 342.

⁵⁰¹ **A.e.**

⁵⁰² Ünal, **a.g.e.**, s. 226.

AİHM’ne göre “makul gerekçe” kavramının niteliği mevcut şartlara göre değişebilmekle birlikte genel olarak “nesnel bir gözlemcinin, özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak verilerin veya bilgilerin mevcudiyeti” olarak kabul edilmektedir⁵⁰³. Bir tutuklunun özel yazışmalarına yapılan müdahalenin meşru olup olmadığı ağırlıklı olarak yazışmanın içeriğine göre irdelenmektedir. Bu bağlamda, 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla özgür bir bireye nazaran tutuklu bir kişiye karşı daha kapsamlı müdahale önlemleri alınmasının, AİHS’ne uygun olmadığı söylemek pek de yerinde olmayacaktır.

Müdahaleye dayanak teşkil eden meşru amaçlar kimi zaman iç içe geçmiş şekilde de kendini göstermektedir. Dudgeon-Birleşik Krallık davasında⁵⁰⁴, Mahkeme tarafından meşru amaç şartına ilişkin olarak Hükümet tarafından müdahalenin dayandırıldığı iki amaç değerlendirilmiştir; müdahale “ahlakın korunması” mı yoksa “başkalarının haklarını ve özgürlüklerini koruma” meşru amacına mı yöneliktir? Mahkeme, mevcut ulusal düzenlemenin amaçlarından birinin, gençlik gibi toplumun zarar görebilecek bir bölümünün eşcinsel uygulamaların sonuçlarından korunması olduğunu kabul etmekle beraber bu noktada “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “ahlakın korunması” meşru amaçları arasında kesin bir ayırım yapmaktan kaçınmıştır. “Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” yetişkin olmayan, akıl hastalığı veya bağımlılık gibi nedenlerden ötürü özel korumaya gereksinimi olan bazı bireylerin menfaatlerinin güvence altına alınması anlamında, bir yönüyle de “ahlakın korunması”dır. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu davada iki amacı bu temelde ele almayı yeğlemiştir.

3.1.3.4. DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA GEREKLİLİK

Mahkeme’nin, Sözleşme kapsamında başvuruları incelerken uyguladığı diğer bir denetim aşaması, uygulanan müdahalenin demokratik toplumların zorunlu kıldığı

⁵⁰³ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁵⁰⁴ İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 390-391.

koşullara uygun olup olmadığı, işlemin hangi toplumsal gereksinimi karşılamaya yönelik olduğu ve bu gereksinimin daha hafif başka yollarla karşılanıp karşılanamayacağını incelendiği aşamadır⁵⁰⁵. Bu inceleme yapılırken her siyasi topluma has bir demokrasi değil evrensel ölçütlere sahip bir demokrasi standardı baz alınmaktadır⁵⁰⁶ Mahkeme’ye göre özgürlüklerin sınırlandırılmasının, ancak zorlayıcı bir sosyal gereksinimi karşılamak amacıyla gerçekleştirilmesi ve bunun demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır⁵⁰⁷.

Mahkeme’nin sıkça vurgu yaptığı demokratik bir toplumdan ne anlaşılması gerektiği Handyside-Birleşik Krallık kararında açıklanmıştır. Buna göre “demokratik toplum”dan çoğulculuk ve açıklığın bulunduğu bir toplumun anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁰⁸. Çoğulculuk, açıklık ve toleransın hüküm sürdüğü bir toplumda koruyucu bir Devlet yaklaşımı kabul edilemeyeceği için temel hakların kullanılmasına yönelik talepler tolere edilir. Böyle bir toplumda özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleler kolaylıkla kabul görmez. Müdahale yapılabilmesi için zorlayıcı sebeplerin ve acil toplumsal ihtiyaçların bulunması gerekir.

Dudgeon-Birleşik Krallık davasında ise Mahkeme, demokratik bir toplumun iki özelliğinin hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu belirtmiştir⁵⁰⁹. Bu bağlamda Mahkeme, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün öneminin ve AİHS tarafından tanınan haklara karşı gerçekleştirilecek keyfi müdahalelerin önlenmesi ihtiyacının da altını çizmiştir. Ayrıca AİHM’ne göre AİHS’nin hazırlanış amacı demokratik bir toplum ideal ve değerlerini korumak ve devam ettirmektir⁵¹⁰. Ancak genel olarak demokratik bir toplumda Sözleşme’nin 8. maddesi açısından gerekli

⁵⁰⁵ Dinç, **a.g.e.**, s. 384.

⁵⁰⁶ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında “Demokratik Toplum”Ölçütü”, **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 114.

⁵⁰⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 259.

⁵⁰⁸ **A.e.**, s. 260; Kilkelly, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁰⁹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 392; Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁵¹⁰ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

olanın ne olduğu, aşağıda incelenecek olan orantılılık prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında kurulan dengeye göre belirlenmektedir⁵¹¹.

Mahkeme, Young James et Webster-Birleşik Krallık kararında ise demokrasinin, çoğunluk fikirlerinin üstünlüğüne rağbete dönüşmeyen, baskın durumdakilerin tüm suiistimallerinden kaçınan ve azınlığa karşı adil davranmayı temin eden bir dengeyi ifade ettiğini belirtmiştir⁵¹². Demokratik toplumun bu özelliklerinin, ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve buna benzer değişik gerekçelerle sarsılmaması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, çeşitli terör eylemleri ve suç örgütlerinin de demokratik toplum düzenini bozmalarına Devletlerin izin vermemesi gerekir. Bu noktada, bu iki değer arasında uygun bir denge kurulması kaçınılmazdır. Diğer taraftan Mahkeme, hukukun üstünlüğünü temel alan bir Devletin, işlevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla iç güvenlik hizmeti gören istihbarat kurumu gibi müesseselerin varlığını korumaları gerçeğini de göz ardı etmemektedir⁵¹³.

“Demokratik bir toplumda gereklilik” kavramı müdahalenin zorunlu ve gerekli olduğunu ifade etmekte olup, Devletin söz konusu müdahale açısından bazı nedenlerinin olması bu noktada yeterli değildir⁵¹⁴. Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik unsurunu şu şekilde tanımlamaktadır; gerekli kelimesi “vazgeçilmez anlamında değildir. “Mutlak surette gerekli”, “zorunlu ölçüde”, “durumun zorunlu olarak gerektirdiği” deyimlerinin taşıdığı kesinlik ve gereksinim yoğunluğunu da içermemektedir⁵¹⁵. Söz konusu “gerekli” kavramı, “kabul edilebilir”, “hoşgörülebilir” ya da “akla yakın” veya “normal”, “makul” yahut “uygun” ifadelerinin taşıdığı elastikiyet ve yumuşaklığa da sahip değildir⁵¹⁶. Sonuç olarak “gerekli” sözcüğü “zorlayıcı”, “sıkıştıran” bir toplumsal gereksinime işaret

⁵¹¹ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 54.

⁵¹² Taşkın, **a.g.e.**, s. 261; Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 116.

⁵¹³ Taşkın, **a.y.**

⁵¹⁴ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 53.

⁵¹⁵ Taşkın, **a.y.**

⁵¹⁶ “Case Of Handyside v. The United Kingdom” Application no. 5493/72 07.12.1976 parag. 52,

(Çevrimiçi)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=HANDYSIDE&sessionid=9085564&skin=hudoc-en>, 09.06.2008.

etmektedir⁵¹⁷. Demokratik bir toplumda gerekli olduğu için yapılan müdahalenin, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olması gerekmektedir. Her somut olayda “toplumsal ihtiyaç baskısı”nın ne olduğunu birinci aşamada belirleyecek makamlar, ulusal makamlardır; onlara belli bir takdir alanı bırakılmıştır⁵¹⁸. Ne var ki onların kararının yeniden gözden geçirilmesi Mahkeme’nin yetkisindedir.

Yine Handyside kararında⁵¹⁹ belirtildiği üzere Devletlere bırakılan takdir alanı, ahlaki konuların korunması hususunda daha geniştir; ahlakın gereklerine ilişkin görüşler zaman ve mekana göre değişkenlik göstermektedir. Ayrıca Devlet makamları, ulusal sınırları içerisinde meydana gelen olaylar ile daha doğrudan ve sürekli ilişkide bulundukları için, bu gereklerin içeriği hususunda bir görüş belirtirken uluslararası hakimlere kıyasen daha avantajlı konumdadırlar.

Bununla beraber, sadece sınırlamanın amacının niteliği değil, aynı zamanda kapsadığı eylemlerin doğası da takdir yetkisinin kapsamını etkilemektedir. Bunun sonucu olarak, kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilecek müdahalelerin 8. maddenin 2. fıkrası bağlamında haklı olabilmesi için, özel olarak ciddi nedenlerin mevcudiyeti aranmaktadır⁵²⁰. Mahkeme, Olsson-İsveç kararında⁵²¹ da gereklilik kavramını, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt vermesi ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantılı olması olarak tanımlamıştır. Bu noktada, gereklilik kavramının aşırı sınırlı veya genel yorumu Mahkeme tarafından kabul görmemektedir⁵²².

⁵¹⁷ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 113, İncoğlu, **a.g.e.**, s. 391.

⁵¹⁸ İncoğlu, **a.y.**

⁵¹⁹ “Case Of Handyside v. The United Kingdom” Application no. 5493/72 07.12.1976 parag. 52, (Çevrimiçi)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=HANDYSIDE&sessionid=9085564&skin=hudoc-en>, 09.06.2008.

⁵²⁰ İncoğlu, **a.g.e.**, s. 392.

⁵²¹ “Case Of Olsson v. Sweden (No.1)” Application no. 10465/83 24.03.1988 parag.62, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=OLSSON&sessionid=9033374&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

⁵²² Taşkın, **a.y.**

3.1.3.5. ORANTILILIK

Hukuk devleti ilkesinin gereği, bir yandan suçları önleme ve aydınlatma görevi iken diğer taraftan da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterme ve onları koruma yükümlülüğüdür. Bu görevlerden birincisinin ihmal edilmesi hukuki barışın bozulması sonucunu doğururken ikincisinin ihmal edilmesi de sosyal barışın bozulmasına sebebiyet vermektedir⁵²³.

Bu görev ve yükümlülükler yerine getirilirken Devletin takdir yetkisi bazı ilkelerle sınırlandırılmıştır. Bunlardan birisi de orantılılık ilkesidir. Genel olarak, orantılılık ilkesi, insan haklarının mutlak olmadığını ve kişi hak ve özgürlüklerinin kullanımının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵²⁴. Bu ilke, söz konusu dengeyi kurmanın yöntemlerinden birisidir ve sıklıkla Mahkeme'nin Sözleşme uygulamalarında kullanılmaktadır⁵²⁵. Mahkeme'nin de sık sık hatırlattığı üzere: “Sözleşme'nin bütününün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır”⁵²⁶.

Orantılılık ilkesi aslında Sözleşme metninin genelinde yer almamaktadır. Mahkeme bu ilkeyi ilk defa 23.07.1968 tarihli Belçika Dil davası ile keşfetmiştir. Daha sonra da özellikle 23.09.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararıyla “genel çıkar ve bireyin çıkarları arasında adil bir denge”nin kurulması olarak tanımlamıştır⁵²⁷. Bu ilke artık yerleşik Mahkeme içtihatlarıyla da Sözleşme'nin tamamına sirayet etmiş durumdadır. Bu bağlamda Mahkeme, müdahalenin üstün bir sosyal ihtiyaca cevap vermesini ve izlenen meşru amaçla orantılı olmasını aramakta ve bir anlamda da Devletlerin takdir haklarını denetlemektedir⁵²⁸. Orantılı olmak, bir hakka

⁵²³ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 223.

⁵²⁴ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 54.

⁵²⁵ Taşkın, **a.g.e.**, s. 264.

⁵²⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 55.

⁵²⁷ Sporrong ve Lönnroth-İsveç” Başvuru no. 7151/75 23.09.1982 parag. 69, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=55>, 09.06.2008.

⁵²⁸ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 389.

yöneltilecek müdahalenin, hakka en az zarar verecek biçimde yapılmış olması gereğini de beraberinde getirmektedir⁵²⁹.

Mahkeme, bireylerin hakları ile genel kamu yararı arasındaki menfaatler dengesini kurarken ulusal mahkemelerin aldığı kararlar hususunda bir temyiz mercii olmadığı için bir davanın esasına yönelik görüş bildirmekten kaçınmaktadır⁵³⁰. Olay bir bütün olarak değerlendirilerek, kamu otoritelerinin, müdahale niteliğindeki önlemleri almaları için “uygun” ve “yeterli nedenlere” sahip olup olmadıkları araştırılmaktadır⁵³¹.

Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle birkaç unsurun bir arada bulundurulmasını gerektiren uzun bir süreçten oluşmaktadır. Bu unsurlar arasında müdahaleden sakınılmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve Devletin karşılamaya çalıştığı acil toplumsal ihtiyaç sayılabilir⁵³². Örneğin; müdahaleden korunmaya çalışılan hak hususunda, Dudgeon-Birleşik Krallık davasında, ele alınan olayın özel yaşamın en mahrem yönü olan cinsel hayata ilişkin olması nedeniyle kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilecek müdahalenin, 8. maddenin 2. fıkrası bağlamında haklı olabilmesi için özel olarak ciddi nedenlerin bulunması zorunludur⁵³³. Bir başka deyişle bazı haklar diğerlerine göre kaçınılmaz olarak daha önemli olduğu için söz konusu haklara müdahale edilmesinin gereğini açıklamak kaçınılmaz olarak çok daha zordur.

Müdahalenin şiddeti unsuru irdelenecek olursa, müdahale ne kadar kapsamlı ve şiddetli ise, söz konusu müdahaleyi haklı kılmak için gereken nedenler de o kadar güçlü olmalıdır. Örneğin bir anne ve baba ile başkasının velayeti altında olan çocuğu arasındaki teması yasaklamak için gereken neden, söz konusu teması kısıtlamak için

⁵²⁹ Taşkın, **a.y.**

⁵³⁰ Kilkelly, **a.y.**

⁵³¹ “Case Of Olsson v. Sweden (No.1)” Application no. 10465/83 24.03.1988 parag.62, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=OLSSON&sessionid=9033374&skin=hudoc-en>, 07.06.2008.

⁵³² Kilkelly, **a.g.e.**, s. 56.

⁵³³ İnceoğlu, **a.y.**

gereken nedenden daha ağır olmalıdır⁵³⁴. Müdahalenin ele aldığı acil toplumsal ihtiyaç için ciddi nedenlerin varlığının gerektiği görüşünden hareketle, ulusal güvenliği korumak amacıyla alınan önlemleri açıklamak, örneğin ahlakı korumayı güden önlemleri açıklamaktan çok daha zor olabilir.

Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin, özel hayatın bir parçası olan haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturması nedeniyle, orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak uygulanabilirlik koşuluna ikinci derecede yer verilmektedir. Bu koşul, aynı amaca hizmet amacı güden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade etmek suretiyle aynı suçu aydınlatmak üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise onun tercih edilmesini gerektirmektedir⁵³⁵.

AİHM, Handyside-Birleşik Krallık ve Olsson-İsveç kararlarında, uygulanan tedbirin hedeflenen meşru amaç ile orantılı olması gereğini bağımsız bir şart olarak değil özellikle demokratik toplum düzeni gereğinin sonucu olarak gördüğünü ifade etmiştir⁵³⁶. Başka bir deyişle, Mahkeme'nin sıklıkla başvurduğu orantılılık ilkesi “demokratik toplumda gereklilik” ilkesinden türemiştir. Orantılılık ilkesi, izlenen amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü araçlara başvurulması anlamına gelmektedir⁵³⁷.

⁵³⁴ Kil Kelly, **a.y.**

⁵³⁵ Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Denetlenmesi”, s. 100.

⁵³⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 265.

⁵³⁷ Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s. 191.

3.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK CEZA HUKUKU’NUN ANALİZİ

3.2.1. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HUSUSUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

3.2.1.1. YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Kişilerin özel yaşamına müdahale olanağı veren teknolojik gelişmeler karşısında hukuksal yarar olarak, özel yaşamın korunması hususu büyük önem kazanmıştır. 765 sayılı TCK 195 ve devamı maddelerinde “sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler” adı altında özel yaşam ve haberleşme dokunulmazlığına ilişkin Anayasal güvenceye aykırılık yaptırıma bağlanmış bulunmaktaydı⁵³⁸.

Ne var ki 765 sayılı TCK’daki bu düzenleme başlığı, amacı tam olarak açıklamakta yetersiz kalmaktaydı. Çünkü 765 sayılı TCK’nın esas güttüğü amaç haberleşme araçlarını hukuka aykırı saldırılara karşı korumak iken haberleşme aracının niteliği ikinci planda göz önünde tutulmaktaydı⁵³⁹. ETCK’nın, özel yaşamın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünün korunması bakımından getirdiği düzenlemenin yetersiz olduğu sürekli dile getirilmekteydi. Nitekim 5237 sayılı TCK “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında yeni bazı suç tiplerine yer vermek suretiyle ETCK’nın bu konudaki eksikliğini gidermeye çalışmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitap, ikinci kısım, dokuzuncu bölümünde 132-140. maddeler arasında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerle AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde özel hayatın korunmasına ilişkin eksiklikler büyük ölçüde giderilmiştir. Ayrıca yapılan düzenlemeler Anayasa’nın özel hayatla ilgili maddeleri olan 20, 21 ve 22. maddeleriyle de paralel bir gidişat sergilemektedir.

⁵³⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2007, s. 453.

⁵³⁹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 263.

YTCK’da sırasıyla “haberleşmenin gizliliğini ihlal” (YTCK m. 132), “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” (YTCK m. 133), “özel hayatın gizliliğini ihlal” (YTCK m. 134), “kişisel verilerin kaydedilmesi” (YTCK m. 135), “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (YTCK m. 136), “verileri yok etmeme” (YTCK m. 138) suçlarına yer verilmiş, YTCK madde 137’de ise tüm bu suç tipleri için nitelikli haller öngörülmüştür. YTCK madde 139’da şikayete ilişkin düzenleme getirilmiş, madde 140’da ise tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde genel olarak kişiler arasındaki haberleşmenin ihlali için ceza öngörüldükten sonra, bu gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda daha fazla ceza verileceği hükme bağlanmıştır⁵⁴⁰. Yine adı geçen maddede kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ve diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşası suç olarak düzenlenmiş ve kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması ise artırım nedeni olarak öngörülmüştür⁵⁴¹.

TCK’nın 132. maddesiyle Anayasa’nın 22. maddesinde koruma altına alınan haberleşme özgürlüğüne aykırı müdahalelerin yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Bir kişinin haberleşmesine saygı hakkı, kesintiye uğramaksızın ve sansür edilmeksizin kişinin başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Söz konusu madde 765 sayılı TCK’nın 195. maddesi ile karşılaştırıldığında eski düzenlemelerin yeni düzenlemelere nazaran daha dar kapsamlı kaldığı görülmektedir⁵⁴². 765 sayılı TCK’nın 195. maddesinde telgraf, mektup gibi haberleşme vasıtaları sınırlı olarak sayılmış ve ihlalin şekli de belirtilmiş iken, 5237 sayılı TCK’nın 132. maddesi ile

⁵⁴⁰ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁵⁴¹ A.e.

⁵⁴² Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

haberleşmeyi gerçekleştirmek için yararlanılan vasıtalar bakımından bir sınırlamaya gidilmemiş ve bu bağlamda yapılma şekli ne olursa olsun her türlü haberleşme açısından bir koruma mekanizması getirilmiştir⁵⁴³.

Bu çerçevede haberleşme, mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta veya başkaca herhangi bir iletişim aracıyla gerçekleştirilebilir⁵⁴⁴. Suçun oluşumu açısından önemli olan haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Diğer taraftan haberleşme içeriğinin, fiilin gerçekleştirildiği sırada güncelliğini koruyor olması gerekir; örneğin tarihsel bir değer kazanan bir mektubun içeriğinin açıklanması duruma göre hakaret suçunu oluşturabilirse de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz⁵⁴⁵. Bu bağlamda haberleşme içeriğinin ceza korumasından yararlanabilmesi için bir sır içermesi gerekli olmasa da, belirli bir kişiye atfedilebilir olması gereklidir.

Haberleşmenin gizliliğine müdahale oluşturan herhangi bir fiil, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna sebebiyet vermektedir. İhlalin, söz konusu haberleşme içeriklerinin dinlenilmesi ya da okunması suretiyle meydana gelmesi, ilgili maddenin 1. fıkrasında belirtildiği üzere suçun temel şeklini oluşturacaktır. Söz konusu ihlalin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle meydana gelmesi durumunda ise suçun nitelikli şekli devreye girecektir. Bu noktada kişiler arasındaki telefon görüşmelerinin kaydedilmesi, elektronik postaların veya internetteki chat yazışmalarının bir takım bilgisayar programları kullanılarak bir üçüncü kişi tarafından gizlice ele geçirilerek bilgisayara kaydedilmesi halinde suçun nitelikli şekli gerçekleşmiş olacaktır⁵⁴⁶. Ayrıca haberleşmenin kaydı, konuşmanın ses kayıt cihazı ile tespiti biçiminde olabileceği gibi, mektubun bir kopyasının yapılması ve hatta içeriğinin ses veya görüntü kaydına alınması biçimde de olabilmektedir⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 458.

⁵⁴⁴ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 268.

⁵⁴⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.y.**

⁵⁴⁶ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

⁵⁴⁷ Ersan Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:79, No:3, 2005, s. 712.

Bu suç haberleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişi tarafından da işlenebilir⁵⁴⁸. Haberleşmeye taraf olan kişinin bu haberleşmenin içeriğini açıklaması, YTCK madde 132/1 kapsamında değil, YTCK m. 132/3 kapsamında değerlendirilecektir. Diğer taraftan gizliliği ihlal edilen haberleşmenin kaç kişi arasında meydana geldiği, bu suçun oluşumu açısından önem taşımaz. Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişi arasında araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen iletişimi ifade ettiği için kişiler arasında haberleşme niteliğine sahip olmayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi bu suç tipini oluşturmaz⁵⁴⁹. Böyle bir konuşmanın ses ve görüntü kaydının alınması, aşağıda açıklanacağı üzere YTCK madde 133’de yer alan” kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçu kapsamında değerlendirilecektir. Diğer taraftan kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belirli bir suçla ilintili soruşturma kapsamında Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun bir eylem olduğu muhakkaktır.

132. maddenin 2. fıkrasında ise kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı şekilde ifşa edilmesi eylemi yaptırıma tabi tutulmuştur. Haberleşme içeriğinin, hukuka uygun olarak mı yoksa aykırı bir şekilde mi öğrenildiği, bu suçun oluşumu bakımından önem arz etmemektedir⁵⁵⁰. Suç, haberleşme içeriklerinin ifşa suretiyle yayılmasıyla diğer bir deyişle yetkisiz kişilerin öğrenmesinin sağlanmasıyla oluşur⁵⁵¹. Ifşadan söz edilebilmesi için haberleşme içeriğine mutlaka aleniyet kazandırılmış olmasına gerek yoktur. Haberleşme içeriğinin bir kişiye açıklanması durumunda da bu meydana gelebilir⁵⁵². Haberleşmenin içeriğinin ifşasından söz edilebilmesi için, yalnızca haberleşme içeriğinin değil aynı zamanda bununla ilgili olan kişi veya kişilerin de açıklanması gerekir⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Soyaslan, **a.y.**

⁵⁴⁹ Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **a.y.**

⁵⁵⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 269.

⁵⁵¹ “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

⁵⁵² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 460.

⁵⁵³ **A.e.**

Suçun oluşumu bakımından haberleşme içeriğinin tümüyle açıklanmış olması şartı aranmaz ise de açıklanan kısmın mutlaka haberleşme içeriğine ilişkin olması şarttır. Diğer taraftan ifşa açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir. Ayrıca ifşanın mutlaka hukuka aykırı olması gerekmektedir. Örneğin; yasal olarak elde edilmiş haberleşme içeriğinin duruşmada açık bir şekilde okunması veya kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye sunulması suretiyle ifşa edilmesi suç kapsamında değerlendirilmeyecektir⁵⁵⁴.

Diğer taraftan yasalara aykırı bir şekilde ya da bir soruşturma sırasında hazırlık dosyasına konulmak üzere yasalara uygun şekilde öğrenilen bir haberleşme içeriğinin, yetkisiz kişilere aktarılması veya konuşma içeriklerinin televizyon ve gazetelerde yayınlanması eylemleri bu suç kapsamında değerlendirilecektir. 765 sayılı TCK'nın 195. maddesinin 2. fıkrasında ifşa eyleminin gerçekleşmesi, bir zararın meydana gelmesine sebebiyet verme koşuluna bağlanmıştı. Buna karşılık Yeni TCK'nın 132. maddesinin 2. fıkrasında bu koşula yer verilmemiş ayrıca ifşa eyleminin aleni olması gerektiği şartı da madde hükmünde suçun oluşumu için aranmamıştır.

132. maddenin 3. fıkrasında ise kişinin kendisinin yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi ayrı bir suç türü olarak düzenlenmiştir. Bu suç, haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi bakımından YTCK madde 132/2'deki suça benzemekle birlikte burada ifşa eyleminin aleni olması koşul olarak öngörülmüştür. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılabilmesi için, belirsiz sayıdaki kişilere haberleşme içeriğini öğrenme olanağının sağlanmış olması şarttır. Örneğin kişinin kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Buna karşılık kişi kendisine gönderilen bir mektubun içeriğini alenen okur, okunmasını sağlayacak şekilde bir yere asar ya da kendisine ulaşan bir elektronik

⁵⁵⁴ Muhammet Murat Ülkü, "5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

postayı internet üzerinden herkesin erişebileceği şekilde yayınlarsa söz konusu suç tipi gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca YTCK madde 132/2’de öngörülen durumda, haberleşme içeriğini, haberleşmeye taraf olmayan bir kişinin ifşa etmesi şart olarak aranırken, YTCK m. 132/3’teki suç tipinin gerçekleşebilmesi için ifşanın haberleşmeye taraf olan kişice gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Diğer taraftan, karşı taraf veya tarafların bu ifşaya ilişkin rızalarının bulunması bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecek ve suç oluşmayacaktır. 765 sayılı TCK’nın 197. maddesinde bu suçun oluşumu için ayrıca neşir ve ifşa eyleminin bir zarara sebebiyet vermesi koşul olarak aranmaktaydı. Yeni düzenlemede ise suçun oluşumu, zararın varlığına tabi tutulmamıştır⁵⁵⁵.

YTCK’nın 133. maddesinde kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak öngörülmüştür. Burada haberleşme özgürlüğünden çok, özel yaşamın gizliliği korunmaktadır⁵⁵⁶. Gerçek kişilerin özel yaşamının gizliliği yanında kişiler arası iletişimin dokunulmazlığı da bu madde kapsamında hukuki bir korumadan yararlanmaktadır. Bu bakımdan YTCK madde 133, kişiler arasındaki konuşmaların içeriğinin salt başkalarına açıklanmasına karşı bir koruma sağlamamaktadır. Suçun maddi konusu, YTCK madde 133/1 açısından “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşma”, YTCK madde 133/2 açısından ise, “aleni olmayan söyleşidir. Suçun konusunun konuşma değil de görüntünün kayda alınması durumunda ise, oluşacak suç tipi, YTCK madde 134’te yer alan “özel yaşamın gizliliğini ihlal” suçu olacaktır. YTCK madde 133/1’de öngörülen suçun faili, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan herhangi bir kişi olabilirken madde 133/2’deki suçun oluşması için, failin söyleşiye katılmış olması şarttır.

Her iki olasılıkta da görüldüğü üzere fail bakımından özgü bir suçun varlığı söz konusudur⁵⁵⁷. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, YTCK madde 133/1 açısından aleni olmayan konuşmanın bir aletle “dinlenmesi” veya ses alma cihazı ile “kaydedilmesi” biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir. Buna karşılık YTCK madde

⁵⁵⁵ A.e.

⁵⁵⁶ Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 463.

⁵⁵⁷ A.e., s. 464.

133/2 açısından suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, söyleşinin “ses alma cihazı ile kayda alınması” olarak belirtilmiştir.

Maddenin 1. fıkrasında başkaları arasında yapılan ve aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya bir cihaza kaydedilmesi ceza yaptırımına tabi tutulmuştur. Kişiler arasında yapılan konuşmaların aleni olmayan konuşma olarak değerlendirilebilmesi için konuşmanın yapıldığı yer önem arz etmemektedir; örneğin bir parkta iki kişi arasında meydana gelen konuşmanın başkaları tarafından özel gayret göstermek suretiyle duyulabilecek olması halinde aleni olmayan konuşmanın varlığından bahsedilebilecektir⁵⁵⁸. Aleni olmayan konuşma ile ifade edilmek istenen, genele yönelik olmayan ve sınırlı bir kişi çevresi dışına çıkmayan düşünce açıklamasıdır. Dolayısıyla bu ifadeden yalnızca konuşanların paylaştığı, başkalarının duymasını veya öğrenmesini arzu etmediği, konuşanlardan herhangi birisi için gizlilik ifade eden görüşmeler anlaşılmalıdır⁵⁵⁹. Konuşmanın içeriği veya gizli tutulmasına dair gereksinim, suçun oluşumu açısından önemli bir rol oynamaz⁵⁶⁰. Bu noktada önemli olan husus, konuşmaya dahil olan kişilerin sayısı değil, dinleyici çevresinin sınırlı olması ve konuşmanın çerçevesini belirleme konusunda bir denetim olanağının bulunmasıdır. Bunun yanı sıra failin konuşmanın gerçekleştirildiği mekanda hazır bulunup bulunmaması da önemli bir nokta değildir.

Bu suçun oluşabilmesi için iki veya daha fazla kimse arasında yapılan konuşmaların taraflardan birinin rızası hilafına bir aletle dinlenilmesi veya bir ses alma cihazı yardımıyla kaydedilmesi gerekmektedir. Bu nedenle çıplak kulakla yapılan dinlemeler bu madde kapsamında değildir. Bu gibi durumlarda daha çok, daha sonra aşağıda açıklanacağı üzere YTCK madde 134 uyarınca “özel hayatın gizliliğini” ihlal suçu üzerinde yoğunlaşmak gerekir⁵⁶¹. Mekanik, elektromanyetik, dijital veya

⁵⁵⁸ “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

⁵⁵⁹ Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 714.

⁵⁶⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 463.

⁵⁶¹ **A.e.**, s. 464.

konuşmayı dinlenebilir kılabilcek diğer başka düzenekler bu madde kapsamında alet olarak değerlendirilmektedir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden birisi olan “dinleme” ile anlatılmak istenen, konuşmanın aktarılması veya güçlendirilmesi suretiyle doğrudan doğruya fail tarafından algılanabilir duruma getirilmesidir⁵⁶². Buna karşılık “kayıt” terimi, yapılmış olan konuşmayı yeniden dinlenebilir hale getirmeye yönelik her türlü faaliyeti içerir. YTCK madde 132/1’de yer alan “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçunda, haberleşmenin ihlali ile bunun kaydedilmesi arasında verilecek ceza bakımından bir ayrıma gidildiği halde, YTCK madde 133’te dinleme ve kayıt eylemlerini aynı suçun seçimlik hareketleri olarak gösterilmiş ve her ikisi arasında da hükmedilecek ceza bakımından bir fark gözetilmemiştir.

133. maddenin 2. fıkrasında, kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından, diğerlerinin rızasını almaksızın kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır. Söyleşiden söz edilebilmesi için konuşmaya en az üç kişinin katılmış olması gerektiği sonucu madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. Sonuç olarak iki kişi arasında geçen konuşmanın diğeri tarafından kaydedilmesi durumunda bu suç tipinin oluşmayacağı sonucu öğretide eleştirilmiştir⁵⁶³. Bu suç tipinde fail, birinci fıkradaki gibi üçüncü kişi değil, bizzat konuşma ve söyleşinin tarafı olan kişidir; söz konusu kişi katılmış olduğu aleni olmayan söyleşideki konuşmaları diğer taraflardan biri veya birkaçının rızasını almaksızın ses alma cihazı ile kaydetmektedir.

Maddenin 3. fıkrasında, ilk iki fıkroda belirtilen suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi ya da bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerinin temin edilmesi her iki suç bakımından da nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu bilgilerin basın yoluyla yayınlanması da yine aynı madde kapsamında düzenlenmiştir. Telefonla yapılan görüşmenin tespiti bakımından YTCK madde 132 veya madde 133’ten hangisinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilir. YTCK madde 132, haberleşme araçları ile

⁵⁶² A.e., s. 465.

⁵⁶³ Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 715.

yapılan konuşmalar bakımından özel bir düzenleme niteliğine sahip olduğu için YTCK madde 133'e göre öncelikli olarak uygulanmalıdır⁵⁶⁴. Dolayısıyla YTCK madde 133'ün, salt yüz yüze yapılan konuşmalar ile görüntülü konuşmalar açısından tatbik edilebileceği sonucuna varılabilir⁵⁶⁵.

YTCK madde 134, kişilerin özel yaşamının gizliliğinin ihlal edilmesini suç sayarak özel yaşamı korumayı hedeflemekte ve bu yönüyle “herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve özel ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını” öngören Anayasa madde 20'ye aykırılığının yaptırımını oluşturmaktadır⁵⁶⁶. Ancak söz konusu maddede özel hayatın tanımı yapılmamıştır. Bu noktada özel hayat konusunda AİHM'nin içtihatlarını da göz önünde bulundurmak suretiyle yorum yapmak mümkündür⁵⁶⁷.

Öğretide, insanın toplumsal bir varlık olduğu ve yaşamını ancak diğer kişilerle etkileşim suretiyle sürdürebileceği olgusundan hareketle, yaşamının iki yönünün bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁸. Yaşam alanının diğer kişilerin paylaşımına açık olan genel yönünün korunacak bir yanı olmadığı için, bu alana yönelik müdahalelerin özel yaşamın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacağı açıktır. Hayatın gizli alanı ise sadece bireyin kendisini ilgilendirmektedir. Bu yönüyle bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, din ve vicdan özgürlüğü, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, bireye ait özel yerlerin ve evrakın aranması ve el konulması işlemleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması, kişinin adı, fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin kayıt altına alınarak arşivlenmesi hususları özel hayatın gizliliği bağlamında değerlendirilmelidir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 466.

⁵⁶⁵ Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **a.y.**

⁵⁶⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 467.

⁵⁶⁷ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

⁵⁶⁸ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 175 vd.

⁵⁶⁹ “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

Kişinin, konut içinde geçen yaşamı da özel yaşam alanına dahil olmakla birlikte, konuta girme veya girdikten sonra çıkmama eylemleri sonucu gerçekleşen ihlaller, YTCK madde 134 kapsamında değil, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenlemekte olan YTCK madde 116 kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁷⁰. Buna karşılık girme ve çıkmama eylemleri dışında kalan konut dokunulmazlığına ilişkin diğer tüm ihlaller, konut içinde sürdürülen özel yaşamdan ayrı düşünülemeyeceği için YTCK madde 134 kapsamına dahil olacaktır. Örneğin, konutun içeriden veya dışarıdan dinleme ve görüntülemeye yarayan araçlarla izlenmesi YTCK madde 134 bağlamında cezalandırılacaktır. Bunun yanı sıra YTCK madde 134 haberleşme dışında özel yaşama ilişkin diğer tür ihlaller bakımından da uygulama alanı bulunmaktadır. Haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmanın gizliliği özel yaşam alanına dahil olmakla birlikte YTCK madde 132 ile özel koruma alanı bulunduğu için, YTCK madde 134, bu alan dışındaki özel yaşama yönelik müdahaleler bakımından daha etkin olacaktır⁵⁷¹.

YTCK madde 134’te öngörülen suçun faili, herhangi bir kişi olabilir. Ayrıca YTCK madde 137 uyarınca suçun, “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi bu suç tipinin nitelikli halini oluşturmaktadır. Suç genel kastla işlenir. Özel yaşamın gizliliğine yönelik ihlallerin herhangi bir hak veya yetkiden kaynaklanmaması gerekir. Bu sebeple kişinin özel yaşamına, rıza sonucu yapılan müdahaleler suç kapsamında değerlendirilmeyecektir. Diğer taraftan YTCK madde 24/1 uyarınca kanunun verdiği yetkinin kullanılması halleri de suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Nitekim CMK madde 126 ve devamı maddelerinde öngörülen el koyma, CMK madde 139’daki gizli görevli kullanma ve CMK madde 140’da düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirleri bağlamında özel hayata yönelik müdahaleler, kanunun verdiği yetkiden kaynaklandığı için bu suç tipini oluşturmamaktadır.

⁵⁷⁰ Tezcan, Erdem, Önok, a.y.

⁵⁷¹ A.e.

Ancak unutulmaması gereken nokta, kanunun tanıdığı yetkinin mevcut sınırlar dahilinde kullanılması gerektiğidir. Örneğin, CMK madde 140'ın son fıkrasında belirtildiği üzere konut içinde teknik izlemeye olanak tanınmamaktadır. Böylece konuta yönelik olarak bu tedbirin uygulanması halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olacaktır⁵⁷². Daha önceki maddelerde de belirtildiği üzere, hakkın kullanılması durumu olan gazetecilik mesleğinin icrası çerçevesinde işlenen fiiller bakımından hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilecektir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezanın ağırlaştırılmasını gerekli kılan nitelikli hal olarak YTCK madde 134/2' de öngörülmüştür. Ayrıca YTCK madde 139'da belirtildiği üzere bu suç tipinin de soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuştur ve dolayısıyla uzlaşma kapsamındadır.

YTCK madde 134/1'de kişilerin özel hayatının ihlal edilmesi suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girilmesi veya başka suretle başkaları tarafından öğrenilmesi mümkün olmayan bir gizli yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi yaptırıma tabi tutulmuştur⁵⁷³. Maddede bu ihlalin ne suretle yapılacağı belirtilmemiş olup teknolojik gelişmeler sonucunda ortaya çıkabilecek her türlü ihlalin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak yaratılmıştır. Yine aynı fıkranın 2. cümlesinde ihlalin “görüntü veya seslerin kayda alınması yoluyla” gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, özel yaşamın gizliliğinin ihlali olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturabilecek her türlü davranış bu suç tipinin kapsamındadır⁵⁷⁴. Buna karşılık gizlilik ihlali “görüntü veya seslerin kayda alınması yoluyla” gerçekleşmiş ise, YTCK madde 134/1 uyarınca fail daha ağır bir yaptırıma maruz kalacaktır. Bu kayıt, konuşmanın ses veya görüntü kayıt cihazı ile tespiti biçimde gerçekleştirilmektedir⁵⁷⁵.

⁵⁷² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 607.

⁵⁷³ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

⁵⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 468.

⁵⁷⁵ **A.e.**

YTCK madde 134/2 uyarınca özel yaşama ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suç sayılmıştır. Bu suç tipi, kişinin özel hayatına yönelik ve görüntü ve seslerin yetkisiz kişilere yayılması ve onların öğrenmesinin sağlanması şeklinde gerçekleşmektedir⁵⁷⁶. YTCK madde 132 bağlamında daha önce ifade edilmiş olan ifşa terimi ve ona ilişkin yapılan açıklamalar YTCK madde 134/2 açısından da geçerlidir. Mağdurun, özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerinin ifşası ve dolayısıyla yetkisiz kişilerin bilgisine sunumu, her ne kadar madde metninde belirtilmiş olmasa da mutlaka hukuka aykırı olarak gerçekleşmelidir⁵⁷⁷. Haberleşmenin gizliliğini düzenleyen 132. maddenin aksine madde 134/2’de ifşanın hukuka aykırı olması gerektiğinden bahsedilmemesi öğretide eleştirilere hedef olmuştur⁵⁷⁸. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye sunulması, duruşmada gösterilmesi veya dinlenilmesi durumunda söz konusu suç oluşmayacaktır⁵⁷⁹. Ifşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması ise, bu suç tipinin nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Kişisel veriye ilişkin herhangi bir tanıma YTCK’da yer verilmemiştir. Fakat 135. maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere kişisel veri, gerçek kişilerle ilgili her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Belirli ya da kimliği belirlenebilir bir kişiye ait tüm veriler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Teknolojinin hızla gelişim kaydetmesi sonucu, birçok kurum ve kuruluş ilişkide bulundukları kişiler ile ilgili bazı verileri bilgisayar ortamında kaydedip muhafaza etmektedir. Örneğin; hastanelerde hasta ile ilgili bilgiler, bankalarda ise müşterilere ilişkin bazı kişisel veriler kayıt altına alınmaktadır. Türkiye’de kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir kanunun bulunmaması bu bilgilerin amaç dışı kullanılmasına veya üçüncü kişilerin eline geçmek suretiyle hukuka aykırı olarak yararlanılmasına sebebiyet vermektedir. AIHS

⁵⁷⁶ “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

⁵⁷⁷ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

⁵⁷⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 469.

⁵⁷⁹ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

ve AİHM uygulamaları bakımından durum değerlendirildiğinde ise kişisel verilerin şu alanları kapsadığı görülmektedir⁵⁸⁰:

- Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgiler ile ilgili uygulamalar,
- Polis tarafından kaydedilen parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgiler;
- Tıbbi veriler ve tıbbi kayıtlar,
- Vergi makamlarının tuttuğu kişisel harcama detayları,
- Sağlık, sosyal hizmetler gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel bilgiler.

YTCK'nın 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi suç olarak öngörülmüştür. Bu suç açısından kişisel verilerin kağıt üzerinde ya da bilgisayar ortamında kayda alınması arasında bir ayrım yapılmamıştır. Kişisel verilerin korunması hususunda ülkeler farklı sistemler benimsemişlerdir. Örneğin; Almanya kişisel verilere ilişkin olarak gerçekleştirilebilecek hukuka aykırı müdahalelere karşı ceza yaptırımını öngörürken, Fransa ve İsviçre bu tür müdahaleler için idari yaptırım veya tazminat sistemini kabul etmiştir⁵⁸¹. Tıpkı Almanya gibi bizim Ceza Kanunumuz da bu tür ihlaller bakımından ceza yaptırımını benimsemiştir. Ayrıca bu suç tipinin ihdası ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamak suretiyle taraf olduğu “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin ilgili hükümlerinin uygulanmasına imkan tanınmıştır.

Kişisel verilerin korunması açısından YTCK madde 135'in işlerlik kazanabilmesi için her şeyden önce kişisel verilerin korunması kanununa ihtiyaç vardır. Bugün için ülkemizde kişisel verilerin nasıl kaydedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu konuda hazırlanan kanun taslağı hala Meclis'te bulunmaktadır⁵⁸². Esas olarak; kişisel verilerin yasal ve dürüst bir şekilde toplanması

⁵⁸⁰ Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

⁵⁸¹ Muhammet Murat Ülkü, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

⁵⁸² Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

ve işlenmesi, belirli ve meşru amaçlar için güncelleştirilmesi ve kullanım amacına uygun bir süre için muhafaza edilmesi, verilerin amaca aykırı olarak paylaşılamaması ve veri sahibinin hakkındaki verileri öğrenme, değiştirme ve gerekirse silme haklarını düzenleyen bu tasarı, bazı maddelerin ele alınışı ve bazı konuların tasarıda hiç ele alınmayışı ile önemli eksiklikler arz etmektedir⁵⁸³.

Bu suç tipinin oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınmış olması gerekmektedir. Kişinin rızası dahilinde, kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç teşkil etmeyeceği açıktır. Bu bağlamda, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgilerin kanun hükümleri uyarınca kayda alınması durumunda söz konusu suç tipi oluşmayacaktır. Maddenin 2. fıkrasında, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, kökenlerine, ahlaki niteliklerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması eylemleri suç olarak tanımlanmıştır. Fakat bunlardan kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayıt altında tutulmasına, suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla kanunlarda belli ölçüde izin verilebilir⁵⁸⁴.

YTCK'nın 136. maddesinde; hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Uygulamamızda hukuka uygun olarak veri kayıtlarının nasıl tutulacağı hususunda etkin bir düzenleme bulunmadığından, kişisel verilerin kaydedildikleri veri kütüklerinden aktarılması söz konusu olabilmektedir.

⁵⁸³ “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi Hakkında Türkiye Bilişim Vakfı Görüşü”, (Çevrimiçi) <http://www.tbv.org.tr/TBV/Documents/BTHukuku/KisiselVerilerinKorunmasiKanunTasarisi-TBVGorus.pdf>, 28.01.2008, s. 4.

⁵⁸⁴ Mustafa Artuç, Yıldırım Bayyurt, **Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Tablolu, Eski Ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK, Tablolu 5271 Sayılı CMK, 5275 Sayılı CGİK**, 2. bsk., Ankara, Kartal Yayınevi, 2005, s. 236.

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra “verileri yok etmeme” kenar başlıklı 138. maddede, kanunların belirlemiş olduğu sürelerin geçmiş olmasına rağmen verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara, görevlerini yerine getirmediklerinde ceza verileceği hükme bağlanmıştır. 139. maddede ise; kişisel verilerin kaydedilmesi, verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi ve verilerin yok edilmemesi hariç olmak üzere, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuştur. 140. maddede de, aynı bölümde sayılan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir.

Özel hayatın bir alt unsuru olan aile hayatına ilişkin olarak YTCK’nın 230-234. maddelerinde “aile düzenine karşı suçlar” başlığı altında çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. 230. maddede yer alan suç tipleri genel olarak evlenme yasaklarına aykırılığı konu almaktadır. Bu düzenleme ile güdülen amaç, aile yapısının sağlıklı bir şekilde kurulması ve çok eşlilik fiillerinin önlenmesidir⁵⁸⁵. 231. maddede “çocuğun soybağını değiştirme suçu”, 232. maddede “aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi”, 233. maddede “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali ve nihayet 234. maddede ise “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile aile birliğini korumanın yanı sıra veli veya vasinin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet hakkı ile küçüğün bizzat kendisine karşı korunması hususları ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Yeni TCK’da, özel hayatın gizliliğinin en önemli unsurlarından biri olan “haksız arama” hususu da ele alınmış ve 120. maddede hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisi açısından cezai müeyyide öngörülmüştür. 285. maddede de soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlali, suç olarak hükme bağlandıktan sonra, aslında suçsuzluk karinesi bakımından önemli olmakla birlikte özel hayatın gizliliği ile de doğrudan ilişkili bulunan soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarına neden olacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hali için de ceza öngörülmüştür.

⁵⁸⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 655.

Bir sonraki madde olan 286. maddede ise soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma veya nakletme cezai müeyyideye bağlanmıştır. Özel hayatın gizliliği hususunda yeni TCK'da getirilen hükümlerle ilgili son belirtilmesi gereken, genital muayeneye ilişkin olan 287. maddedir. Bu hükümde, yetkili hakim ve savcı kararı bulunmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi gerçekleştiren fail hakkında ceza öngörülmesi ancak AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla uyumlu olarak, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla, kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından herhangi bir cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir.

Yukarıda özetle değinilen ceza hükümlerinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, Yeni TCK, özel hayatın gizliliğinin sağlanması hususunda AİHM içtihatlarıyla uyumlu çok önemli ve yeni hükümler getirmiş ve bazı filleri suç olarak düzenlemek suretiyle de özel hayatın gizliliğinin ihlalinin önünü kesmeyi hedeflemiştir⁵⁸⁶.

3.2.1.2. YENİ CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Yeni TCK ile özel hayatın gizliliğinin sağlanması hususunda, 765 sayılı TCK'da yer almayan çok önemli hükümlere yer verilmesinin yanı sıra 5271 sayılı CMK'da da özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edebilecek yeni koruma tedbirleri ve yeni hükümlere yer verilmiştir. Kanundaki düzenleme sırasında göre gidecek olursak; şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, diğer kişilerin beden muayenesi ve moleküler genetik incelemelerin CMK'nın 75-82. maddeleri arasında düzenlendiği görülmektedir.

“Başta Yargıtay olmak üzere, hakim ve Cumhuriyet savcıları ile yapılan bilgilendirme toplantıları sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili olarak ileri sürülen görüş ve eleştiriler doğrultusunda, uygulamada ortaya çıkabilecek

⁵⁸⁶ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

olası sorunları giderebilmek amacıyla” hazırlanan kanun teklifinin yasalaşmasıyla kanun metninin ilk halindeki bir takım düzenlemeler değiştirilmiştir⁵⁸⁷. Yapılan değişikliklerle; şüpheli ve sanığın beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi şeklinde ayrılmış; dış beden muayenesi için mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcılığı tarafından bir karar verilmesine gerek görülmeksizin soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin yapabilmesi öngörülmüştür⁵⁸⁸. İç beden muayenesi bakımından da, CMK’nın ilk kabul edilen şeklinden farklı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının da karar verebilmesi öngörülmüştür. Mağdurun beden muayenesi hususunda da karar verme bakımından benzer değişikliklere gidilmiştir.

Şüpheli veya sanığın iradesi olmaksızın gerçekleştirilen beden muayenesi ancak onun sağlığı açısından bir tehlike teşkil etmediği sürece yapılabilir. Ne var ki sağlığı tehlikeye düşürmemek kaydıyla, beden muayenesi yapılması veya vücuttan örnek alınması zorunluluğu adli tıp uzmanları ve adli tıp alanında çalışan öğretim üyeleri açısından uygulamada sorun yaratmaktadır⁵⁸⁹. Bir delil elde etme yöntemi olarak uygulanan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bilimsel gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda oldukça etkili bir yöntem olarak kabul edilebilir. Buna paralel olarak gerçekleştirilen bilimsel bir çalışmada yer alan ankette, %80’lik bir kesim, sağlığın tehlikeye düşmemesi ve iç beden muayenesini takiben psikolojik yardım gerçekleştirilmesi koşuluyla mağdur ve toplumun korunması amacıyla rıza gösterilmese dahi iç beden muayenesinin yapılmasının mümkün olabileceği görüşünü savunmuştur⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Kenan Özdemir, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Eylül 2005, (Çevrimiçi) www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515, 24.09.2006.

⁵⁸⁸ Bahri Öztürk, Mustafa R. Erdem, Yasemin F. Saygılar, **Ceza Muhakemesi Hukuku: Temel Bilgiler-3**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 453-474.

⁵⁸⁹ İnci Hot, Hanzade Doğan, Fatih Selami Mahmutoğlu, “Turkey’s Physicians’ Attitude Toward New Turkish Law of Criminal Procedure About Body Examination of the Suspect or Victim and Third Parties Without Consent-A Brief Research Report: A Turkish Perspective”, (Yabancı Bir Kaynakta Yayımlanacak Olan Eser), y.y., t.y.

⁵⁹⁰ A.e.

Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği konusunda ise kanunun ilk kabul metninde, ceza muhakemesinin bir şekilde sonuçlanması halinde alınan örneklerin yok edilmesi öngörülmüşken, yapılan değişiklikle, bu haller “kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilip kesinleşmesi” ile sınırlandırılmıştır. Fizik kimliğinin tespiti konusunda da yapılan değişiklikle hakim kararından vazgeçilmiş, Cumhuriyet savcısının emri yeterli görülmüştür.

DNA Analizi (Moleküler Genetik İnceleme) bağımsız bir tedbir değil; bir yönüyle beden muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, diğer bir yönüyle ise keşif veya olay incelemenin bir uzantısıdır⁵⁹¹. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal bakımından DNA analizi ele alındığında incelenmesi gereken ilk husus, söz konusu tedbirin ulaşmak istediği amaçtır. DNA analizinde amaç, kişinin olay yerinde bulunup bulunmadığını ya da mağdur ile ilişkisini tespit etmektir; ayrıca diğer genetik analiz yöntemlerinin aksine bu analizde hastalık veya karakteristik özelliğin teşhisi de söz konusu değildir⁵⁹². Dolayısıyla DNA analizi, bireyin genetik kimliğini ortaya çıkarmadığı için “özel hayatın gizliliği”nin mutlak dokunulmazlık alanı olan gizli alana bir müdahale teşkil etmemekte ve bu bağlamda Devletin suçla mücadelesinde kamu yararı nedeniyle ve orantılılık ilkesi çerçevesinde özel yaşam alanına yönelebilecek bir müdahale olarak değerlendirilmelidir⁵⁹³.

Bu noktada CMK’nın 78. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeden bahsetmekte fayda vardır. Adı geçen maddede CMK’nın 75 ve 76. maddelerindeki koşullar çerçevesinde alınan örnekler üzerinde gerçekleştirilebilecek moleküler genetik incelemenin, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ne var ki “beden parçaları” ifadesi, olay yerinden elde edilen materyallerin de bu hükmün kapsamı dahilinde

⁵⁹¹ Fatih Selami Mahmutoglu, “DNA Analizi (Moleküler Genetik İnceleme)”, (The Turkish Annual of the Studies on Medical Ethics and Law-Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı No:1, İstanbul, Ekim 2008’de Yayımlanmak Üzere Yazılmış Eser).

⁵⁹² A.e.

⁵⁹³ A.e.

değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda tartışma yaratmıştır⁵⁹⁴. Kanaatimizce, nihai amacı delil elde etmek ve şüpheli veya sanığı tespit etmek olan bu koruma tedbirine ilişkin hükmün, vücut materyallerini de kapsayacak şekilde yorumlanması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan CMK'da ayrı bölümler halinde de 116-134. maddeler arasında arama ve elkoyma, 135-138. maddeler arasında telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi ve nihayet 139 ve 140. maddelerde de sırasıyla gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konuları düzenlenmiştir. Arama ve el koyma hususunda, 5353 sayılı Kanunla söz konusu maddede yapılan değişiklik ile Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle de arama yapılabilmesi hükmüne bağlanmış; ancak, konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar bu düzenlemeden muaf tutulmuştur. Ayrıca, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçlarının Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilmesi de öngörülmüştür.

Kanaatimizce, bir koruma tedbiri olarak uygulanan arama eyleminin özel hayatın gizliliği ve saygı gösterilmesi hakkı lehine yazılı emir zorunluluğu ile kısıtlanması uygulamada hedeflenen meşru amaç bakımından sıkıntı yaratabilir. Kanunun, arama ve elkoymaya ilişkin bölümünde de gelişen teknoloji sonucu ihtiyaç duyulan yeni düzenlemeler sebebiyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma ile sadece belirli suçlar bakımından olmak üzere, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma konuları düzenlenmiş ve bunların uygulanması yönünden de hakim kararı aranmıştır.

Özel hayatın gizliliğinin önemli unsurlarından birisi olarak haberleşmenin gizliliğine müdahale teşkil edebilecek nitelikte olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi hususu da CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde detaylı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrasında bu madde hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenemeyeceği açık şekilde ifade

⁵⁹⁴ A.e.

edilmiştir. CMK’da düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbiri, sadece bir suç işlendikten sonra, başka yollarla ulaşılamayan delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek bir tedbir olarak yer almıştır⁵⁹⁵.

Dolayısıyla CMK’da sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Bu yöntemle başvurulabilmesi, sadece kanunda katalog halinde belirtilen suçlar bakımından öngörülmüştür. Nitekim AİHM kararlarında da vurgulandığı gibi, telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirine “ancak demokratik kurumları korumak amacıyla mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla” başvurulabilir⁵⁹⁶.

Ayrıca suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesinin imkanının bulunmaması şartları aranmış ve bunun hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla da olabileceği belirtilmiştir. “Cumhuriyet savcısının kararını derhal hakim onayına sunacağı ve hakimın kararını en geç yirmi dört saat içinde vereceği”ne dair düzenleme, haberleşme özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkına ağır bir müdahale oluşturan bu tedbirin uygulanmasının mümkün olan en kısa sürede hakim kararına bağlanmasını hedeflemektedir; Anayasa’nın 22/2. maddesinde yirmi dört saat olarak öngörülen azami süreyle çelişmeksizin hak ve özgürlükler lehine bir durum yaratılmıştır⁵⁹⁷.

Bu maddenin ilk kabul edilen şeklinde; bunun için sınırlı bir süre öngörülmüşken, 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak “sınırlı süre” kavramı kaldırılmıştır. Kanaatimizce, getirilen bu düzenleme, tedbire son verilmesine bağlı olarak elde edilen bilgilerin yok edilmesi ve ilgiliye haber verilmesi hususunda getirilen güvenceleri fiilen işlevsiz kılmakta ve “örgüt faaliyeti” çerçevesinde işlenmiş sayılacak suçlara yönelik belirgin bir ölçüt bulunmadığı için keyfi uygulamalara açık kapı bırakmaktadır.

⁵⁹⁵ Taşkın, **a.g.e.**, s. 61.

⁵⁹⁶ İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 392.

⁵⁹⁷ Öztürk, Erdem, Saygılar, **a.g.e.**, s. 481.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı, alınmış ise bunun fark edilmesini takiben alınan kayıtların derhal yok edileceği 135. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün bir çok Avrupa Birliği ülkesinde eksikliği nedeniyle pek çok mahkumiyet kararı verilmiş ve bu noktada Kanunumuz AİHM içtihatları ışığında çok ileri bir adım atmıştır. Nitekim “Ceza Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”te yer alan madde 7’deki “suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslara hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından bu tedbirin uygulanabilmesi”ni düzenleyen hükmün, Danıştay 10. Dairesi’nin 16.10.2007 tarih ve E: 2007/2795 sayılı kararı ile yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Çoğu açık biçimde uygulanan geleneksel koruma tedbirlerinden farklı olarak, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin karar ve işlemler gizli yürütüldüğü için, ilgili, tedbirin uygulanmasından önce veya uygulandığı sırada, hakkında böyle bir tedbire başvurulduğunu bilmemektedir. Bu durum, onun hukuksal koruma güvencesinden fiilen yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır⁵⁹⁸. Bu sebeple Anayasa’nın 36. maddesi bağlamında kişinin hukuksal koruma güvencesinden etkili bir biçimde yararlanabilmesi için tedbirin uygulanmasını takiben ilgiliye, hakkında tedbir uygulandığı hususunda bilgi verilmesi zorunludur.

Çoğu Avrupa Birliği ülkesinde bu konuyla ilgili yasal bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu husus, CMK’nın 137. maddesinin 4. fıkrasında Cumhuriyet savcısı tarafından “ilgiliye haber verme yükümlülüğü” olarak düzenlenmiştir. Nitekim AİHM, Almanya’ya karşı Klass ve diğerleri kararında, Fransa’ya karşı Kruslin/Huvig kararında ve İngiltere’ye karşı Malone kararında, telefon konuşmalarının ulusal güvenlik, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle

⁵⁹⁸ “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.forumuz.net/telekomunikasyon-yoluyla-yapilan-iletisimin-denetlenmesi-t25134.html?s=76279bbcab26a253c359ec85385ace93&>, 12.06.2008.

gizli dinlemeye tabi tutulabileceklerini ve ancak tedbirle ulaşılmak istenen amacın tehlikeye düşmemesi şartıyla gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye sonradan bilgi verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹⁹.

Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin amaç dışı kullanımının önüne geçmek için, tedbirin sona ermesinden sonra artık gerek duyulmayan bilgilerin yok edilmesi gerekir. Nitekim AİHM de Kruslin-Fransa⁶⁰⁰ kararında, tedbire artık gerek kalmadığı takdirde elde edilen bilgilerin yok edilmesi yükümlülüğüne yer vermektedir. CMK madde 137 fıkra 3'te tedbire son verilmesi tarihinden itibaren, en geç on gün içinde tespit ve kayıtların yok edileceği hükme bağlanmıştır.

CMK'da getirilen yeni ve en önemli düzenlemelerden bir diğeri de tesadüfen elde edilen delillerle ilgili olan 138. maddedir. Buna göre arama, elkoyma veya iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması sonucu başka bir suçla ilgili olarak tesadüfen elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilmesine bir sınırlama getirilmiştir. Kanaatimizce de, bu tedbirin uygulanması sırasında tedbir kararına konu olan suç dışında bir başka suçun işlendiğine gösterge teşkil edebilecek bilgilerin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın delil olarak değerlendirilmesine imkan tanınırsa, hakkında tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan suçların aydınlatılması amacıyla tedbirin kötüye kullanılmasına mahal verilmiş olur. Böylelikle de bu tedbirin, ancak katalogta tek tek sayılmak suretiyle gösterilen belirli ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanabileceği yönündeki güvence işlevini yitirir.

Özel hayatın gizliliği bakımından müdahale oluşturacak bir diğer husus da CMK'nın 139-140. maddelerinde sırasıyla düzenlenen "gizli soruşturmacı" ve "teknik araçlarla izleme"dir. Bu hususlar düzenlenirken de, bunların ancak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile gerçekleştirilebileceği ve söz konusu maddelerde belirtilen katalog halinde sayılan belirli suçlar bakımından

⁵⁹⁹ A.e.

⁶⁰⁰ "Case Of Kruslin v. France" Application no. 11801/85 24.04.1990, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KRUSLI N&sessionid=9170749&skin=hudoc-en>, 11.06.2008.

uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu teknik araçların kullanılabileceği yerler bakımından CMK'nın 140. maddesi bir sınırlama getirmekte ve ancak şüpheli veya sanığın “kamuya açık yerler” ve “işyeri”nde bu tür bir tedbire başvurulmasına olanak tanımaktadır. 140. maddenin 1. ve 5. fıkraları beraber değerlendirildiğinde, teknik araçların “konut”a yönelik olarak kullanılamayacağı söylenebilir⁶⁰¹. Bu fıkra bağlamında “kamuya açık yer”, “konut” tanımı dışında kalan yerleri ifade etmektedir. İster bu tür teknik araçlar, dışarıdan konutun gözetlenmesi amacıyla kullanılsın, ister bizzat konutun içine yerleştirilmiş olsun, her iki durumda da bu tür teknik araçların kullanılması yasaktır. Bu yasağa rağmen konuta yönelik olarak bu tür araçların kullanılması sonucu elde edilen bilgilerin hukuka aykırı olacağı ve delil olarak kullanamayacağı açıktır⁶⁰².

CMK'da özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edebilecek söz konusu düzenlemelere belirli şartlar ve belirli usuller dahilinde uyulması kaydıyla yer verilmesinin yanı sıra, 141. maddede arama ve elkoyma koruma tedbirinin, orantılılık ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda maddi ve manevi her türlü zararların, Devletten istenebileceği de ayrıca hükme bağlanmıştır.

Yukarıda özet olarak incelenen özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin CMK hükümleri değerlendirildiğinde; işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması açısından zorunlu olan tedbir ve yöntemlere yer verilirken, genel kamu menfaati ile kişi hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin kurulabilmesi bakımından bunların hangi şartlar ve usuller çerçevesinde gerçekleştirilebileceğinin de ayrıntılı bir şekilde hükme bağlandığı görülmektedir.

⁶⁰¹ Öztürk, Erdem, Saygılar, **a.g.e.**, s. 499.

⁶⁰² **A.e.**

3.2.1.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE MÜDAHALENİN TİPİK BİR ÖRNEĞİ OLAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN ÖNLEME AMAÇLI DİNLEME VE TEKNİK İZLEME HUSUSUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

3.2.1.3.1. 5397 SAYILI BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Teknoloji ve iletişim alanındaki gelişmeler, özellikle terör ve organize suç örgütleriyle mücadelede iletişimin denetlenmesi tedbirini önemli hale getirmiş ve yasal düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmıştır. 2005 yılına kadar ülkemizde bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir yandan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 5320 sayılı Ceza Muhakemesinin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 1 Haziran 2005 tarihi ile yürürlükten kaldırılması, diğer yandan diğer düzenlemelerin CMK’nın 135. maddesinin 7. fıkrası hükmü ile örtülü olarak ilga edilmiş olması, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağını tamamen ortadan kaldırmıştır⁶⁰³. Bunun üzerine CMK’nın 135. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, daha önceden alınan iletişimin denetlenmesi kararlarının uygulanması durdurulmuştur. Acilen istihbarat ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi hususunda bir yasal düzenleme yapılması zorunluluğu baş göstermiştir.

2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sonucunda, özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne Devlet tarafından suç öncesi yapılacak müdahalelerin, AB standartlarına uygun olarak bir kanunla düzenlenmesi ve sınırlama sebeplerinin bir kanun marifetiyle gösterilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu zorunluluktan anlaşılabacağı üzere, 5397 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesine kadar, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları bağlamında, haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil eden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin kabul edilebilir bir yasal dayanağı olmadığı söylenebilir.

⁶⁰³ Taşkın, a.y.

5397 sayılı Kanun 03.07.2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş ve 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun, Anayasa, AİHS ve AİHM içtihatlarında sözü edilen esas ve standartlara uyulması suretiyle, istihbarat ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla meydana getirilmiş sistemi, sistemin işleyişini, bu hususta hukuka uygun işlemlerin ne suretle gerçekleştirileceğini, kararların hangi makamlar tarafından ve ne gibi koşullara uyulması suretiyle alınabileceğini, bu husustaki denetim kurallarını ve usullerini, istihbarat ihtiyacının uluslararası anlaşmalar ve Anayasa'nın güvencelerine uygun olarak nasıl giderileceğini göstermek amacıyla kaleme alınmıştır⁶⁰⁴.

Bu Kanun bir yandan ülkemizde büyük bir sorun yaratan telekulak skandalına sebebiyet veren yasal bir boşluğu doldurmuş diğer yandan da AİHS'nin 8. maddesinde koruma altına alınan haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin koşulları belirlemiştir. Bununla beraber 5397 sayılı Kanun, eleştiri ve tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Adli denetlemede aranması gereken soruşturmanın başlaması, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması, başka suretle delil elde edilememesi gibi kriterlerin hiç birisinin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde söz konusu olmaması, hakimin hangi ölçütlere göre önleme amaçlı denetlemeye karar vereceği, ortada işlenmiş ağır bir suç varken ve adli denetleme için pek çok koşulun varlığı aranırken, henüz işlenmiş bir suç dahi yokken kolayca önleme denetlemesine karar verilebilecek olması eleştirilmiştir⁶⁰⁵.

3.2.1.3.2. ADLİ VE ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ AYRIMI

Türk Hukuk sisteminde iletişimin denetlenmesi tedbirleri, önleyici (istihbari) ve adli olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi CMK hükümlerine göre buna karşın önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri ise 5397 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Kolluğun görevleri arasında bir yandan adli işler yer alırken diğer yandan da suç işlenmesinin

⁶⁰⁴ A.e., s. 62.

⁶⁰⁵ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 379.

önlenmesiyle ilgili görevler bulunmakta ve çoğu kez kolluğun adli görevleriyle önleme görevlerinin birbirinden net olarak ayrılması pek de mümkün olmamaktadır. Bazı ülkelerde; örneğin Almanya ve Avusturya hukuk sisteminde kolluğun adli görevleriyle önleme görevleri birbirinden kesin çizgilerle ayrılmıştır⁶⁰⁶.

AİHM kararlarında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılmasına karşı etkili güvence mekanizmaları öngörülmesi ve denetleme koşullarının kanunda açıkça belirtilmesi gereği sıklıkla ifade edilmiştir. Her ne kadar Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun Ek 7. maddesinde “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere” polise “ülke seviyesinde istihbarat faaliyetinde bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırma” verilmekte ise de, bu düzenlemenin, AİHM kararlarında ortaya konan gereklilikleri karşıladığı söylenemezdi⁶⁰⁷. Yine 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu hükümleri de bu tedbirin uygulanması bakımından eksik kalmaktaydı.

CMK’da söz konusu tedbirin uygulanması, “bir suç dolayısıyla” ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için Ceza Muhakemesi açısından bu yetkinin delil elde etmek amacıyla, işlenmiş olan bir suçun soruşturulması veya kovuşturulmasıyla sınırlı tutulduğu söylenebilir. Bu husustaki CMK’nın bastırıcı niteliğinden dolayı önleme amaçlı denetleme tedbiri için gerekli koşulları gösteren yasal bir düzenlemeye ihtiyaç doğmuştur.

Diğer taraftan CMK’nın 135. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen “bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı” hükmü adli amaçlı iletişimin denetlenmesi açısından bir sınırı belirlemektedir. Anayasa’daki hükümlere aykırı olmamak kaydıyla “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin

⁶⁰⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 63.

⁶⁰⁷ **A.e.**

korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağılı olarak” iletişimin denetlenmesine fırsat tanımak amacıyla 5397 sayılı Kanun kaleme alınmıştır.

Hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde, belirli şartlar dahilinde ceza muhakemesi organlarına telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimi denetleme yetkisi tanıyan kanun hükümleri mevcuttur⁶⁰⁸. Fransız Hukuku’nda da iletişimin denetlenmesi adli ve önleme amaçlı olarak gerçekleştirilmektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, 10 Temmuz 1991 tarihli Posta ve Telekomünikasyon Kanunu’na göre yapılmaktadır. Buna karşın, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ise Fransız CMK’nın 100. maddesine göre gerçekleştirilmektedir. İletişimin denetlenmesine yönelik işlemlerin hukuka uygunluğu ise 1991 tarihli Kanun’un 13. maddesinde adı geçen Milli Kontrol Kurumu tarafından denetlenmektedir. Almanya’da teknik dinleme ve izleme G10 adlı adli yasa ile düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, suçun aydınlatılması, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin belirlenmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir⁶⁰⁹. İngiltere’de ise iletişimin denetlenmesi, AİHM’nin yukarıda bahsi geçen Malone kararından sonra, 25.07.1985 tarihli Haberleşmeye Müdahale Kanunu ile düzenlenmiştir; söz konusu tedbir hem adli hem de önleyici amaçlı olarak kullanılmaktadır⁶¹⁰. Ülkemizdeki iletişimin denetlenmesi sistemi Fransız sistemine benzer şekilde düzenlenmiştir.

Çeşitli ülke mevzuatları incelendiğinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin suçun niteliğinden hareketle üç ayrı model dahilinde gerçekleştirildiği görülmektedir⁶¹¹;

- Belirli suç tiplerini içine alan bir suç kataloğu oluşturup bu katalog dahilindeki fiillerden dolayı dinleme. Bu model Almanya, Portekiz, Hollanda ve Amerika Birleşik Devletleri’nde benimsenmiştir.

⁶⁰⁸ Mahmutoglu, “ Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, s. 406.

⁶⁰⁹ Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırılmalı Hukukta, Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İÜHF Dergisi**, C:LV, No:3, 1997, s. 88.

⁶¹⁰ **A.e.**, s. 92-93.

⁶¹¹ Mahmutoglu, “ Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, s. 406-407.

- Failin işlediği suç göz önünde bulundurulmak suretiyle verilmesi imkan dahilinde olan cezaya göre dinleme. Bu modele örnek olarak Avusturya ve Fransa gösterilebilir.
- Suçun ağırlığı esas alınarak dinleme. Bu model İngiltere ve İsviçre’de uygulanmaktadır.

Ülkemizde telefon dinleme hususunda, bir yandan yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek diğer yandan da AİHM standartlarına uygun bir şekilde bu tedbirleri uygulamak amacıyla, tüm iletişim tedbirlerin tek elden yürütülmesini esas alan bir sistem benimsenmiştir. Bu amaçla 5397 sayılı Kanun ve Polis ve Salahiyet Kanunu’nun Ek 7. maddesine eklenen hükümlerle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kurulmuştur. Söz konusu Kanun hükümleri uyarınca gerek önleme ve gerekse adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri TİB aracılığı ile uygulanacaktır.

Kurumun çalışma usul ve esasları, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile 10.11.2005 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri hakkında Yönetmelik’te (TİB Yönetmeliği) düzenlenmiştir. TİB, Telekomünikasyon bünyesinde doğrudan Kurum Başkanı’na bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Başkanlıkta, Milli İstihbarat, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı’nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler görevleri esnasında, Başkan’ın talimatlarına ve Başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere uymakla yükümlüdürler.

3.2.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NE GÖRE BULUNMASI ZORUNLU ASGARİ GÜVENCELER VE MEVZUATIMIZIN DURUMU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen bir ihlal başvurusunu incelerken, takip edilen sistemin, keyfiliği önleyici yeterli ve etkili güvencelere sahip olup

olmadığını sıkı bir şekilde kontrol etmektedir⁶¹². Yeterli ve etkili güvenceler içermesi kaydıyla önleme amaçlı bilgi toplamalara ve iletişimin denetlenmesine müsaade edilmektedir.

AİHM'nin iletişimin dinlenmesi ile ilgili kararları ışığında, ülkelerin bu husustaki yasal düzenlemelerinin en azından şu güvenceleri içermesi gereklidir;

- Telefonları dinlenecek kişi kategorilerinin belirli olması,
- Dinleme kararına konu olabilecek suçların niteliğinin sınırlı bir şekilde belirlenmesi,
- Dinleme sürelerinin belirtilmesi,
- Elde edilen bilgilerle ilgili raporların hazırlanması usulünün net sınırlarla çizilmesi,
- Bilgilerin muhafaza edilmesi için gereken önlemlerin alınması,
- Dinleme sonucu elde edilen bilgilere ihtiyaç sona erdiğinde, bunların imha edilmesinin usul ve esaslarının belirtilmesi gereklidir.

3.2.2.1. MÜDAHALEYE SEBEP TEŞKİL EDEN ŞÜPHE OLGUSU

Mahkeme'ye göre, hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan düzenlemelerde yer alan sınırlama sebeplerinin ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekir. Düzenlemede, müdahalenin uygulanması gereğini doğuracak maddi belirtilerin bulunması zorunludur. Hiçbir şüphe, kuşku, belirti, iz olmaksızın bireylerin haberleşme özgürlüğüne müdahale edilemez. CMK, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için katalog suçlardan birinin işlendiği hususunda “kuvvetli şüphe” sebeplerinin varlığını aramaktadır. Kanaatimizce, bu noktada Mahkeme'nin aramış olduğu “belirli bir şüphe derecesi” bakımından gerekli koşul sağlanmış olmaktadır.

Avrupa Birliği'ndeki durum değerlendirildiğinde; Almanya'da özel bir şüphe derecesi öngörülmüş iken, Fransa ve İngiltere'de diğer koruma tedbirleri için aranan

⁶¹² “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978 parag. 55, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

şüphe derecesi ile yetinilmiş ve özel bir şüphe derecesi aranmamıştır⁶¹³. İtalya’da 8 Ağustos 1992 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile organize suçlar hakkında bazı kolaylıklar sağlanmıştır; buna göre organize suç örgütleri tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtiler olmasa dahi denetleme yapılabilir⁶¹⁴.

Bununla birlikte 5397 sayılı Kanun’da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için katalog suçlardan birisinin işleneceği hususunda herhangi bir şüphe derecesinin varlığı aranmamıştır. Bu noktada bu tedbirin uygulanması için, hiçbir şüphe gerekmeyp, istihbarat birimlerinin yaptıkları çalışmalar, ihbar sonucu elde ettikleri veriler ve yaptıkları analizler yeterli olacaktır.

Gerek 4422 sayılı Kanun’da gerekse CMK’da şüphe veya kuvvetli şüphe unsurlarına yer verilmiş iken 5397 sayılı Kanun’da bu hususta bir hüküm bulunmaması en önemli eksikliklerden birisidir. Kanun metninde, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere...” yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla dinleme kararı verilir denilmekte fakat bu suçların işleneceğine dair nasıl bir ağırlık, yakınlık veya yoğunluk aranacağı belirtilmemiştir⁶¹⁵. Bu noktada düzenlemeler, AİHM’nin “belirli bir şüphe derecesi”nin bulunmasına ilişkin ilkesiyle çelişmektedir.

3.2.2.2. SUÇ VE KİŞİ KATEGORİSİ

Mahkeme, terör, organize suç, uyuşturucu kaçakçılığı, kara paranın aklanması, yasa dışı göç gibi konularla ilgili verilen müdahale kararlarını incelerken belirli bir suç listesinden yola çıkmamakta bu yetkiyi, Devletlerin kendi takdir hakları içerisinde değerlendirmektedir. Ancak her suç için haberleşmeye müdahale edilebilmesi hiç kuşkusuz kabul görmemektedir.

⁶¹³ Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek,” 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 276.

⁶¹⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s. 54.

⁶¹⁵ **A.e.**, s. 273-274.

Diğer taraftan, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecek kişilerle ilgili sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmesinin kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı etkili bir mekanizma oluşturacağı da Mahkeme kararlarında sıkça vurgulanmıştır. Yukarıda bahsi geçen Kruslin ve Huvig davalarında Mahkeme, iletişimin denetlenmesi muhtemel olan şüpheliler ve suçlarla ilgili bir kategorinin olmamasını, keyfiliği önleyici güvencelerin yetersizliği olarak değerlendirmiştir.

Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı Diyarbakır Bölge Başkanlığı'nın 06.05.2005 tarihli talebi üzerine, 4422 sayılı Kanun hükümlerine dayanarak "8 Nisan 2005 ile 30 Mayıs 2005 tarihleri arasında sabit veya mobil telefonla arayarak ya da aranarak herhangi bir surette telefon görüşmesi yapmış olan bütün Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının dinlenemeye alınacağına" dair aldığı 06.05.2005 tarihli ve 2005/922 sayılı kararı kamuoyunda büyük bir tepki yaratarak total bir fişleme olarak değerlendirilmiştir⁶¹⁶.

Ne var ki CMK hükümleri, genel bir dinleme kararı verilmesine olanak tanımamaktadır. Suç ve kişi arasındaki belirlemeyi, CMK açık bir ayrımla ortaya koymuştur; buna göre, öncelikle katalog suçlar belirlenerek tedbirin sadece bu suçlarla ilgili olarak uygulanabileceğini hükme bağlamıştır. Diğer taraftan iletişimin tespiti, dinlenilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararının, sadece şüpheli veya sanık hakkında verilebileceğini de belirterek bu anlamda kişi kategorisini de oluşturmuştur. Alman Hukuku'nda kendisinden şüphe edilmeyen kişilerin de iletişiminin denetlenmesine imkan tanınmışken⁶¹⁷ bu noktada CMK'nın net bir şekilde yapmış olduğu kişi ve suç belirlemesi yeterli bir güvence mekanizması oluşturmaktadır.

5397 sayılı Kanun'da ise sadece önleme amaçlı denetlenmesine karar verilebilecek suçlar ana hatlarıyla sayılmıştır. Kanunda belirtilen ve önlenmesi amaçlanan suçlar ana hatlarıyla sayılmamış buna karşın suç grupları şeklinde tasnif edilmiştir. Yine düzenlemeye göre, Kanunun uygulanacağı kişilerle ilgili olarak net bir tablonun da

⁶¹⁶ "Total Fişleme", (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/english/print/61869>, 14.06.2008.

⁶¹⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 274.

ortaya konulması mümkün görünmemektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde ortada işlenmiş bir suç olmadığı için şüpheli veya sanık statüsünde kimse de bulunmamaktadır. Bu nedenle bu iletişimin denetlenmesi tedbirinde, kişi bakımından bir belirleme yapılmayıp, işlenmesinin önlenmesi amaçlanan suç bakımından bir kriter oluşturulmuştur. Kanunda “yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla... telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir” denilmiştir. Bu yönüyle 5397 sayılı Kanun eleştirilmektedir. Kanunda belirlenen suçları işleme ihtimali bulunan tüm bireylerin iletişimlerinin denetlenebileceği ve bu durumun da keyfiliğe müsait bir yapı oluşturduğu ileri sürülmektedir⁶¹⁸.

Bununla birlikte düzenleme, içeriğinde önemli sınırlamalar da barındırmaktadır. Önleme dinlemesi, sadece özel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren suçların önlenmesi için yapılabilecektir; bu açıdan sistemde bir belirsizlik bulunmamaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinin, sadece bu suçlarla ilgili olarak uygulanacak olması bir anlamda keyfiliği önleyecek bir güvence oluşturmaktadır.

Ancak tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından bir belirsizliğin olması, AİHM içtihatlarından bir sapma olarak nitelendirilmektedir⁶¹⁹. Bununla birlikte belirli şahıs veya şahıslara bağlı olmaksızın, bütün ülkeyi veya belirli bir bölge veya alanı kapsayacak şekilde telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanması için karar verilmesi mümkün değildir⁶²⁰.

Bu bağlamda son günlerde Jandarma’nın Türkiye genelinde teknik takip yetkisini konu alan Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararı oldukça tartışma yaratmış ve söz konusu karar Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından bozulmuştur. 9. Ceza Dairesi’nin, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararını bozma kararında;

⁶¹⁸ A.e., s. 197.

⁶¹⁹ Kerem Altıparmak, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No:63, Mart-Nisan 2006, s. 48.

⁶²⁰ Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s. 102.

“Mahkemelerin ancak kendi yargı bölgeleriyle sınırlı kararlar verebileceğine” ve “tek bir mahkemenin kararıyla ülke genelinde izleme veya dinleme yapılamayacağına” dikkat çekilmiş ayrıca “hangi amaçla olursa olsun hiçbir kuruma sınırsız izleme ve dinleme yetkisi tanınamayacağı” vurgulanmıştır⁶²¹.

Kanaatimizce, bu noktada 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca Jandarma’nın yetkilerini sadece kendi sorumluluk alanında yani emniyetin görev sahası dışında kullanabilecek olması bu karar sonrası daha geniş yetki sahasını haiz olan Emniyet ve MİT için de emsal oluşturacak niteliktedir.

3.2.2.3. KARAR VERMEYE YETKİLİ MERCİ VE SÜRE

AİHM, iletişimin denetlenmesi tedbirine adli organların karar vermesini şart koşturmakla beraber, bu tedbirlerin adli organların kontrolü altında uygulanmasının arzu edilir bir sistem olduğunu sıklıkla kararlarında vurgulamıştır⁶²². Avrupa Birliği ülkelerinde, haberleşmeye müdahale kararı, yargı mercileri tarafından verilebildiği gibi idari organlar tarafından da verilebilmektedir. Mahkeme, bu hususu Devletlerin kendi takdir alanları içinde değerlendirerek müdahale etmemeyi tercih etmektedir. Ancak bağımsız hakim tarafından verilmiş olan bir kararın önemini de sıklıkla vurgulamıştır.

CMK, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların, kural olarak hakim tarafından verilmesini hükme bağlamıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da aynı yetki tanınmış; ancak bu kararın derhal hakim onayına sunulması, hakimin de en geç yirmi dört saat içerisinde kararını açıklaması öngörülmüştür. Karar verecek merci bakımından CMK düzenlemesi Mahkeme kriterlerini yeterince karşılamaktadır.

⁶²¹ Oya Armutçu, “Yargıtay Tek Kararla Dinlemeye “Dur” Dedi”, **Hürriyet Gazetesi**, 05.Haziran 2008, s. 24.

⁶²² Taşkın, **a.g.e.**, s. 277.

5397 sayılı Kanun da iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların, kural olarak hakim tarafından verilmesini kararlaştırmış, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise sınırlı sayıda üst düzey kamu görevlisine yazılı emir verme yetkisi tanımıştır. Ancak bu kararın yirmi dört saat içerisinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulması, hakim de en geç yirmi dört saat içerisinde kararını açıklaması öngörülmüştür. Bu noktada 5397 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin de Mahkeme kriterlerini karşılayacak ve keyfiliği önleyecek nitelikte güvenceler içerdiği söylenebilir.

Mahkeme, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği süre hususunda somut bir zaman dilimi belirlemesi yapmamıştır. Mahkeme'nin önüne sürülen davalarda, ülke mevzuatlarında iletişimin denetlenmesi için farklı sürelerin belirlendiği görülmekle birlikte Mahkeme, bu sürelerle ilgili çok ya da az şeklinde bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak Mahkeme, haberleşmeye müdahalenin en fazla ne kadar süreyle yapılabileceğinin ilgili kanunlarda düzenlenmiş olmasının keyfiliği önleyici bir mekanizma olacağı konusuna da vurgu yapmıştır⁶²³.

Süre hususunda CMK hükümleri önemli sınırlamalar getirmektedir; kural olarak üç aylık bir süre için tedbirin uygulanabileceği, koşulların devam etmesi halinde aynı süre ile bir kez uzatma kararı verilebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda Mahkeme kriterleri karşılanmaktadır. Hiç kuşkusuz süre uzatımı konusunda Mahkeme değerlendirmesini daha bir titizlikle yapacaktır. Bu karşılık, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak süre hususunun belirli olmaması, Mahkeme tarafından orantısız bir müdahale olarak değerlendirilebilir.

Süre hususunda 5397 sayılı Kanun da önemli sınırlamalar getirmektedir. Kural olarak, tedbirin üç aylık bir süre için uygulanabileceği belirtilmiştir. Koşulların devam etmesi halinde süre üçer aylık süreler halinde uzatılmakta fakat uzatma en fazla üç kez yapılabilmektedir. Bu durumda ilk kez karar verilmesinden itibaren en fazla on iki ay süreyle iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Süre

⁶²³ A.e., s. 278.

bakımından aynı CMK gibi 5397 sayılı Kanun'un da Mahkeme kriterlerini karşıladığını söyleyebiliriz.

Buna karşılık terör örgütünün faaliyetleri çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak tedbirin uygulanmasının gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere süren müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilmektedir. Her ne kadar hakim tarafından verilen uzatma kararının en fazla üçer aylık sürelerle verilmesi ilkesi benimsenmişse ve sadece terör örgütlerinin faaliyetleriyle sınırlı tutulmuşsa da, bu kapsamda iletişime yöneltilecek bir müdahale Mahkeme'ce orantısız kabul edilebilir.

3.2.2.4. BİLGİLERİN KORUNMASI VE İMHASI

Devletlerin, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması ile elde edilen bilgileri koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bireyin özel hayatı ve aile hayatı açısından kişisel verilerinin korunması temel bir öneme sahiptir ve bu nedenle bu verilerin üçüncü taraflara veya kamuya ifşası, bilgilerin saklanmasına kıyasen açıklanması daha zor bir biçimde özel hayata müdahale anlamına gelmektedir⁶²⁴. Bu bilgilerin ifşasının önlenmesi ve yok edilmesi hususlarında da kanunlarda hükümler bulunmalıdır.

AİHM içtihatlarına göre Devletin, kişinin özel yaşam alanına ilişkin bilgilere ulaşma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada önemli olan husus, bu faaliyetlerin sınırı ve bu faaliyetler esnasında bireyin özel yaşamının gizliliğine saygı hakkını koruyucu yeterli güvencelerin getirilmiş olmasıdır. Mahkeme, haberleşmeye müdahale sonucu elde edilen bilgilerin ve kayıtların saklanması ve yok edilmesi ile ilgili düzenlemelere yer verilmesinin keyfiliği önleyici etkileri bakımından önemine dikkat çekmektedir⁶²⁵.

Kural iletişimin denetlenmesi esnasında elde edilen kayıtların gizli kalmasıdır. Genel olarak, ulaşılmaya çalışılan amaç ve verilerin kullanımı hakkındaki önlemler göz

⁶²⁴ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 66.

⁶²⁵ Taşkın, **a.g.e.**, s. 276.

önünde bulundurularak bilgilerin ifşasındaki kamu yararı bireyin mahremiyet hakkından daha ağırlıklı olmalıdır⁶²⁶. Ayrıca bu bilgilerin kamuoyuna açıklanmasında acil bir toplumsal ihtiyacın olduğunun da ispat edilmesi gerekir⁶²⁷.

Bu bağlamda CMK önemli hükümler getirmektedir. Bu tedbirlerin uygulanması sırasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı belirtilerek iletişimin denetlenmesi tedbirinin tek bir merkezden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Verilerin nasıl kaydedileceği, soruşturma organlarına nasıl aktarılacağı, bilgilerin nasıl saklanacağı, hangi amaçlarla kullanılacağı ve bu bilgilerin yok edilmesinin zaman ve koşulları ilgili maddelerde belirlenmiştir. Ayrıca haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı olarak yapılacak müdahaleler de cezai yaptırıma bağlanmıştır. Yine bu tedbirlerin uygulanması esnasında elde edilen bilgilerin ifşa edilmesi suç sayılmıştır. Tüm bu yasal düzenlemeler etkili bir mekanizma anlamında Mahkeme kriterlerini karşılamaktadır.

5397 sayılı Kanun hükümlerine bakıldığında da bilgilerin korunması bakımından önemli güvenceler getirildiği görülmektedir. CMK’da olduğu gibi bu tedbirlerin uygulanması sırasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Kanunda sayılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla verilen iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi halinde, denetlemenin içeriğine ilişkin kayıtların on gün içinde yok edilmesi hükme bağlanmıştır. İletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtlar iki yerde tutulmaktadır; bunlardan birisi TİB diğeri ise ilgili kurumlardır. Bu kayıtların yok edilmesi de kayıtları tutan kuruluşlar tarafından gerçekleştirilecektir. TİB Yönetmeliğine göre, “dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar, ilgili kurumların en üst amiri tarafından ve bu kayıtların Başkanlıkta da tutulması halinde Başkanın denetimi altında” yok edilecektir. Bu kayıtlar sadece suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilir. Bu nedenle tedbirin uygulanmasına son verilmesini takiben suçun işlenmesi de önlenecektir⁶²⁸. Bu amaç gerçekleştirildiğinde de kayıtların saklanmasına gerek kalmayacağından yok etme işlemi gerçekleştirilecektir.

⁶²⁶ Kilkelly, **a.y.**

⁶²⁷ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 239.

⁶²⁸ Taşkın, **a.g.e.**, s. 224.

Görüldüğü üzere elde edilen bilgilerin kullanılması, korunması ve yok edilmesi konusunda keyfiliği ve istismarı önleyici nitelikte etkili ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş ve bu bağlamda Mahkeme kriterleri yeterli derecede karşılanmıştır.

3.2.2.5. GERİ BİLDİRİM HUSUSU

Mahkeme, iletişimin denetlenmesi tedbirinin sonlandırılmasını takiben ilgiliye bu hususta geri bildirim yapılmasına, keyfiliği önleyici yasal teminatlar bakımından büyük önem vermektedir⁶²⁹. Hakkına müdahale edilen kişinin, müdahalenin etkinliği açısından gizlilik içerisinde uygulanması nedeniyle, gerek uygulama sırasında gerekse daha sonra bu faaliyetlerin denetimini sağlama olanağı bulunmamaktadır⁶³⁰. Kruslin Ve Huvig Fransa kararlarında istismarı ve keyfiliği önleyici mekanizma olarak, amaç tehlikeye düşmeyecek ise dinleme sonrasında gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye bilgi vermenin önemli olduğu vurgulanmıştır⁶³¹.

Buna karşın Mahkeme, Klass Almanya davasında, kanunda gözlem süresinin bitiminde ilgilinin haberdar edilme mecburiyetinin bulunmamasını, uygulamanın ancak bu sayede etkin olabileceği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmamıştır⁶³². Geri bildirim hususunda Mahkeme inceleme yaparken, bir taraftan ulusal yetkilerin gizli olarak kullanılmasının keyfilik riskini artırdığını vurgulamış diğer taraftan da uygulanan tedbirlerin gizliliğinin sağlanmasının gerekli olduğunu ve bu ikisi arasında mutlaka bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir⁶³³.

Ancak Mahkeme, ilgiliye geri bildirim hususunu mutlak bir zorunluluk olarak görmemiş ve durdurulmuş olan önlemlerden etkilenmiş olan her kişiye sonradan bildirimde bulunmanın tedbiri uygulamayı harekete geçiren uzun vadeli amacı tehlikeye sokabileceğini belirtmiştir⁶³⁴. Diğer tedbirlerin ve denetimlerin yeterli ve

⁶²⁹ A.e., s. 280.

⁶³⁰ "Klass ve Diğerleri-Almanya" Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

⁶³¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, s. 238.

⁶³² "Klass ve Diğerleri-Almanya" Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

⁶³³ Dinç, a.g.e., s. 423.

⁶³⁴ Taşkın, a.y.

etkili bir şekilde uygulanması halinde bireye geri bildirim yapılmaması tek başına ihlal oluşturmaz; ancak yine de amacı tehlikeye sokmayacaksa geri bildirimin yapılması tavsiye edilmektedir⁶³⁵.

Bazı Avrupa Birliği ülkelerindeki geri bildirim hususu değerlendirildiğinde, Klass davasının menşei olan Almanya’da iletişimin denetlenmesi kararına son verildiğinde bu işlemin ilgisine haber verildiği görülmektedir⁶³⁶. Fransa’da ilgililere geri bildirim hususu kanunla düzenlenmemiştir; ancak Fransa’da soruşturma ve kovuşturma aşamasında dava dosyası tamamen tarafların denetimine açıktır⁶³⁷. Böylece ilgililer iletişimin denetlendiğini öğrenebilmektedirler. İngiltere’de ise iletişimin denetlenmesi işlemi ilgisine bildirilmemektedir; ancak bu ülkede, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bulgu ve deliller mahkemede delil olarak kullanılamamaktadır⁶³⁸.

CMK’nın 137. maddesinin son fıkrasında, uygulanan tedbirin ilgisine bildirim hususu düzenlenmiştir. Buna göre, iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtların yok edilmesi durumunda, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verileceği belirtilmiştir. Örgüt kapsamında işlenen suçlar bakımından sürenin müteaddit defalar uzatılabilmesi, ilgisine geri bildirim yapılmasını ve bu kayıtların yok edilmesi işlevini etkisiz hale getirmektedir⁶³⁹. Bu husus bir eksiklik olarak görülebilirse de söz konusu uygulamanın terör ve örgütlü suçlarla sınırlı olması ve yine hakim kararının aranacak olması düzenlemeyi kabul edilebilir kılmaktadır.

5397 sayılı Kanun’da kanun koyucu, hakkında dinleme kararı verilen ilgiliye geri bildirim yapılması hususunu uygun görmemiştir. Bu nedenle önleyici amaçlı iletişimin dinlenmesine başvurulması halinde bireyler, haklarında böyle bir tedbir

⁶³⁵ “Klass ve Diğerleri-Almanya” Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

⁶³⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 147.

⁶³⁷ **A.e.**

⁶³⁸ Sözüer, **a.g.e.**, s. 88 vd.

⁶³⁹ Taşkın, **a.g.e.**, s. 281.

uygulandığından asla haberdar olmayacaklardır⁶⁴⁰. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin tatbik edilmesi sırasında, özel hayatın gizliliğine müdahalenin önlenmesi bakımından getirilen güvencelerin adli amaçlı denetlemeye göre oldukça zayıf olduğunu belirtmek gerekir. Ne var ki bu zayıflığın, elde edilmek istenen amacın, karşılanmak istenen sosyal ihtiyacın ve yerine getirilen görevin niteliğinden kaynaklandığını da göz ardı etmemek gerekir.

Avrupa Birliği ülkelerinin pek çoğunun hukuk sisteminde de geri bildirim hususunda, keyfiliği önleyici güvenceler bakımından benzer boşlukların ve zayıflıkların olduğu görülmektedir⁶⁴¹. Bu noktada AİHM kararlarında da ifade edildiği üzere, diğer keyfiliği önleyici mekanizmaların yeterli ve etkili olması halinde sadece geri bildirim yapılmaması tek başına ihlal oluşturmayacaktır⁶⁴². Bu noktadan hareketle 5397 sayılı Kanun'un geri bildirim hususunu düzenlememiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir.

3.2.2.6. DENETİM SİSTEMİ VE KANUNA AYKIRI OLARAK İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN YAPTIRIMI

Demokratik bir Hukuk Devletinde idarenin yaptığı her türlü eylem ve işlem denetime tabi olmak durumundadır. Denetimin mutlaka olması gerektiğini belirten Mahkeme, merci bakımından bir tercihte bulunmamakla birlikte bazı kararlarında yargısal denetimin arzu edilir olduğunu vurgulamıştır⁶⁴³.

Bu tür güvencelerin tartışıldığı Klass-Almanya davasında Mahkeme, sistemin denetiminin yargı tarafından icra edilmesinin arzu edilir olduğunu belirtmiş ancak Almanya'da sistemin parlamento denetimine verilmiş olmasını da etkili ve sürekli kontrol mekanizması açısından kabul edilebilir bulmuştur⁶⁴⁴. Bu noktada iletişimin denetlenmesi hususunda kurulan denetim sisteminde, içinde Parlamento'da temsil

⁶⁴⁰ Altıparmak, **a.g.e.**, s. 35.

⁶⁴¹ Taşkın, **a.g.e.**, s. 231.

⁶⁴² Altıparmak, **a.g.e.**, s. 51.

⁶⁴³ Taşkın, **a.g.e.**, s. 282.

⁶⁴⁴ "Klass ve Diğerleri-Almanya" Başvuru no. 5029/71 06.09.1978, (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 10.03.2008.

edilen muhalefet partilerinin temsilcilerinin de bulunduğu bir Komisyon'un yer almasının, keyfiliğin önlenmesi konusunda etkili bir güvence oluşturduğu görüşü benimsenmiştir⁶⁴⁵. Mahkeme, yargısal ya da parlamenter denetim konusunda bir seçeneği önermemekle birlikte önemli olanın etkinlik ve yeterlilik olduğunu vurgulamıştır.

CMK bağlamında verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların öncelikle yargı sistemi içinde itiraz yoluyla denetlenmesi sağlanmaktadır⁶⁴⁶. İşlemlerin kolluk yetkilileri tarafından uygulandığı durumlarda Cumhuriyet savcılarının bu hususta oldukça geniş bir denetim ve gözetim yetkileri bulunmaktadır. Yine iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına Telekomünikasyon İletişimi Başkanlığı açısından yaklaşıldığında, denetimin Başbakan tarafından görevlendirilecek kişi ya da kurum tarafından denetlenmesi öngörülmüştür. Diğer taraftan gerçekleştirilecek tüm işlemlerin tutanağa bağlanacak olması etkinlik ve işlerlik mekanizması açısından oldukça doyurucudur.

5397 sayılı Kanun açısından durum değerlendirildiğinde, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların öncelikle hakim tarafından verildiği görülmektedir. İşlemleri yerine getiren kolluk görevlileri de amirleri tarafından her zaman denetlenebilmektedir. Bu noktada da iletişimin denetlenmesi tedbirleri Telekomünikasyon İletişimi Başkanlığı tarafından yürütülecektir. İletişimin denetlenmesi tedbirini tatbik eden istihbarat görevlileri ayrıca Başbakan tarafından yetki verilen kişi ya da Komisyon tarafından da denetlenecektir. Burada sisteme yöneltilebilecek bir eleştiri TİB Başkanı'nın Başbakan tarafından atanmasıdır⁶⁴⁷. Kanaatimizce, denetimin sadece sivil otoriteye bırakılmamış olması ve iletişimin denetlenmesi kararı verilirken yargı denetiminin esas olması, keyfiliği ve istismarı önleyici güvenceler bakımından tatminkardır.

Özgürlüklere müdahaleye ilişkin sistemin şeffaf ve denetlenebilir olmasının bir diğer boyutu da kanuna aykırı olarak uygulanacak müdahalenin yaptırıma bağlanmış

⁶⁴⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, a.y.

⁶⁴⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s. 283.

⁶⁴⁷ **A.e.**, s. 284-285.

olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında CMK, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilecek adli amaçlı iletişimin denetlenmesi işlemleri için önemli yaptırımlar öngörmektedir;

- İletişimin adli amaçlarla denetlenmesine bağlı olarak CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan koşullara aykırı olarak bir kişinin iletişiminin denetlenmesi halinde ilgililer, TCK'nın yukarıda sayılan özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlara ilişkin 132. ve devamı maddeleri uyarınca cezalandırılacaktır.
- Elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır.
- Koruma tedbirlerinin uygulanması esnasında sanık veya şüphelinin maruz kalabileceği zararlara ilişkin olarak, CMK'nın 141-144. maddelerinde tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu tedbirin uygulanması nedeniyle oluşacak zararlar tazminat hukukun genel hükümleri çerçevesinde çözüme bağlanacaktır⁶⁴⁸. Tedbire ilişkin kararın kanuna aykırı veya hatalı olarak talep edilmesi veya verilmesi durumunda genel hükümler çerçevesinde Devletten tazminat talep edilebilecektir⁶⁴⁹. İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu, hakkında tedbir uygulanan kişide maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesi de olasıdır. Bu noktada kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak bir başkasının iletişimini dinleyen kişi hakkında, davanın prosedürüne göre Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemelerinde tazminat davası açılması ve uğranılan zararın giderilmesinin talep edilmesi mümkündür.
- Kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetleyen kamu görevlisi hakkında ayrıca disiplin soruşturması açılması ve disiplin yaptırımı uygulanması mümkündür.

Aynı doğrultuda 5397 sayılı Kanun'da da kanuna aykırı olarak iletişimin denetlenmesi yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre;

- İletişimin önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin 5397 sayılı Kanun'da hükme bağlanan koşullara aykırı olarak bir kişinin iletişiminin denetlenmesi halinde ilgililer, TCK hükümleri uyarınca cezalandırılacaktır.

⁶⁴⁸ Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s. 126.

⁶⁴⁹ Taşkın, **a.g.e.**, s. 186.

- Önleme amaçlı iletişiminin denetlenmesi tedbirinin uygulanması nedeniyle oluşacak zararlar, idare hukukun genel ilkeleri çerçevesinde Devlet tarafından tazmin edilebilir.
- Kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetleyen kamu görevlileri hakkında ayrıca disiplin soruşturması açılması ve disiplin yaptırımı uygulanması mümkündür.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı; bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine teminat sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken zorunlu görülen hayat alanı üzerindeki temel bir kişilik hakkıdır. Bu tanımda, kişiliğin gelişmesine yer verilmesinin ana nedeni, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Temel bir kişilik hakkı niteliğine sahip olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde yer alan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kullanılmasına hizmet etmektedir.

Kişinin hayat alanı, sadece özel yaşamından oluşmamakta bunun yanı sıra kişinin herkesle paylaştığı kamusal hayatı, ailesi ile paylaştığı aile hayatı, iş çevresi ile paylaştığı mesleki hayatı ve sır sahipleri ile paylaştığı veya hiç kimse ile paylaşmadığı özel hayatı da bulunmaktadır. Kişi, bu hayat alanlarında özel hayat alanına giren faaliyetleri üzerinde tam anlamıyla tasarruf hakkına sahip olarak bu hayat alanına dahil olan faaliyetlerinin gizli kalmasını sağlayabileceği gibi, bu gizliliğin sağlanması için gerekli olan tedbirleri de alabilecektir.

Bazı hallerde ise kişinin rızası alınmasa dahi özel hayatına ilişkin hususlarının öğrenilmesi ve başkalarına aktarılması hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Özellikle toplumsal ve politik açıdan önem arz eden diğer bir deyişle kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına giren faaliyetlerinin onların rızası alınmaksızın kamuoyu tarafından öğrenilmesi ve bilinmesi hali, kamunun üstün yararı nedeniyle gerekli olabilmektedir. Fakat bu noktadaki belirleyici sınır hiç kuşkusuz özel hayat alanına müdahaleyi haklı kılacak olan kamu yararadır.

İlk olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına, 1982 Anayasası'nın 2. kısmının 4. bölümünde "özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında bireysel hayata ilişkin düzenlemelerde

yer verilmiştir. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve bu alanın gizliliğine dokunulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. 21. ve 22. maddelerde ise sırasıyla özel hayat alanının uzantısı olan konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine değinilmiştir. Bu noktadan hareketle kanun koyucu Anayasa'da yer alan hükümlerin uygulamasını sağlayacak düzenlemelere çeşitli kanunlarda yer vermiştir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını uluslararası düzeyde esaslı bir güvenceye kavuşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu bağlamda gelişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıdır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddede, bireysel hayat üst başlığı altında toplanabilecek olan özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve kısmen birbirleriyle kesişen bu dört temel hak garanti altına alınmaktadır.

1.fıkra da teminat altına alınan bu hakların, maddenin 2. fıkrasındaki meşru amaçlar dahilinde müdahaleye maruz kalabileceği belirtilmiştir. Çalışma boyunca Mahkeme tarafından verilen pek çok karar incelenmiş ve her bir kararda Mahkeme'nin somut olayı kendi içinde değerlendirdiği görülmüştür. Bu konudaki en önemli yaklaşım da Mahkeme'nin, 8. maddede belirtilen haklara özerk bir anlam yüklemesi, kesin bir tanım yapmaktan kaçınması ve dolayısıyla günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yorum yapmasıdır.

Mahkeme, önüne gelen bir başvurudaki özel hayata ilişkin müdahaleyi incelerken öncelikle ülkelerinde meydana gelen olaylara hakimiyeti nedeniyle ulusal yetkilileri bu konuda daha ehil saymaktadır. İncelenen Mahkeme kararlarında, üzerinde sıklıkla durulan devletlerin takdir yetkisi mutlaka ki sınırsız değildir. Bu yetki, acil toplumsal ihtiyacın önemi derecesinde kabul görülebilir olacaktır. Bu noktada özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yöneltilebilecek bir müdahalenin haklı görülebilmesi kanunlara uygunluk arz etmesine, meşru bir amaç gütmesine, bu amaçla orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli görülebilir olmasına bağlıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, teknolojik gelişmeleri takiben özel hayatın gizliliğinin önemli ve artık bağımsız bir parçası haline gelen haberleşme hakkına ayrı bir önem vermiştir. Demokratik toplumları ciddi şekilde tehdit eden sofistike terör ve casusluk eylemlerinin, Devletleri kendi yargı alanları içinde faaliyet gösteren bu yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak durumunda bırakması gerçeğinden yola çıkarak Mahkeme, istihbarat ajanslarının var olma gereğini sistemin istismarına karşı etkili ve yeterli güvencelerin bulunması koşuluyla meşru kabul etmiştir.

Ancak suçla mücadele amacıyla bireyler arasında kurulan iletişime müdahale edilmesi hiç kuşkusuz bazı sakıncaları da beraberinde getirecektir. Bu aşamada mutlak suretle önem verilmesi gereken, kişi özgürlüğü ile kamu güvenliği arasında sağlam bir dengenin kurulmasıdır. Bu dengenin kurulması amacıyla kişiler arasındaki iletişime müdahale hususunda bir takım standartlar belirlenmiştir. Bu standartların belirlenmesinde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları içtihatları önemli bir yer tutmaktadır.

Ülkemizin bu Sözleşme'ye taraf olması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini kabul etmiş olması nedeniyle Türk Hukuk sisteminin konuyla ilgili düzenlemelerinin, Sözleşme hükümlerine ve Mahkeme içtihatlarına uygunluğunun araştırılması gerekmektedir. Çalışmamızın son bölümünde, Mahkeme'nin aradığı uygunluk kriterlerinden yola çıkılarak telekomünikasyon yoluyla iletişime müdahale hususu Türk Ceza Hukuku bağlamında incelenmiş ve standartlarla karşılaştırmaya tabi tutulmuştur.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin Türk Ceza Hukuku'ndaki durumun incelenmesini takiben ortaya çıkan tablo genel olarak, CMK'nın 135-138. maddeleri arasında yer alan ve konuyu düzenleyen hükümlerin, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumluluk gösterdiğiidir. Özellikle müdahale sonrası, ilgililere yapılan geri bildirim hususu pek çok Avrupa Birliği ülkesi hukukunda yer almamakta ve bu konuda pek çok sorun yaşanmaktadır. Ne var ki somut olaylarda verilen kararların uygulanması sırasında

bazı ihlal nitelikli işlemlerin da yapılması mümkündür. Bu durumda keyfiliği önleyici bir sistemin öngörölmüş olması yapılan haksız müdahalenin telafisi açısından büyük önem arz etmektedir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin Türk Ceza Hukuku'ndaki durumu söz konusu standartlarla karşılaştırdığımızda ise ortaya çıkan tablo, Kanun'da öngörölen tedbire ilişkin düzenlemelerin bir kısmının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Mahkeme'nin genel nitelikli düzenlemelerine uygun olduğudur. CMK'nın aksine tedbirin uygulanacağı kişilerle ilgili yeterli bir sınırlama getirilmemesi, 5397 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin öngörülebilir ve açık olmaması, son çare prensibine yer verilmemiş olması, tedbire başvurabilmek açısından hiçbir şüphe derecesinin aranmamış olması Mahkeme'nin gözettiği demokratik bir toplumda gereklilik ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

İnsan hakları ihlallerinin yaşanmaması ve var olan ihlallerin asgari düzeye indirilmesi açısından konuyla ilgili yasal düzenlemelerin titizlikle gözden geçirilmesi ve bu alanda gerekli değişikliklerin yapılması zorunludur. Ülkemiz son zamanlarda bu hususta oldukça önemli bir mesafe almıştır. Bu çerçevede başta Anayasa olmak üzere, Ceza Hukukumuzu oluşturan temel kanunlar baştan aşağı değiştirilmiştir. İnsan haklarına saygı gösterilmesi ve Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları önemli bir ölçü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada önemli olan husus, kanun koyucunun gözettiği amaçların bireylerin hayatına eksiksiz bir şekilde yansmasıdır. Bu yansımada ise asıl görevin yargıya düştüğü düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Yaman : **Beyaz Kitap**, İstanbul, Türkiye Bilişim Vakfı, 2003.
- Akipek, Jale G.
Akıntürk, Turgut : **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.
- Akıllıoğlu, Tekin : “İdari Usul Ve Kişisel Verilerin Korunması”, (Çevrimiçi)
<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>, 17.04.2008.
- Altıparmak, Kerem : “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** No:63, Mart-Nisan 2006, s. 29-66.
- Armağan, Servet : **1961 Anayasası’na Göre Temel Haklar Ve Ödevler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Armutçu, Oya : “Yargıtay Tek Kararla Dinlemeye “Dur” Dedi”, **Hürriyet Gazetesi**, 05.06.2008, s. 24.
- Arpacı, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2.bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.
- Artuç, Mustafa
Bayyurt, Yıldırım : **Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Tablolu, Eski Ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK, Tablolu 5271 Sayılı CMK, 5275 sayılı CGIK**, 2.bsk, Ankara, Kartal Yayınevi, 2005.
- Artuk, Mehmet Emin
Gökçen, Ahmet
Yenidünya, Ahmet Caner : **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Balo, Yusuf Solmaz : **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Beyli, Ceylin : “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler”, (Çevrimiçi)
<http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/>, 01.02.2008, s. 1-8.

- Çalışkan, Bilal : “Aile Hayatına Saygı”, (Çevrimiçi)
http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/10_sayi.htm
06.02.2008.
- Çavuşoğlu, Naz : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994.
- Çiçekli, Bülent : “Al-Nashif v. Bulgaristan” Başvuru No. 50963/99 20.06.2002, **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, Çev. Bülent Çiçekli, C:II, No:6, Ankara, Başkent Ofset, Temmuz 2003, s. 1-36.
- D. Warren, Samuel
D. Brandeis, Louis : “Mahremiyet Hakkı”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Gülay Arslan, Proje Yönet Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 21-42.
- Dinç, Güney : **Sorularla Hukuk Dizisi 4: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2006.
- Doğru, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2002.
- Dural, Mustafa
Öğüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, C.II, 7.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Dülger, Murat Volkan : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (Çevrimiçi)
<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/>,
06.03.2008.
- Erdem, Mustafa Ruhan : “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, No:3, Nisan 2005, s. 97-107.
- Erdem, Mustafa Ruhan : **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

- Erdem, Mustafa Ruhan
Özbek, Veli Özer : “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Fakültesi Yayınları, 2000, s. 249-303.
- Gölcüklü, Feyyaz : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında “Demokratik Toplum” Ölçütü”, **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 111-122.
- Gözübüyük, Şeref
Gölcüklü, Feyyaz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Hatemi, Hüseyin : **Kişiler Hukuku Dersleri**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 2001.
- Helvacı, Serap : **Gerçek Kişiler**, 2. bs., İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2007.
- Helvacı, Serap
Erlüle, Fulya : **Medeni Hukuk: Medeni Hukuka Giriş- Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2007.
- Hot, İnci
Doğan, Hanzade
Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Turkey’s Physicians’ Attitude Toward New Turkish Law of Criminal Procedure About Body Examination of the Suspect or Victim And Third Parties Without Consent-A Brief Research Report: A Turkish Perspective”, (Yabancı Bir Kaynakta Yayımlanacak Olan Eser), y.y., t.y.
- İçel, Kayıhan
Ünver, Yener : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Burak Gemalmaz, Proje Yönet. Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 137-139.
- İçel, Kayıhan
Ünver, Yener : “Pretty v. Birleşik Krallık Davası”, **Özel Yaşam Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Orçun Gündüz, Proje Yönet. Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 475-520.

- : “Von Hannover v. Almanya Vakası”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Burak Gemalmaz, Proje Yönet. Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 173-199.
- İlkiz, Fikret : “Kişilik Hakları Ve İletişim Özgürlüğü”, (Çevrimiçi) <http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/>, 19.01.2007.
- İlkiz, Fikret : “Gizli Dinleme-I”, (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/bianet/kategori/medya/>, 18.03.2008.
- İnceoğlu, Sibel : “Dudgeon-Birleşik Krallık (Esas HK) Özet”, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Mayıs 1998, s. 386-395.
- Karahasan, Mustafa Reşit : **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, A.Ş., 1992.
- Karaosmanoğlu, Fatih : “Jakupovic v. Avusturya” Başvuru No. 36757/97 16.01.2003, **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, Çev. Fatih Karaosmanoğlu, C:II, No:6, Ankara, Başkent Ofset, Temmuz 2003, s. 37-47.
- Kaya, Abdülkadir : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme”, **Yargı Dünyası**, No: 129, s. 13-19.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.
- Kilkelly, Ursula : **Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, No:1, Strasbourg, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Cevap ve Düzeltme Hakkı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986).

- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Cevap Ve Düzeltme Hakkının Kullanılmasında Pasif Süjelerin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Yıllığı** No:1, İstanbul, 1988, s. 167-173.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Göç ve Terör: Terör Suçları”, **IXV. Ulusal Sosyal Psikiyatri Kongresi**, İstanbul Princess Hotel, 21-24 Mart 2007, s. 11-30.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LIX, No:1-2, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s. 39-49.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Polise Görev, Yetki Ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II 23-28 Ekim 2007 Antalya/Alanya**, EGM Yayın Katalog No:444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No:43, Ankara, 2008, s. 405-418.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “3984 Sayılı Radyo Ve Televizyon Kuruluş Ve Yayınları Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler” **Marmara İletişim Fakültesi Dergisi**, No:7, Temmuz 1994, s. 191-200.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “DNA Analizi (Moleküler Genetik İnceleme)”, (The Turkish Annual of the Studies on Medical Ethics and Law-Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı No:1, İstanbul, Ekim 2008’de Yayınlanmak Üzere Yazılmış Eser).
- Mitterand, Gilbert : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Sosyal Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu-Belge 8146”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Mualla Buket Soygüt, Proje Yönet. Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 151-161.
- Oğuzman, M. Kemal : **Kişiler Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi Seliçi, Özer Yayınları, 2002. Oktay, Saibe

- Oğuzman, M. Kemal
Seliçi, Özer
Oktay-Özdemir, Saibe
- : **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Oğuzman, M. Kemal
Öz, Turgut
- : **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Olley, Katherine
- : “AHİS 8. madde”, (Çevrimiçi)
<http://www.barobirlik.org.tr/ihep/>, 29.01.2008,
s. 1-16.
- Öngören, Günsel
- : “Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No:1, Kasım 1997, s. 473-476.
- Özdemir, Kenan
- : “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği” Eylül 2005, (Çevrimiçi)
www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515,
24.09.2006.
- Özel, Sibel
- : **Uluslararası Alanda Medya Ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2004.
- Öztan, Bilge
- : **Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar**, 6. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1994.
- Öztürk, Bahri
Erdem, Mustafa Ruhan
Özbek, Veli Özer
- : **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2000.
- Öztürk, Bahri
Erdem, Mustafa Ruhan
- : **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Öztürk, Bahri
Erdem, Mustafa R.
Saygılar, Yasemin F.
- : **Ceza Muhakemesi Hukuku: Temel Bilgiler-3**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

- Schwimmer, M. Walter : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu-8130”, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku**, Çev. Onur Özcan, Proje Yönet. Kayıhan İçel, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 141-150.
- Serdar, İlknur : **Radio Ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali Ve Kişiliğin Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.
- Seyhan, Kazım : “Kopp v. İsviçre” Başvuru No. 23224/ 94 25.03.1998, **Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi**, Çev. Kazım Seyhan, C:II, No:6, Ankara, Başkent Ofset, Ekim 2002, s. 97-116.
- Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Sözüer, Adem : “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İÜHF Dergisi**, C:LV, No:3, 1997, s. 65-110.
- Şahin, Cumhur : **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.
- Şen, Ersan : **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1996.
- Şen, Ersan : “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, No:4, Ağustos 2007, s. 97-137.
- Şen, Ersan : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:79, No:3, 2005, s. 709-716.
- Taşkın, Mustafa : **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2008.

Tezcan, Durmuş
Erdem, Mustafa Ruhan
Sancaktar, Oğuz

: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002.

Tezcan, Durmuş
Erdem, Mustafa Ruhan
Sancaktar, Oğuz

: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004.

Tezcan, Durmuş
Erdem, Mustafa Ruhan
Önok, R. Murat

: **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2007.

Ülkü, Muhammet Murat

: “5237 Sayılı TCK. 132-140 Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi)
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/150.pdf>, 06.03.2007.

Ünal, Şeref

: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri”, (Çevrimiçi)
http://www.tbmm.gov.tr/kultur_sanat/, 22.03.2007.

Ünal, Şeref

: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, No:89, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001.

Van. Dijk, P.
Van. Hoof, G.J.h

: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3. ed., Nijhoff Publishers, 1998.

Yıldırım, Gülşen

: “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 8. Maddenin Genişletilmiş Yorumu İle Sağlanan Koruma, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 385-426.

Zevkliler, Aydın
Acabey, M. Beşir
Gökyayla, K. Emre

: **Medeni Hukuk**, 5. bs., Ankara; Savaş Yayınları, 1997.

: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.02.1999 tarih, E. 1999/4-74, K. 1999/74 sayılı kararı”, **Yargı Dünyası**, No: 51, Mart 2000, s. 56-58.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Arama

(Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, 25.01.2007-11.06.2008.

(Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 19.02.2008-09.06.2008.

İnternet Kaynakları

“Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, 11.11.2006.

“Anayasa Mahkemesi Kararı”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1972/K1972-05.HTM>, 30.01.2007.

2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/2001aydegisiklikleriuzerinebirdegerlendirme.doc>, 01.02.2007.

“Siyasi Kriterlere Uyum Amacıyla Türkiye’nin Gerçekleştirdiği Mevzuat Düzenlemeleri”, (Çevrimiçi) <http://www.ikv.org.tr/pdfs/adaliksureci3.pdf>, 03.02.2007.

“Son 10 Yılda Geçirdiği Değişikliklerle Türk Hukuk Mevzuatında İşkence”, (Çevrimiçi) <http://www.ihd.org.tr/iskence/polisv.htm>, 04.02.2007.

“Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi Hakkında Türkiye Bilişim Vakfı Görüşü”, (Çevrimiçi) <http://www.tbv.org.tr/TBV/Documents/BTHukuku/KisiselVerilerinKorunmasiKanunTasarisi-TBVGorus.pdf>, 28.01.2008.

“The Relationship Between Articles 8 And 10 Of The European Convention On Human Rights”, (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

“Resolution On Privacy Of The Parliamentary Assembly Of The Council Of Europe” (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

“What We Mean By Privacy And What We Mean By The Public Interest”, (Çevrimiçi) http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc99/lrc_99.html, 29.01.2008.

“Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun”, (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1407.html>, 19.02.2008

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı”, (Çevrimiçi) <http://www.rightsagenda.org/main.php?id=61>, 26.02.2008.

Feridun Yenisey, Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, (Çevrimiçi) http://216.239.59.104/search?q=cache:A0NWOEfYN9AJ:www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp%3FpFilePath%3Ddoc_.fy_.makaleler%26pFileName%3DCMK_135_hakkinda_yeni.doc+kruslin+fransa&hl=tr&ct=clnk&cd=2&gl=tr, 07.03.2008.

“Council Resolution of 17 January 1995 on the lawful interception of telecommunications” **Official Journal of the European Communities November, 4, 1996**, (Çevrimiçi) http://www.privacy.org/pi/activities/tapping/eu_tap_resolution_1995.html, 21.04.2008.

“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.forumuz.net/telekomunikasyon-yoluyla-yapilan-iletisimin-denetlenmesi-t25134.html?s=76279bbcab26a253c359ec85385ace93&,,> 12.06.2008.

“Total Fişleme”, (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/english/print/61869>, 14.06.2008.

Işıl Akcan, “Ticari Sırlar Kanun Tasarısında Ticari Sır Nasıl Düzenlenmiştir”, (Çevrimiçi) http://www.kobifinans.com.tr/tr/icerik.php?Article=1473&Category=02150302&Where=bilgi_merkezi, 06.08.2008.